

Genocídio, Direito Internacional e a relação entre soberania e direitos humanos: da Escola de Salamanca à desordem do século XXI

MIGUEL SANTOS NEVES*

INTRODUÇÃO

O Genocídio constitui a violação mais grave e estrutural dos direitos humanos envolvendo a destruição total ou parcial de grupos humanos com características específicas por outros grupos humanos, colocando em questão a própria essência do conceito de humanidade. Embora se trate de um fenómeno recorrente ao longo da história da humanidade, assumiu uma escala e um nível de proliferação sem precedentes nos séculos XX e XXI num contexto de ciclos de ordem-desordem internacional. A predominância do fenómeno e a urgência de um combate eficaz, em face das situações actuais extremas em Gaza, na Ucrânia, em Myanmar, na China, na Nigéria ou no Sudão do Sul só para citar alguns exemplos de uma longa lista, requer um aprofundamento da compreensão do genocídio, do seu processo histórico, padrões e fundamentos ideológicos do fenómeno. O processo de génese dos impérios coloniais europeus a partir dos finais do século XV deu início à globalização não só do comércio, mas também do genocídio e da escravatura dos povos indígenas, que perdura até

*Professor Associado da Universidade Lusófona, ISMAT. Presidente do Network of Strategic and International Studies (NSIS)

ao presente, tornando-os no grupo mais significativo (cerca de 300 milhões) do “bottom billion”, a fracção da humanidade que vive em pobreza extrema e cuja sobrevivência está ameaçada todos os dias¹.

O genocídio dos índios do Novo Mundo foi o factor catalisador de uma reflexão crítica que se inicia em Espanha no século XVI levada a cabo por Francisco de Vitória e pela Escola de Salamanca sobre os fundamentos da política colonial espanhola e que acabou por originar a génese do Direito Internacional, como resposta aos problemas e dilemas concretos suscitados por uma nova era, no centro do qual estão os direitos naturais subjectivos de todos os seres humanos e a sua protecção. Na verdade, essa génese ocorre no entrecruzamento de três mudanças estruturais fundamentais interligadas que acabaram por moldar o padrão da ordem internacional emergente: a expansão europeia e construção dos impérios coloniais associados à estruturação do novo sistema económico do capitalismo comercial; o Renascimento, que introduziu uma nova visão sobre o ser humano e a sua dignidade influenciada pela visão humanista do pensamento clássico, impulsionou o processo de secularização e a centralidade do racionalismo; a génese e consolidação do Estado soberano como modelo de organização política das sociedades, autoridade suprema no plano interno com o monopólio do uso da força e da criação de leis e actor exclusivo no sistema internacional.

O capítulo está estruturado em três partes. A primeira analisa o contributo de Francisco Vitória e da escola de Salamanca para a estruturação dos direitos naturais subjectivos universais como pilares do direito internacional e os termos do debate sobre o modelo colonial na Espanha do século XVI, definindo o quadro da tensão entre soberania absoluta e soberania limitada que se aprofundará nos séculos seguintes. A segunda parte, discute os factores causais da emergência do paradigma dos direitos humanos em 1948, os seus

1. Segundo a Amnistia Internacional existem cerca de 5.000 povos indígenas num total de 476 milhões de pessoas em mais de 90 países que são sujeitos a discriminação intensa e violação estrutural dos seus direitos humanos, incluindo o direito à vida dado que continuam a ser sujeitos a assassinatos em massa. Esta situação deu origem à aprovação da UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples de 2007 – Resolução AG da ONU 61/295 de 13.9.2007 (vd. <https://www.amnesty.org/en/what-we-do/indigenous-peoples/>).

traços distintivos e tensões com a concepção de soberania absoluta. A terceira parte, centra-se sobre a visão actual do genocídio, densificação do conceito e a centralidade de uma abordagem de direitos humanos que confere prioridade às vítimas e à estratégia de prevenção.

1. FRANCISCO VITÓRIA, A ESCOLA DE SALAMANCA E O DIREITO DE DESCOBERTA NA GÉNESE DO DIREITO INTERNACIONAL

A génese do Direito Internacional no início do séc. XVI, na Península Ibérica, está associada à Escola de Salamanca, liderada por Francisco de Vitória e incluindo discípulos como Domingo de Soto e Melchior Cano (dominicanos), Luis Molina e Francisco Suarez (jesuítas), à necessidade de resposta a um conjunto de problemas concretos que decorriam da expansão marítima europeia e da génese do colonialismo europeu, designadamente o estatuto das novas terras descobertas, do estatuto dos oceanos e dos direitos de navegação e desenvolvimento do comércio marítimo e do estatuto e direitos dos novos povos descobertos.

Francisco de Vitória foi a figura central na análise complexa destes novos problemas concretos e na procura de uma resposta usando quadros teóricos tradicionais de forma criativa. Embora um homem da Igreja, frade dominicano, foi sobretudo um académico que percorreu as melhores universidades europeias tendo estudado e ensinado na Universidade de Paris e na sua fase madura como Professor na Universidade de Salamanca responsável pela prestigiada Cátedra de Teologia. O seu pensamento, estruturado na escolástica tomista e pensamento de S. Tomás de Aquino de adaptação do pensamento de Aristóteles à doutrina da Igreja Católica, sofreu também a influência do humanismo renascentista sendo por esse motivo um pensador muito relevante na transição do paradigma medieval para o paradigma moderno. A síntese foi concretizada na sua obra *De Indis* que na verdade não foi por ele publicada, mas que resulta da redução a escrito por alunos e colaboradores das *Relectiones* proferidas no final de cada ano académico em Salamanca. Duas delas tratam da questão do estatuto dos Índios e desenvolvem uma crítica estrutural

ao processo de colonização espanhola, *De Indis Recenter Inventis* (1538) e *De Indis sive de Iure Belli Hispanorum in Barbaros* (1539)² que constituem os textos fundacionais do Direito Internacional.

A questão central que despoleta o interesse e a reflexão de Vitória é verdadeiramente o genocídio, as atrocidades extremas cometidas pelo Estado Espanhol e pelos conquistadores nas quatro décadas iniciais da colonização contra os índios do Novo Mundo (América Latina) originando “*a matança, tantos massacres e as espoliações de tantas pessoas, de resto inofensivas...*” (Vitória 1538:119). Com efeito, a criação dos primeiros impérios coloniais europeus está associada ao início do genocídio dos povos indígenas, cuja descrição pormenorizada é feita por Bartolomé de Las Casas na sua obra *Brevísima Relación de la Destrucción de las Indias* (1552) onde estima que o total de mortes causadas pelos conquistadores desde a chegada ao Novo Mundo varie entre 12 e 15 milhões de vítimas³.

O “direito de descoberta” afirmado e legitimado pela Igreja Católica durante o século XV em vários documentos papais, em particular nas Bulas de Nicolau V “*Dum Diversas*” (1452) e “*Romanus Pontifex*” (1455), e na de Alexandre VI “*Inter Caetera*” (1493), atos através dos quais estes dois Papas autorizaram Portugal e Espanha a apoderar-se das terras descobertas e subjugar as populações indígenas⁴. O processo dos descobrimentos europeus, apesar de associado à revolução científica e ao início de uma nova era, não constituiu uma ruptura radical com o pensamento e concepção da *Respublica Christiana* medieval, pelo contrário apresenta uma forte continuidade e representa uma

2. Estas duas *Relectiones* fazem parte de um total de 15 *Relectiones* que ao longo dos anos Francisco Vitória proferiu tendo 13 delas sido preservadas.

3. Las Casas descreve com detalhe os massacres e atrocidades cometidas pelos Conquistadores em vários locais do Novo Mundo, vd. “*A short account of the destruction of the Indies*” pgs. 19-25, edição Penguin Books, 1992 (tradução) (disponível em [https://web.as.uky.edu/history/faculty/myrup/his208/Casas,%20Bartolome%20de%20las%20-%20Short%20Account%20\(1992,%20excerpts\).pdf](https://web.as.uky.edu/history/faculty/myrup/his208/Casas,%20Bartolome%20de%20las%20-%20Short%20Account%20(1992,%20excerpts).pdf)).

4. Recentemente o Vaticano tem procurado contestar a tese de que a Igreja Católica tenha defendido o “direito de descoberta” e o colonialismo, vd. Joint Statement of the Dicastries for Culture and Education and for Promoting Integral Human Development on the “*Doctrine of Discovery*” 30.3.2023 (<https://press.vatican.va/content/salastampa/it/bollettino/pubblico/2023/03/30/0238/00515.html#po>).

nova concretização da doutrina das Cruzadas e da guerra religiosa, agora ampliadas para regiões mais longínquas do globo.

