

DANO ESPIRITUAL NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS  
HUMANOS:  
A LÓGICA DE ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DO JUIZ CAÑADO  
TRINDADE NO PROCESSO *MOIWANA VERSUS SURINAME*

[Spiritual damage in the Inter-american Court of Human Rights:  
The logic of legal reasoning of Judge Cañado Trindade in the case of *Moiwana  
versus Suriname*]

HERALDO ELIAS MONTARROYOS<sup>1</sup>

**Resumo:**

O objetivo dessa pesquisa é descobrir a lógica de argumentação jurídica do conceito de dano espiritual, desenvolvido pela primeira vez na Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2005 pelo juiz Cañado Trindade durante a sessão de julgamento da denúncia da comunidade afrodescendente Moiwana contra o Estado do Suriname. Para realizar o objetivo dessa pesquisa, serão aplicadas seis categorias inventariais do conhecimento que deverão projetar sequencialmente a lógica de argumentação do juiz Cañado Trindade e, por conseguinte, a estrutura epistemológica do conceito de dano espiritual.

**Palavras-chave:** dano espiritual, lógica de argumentação jurídica, direitos humanos

**Abstract:**

the objective of this research is to discover the logic of legal argumentation of the concept of spiritual damage that was first developed in the Inter-American Court of Human Rights in 2005 by Judge Cañado Trindade during the trial session of the denunciation of the Afro-descendant community Moiwana against the State of Suriname. With this purpose, six categories of inventories of knowledge will be articulated and sequential projection of Judge Cañado Trindade's logic of argument and, consequently, the epistemological structure of own concept of spiritual damage.

**Keywords:** spiritual damages, logic of legal argumentation, human rights

DOI: 10.7764/RLDR.8.94

---

<sup>1</sup> Professor, Federal University of Pará, Faculty of Law. Belém, Brazil. E-mail: elias@unifesspa.edu.br

## 1. Introdução

O objetivo dessa pesquisa é descobrir a lógica de argumentação jurídica do voto do juiz Cançado Trindade que formalizou o conceito de dano espiritual pela primeira vez na Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2005, durante a sessão de julgamento da denúncia da comunidade afrodescendente Moiwana contra o Estado do Suriname. Para realizar esse objetivo proposto, serão utilizadas seis categorias inventariais do conhecimento (ontologia, metodologia, axiologia, teoria, práxis e contexto histórico-social das ideias) que deverão reorganizar sequencialmente a estrutura argumentativa do voto do juiz Cançado Trindade sobre o conceito de dano espiritual vinculado à história da comunidade Moiwana, antes e depois do massacre sofrido em 1986.

O juiz Cançado Trindade aprofundou em seu voto cinco questões que subsidiaram a formalização do conceito de dano espiritual: 1) a subjetividade jurídica dos povos no direito internacional; 2) o desarraigamento físico e simbólico como problema a ser abordado pelos direitos humanos; 3) a projeção do sofrimento humano no tempo; 4) a ilusão do “pós-moderno”; 5) e a incorporação da morte na vida. Ao responder essas questões, o juiz analisou: a) a mortalidade e sua relevância inevitável para os vivos; b) os deveres dos moradores para com seus mortos; c) e os deveres para com a morte na origem e evolução do direito internacional e da jurisdição pátria. Nas considerações finais do voto, o juiz desenvolveu reflexões históricas e antropológicas: a) sobre a adaptação do dano moral ao “projeto de pós-vida”; b) sobre a configuração empírica do dano espiritual; c) e sobre a argumentação jurídica que deve se posicionar contrariamente ao esquecimento dos massacres nacionalistas.

O conceito de dano espiritual, além de ser aplicado na Corte Interamericana de Direitos Humanos a partir de 2005, já era admitido na legislação dos Estados Unidos desde a década de 80, considerando o prejuízo sobre os recursos naturais, espirituais e culturais das comunidades indígenas (MANO, 1999, p. 2). A política ambiental dos Estados Unidos em 1999 declarava, por exemplo, que o Governo federal deveria usar todos os meios para melhorar e coordenar planos, funções, programas e recursos públicos com o objetivo de preservar bens históricos, culturais e naturais do patrimônio nacional (MANO, 1999). Também o “Ato de proteção dos recursos arqueológicos” aprovado em 1979, protegia bens dessa natureza, localizados em terras públicas e indígenas (MANO, 1999). Semelhante preocupação verificava-se também no

“*Ato da liberdade religiosa indígena*”, onde o governo federal deveria proteger e preservar o direito inerente à liberdade de culto entre indígenas e comunidades tradicionais (MANO, 1999). Complementando essa legislação direcionada ao dano espiritual, encontrava-se, ainda, a “*Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos*” que proibia o Congresso Nacional em 1999 de legislar contrariamente à liberdade religiosa (MANO, 1999).

Na China, o conceito de dano espiritual também é abordado pelo Poder Judiciário, chamando a atenção recentemente o caso de um cidadão, em Xangai, 2015, que se sentiu lesado devido à atriz de uma telenovela ter fixado insistentemente seu olhar sobre o telespectador. “Segundo o jornal britânico *The Guardian*, o tribunal Shanghai Pudong se recusou a informar se tinha aceitado o caso. Mas um oficial criticou a ação e a classificou como uma perda de recursos judiciais” (REVISTA Época-negócios, 2015).

