

UNIVERSIDADE CESUMAR – UNICESUMAR
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E EXTENSÃO
DIRETORIA DE PESQUISA

CRÍSTIAN RODRIGUES TENÓRIO

**A ORIGEM DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE NA HISTÓRIA A PARTIR DOS
PRIMEIROS DEBATES SOBRE DIREITOS HUMANOS E DAS PRIMEIRAS
DECLARAÇÕES DE DIREITOS**

Maringá

2021

CRÍSTIAN RODRIGUES TENÓRIO

**A ORIGEM DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE NA HISTÓRIA A PARTIR DOS
PRIMEIROS DEBATES SOBRE DIREITOS HUMANOS E DAS PRIMEIRAS
DECLARAÇÕES DE DIREITOS**

Dissertação apresentada a Universidade UNICESUMAR, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Dr. Alexander Rodrigues de Castro

Maringá

2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

T312o Tenório, Crístian Rodrigues.

A origem dos direitos da personalidade na história a partir dos primeiros debates sobre direitos humanos e das primeiras declarações de direitos / Crístian Rodrigues Tenório. – Maringá-PR: UNICESUMAR, 2021.

104 f. ; 30 cm.

Orientador Prof. Dr. Alexandre Rodrigues de Castro.

Dissertação (mestrado) – Universidade Cesumar - UNICESUMAR, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Maringá, 2021.

1. Direitos da personalidade. 2. História do Direito. 3. Conceitos históricos. 4. Dignidade da pessoa humana. I. Título.

CDD – 342

Roseni Soares – Bibliotecária – CRB 9/1796
Biblioteca Central UniCesumar

Ficha catalográfica elaborada de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

CRÍSTIAN RODRIGUES TENÓRIO

**A ORIGEM DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE NA HISTÓRIA A PARTIR
DOS PRIMEIROS DEBATES SOBRE DIREITOS HUMANOS E DAS
PRIMEIRAS DECLARAÇÕES DE DIREITOS**

Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação em Direito, da Universidade UNICESUMAR, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídicas.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Alexander Rodrigues de Castro
(Orientador)

Prof. Dr. Walter Guandalini Junior
(Membro Externo – UNINTER)

Prof. Dr. Cleber Sanfelici Otero
(Membro Interno)

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, pelo carinho e incentivo constante à continuidade dos meus estudos, sempre fazendo por mim muito mais do que mereço e do que eles próprios tiveram oportunidade de viver.

Ao meu irmão, Nelson, pesquisador nato, companheiro de uma vida toda.

À minha querida esposa, meu amor, Graciele Gelio Tenório – sem você eu nada seria.

Agradeço de forma muito especial ao meu orientador Prof. Dr. Alexander Rodrigues de Castro; o senhor é um exemplo de pesquisador e professor. Conviver com o senhor em sala de aula foi um privilégio. Muito obrigado!

Ao Prof. Dr. Cleber Sanfelici Otero, pelas reflexões mais que pertinentes em aula.

Aos meus amigos, Daniel Amud Zuin, João Lucas Foglietto de Souza, Luiz Antônio Borri, Joelson Junior Bollotti, José Carlos Alves do Nascimento, Lucas Martins de Oliveira e Marcelo Dantas Lopes. Muito obrigado.

RESUMO

No presente trabalho, discorre-se sobre as transformações da ideia de humanidade e seus direitos, tendo como base o entendimento da personalidade. Para tanto, eventos foram destacados, de debates científicos no século XVI a declarações de direitos do século XVIII. As noções de direitos e os significados de personalidade aqui analisados são todos oriundos do bloco geográfico-cultural ocidental – entendido como a região onde mais se discutiu e se legislou sobre direitos humanos, liberdade e direitos da personalidade, amparado em noções oriundas do cristianismo. Para compor este conjunto, o trabalho se valeu do método hipotético-dedutivo para a formulação da hipótese principal. Também se valeu da história dos conceitos para determinar os processos culturais mutáveis ao longo de séculos sobre o entendimento de um mesmo objeto – neste caso, os direitos humanos e de personalidade. Além disso, recorreu-se a fontes primárias, publicadas e comentadas, a fontes secundárias, isto é, historiadores do direito nacionais e estrangeiros. Por fim, usou-se a história do pensamento jurídico para ilustrar, por meio dos juristas inseridos no corte histórico, suas ideias acerca da humanidade, seus direitos, sua liberdade, da antiguidade até a modernidade, do mundo ocidental até a legislação brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos da personalidade. História do Direito. Direitos Humanos. Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT

The present work discusses the transformations on the idea of humanity and its rights, based on the legal understanding of personality. For such endeavour, we highlight events since the scientific debates from the XVI century to the declarations of human rights from the XVIII century. The notion of rights and the meaning of personality analysed on this dissertation are all from the western geographical and cultural block – seen as the region where more discussion and legislation about human rights, liberty and personal rights has been happened. All of this was supported by notions coming from Christianity. In order to compose this dissertation, we use the hypothetical-deductive method to formulate the main hypothesis. We are also guided by the history of concepts to show how the cultural processes of understanding the same object has changed throughout the centuries – in this case, human rights and personality. We used primary sources, secondary sources, i.e. legal historians. Finally, we use the history of legal thought to illustrate the ideas of a select number of thinkers about humanity, its rights, its freedom, from ancient times to the modern period, from the western world to the Brazilian legislation.

KEY WORDS: Personality rights. Law history. Human Rights. Human Dignity Principle.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO I – DA HISTÓRIA DO DIREITO E DE SEU PAPEL NA COMPREENSÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE – PAINEL DE DESENVOLVIMENTO DO DIREITO NO OCIDENTE.....	10
2.1 Generalidades sobre a história do direito, seu objeto e seu propósito.....	10
2.2 Da visão humana dos direitos e da personalidade na história: anterior aos debates sobre a condição humana e aos marcos padrões dos manuais.	12
2.2.1 Mesopotâmia.....	16
2.2.2 Um breve olhar sobre o mundo grego.....	19
2.2.3 Breve consideração sobre os romanos	24
2.3 A formação da Idade Média e sua fase baixa como marco divisório dos questionamentos humanos.....	31
2.4 A Idade Moderna e a época das explorações para além do mar	40
2.5 Os primeiros anos do Brasil.....	47
CAPÍTULO II - NEOESCOLÁSTICA, HUMANISMO IBÉRICO, E AS NOVAS IDEIAS SOBRE A HUMANDIADE – FRANCISCO DE VITÓRIA, BARTOLOMÉ DE LAS CASAS E O DEBATE DE VALLADOLID.	50
3.1 Francisco de Vitória e seu pensamento sobre poder e humanidade	50
3.2 A questão da Guerra justa (dos e aos índios) em Francisco de Vitória	60
3.3 As Leis de Burgos, os direitos dos indígenas e o destaque para a personalidade dos índios.	65
3.4 Bartolomé de Las Casas e as denúncias de crueldade contra os indígenas das Américas: reflexos do colonialismo no continente dominado por espanhóis e portugueses.....	73
3.5 O Debate de Valladolid e a questão humana: Sepulveda <i>versus</i> Las Casas.....	82
CAPÍTULO III – AS QUESTÕES HUMANITÁRIAS NO BRASIL, AS TENTATIVAS POMBALINAS, AS DECLARAÇÕES DE DIREITOS NUM NOVO SENTIDO DA PERSONALIDADE.....	93
4.1. A questão Caxa/Nóbrega	93

4.2 Um vislumbre das consequências do humanismo pombalino.....	97
4.3 A lei do marquês para os índios do Brasil e sua consequência no setecentos da colônia reforma pombalina em Portugal e para o Direito	99
4.4 Boa Razão e o Diretório dos índios no Brasil.....	101
4.5. Das declarações de direitos	104
5 CONCLUSÃO.....	112
6 REFERÊNCIAS	117

1 INTRODUÇÃO

As questões inerentes aos direitos da personalidade são de variedade e de profundidades várias. O direito se presta a servir de guia em muitas das vezes em que há dúvidas no ser humano quanto a condutas e pensamentos. Aliando-se, assim, às questões dos direitos de personalidade com o propósito de se oferecer saídas de condutas para as pessoas, o trabalho atém-se a uma pequena tarefa: observar para além das classificações correntes os direitos da personalidade em alguns momentos da História.

Para empreender tal tarefa, lança-se mão de dois recursos dentro da História do Direito: a história das fontes e a história do pensamento jurídico. As fontes regradas ao corte histórico e geográfico variam entre as terciárias, comentários sobre eventos e fontes históricas legislativas, secundárias, legislações e fontes traduzidas, e primárias, de lavra dos próprios autores usados e comentados. O pensamento jurídico encontra-se expresso nas obras dos autores e de seus comentaristas (respectivamente, fontes primárias e secundárias presentes em artigos de Revistas Científicas e livros). Para evitar qualquer desentendimento maior em conflito de fontes, optou-se pela tradução própria de alguns dos livros e artigos utilizados, pois, se traduzir é também trair, melhor que a traição seja da lavra do próprio autor do trabalho.

O reforço metodológico histórico adveio, a título de orientação da História Conceitual, de Reinhart Koselleck¹. Isso porque o trabalho pretende mostrar dimensões menores e mais influentes dos termos afetos aos direitos de personalidade por legislações e culturas que retrocedem e muito ao padrão corrente de historicidade – especialmente nos livros de direito constitucional.

¹ BENTIVOGLIO, Júlio. A história conceitual de Reinhart Koselleck. *Dimensões*, vol. 24, 2010, p. 114-134. ISSN: 1517-2120. Disponível em file:///C:/Users/User/Downloads/2526-Texto%20do%20artigo-3946-1-10-20120307.pdf Acesso em 18 dez. 2020.

A hipótese trabalhada é a de que houve, há muito, direitos de personalidade presentes em legislações e culturas, e de que as questões humanas, as quais serviriam de tema para debates acadêmicos com fundo político-econômico, apenas reforçaram a necessidade de novas dimensões à percepção desses direitos. Para tanto, contesta-se respeitosamente uma classificação de pré-história para os direitos humanos, haja vista que já eram direitos e se encontram inseridos numa narrativa histórica de atuação, não de advento.

A revisão bibliográfica, mencionada de forma discreta, consistiu em fontes de viagens e obras de autores que vivenciaram especialmente a época dos debates sobre a condição humana. Os demais livros são fontes secundárias e terciárias de comentaristas, bem como os artigos de Revistas.

Para se construir o texto em uma espécie de panorama, pensou-se o primeiro capítulo como apresentação das questões da própria História do Direito (sobre seu papel e objeto), passando-se de imediato para os primeiros registros civilizatórios que apresentam notas de direitos humanos, fundamentais e da personalidade. O percurso é breve – de uma remota antiguidade até a Idade Média. O porquê desta opção se deu mais para uma preparação para a devida apresentação das fontes e comentários sobre direitos fundamentais, da condição humana e do alcance da personalidade e seus direitos, do que para um exame pormenorizado de cada período, trazendo nada além do que os conceitos.

O segundo capítulo é a coluna mestra do trabalho: o início da modernidade ocidental representada pelas invasões europeias às terras do que hoje são as Américas. Deste período, saem os debates humanitários, questionando a justiça em se fazer guerra e explorar até a consumação da vida os habitantes do chamado Novo Mundo. Nesta parte do texto está a primeira série de questionamentos modernos sobre a natureza humana, a liberdade, as dimensões da personalidade implícitas mediante o sofrimento alheio. E, por conta destes debates e denúncias, operou-se uma mudança de compreensão do ser humano (com excelente proveito às gerações contemporâneas, mas de inútil justiça aos que morreram). Dentro deste capítulo, há três ocorrências de ordem histórica e jurídica: as lições de Francisco de Vitória na primeira metade do século XVI;

as Leis de Burgos (atualizadas pelas „novas leis“), apanhado legal de proteção ao trabalho, à vida e à personalidade dos indígenas; e, por fim, o debate de Valladolid, que é reputado como um dos primeiros eventos de ordem científica e cultural no qual se apresentou argumentos sobre os limites da vida, da liberdade (de deambular, de crença) e da personalidade. O embate entre o Frei Bartolomé de Las Casas e Juan Gines de Sepulveda – nomes dos quais se preferiu a grafia mais simples.

O terceiro e último capítulo faz referência a algumas declarações de direitos iluministas – documentos cuja redação e interpretação estão mais próximos da hermenêutica constitucional corrente que de quaisquer outros. A passagem no capítulo terceiro é breve, e dele não se avança visto que não é intenção fazer um excuro histórico longo e amplo sobre os sentidos todos (caso isso fosse possível) da condição humana, dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade.

A intenção final é construir uma reflexão na qual não haja o depósito de confiança num sentido de todos os eventos mencionados. O luxo de se viver no presente é poder olhar para trás, ler, estudar e alcançar uma visão do todo, dando-se ao conforto de conclusões nas quais tudo faz sentido. Tal alcance é ilusório, especialmente quando se lida com o poder e o direito. Assim, reforça-se: a reflexão está para mostrar que temas correntes já faziam parte do cotidiano de diversos povos ao longo dos últimos dois mil e quinhentos anos.

CAPÍTULO I – DA HISTÓRIA DO DIREITO E DE SEU PAPEL NA COMPREENSÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE – PAINEL DE DESENVOLVIMENTO DO DIREITO NO OCIDENTE.

2.1 Generalidades sobre a história do direito, seu objeto e seu propósito.

A História não se presta somente a missão de dar um sentido às ações humanas. Seu objeto e conteúdo, desde os tempos de Heródoto, consistem em organizar uma narrativa que coloque registro das intervenções do ser humano sobre a terra. Por mais que seus métodos variem de tempo a tempo, de escola a escola, a História se firmou como depositário de conquistas e tragédias, narradas e criticadas, ora como exemplo a ser seguido, ora como fatalidade a ser evitada².

O Direito, por sua vez, antigo como a História, deixou em diversas civilizações registros de conquistas em ideais de comportamento replicados ao longo dos séculos ou rechaçados por iguais espaços de tempo. Não é prudente se afirmar que haja, tanto para o Direito quanto para a História, ciclos que se cumprem e retornem a seus princípios. Tampouco é sadio alimentar expectativas de senso ou sentido na História, como se eventos fossem lições obrigatórias num curso pelo qual a humanidade passa com o fito único de melhorar a si mesma. Essa ilusão de predestinação ou, na falta de palavras mais sensíveis, de sentido, propriamente dito, deve ser evitada, num equilíbrio que não torne o homem um cínico radical, nem as instituições relativistas em uma confissão antecipada de incompetência.

² “A História pode assim definir-se como uma ciência que se ocupa do passado, como passado, para tentar reconstruí-lo. Investiga, descreve, interpreta e procura explicar esses factos humanos. Tais factos são o seu objeto imediato.” Assim escreveu Cabral de Moncada em 1950. MONCADA, Cabral. Introdução ao estudo da História. *Boletim da Faculdade de Direito*. v. XXVI. pp. 97 – 106. Coimbra: Coimbra editora, 1950, p. 97.

A História do Direito, seu objeto e seus diversos métodos, deve ser compreendida assim: a análise de narrativas temporais, suscetíveis de críticas, que gerem compreensão, aprimoramento, sem, contudo, abandonar-se como um credo no qual ela se faz de instrumento em que se comprova evolução e melhorias na vida humana. Ou, nas palavras de Mário Júlio de Almeida Costa:

Deve revestir natureza essencialmente genética, quer dizer, científica. Mais do que a mera descrição, pretende-se, sobretudo, a explicação dos fenómenos jurídicos do passado: há que apurar por que nos diversos momentos históricos vigoraram e prevaleceram determinados princípios, instituições e métodos jurídicos, em vez de outros. O que postula o aprofundamento dos motivos, porventura de múltipla natureza que se encontram na respectiva origem ou levaram à sua transformação.³

Transformação, esta parece ser a palavra de ordem na observação da História. Mas não se pode também fazer da História do Direito um apanhado de datas e fatos maiores, numa busca por “transformações”, nem arena para meros discursos laudatórios sobre pessoas, fatos e instituições⁴. Regida pelo tempo (ou por sua percepção cultural) é inevitável à História do Direito apresentar uma divisão de fases, todas estas traçando linhas de períodos ou eras com características comuns entre culturas diversas, entre direitos tão distintos⁵.

³ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do direito português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 27.

⁴ António Manuel Hespanha advertiu que para o cumprimento de seu papel, sendo uma disciplina tradicional, a História do Direito deve se ater ao método da crítica a que se propõe. “Por tudo isto é que, de um ponto de vista tático, a história do direito, que constitui uma disciplina tradicional nos currículos jurídicos, pode preencher – talvez com algumas vantagens adicionais – o papel que aquelas disciplinas indesejadas iriam desempenhar. Naturalmente que para desempenhar este papel, a história do direito não pode ser feita de qualquer maneira. Pois, sem que se afine adequadamente a sua metodologia, a história jurídica pode sustentar – e tem sustentando – diferentes discursos sobre o direito. HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. 3. ed. Lisboa: Publicações Europa-América LDA, 2003, p. 16.

⁵ Em um contexto mais amplo, Franz Wiacker escreveu que “Dir-se-á, antes, que a missão cognitiva da história do direito – como a de qualquer outra história – não se fundamenta no material previamente estabelecido dos dados e factos históricos e na sua utilidade para o presente, mas na historicidade da nossa própria existência. Na medida, porém, em que a história do direito acaba por recorrer

Assim, ao se tratar de pensamento jurídico ou de instituições de direito, quem escreve sobre direitos, cai na armadilha dos conceitos. Conceitos são estruturas de linguagem pelas quais se descrevem objetos ou ideias – e que facilitam o entendimento humano. O Direito, pródigo em conceitos e antigo como a cultura em geral, é expresso em textos que o divide, o cataloga e o prende a inúmeros conceitos. Incluindo-se, ao caso, os conceitos variados dos direitos da personalidade ao longo da realidade histórica do ocidente.

2.2 Da visão humana dos direitos e da personalidade na história: anterior aos debates sobre a condição humana e aos marcos padrões dos manuais.

Aqui se encontra para a história do direito, a situação dos direitos de personalidade na contemporaneidade: o ponto de partida, que também é objeto em si mesmo, e o ponto de chegada, ambos conceituados e debatidos no século XX. Esses direitos (sua miríade) transmitem a quem os estuda uma impressão de premência, inovação e atualidade, como se fossem novidades oriundas de um processo de evolução, de uma programação (ou destino) que veio a ser cumprido pela espécie humana na sua mais completa obra – a civilização⁶. Esta expressão de pensamento é tão forte que há,

necessariamente, quanto a esta questão, à própria experiência do direito, ornar-se seu objeto quaisquer domínios da história em que, em geral, possa ser encontrada a experiência humana do direito. Ela acaba por ser a História, sob o ponto de vista da experiência humana do direito.” WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3. ed. Tradução de António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 3 – 4. Na experiência brasileira, “a história do direito no ensino jurídico brasileiro não gozou de períodos estáveis que proporcionassem o amadurecimento da historiografia jurídica. Sua ausência nos currículos dos cursos de direito deu-se por negligências, preconceitos e até mesmo incompreensão dos legisladores quanto ao papel dessa disciplina para a formação do bacharel. Para uma compreensão do percurso da história do direito no Brasil faz-se necessária a leitura de documentos históricos, de obras consagradas ao ensino jurídico, assim como textos sobre a história do direito e a história do Brasil. AGUIAR, Renan, MACIEL, José Fábio Rodrigues. *História do direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 51.

⁶ A princípio entende-se por personalidade a concepção atual de seu início com o nascimento: “embora a personalidade do homem comece do nascimento com vida, a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (CC de 1916, art. 4º; art. 2º, do CC de 2002). Quaisquer sinais de vida caracterizam o nascimento produtor da personalidade (simples vagidos, movimentos, inalação de ar e sua penetração nos pulmões e outros sinais de vida que, como tais, possam ser considerados pela ciência), pouco

entre constitucionalistas⁷, uma classificação dos direitos de personalidade dentro de uma “pré-história do direito”, algo, portanto, que existe como essência ou ente, mas que não era visto, vivido, nominado de forma correta, como se esperasse o tempo certo de brotar aguardando etapas modificadoras de sua própria realidade.

Buscando sintetizar tal trajetória quanto aos seus principais momentos, Klaus Stern identifica três etapas: (a) uma pré-história, que se estende até o século XVI; (b) uma fase intermediária, que corresponde ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem; (c) a fase da constitucionalização, iniciada em 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos⁸.

Embora a tentação pedagógica ao apego de classificações seja forte, os direitos de personalidade figuraram na história entre símbolos e significados para além de uma tipologia cronológica que se pretenda em antefato e pós-fato⁹. Marcos, cientificamente, são necessários na distinção dos significados dos institutos jurídicos, mas não devem ser levados à radicalização de que possa ser vislumbrada na linha passada do tempo uma

importando o tempo de sobrevivência do nascido, mesmo que alguns momentos apenas ele viva fora do ventre materno.” RÃO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 7. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 621.

⁷ Prova disto é a consideração feita por Manuel Gonçalves Ferreira Filho que representa bem o arcaísmo constitucionalista quanto aos direitos fundamentais, que, em suas palavras, encontram-se assim na arena histórica: “A doutrina dos direitos do Homem, que tem grande peso no constitucionalismo ainda hoje, não nasceu no século XVIII. Ela, no fundo, nada mais é do que uma versão da doutrina do direito natural que já desponta na antiguidade.” FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 9. Nota do autor: que fique bem entendido, não se trata de desmerecer ao autor, mas é de se notar a generalidade com que o assunto é tratado – provavelmente por razões editoriais.

⁸MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel, SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 317.

⁹ Aos povos mais antigos, de origem e desenvolvimentos remotos, não é possível afirmar suas visões sobre vida e liberdade. A história natural, não a jurídica, se ocupa de reconstruir e presumir o dia-a-dia, sem, contudo, aprofundar-se no pensamento de povos remotos. Como registra Jamie Pinsky: “Os cientistas e pensadores contemporâneos têm tentado responder a essas questões por meio de basicamente três formas isoladas e combinadas: 1) o raciocínio lógico e a teoria; 2) escavações e análise de vestígios; 3) observação de grupos contemporâneos que, supostamente, tenham padrões de existência semelhantes.” PINSKY, Jaime. *As primeiras civilizações: história natural, história social, agricultores e criadores*. São Paulo: Editora Contexto, 2001, p.32. Neste mesmo sentido, Bruno Albergaria destacou os métodos de reconstituição de povos antigos – usados, de forma muito imprecisa e especulativa, por alguns historiadores do direito valendo-se da arqueologia, da comparação e dos documentos antigos. ALBERGARIA, Bruno. *Histórias do direito: evolução das leis, fatos e pensamentos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 12.

programação na criação e desenvolvimento dos direitos humanos, fundamentais e da personalidade¹⁰.

De qualquer forma há um éon cultural e legislativo cronologicamente distante da contemporaneidade que foi, paulatinamente, se transformando, evoluindo, até se converter nos conceitos debatidos no século XXI¹¹. A exemplo do que ocorre hoje, fora da seara da História do Direito:

No Brasil, a sede principal dos direitos da personalidade é a própria Constituição. É ela que prevê de forma, pode-se dizer, implícita a cláusula geral de tutela da personalidade, ao eleger como valor fundamental da República a dignidade da pessoa humana, que deverá ser protegida e promovida individual e socialmente¹².

Hoje, a discussão que mais se sobressai nas cortes é sobre os limites e alcances dos direitos da personalidade. Sua origem direta, definida para quem desejar proveito, a partir das primeiras declarações de direitos, parecem distantes e, se assim o forem, mais longe ainda estão os conceitos que trouxeram a humanidade a refletir sobre direitos fundamentais e da personalidade na era contemporânea – como na definição ou conceito de Adriano de Cupis:

Os direitos da personalidade estão vinculados ao ordenamento positivo como os outros direitos da pessoa a

¹⁰ “Os direitos fundamentais são produto da História. Se, por um lado, é possível admitir o caráter transcendental de alguns direitos fundamentais (vida), por outro, não se pode ignorar que tais direitos vão se firmando na dinâmica da realidade histórico-social (bem de família, direito de greve). Nasceram a partir de lutas encetadas na vida cotidiana – lutas sem tréguas, longas no tempo.” FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2012, p. 235.

¹¹ “Embora os direitos fundamentais não tenham surgido no mundo antigo, é correto afirmar que a antiguidade foi o berço de algumas ideias essenciais para o reconhecimento dos direitos humanos (aqui compreendidos como direitos inerentes à condição humana) e posteriormente dos direitos fundamentais. De modo especial, os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente no pensamento greco-romano e na tradição judaico-cristã.” MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel, SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, p. 317.

¹² FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 17. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 214.

que respeitam. Por tal razão, os direitos da personalidade estão vinculados ao ordenamento positivo como os outros direitos subjetivos, uma vez admitido que as ideias dominantes no meio social sejam revestidas de uma particular força de pressão sobre o próprio ordenamento.¹³

O que significa que os direitos da personalidade surgem do meio social – no presente e para o presente. Uma vez mais, a modernidade dos conceitos de humanidade, direitos humanos e da personalidade são ilusórios¹⁴. Nada mais equivocado, haja vista que a questão humana, de sua liberdade e, por isso mesmo, ligada à personalidade das pessoas, está presente nos registros históricos desde a antiguidade dominada pelas primeiras civilizações. E, mesmo dentre os povos sem escrita, observados por viajantes ou exploradores de culturas diversas, aferiu-se com seus costumes preservados por um isolamento (naturalmente quebrado pelo observador), a preocupação com a liberdade dos membros de uma tribo, o anseio nas tradições de que cada indivíduo tivesse nome, ramo familiar, uma divindade predileta para se louvar¹⁵.

¹³ CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antônio Miguel Cairo. Lisboa (s.n), 1961, p. 18, em nota *apud* ARARAKI, Allan Thiago Barbosa, MORAES, Carlos Alexandre, SILVA, Cid Eduardo Brown da. *Manual de direito civil: volume único*. André Puccinelli Júnior (org). São Paulo: Saraiva, 2015, p. 49.

¹⁴ A afirmação acima é perigosa e imprecisa. O fato é que os registros da modernidade, especialmente após revoluções e declarações de direitos na Europa e América do Norte durante o final do século XVIII e no Reino Unido no século XVII, deixaram um amálgama no inconsciente civilizatório de que os direitos humanos, os direitos fundamentais, de fato, tiveram gênese nessa era. Haja vista que “no entanto, a partir do século XVII, quando o zelo pelo (sic) vida e saúde dos súbitos (sic) passaram a ser cada vez mais importantes nos mecanismos e cálculos estatais, o poder do soberano transmuta-se paulatinamente naquilo que Foucault intitularia de biopoder. A antiga prerrogativa de fazer morrer e deixar morrer dá espaço à fórmula inversa em que „fazer viver e deixar morrer“ passa a caracterizar a biopolítica moderna.” A crítica da citação é revestida da crença de que apenas a modernidade trata o humano em profundidade, negando a transcendência e os conflitos temporais dos séculos precedentes à era das revoluções. OLIVEIRA, Diogo Mariano Carvalho de, MAIA, Jorge Sobral da Silva. A crise da (ir)racionalidade do sistema penal: a dessubjetivação do „outro“ no estado de exceção das sociedades pós-disciplinares. *Revista jurídica Cesumar* – mestrado. V. 18, n. 2, pp. 393 – 428, maio/agosto 2018, p. 417 – 418.

¹⁵ “À medida em que ia alargando o seu campo reflexivo, o homem procurou também atividades de tipo não material, sobretudo artísticas e religiosas, pelas quais foi tendo melhor conhecimento de si próprio, adquirindo assim não apenas ideias abstractas e homem, de animais e de coisas, que passa a representar convencional e genericamente, mas também a percepção mais nítida de sua individualidade, que crescentemente assume e reivindica em contraponto com o fortalecimento do tecido social.” CAPELO

2.2.1 Mesopotâmia

O reconhecimento de um humano por outro é evidente e natural. Mas os discursos fundadores de matrizes culturais dos povos os colocaram e ainda colocam em conflitos. Por isso, embora se reconhecendo o ser humano, sua liberdade e, com isso, sua personalidade, em tempos antigos eram correntes e inevitáveis os conflitos por território e controle de um povo sobre outro. Conflitos forjaram civilizações como as da Mesopotâmia, que, ao longo de um complexo processo cultural, culminariam em um bloco civilizado com necessidade de se regular por leis.

Quanto à Mesopotâmia, pode dizer-se que a parte mais significativa do seu direito foi a influenciada pelas reformas de Urukagina na Suméria, de raízes individualistas e fundadas em razões de expansão comercial, que puseram termo à oligarquia terratenente então dominante em Lagash. [...] Entre as reformas mais importantes em Urukagina salientam-se as seguintes: terras arrendadas foram entregues em propriedade aos rendeiros que as trabalhavam; as corporações de ofícios adquiriram autonomia e foram libertadas de impostos; todos os cidadãos, desde que homens livres, passaram a gozar de um estatuto de igualdade e as penas corporais de ablação de membros ou órgãos foram excluídas como sanções para a inexecução dos contratos.¹⁶

Ainda que em legislações como Hamurabi¹⁷ se percebam indícios de busca da humanidade e da personalidade (como conceitos), a aplicação da legislação era,

DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 30.

¹⁶ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 35. “O código de Urukagina ou Uruinimgina é datado de 2350 a. C. É um dos primeiros registros históricos de codificação de normas jurídicas. Contudo, jamais foi encontrado. Sabe-se de sua existência por outros textos que lhe fazem referência.” ALBERGARIA, Bruno. *Histórias do direito: evolução das leis, fatos e pensamentos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 18.

¹⁷ “O código de Hamurabi é considerado o documento jurídico mais importante do mundo antigo, antes da Grécia Clássica [...] é um bloco monolítico – estela – de pedra com 2,5 metros de altura por 1,60 metro de circunferência na parte superior e 1,90 metro na base. A legislação é abrangente: nas quarenta e seis

naturalmente, distinta das interpretações contemporâneas¹⁸. Com atenção aos negócios mais que às pessoas, por conta da divisão de classes cultural dos povos na região. Assim Capelo de Souza condensa uma parte do Código dessa civilização:

Elaborado após a vitória sobre renascidas estruturas feudais, parte, tal como suas fontes sumérias e acádias, de uma concepção de propriedade individual absolutamente alienável, com postergação de propriedade familiar senhoril. Assim suprime a servidão dominial e atribui ao servo feudal a qualidade de homem livre, mas este não adquire de facto um estatuto tendente à realização de qualquer ideia de igualdade económica e não deixa aliás de pertencer a uma classe jurídica inferior (dos “mosquinou”) que, v.g., tinha apenas direito, em caso de violentação pessoal, a uma indemnização em dinheiro,

colunas, contém 281 leis em três mil e seiscentas linhas, tudo em escrita cuneiforme.” ALBERGARIA, Bruno. *Histórias do direito: evolução das leis, fatos e pensamentos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 27. Em Hamurabi há uma espécie de prólogo ou declaração, uma exordial do rei se auto elogiando como protetor dos povos. Nas palavras de Jayme de Altavilla: “... não nos devemos admirar do enfatismo e do orgulho destilados no exórdio de Hamurabi, porque os reis de Portugal usam de circunlóquios semelhantes nas outorgas ou aprovações de suas leis. Tomemos, por exemplo, o restaurador bragantino D. João IV, no „prólogo da lei de confirmação” das Ordenações do Reino, em 1643. Assim se derramava ele cabotinamente sobre as consciências de seus súditos, num vasto laudatório de onde recortamos estes generosos períodos...” ALTAVILLA, Jayme de. *Origem dos direitos dos povos*. 9. ed. São Paulo: Ícone Editora, 2001, p. 38. Para que não se perca a referência, um excerto do prólogo de Hamurabi: “Eu, o que trouxe a abundância à terra; o que fez obra completa para Nippur e Babilu; o que deu vida à cidade de Ukuk supriu água com abundância aos habitantes; o que tornou bela a cidade de Brasippa; o que enceleirou grãos para a poderosa Urash; o que ajudou o povo em tempo de necessidade; o que estabeleceu a segurança na Babilônia; o governador do povo, o servo cujos feitos são agradáveis a Anu.” Código de Hamurabi. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2011, p. 10. O texto revela uma era na qual a igualdade até poderia ser intuída e timidamente colocada em legislações, mas claro está que há pessoas mais distintas e favorecidas que as demais.