Francisco Vitória contestou de forma clara a existência e legitimidade de um “direito de descoberta” com base no direito natural pondo em causa a argumentação dos dois Estados Peninsulares e a validade da suposta legitimação papal, contestando o poder do Papa conferir direitos perpétuos de propriedade sobre as terras e bens existentes nas terras descobertas. Esta posição fundamenta-se no reconhecimento de que os índios têm a titularidade de direitos naturais subjectivos fundados no direito natural objectivo. O primeiro desses direitos é o direito de propriedade, afirmando claramente que os índios “eram verdadeiros senhores tanto privada como publicamente antes da chegada dos espanhóis”; i.e., são proprietários, pelo que as suas terras e os seus bens não são *res nullius* e não podem ser apropriados pelos cristãos e pelo Estado espanhol (Vitória, 1538: 128).

Em segundo lugar, defende e fundamenta que os índios são titulares do direito de liberdade de religião, na sua acepção mais estrutural de liberdade de escolher a religião, pelo que não podem ser convertidos ao cristianismo pela força nem o Estado espanhol lhes pode fazer a guerra se rejeitarem o cristianismo, argumentando que a guerra religiosa e as cruzadas não eram causa de guerra justa, antes guerras injustas ilícitas face ao direito natural o que punha em causa o fundamento de expansão da fé cristã invocado por Espanha e Portugal para legitimar a colonização.

Em terceiro lugar, numa referência ao direito natural à vida, Vitória considera absolutamente ilegítimas as atrocidades e a “matança” dos índios pelos Conquistadores ao mesmo tempo que defende e antecipa uma doutrina da intervenção humanitária no sentido de que os Espanhóis podem usar legitimamente a força contra a tirania dos príncipes e governantes dos índios que imponham “*leis desumanas que prejudicam os inocentes...ou matam para se alimentar de sua carne*”, levem a cabo sacrifícios humanos e outras práticas, para proteger o direito natural à vida dos inocentes “*os espanhóis podem impedir aos bárbaros todo e qualquer costume e ritual ímpio, porque podem proteger os inocentes de uma morte injusta*” (Vitória, 1538, pp. 159).

Finalmente, refere o direito natural de liberdade de comércio que legitima a presença pacífica dos espanhóis nos territórios dos índios a qual não pode ser impedida pelos senhores locais. Esta é uma questão de enorme relevância neste período em que se confrontam duas visões opostas sobre a estruturação da ordem internacional. Por um lado, a doutrina do *mare clausum* defendida por Portugal e Espanha e legitimada pelo Papa que na decorrência do direito da descoberta e da divisão do mundo em duas zonas de influência portuguesa e espanhola consagrada no Tratado de Tordesilhas, defende direitos monopolistas sobre a “descoberta” de novos territórios, mas também sobre a navegação e o exercício do comércio marítimo que só poderia ser exercido por outros mediante autorização e pagamento de um tributo. Por outro, a doutrina do *mare liberum* defendida pelos Estados do Norte da Europa que contesta o regime de monopólio e afirma a liberdade de navegação e de comércio internacional, que viria a ser consolidada na obra de Hugo Grotius *Mare Liberum*. Vitória claramente antecipou o princípio da liberdade de comércio como direito natural essencial para a consolidação do novo sistema económico global emergente do capitalismo mercantil, um contributo pioneiro que influenciou Grotius, que cita e reconhece a relevância do contributo de Vitória no que se refere à afirmação do direito de liberdade de circulação e de comércio e à contestação do “direito de descoberta”⁵.

O reconhecimento dos direitos naturais dos índios tem um pressuposto e uma consequência essenciais. O pressuposto fundamental é que o uso da razão é o traço distintivo do ser humano e o fundamento da sua dignidade que deverá ser protegida pelos direitos naturais subjectivos. Ora, contrariando a posição dominante na época, Vitória afirma que os índios têm o uso da razão, são seres humanos plenos pelo que também são titulares dos direitos naturais comuns a

5. *Mare Liberum* cap. I refere o argumento de Vitória de que os Espanhóis poderiam fazer legitimamente a guerra se fossem impedidos de viajar e de fazer comércio que constituem direitos naturais e no cap. II o argumento contra o “direito de descoberta” (Grotius, 1999, p. 191) (disponível em: <https://oll.libertyfund.org/titles/scott-the-freedom-of-the-seas-latin-and-english-version-magoffin-trans>)

todos os homens. Esta posição consolida dois princípios essenciais: a universalidade dos direitos, todos os homens são racionais mesmo quando têm culturas e religiões diferentes; a funcionalidade dos direitos subjectivos na protecção da dignidade humana que decorre da racionalidade que o distingue do resto da Natureza. Importa sublinhar que a dignidade humana não decorre de ser crente e uma criatura de Deus, antes é intrínseca ao próprio Homem, autónoma e partilhada mesmo por aqueles que não crêem em Deus, espelhando a nova visão do humanismo renascentista e a consolidação de uma concepção laica.

A posição da Escola de Salamanca teve consequências significativas para a estruturação e revisão da política colonial de Espanha, não obstante a reacção negativa inicial de Carlos V ao *De Indis*, mas impacto limitado na prática. A primeira é a admissibilidade da soberania dos índios sobre os seus territórios e os seus bens, considerando que a soberania é universal. Contudo, esta posição tem de ser qualificada na medida em que devido ao subdesenvolvimento dos índios, cuja causa essencial é a ausência de educação na perspectiva de Vitória, poderia justificar que a soberania dos índios pudesse ser colocada sob o “protectorado” de Espanha que, baseado na livre escolha e consenso mútuo dos índios, poderia constituir um fundamento para a presença e domínio espanhol, instrumental – contribuir para o progresso dos índios e proteger os respectivos direitos – e transitório, sempre com um retorno a prazo à soberania plena pré-anunciando a descolonização (Vicente, 1992). Mais tarde, Las Casas viria mesmo a defender uma solução de concessão de autogoverno aos índios no contexto do Império Espanhol admitindo que pudessem ter os seus próprios tribunais onde os costumes dos povos indígenas podiam ser aplicados, excepto quando violadores do cristianismo.

A segunda é a crítica e rejeição da escravatura dos índios que são vistos como homens livres. Vitória rejeita a visão da “escravatura natural” de Aristóteles, adoptada também por S. Tomás de Aquino, que considera que os homens não são todos iguais, alguns não têm o uso pleno da razão e são naturalmente escravos pelo que a escravatura é natural, útil e prática sendo mesmo essencial para o funcionamento

da sociedade. Nesta matéria Vitória aproxima-se mais da posição dos Estóicos que consideram todos os homens igualmente racionais, dotados da mesma dignidade e por conseguinte rejeitam totalmente a escravatura, quer a natural quer a legal. Contudo, a aproximação é parcial já que Vitória continua a aceitar a escravatura legal, dos prisioneiros de guerra na tradição romana e medieval, de forma restritiva aos não-católicos, excluindo assim a sua aplicação aos católicos ou os que se convertessem.

É curioso notar que nesta matéria há posições divergentes no seio da Escola de Salamanca. Las Casas aceita a tese da “escravatura natural”, mas considera que os índios em concreto não podem ser escravizados porque têm uma civilização sofisticada e têm o uso da razão pelo que não são escravos naturais. Contudo, aceita que os negros sejam escravos naturais e possam ser legitimamente escravizados. Las Casas viria a rever a sua posição, arrependendo-se da defesa da escravatura de negros africanos, passando a advogar na fase final da sua vida a abolição de toda a escravatura.

A Escola de Salamanca confrontava-se com a influência da doutrina dominante sobre a legitimidade e a natureza positiva da colonização liderada por Juan Ginés de Sepúlveda, académico humanista que passou pela Universidade de Bolonha e foi professor na Universidade de Alcalá, tradutor de obras de Aristóteles e historiador oficial da Corte de Carlos V. Esta perspectiva, exactamente oposta à de Vitória, considerava os índios como sub-humanos, desprovidos de razão e por conseguintes escravos naturais, adoptando a teoria aristotélica. Esta posição deu um contributo essencial às bases da moderna teoria racista que considera as raças inferiores sub-humanas, irracionais e dispensáveis defendendo a sua escravização, negando-lhes quaisquer direitos e abrindo o caminho para a legitimação do genocídio. Por outro lado, Sepúlveda defendia a “missão civilizadora”, argumentando que nações superiores tinham o direito e dever de dominar povos inferiores para os civilizar. Este argumento inovador funcionava como uma justificação política do colonialismo, argumento que se tornou estruturante e persistiu na fundamentação do colonialismo até ao séc. XX.

Vitória e a Escola de Salamanca, incluindo de Las Casas⁶, assumiram o papel de activistas fazendo *lobby* junto de Carlos V no sentido de promover a alteração das bases da política colonial tendo produzido resultados concretos com a aprovação das *Leyes Nuevas de Indias* (1542), que aboliram o trabalho forçado dos indígenas limitando fortemente a *encomienda*, procurando reparar os abusos e crueldades cometidos pelos Conquistadores e configurando uma verdadeira declaração de direitos (Vicente, 1992), indo mais longe que as iniciativas anteriores das *Leyes de Burgos* (1512) e o decreto de 1530. Contudo, nunca foram implementadas tendo sido alvo de violação sistemática e mais tarde de revogação parcial em 1545⁷.