No Reino Unido, matéria intitulada “*Dano espiritual*” veiculada pela *BBC News* e por outros meios de comunicação, em 1995, escrita pelo jornalista Fergal Keane, tornou-se referência obrigatória dessa temática, descrevendo a trágica situação biológica, cultural e espiritual do povo de Ruanda que sofreu durante décadas uma devastadora guerra civil envolvendo duas etnias que disputavam o poder nacional. Essa matéria histórica foi publicada no periódico *The Guardian* (e posteriormente, ganhou o título “*Letter to Daniel*”). Nessa publicação, o leitor conhece o impacto que o genocídio ruandês causou no correspondente internacional da *BBC*, Fergal Keane, onde mais de um milhão de pessoas da etnia tutsi, em 1994, foram brutalmente assassinadas por ordem superior do Governo. Entre os mortos havia, inclusive, hutus moderados que não apoiavam os assassinatos cometidos ao longo de 30 anos pelos extremistas que dominavam o poder até então (ver “*Study guide for national 5 english: spiritual damage*”, 1995, p. 7). Segundo o jornalista Fergal Keane (1995, s.p.):

Agora que peneirei minhas emoções e pensamentos sobre Ruanda, a resposta parece terrivelmente simples. Eu vou me preocupar com o que acontece em países africanos remotos, porque Ruanda me ensinou a valorizar a vida de uma maneira que eu nunca fiz antes. Os camponeses esfarrapados que morreram e aqueles que mataram pertencem ao mesmo humano que eu. Isso pode ser um parentesco perturbador, mas não posso rejeitá-lo. Testemunhar o genocídio é

sentir não apenas o frio de sua própria mortalidade, mas a degradação de toda a humanidade. Eu não estou preocupado se isso soa como um sermão. Eu não me importo se existem aqueles que consideram isso emocional e simplista. É o fruto do meu testemunho. Nosso ofício pode estar cheio de imperfeições e ambiguidades, mas se ignorarmos o mal, nos tornaremos os autores de um silêncio culpado.

No Brasil ainda não existe bibliografia especializada sobre o conceito de dano espiritual e são raros os processos no Poder Judiciário abordando essa problemática, destacando-se, no entanto, em 2013, a ação judicial de uma cidadã evangélica que apesar da tentativa inédita não foi bem-sucedida em sua demanda devido à falta de provas. Conforme declarou a sentença do caso:

[...] os demandantes [atribuíram] à funerária demandada o ato de vilipêndio ao cadáver de sua mãe, em razão de corte [desautorizado] de seu cabelo [pois] se tratava de pessoa evangélica e que cultuava o cabelo por longos anos [...]. Acontece que existem fortes indícios de que os cabelos da falecida possam ter sido cortados ainda no hospital, até por recomendação médica (BRASIL, 2013).

Mais recentemente, em 2017, foi celebrado um acordo inédito no Ministério Público Federal, do Brasil, entre a empresa *Gol Aviação* e os indígenas Kayapó do norte do estado de Mato Grosso, que habitam a grande comunidade Copoto-Jarina. Esse acordo estabeleceu uma indenização vultosa de quatro milhões de reais a serem pagos por causa da colisão em 2006 entre o Boing da empresa e o jato Legacy, que além de ter causado a morte de 154 vítimas, prejudicou especificamente a integridade cultural e ambiental da comunidade pois a floresta do lugar ficou contaminada com o querosene do avião em um raio de quatro quilômetros que se misturou com o sangue e a agonia espiritual dos mortos. Diante desse fato, os indígenas passaram a evitar a zona dos destroços, pois acreditavam que ficou assombrada com espíritos sofredores, prejudicando assim a coleta tradicional de mel e de outros produtos naturais, uma vez que nenhum nativo da comunidade estava disposto a entrar na área onde ficou gravado o desespero dos mortos. O procurador da República, que intermediou a negociação, destacou o protagonismo dessa comunidade na celebração do acordo inédito no país, onde ficou acordado que o valor seria pago ao Instituto Raoni (organização não governamental) que defende os

interesses dos indígenas, presidido pelo cacique Raoni, que é uma das maiores lideranças do povo *Kayapó* (BRASIL, 2017). Uma liderança espiritual da etnia kayapó, Bedjai Txucarramae afirmou em uma das reuniões que os indígenas não deverão nem mesmo circular pela área, sobretudo à noite, horário em que os kayapó acreditam que os espíritos saem pela mata, pois segundo a crença da etnia, os espíritos temem a luz do dia. A interdição do trecho atingido, de acordo com os indígenas, é duradoura e para sempre (ver site *Amazônia.org.br*, 2017).