¹⁸ Interpretações sobre civilizações antigas como as da Babilônia ou do Egito Antigo são perigosas e, por isso, é prudente selecionar fontes. É bastante comum em trabalhos jurídicos as citações a dispositivos do Código de Hamurabi. Figurando como clichê para o ponto de partida de tudo o que é jurídico – como se tal apanhado de leis fosse a pedra fundamental de quase todo o repertório que verbera em códigos nos dias atuais. A dificuldade, fora as traduções, consiste que uma parte significativa dos registros dessas civilizações era pictórica (estátuas, histórias contadas em paredes e colunas) e “assim como é feito com qualquer fonte histórica, cuidados devem ser tomados no momento de analisar uma imagem, já que nenhuma fonte é um relato puro do passado, mas, sim, portadora de um conhecimento indireto sobre o mesmo.” JOÃO, Maria Thereza David. *Tópicos de história antiga*. Curitiba: Ibpex, 2010, p.114. Contudo, é possível aferir alguns valores sociais e jurídicos: “O sistema de provas e bem desenvolvido como no Egito, existem, na Babilônia, depoimentos, juramentos, ordálios. Os documentos desempenhavam função considerável a julgar pelo número de tabuinhas cuneiformes chegadas até nós.” KLABIN, Aracy Augusta Leme. *História geral do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 68.

enquanto os homens livres da classe “amelou”, tinha direito à aplicação da lei de talião e/ou a uma superior indenização em dinheiro.¹⁹

Diferenças de classes e diferenças entre os sexos. A situação das mulheres não era favorável quanto a seus direitos em Hamurabi, possuindo domínio patrimonial relativo, contudo, subordinado ao marido, “subjugada ao marido, estando desde logos seus direitos e deveres dependente de um contrato escrito entre seu pai e seu marido.”²⁰

¹⁹ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 36.

²⁰ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 36. Ainda sobre Hamurabi: “... embora liberal no campo econômico, mantinha, no plano da liberdade pessoal, muitas das discriminações da antiga civilização caldaica, permanecendo, v.g. o escravo como um objeto móvel, apenas de consagrar diversas disposições liberalizantes, nomeadamente a que permitia o casamento de um escravo com uma mulher livre e a que dava liberdade à concubina aquando do primeiro filho do seu senhor. Em todo caso, o referido Código combinando o individualismo com o princípio da responsabilidade do poder público, continha uma apreciável legislação social, regulando o contrato de trabalho, o montante do salário, a aprendizagem e o direito a férias e outorgando um direito social ao crédito, ao impor aos templos, em certas circunstâncias, a concessão de empréstimos gratuitos ou em condições especiais para certos devedores insolventes, para determinadas categorias de escravos recuperarem a sua liberdade e para os doentes recuperarem a saúde.” CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 36. Após a civilização da Mesopotâmia, há a civilização egípcia. Pouco se sabe destes povos. Muito se deve à arqueologia e suas limitações de interpretações de dados, assim, é pouco o universo jurídico deste povo que possa ser compartilhado. Contudo, para não passar fora de um quadro geográfico e histórico, cumpre se deixar registrado que: “Infelizmente poucas leis nos chegaram do Egito antigo. Alguns crimes eram punidos com a morte: o parricídio, o perjúrio, o homicídio; o falso testemunho era punido com a mesma pena do crime que falsamente se acusava; o aborto e o infanticídio eram punidos com vexações públicas para a mão criminosa; o furto era punido com maior benevolência. O casamento de sacerdotes era monogâmico; o das outras classes podia ser poligâmico. A mulher, no Egito, tinha posição diversa da dos outros povos – podia ser sacerdotisa ou rainha.” CICCO, Cláudio de. *História do pensamento jurídico e da filosofia do direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 31 – 32. Embora os egiptólogos dividam os momentos da história política do Egito como civilização em ciclos. Somente no último deles, o grego, há a distinção entre direito e Lei, conforme Capelo de Souza afirma. SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 40.

2.2.2 Um breve olhar sobre o mundo grego.

A Grécia produziu legislações que marcavam a importância da personalidade – a atenção ao nome da família e a liberdade, mas com um pensamento mais coletivo dotado de uma capacidade de elaboração de símbolos de extrema riqueza, como destaca António dos Santos Justo:

É conhecida a simbologia grega do direito: a deusa Dikê, filha de Zeus e de Thémis, está de pé com os olhos bem abertos e tem, na mão direita uma espada e, na esquerda, uma balança de dois pratos, sem fiel. Ora por inspiração, ora por ordem de Zeus, declara o que é justo quando os dois pratos da balança estão no mesmo nível (iguais). Os olhos simbolizam o saber-puro (sapientia) e mostram-nos a concepção que os gregos tinham do direito: especulativa, abstracta, de generalizações. A espada simboliza a necessidade de executar o direito: não basta conhecê-lo. Quanto à balança, a falta de fiel simboliza a concepção democrática que reduz o direito a um problema de igualdade.²¹

Mesmo entre os helenos, povos aos quais se reputa a paternidade do mundo ocidental, quanto mais se aprofundavam em questões sobre o mundo natural²² e sua relação com a própria humanidade, a percepção do ser humano, de sua liberdade e sua personalidade, avançava de forma objetiva, como nas angústias expressas nos diálogos de seus pensadores ou nas obras célebres de seus trágicos²³, fato esse ressaltado por Capelo de Sousa:

²¹ SANTOS JUSTO, António. *Nótulas de história do pensamento jurídico*. Coimbra: Coimbra editora, 2005, p. 12.

²² “Todos os povos iniciam sua trajetória com a ideia da sacralidade da moral e do direito, sendo este de natureza imutável, enquanto a mutabilidade nasce da contingência histórica. A observação de tal mutabilidade introduz a concepção de um direito natural (por comparação), uma noção de lei superior a ser procurada. CICCIO, Cláudio de. *História do pensamento jurídico e da filosofia do direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 49.

²³ Diferentemente de Capelo de Sousa, Elimar Szaniawski, não retrocede tanto ao tecer conjecturas sobre as origens dos direitos de personalidade. Dispensa Hamurabi e períodos anteriores, e firma-se a partir do

Mas, é sobretudo no pensamento filosófico dos gregos, ou a partir dele, que se vão encontrar as maiores contribuições para a teoria dos direitos de personalidade. Começando por aceitar a vida social e jurídica como um dado cósmico, o espírito reflexivo e crítico dos gregos foi autonomizado por Pitágoras e seus discípulos, a natureza humana da (sic) demais realidade e, dentro daquela, foi distinguindo o princípio dionísico (referente à alma e à sua imortalidade) do apolíneo (respeitante ao corpo e à sua perecibilidade) bem como as funções intelectivas das percepções sensoriais, o que permitiu aos eleáticos afirmar a capacidade do homem em reflectir sobre si mesmo, em conhecer o mundo e em escolher finalidades da acção.²⁴

Os símbolos e representações para o gregos eram a essência de sua cultura. Daí os cuidados que tinham com festividades e a união entre o sagrado (os cultos) com o calendário da cidade, num espírito de integração entre o lar e o país. Mas se isto era riqueza cultural, juridicamente havia uma compreensão do justo que ia além da norma. E esta norma protegia bem mais que propriedades móveis e semoventes.

Para Elimar Szaniawski, nas diversas pólis da antiga Grécia, uma série de categorias de direitos que se assemelham à tutela dos direitos da personalidade existiam, fundada em três ideias centrais:

A primeira formulava a noção de repúdio à injustiça; a segunda vedava toda e qualquer prática de atos de excesso de uma pessoa contra outra e a última proibia a prática de atos de insolência contra a pessoa humana. A tutela da personalidade da pessoa humana era exercida através da *hybris* e mediante repressão à prática de atos de injúria e sevícias, destacando-se as *aixias*.²⁵

mundo grego. “As origens mais remotas da existência de categorias jurídicas destinadas a tutelar a personalidade humana são encontradas na *hybris* grega e na *iniuria* romana. SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 23.

²⁴ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 44 – 45.

²⁵ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 24 – 25. As discussões sobre como a civilização da Hélade se portava quanto à dignidade humana tem nas tragédias um bom expoente. Na tragédia *As Suplicantes*, de Ésquilo, as

Com isso, e sem romantizar os antigos gregos, as questões sobre a personalidade, tocada pela *hybris* (portanto sentida porque agredida), se faziam presentes em períodos de desenvolvimento daquela civilização, um fato que não surpreende – nem deveria – dada a transformação e uso do pensamento grego pela civilização que, realmente, possui um liame histórico forte com os conceitos de direitos que são expressos até os dias de hoje, por exemplo, na sociedade brasileira.

As legislações gregas possuem uma atenção especial à comunidade. Embora apresentem-se protegendo cidadãos, o espírito público prevalece nessas leis²⁶. O interesse dos legisladores – especialmente os de Atenas – visa sempre o bem-estar do coletivo. Porém, isso não anula a personalidade.

Sempre coube ao Estado o papel de administrador da justiça e assim tem sido até nossos dias, constituindo a Grécia antiga, no modelo ateniense, a grande exceção. Como detentor da soberania, ao povo, e somente a ele, cabia administrar a justiça e resolver conflitos através de instituições populares e com a característica adicional da ausência total do profissionalismo. As instituições atenienses, para a administração da justiça, podem ser agrupadas em duas categorias: justiça criminal e justiça civil.²⁷

personagens, estrangeiras, acabam sendo recebidas e imploram por alguma assistência ante o iminente abandono que sofrerão a partir de uma guerra que se prenuncia. “A peça acaba com a ameaça de invasão dos egípcios, mas o coro, representando o povo, diz-se seguro de que fez bem em acolher as suplicantes. Embora seja uma tragédia, ela não termina em morte, mas apenas com a notícias da iminência da guerra. O tema, acredita-se, fora tratado nas demais peças que compunham a hoje perdida trilogia. De toda forma, a peça exorta o valor da democracia e o direito de os cidadãos escolherem o destino de sua cidade. Os estrangeiros não gozavam, em regra, de direitos, em Atenas, contudo, eles recebiam proteção limitada, notadamente com o dever de hospitalidade do cidadão ateniense. Para realçar a discussão acerca da natureza humana, Ésquilo decidiu fazer das suplicantes, na sua peça, estrangeiras, mulheres de cor e religião distintas dos gregos. Tudo isso para mostrar que, mesmo com as diferenças, a condição humana é suficiente para que a pessoa seja merecedora de toda proteção e respeito, avultando o conceito de solidariedade e de igualdade.” NEVES, José Roberto de Castro. *A invenção do direito: as lições de Ésquilo, Sófocles, Eurípedes e Aristófanes*. Rio de Janeiro: Edições de janeiro, 2015, p. 123.

²⁶ Seja com Drácon ou Sólon, o pensamento da comunidade prevalecia. Mesmo com punições mais severas. ALBERGARIA, Bruno. *Histórias do direito: evolução das leis, fatos e pensamentos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 57.

²⁷ SOUZA, Raquel de. O direito grego antigo. In WOLKMER, Antônio Carlos (org). *Fundamentos de História do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: 2001, p. 88.

Os cidadãos se auto determinavam para atuar e usar essa administração. Mas antes de Atenas se destacar, Zaleuco de Locros (*circa* 662 a. C) já se valia de valorizar os interesses de seus súditos com leis sobre “casamento, sucessão, herança, adoção, legitimidade de filhos, escravos, cidadania, comportamento das mulheres em público etc.”²⁸ Como é de conhecimento, a cidadania é pressuposto da masculinidade em toda Hélade, cabendo às mulheres um papel menor, de categoria inferior.

Em Atenas (e nas cidades por esta dominadas) havia a figura do escritor de discursos. Um cidadão versado em retórica e oratória que se posicionava nas praças (onde ocorriam os julgamentos) para auxiliar quando fosse preciso pessoas que tivessem que prestar contas em demandas. Os logógrafos, ou escritores de discursos, não cobravam salário, recebiam honorários por gratidão, e passaram para a história como um dos primeiros modelos de advocacia a serem percebidos no mundo ocidental²⁹.

Dos grandes pensadores legados pelo mundo grego, Sócrates, que nada deixou escrito, dizia que a obediência às leis do Estado era um dever. Seu preceito é radical, pois alerta que o cidadão bom deve obedecer mesmo às leis más, para que assim o mau cidadão nunca questione a obediência às leis boas.³⁰ Já Platão

Via no Estado uma unidade perfeita, formada por vários indivíduos e constituída por órgãos. A justiça, relação harmónica entre as várias partes desse todo, constitui a virtude por excelência: exige a cada um que faça o que lhe compete. A exemplo do indivíduo em cuja alma existem três faculdades (a razão, que domina; a coragem, que actua; e o senso que obedece) também no Estado se distinguem três classes: a dos sábios, que o dominam; a dos guerreiros que o defendem; e a dos artífices e agricultores que o devem nutrir. Ao Estado cabe a

²⁸ SOUZA, Raquel de. O direito grego antigo. In WOLKMER, Antônio Carlos (org). *Fundamentos de História do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: 2001, p. 76.

²⁹ SOUZA, Raquel de. O direito grego antigo. In WOLKMER, Antônio Carlos (org). *Fundamentos de História do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: 2001, p. 80.

³⁰ SANTOS JUSTO, Antônio. *Nótulas de história do pensamento jurídico*. Coimbra: Coimbra editora, 2005, p. 15.

importante função de educar, preparando os cidadãos para a vida pública. Porém o Estado tem um poder absoluto.³¹

A pólis, portanto, era o mais importante. O senso coletivo era o grau de que cada pessoa tivesse sua liberdade gozada por determinação do que o poder determinar que a pessoa fosse (militar, agricultor, sábio) dentro das ideias sobre nascimento em Platão. O derradeiro dos pensadores a serem destacados da Grécia é Aristóteles. O estagirita será reproduzido, mesmo com o verniz do cristianismo, por séculos além de sua morte – e há uma razão para isso.

Aristóteles considera o homem um animal político, porque chamado pela sua própria natureza à vida política. Mantém a ideia de Estado virtuoso, união orgânica perfeita ou comunhão necessária cuja finalidade é contribuir para a perfeição da vida. E vê na Constituição Política o ordenamento de três poderes: Executivo, Legislativo e Judicial. O conteúdo das leis é a justiça que tem por princípio a igualdade e compreende várias espécies: a justiça distributiva (que rege a repartição dos bens comuns pelos membros da sociedade segundo méritos e necessidades. É a justiça das relações de subordinação); e a justiça correctiva, comutativa ou sinalagmática (que visa corrigir os desequilíbrios nas relações contratuais e nos actos involuntários e ilícitos interpessoais. É a justiça das relações de coordenação).³²

³¹ SANTOS JUSTO, Antônio. *Nótulas de história do pensamento jurídico*. Coimbra: Coimbra editora, 2005. p. 15.

³² SANTOS JUSTO, Antônio. *Nótulas de história do pensamento jurídico*. Coimbra: Coimbra editora, 2005. p. 16.

2.2.3 Breve consideração sobre os romanos

Aos romanos, civilização que está culturalmente ligada ao direito brasileiro, as questões da liberdade e da personalidade apareceram desde a primeira fase de seu direito (pré-clássico), continuando pela sua fase mais efervescente (clássico)³³, até a construção pós-clássica de Roma e de seu direito³⁴ – período que teve por maior produto a cristianização da cultura romana, base da fé cristã ocidental³⁵.