Este debate na Corte de Carlos V culmina em 1550-51, já depois da morte de Vitória, nos “Debates de Valladolid” organizados pela Coroa entre dois grupos de juristas e teólogos, um liderado por Bartolomé de Las Casas, grande crítico das atrocidades cometidas pelos “conquistadores”⁸, e o outro por Juan Ginés de Sepúlveda, centrados na questão de determinar se os índios tinham alma e seriam verdadeiros seres humanos. Sepúlveda argumentou que os índios não tinham alma e que a guerra contra eles era perfeitamente justificada por causa do seu paganismo, da prática de sacrifícios humanos e de canibalismo

6. Las Casas e os seus argumentos influenciaram o Papa Paulo III na publicação da Bula *Sublimis Deus* 1537, na qual o Papa revertendo a doutrina dos seus antecessores, considera os índios como homens plenos que não podem ser privados da sua liberdade ou propriedade nem sujeitos a escravatura (disponível em <https://www.papalencyclicals.net/paul03/p3subli.htm>).

7. Na obra de Las Casas “A short account of the destruction of the Indies” de 1552, o autor confirma a não aplicação das leis, a corrupção e a rebelião contra a Coroa dos vários poderosos locais após terem tomado conhecimento das *Leyes Nuevas de Indias*, pp. 128-130, edição Penguin Books, 1992 (tradução) (disponível em [https://web.as.uky.edu/history/faculty/myrup/his208/Casas,%20Bartolome%20de%20las%20-%20Short%20Account%20\(1992,%20excerpts\).pdf](https://web.as.uky.edu/history/faculty/myrup/his208/Casas,%20Bartolome%20de%20las%20-%20Short%20Account%20(1992,%20excerpts).pdf))

8. Bartolomé de Las Casas foi um conquistador inicialmente na ilha da Hispaniola, participou na conquista de Cuba e foi titular de uma *encomienda* que permitia extrair trabalho forçado aos indígenas tendo observado directamente as atrocidades cometidas contra os índios que descreve na sua obra *A Short Account of the Destruction of the Indies*, argumentando que em vez de uma ação civilizadora os colonos movidos pela ganância só provocaram destruição e morte em grande escala.

que causam danos imensos a inocentes⁹. Este foi um debate crucial que influenciou de forma significativa o padrão do colonialismo e a evolução da prática em termos de respeito pelos direitos naturais. O resultado final foi favorável à posição de Las Casas, o papel dos conquistadores foi considerado ilegal e injusto e deveria ser banido, mas, apesar da condenação da conquista, não foi implementada a sua proposta mais radical de que os povos indígenas deveriam ser libertados e atribuída uma autodeterminação política. Na verdade, não houve mudança significativa no terreno por resistência e boicote das elites locais e incapacidade política da Coroa Espanhola impor o respeito pelas leis em vigor.

O legado de Vitória de uma soberania limitada em que o Estado soberano está sujeito às regras de direito natural, é também posta em causa por uma outra via, a influência das ideias de Maquiavel. O autor de “Il Principe”, pioneiro da escola realista moderna, opera uma ruptura com a concepção medieval de poder defendendo a separação total entre *Kratos* e *Ethos*, política e moral (cristã), pelo que a acção do Príncipe não pode ser julgada em termos morais interessando apenas se é eficaz no objectivo de conquista e manutenção do poder através dos dois instrumentos fundamentais “as boas leis e as boas armas”. Esta orientação, em rota de colisão com a visão de Vitória, sustenta uma concepção de soberania absoluta e a prevalência do Estado e da razão de Estado sobre os indivíduos e os seus direitos, privilegiando uma lógica pragmática de conquista e preservação do poder. Ela dá origem a uma linha politico-filosófica que advoga o absolutismo e que será aperfeiçoada posteriormente por Bodin e sobretudo por Hobbes, iniciando o paradigma realista das relações internacionais, enquanto Vitória e os seus continuadores, em especial Locke, consolidam o paradigma idealista das relações internacionais.

9. Excerto da obra de Sepulveda, *The Second Democrats* (1547), uma resposta à obra de Las Casas “A short account of the destruction of the Indies” (1542), “War against these barbarians can be justified not only on the basis of their paganism but even more so because of their abominable licentiousness, their prodigious sacrifice of human victims, the extreme harm that they inflicted on innocent persons, their horrible banquets of human flesh, and the impious cult of their idols” (https://www.digitalhistory.uh.edu/active_learning/explorations/spain/spain_sepulveda.cfm)

Apesar de ambos serem influenciados pelo humanismo renascentista não o são da mesma forma. O humanismo conhece duas fases distintas gerando uma clara ambivalência: a inicial em que o foco é o humanismo cívico baseado na República e nas liberdades cívicas e o objectivo essencial do governo deve ser a liberdade e a justiça; e a tardia em que o foco é o Príncipe e a consolidação do Estado soberano e o objectivo essencial a paz e estabilidade (Skinner, 1996). Ora Maquiavel integra-se na fase tardia, ao passo que Vitória é mais próximo do humanismo inicial a par de outro grande humanista Erasmus, também ele um pensador crucial na transição da Idade Média para a Idade Moderna, com quem partilhava a visão crítica da guerra e das suas atrocidades¹⁰, uma cultura da paz e o papel estratégico da educação, assim como a tentativa de influência sobre Carlos V a quem Erasmus dedicou, enquanto príncipe, a obra *Institutio Principis Christiani* (1516).

Em suma, Vitória representa uma síntese criativa entre a escolástica medieval e o humanismo renascentista inicial, mas o seu pensamento tem traços profundamente inovadores que implicam a ruptura com o paradigma dominante ao rejeitar a visão aristotélica e tomista sobre a “escravatura natural” e aproximar-se dos Estóicos na rejeição da escravatura e na afirmação da racionalidade plena dos Índios e da sua titularidade dos direitos naturais subjectivos. Ao considerar que todos os homens têm o uso da razão e que esta é a base da dignidade humana que deve ser protegida pelos direitos naturais subjectivos, Vitória afirma a sua adesão ao jusnaturalismo racionalista, a universalidade destes direitos e a natureza de limites à soberania do Estado resultando numa concepção de soberania limitada e propondo uma lógica de equilíbrio entre os princípios da soberania e dos direitos naturais subjectivos. Na realidade não nega a legitimidade da presença dos espanhóis nas terras dos índios, mas com respeito pela soberania destes, sobretudo para de forma pacífica evangelizar e educar os índios na fé cristã, respeitando a sua liberdade de escolha, e exercer

10. A sua obra fundamental “Dulce Bellum Inexpertis” que surgiu em 1508 inserida de forma discreta nos Adages e publicada em Basileia em 1515.

livremente o comércio. De alguma forma advoga o “soft power” olhando para a religião e o comércio como instrumentos alternativos ao poder militar e à guerra, admitindo que possa ser utilizado para estabelecer influência e domínio dos espanhóis e potenciar a sua acção civilizadora que, em última instância, legitima a colonização, mas em moldes muito diferentes da Conquista.

Vitória emerge como pioneiro do Direito Internacional propondo um paradigma de uma comunidade de Estados e povos, alicerçada nos direitos naturais universais, e na medida em que não só elabora aspectos centrais sobre o direito da guerra desenvolvendo a teoria da guerra justa, como reflecte sobre as relações entre Europeus e não-Europeus ampliando o âmbito da regulação e definindo uma via de pensamento que não se restringe à regulação das relações entre Estados soberanos mas abrange igualmente as relações entre o Estado e o indivíduo, colocando os direitos naturais subjectivos no centro do Direito Internacional.

O século XVII representa um avanço não só na consolidação de um sistema internacional baseado em Estados soberanos autónomos e formalmente iguais, mas também na definição clara de modelos alternativos do Estado, que deixa de ser visto como monolítico, e do conflito entre as concepções de soberania absoluta e de soberania limitada. O debate essencial trava-se entre Hobbes e Locke cujas consequências para a concepção dos direitos dos indivíduos serão absolutamente determinantes até ao presente gerando duas vias alternativas.

Apesar de ambos terem um ponto de partida semelhante, defensores da teoria dos direitos naturais e contratualistas, os seus pontos de chegada são bastante diferentes.