Em outro episódio, os indígenas krenak, do estado de Minas Gerais, também sofreram danos cultural e espiritual em decorrência do rompimento da barragem que guardava rejeitos de mineração da empresa Samarco Mineração S/A., no dia 5 de novembro de 2015. Esse trágico acidente ambiental aconteceu em Bento Rodrigues, subdistrito do município de Mariana, e contaminou uma gigantesca área que abriga mais de 200 municípios e o ecossistema do Rio Doce. Algumas semanas depois, a montanha de lama poluída se deslocou cerca de 450 km, atingindo a zona costeira da foz desse rio, no estado vizinho do Espírito Santo, litoral do Brasil (ALEIXO; ANDRADE, 2016, p.284). Sobre esse fato, consideram os especialistas do Direito que houve dano espiritual, pois:

A íntima relação dessa comunidade com o seu território e com seus entornos - e com um rio que é visto mais como um 'parente' do que como um recurso natural - indica que os danos se refletem em sua própria cultura coletiva. A inviabilização de seus meios de vida tradicionais, decorrente da impossibilidade da pesca e da indisponibilidade de água potável, é não somente um dano a um direito econômico e social, mas também um dano espiritual e ao projeto de vida comunitário do povo Krenak (ALEIXO; ANDRADE, 2016, p. 294).

O caso da barragem no município de Mariana teria sido o mais grave acidente ambiental do Brasil, se não tivesse ocorrido em fevereiro de 2019, três anos depois, uma nova tragédia sob responsabilidade da mesma empresa Vale, no município de Brumadinho, no mesmo estado de Minas Gerais, com a barragem de detritos de minérios desabando abruptamente devido ao excesso de chuvas e - provavelmente - à falta de fiscalização, causando finalmente um devastador *tsunami* de lama que engoliu mais de 300 pessoas, além de ter destruído

*Heraldo Montarroyos: Dano espiritual na corte interamericana de direitos humanos: a lógica de argumentação jurídica do juiz cançado trindade no processo Moiwana versus Suriname.*

habitações; soterrado veículos; descaracterizado a Natureza; e poluído a rede hidrográfica local com o rápido avanço dos detritos pelo rio principal do município.

Notícia publicada recentemente a respeito dessa tragédia informa que:

Com diferentes finalidades, ao menos 10 investigações se espalham por entidades como as polícias Civil e Federal, além do Ministério Público. O Congresso Nacional e a Assembleia de Minas Gerais também miram o caso, assim como a CVM (Comissão de Valores Mobiliários) e o TCU (Tribunal de Contas da União). Até sexta-feira (8), o rompimento da barragem da Mina do Córrego do Feijão tinha deixado 157 mortos e 182 desaparecidos, segundo o Corpo de Bombeiros de Minas Gerais. Três funcionários da Vale e dois engenheiros da Tüv Süd chegaram a ser presos (informação disponível no portal de notícias uol.com.br; 9 fev. 2019).

## **2. O juiz, a comissão e a corte interamericana**

Antônio Augusto Cançado Trindade fez parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos entre 1994 e 2008 como juiz, e foi presidente do Tribunal dessa instituição entre 1999 e 2004. Atualmente, compõe a Corte Internacional de Justiça, em Haia, Holanda, além de ser membro titular do *Institut de Droit International do Curatorium* da Academia de Direito Internacional de Haia e da Academia de Letras Jurídicas, do Brasil.

O juiz Cançado Trindade é presidente honorário do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, conforme noticiou a Universidade Federal de Minas Gerais, em 2018, na ocasião em que ele recebeu o título de Doutor *Honoris Causa* em reconhecimento de suas contribuições teóricas e práticas na área dos Direitos humanos. Além do Brasil, Cançado Trindade é Doutor *Honoris Causa* nas Universidades do Chile, Peru, Paraguai, Argentina, Grécia, Espanha e Índia.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) é um órgão principal e autônomo da Organização dos Estados Americanos (OEA), encarregado da promoção e proteção dos direitos humanos no continente americano. É formada por sete juízes independentes, de países diversos, que atuam na sede da instituição localizada em Washington, Estados Unidos.

A Comissão foi criada pela Organização dos Estados Americanos em 1959 e conjuntamente com a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), instalada em 1979, compõe o “*Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos*” (SIDH).

A agenda de trabalho da Comissão Interamericana inclui tradicionalmente casos de tortura, de detenções arbitrárias, de execuções extrajudiciais e de desaparecimentos forçados. Mais recentemente, a Comissão avalia denúncias referentes a direitos de propriedade, de locomoção e de liberdade política que afetam comunidades tradicionais e carcerárias (ANTKOWIAK, 2007, p. 282).

Ao lado da Comissão, funciona a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que é uma instituição judiciária autônoma destinada a aplicar a “*Convenção Americana sobre Direitos Humanos*”. Seu estatuto foi aprovado em 1980, e possui 32 artigos. No artigo 28, por exemplo, fica expresso que a “Comissão Interamericana de Direitos Humanos comparecerá e será tida como parte perante à Corte, em todos os casos relativos à função jurisdicional desta”. Já o artigo 24 declara que: “as decisões, juízos e opiniões da Corte serão comunicados em sessões públicas e notificados por escrito às partes. Além disso, serão publicados, [...] os votos e opiniões separados dos juízes e com quaisquer outros dados ou antecedentes que a Corte considerar conveniente”.