Mas antes de Cristo e bem antes da conversão romana institucional na fé cristã, na fase da República, a ideia de igualdade entre os povos permeava algumas mentes, em destaque, a de Marco Túlio Cícero³⁶, que no século I a. C. escrevera:

³³ Nesta fase consolidou-se, a princípio pelos costumes e, depois, por decisões de magistrados, os requisitos para a aquisição da personalidade jurídica. Os requisitos consistiam em “ser livre; e ser cidadão romano. Demais para que tivesse capacidade jurídica plena, fazia-se mister que fosse *pater familias* (chefe de uma família) [...] A pouco e pouco, no entanto, tendo em vista que se atribuíam certos direitos aos estrangeiros, a qualidade de cidadão romano deixou de ser requisito para a aquisição da personalidade jurídica (assim, o estrangeiro, desde que se lhe reconhecesse, direitos em Roma, tinha personalidade jurídica, embora sua capacidade jurídica fosse mais restrita do que a do cidadão).” ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense/GEN, 2016, p. 104.

³⁴ O direito romano, apenas por razão enciclopédica, pode ser definido como “o conjunto, ordenado cronologicamente ou não, das instituições e normas jurídicas de Roma.” LUIZ, Antônio Filardi. *Curso de direito romano*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 21. Ao que o autor continua numa plano mais apologético: “Verifica-se pelo estudo da Lei das XII Tábuas, por exemplo, que o Direito como instituição social, transforma-se no tempo e no espaço, ocorrendo esse fato em razão de múltiplos fatores sociais, em especial de ordem econômica, política e religiosa. Dia Lei é muito antiga, surgida no ano de 449 a.C., ao tempo da República. Depois de lenta evolução caminhando paralelamente como avanço da civilização, o Direito Romano consolida-se como monumento jurídico quando do aparecimento do *corpus juris civilis*, no século VI de nossa era, por inspiração de Justiniano. São, portanto, mais de mil anos de autêntico laboratório jurídico e social à disposição dos estudiosos para exata verificação da real história do mundo”. LUIZ, Antônio Filardi. *Curso de direito romano*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 22.

³⁵ Como pontua de Eduardo Vera-Cruz Pinto, “A doutrina dominante pretende um direito com origem e fundamento nas ideias e nas soluções políticas das revoluções burguesas em França e na América do Norte, fazendo do Direito Romano e da História do Direito um bibelô cultural do saber jurídico ou um ornamento erudito nos planos curriculares de ensino das Faculdades de Direito. Essa solução tem o apoio expresso e militante dos governos e dos burocratas que dirigem as Universidades. Todos sabemos, no entanto, que a sua época já passou. O seu conservadorismo imobilista na tentativa de criação de regras jurídicas e no ensino do Direito não tem futuro nem traz a justiça porque esperamos.” PINTO, Eduardo Vera-Cruz. *O futuro da justiça*. São Paulo: Editora IASP, 2015, p. 107.

³⁶ Cícero ainda é lembrado numa ponte resumida em texto de Manuel Gonçalves Ferreira Filho, que escreveu ligando o mundo grego ao dos romanos: “Remoto ancestral da doutrina dos direitos fundamentais é, na antiguidade, a referência a um Direito superior, não estabelecido pelos homens mas dado a estes pelos deuses. Neste passo cabe a citação habitual à Antígona, de Sófocles, em que isso é,

Com efeito, não há senão um só direito, que vincula a sociedade dos homens e que constitui fundamento de uma única lei, a qual consiste na justa razão, tanto no que impõe como no que proíbe. Quem desconhece essa lei, esteja ela escrita ou não, é injusto. Se a justiça consiste apenas na submissão às leis escritas e às instituições dos povos, e se tudo se devesse medir pelo interesse, essas mesmas leis seriam violadas pelo indivíduo que pudesse fazê-lo e nisso encontrasse vantagem. Não haverá justiça se ela não se fundar na natureza e se, estabelecida apenas na base de um interesse, um outro interesse puder destruí-la. Aliás, se a natureza não confirmasse o direito, todas as virtudes desapareceriam. Onde poderiam encontrar lugar a generosidade, o amor da pátria, a piedade, o desejo de prestar serviço a outrem, e a gratidão?³⁷

Os direitos em Roma ficaram divididos, para além da mera filosofia. O Digesto de Justiniano (na fase pós-clássica e aqui colocado sem uma preocupação cronológica) foi legado até a época atual, trazendo duas definições que se comunicam com o

literalmente, exposto, em termos inolvidáveis. A mesma ideia, com tratamento sistemático, acha-se no diálogo *De legibus*, de Cícero”. FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 9. Sobre a tragédia *Antígona*, de Sófocles, as palavras de José Roberto de Castro Neves: “*Antígona*, „a eterna heroína da lei natural”, ponderou entre a lei humana e a lei natural e divina, não escrita e imutável e acabou preferindo seguir a lei natural, pois, segundo ela, essas normas não nasciam do capricho de ontem e de hoje, mas vivem para sempre. Vale registrar que o fundamento filosófico dos direitos fundamentais do homem encontra sustentação exatamente nesse mesmo direito natural suscitado por *Antígona*.” NEVES, José Roberto de Castro. *A invenção do direito: as lições de Ésquilo, Sófocles, Eurípedes e Aristófanes*. Rio de Janeiro: Edições de janeiro, 2015, p. 190. Como lembra Santos Justo: “apoiada na sua auctoritas (saber socialmente reconhecido), a atividade do jurisconsulto é dominada por uma única preocupação: determinar e separar o justo do injusto, segundo a consciência social que juridicamente representa; por isso, nas palavras de Cícero, o jurisconsulto é considerado *princeps civitatis* e sua casa constitui o *oraculum civitatis*”. SANTOS JUSTO, Antônio. *Nótulas de história do pensamento jurídico*. Coimbra: Coimbra editora, 2005, p. 22.

³⁷ A visão jusnaturalista em Cícero é de um direito sobreposto, não criado, aos homens, que encontra consenso ou comportamento igual simplesmente porque humanos – sem mais distinções culturais. MARTÍNEZ, Soares. *Textos de filosofia do direito*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 33 – 34. Cícero, jurista e político, é personagem que hoje levanta mais suspeitas que admiração. Contudo, como um de seus biógrafos, Anthony Everitt analisa, o jurisconsulto, senador e orador romano possuía uma “predisposição para admirar outrem. Cícero não era um cínico e, apesar de se preocupar muito com sua própria glória e de ter o seu quinhão de ódios e antipatias, apreciava sinceramente os feitos dos outros, e gostava de os glorificar quando podia.” EVERITT, Anthony. *Cícero: uma vida*. Tradução de Maria José Figueiredo. Lisboa: Quetzal Editores, 2004, p. 56.

pensamento e o jeito romano de praticar o direito – um ligado ao direito natural, o outro ao direito das gentes.

O direito natural é o que a natureza ensinou a todos os animais. Pois este direito não é próprio do gênero humano, mas de todos os animais que nascem na terra ou no mar, comum também das aves. Daí deriva a união do macho e da fêmea, a qual denominamos matrimônio; daí a procriação dos filhos, daí a educação. Percebemos, pois, que também os outros animais, mesmo as feras, são guiados pela experiência deste direito (D. 1. 1. 1. 3)³⁸

Portanto, ante os valores humanos, precediam os comportamentos da natureza, animais, comum a todas as criaturas. Na esfera de civilidade, os romanos definiam a seguir o direito das gentes, comum aos povos, como: “O direito das gentes é aquele do qual os povos humanos se utilizam. O que permite facilmente entender que ele se distancia do natural, porque este é comum a todos os animais e aquele é comum somente aos homens entre si (D. 1. 1. 1. 4).³⁹

A liberdade em Roma era percebida como *status* inerente ou adquirida, como objeto e negócio jurídico, numa sutileza que separou a potência humana e a disposição de sua liberdade (constituente natural da personalidade) dos povos mais antigos e do mundo helênico. Tudo isso inventariado pela História a fim de se contrapor em juízo ao fato de se chamar de pré-história tamanhas fases, eventos e objetos relacionados à construção das questões humanas sobre personalidade⁴⁰ e liberdade⁴¹.

³⁸ JUSTINIANO. *Digesto*: liber primus. 4. ed. Tradução de Hércio Maciel França Madeira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 20.

³⁹ JUSTINIANO. *Digesto*: liber primus. 4. ed. Tradução de Hércio Maciel França Madeira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 20.

⁴⁰ Ulpiano em suas “regras” que os sujeitos de direitos, portanto com uso e gozo do nome, da chefia do lar e da assunção das obrigações seriam os *sui iuris* os chefes de família – o pai e a mãe de família. Para que não reste dúvida na inclusão da mulher, a citação original é a seguinte: *Sui iuris sunt familiarum suarum principes, id est pater familiae, itemque mater familiae*. (Ulpiano, 4, 4.1). ULPIANO, *Regras de Ulpiano*. Tradução de Gaetano Sciascia. São Paulo: Edipro. 2002, p. 38.

⁴¹ Os romanos desde antes da Lei das XII tábuas se associavam em clãs. A estrutura de assimilação e culto aos mesmos deuses da família maior (posteriormente nobre) que se voltou para a família (*gens*)

Advogar esta questão pelas fontes e pela interpretação dos conceitos é uma tarefa por si só gigantesca e, por questões de método e tempo, só devem ser pinceladas na melhor condução da análise de eventos que serão destacados adiante⁴². Ainda que pregassem uma igualdade natural entre os homens aos direitos, os romanos, desde a fundação da Cidade, mantinham distinções entre si, como explicou Artur Montenegro:

Em Roma constituem esta dualidade o patriciado e a plebe, que, fora de filiação histórica geral, não acham causa donde decorram logicamente. Consoante o nome, os patrícios descendiam dos *patres*, dos que se encasaram no patriarcado, quando desto esforço individual provia tudo, - instituição e defesa da grei, traça do culto, normas e recursos; fortes por si e por tal ascendência apartaram-se do vulgo, para evitar concorrentes e imitadores. Ao inverso, compondo, segundo a etimologia do vocábulo, simples multidão, os plebeus tiveram de conquistar pouco a pouco a igualdade; carecidos de garantias legais, permaneceram durante séculos em situação incerta, sob directo patrocínio do rei. Eram, no entanto, homens livres, e a sua condição desfavorecida não aviltava: admitia a dignidade das magistraturas os títulos de tribuno e edil da plebe; ao lado dos *comitia Populi* funcionavam os *concilia*

trouxe a noção de que os direitos e a habitação em Roma deveriam apresentar na Lei estruturas, *status*; assim, estrangeiros, desde que não desfavorecidos por estado de guerra, teriam direitos, inclusive à jurisdição. Todavia, na República, houve um conceito geral de direitos, *jus gentium*, que unia em algumas postulações nascidos em Roma e pessoas de fora da República, ao que Max Kasser aprofundou em texto: “A doutrina escolar influenciada pela filosofia reconduz estes institutos válidos para qualquer um, sem distinção de nacionalidade, à razão natural (*naturalis ratio*), comum a todos os homens. Aplica ainda a expressão *ius gentium* a outros fenómenos, comuns a todos os homens (guerra, comércio, povos, Estado, etc. cfr. Herm. D. 1, 1, 5); bem como ao direito público interestadual (p. ex. o direito dos embaixadores e dos tratados entre os Estados) [...]”. KASSER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues Ferdinand Hämmerle Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 50.

⁴² Um exemplo de certo conformismo que a História em Roma oferece é a condição das mulheres. Embora dotadas de direitos – algumas empreendiam dentro e fora de templos – “as romanas jamais eram dissociadas do ser mãe, mulher ou filha de alguém, preferencialmente do sexo masculino e, mesmo quando encorajadas a desenvolver capacidades ou talentos próprios, isto era feito não objetivando benefícios para a mulher, mas para o agrado do homem. Cornélia é uma romana famosa, mesmo entre seus contemporâneos homens, mas sua notoriedade está intimamente ligada ao (sic) homens de sua família. Ela é mãe dos Gracos, os irmãos que tentaram levar a cabo uma ambiciosa reforma em Roma, filha de Cipião africano, que derrotou o poderoso Aníbal, e esposa do senador Tibério Semprônio Graco. Suas ações, seus feitos, por mais independentes que tenha sido, são legitimados por suas ligações com o mundo masculino através de seus familiares.” CASTRO, Flávia Lages de. *Mulheres de Roma*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 22.

plebis; vigoravam *populiscita* e *plebiscita*, nas preces e fórmulas oficiais congregava-se *populus* e *plebs*.⁴³

A igualdade era vivida pelas classes sociais de acordo com os ditames da tradição e da lei. Não eram totalmente apartados – com direitos e deveres exclusivos a cada cidadão (e sua classe). Mas, sim, comunicavam-se direitos, pois algo não mudava entre plebeus e nobres – eram romanos⁴⁴. Como em toda parte da história, a civilização romana se valia de escravos. O ser humano, dotado de direitos e de personalidade, poderia perder seu *status* de homem livre (o oposto era verdadeiro). Porém, mesmo em estudos clássicos, reputavam-se aos escravos apenas a condição de *res*, coisa, *instrumentum vocali*, coisa que fala. Elimar Szaniawski desafia uma tendência mais arcaica de estudos ponderando que

⁴³ MONTENEGRO, Artur. *A conquista do direito na sociedade romana*. 2. ed. Lisboa: Edições Cosmos, 1999, p. 43 – 44. Sobre costumes, a observação de Sebastião Cruz: “O costume, na ordem do tempo e até certo ponto na importância, é a primeira fonte *manifestandi*. A sua fonte *existendi* é o *populus*. Como todos os direitos primitivos, também o *jus romanorum* principiou por ser consuetudinário. Quer dizer, um direito cuja fonte única, de início, era o costume. Mas que significa costume para os romanos? Neste ponto, há uma grande divergência entre os autores. Segundo uma opinião bastante provável, o costume primitivo dos romanos é diferente, no conceito, do costume actual, que, por sua vez, deverá ter surgido só nos princípios da época post-clássica. Nas fontes jurídicas e nas fontes extra-jurídicas romanas, aparecem três palavras para indicar, ora dum modo vago ora duma forma precisa ora quase indistintamente, a ideia de costume: *usus*, *mos* e *consuetudo*.” Isto quer dizer que, à luz da história dos conceitos, uma investigação sobre qualquer instituto romano de direito, implicaria analisar sua origem nos costumes e, com isso, em qual das modalidades de costumes percebidos pela cultura romana, o conceito preciso faria parte. CRUZ, Sebastião. *Direito romano*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 169 – 170. Sobre as famílias romanas: “A família romana era constituída pelo grupo de pessoas subordinadas ao *pater familias*. Este era o chefe, o administrador e o sacerdote da família. No seio da família, somente possuía capacidade jurídica plena o *pater familias*, *que se denominava sui iuris*. Os *alieni iuris* eram submissos ao *sui iuris* que exercia poderes sobre os demais membros da família. SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 27.

⁴⁴ “Os romanos ensinam que apenas os cidadãos possuíam capacidade jurídica plena. Quem não possuísse capacidade jurídica não possuía o *status civitatis*, não sendo considerado cidadão romano. Ao lado dos *cives*, havia os *latini*, que habitavam as colônias romanas, e os *peregrini*, que eram os estrangeiros. Estas duas últimas classes possuíam capacidade jurídica reduzida. Nos primórdios da história de Roma, os estrangeiros eram considerados inimigos. Com a expansão do comércio e das relações de Roma com os povos vizinhos, passaram a possuir alguns direitos em território romano. Aos poucos, passou-se estender o direito de adquirir a cidadania romana aos latinos e, mais lentamente, aos peregrinos mediante a promulgação de leis e de editos. E, finalmente, no período imperial, em 212 a. C (sic) o imperador Caracala outorgou o *status civitatis* a todos os habitantes do império, à exceção dos peregrinos deditícios.” SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 26 - 27. A citação da obra possui um erro notável: o edito de Caracala veio à lume na era cristã, em 212 *Anno Domine*, e não antes de Cristo.