Na perspectiva de Locke a teoria dos direitos naturais, na linha de Vitória, é a base fundamental para pensar o Estado e a relação entre a soberania e as comunidades humanas. Os direitos naturais que são pré-Estado, existem no estado de natureza e são inerentes ao ser humano e à dignidade humana, mantêm a sua natureza não sofrendo qualquer alteração estrutural na transição do estado de natureza para o estado de sociedade. Tal significa que são autónomos,

existem independentemente do reconhecimento pelo Estado, não são concedidos por este, constituindo uma esfera de protecção do indivíduo face aos abusos do poder. Os direitos naturais que Locke teoriza na sua obra *Two Treatises on Government* incluem para além do tríptico “direito à vida-liberdade-propriedade” um direito-garantia, o direito à rebelião que existe quando o Estado viola os direitos naturais tornando legítima a revolução e a substituição do Governo pelos cidadãos. Nesta perspectiva, os direitos naturais constituem um verdadeiro limite à soberania como Vitória já tinha salientado, implicando a visão de uma soberania limitada, instrumental para proteger as comunidades humanas e não como um fim em si mesma. O Estado liberal, protector dos direitos, é o modelo advogado por Locke representando um avanço relativamente a Vitória ao propor um modelo de Estado e uma solução política concreta.

Em sentido oposto, Hobbes entende que o estado de natureza é o caos, a barbárie que coloca completamente em causa os direitos naturais dos mais fracos sendo o seu objectivo fundamental a auto-preservação. Neste contexto, a criação do Estado pelo contrato social é absolutamente essencial para a preservação da sociedade. A natureza negativa do ser humano requer um Estado autoritário, o Grande Leviatã, para controlar o lado negro e destrutivo do homem, um mal para evitar males piores. Neste contexto, os direitos naturais que existem no estado de natureza sofrem uma transformação qualitativa com o contrato social sendo alienados pelos indivíduos em favor do Estado que os devolve sob a forma de direitos civis. Hobbes postula o princípio da positivação no sentido de que só existem os direitos que estiverem positivados na lei do Estado e que sejam garantidos pela força do Estado. Assim, os direitos civis são concedidos pelo Estado aos cidadãos que mantem disponibilidade sobre esses direitos podendo suspendê-los, restringi-los ou até aboli-los se a segurança e a razão de Estado assim o exigir. A visão hobbesiana, ao contrário da posição de Locke, encara os direitos como expressão da soberania e não como limite à soberania, justificando a via absolutista e autoritária que se vai consolidar no século XVII com repercussões nas grandes potências europeias e na definição da respectiva política colonial.

As ideias de Locke tiveram um impacto essencial na questão colonial e foram a grande fonte de inspiração da revolução americana, fornecendo os fundamentos para o exercício do direito à rebelião, e dos Founding Fathers, em especial Thomas Jefferson, que criaram os EUA com o seu triplo significado: o primeiro Estado liberal, a primeira colónia a tornar-se independente e a exercer o direito à auto-determinação e o primeiro sistema com um elemento democrático na história moderna, adoptando o modelo da democracia representativa da República Romana e não da democracia directa ateniense.

O declínio do paradigma jusnaturalista e o domínio do positivismo a partir do início do séc. XIX representa, paradoxalmente, uma vitória parcial da visão hobbesiana que se traduz na apropriação pelo Estado dos direitos naturais, nacionalizando-os e vertendo-os como direitos fundamentais positivados nas Constituições. Tal implicou quer a perda da universalidade, já que a lista de direitos positivados varia de Constituição para Constituição e os direitos de nacionais e estrangeiros não são iguais, quer da função de limites à soberania abrindo caminho a uma consolidação da concepção de soberania absoluta que não encontra nem limite interno, designadamente dos direitos, nem limite externo, prevalecendo o princípio da liberdade de fazer a guerra que persistiu até 1945 e à aprovação da Carta da ONU.

O paradigma positivista do Direito Internacional, articulado com o paradigma realista clássico das relações internacionais, que se consolidou a partir do início do século XIX desvalorizou o papel do Direito Internacional como mero sistema de coordenação de soberanias "the law between States not the Law above States". O seu âmbito é restringido deixando de regular o *jus ad bellum*, emergindo o princípio da liberdade de fazer a guerra como um direito soberano do Estado, os direitos dos indivíduos não são uma questão internacional, mas uma questão interna dos Estados, e o Direito Internacional, radicalmente separado da moral, é desprovido de conteúdo axiológico não prosseguindo valores.

A visão de Vitória entra em crise profunda com o paradigma positivista voltando a ganhar influência na reconstrução da ordem internacional pós-1945 alicerçada na ONU, no direito internacional

e na proibição da guerra. Esta nova fase alicerçada no compromisso entre o positivismo/realismo e o jusnaturalismo/idealismo constituiu uma reacção à catástrofe global a que conduziu o paradigma radical da soberania absoluta que se materializou nos dois conflitos armados globais do séc. XX e na violação em massa dos direitos humanos, com especial destaque para o genocídio, por autocracias que, inspiradas pela concepção hobbesiana, vão na realidade para além dela, levando o Estado a ser o protagonista da barbárie e do caos que Hobbes associou ao estado de natureza, e não o agente de preservação da vida humana e da paz.

2. O GENOCÍDIO E A GÉNESE DO PARADIGMA DOS DIREITOS HUMANOS

Num impressionante paralelo com a dinâmica do séc. XVI, o genocídio em grande escala voltou a ser o factor decisivo que despoletou uma mudança de paradigma e criou as condições políticas para a emergência do paradigma dos direitos humanos (DH) em 1948, com transformações significativas na natureza do Direito Internacional e ampliando o seu âmbito regulatório. Os genocídios do regime Nazi causaram um total de 12,2 milhões de vítimas mortais, envolvendo judeus e não-judeus¹¹, e ainda muitos outros milhões de vítimas perseguidas que ficaram marcadas por um profundo sofrimento e distúrbios de saúde mental. Esta realidade tinha relevantes antecedentes no início do século XX: o genocídio dos Arménios e outras minorias cristãs da responsabilidade do Império Otomano em 1915 (1.5 milhões de mortos); os genocídios cometidos pela URSS de Stalin envolvendo os ucranianos com o Holodomor (1932-33) provocando um número de vítimas estimado entre 3-7 milhões, e os polacos (1937-38) com cerca de 130.000 vítimas.

A realidade do genocídio Nazi, em especial do Holocausto, tornou-se conhecida da opinião pública mundial após o fim da guerra gerando uma comoção e indignação generalizada e despoletando um

11. The United States Holocaust Memorial Museum (disponível <https://www.ushmm.org/>)

movimento de activistas de DH e ONGs que pretendiam a tomada de medidas eficazes para impedir a repetição de uma catástrofe semelhante logo no processo de criação da ONU¹². A génese da *International Bill of Rights* e o resultado deste processo entre 1946-1948 é especialmente relevante e pleno de tensões e contradições, ressuscitando o debate entre Locke e Hobbes e as tensões e ambiguidades que marcaram os Debates de Valladolid.

É interessante notar que a diferença agora é que os Estados totalitários eram vistos como os responsáveis directos pelo Genocídio, não já os colonos gananciosos, o que punha em causa a própria concepção hobbesiana que sustentou o paradigma da soberania absoluta na medida em que o Estado não tinha sido o agente de contenção da besta humana, mas tinha antes encarnado ele próprio a besta de forma brutal, organizada e meticulosa sem precedentes históricos. A verdade é que esta visão não é rigorosa como a investigação sobre o Holocausto veio a demonstrar na medida em que o Estado Nazi foi auxiliado por muitos cúmplices, outros Estados europeus (França, Eslováquia, Hungria) e os próprios cidadãos alemães e de outras nacionalidades contribuíram para a perseguição movidos pela sua ganância como Laurence Rees comprovou na sua investigação inovadora e aprofundada sobre o maior local de extermínio em massa de seres humanos da História, o campo misto de trabalho e morte de Auschwitz (Rees, 2005). Os Nazis e Hitler conceberam o plano da “Solução Final”, mas não o executaram sozinhos.

A prevalência da concepção de soberania absoluta na tradição positivista hobbesiana criou sérios obstáculos à aprovação do novo paradigma dos DH e à sua posterior implementação, visível quer no processo de aprovação da Carta das Nações Unidas quer na negociação e redacção da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH).

12. ONGs americanas foram proativas na pressão sobre o Departamento de Estado para inclusão dos direitos humanos no centro da nova organização internacional a criar, caso do American Law Institute e Commission to Study the Organization of Peace vd. Alice M. McDiarmid, ‘The Charter and the Promotion of Human Rights’, US Department of State Bulletin, (10 February 1946), pp. 210–12.

Embora a ONU afirme que a DUDH é uma decorrência natural da Carta onde os DH são referidos existindo uma harmonia e complementaridade entre ambas, a verdade é que a Carta não cumpriu as expectativas criadas com a Declaração das Nações Unidas de 1942 de um novo equilíbrio entre soberania e direitos humanos. Com efeito, a Carta representa o predomínio do princípio da soberania, designadamente o seu art. 2º nº7, relegando para segundo plano os direitos humanos, as referências na Carta são programáticas e vagas, nenhuma delas envolve qualquer definição de DH, nem inclui uma lista de direitos ou implica obrigações jurídicas vinculativas para os Estados não violarem ou protegerem os DH. A Carta foi um insucesso em termos de consagração e protecção dos DH pelo que os activistas e movimentos sociais empenharam-se na criação de um outro instrumento, a *International Bill of Rights*, que permitisse colmatar a lacuna da Carta, por conseguinte em tensão e não em harmonia com esta. Em suma, os dois instrumentos estruturantes da ordem internacional pós-1945 reflectem as tensões entre os princípios da soberania e dos DH já equacionadas por Vitória e a dificuldade em encontrar um equilíbrio entre ambos.