### 3. O caso Moiwana

A guerra civil no Suriname entre 1986-1992 colocou em conflito político o Exército nacional e uma pequena força guerrilheira formada por n’djukas e saramakas; duas etnias afrodescendentes, conhecidas como *maroons* (PRICE, 1999, p. 207). Sobre esse episódio, “em 1987, um investigador de direitos humanos dos Estados Unidos relatou que o governo surinamês não est[ava] procurando apenas esmagar os rebeldes, mas est[ava] cometendo genocídio contra os quilombolas” (PRICE, 1999, p. 207). O relatório americano registrou que “o chefe militar Desi Bouterse em emissões radiofônicas humilhou todos os quilombolas, ameaçando matar vocês todos, e descobrir os seus jardins, e bombardeá-los” (CERQUONE, 1987, p. 5 apud PRICE, 1999, p. 207). De fato, depois desse pronunciamento, a ameaça do Governo se materializou com o envio de uma tropa oficial com 70 homens que obedeceram a

ordem superior de “arrasar o pequeno assentamento Moiwana” (CERQUONE, 1987, p. 5 apud PRICE, 1999, p. 207), o que resultou na execução de 39 pessoas, incluindo-se adultos e crianças.

A comunidade Moiwana foi fundada por clãs da etnia n’djuka no século XIX; e seus acampamentos se localizam em uma área de quatro quilômetros, entre Paramaribo e Albina, na parte oriental do Suriname. Devido ao massacre e à fuga da população sobrevivente para a Guiana Francesa, país vizinho, não foi possível recuperar os corpos das vítimas e cumprir os ritos mortuários, o que causou sofrimento espiritual na comunidade. Por essa e por outras razões, os n’djukas reivindicaram na Corte Interamericana que se fizesse “justiça para os sobreviventes e parentes próximos”, garantindo-se aos mortos enterros dignos para que suas almas pudessem descansar em paz (TRINDADE, 2005, p. 10).

No depoimento de uma testemunha, o extermínio do dia 29 de novembro de 1986 foi resultado de um padrão de violência sistemático que teve a participação de militares organizados, treinados e armados pelo Estado nacional (TRINDADE, 2005, p. 19).

Os nativos n’djukas alegaram também na petição enviada à Comissão Interamericana que o conselho político da comunidade sempre funcionou com a participação dos espíritos dos antepassados, entretanto, essa relação desapareceu; pois grande parte da população sobrevivente passou a viver longe de seu país de origem.

Na conferência pública perante o Tribunal da Corte, em 29 de setembro de 2004, um representante n’djuka relatou que as vítimas buscavam justiça para os sobreviventes que testemunharam a execução de seus parentes indefesos, além de presenciarem a destruição dos locais sagrados da comunidade, que foram arrasados pelo fogo (TRINDADE, 2005, p. 10).

### **3.1. Evolução do processo**

No dia 27 de junho de 1997 a comunidade Moiwana apresentou a sua denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos; e cinco anos depois, no dia 20 de dezembro de 2002, essa denúncia foi parar nas mãos da Corte para finalmente providenciar o julgamento do caso. Por unanimidade, a Corte Interamericana declarou sentença condenatória sobre o Estado do Suriname que deveria cumprir várias medidas restaurativas, dentre elas:

- Investigar o fato e processar os acusados;
- Recuperar os restos mortais das vítimas e entregá-los respeitosamente aos familiares;
- Criar meios para garantir o direito de propriedade da comunidade;
- Garantir segurança pública aos membros n'djukas;
- Implementar um fundo de desenvolvimento destinado à comunidade Moiwana;
- Realizar ato de desculpa e de reconhecimento internacional sobre a responsabilidade na ocorrência do massacre;
- Erguer um memorial em área adequada para lembrar a morte dos nativos;
- E pagar às famílias das vítimas indenização por danos materiais e imateriais.

O Suriname contestou a sentença alegando incompetência da Corte sobre o caso, uma vez que as violações dos direitos humanos aconteceram antes da adesão desse país à Convenção Americana. Além disso, a defesa do Suriname afirmou que as violações na comunidade teriam ocorrido em um momento específico da sua História política; portanto, era um fato que se perdia na linha do tempo. Na mesma ocasião, o Suriname alegou que a demandante não havia esgotado os recursos judiciários nacionais antes de procurar, finalmente, a Comissão Interamericana.

Como resposta, os juízes da Corte refutaram o contraditório e lembraram que os crimes até 2005 permaneciam impunes e acobertados pelas autoridades locais, o que se configurava como grave omissão da parte do Suriname que integrava a Organização dos Estados Americanos desde o dia 12 de novembro de 1987, quando então ele próprio reconheceu voluntariamente a competência da Corte Interamericana para julgar esse tipo de situação e outros episódios relacionadas com a violação de direitos humanos.