O conceito tradicional dos civilistas em afirmar que os escravos não possuíam personalidade, sendo, portanto, meras *res* de propriedade de seu senhor, vem sendo revisado por alguns estudiosos, a exemplo de Cossio e Robleda, entre outros. Para o primeiro, a escravidão deve ser visualizada não como uma negação da personalidade, mas como uma mera limitação da liberdade pessoal. Já Robleda, partindo de um estudo feito dos textos de Gaio, onde se infere que os atos praticados por escravos produziam efeitos no mundo jurídico, nos traz a conclusão de que os escravos de Roma não podem ser considerados *res*, nem objetos de direitos, mas, ao contrário, pessoas e sujeitos de direitos, embora tendo capacidade de direito extremamente limitada.⁴⁵

Para o registro de alteração ao longo da história ficar mais completo, Capelo de Sousa separa pelas fases do direito romano a percepção dos direitos de personalidade, sendo que na fase pré-clássica “a tutela dos direitos da personalidade (v.g. em caso de morte, ofensas corporais, rapto, etc.) processava-se fundamentalmente através da vingança privada.”⁴⁶

Com a fase clássica, cujo marco maior vem a ser a Lei das XII Tábuas, “o sancionamento das ofensas dos bens da personalidade tinha lugar ainda prevalente pela

⁴⁵ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 28. O autor continua para completar seu raciocínio: “Para o autor italiano, a subjetividade do escravo em Roma manifestava-se de diversas formas. O escravo era responsável pelos atos que praticava; tornava-se obrigado como consequência dos delitos que praticava; suas obrigações contratuais eram consideradas obrigações naturais.” SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 28. Capelo de Sousa acrescenta em comentário: “Mas como, ao longo da história das instituições jurídicas romanas, a caracterização, o acesso e a perda de tais estatutos sofrera profundas mutações, em função das alterações sociais, económicas e políticas, importa situarmos historicamente as questões relativas aos direitos da personalidade nos três grandes períodos em que predominantemente é dividida a história de Roma.” CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 47. O autor separa as fases da história romana (e de seu direito) com os registros sobre a personalidade naquela civilização.

⁴⁶ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 48.

vingança privada, após a obtenção de sentença pública neste sentido.”⁴⁷ Já a fase pós-clássica foi marcada por uma expansão de direitos, a começar pela transformação da República em Império e, por isso mesmo, com o aumento de cidadãos vivendo sob domínio de Roma. Graças a isso, e a fatores como o cristianismo no primeiro século depois de Cristo, além do aumento de direitos dos escravos, a personalidade (e os direitos afetos a ela) ganharam uma miríade de novos conceitos na lei.⁴⁸

Portanto, a riqueza do direito romano trouxe para a humanidade a percepção das dimensões da personalidade – e de seu alcance – por meio das indenizações e das classificações de males que poderiam afligir uma pessoa – desde seu físico até a sua moral. Isso não desapareceria da Europa, por mais que outras civilizações em grupos reduzidos tenham triunfado sobre uma parte do Império Romano.

⁴⁷ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 48 – 49. “As penas para as lesões pessoais eram taliônicas, apenas se prevendo penas pecuniárias para lesões pessoais ligeiras, mas cominando-se uma indemnização maior no caso do ofendido ser pessoa livre, face a que ocorria quando a vítima era um escravo. Todavia, notavam-se já elementos de progresso, ao favorecer-se para lesões pessoais graves (v.g. a perda do uso de um membro importante do corpo) a composição em dinheiro, extinguindo-se a lide com um *pactum* e só decretando a represália física frustrando-se aquela, e ao punir-se as ofensas à personalidade tanto física como moral.” CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 49.

⁴⁸ “Com efeito, vai se assistindo a uma gradual extensão da *actio iniuriarum*, em correspondência com o desenvolvimento da civilização e o refinamento dos sentimentos, sobretudo com Juliano (L. 25 de act. Empti, D. 19, 1), Ulpiano (L. 24 de injur. D. 47. 10) e Javoleno (L. 44 de injur., D. 47. 10), que acordam ações onde v.g., Labão as não admitia. Aquela *actio* passa não apenas a proteger a pessoa como tal (como sucedia na sua forma originária) mas também a tutelá-la nas suas relações jurídicas concretas, em que apenas mediante esteja em causa a pessoa mas em que se viesse denegri-la, mediante o absoluto desprezo dos seus direitos. Por sua vez, o principal édito do pretor nesta matéria (D. 47, 10, 17, 2) permitia livremente ao julgador estimar a injúria e graduar em dinheiro a sua sanção ao *quantum aequum iudici videbitur* e nas diversas fontes (v.g. I. 4. 4.; D. 47. 10 e C. 8. 35) foram-se sedimentando regulamentações detalhadas e aperfeiçoadas quanto aos quadros tipos das ofensas injuriosas.” CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 52 – 53.

2.3 A formação da Idade Média e sua fase baixa como marco divisório dos questionamentos humanos.

Durante a Idade-Média, ocidental e cristã, a humanidade era entendida como uma espécie que servia ao propósito de um Criador magnânimo e de salvação, que separava as pessoas, medidas em fé e virtudes, entre salvos e perdidos. Nessa fase, rica em pensadores, a humanidade e a liberdade eram dádivas limitadas à vontade de Deus. Ao ser humano, pecador, indigno, pequeno, restava servir. Mesmo com a força dessa cultura, durante a primeira fase do medievo na Europa, não houve unidade ou forças para impedir invasões e a conseqüente fragmentação do que antes eram as fronteiras ocidentais do Império Romano, ao que Luiz Carlos de Azevedo escreveu:

A enorme extensão do Império Romano acabaria por levá-lo à desintegração e ao aniquilamento. Abrangendo limites que chegavam aos confins do mundo antigo, mas perdido, por outro lado, na retaliação constante de uma insegura minoria dirigente, onde se digladiavam interesses nem sempre claros de senadores ambiciosos e rudes oficiais, os quais, mal colocados no poder, viam-se derribados pelas falanges contrárias, tornou-se impossível resguardar as suas fronteiras, diante das vagas dos povos germânicos que os ventos orientais vinham impelindo.⁴⁹

Embora de forma poética, as palavras de Luiz Carlos de Azevedo retratam as conseqüências do crescimento do Império Romano. De qualquer sorte, sua cultura e seu direito, já praticado por toda a Europa, não desapareceriam, ao contrário, seriam transformados, nunca extintos. Prossegue o autor:

No final do século IV, provindos da Ásia, os hunos se arrojaram pela Europa central, levando seus contingentes, e mais os godos, que não lhes podem resistir, a se precipitar sobre o decadente Império, a esta altura já enfraquecido pela divisão em dois governos distintos, do Oriente e do Ocidente (395). Acompanhando as invasões, os visigodos

⁴⁹ AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Introdução à história do direito*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 83.

situam-se, primeiro, pelo norte da península itálica, e com Alarico chegam a saquear Roma; depois, estarão na Aquitânia, na antiga província senatorial narbonense, cruzam os Pirineus e penetram na Hispânia, até conquistá-la praticamente por completo, quando dominam os remanescentes romanos, suevos, alanos, vândalos, expulsando, também, o exército de Belisário.⁵⁰

A breve e dramática descrição acima apenas mostra o quanto a força destruidora dos hunos e aliados conseguiu romper as fronteiras romanas e se instalarem criando, na prática, um novo povo⁵¹. O interessante é que no texto de Azevedo, importou as narrativas acima para se vislumbrar o nascimento das regiões da Espanha e Portugal medievais. Formada por invasores que:

Por isso, embora individualistas, por natureza, traziam impregnado em suas consciências este sentimento coletivo e igualitário de proteção do grupo, para que não se perdesse o propósito maior, de manutenção da paz; violá-la – acreditavam – seria atentar contra os interesses da *sippe*, que seria incidir na mais grave falta conhecida nas primitivas instruções germânicas, seria receber, por consequência, a repressão mais severa, equivalente à pena capital: o culpado era banido da comunidade.⁵²

Eis a base do direito peninsular (ibérico). Para além do direito romano, preservado, assimilado e transformado (que retornará em séculos mais adiante), os

⁵⁰ AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Introdução à história do direito*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 83.

⁵¹ “Acentua-se, antes de mais, que as invasões germânicas não foram um processo brusco, mas uma infiltração lenta. A ocupação do Império Romano pelos bárbaros fez-se, muitas vezes, de uma maneira quase insensível e prolongou-se por largo período. Consequentemente, não houve uma verdadeira solução de continuidade entre a Idade Antiga e a Idade Média. Nesta transformação, que se iniciou nos começos do século III da nossa era e que levou centos de anos a consumir-se, as invasões constituíram meros episódios. Mesmo sem elas, por certo, a Idade Média teria existido. Pode dizer-se que este período da história começa com o descalabro de Roma e do seu império, que então se verificou. O mundo clássico chegava irreversivelmente ao crepúsculo.” COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do direito português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 105.

⁵² AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Introdução à história do direito*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 84. Em tempo, *sippe* quer dizer família. AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Introdução à história do direito*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 84.

territórios da Espanha e de Portugal passaram por um ciclo histórico de ocupação germânica de forte influência legislativa. No plano moral, o aprimoramento foi quase nenhum (tornaram-se cristãos, fé que já compunha o baixo império romano antes de sua queda); em compensação no plano legislativo, a influência teutônica se fez forte. Vários outros povos também participaram deste processo, mas o destaque maior foi dos germânicos, como nota Mário Júlio de Almeida Costa:

Isso não significa que tenha sido o único povo germânico com presença valiosa na Península. Os Suevos, especialmente, conseguiram manter a independência do seu Reino ao longo de cerca de cento e cinquenta anos. Alguns historiadores chegam mesmo a fundamentar a separação do Condado Portucalense num sentimento de autonomia que subsistiria durante o domínio visigótico. Não existem, contudo, elementos que permitam a reconstituição segura, ao menos nos seus traços gerais, do sistema jurídico dos Suevos.⁵³

Qual seja, o que ficou, além da herança da cultura romana, foram as legislações dos corpos de leis visigóticas. Mas o período todo apresentou duas características para o direito: uma primeira na qual o direito romano é pressionado e transformado por forças culturais e, mais adiante, um segundo momento, séculos depois, de um ressurgimento do mesmo direito. Isso se percebe com a divisão da Idade Média em duas fases: uma primeira, chamada Alta Idade Média⁵⁴ na qual se destacam corpos de leis em que as tradições de povos, há muito conquistados pelos deuses e costumes romanos, eram

⁵³ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do direito português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 101.

⁵⁴ “A queda do Império Romano do Ocidente e o advento da Idade Média alteraram profundamente a sociedade e a economia da Europa Ocidental. No entanto, as invasões germânicas, ocorridas na Europa Ocidental no século V, a princípio, não alteraram o direito romano vigente do Baixo Império (Roma), que continuou a ser aplicado. Com o passar do tempo e com a vinda de um maior número de levas de bárbaros para os territórios que atualmente constituem a França, o norte da Itália e parte da Espanha, o direito germânico, que era exclusivamente costumeiro, passou a recepcionar preceitos do direito romano, convivendo, assim, o direito romano e o costume bárbaro lado a lado.” SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 33.

novamente trazidas à lume, mesclados com o direito romano⁵⁵ e os preceitos cristãos⁵⁶; e, numa segunda fase, chamada Baixa Idade Média, na qual se percebe o resultado das primeiras divisões de terras e gentes que formariam por séculos o mapa da Europa – e delimitariam usos, costumes e legislações sobre a vida das pessoas⁵⁷.

O *Corpus Juris Civilis* se tornaria a base que uniria o direito antigo, romano, com a realidade da baixa idade média. Criado no século VI, na Alta Idade Média, era o produto que reunia a herança jurídica helenista e, sobretudo, romana. Como escreveu Antônio Manuel Hespanha:

⁵⁵ No caso do que hoje é a Espanha, “Com Recaredo, convertem-se os visigodos ao catolicismo (589) e, a partir de então, os concílios passam a ter grande importância na estrutura política do reino, porque além dos assuntos eclesiásticos, discutia-se nessas assembleias matéria de natureza administrativa, econômica e civil. Delas participavam os altos dignatários eclesiásticos, representantes das sedes episcopais, juntamente com o monarca, nobres e membros do palatinado, da corte visigótica. Nas reuniões deste órgão legislativo ditavam-se normas e cânones, ocorrendo singular fusão entre o direito secular e o canônico, a qual iria servir de fonte ao futuro Código Visigótico.” AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Introdução à história do direito*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 86.

⁵⁶ “Desta herança tomam posse as novas sociedades que se tinham formado da derrocada do império do ocidente e das invasões bárbaras, herança em que a conquista franca incluiu também as tribos do centro europeu. Os suportes étnicos destas sociedades eram as tribos invasoras germânicas e as populações romanas e romanizadas de cepa itálica, ibérica, celta, ilírica e germânica. A futura unidade da Europa decorre essencialmente do facto de a consciência nova e originária do direito dos povos invasores não se ter imposto apenas fora do território do império romano (como na Europa central e na Escandinávia) ou nas províncias de há muito ocupadas pelos germanos (Britânia, noroeste europeu a norte do Somme, Renânia e Alemanha meridional), mas também onde a România apenas recebera pequenas porções de sangue germano. Pois este novo elemento étnico actuou não apenas enquanto substância vital popular, mas também, desde logo no império carolíngio e em Espanha, enquanto nova vontade de poder social e político.” WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3. ed. Tradução de Antônio Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 20. Outro exemplo de ocupação medieval foi o da Lombardia (Itália), na qual os costumes de invasores mesclados ao direito romano comporia um corpo de leis ainda no século VII. “Três quartos de século hão de transcorrer para que, no ano de 643, um lombardo, o rei Rotário, assumia a iniciativa de mandar codificar os costumes de seu povo, visto que anteriormente eles jamais tinham sido registrados por escrito. E, como já acontecera, com os visigodos e os francos, a língua usada foi o latim: a língua dos vencidos, considerada evidentemente mais apta para exprimir com exatidão os conteúdos de um direito que, não obstante, apresentava quase nada de romano. O Édito de Rotário, assim como anteriormente de lei sálica, em grande parte de seus 388 capítulos, também é dedicado à especificação de penas infligidas por algum possível ato ilícito, com uma enumeração analítica do total de cada um de acordo na gravidade do dano e que chega até a diferenciar a multa pela fratura de cada um dos dedos da mão. As multas eram divididas: metade para o ofendido ou para sua família, metade para o Rei.” SCHIOPPA, Antonio Padoa. *História do Direito na Europa*. Tradução de Macros Marcionilo e Silvana Cobucci Leite. WMF São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 33.

⁵⁷ Após a Grécia Clássica, todo e qualquer sistema teria que ter a sua legitimação filosófica. Na Idade Média não foi diferente. A Igreja Católica Apostólica Romana utilizou os gregos e, com uma repaginação nos preceitos religiosos, albergou a filosofia grega. ALBERGARIA, Bruno. *Histórias do direito: evolução das leis, fatos e pensamentos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 109.

No Império Oriental, por sua vez, o direito clássico deixou-se contaminar pelas influências culturais helenísticas e pelas particularidades do direito local. Muitos dos comentadores passaram a escrever em grego, a língua oficial da corte bizantina. Em todo caso, o gosto pela reflexão intelectual em matérias jurídicas não se perdeu, continuando a produção doutrinal dos juristas clássicos a ser apreciada.⁵⁸

Não fosse o *Corpus Juris Civilis*, as escolas de direito da Europa, a serem formadas quinhentos anos após seu surgimento, não teriam alicerce para o desenvolvimento do direito comercial, do trabalho, e as noções de contratos, bem como se aprimorar nas questões da personalidade⁵⁹. Na primeira parte da Idade Média, o *Corpus Juris Civilis* ficou na parte culta ou ainda preservada da cultura romana, no oriente. Enquanto isso, na Europa ocidental, desde o século V, o prevalecimento de fragmentações territoriais, a cristianização de territórios e a mescla de culturas de outros povos (nórdicos, por exemplo), criavam um cenário no qual o direito romano se transformaria, dando impressão de desaparecimento. Capelo de Sousa trata disto da seguinte forma:

Em matéria de tutela judicial dos direitos da personalidade, manteve-se a jurisdição dos tribunais civis mas é admitido que o cristianismo tivesse implementado a tutela da personalidade moral e dos bens imateriais da

⁵⁸ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. 3. ed. Lisboa: Publicações Europa – América, 2003, p. 93.