O projecto partia do pressuposto de que os Estados fortes, com uma visão de soberania absoluta tinham sido os responsáveis pelo genocídio pelo que era fundamental consagrar os DH no direito internacional, fora da disponibilidade dos Estados, numa lógica de limitação da soberania retomando a visão de Vitória e Locke, para impedir uma repetição da tragédia. A *International Bill of Rights* composta por três elementos complementares: uma declaração de direitos, um instrumento de *soft law* sem natureza vinculativa que define os princípios e os direitos; a *International Covenant on Human Rights*, um instrumento de *hard law* que tornaria vinculativas para os Estados as disposições da Declaração; um Tribunal Internacional de Direitos Humanos para analisar e punir os casos de violação e efectivar a responsabilidade internacional individual e dos Estados.

Neste processo dois factos ilustram a missão difícil do Drafting Committee para ultrapassar as condicionantes criadas e a pressão exercida pelos defensores da visão da soberania absoluta. O

primeiro facto é o conteúdo surpreendente e paradoxal do Primeiro Draft proposto pelo Secretariado da ONU¹³ que nos artigos 1º e 2º de uma declaração de direitos consagrava o “dever de lealdade” dos indivíduos para com o Estado e a ONU e a limitação no exercício desses direitos pelos requisitos e interesses dos Estados e da ONU, estabelecendo um link de condicionalidade entre direitos e deveres no sentido de que o gozo dos direitos dependeria do cumprimento dos deveres. Esta proposta reflectia a visão positivista hobbesiana e foi radicalmente alterada pelo Comité que no artigo 1º incluiu o poderoso texto “*Todos os seres humanos nascem livres e iguais em direitos e dignidade. São dotados de razão e consciência e devem agir entre si num espírito de fraternidade.*”

O segundo facto envolve a crítica estrutural à DUDH e manifestação de discordância por parte dos defensores da soberania absoluta e do modelo hobbesiano, em especial a posição da URSS na sessão de discussão final e aprovação da DUDH em Paris 10.12.1948 e que consta da respectiva acta¹⁴. A Declaração do representante da URSS, Andrey Vyshinsky, manifesta a discordância com a DUDH considerando que algumas das suas disposições violam a Carta da ONU, a soberania e interferem nos assuntos internos dos Estados ao mesmo tempo que expressa a visão hobbesiana sobre os direitos “*os direitos humanos não podem ser concebidos fora do Estado, o conceito de direito e de lei são conexos com o Estado...Direitos Humanos não significam nada se não forem garantidos e protegidos pelo Estado...*” Na votação final registaram-se oito abstenções, que se não fosse o contexto político teriam sido votos contra, entre os quais os da URSS, da África do Sul e da Arábia Saudita.

13. Draft Outline of International Bill of Rights, prepared by the Division of Human Rights: doc. E/CN.4/AC.1/3 de 4.6.1947 (disponível em <https://research.un.org/en/undhr/draftingcommittee/1>). O art. 1º refere “*Every one owes a duty of loyalty to his State and to the (international society) United Nations. He must accept his just share of responsibility for the performance of such social duties and his share of such common sacrifices as may contribute to the common good.*” O art. 2º “*In the exercise of his rights every one is limited by the rights of others and by the just requirements of the State and of the United Nations.*”

14. Sessão Plenária 183ª ata Doc.A/PV/183, Declaração de Andrey Vyshinsky (USSR) Pgs-923-924 (disponível em <https://docs.un.org/en/A/PV.183>). Vyshinsky foi um Procurador-Geral da URSS em meados dos anos 30 e académico influente.

O paradigma dos DH implicou uma clara ruptura com o paradigma positivista hobbesiano e o conceito de direitos fundamentais, consagrados nas Constituições dos Estados, a diversos níveis: (i) os direitos humanos foram consagrados no direito internacional e não nos direitos nacionais o que representa um regresso à visão de Vitória; (ii) envolvem simultaneamente direitos dos indivíduos e obrigações dos Estados, vinculados aos deveres de respeito, protecção, *fulfillment*, prevenção, reparação e implementação dos direitos humanos; (iii) constituem um limite à soberania do Estado e implicam uma concepção de soberania limitada, instrumental, em tensão com a visão hobbesiana de soberania absoluta; (iv) universalidade em termos substantivos envolvendo a proibição de qualquer tipo de discriminação ao passo que os direitos fundamentais não são universais, variam de Constituição para Constituição e assumem níveis variáveis de discriminação entre nacionais e não-nacionais (v) visão holística do ser humano traduzida nos princípios da unidade e interdependência dos direitos humanos e das suas três gerações, no sentido de que não podem ser separados e que a violação/implementação de um implica violações/progresso cruzado de outros e que nenhum pode ser prosseguido à custa de outros existindo uma obrigação de prossecução simultânea e de conciliação; (vi) dinâmicos, evoluem historicamente com as transformações das sociedades em termos extensivos, expandindo a lista de direitos com a inclusão de novos direitos, e intensivos implicando o aprofundamento e densificação do conteúdo normativo de direitos já existentes.

O início da Guerra Fria e as visões contraditórias sobre os DH das duas superpotências EUA e URSS, implicaram que o projecto ficasse incompleto e que a sua implementação fosse extremamente lenta e parcial. A DUDH foi aprovada na última janela de oportunidade antes do início em pleno da Guerra Fria em 1949 e os dois outros elementos da *International Bill of Rights* não chegaram a ser aprovados, nem o tratado internacional nem a criação do Tribunal Internacional de Direitos Humanos. Um aspecto crucial é a falta de horizontalidade estrutural dos DH, não se implementou a ideia defendida pelo Drafting Committee de que os direitos humanos tinham de ser encarados como

transversais e operacionalizados através da inclusão de cláusulas de DH nas diferentes áreas do Direito Internacional (tratados de comércio internacional, de paz, do desenvolvimento, do ambiente) de modo a não ser “acantonado” e restringido a uma área específica separada, activada apenas em momentos de crise esvaziando a sua lógica de prevenção, e poderem ser um vector central no processo de decisão.

Atentas as questões fundamentais suscitadas e os princípios definidos, designadamente a universalidade dos direitos individuais e a forte limitação da guerra, Vitória permanece relevante e tem sido reconhecido como o grande pioneiro do direito internacional, mas também da definição dos princípios fundamentais da ONU confirmando a enorme actualidade do seu legado¹⁵.

3. GENOCÍDIO, DIREITOS HUMANOS E EFECTIVIDADE

O século XX foi o século do genocídio e o século XXI mantém essa dinâmica constituindo um enorme insucesso da comunidade internacional, da ONU e dos esforços desenvolvidos desde 1948. Os esforços da comunidade internacional para combater esta catástrofe iniciaram-se com a aprovação da Convenção Internacional de Prevenção e Punição do Crime de Genocídio em 9.12.1948, na véspera da aprovação da DUDH, um tratado internacional que impôs aos Estados obrigações vinculativas não apenas de punição, mas também de prevenção do crime. A sua aprovação em separado da DUDH traduz a existência de dois processos distintos que evoluíram em paralelo sem conexão directa: um liderado por Eleanor Roosevelt discutido e aprovado por um Draft Committee no seio do sistema institucional da ONU; o outro, liderado por Raphael Lemkin, uma vítima indirecta do Holocausto com vários familiares exterminados

15. Em 2017 num evento em Genebra, diversos Estados membros e responsáveis da ONU organizaram uma conferência evocativa de Francisco Vitória e do seu legado “Francisco de Vitoria and the Inception of the Principles of the United Nations: His Legacy Today.” 24.1.2017 (disponível em <https://www.ungeneva.org/en/about/director-general/michael-moller/activities/2017/01/francisco-de-vitoria-and-inception>). O busto de Vitória encontra-se nos jardins da sede da ONU em Nova Iorque e o seu nome foi atribuído à “Salle du Conseil” em Genebra sinalizando o seu contributo decisivo para a génese dos princípios das Nações Unidas.

em Treblinka, um projecto pessoal em que não só conceptualizou o genocídio e os seus diferentes tipos – físico, biológico e cultural – (Lemkin, 1944, pp.79-95) como elaborou o texto do tratado, concebido fora do sistema da ONU e cuja adopção pela Assembleia Geral resultou em grande medida do trabalho diplomático persistente de *lobby* de Lemkin junto de diversas delegações de vários Estados.