Um ano depois de proferida a sentença internacional de 2005, em decisão intitulada "*Fundo e reparações*" a Corte reafirmou os deveres do Suriname e ressaltou que se as leis nacionais estivessem impedindo a execução das medidas impostas internacionalmente, o próprio país signatário poderia resolver esse obstáculo aplicando voluntariamente as normas

*Heraldo Montarroyos: Dano espiritual na corte interamericana de direitos humanos: a lógica de argumentação jurídica do juiz cançado trindade no processo Moiwana versus Suriname.*

preponderantes da “*Convenção Americana dos Direitos Humanos*”, o chamado “*Pacto de São José da Costa Rica*”.

Três anos após essa manifestação, em 2009, a Corte Interamericana expediu uma *Resolução* reafirmando que o Suriname deveria garantir o retorno sustentável e digno da comunidade Moiwana à sua tradição cultural. Em seguida, em 2010, a Corte Interamericana reafirmou a necessidade de supervisão das medidas que o Suriname deveria cumprir desde 2005; além disso, determinou a demarcação territorial, a garantia da titularidade da terra e a devolução das áreas invadidas aos habitantes da comunidade Moiwana. Nesse mesmo ano, 2010, a Corte respondeu desfavoravelmente às contestações do Suriname que continuava solicitando revisão da sentença.

#### **4. Lógica de argumentação jurídica**

A ontologia da argumentação jurídica traz proposições elementares que representam a essencialidade do pensamento do juiz. Como técnica intuitiva de apreensão da ontologia de determinado sistema de ideias, “deve-se ter em mente que a norma fundamental não encontra o seu fundamento além de si própria, caso contrário, não seria uma norma suprema e existiria, absurdamente, uma outra superior [ou essencial] da qual passaria a depender” (MONTARROYOS, 2017, p. 31). Outra característica relevante dessa categoria é que “os postulados ontológicos são instituídos por meio de uma convenção política ou então se consagram por meio de uma pretensa evidência segundo a crença ou dogma de seu praticante” (MONTARROYOS, 2017, p. 31). Semelhantemente ao que acontece no ordenamento jurídico, portanto, a norma fundamental é uma “convenção ou se quisermos, uma proposição evidente que é posta no vértice do sistema para que a ela se possam reconduzir todas as demais normas” (BOBBIO, 1999, p. 62).

A metodologia da argumentação jurídica apresenta, por sua vez, métodos e técnicas que determinam diretrizes preocupadas “com as práticas explanatórias e com as formas de raciocínio em geral” (MONTARROYOS, 2017, p. 34). A metodologia hermenêutica do Direito, por exemplo, admite quatro submétodos de trabalho: legalista, sociologista, teleologista e integralista. Segundo o jurista Carlos Maximiliano (2003), o submétodo legalista procura compreender a estrutura gramatical, técnica e também ideológica do texto jurídico válido,

sendo fundamentais as técnicas interpretativas conhecidas como: exegese, analogia, interpretação sistêmica e analítica do Direito, que se destinam a reforçar o idealismo das normas jurídicas. De outro modo, o submétodo sociologista atende às necessidades do presente e reconhece que as Leis são genéricas e abstratas e precisam ser ligadas ou adaptadas aos fatos sociais pelo intérprete. No submétodo teleologista, por sua vez, o juiz busca encontrar a finalidade do Direito, o espírito geral, enfim a sua meta, que pode ser o bem-estar, a paz, a ordem pública, a dignidade, ou a justiça humana. Considera-se com esse procedimento hermenêutico que a interpretação da Lei deve perseguir a finalidade transcendental ou essencial do ordenamento jurídico. Por último, encontra-se o submétodo integralista, que de acordo com Ronald Dworkin (2007), sintetiza os submétodos anteriores com a finalidade de fortalecer os direitos fundamentais. No integralismo judiciário, transparece geralmente o seguinte fluxograma de trabalho (MONTARROYOS, 2017, p. 304): 1-o juiz verifica a legislação válida; 2-ao mesmo tempo, avalia as práticas dos Tribunais e a sabedoria da Jurisprudência disponível; 3-na sequência, define em seu diagnóstico se existe ou não alguma lacuna ou antinomia jurídica após analisar o quadro nacional das Leis e o costume hermenêutico dos Tribunais; 4- em seguida, o juiz desenvolve o seu poder discricionário com moderação, afastando-se em maior ou menor grau do costume interpretativo do Tribunal onde atua; 5-adiante, ele contextualiza a sua fundamentação nas Leis e nas demandas da Sociedade contemporânea; 6-posteriormente, realiza uma interpretação extensiva das Leis já existentes, e compatíveis minimamente com a demanda do processo; 7-por último, o juiz inclui alguma garantia teleológica em sua sentença, apontando a finalidade maior ou transcendental de sua decisão direcionada aos direitos humanos ou direitos fundamentais.

Na axiologia da argumentação jurídica é projetada a visão de mundo do juiz, comportando crenças, expectativas, utopias e juízos morais. O valor corresponde a tudo aquilo que preenche determinada carência do ser (conforme HESSEN, 1987, p. 97 citado por MONTARROYOS, 2017, p. 72). Esclarece o jurista Alf Ross (2000) a esse respeito que o juiz além de cumprir o rito cognitivo, que pede conhecimento dogmático, institucional e doutrinário específico, também valoriza seus próprios valores e sentimentos visando alcançar a correta e justa decisão.