⁵⁹ “Sabe-se como o feudalismo ou os regimes senhoriais próximos marcaram largamente a organização sócio-económica e político-administrativa da Idade Média europeia, na sequência da queda e fragmentação do Império Romano do Ocidente, da guerra endémica e das respectivas necessidades de proteção, da maior dependência da exploração agrícola e do consequente regresso a formas de economia fechada.” CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 57. Este estado de coisa mudará com as universidades e com a redescoberta do Direito Romano, reinventado por escolas jurídicas na Europa. Capelo de Sousa continua: “Não admira, por isso, que a organização social traduza uma nítida hierarquização e estratificação, com estatutos jurídicos diversos não apenas entre os grandes grupos de classes sociais mas também dentro de cada um dos subgrupos sociais. O que também se verificou, aliás quer na sociedade lusitana pré-independente quer nas sociedades de formação e de consolidação do Estado português.” CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 57.

peessoa humana que prudentemente se continuariam a tutelar através da *actio iniuriarum*.⁶⁰

Este tipo de *actio* romana sobreviveu e foi incorporada aos costumes das primeiras cortes medievais, preservando-se um relativo distanciamento do que viriam a ser os tribunais canônicos noutros séculos, das questões de personalidade. Leis trabalhistas, penais, comerciais, civis e, até mesmo, a suposta base de um constitucionalismo são oriundos da Europa medieval; como exemplo, as “cartas de franquia”:

O registro de direitos num documento escrito é prática que se difundiu a partir da segunda metade da Idade Média. Em toda Europa encontram-se exemplos, não do registro de direitos do Homem, mas de direitos de comunidades locais, ou de corporações, por meio de forais ou cartas de franquia. Nestes, que os senhores feudais, mormente os reis, outorgavam, inscreviam-se direitos próprios e peculiares aos membros do grupo – direitos fundamentais, sem dúvida – para que, por todo o sempre, fossem conhecidos e respeitados.⁶¹

A mais célebre carta de franquia é a *Magna Carta*, que, em realidade, “não se preocupa com os direitos do homem mas sim com os direitos dos ingleses decorrentes da imemorial *law of the land*”⁶².

A questão dos conceitos de inúmeros institutos jurídicos começou a ser delineada na cultura jurídica europeia da Idade Média. Não seria diferente com questões como serviços ao Rei (um conceito do que poderia ser taxado de cidadania), liberdade (e suas diversas formas de manifestação) e a raiz da questão humana – a personalidade.

⁶⁰ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 57.

⁶¹ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 11.

⁶² FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 11.

Em Portugal, por exemplo, “os foraes portugueses podem considerar-se como verdadeiras cartas de comunas; os conjuradores são agentes, que reclamam as imunidades locaes, servindo de prova completo do facto”⁶³. “Pelos foraes se foram validando os costumes locaes, garantindo a povoação das terras, defendendo-a contra as prepotências senhoriaes, e fixando pela segurança da propriedade a vida particular da família.”⁶⁴ Assim Theophilo Braga descreveu, no século XIX, o papel dos forais na legislação medieval portuguesa. Entretanto, o grande achado no texto de Theophilo Braga está em suas percepções sobre o direito medieval português e a personalidade.

No direito germânico o homem tem direitos porque é homem; no direito romano a personalidade estava ofuscada na lei, como já o tinha notado o célebre aforismo de bacon. Assim, até ao século XIII, prevaleceu a lei dos bárbaros, sacudindo, como numa espécie de corrente galvânica, o cadáver do mundo antigo; só no renascimento erudito do direito romano nas Universidades da Europa, é que se trava o combate violento entre a liberdade e as tradições imperiaes, vindo a ficar vencedores os velhos jurisconsultos, que fixaram com subterfúgios os direitos reaes e os governos monarchicos. Este combate se observa nos Foraes portuguezes, derivados exclusivamente do gênio germânico, e em reação constante contra o Código Wisigotico e contra o direito romano.⁶⁵

Braga exalta o espírito germânico, mais terra-a-terra, porém admite o triunfo romano da lei na formação dos juristas lusitanos desde a Baixa Idade Média. Conforme seu texto, ao que segue

O século X assignala-se por uma luta intestina entre os costumes romanos e os costumes germanicos. A nacionalidade portuguesa constitui-se justamente quando do embate destes dois poderosos elementos ficava de pé o

⁶³ BRAGA, Theophilo. *Historia do direito portuguez*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1868, p. 19. Nota do autor: Por razões de estilo quanto à fonte, foi mantida a grafia do português lusitano do século XIX.

⁶⁴ BRAGA, Theophilo. *Historia do direito portuguez*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1868, p. 12.

⁶⁵ BRAGA, Theophilo. *Historia do direito portuguez*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1868, p. 12.

princípio germânico e com ele uma nova constituição da propriedade e da família, uma fusão da soberania e da jurisdição, os poderes públicos transformados em privilégios dominicais, uma nova forma de estado, ligando-se a ideia de nobreza ao exercício das armas e da ignominia à indústria e ao trabalho da terra, enfim o triunfo do regime feudal.⁶⁶

Há vários tipos de forais, concedidas pela corte a pessoas ou vilas. A intenção de favorecimento, especialmente de comunidades tornavam este dispositivo instrumento de generosidade por parte do monarca. Nuno J. Gomes da Silva assevera que

Dentro das cartas de privilégio, apresentam-se particular interesse as chamadas cartas de foral ou, simplesmente, forais, diplomas que, aos habitantes de determinada terra, pré-existente ou a fundar, concediam certas regalias, principalmente de caráter fiscal e administrativo. Um primeiro tipo de foral, simples e rudimentar, é aquele que, muitas vezes por necessidade estratégica, impele reis ou senhores a privilegiar todos os que acorressem a habitar e cultivar certas terras que, com frequência, se situam em locais que oferecem riscos, como, por exemplo, na linha fronteira. É este tipo de foral denominado *carta populationis*, carta de povoação: o rei ou senhor concedia terrenos para cultivo e regalias aos povoadores e estes, em contrapartida, ficavam adstritos ao pagamento de certos tributos.⁶⁷

O autor continua, mostrando que

Outro tipo de foral – mais tardio – não tem já como fim principal o de favorecer o povoamento de uma terra, mas, sim, o de definir os direitos e deveres colectivos dos habitantes de uma povoação, frente a entidades concedente, o de estatuir ou fixar o direito público local

⁶⁶ BRAGA, Theophilo. *Historia do direito portuguez*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1868, p. 13.

⁶⁷ SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do direito português: fontes do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, p. 170 – 171.

ou, pelo menos, certos aspectos desse direito público. Não pode, porém – como pretendeu Herculano – incluir-se no conceito de foral a característica de ser uma carta constitutiva de município; e não pode, porque há concelhos que não têm foral ou só recebem em fase adiantada de sua evolução e, ainda, porque forais há que não têm subjacente organização municipal.⁶⁸

Outro ponto que se cruza com o desenvolvimento dos conceitos de personalidade nas questões humanas se dá com o advento dos centros de estudos – poucos e concentrados –, ou seja, as primeiras universidades do mundo ocidental. Sem a criação e a reunião de tantas pessoas num mesmo espaço com dimensões de encontros de ideias (conceitos), seria difícil atingir o alcance (ou impressão) de evolução do mundo europeu frente às demais populações que foram contatadas e exploradas – sob a égide de crenças e de teses jurídicas. É exatamente neste ponto que, graças ao desenvolvimento das universidades, a formação de toda uma casta de pensadores influirá nas diversas camadas dos conceitos humanos e da personalidade humana⁶⁹.

Dois reinos devem ser, propositalmente destacados, tanto em seu desenvolvimento universitário quanto legal: Espanha e Portugal. A primeira foi durante toda a Idade Média, com a presença de centros de estudos, não um reino unido, mas uma junção de reinos que, entre disputas e alianças, encontravam inimigos em comuns pontos que serviram para amalgamar uma junção dinástica e territorial que marcaria o destino de metade do planeta. O segundo, territorialmente estabelecido desde o século

⁶⁸ SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do direito português: fontes do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, p. 171.

⁶⁹ “Contudo, na Europa medieval, a primeira universidade de que se tem notícia está localizada na cidade de Bolonha, na Itália. Foi fundada em 1088. Dois anos depois, fundou-se a faculdade de Paris. Logo após, eclodiu por toda a Europa a fundação dessas instituições de ensino.” ALBERGARIA, Bruno. *Histórias do direito: evolução das leis, fatos e pensamentos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 108.

XII, era um reino que engendrava projeto ambicioso de expansões territoriais para além da Europa – mirando as costas da África e o oceano⁷⁰.

2.4 A Idade Moderna e a época das explorações para além do mar.

Tanto Espanha quanto Portugal produziram desgraças a outros povos, e pensadores destinados a trazer uma nova visão de humanidade por conta do pendor de exploração territorial no chamado Novo Mundo⁷¹. Destes reinos se fez o Brasil, a América Latina, e de suas iniciativas, o encontro de povos que colocaria nos registros da História o maior genocídio perpetrado pela espécie humana⁷².

Antes de se ocupar das questões humanas decorrentes dos “descobrimentos” de Espanha e Portugal, cumpre informar que, em virtude das universidades (anteriormente

⁷⁰ Portugal alcançou a tecnologia de navegação com base oriental e era juridicamente apoiado pela Santa Sé a exemplo da bula papal de 1444 e de outra de 1481 com a qual os portugueses foram autorizados a empreender navegação até o Cabo Bojador. Antes disso já haviam se “beneficiado da conquista de Ceuta em 1415.” GIACCARDI, Alberto. La colonizzazione spagnola e portoghese nei secoli XVI e XVII. *O instituto: revista científica e literária*. v. 85. 4. série. pp. 228 – 246. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1933, p. 232. “A exploração portuguesa de novas áreas, fora da Europa, começou quando os portugueses, em 1415, tomaram a cidade de Ceuta, no norte da África, na continuidade de um plano de revanche contra os mouros islâmicos que séculos antes haviam dominado toda península ibérica.” ⁷⁰ MESGRAIVES, Laima. *História do Brasil colônia*. São Paulo: Contexto, 2017, p. 12.

⁷¹ “O século XVI europeu foi marcado por dois fenômenos antagônicos: um, autodestrutivo, que cindiu o Continente em dois blocos ideológicos; outro, centrífugo e expansionista, que desenhou a primeira grande experiência da globalização. O primeiro, foi a Reforma das Igrejas Cristãs, não alimentou apenas as guerras religiosas até à Paz de Vestfália (1648), mas configurou o mapa espiritual que ainda anima e sustenta a Europa, acentuando a distância geográfica entre Norte e Sul. O segundo, a Expansão transcontinental e colonial, foi em grande parte responsável pelo actual mapa político do Mundo, gerando ao mesmo tempo uma maior aproximação multicultural entre os povos e novas experiências de servidão e escravatura. Dessas experiências brotaria uma nova consciência colectiva de libertação, capaz de conduzir, muitas vezes através da luta armada, à descolonização.” MONIZ, António Manuel de Andrade. A representação e a construção da Europa no século XVI português. *Cultura: revista de história e teoria das ideias*. v. XIX, II série, pp. 351 – 375. Lisboa: Centro de história da cultura, 2004, p. 351.

⁷² “As grandes navegações que se iniciam no final da Idade Média e início da Idade Moderna difundem o direito romano para diversos países fora do continente europeu. Foi assim, por exemplo, com as colônias das metrópoles Espanha, Portugal e França nas Américas. Outrossim, séculos mais tarde, as dominações dos Países Baixos, de Portugal, da França, da Alemanha e da Bélgica no continente africano, bem como a adoção de códigos de modelo europeu por países que ainda não tinha sido colonizados.” BAGNOLI, Vicente, BARBOSA, Susana Mesquita, OLIVEIRA, Cristina Godoy Bernardo de. *Introdução à história do direito*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 76.

mencionadas), de onde hoje fica o território da Itália, Giovanni Picco della Mirandola (assinava *Picis Mirandolensis*), pensador neoplatônico do início da Modernidade Europeia, nascido em 1463, publicou o seu Discurso sobre a dignidade do homem, obra emblemática sobre o humanismo. Se hoje o direito, em geral, o direito internacional e o direito constitucional, especificamente, ocupam-se em dar plano e limites a isso, no texto de Mirandola foi estabelecido uma ideia central inatacável: toda pessoa, todo homem, traz em si mesmo um valor – para além das leis humanas.

Assim iniciou sua obra: “Pais veneráveis! Li em fontes árabes arcaicas que ao interrogarem o sarraceno Abdala, sobre que o que existiria de mais admirável, notadamente na atividade mundana e, ele considerou que nada mais maravilhoso que o homem existiria.⁷³”. Mais desta obra é desnecessário versar, já que dá dimensões celestes ao homem, e, com o lume de sua Inteligência (fruto do Criador) usufrui da liberdade: “Tu, não submetido a quaisquer limites, só mercê do arbítrio que em tuas mãos coloquei, definas a ti próprio.⁷⁴” Um típico discurso humanista colocando no proscênio do mundo nada mais além do próprio homem (e sua liberdade).

De volta às conquistas europeias, nas fronteiras do chamado Novo Mundo, a princípio, nos primeiros relatos de viagens (e dos contatos entre europeus e os nativos do Continente), quedou-se a impressão de semelhança e até de respeito. Cristóvão Colombo em sua primeira viagem registra por vezes a fuga dos nativos quando ele e seus oficiais se aproximavam⁷⁵. Quando havia encontro, a ideia de povo cordato ecoou

⁷³ PICO, Giovanni. *Discurso pela dignidade do homem*. Tradução de Antonio A. Minghetti. Porto Alegre: Editora Fi, 201, p. 52-53. Disponível em https://3c290742-53df-4d6f-b12f-6b135a606bc7.filesusr.com/ugd/48d206_3f03f07410a54086b6d605f5c2896907.pdf, acesso em 09 dez. 2020.

⁷⁴ PICO, Giovanni. *Discurso pela dignidade do homem*. Tradução de Antonio A. Minghetti. Porto Alegre: Editora Fi, 201, p. 61. Disponível em https://3c290742-53df-4d6f-b12f-6b135a606bc7.filesusr.com/ugd/48d206_3f03f07410a54086b6d605f5c2896907.pdf, acesso em 09 dez. 2020.

⁷⁵ “Domingo, 21 de outubro. – Às dez horas cheguei aqui, neste cabo de ilhéu, e ancorei, e o mesmo fizeram as caravelas. E, depois de ter comido, fui até à terra, onde não havia por povoado mais que uma casa, na qual não achei ninguém. Creio que fugiram de medo, porque todos os objetos estavam em seus devidos lugares.” COLOMBO, Cristóvão. *Diários da descoberta da América: as quatro viagens e o testamento*. Tradução de Milton Persson. São Paulo: L&PM Editores, 1998, p. 63.

na Europa, pois é da lavra do próprio Colombo a idealização primeira de ingenuidade e passividade dos povos indígenas, ao que o próprio genovês destacava:

Depois alguns deles se aproximaram de nós, sendo que um se manteve bem próximo. Eu lhe dei guizos e miçangas e ele ficou contente e alegre. E para que a amizade aumentasse e pudesse solicitar favores, mandei pedir água, e eles, quando voltei para a nau, vieram logo à praia com as cabaças cheias, demonstrando grande prazer em trazê-la para nós.⁷⁶

Interessante é observar que a citação acima continua e revela historicamente o equívoco de Colombo, pois, mais adiante ele, dirigindo-se aos Reis de Espanha, reforça a ideia de buscar ao grande Cã, que seria Rei na cidade de *Quinsay*, ou *King See*, citada por Marco Polo no oriente do planeta⁷⁷. Contudo, o que deve ser ressaltado é que, ainda que errando de continente, juridicamente, o ato, a formalidade de posse das terras conquistadas fica em ampla descrição de Colombo e companhia:

Ao desembarcar viram árvores muito verdes, muitas águas e frutas de várias espécies. O Almirante chamou dois comandantes e demais acompanhantes, e Rodrigo de Escovedo, escrivão de toda a armada, e Rodrigo Sánches de Segovia, e pediu que lhe desse por fé e testemunho como ele, diante de todos, tomava, como de fato tomou, posse da dita ilha em nome de El-Rei e da Rainha, seus soberanos, fazendo os protestos que se requeriam, como mais extensamente se descreve nos testemunhos que ali se procederam por escrito⁷⁸.