Apesar de a DUDH e a Convenção contra o Genocídio serem os dois instrumentos iniciais do novo paradigma e de convergirem na primazia da pessoa humana sobre a lógica da soberania do Estado e no objectivo de proteger os DH, é importante salientar que existiam tensões e perspectivas diferentes entre eles sobre a estratégia mais eficaz para atingir o objectivo, ilustrando um certo dualismo dentro do movimento dos direitos humanos. Como nota Mayers, a visão da Convenção do Genocídio é mais centrada na dimensão colectivista, dos grupos humanos e numa perspectiva mais pragmática de protecção dos direitos, enquanto a DUDH está mais centrada na dimensão individualista e na definição mais abstracta dos grandes princípios, existindo quer aspectos de complementaridade quer de oposição e divergência entre ambos (Mayers, 2015). Lemkin criticou os autores da DUDH como teóricos sem experiência da dura realidade do terreno, perdidos em generalidades, juntando-se a um conjunto de vozes críticas que denunciaram o facto de a DUDH não enfatizar as obrigações dos Estados nem definir mecanismos de garantia e *enforcement* dos direitos, para além de considerar que a DUDH retirava visibilidade e protagonismo à Convenção do Genocídio (Mayers, 2015).

A Convenção acabou por consagrar no seu art. II a complexidade do conceito de genocídio proposto por Lemkin, combinando dois elementos estruturais o elemento psicológico, o dolo directo (*mens rea*) de destruição total ou parcial de um grupo humano definido pela sua raça, etnia, religião ou nacionalidade, e o elemento objectivo dos actos proibidos (*actus rea*) incluídos na listagem exaustiva das alíneas a) a e), de verificação alternativa ou cumulativa, ampliando o âmbito para além da ideia de destruição imediata associada ao extermínio em massa. Com efeito, foram incluídos, com base na experiência concreta do Holocausto, outros actos de menor visibilidade e

efeitos mais a médio-longo prazo, como a criação de circunstâncias objectivas que levem à destruição do grupo (privação do acesso a comida, água, cuidados de saúde, aquecimento), o impedimento de nascimentos dentro do grupo (por exemplo devido a processos de esterilização forçada) ou transferência forçada de crianças para outros grupos, aspectos tão relevantes na análise dos genocídios atuais dos Palestínianos em Gaza, dos Uyghurs na China ou dos Rohingya em Myanmar. Consagrou ainda a proibição e punição do genocídio de forma mais ampla, quer ocorra em tempo de guerra quer em tempo de paz, uma questão essencial que Lemkin pretendia consagrar por forma a ultrapassar o problema do Tribunal Penal de Nuremberga que condenara por crimes contra a humanidade (genocídio cujo conceito não estava ainda definido) apenas quando conexos e subordinados ao crime de agressão entre Estados, por conseguinte em contexto de guerra e prevalecendo a lógica de soberania, não condenando os actos praticados antes de 1939.

Ficou, contudo, aquém da proposta de Lemkin na medida em que não consagrou a proibição do genocídio cultural, em parte como resultado da pressão de dois membros permanentes os EUA, que receava uma responsabilização pela destruição da cultura da comunidade negra americana, e a França envolvida no seu império colonial, tendo a Convenção apenas consagrado a proibição do genocídio físico (alíneas a) a c)) e do genocídio biológico (alíneas d) e e)). Por outro lado, restringiu os grupos protegidos aos quatro supra referidos, não incluindo de forma deliberada e discriminatória os “grupos políticos”, mantidos no *draft* do art II até ao final, por oposição da URSS, cuja perseguição e execução dos opositores políticos era bem conhecida, e de outros Estados que consideraram que a protecção dos grupos políticos deveria ser garantida num quadro mais amplo dos direitos humanos, no âmbito da DUDH (Leblanc, 1988), sinalizando uma visão de separação de águas entre os dois instrumentos.

Esta concepção de genocídio no século XX é mais ampla do que aquela que Vitória e Las Casas caracterizaram como “grande matança”, que correspondia ao extermínio imediato em massa e que tende ainda hoje a ser dominante na maioria da opinião pública. Contudo, a visão

sobre o nexo causal e a dinâmica do processo é muito semelhante às conclusões que a investigação no século XX retirou sobre o Genocídio Nazi e genocídios subsequentes. A principal conclusão é a de que existe uma articulação e um nexo complexo entre racismo-confisco-escravatura-genocídio. A ideologia racista construída pelo Partido Nazi, que considera uma raça superior com certas características e raças inferiores consideradas sub-humanas, encontra no pensamento de Sepúlveda uma das fontes de inspiração, reforçado pelo racismo científico do positivismo do séc. XIX e as teorias do poligenismo usado para continuar a justificar, tal como no século XVI, o domínio colonial associado à missão civilizadora das potências ocidentais.

Se o Genocídio foi a causa primordial da emergência do paradigma dos DH, ele constituiu também um primeiro teste à efectividade e robustez do sistema criado em 1948, com resultados decepcionantes. Apesar da estruturação do novo paradigma, as vítimas dos Genocídios Nazis, quer as directas que sobreviveram quer as indirectas, não foram tratadas e protegidas de acordo com os standards de direitos humanos, pelo contrário os seus direitos continuaram a ser violados. Após a libertação dos campos de trabalho e morte, por exemplo do maior símbolo do Genocídio que é Auschwitz, as vítimas sobreviventes (cerca de 8.000 pessoas) foram na maioria dos casos deixadas à sua sorte, revitimizadas pelos libertadores, pelas comunidades de origem quando regressaram à sua terra natal onde as suas casas tinham sido ocupadas e lhes foram negadas, novamente expulsos pelas comunidades e agredidos, na maioria dos casos os seus bens nunca lhes foram devolvidos, como demonstra Laurence Rees na sua investigação (Rees, 2005). O espesso manto de silêncio que se abateu sobre as vítimas tornando-as quase invisíveis, e o elevado grau de impunidade dos genocidas que tinham participado activamente no processo¹⁶, são a evidência chocante de que o novo paradigma falhou logo no primeiro teste, criando condições para que o fenómeno se repita e que a ideologia que o suporta se mantenha viva.

16. Segundo Laurence Rees, só no caso de Auschwitz cerca de 90% dos membros das SS que participaram na máquina que geriu o maior palco de genocídio da história, não foram sequer acusados e muito menos julgados e punidos (Rees, 2005).

E tem vindo a falhar em testes posteriores especialmente no que toca ao genocídio uma vez que a lógica do “never again” que alimentou o esforço dos que se empenharam na aprovação da DUDH e da Convenção, na realidade acabou por degenerar na realidade do “time and again” com a proliferação dos genocídios na segunda metade do século XX e no primeiro quartel do século XXI: dos Bangladeshis às mãos do Paquistão (1971), dos Cambodjanos às mãos dos Khmers Rouge (1975-79), dos Tutsies no Ruanda (1994), dos Bósnios muçulmanos na Bósnia-Herzegovina (1995) dos Rohingya em Myanmar (2005 até ao presente) dos Uyghur na China (2017 até ao presente), dos Tibetanos na China (1960 até ao presente) ou mais recentemente dos cristãos na Nigéria, dos Masalit no Sudão do Sul (2013 até ao presente), dos Hazaras no Afeganistão às mãos dos Taliban, dos Ucrrianos na Ucrânia da responsabilidade da Rússia (2022 até ao presente) e dos Palestinianos em Gaza da responsabilidade de Israel, apenas para referir alguns dos mais significativos.

Na busca de uma solução, procurando responder ao agravamento dos *mass atrocity crimes* (genocídio, crimes contra a humanidade, limpeza étnica e crimes de guerra) no pós-Guerra Fria, ao falhanço da doutrina da intervenção humanitária dos anos 90 e ao impressionante aumento de casos de Estados frágeis e falhados, emergiu na década de 2000 o paradigma da “Responsabilidade de Proteger” (R2P)¹⁷, promovido por uma aliança de Middle Powers e de ONGs de direitos humanos, que teve um triplo impacto em termos de mudança de “mind set”: (i) reforçar a visão da soberania da responsabilidade, da concepção de soberania limitada em que o poder soberano não se restringe aos direitos do Estado inclui também os deveres sendo o primordial a protecção dos DH; (ii) responsabilizar a comunidade internacional pela protecção dos direitos humanos assumindo uma responsabilidade secundária de proteger quando o Estado falha no seu dever de protecção; (iii) colocar o acento tónico na responsabilidade

17. Trata-se de uma regra de soft law aprovada, após um complexo processo negocial, pela World Summit de 2005 e inserida nos parágrafos 138 e 139 da Resolução sobre World Summit Outcome da AG da ONU, Doc. A/RES/60/1, de 24.10.2005 (disponível em file:///C:/Users/Miguel%20Santos%20Neves/Downloads/A_RES_60_1-EN.pdf)

de prevenir como dimensão prioritária ainda que articulada com a responsabilidade de agir e de reconstruir, apontando para uma revisão profunda do modelo internacional reactivo às crises “too little, too late”.