Na sequência desse modelo de raciocínio, a teoria da argumentação jurídica traz explicações causais e virtuais onde certos tipos de fenômenos e processos abstratos dialogam

com os dados empíricos da investigação. A teoria “é uma construção linguística e retórica imaginosa, abarcando possíveis entidades, episódios, ou cenários, que às vezes se supõem iluminar a sombria realidade verdadeira” (LLOYD, 1995, p. 45, apud MONTARROYOS, 2017, p. 65). De maneira geral, “a teoria é um conjunto de ideias formado por conceitos, pontos de vista, hipóteses e variáveis que se destinam a explicar ou interpretar um determinado aspecto da realidade” (MONTARROYOS, 2017, p. 65).

Em seguida, a *práxis* da argumentação jurídica propõe estratégias de ação, oferecendo critérios, técnicas ou procedimentos que podem visualizar a ocorrência do dano jurídico na realidade; outras vezes, apresenta problemas e soluções que fazem parte do seu modelo hermenêutico de trabalho. Nessa categoria epistemológica, chamam a atenção os modelos, que são elaborados pelo sujeito com o intuito de aumentar o controle sobre determinado setor da realidade.

Modelos são construções intelectuais predestinados a facilitar o acesso do sujeito à realidade do fenômeno. “A escolha desse ou daquele modelo não pode ser compreendida geralmente em termos lógicos, pois a biografia do sujeito, a moda, a ideologia e a intuição compõem o processo imaginativo do sujeito” (MONTARROYOS, 2017, p. 74).

Reforçando a categoria praticológica, Imre Lakatos, epistemologista, apresentou três critérios avaliativos do conhecimento que se adequam perfeitamente à lógica de argumentação jurídica do juiz. São eles: estagnação, progresso e degeneração (cf. MONTARROYOS, 2017, p. 87). A estagnação acontece quando o conhecimento apresentado não traz novidade aos parceiros e concorrentes. Nesse caso, o conhecimento é apenas uma retórica que faz releituras dogmáticas e tradicionais da realidade. Diferentemente, a progressividade refere-se ao conhecimento inovador que descobre fatos novos e amplia o entendimento sobre a complexidade do Mundo, inventando, inclusive, outras possibilidades de análise sobre determinado assunto ou fenômeno. Já o critério da degeneração representa a situação em que determinado sistema de ideias não é mais utilizado pelos adeptos; perde simpatizantes; e acima de tudo, não oferece respostas convincentes e interessantes aos temas emergentes da realidade (MONTARROYOS, 2017, p. 2017).

O contexto da argumentação jurídica delimita, finalmente, o tempo histórico e o espaço social onde circulam as ideias do juiz e os danos espirituais. A presença de qualquer objeto no Mundo é inserida numa teia de relações, onde existe uma grande variedade de entes que constituem a *mundanidade*, semelhantemente ao que pensou Heidegger, em sua obra “Ser e tempo”. No entendimento desse filósofo alemão, existe um mundo circundante repleto de fenômenos e de manifestações de entes variados. Portanto, a presença nunca existirá no vazio, mas apenas dentro de uma totalidade conjuntural onde o ser do objeto releva-se com outras presenças (MONTARROYOS, 2017, p. 84).

#### 4.1. Ontologia do voto

O juiz Cançado Trindade no julgamento do caso Moiwana admitiu que: “[...] além dos *danos morais* [...] eu me refiro a um verdadeiro *dano espiritual*; e além do prejuízo ao *projeto de vida*, ouso conceituar o dano ao *projeto de pós-vida*” (apud GARCIA, 2011, p. 184). Na definição ontológica do juiz, o *dano espiritual* é um tipo de *dano moral agravado* ou extremado que afeta a íntima espiritualidade do ser humano, ou seja, o seu *projeto de pós-vida*, onde se desenvolvem as suas crenças a respeito do destino da Humanidade e as suas relações afetivas com espíritos desencarnados e forças vitais da Natureza. O conceito de *dano espiritual* avalia principalmente o *sofrimento da alma* e defende a restauração do bem-estar espiritual das gerações passadas, presentes e futuras. Nesses termos é um *dano espiritualista intergeracional ou transgeracional*, pois valoriza a honra, a memória, a liberdade de culto e a identidade cultural de pessoas vivas, mortas e nascituras das futuras gerações. Conforme ficou evidenciado no processo Moiwana, o padecimento dos parentes dos mortos fez com que todos na comunidade ficassem atormentados e sofressem mal-estar espiritual devido à falta de oportunidade para providenciarem os ritos funerários da tradição. Confirmando a gravidade do massacre, um sobrevivente declarou à Comissão que o episódio causou “sofrimentos aos vivos e aos mortos” (TRINDADE, 2005, p. 19). Diante dessa realidade, o juiz Cançado Trindade admitiu que o caso Moiwana reivindicou um direito emergente em relação ao já conhecido *direito ao projeto de vida*. Até então, a Corte Interamericana enfatizava o dano ao *projeto de vida*, julgando casos de agressões cometidas contra pessoas vivas. De acordo com o voto do juiz Cançado Trindade, nos últimos sete anos, antes de 2005, a Corte desenvolveu intensamente o *direito ao projeto de vida*,