⁷⁶ COLOMBO, Cristóvão. Diários da descoberta da América: as quatro viagens e o testamento. Tradução de Milton Persson. São Paulo: L&PM Editores, 1998, p. 64.

⁷⁷ A observação está na edição dos diários de Colombo com tradução de Milton Persson na nota de rodapé 21. COLOMBO, Cristóvão. Diários da descoberta da América: as quatro viagens e o testamento. Tradução de Milton Persson. São Paulo: L&PM Editores, 1998, p. 65.

⁷⁸ COLOMBO, Cristóvão. Diários da descoberta da América: as quatro viagens e o testamento. Tradução de Milton Persson. São Paulo: L&PM Editores, 1998, p. 51-52.

Aí está, historicamente, em relato de viagem como fonte, o início de eventos que durante o século XVI desembocarão em debates sobre a natureza humana e sua liberdade, as questões humanas das quais se depreende os conceitos de humanidade e personalidade⁷⁹.

Com outras viagens e explorações do Norte ao Sul do continente americano, os espanhóis (e em não tão longo tempo os lusitanos) firmaram posse da terra no litoral e para dentro do território. Com isso e a necessidade de gerar lucro nas empreitadas, legislações foram editadas ainda no fim do século XV para regular a exploração dos recursos naturais e o trabalho dos nativos.

É um erro comum pensar que no princípio não houve legislação cuja tônica fosse proteger as vidas dos habitantes originários e verdadeiros possuidores das terras nas chamadas Índias Ocidentais. Em verdade, a legislação era a mesma na Espanha – que permitia a escravidão (no caso de infiéis, noção facilmente transmitida aos habitantes das terras). O problema era o governo.

A primeira administração espanhola, sob as ordens de Cristóvão Colombo revelou-se um desastre. Presente em gabinete ou ausente (em explorações) as

⁷⁹ A história da imposição do domínio espanhol e da conversão dos indígenas nas Américas já foi contada muitas vezes. Aqui basta um resumo geral. Fernando e Isabel procuraram apoio do papa para a exploração e a soberania da Espanha nas Índias logo após o retorno de Colombo, mas também negociaram diplomaticamente com Portugal em 1494 para garantir e definir as esferas de interesse. Por cerca de uma década, a ocupação das novas terras prosseguiu sem grandes preocupações com os aspectos legais e teológicos, mas depois do sermão de Montesinos a questão da soberania e da legitimidade das ações espanholas à vista dos direitos e reivindicações indígenas se tornou inescapável. Teólogos e canonistas assumiram a tarefa de explicar e justificar tais políticas. Uma linha de interpretação, defendida por Juan de Palacios Rubios, sustentava que o papa tinha domínio universal como vigário de Cristo em termos espirituais e temporais e, assim, podia atribuir as novas terras à Espanha. Segundo ele, os índios viviam de acordo com a lei natural e se salvariam dentro da pregação cristã, mas a partir daí, só encontrariam a salvação dentro da Igreja, e era o dever do rei patrocinar a conversão dos gentios. SCHWARTZ, Stuart B. *Cada um na sua lei: tolerância religiosa e salvação no mundo atlântico ibérico*. Tradução de Denise Bottman. São Paulo: Cia. Das Letras, 2009, p. 189. Não é preciso esforço para recordar que nas Américas, além da questão humana e das liberdades por conta do contato com os indígenas, a Inquisição católica também operou. E na sua atuação, longas ações (especialmente no Peru) na caça de hereges. Entre processo de destaque o do herege Juan F. Las Hereras que foi brutalmente julgado em 1594, no Peru, por defender que não via mal no sexo entre pessoas antes do casamento. SCHWARTZ, Stuart B. *Cada um na sua lei: tolerância religiosa e salvação no mundo atlântico ibérico*. Tradução de Denise Bottman. São Paulo: Cia. Das Letras, 2009, p. 204.

intempéries roíam a estrutura precária, o pouco ouro encontrado não compensava as demandas e as revoltas dos povos se faziam sentir nas ilhas conquistadas⁸⁰. Os exageros de Colombo, bem como o triunfo de seus rivais (nas descobertas da foz do Rio Amazonas, no norte da América do Sul ou na conquista das terras onde hoje se queda a Venezuela⁸¹) trazia à tona o que haveria de pior na conquista espanhola – as mortes e a escravidão.

Até Isabel começava a perder a paciência e desaprovava de forma muito clara o fluxo de escravos que Colombo enviava para a Espanha. Aliás, estava decepcionada com o reduzido número de conversões que os seus missionários cristãos tinham conseguido fazer entre os índios⁸².

Com a carestia, conflitos de autoridade e a incerteza dos lucros, a tensão resultava em massacres contra os povos – que não aceitavam de forma passiva, negando-se, com isso, o ideal de Jardim do Éden das terras invadidas. Todo um discurso de inferioridade espiritual e, por consequência, humana espalhava-se pela Península Ibérica e pela Europa. Somados anos e anos de relatos de viagens ora cruéis, ora fantasiosos, isso tudo alimentou o imaginário de jovens europeus em busca de fortuna em terras americanas⁸³.

⁸⁰ Colombo, por leis e costume, era governador das ilhas porque descobridor, como observou Nancy Rubin na biografia de Isabel, a Católica: “... Colombo era governador em virtude de seus descobrimentos, autoridade de que nem sequer Rei e Rainha o podiam despojar.” RUBIN, Nancy. *Isabel, a Católica* (1451 – 1504) a princesa que se tornou rainha do mundo. Tradução de Salvatto Telles de Menezes. Lisboa: Bertrand Editora, 2005, p. 457.

⁸¹ Comentado por Nancy Rubin na biografia da Rainha Isabel, a Católica, que descreve os sucessos de Peralonso Nino na Venezuela e Vicente Pinzón no Amazonas. RUBIN, Nancy. *Isabel, a Católica* (1451 – 1504) a princesa que se tornou rainha do mundo. Tradução de Salvatto Telles de Menezes. Lisboa: Bertrand Editora, 2005, p. 457.

⁸² RUBIN, Nancy. *Isabel, a Católica* (1451 – 1504) a princesa que se tornou rainha do mundo. Tradução de Salvatto Telles de Menezes. Lisboa: Bertrand Editora, 2005, p. 455.

⁸³ Não apenas os jovens e desvalidos. Os reinos também investiam alto nas empresas de travessia e conquista dos mares. Um exemplo disso foi a expedição de Pedro Álvares Cabral: “A expedição de Cabral marcou a mudança de reconhecimento para o comércio e depois para a conquista. Durante os primeiros cinco anos do século XVI, Manuel viria a despachar uma série de frotas superpostas, de tamanho crescente, no total de oitenta navios, para garantir o sucesso de uma luta de vida ou morte pela posição permanente no Oceano Índico. Um enorme esforço nacional, que exigia todos os recursos

O capital não perdoa, e os sistemas de instalação de terras, sua concessão e divisão do trabalho, cada vez mais deixavam os indígenas em situação de angústia e sofrimento. A realeza pia estava distante dos locais nos quais exploradores exerciam mando absoluto, contrariando limites (poucos) legais ou humanitários. Exemplo disso foi o avanço dos espanhóis nas terras mexicanas. Hernán Cortez simboliza muito bem essa relação. Nas palavras de Tzvetan Todorov, Cortez representa apenas um ponto de vista diferente de Colombo quanto aos indígenas: para este, integravam “uma coleção naturalista⁸⁴”; para aquele, ao invés de objetos, eram pessoas de cepa diferente, inferiores, “sujeitos, sim, mas sujeitos reduzidos ao papel de produtores de objetos, de artesãos, ou de malabaristas...⁸⁵”. A chegada de Cortez ao México revelou-se um dos mais nefastos episódios na história da exploração das Américas:

A conquista do México pelo espanhol Hernán Cortez, em 1519, revelou ao mundo a existência na América de civilizações milenares governadas como Estados monárquicos, instaladas em cidades criadas por etnias sucessivas, como astecas e maias, precedidas por olmecas e toltecas, desde o período anterior a Jesus Cristo. Os europeus descobriram então que, além de casas e edifícios diversos, essas civilizações possuíam templos em forma de pirâmides em escada de pedra esculpida, onde, após impressionantes procissões, realizavam cerimônias religiosas ornamentadas com flores e penas coloridas.⁸⁶

Cortez, no México, estabeleceu com o envio de obras produzidas por indígenas um imaginário novo, artístico, sobre os índios. Como destaca Todorov, isso não foi suficiente para que um encontro de povos estabelecesse diálogo, ao contrário:

disponíveis de mão de obra, a construção de navios, provisões materiais e uma visão estratégica para explorar a abertura de oportunidades antes que a Espanha reagisse. No processo, os portugueses surpreenderam tanto a Europa quanto os povos das Índias”. CROWLEY, Roger. *Conquistadores: como Portugal forjou o primeiro império global*. Tradução de Helena Londres. São Paulo: Editora Planeta, 2016, p. 117.

⁸⁴ TODOROV, Tzvetan. *A conquista da América: a questão do outro*. Tradução de Beatriz Perrone-Moisés. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 189.

⁸⁵ TODOROV, Tzvetan. *A conquista da América: a questão do outro*. Tradução de Beatriz Perrone-Moisés. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 189.

⁸⁶ MESGRAIVES, Laima. *História do Brasil colônia*. São Paulo: Contexto, 2017, p. 11.

Cortez interessa-se pela civilização asteca e, ao mesmo tempo, mantém-se completamente estrangeiro a ela. Não é o único: esse é o comportamento de muita gente esclarecida de seu tempo. Albert Dürer admira, desde 1520, as obras dos artesãos indígenas, enviadas por Cortez à corte real; mas não lhe ocorre tentar fazer o mesmo; inclusive as imagens dos índios, desenhadas por Dürer, continuam inteiramente fiéis ao espírito europeu.⁸⁷

O outro continua a ser contemplado como outro, estranho e, apesar das similitudes, uma indiferença paternal é cultivada por todos os espíritos esclarecidos ou ignorantes da época. Todorov arremata com a ideia de que este encontro temporal e espiritual não fora frutífero entre outros fatores: “Os objetos exóticos serão rapidamente trancafiados em coleções, e cobertos de poeira, a arte „índia“ não exerce nenhuma influência sobre a arte europeia do século XVI⁸⁸”.

Em suma, no campo das artes, “os autores espanhóis falam bem dos índios; mas, salvo exceção, nunca falam aos índios⁸⁹”. Haverá época, e pensadores, que falarão tanto aos índios, ainda que com as limitações culturais daqueles tempos, quanto pelos índios – mas isso será matéria do próximo capítulo.

Havia a admiração ao pitoresco, mas era preciso uma narrativa diferente, de sacrifícios, de crueldades, para que a conquista fosse bem sucedida. A opinião pública da época era bem conduzida pelas impressões que os religiosos passavam. O povo da Espanha não deveria se apiedar dos indígenas e, neste caso específico, dos astecas. Em resumo a coisa toda se deu da seguinte forma: deram ênfase aos hábitos de sacrifícios. De fato, “em situações de crise, como guerras e calamidades naturais, esses nativos faziam sacrifícios humanos com jovens sedados, que tinham seu coração arrancado e

⁸⁷ TODOROV, Tzvetan. *A conquista da América: a questão do outro*. Tradução de Beatriz Perrone-Moisés. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 189-190.

⁸⁸ TODOROV, Tzvetan. *A conquista da América: a questão do outro*. Tradução de Beatriz Perrone-Moisés. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 190.

⁸⁹ TODOROV, Tzvetan. *A conquista da América: a questão do outro*. Tradução de Beatriz Perrone-Moisés. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 190.

oferecido aos deuses⁹⁰”. Apenas em relação a isso, já havia justificativa suficiente para Cortez e sua tropa espalharem a barbárie no México.

Por conta disso, havia parte do clero católico que colocava, com uma base agostiniana de raciocínio, o pertencimento dos indígenas à raça humana. “O debate entre adeptos dessa ideia e religiosos que denunciavam os maus-tratos aos indígenas e defendiam os seus direitos humanos, cresceu a partir de 1518.” Era o início da era dos debates, toda esta tingida com o sangue dos nativos das Américas.

2.5 Os primeiros anos do Brasil.

Nas terras portuguesas do Brasil, um desenvolvimento diferente da experiência espanhola ocorria. No plano dos direitos dos índios, houve um primeiro caso, em 1549, seis anos antes do debate de Valladolid, envolvendo a personalidade dos índios e a liberdade com relação à família. Explica Ibsen José Casas Noronha:

Mas a cultura jurídica no Brasil começou a se manifestar logo quando da chegada da primeira missão jesuítica enviada pelo rei D. João III. Tratou-se de um caso de tentativa de regularização da situação de índios catecúmenos, no que diz respeito à vida conjugal. Temos o problema documentado por uma carta dirigida ao Doutor Navarro pelo Pe. Manuel da Nóbrega. Escrita a dez de agosto de 1549, trata a epístola de diversos aspectos da vida no Brasil e dos costumes dos índios.⁹¹

A preocupação era mais de ordem espiritual que mundana. Contudo, o uso da jurisdição do direito canônico, em conformidade às Ordenações do reino, não

⁹⁰ MESGRAIVES, Laima. *História do Brasil colônia*. São Paulo: Contexto, 2017, p. 11.

⁹¹ NORONHA, Ibsen José Casas. *Aspectos do direito no Brasil quinhentista: consonâncias do espiritual e do temporal*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 85 – 86.

diferenciava o tratamento concedido aos índios (na regularização de sua vida) como se fossem lusitanos nativos. Prossegue o autor:

Os autóctones das terras descobertas por Pedro Álvares Cabral eram os índios. O relacionamento dos portugueses com eles deu vida a inúmeras questões de fundo moral e jurídico. Discutira legitimidade do direito dos portugueses à terra que descobriram, a liberdade dos índios e seus direitos relativamente aos que chegavam da Europa ou a sua racionalidade e humanidade, foi uma constante nestes primeiros tempos.⁹²

Ibsen Noronha destaca que da parte de portugueses e índios, houve, nos primeiros contatos, um rompimento de hostilidades. Isso porque, ao contrário do que houve com outros exploradores que chegaram nas terras do Brasil antes do português (caso mais célebre o do navegador Américo Vespúcio), os portugueses conseguiram fazer contato (desde Cabral). Uma troca de gentilezas e aparente reconhecimento do outro. Um dos eventos símbolos para o autor foi a primeira missa, realizada em Corôa Vermelha (atual estado da Bahia):

A missa celebrada no continente do domingo, 1º de maio, foi o culminar destes primeiros encontros. Presentes estavam grandes nomes das navegações: Pedro Álvares Cabral, Bartolomeu Dias e seu irmão Diogo, Gonçalo Coelho, Pero Escobar e Duarte Pacheco. Após dez dias de contatos pacíficos, ali iriam confraternizar com os aborígenes na celebração da missa. Foram cerca de 150 os índios presentes ao acto religioso que congregava os povos europeus ameríndios. Os portugueses então despediram-se das terras descobertas, deixando dois degredados e seguindo para a Índia.⁹³

Com tantas diferenças, a concórdia não era estado geral e, sim, exceção de ânimos. Tanto que Costa Brochado, pesquisador lusitano, encontrou um documento

⁹² NORONHA, Ibsen José Casas. *Aspectos do direito no Brasil quinhentista: consonâncias do espiritual e do temporal*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 108.