Um aspecto relevante que diferencia a visão actual da R2P da visão de Vitória e dos redactores da DUDH é que a ameaça aos direitos humanos provem não apenas de Estados fortes baseados numa concepção de soberania absoluta mas também da inexistência de soberania, de Estados falhados incapazes de exercer a soberania e proteger os direitos humanos deixando as populações à mercê do poder e violência extrema de actores não-estatais, grupos de crime organizado transnacional, grupos terroristas, grupos rebeldes e senhores da guerra. Por outras palavras, estamos confrontados com o novo fenómeno da crise do Estado soberano implicando um regresso ao estado de natureza e uma destruição do contrato social.

Outro contributo essencial que molda e densifica a visão actual sobre o genocídio é a análise de Stanton do processo de Genocídio e a identificação de diferentes fases, sequenciais ou cumulativas, que demonstra que não se trata de um fenómeno instantâneo, antes resulta de um processo de longo prazo com sequência e nexos causais complexos. A análise de Stanton, presidente da Organização Genocide Watch, definiu 10 fases do processo de genocídio com base na análise comparativa de diversos casos históricos (sobretudo do Holocausto, genocídio Arménio e Genocídio Cambodja)¹⁸, salientando que o processo não é linear e que cada fase constitui em si mesma um processo. Este contributo apresenta diversos aspectos inovadores: (i) o ênfase na prevenção consistente com a R2P mas de forma desagregada e diferenciada, sendo que as medidas de prevenção são diferentes para cada fase; (ii) o papel essencial da máquina do genocídio, da complexa estrutura organizacional o que implica que em

18. As fases incluem (i) Classificação, (ii) Simbolização, (iii) Discriminação, (iv) Desumanização, (v) Organização, (vi) Polarização, (vii) Preparação, (viii) Perseguição, (ix) Extermínio, (x) Negação vd. Genocide Watch, Ten Stages of Genocide (disponível em <https://www.genocidewatch.com/tenstages>). Esta análise inspira-se nas teorias estruturalistas de Piaget sobre a relação directa entre processos cognitivos e processos morais no desenvolvimento da criança.

termos de responsabilização ela tem de abranger os diversos níveis, e não apenas o topo, para dismantelar a máquina, (iii) dimensão social, a mobilização dos membros da sociedade através da propaganda e manipulação, demonstrando que o Estado e os genocidas não agem sozinhos procurando legitimação e apoio na sociedade.

Finalmente, ao identificar os traços comuns entre os processos indirectamente permite compreender que os genocídios inspiram outros genocídios e que o processo de aprendizagem entre os genocidas é intensivo, extremamente eficaz e perverso, o que contrasta com o deficit de conhecimento/partilha sobre o fenómeno e coordenação entre os cidadãos que se opõem ao genocídio, assimetria que favorece os genocidas.

O grande desafio que se coloca à comunidade internacional, não só dos Estados mas também das comunidades e dos cidadãos, é não só recuperar os Estados falhados e revitalizar o sistema multilateral baseado no direito internacional, mas também construir um sistema mais forte de base comunitária e local que possa proteger os direitos humanos, pressupondo uma cidadania proactiva e uma rede densa de “human rights defenders” que muitos Estados, mesmo os democráticos, tendem a hostilizar e a ver com desconfiança.

A estratégia fundamental que tem falhado é a do primado da prevenção, prevista aliás como obrigação fundamental dos Estados, que tem de ser desenvolvida numa lógica multinível, articulando os planos global, nacional e local, em dois domínios geral e especial.

No domínio da prevenção geral, as dimensões fundamentais deveriam envolver a (i) educação sobre o genocídio, (ii) investigação sobre o genocídio e melhor compreender o processo, motivações e dinâmicas, (iii) promover a memória e recordar as vítimas, através de eventos, datas simbólicas, arte (iv) dar voz e reparar as vítimas (v) promover a interculturalidade. Uma dimensão prioritária é um forte investimento na educação para os DH e sobre o genocídio em especial, quer na educação formal e sistema de ensino quer na informal e na formação específica que os Estados se comprometeram a ministrar aos seus agentes e funcionários (militares, policia, juizes, procuradores, profissionais de saúde, professores) nos termos da United Nations

Declaration on Human Rights Education and Training (2011)¹⁹, que não cumprem, envolvendo as três dimensões: “education about human rights”; “education through human rights” e “education for human rights”. Isto dever ser coordenado com a promoção da memória das vítimas, a sua humanização através do *storytelling* contrariando a desumanização a que foram sujeitas.

No domínio da prevenção especial, esta implica acções específicas a realizar em cada fase do processo de genocídio identificada por Stanton, demonstrando que a estratégia de prevenção não pode ser uniforme e linear, tem uma componente flexível que se adapta ao ritmo e evolução do processo pelo que as medidas preventivas especiais variam em função da fase do processo. Um dos aspectos cruciais é o combate ao discurso de ódio racial, mas que também deve ser estendido ao ódio religioso ou nacional, que tem particular relevância nas fases de desumanização e polarização.

Não existe uma visão única sobre o Genocídio na medida em que este pode ser encarado sob duas perspectivas distintas e incompatíveis entre si: a perspectiva securitária encarado como um crime internacional, e a perspectiva de DH encarado como violação estrutural de direitos. A perspectiva securitária que domina o direito penal internacional reflecte ainda a prevalência da soberania centrada exclusivamente na punição dos criminosos, em geral apenas de uma minoria, numa lógica de justiça retributiva que marginaliza as vítimas e não aposta na reconstrução do tecido social profundamente desestruturado após um processo de genocídio.

Em contraste, a perspectiva de DH tem como traços distintivos a universalidade e interdependência dos direitos, a centralidade das vítimas e em termos operacionais a estratégia dos 4 Ps – Prevenção, Protecção, Punição, Parceria – na qual a Prevenção tem posição prioritária e se procura conciliar minimizando as potenciais tensões e maximizando sinergias entre os diferentes Ps. A Punição tem uma

19. UN General Assembly, Resolution 66/137, A/RES/66/137, 19 December 2011. Article 2/2 of the Declaration inclui uma interessante análise das 3 dimensões da educação em direitos humanos: education about human rights; education through human rights and education for human rights.

orientação diferente da dominante no paradigma securitário, uma vez que é centrada no modelo da justiça restaurativa em que as vítimas participam directamente no processo judicial com uma voz própria, o seu direito à reparação é efectivado e existem processos conexos de reconciliação comunitária e de restauração dos laços de confiança, modelo que o Tribunal Penal Internacional procura implementar mas com resultados que ficam aquém das expectativas, quer quanto ao trabalho do TPI na inclusão e reparação das vítimas, quer quanto ao efeito de demonstração que era suposto ter quanto à reforma dos sistemas de justiça nacionais (Neves, 2017).

A estratégia de prevenção tem de enfrentar um novo desafio estrutural emergente relacionado com a 4ª Revolução Industrial (4RI) baseada na combinação e fusão da “inteligência artificial – robótica – 5 G – internet das coisas – big data” que coloca sérias ameaças aos DH permitindo novos métodos e canais de violação e supressão de direitos aprofundando o processo de retrogressão civilizacional em curso. O risco de genocídio aumentou significativamente no mundo actual potenciado pela revolução tecnológica que para além de aumentar o grau de desumanização, ampliar a escala de impacto também tornou mais difícil a responsabilização perante o anonimato da violência, desta forma agravando a impunidade que estimula novos abusos. A capacidade de os genocidas manipularem as massas e difundirem o seu discurso de ódio racial e incitarem à violência foi potenciada pelas redes sociais e pela IA com efeitos sobre as fases da discriminação, desumanização, perseguição. O ciberespaço permite desenvolver o negócio de tráfico humano e alimentar a escravatura moderna e também potenciar a violência organizada contra os grupos-alvo, designadamente conduzir ataques cibernéticos capazes de provocar a morte de milhares de vítimas e destruição massiva de infra-estruturas com efeitos semelhantes aos de um ataque armado convencional. Estas tecnologias conferem também um poder sem precedentes a actores não-estatais, a pequenos grupos e até indivíduos isolados que podem concretizar os seus planos genocidas com meios limitados sem necessidade de nenhuma máquina organizacional sofisticada, podendo até recorrer a robots inteligentes para

executarem o extermínio. Esta revolução tecnológica é disruptiva e provocará uma mudança sistémica sem precedentes nas sociedades humanas aumentando significativamente o risco do genocídio e tornando muito mais fácil a sua execução.

Apesar da evolução da ciência moderna, da tecnologia e das claras diferenças com o tempo de Vitória, a verdade é que os dilemas morais e filosóficos permanecem os mesmos, o genocídio permanece uma constante na história ao longo dos últimos 500 anos agravando-se substancialmente nos séculos XX e XXI, e a comunidade internacional permanece impotente para o travar interpelando-nos sobre a verdadeira natureza da humanidade enquanto espécie, a única capaz de assassinar em massa outros membros da espécie, e sobre o papel dos Estados e da soberania originalmente inventados para proteger os seres humanos e controlar a “besta humana”.