*Heraldo Montarroyos: Dano espiritual na corte interamericana de direitos humanos: a lógica de argumentação jurídica do juiz cançado trindade no processo Moiwana versus Suriname.*

por exemplo, nos casos “*Loayza Tamayo*” (Reparaciones, 1998); “*Villagrán Morales y Otros*” (“Niños de la Calle”, Fondo, 1999 y Reparaciones, 2001); e “*Cantoral Benavides*” (Reparaciones, 2001). Entretanto, surgiu a necessidade histórica em 2005 de se garantir o *projeto de pós-vida*, observando-se agora a relação espiritual e jurídica entre vivos, falecidos, antepassados e futuras gerações, reafirmando-se dessa forma os *valores da alma* na lista dos direitos fundamentais contemporâneos.

Inicialmente, o conceito de *dano existencial* identifica o prejuízo ao *projeto de vida* quando a pessoa se acha impedida de desenvolver seus planos e personalidade, e além disso, não tem assegurada a normalidade da vida de relações junto à sua família e comunidade, arruinando assim o seu direito existencialista de *estar no Mundo*. O dano ao *projeto de vida* causa um vácuo existencial na vítima, diante da perda do seu objetivo existencial no presente e no futuro, podendo provocar consequências psicossomáticas de autodestruição, às vezes de forma cumulativa na pessoa, associado com momentos de depressão e angústia. Por extensão, o *direito ao projeto de pós-vida* comporta projeções espiritualistas e crenças religiosas envolvendo a participação de entidades sobrenaturais, espíritos desencarnados e elementos sagrados da Natureza que orientam o plano extraterrestre da vítima e ao mesmo tempo dão sentido material à sua vida de relações e aos seus *projetos de vida*. O *direito ao projeto de pós-vida* depende da autodeterminação e das escolhas que a pessoa pode fazer em sua existência com o objetivo de alcançar um *projeto de vida eterna e a salvação espiritual*. Quando as escolhas e estilo de vida religioso são frustrados pela ação de terceiros ou, então, nas situações em que o indivíduo é levado a ter que reformular suas crenças por ato lesivo de outrem configura-se o *dano espiritual*. Não se pode perder de vista nesse conceito a liberdade da pessoa para fazer escolhas que representem a vivência da sua espiritualidade. Em suma: o *direito ao projeto de pós-vida* considera “os vivos nas suas relações com os mortos, em conjunto” (TRINDADE, 2005, p. 23).

## 4.2. Metodologia do voto

Embora o juiz Cançado Trindade no caso Moiwana se refira várias vezes ao “pós-modernismo” em tom depreciativo, considerando a ameaça contemporânea que atinge a identidade cultural de comunidades indígenas e tradicionais, a expressão colocada entre aspas

no voto não se confunde com o paradigma “pós-moderno” adotado substancialmente em sua fundamentação jurídica.

A pós-modernidade é um tipo de abordagem que se caracteriza pela valoração do pluralismo, dos sentimentos humanos, das normas e das narrativas pessoais (MAZZUOLI & TEIXEIRA, 2013, p. 218). O paradigma pós-moderno busca reintegrar o saber universal com o local, o ético com a técnica, o público com o privado, o material com o espiritual, a razão com o sentimento, o saber teórico com o senso comum, e assim por diante. Desenvolve-se nesse paradigma o método de abordagem ascendente das ideias, ou seja, a argumentação começa abordando o plano microssocial, o individual, o familiar, o coletivo, o comunitário, e depois amplia regional, nacional e globalmente a análise referente a determinado tema (MONTARROYOS, 2017, p. 181). Refletindo esse paradigma filosófico, recomendou-se no voto do juiz a valoração do pluralismo com o reconhecimento de que as diferentes concepções culturais precisam ser objeto de proteção. Recomendou-se também a técnica de interpretação *pro homine* com a utilização do monismo *dialógico*, menos fechado, promovendo a convergência entre fontes jurídicas e não jurídicas. O juiz considerou além do mais que a comunicação intercultural precisa contar com o auxílio de decisões judiciais fundadas no diálogo das fontes favoráveis à proteção dos direitos humanos. Também, o juiz enfatizou que o direito positivo não deve restringir as ações humanas ao utilitarismo político, nem às metas econômicas (MAZUOLLI & TEIXEIRA, 2013).

Inserido no paradigma pós-moderno, o voto do juiz aplicou a metodologia do humanismo jurídico, aceitando contribuições diversas destinadas a viabilizar o dogma da dignidade da pessoa e da sociedade humana (MONTARROYOS, 2017, p.197). No humanismo jurídico funciona o método anarquista onde *tudo é bem-vindo* desde que preserve ou amplie o núcleo rígido concentrado no ideal da dignidade humana (MONTARROYOS, 2017).