CONCLUSÕES

O genocídio dos índios “recentemente descobertos” constituiu o factor que despoletou a reflexão crítica de Francisco Vitória na sua obra *De Indis* sobre a política colonial de Espanha, a essência dos direitos naturais subjectivos e a sua natureza de limites à soberania do Estado e a proposta visionária de um sistema universal de direitos como base do direito internacional em gestação. No século XX o genocídio Nazi voltou a ser o factor decisivo que desencadeou a génese do paradigma dos DH que, embora com diferenças estruturais, representava um avanço na concretização da visão de Vitória.

O genocídio desde o século XVI surge como o culminar de um nexos complexo que entrecruza “racismo – descoberta/confisco – escravatura – genocídio”. O contexto do século XVI e o debate em Espanha são decisivos na definição do modelo da colonização. A ideologia racista e a “missão civilizadora” encontram os seus fundamentos políticos e filosóficos na posição de Sepúlveda, o principal opositor de Vitória no debate na Corte de Carlos V, que inspirou o racismo subjacente ao colonialismo das potências europeias, a teoria racista do Estado Nazi e dos sucessivos regimes que praticaram

genocídios no século XX e no primeiro quartel do século XXI. A negação da dignidade humana e dos direitos a grupos considerados sub-humanos legitima a apropriação dos seus bens, a sua escravatura e desumanização e, por último, a sua destruição física ou psíquica quando são considerados uma ameaça ou resistam.

A relação entre o Genocídio e o paradigma dos DH é mais complexa do que geralmente se supõe por dois motivos. Por um lado, porque se o Genocídio foi o factor catalisador ele foi também o primeiro teste, com resultados negativos, sobre a eficácia do sistema de protecção de DH pós-1948 uma vez que a vítimas do Genocídio Nazi não foram protegidas de acordo com os standards de DH, em muitos casos foram ainda revitimizadas depois do fim da Guerra e os seus direitos, nomeadamente de reparação, não foram garantidos. Existe efectivamente uma tensão entre a Convenção do Genocídio e a DUDH que aponta para duas orientações no movimento de DH. Por outro lado, porque coexistem duas visões distintas sobre o Genocídio, uma securitária centrada no crime e na punição dos genocidas, outra de DH centrada nas vítimas, na protecção dos seus direitos, e na prioridade da prevenção num contexto de articulação dos 4 Ps.

O argumento fundamental do capítulo é o de que os termos do debate sobre o genocídio, estruturados no século XVI no contexto da controvérsia entre Vitória e Sepúlveda sobre a colonização espanhola, evoluíram nos séculos seguintes sob o impulso da tensão entre soberania absoluta e soberania limitada e as concepções divergentes sobre os direitos subjectivos individuais nas matrizes Lockiana e Hobbesiana. Paradoxalmente, o século XX apesar de ter permitido atingir um consenso sobre a ampliação, criminalização e punição do genocídio e a estruturação do paradigma de DH, tal não significou maior capacidade para conter o fenómeno, que se agravou, nem de o abordar numa lógica de direitos humanos, antes prevalecendo uma lógica securitária e de justiça retributiva. Para uma maior eficácia é necessário não só aprofundar e difundir o conhecimento sobre o genocídio, em especial o nexó complexo entre racismo-confisco-escravatura-genocídio, mas também consolidar uma estratégia de centralidade da vítima e prevenção robusta, quer geral quer especial,

que só pode ser concretizada, contrariamente à visão dominante em 1948, através de uma sociedade civil empoderada e capacitada.

A conjuntura actual, marcada pela crise do Estado soberano, reforço do poder de actores não-estatais, das autocracias e da concepção de soberania absoluta e erosão das democracias e concepção de soberania limitada, revela-se particularmente desfavorável para conter a proliferação do genocídio. Só um trabalho aprofundado com as sociedades, as comunidades locais, orientado para induzir a mudança de valores, comportamentos, atitudes e uma redescoberta do sentido de humanidade poderá alimentar a esperança.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- Aparício, Adriana e Colaço, Thais, 2017, *Visões da conquista e legitimidade da Guerra: Maquiavel e Francisco Vitória*, in Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 12, n. 1 / 2017 p.164-180.
- Dobbs, Darrell, 1994, *Natural Right and the Problem of Aristotle's Defense of Slavery*, in The Journal of Politics. 56 (1): 69-94.
- Ferrajoli, Luigi, 2002, *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado Nacional*. São Paulo: Martins Fontes.
- Koskenniemi, Martti, 2011, *Empire and International Law: The Real Spanish Contribution*, 61 University of Toronto Law Journal (2011), 32.
- Genocide Watch, 2024, Ten Stages, (disponível <https://www.genocidewatch.com/pt/tenstages>).
- Grotius, Hugo, 1916, *The Freedom of the Seas, or the Right Which Belongs to the Dutch to take part in the East Indian Trade*, Translated by Ralph Van Deman Magoffin, Introduction by James Brown Scott, Director of the Carnegie Endowment for International Peace, New York, Oxford University Press, 1916. (<https://oll.libertyfund.org/titles/scott-the-freedom-of-the-seas-latin-and-english-version-magoffin-trans>)
- Jorati, Julia, 2024, *Sixteenth-Century Debates about Slavery and the Spanish Conquest* in Jorati, *Slavery and Race Philosophical debates in the Sixteenth and Seventeenth centuries*, Oxford Academic Books.
- Las Casas, Bartolomé, 1992, *A short account of the destruction of the Indies*, edição Penguin Books.
- Leblanc, Lawrence, 1988, *The United Nations Genocide Convention and Political Groups: Should the United States Propose an Amendment?* In Yale Journal of International Law Vol. 13:268, 1988

- Lemkin, Raphael, 1944, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington.
- Mayers, David, 2015, *Humanity in 1948: The Genocide Convention and the Universal Declaration of Human Rights in Diplomacy and Statecraft*, Volume 26, 2015 – Issue 3.
- Padgen, Anthony, 1994, *The Preservation of Order: The School of Salamanca and the Ius Natural in the Uncertainties of Empire, Essays in Iberian and Iberian-American Intellectual History*, Aldershot: Varorium.
- Reinhard, Wolfgang, 1989, *Reformation, Counter-Reformation and the early Modern State: a Reassessment* in *The Catholic Historical Review*, vol.75, nº 3 (July 1989), pp. 383-404.
- Rees, Laurence, 2005, *Auschwitz: a New History*, BBC Books, London.
- Sepúlveda, J., 1547, *Democrates Secundus*, Cambridge University Press.
- Skinner, Quentin, 1996, *As fundações do pensamento político moderno*, São Paulo: Companhia das Letras.
- Vicente, Luciano Perena, 1992, *Charter of Rights of the Indians according to the School of Salamanca*, *International Review of the Red Cross IRRC* nº 290, October 1992, Pgs. 467-487.
- Vitória, Francisco de, 1538, *De Indis et De ivre belli relectiones*, The Carnegie Institution of Washington (disponível <https://archive.org/details/franciscidevicto0000vito/page/114/mode/2up>).

Anotação ao artigo 1577.º do Código Civil

NUNO DE SALTER CID*

NOTA PRÉVIA

Conheci o Professor Silvério da Rocha e Cunha há 35 anos, quando iniciei funções como assistente estagiário na Universidade de Évora, onde ele era ao tempo assistente é hoje Professor Catedrático. O Professor Rocha e Cunha é pessoa com qualidades assinaláveis, de entre as quais saliento estas: grande e não artificial inteligência; memória prodigiosa; e cultura notável. Académico de mérito, dedicou a *uma vida* à investigação científica, ao ensino e à Instituição que escolheu servir, o que sempre fez, e faz, com enorme dedicação; e decerto, jubilado, continuará a fazê-lo. Ensinou-me *ab initio* os rudimentos da investigação científica séria, a importância da consulta directa das fontes, sem menosprezo da leitura atenta de autores relevantes, incentivou-me a abraçar a carreira académica e, em boa-hora, apresentou-me a um insigne Mestre da Faculdade de Direito de Coimbra que fora seu professor, com o pedido de que este considerasse a hipótese de orientar-me na elaboração do trabalho científico que me cumpria apresentar no âmbito de provas académicas «de aptidão pedagógica e capacidade científica». A dissertação elaborada deu origem um livro, prefaciado por aquele Mestre. O Professor Rocha e Cunha escreveu uma revisão a esse livro (in *Economia e Sociologia*, n.º 67 – 1999, pp. 270-272). Depois, ao longo dos anos que se transformaram em décadas, estimulou-me sempre a prosseguir «sem leveza» e muitas

*Professor Associado da Universidade de Évora. Membro integrado do Centro de Investigação em Ciência Política (CICP).