Desenvolvendo o método humanista, o submétodo existencialista aplicado pelo juiz repensou o *direito ao projeto de vida* e a necessidade da pessoa de “*estar no Mundo*”. Defendeu-se nesse sentido a flexibilização e a personalização da Lei que idealmente deve garantir a liberdade de escolha e a equidade, contrapondo-se aos regimes autocráticos e massificadores que padronizam os seres humanos e os tratam como coisas descartáveis

(MONTARROYOS, 2017, p. 190). No existencialismo, “para se conhecer a realidade social recorre-se à observação participante e à análise de conteúdos diversos que deverão expor as barreiras que impedem o livre pensar e a autonomia do sujeito” (MONTARROYOS, 2017, p. 190). É importante destacar que o existencialismo jurídico não serve apenas para criticar a realidade do Direito, tendo em vista que oferece recursos teóricos capazes de subsidiar novas Leis e sentenças inspiradas na livre escolha, na equidade e na personalização das normas (MONTARROYOS, 2017, p. 191).

O submétodo fenomenológico também contribuiu na argumentação do juiz Cançado Trindade, analisando valores e sentimentos da comunidade Moiwana em seu dia a dia, o que resultou numa espécie de etnodireito dentro do voto, descrevendo o saber local dos nativos como patrimônio cultural da Humanidade. Nesse submétodo, a “Ciência do Direito busca a essência das coisas e da alma, onde existem valores e intencionalidades que podem ser visualizadas através do método filosófico e psicológico, com a introspecção do sujeito favorecida pela análise de conteúdo” (MONTARROYOS, 2017, p. 185). Aplicando esse submétodo, o voto do juiz repetiu, inconscientemente, a *Culturologia jurídica*, baseada na dialética entre fatos, normas e valores inter-relacionados ou entrelaçados que se manifestam espontaneamente no pensar jurídico, de acordo com o que assevera a “*Teoria Tridimensional do Direito*” do nobre jurista brasileiro Miguel Reale (MONTARROYOS, 2017, p. 184).

O submétodo hermenêutico também favoreceu o raciocínio humanista do juiz, caracterizando os direitos humanos como instrumentos de conversação entre a Legalidade e a Vivência, o que permitiu identificar, por extensão, antinomias e lacunas substanciais entre o texto das Leis nacionais do Suriname e o contexto cultural da comunidade Moiwana.

Trilhando o caminho da hermenêutica, o voto do juiz confirmou a tese do jurista Ronald Dworkin, apresentada em sua obra “*O império do Direito*”, considerando que as disputas nos tribunais e processos vão além da linguística e dos fatos. Dizem respeito principalmente ao paradigma dos operadores jurídicos que reinterpretam o que é o próprio Direito (MONTARROYOS, 2017, p. 173).

Por último, o submétodo pragmatista, preocupado com a efetividade do Direito, possibilitou ao juiz, implicitamente, se aproximar do neogarantismo do italiano Ferrajoli,

consolidando-se a proposta de um novo *check and balance*, com *freios e contrapesos humanistas* destinados a minimizar os abusos do Estado Democrático de Direito, apresentando novas técnicas humanistas e novos procedimentos institucionais com a intenção de promover a garantia dos direitos humanos.

#### 4.2.1. Interpretação extensiva

Fundamentando a sua interpretação inovadora, o juiz Cançado Trindade não foi convencionalista, nem pragmatista, a respeito do massacre sofrido pela comunidade Moiwana. De acordo com a teoria de Ronald Dworkin (2007), em sua obra *“O império do Direito”*, o juiz convencionalista conserva a tradição hermenêutica da comunidade judiciária a qual pertence diretamente, evitando dessa maneira que a sua decisão seja exposta ao risco de contestação futura de juízes anarquistas e ceticistas. No ceticismo judiciário, cada juiz é dono da verdade e desconfia radicalmente da sentença ou opinião do colega de trabalho. No anarquismo judiciário, de outro modo, não existe um padrão institucional ou centro de comando garantindo *a priori* a estabilidade formal do sistema e das decisões individuais dos juízes. Descrevendo esse tipo de comportamento, Herbert Hart em seu livro *“O conceito de Direito”* considerou que no convencionalismo os juízes esperam que suas sentenças sejam bem-sucedidas no tempo e no espaço, por isso, evitam dois extremos indesejáveis: a nulidade ou a possível revogação de sua sentença no futuro. Fica claro, nesses termos, que o juiz convencionalista tem receio das novidades interpretativas, restando assim a configuração empírica do grau zero de utilização do seu poder discricionário ou criativo na composição de suas sentenças judiciais (MONTARROYOS, 2017, p. 303). Desenvolvendo essa psicologia reacionária, os juízes convencionalistas se prendem, voluntariamente, às experiências bem-sucedidas do passado e transformam a jurisprudência em um modelo rígido a ser copiado pelas futuras interpretações judiciárias.

Em outro extremo, o modo de produção de uma sentença ou decisão judiciária do tipo pragmatista se baseia explicitamente nos critérios pessoais do juiz. Na situação em que aparecem lacunas e antinomias do Direito positivado, ou quando a própria jurisprudência dos Tribunais pouco ou nada contribui para o caso concreto, o pragmatista desenvolve o máximo do seu poder discricionário, inventando uma sentença personalíssima que dificilmente será