⁹³ NORONHA, Ibsen José Casas. *Aspectos do direito no Brasil quinhentista: consonâncias do espiritual e do temporal*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 114.

anônimo, provavelmente datado da época de D. João III (*circa* 1530), no qual se lê uma consulta solicitada provavelmente pelo monarca, preocupado com os ânimos na Colônia – e com o que fazer em caso de os bons relacionamentos entre portugueses e índios não mais fossem amistosos. “A consulta, da qual transcreveremos algumas passagens, gira em torno das condições em que se poderia mover guerra aos infiéis.⁹⁴”

De acordo com o texto a causa de uma guerra justa aos índios seriam duas:

tomar o que nos é tomado e ocupado injustamente, quando o não querem restituir, satisfazer ou recompensar, em casos que se admite satisfação e recompensa, e tomar emenda da ofensa que nos é feita, quando os que a podem e devem emendar não o fazem.⁹⁵

Essa consulta, destacada por Ibsen Noronha, foi feita quinze anos antes dos eventos de Valladolid, antes de Juan Gines de Sepulveda publicar seu *Democrates Segundo* e ainda aos tempos em que Francisco de Vitória estava vivo e lecionando em Salamanca.

Aos tempos do Governo Geral no Brasil, em 1549, havia, por parte de Tomé de Souza e subordinados, a preocupação com armamentos e posições estratégicas, antevendo ataques de tribos. As armas de metal, novidade para os índios do Brasil, representavam uma superioridade tecnológica que não poderia ser dispensada. Sobre isso, Ibsen Noronha escreveu:

outra preocupação do Regimento foi proibir veementemente a venda de armas aos gentios, com pena de morte para o que o fizessem. A severidade da pena salta aos olhos, mas explica-se pelo grande perigo que seria armar povos de cultura guerreira. A hegemonia de armamento bélico era ciosamente guardada pelos portugueses. De resto é assim que até hoje procedem os povos que detêm a supremacia.⁹⁶

⁹⁴ NORONHA, Ibsen José Casas. *Aspectos do direito no Brasil quinhentista: consonâncias do espiritual e do temporal*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 119.

⁹⁵ NORONHA, Ibsen José Casas. *Aspectos do direito no Brasil quinhentista: consonâncias do espiritual e do temporal*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 119.

⁹⁶ NORONHA, Ibsen José Casas. *Aspectos do direito no Brasil quinhentista: consonâncias do espiritual e do temporal*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 133 – 134.

Há um salto de alguns anos para a citação de uma fonte que corrobora a preocupação aludida acima:

Nas Atas da Câmara de São Paulo, registou-se em 19 de junho de 1578, portanto 30 anos depois do Regimento em foco, uma intimação ao único ferreiro da Vila, Bartolomeu Fernandes, para que não ensinasse a índio algum, o seu ofício, pois tal seria grande prejuízo da terra. No mesmo ano, a 3 de setembro, volta a ser referido na Câmara, por ter em casa um índio tupi, chamado Gaspar, a que ensinava a sua arte. É então convidado a dispensar o bugre aprendiz.⁹⁷

Em nome da proteção à Coroa e a seus interesses, a autonomia da vontade, a liberdade de trabalho e o bom relacionamento entre gentios e invasores não resistiria. Estes dois episódios nos oferecem duas interpretações: a primeira seria a de que se dava aos índios o mesmo tratamento (rigor) da lei lusitana. Um ponto de vista mais simpático aos exploradores. Outro, mais realista, tem por juízo que estes episódios descritos confirmam a sanha de exploração por parte dos portugueses de, quando não fosse possível tolher de uma vez, controlar de perto as liberdades dos índios.

CAPÍTULO II - NEOESCOLÁSTICA, HUMANISMO IBÉRICO, E AS NOVAS IDEIAS SOBRE A HUMANDIADE – FRANCISCO DE VITÓRIA, BARTOLOMÉ DE LAS CASAS E O DEBATE DE VALLADOLID.

3.1 Francisco de Vitória e seu pensamento sobre poder e humanidade.

⁹⁷ NORONHA, Ibsen José Casas. *Aspectos do direito no Brasil quinhentista: consonâncias do espiritual e do temporal*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 133 – 134.

O primeiro pensador de destaque no período das invasões foi Francisco de Vitória⁹⁸. Religioso de sólida formação tomou para si um espírito questionador da natureza das coisas e das pessoas, como intelectual de formação tomista. Nascido provavelmente em 1486, desde cedo foi abraçado ao hábito religioso dominicano e, da Espanha, “foi à Paris, anos mais tarde, continuar seus estudos ao famoso colégio Sain-Jacques, onde encontra seus mestres *Crockaert* e *Fenarius*. Em Paris debuta como professor de teologia⁹⁹”. Esta é uma parte resumida, como introdução, de sua trajetória.

Respeitado como professor e como homem de fé, era dotado de uma crença e uma lógica incontestáveis. Por isso, é considerado até hoje um dos grandes expoentes entre os professores e autores da chamada Neoescolástica, movimento de pensadores Ibéricos que tiveram suas existências e obras intrinsecamente ligadas à expansão territorial luso-espanhola¹⁰⁰.

Um dos destaques ao pensamento de Vitória era a questão a ser considerada nas ações da Coroa Espanhola através das rotas marítimas. Foi defensor da tese de que estas rotas deveriam ser guardadas pelos reinos que as tivessem descoberto. Tratava que o mar deveria ser fechado (*mare clausum*) sem com que outros reinos singrassem as mesmas latitudes e milhas náuticas – exceto em caso de permissão. Sua preocupação em levantar tal tese, contestada em sua época de vida e além, colocou-o há muito no

⁹⁸ Nascido Francisco de Arcaya y Compludo, em Vitória (daí seu nome). CANTARELLI, Margarida. Francisco de Vitória, a Doutrina Colonial para o Novo Mundo. In BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (Coord). *História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 163.

⁹⁹ SERRA, Antonio Truyol. *Les principies du droit public chez Francisco de Vitoria*. Madrid: Ediciones cultura hispanica, 1946, p. 11. Tradução Nossa.

¹⁰⁰ Outros pensadores neoescolásticos são destacados por António dos Santos Justo: Francisco de Molina, Serafim de Freitas, Jerónimo Osório e o próprio Vitória. SANTOS JUSTO, António. *Nótulas de história do pensamento jurídico*. Coimbra: Coimbra editora, 2005, p. 40. Vitória “ensinou, posteriormente, no Colégio de São Gregório de Valladolid e, de 1526 até sua morte, em 1546, exerceu a cátedra de *Prima Theologia*, da Universidade de Salamanca. CANTARELLI, Margarida. Francisco de Vitória, a Doutrina Colonial para o Novo Mundo. In BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (Coord). *História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 163.

posto de um dos primeiros autores de direito internacional (pouco mais de cem anos antes de Hugo Grócio)¹⁰¹.

Homem pio e de leituras, via a sacralidade da alma humana em todos os povos, “é considerado o maior renovador da teologia na Espanha do século XVI, dando também importante contribuição no campo do direito.¹⁰²” Mesmo aos infiéis (no caso assim entendidos como sarracenos, islamitas, habitantes do norte da África e do Oriente Médio), lecionava que o direito natural lhes atendia – em sua liberdade e em sua propriedade e que por isso mesmo, o direito dos reinos não lhes deveria fazer oposição.

¹⁰¹ Ao contrário do que se crê, o adversário de Grócio em debates não será Francisco de Vitória, mas, sim, o português Serafim de Freitas. Os portugueses dão destaque sobre as obras de Grócio e de Freitas como antagonicas nas questões do mar aberto. Ao que conta apenas como finalidade enciclopédica destacar: “Grócio defende o princípio da liberdade marítima” de acordo com Camilo Barcia Trelles. TRELLES, Camilo Barcia. Fray Serafin de Freitas y el problema de la libertad oceánica. *Boletim da Faculdade de Direito*. v. 22. pp. 67 – 91. Coimbra: Coimbra Editora, 1946, p. 73. Tradução Nossa. Interessante notar que Serafim de Freitas não apenas se opôs ao mar aberto, ou livre, mas despreza a Grócio, chamando-o de „aquele jovem escritor holandês“, de acordo com Camilo Trelles. Fray Serafin de Freitas y el problema de la libertad oceánica. *Boletim da Faculdade de Direito*. v. 22. pp. 67 – 91. Coimbra: Coimbra Editora, 1946, p. 77. Tradução Nossa. Como canonista e frei, Serafim de Freitas atribuía a jurisdição do mar a Roma, ao Papa. O que traria consequências nas posições de Francisco de Vitória, já falecido, sobre o Poder apenas espiritual do Papa – sobre o mar, os índios, os infiéis, o Novo Mundo, os reis, enfim, tudo. Para ele o mar era “*res communis* e não *res publica*, como o rio [...] Resta, é certo, explicar como é que sendo mar *res communis*, o Estado podia fazer tais concessões, mas ainda nesta parte Serafim de Freitas apresentou a verdadeira solução, sustentando que o mar estava sob o *imperium* ou soberania de Roma – ou, segundo as suas palavras, conformes à terminologia do tempo, que era de Roma. MERÊA, Manuel Paulo. Um aspecto da questão Hugo Grocio – Serafim de Freitas. *Boletim da Faculdade de Direito*. n. 19. Ano II. pp. 465 – 470. Coimbra. Editora da Universidade, 1916, p. 469. Ao mesmo tema, António Manuel Hespanha destaca o nome das obras dos dois pensadores: Grocio com seu tratado sobre a guerra e a paz “considerado o precursor da ciência do direito internacional público e, em Portugal e Espanha, pela sua defesa do princípio da liberdade dos mares na sua obra *Mare liberum* (1609), combatida pelo português Serafim de Freitas, *De justo império asiático lusitanorum*, 1625.” HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. 3. ed. Lisboa: Publicações Europa-América, LDA, 2003, p. 190. Os argumentos de Serafim de Freitas se resumem bem numa citação de seu *De justo império lusitanorum asiático* (1625) que diz: “Ainda que, pelo direito das gentes, o comércio com quaisquer povos seja comum a todos, isso assim se deve entender antes de o comércio ser ocupado por outro príncipe e de se tornar propriedade sua, por quaisquer justas causas, como as que coincidiram no referido comércio e exploração dos Portugueses, os quais, sendo os primeiros a abrir e tornar navegável o Oceano Etiópico até os Índios, com muito derramamento de sangue, quase infinitas despesas, extremos trabalhos e perdas, também pelo direito das gentes puderam, à semelhança dos primeiros habitantes da terra... apropriar-se daquele direito e proibi-lo aos estrangeiros, em termos equivalentes àqueles outros povos, por sentença dos Sumos Pontífices, o poderiam adquirir primeiro.” FREITAS, Serafim de *apud* MARTÍNEZ, Soares. *Textos de filosofia do direito*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 94.

¹⁰²CANTARELLI, Margarida. Francisco de Vitória, a Doutrina Colonial para o Novo Mundo. In BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (Coord). *História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 163.

Opinião forte, e como prova de sua força dentro dos corredores de mosteiros, conventos e Universidades, jamais foi importunado pelo Santo Ofício nos tempos em que lecionou – tanto em Paris como em Salamanca¹⁰³.

Criticado e combatido, sim; caçado, jamais, mesmo apresentando defesas quanto a posições impopulares aos interesses de alas religiosas ou da corte espanhola, como no caso da bula *Inter Coetera* (1493), do Papa Alexandre VI, na qual se entregava o poder sobre as Américas aos seus descobridores – dando limites geopolíticos ao Novo Mundo¹⁰⁴. Essa bula, de grande valor para a posse das terras e envolta numa bruma de polêmicas, era tida como mais um instrumento de garantia jurídica e política para a presença do catolicismo nas „índias ocidentais“:

Temos, antes de mais, a questão do título jurídico da conquista. Nascida da descoberta de Colombo e das audazes e ferozes operações militares de Cortés e dos outros capitães da época, tornada irrefreável pela perspectiva do ouro que a coroa espanhola cobiçava para poder cobrir as ingentes despesas militares (e que, no final, se revelou funesto), a conquista territorial das ilhas e do novo continente “indiano” foi, em um primeiro tempo, legalmente justificada pela aderência a algumas bulas pontifícias de Alexandre VI. Elas garantiam a Isabel e a Ferdinando, por parte da Santa Sé e na ótica de uma

¹⁰³ Ao contrário, como destacou Justus M. Van Der Kroef: “Vitória é lembrado como fundador da escola espanhola de direito internacional e em suas aulas em Salamanca, „impiedosamente atacava a política e administração da Espanha nos recém-descobertos territórios da América, que foram tão importantes quanto as denúncias de Bartolomé de Las Casas, o humanista defensor dos índios.” KROEF, Justus M. Van Der. *The nature of colonial policy. The catholic historical review.* v. 35. n. 4 pp. 129 – 162. Washington: The Catholic University of America Press, 1950, p. 130. Tradução Nossa.

¹⁰⁴ Em verdade, Vitória e seus contemporâneos cresceram em meio a um torvelinho de eventos transformadores da humanidade de grande complexidade. Uma era, no uso livre de exageros do termo, que pode ser sentido nas palavras de Fábio Konder Comparato: “O trabalho de desconstrução do mundo antigo, iniciado como advento do período axial, e do qual foram indicadas as principais etapas da primeira parte deste livro, dá nascimento, ao final da Idade Média europeia, a uma nova era histórica, cujas características essenciais representam a negação do velho mundo. Abandonam-se, progressivamente, a religião e a sabedoria tradicional como princípios da vida ética. Os homens voltam as costas ao passado e enfrentam, com crescente confiança de êxito, os desafios do futuro. O indivíduo adquire, pela primeira vez, uma autonomia da vida que sempre lhe foi negada. Com a aceleração do ritmo de acumulação do conhecimento científico e do saber tecnológico, a humanidade se firma, orgulhosamente, como „senhora e possuidora da natureza“”. COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno.* 3.ed. São Paulo: Cia. Das Letras, 2016, p. 157.

promoção da fé cristã, os novos domínios, com base no poder dos papas, não apenas na ordem espiritual e religiosa, mas também na ordem temporal, segundo uma das doutrinas de ascendência medieval. O papel político da Santa Sé na conquista das terras da América do Sul também se manifestou no estabelecimento das fronteiras entre possessões espanholas e possessões portuguesas, fixado em 1493 e confirmado no ano seguinte pelo tratado de Tordesilhas¹⁰⁵.

O respaldo jurídico de influência internacional havia, portanto, tanto no campo espiritual como no campo político profano. Na interpretação de Vitória, o conteúdo do documento dava ao Pontífice e a Roma somente o poder espiritual sobre os colonos e habitantes do Novo Mundo – jamais o poder temporal¹⁰⁶:

O Papa não tem poder temporal algum sobre os bárbaros, nem sobre os demais infiéis; não tem poder espiritual algum sobre os infiéis, logo, tampouco temporal; se os bárbaros negam esse domínio ao Papa, não é razão para lhes promover guerra; se os bárbaros não têm dever de obediência a Cristo, também não têm este dever ao Papa¹⁰⁷.

Apenas para se destacar outro lado da mesma questão, para Juan de Palácios Rubios, “o Papa tinha domínio universal como vigário de Cristo em termos espirituais e temporais e, assim, podia atribuir as novas terras à Espanha”, num pensamento oposto ao de Vitória¹⁰⁸. Mesmo assim, como promotor da fé cristã, o Papa teria interesse na paz. Assim, se houvesse disputa entre reis, ou entre líderes, em nome da manutenção ou

¹⁰⁵ SCHIOPPA, Antonio Padoa. *História do Direito na Europa*. Tradução de Macros Marcionilo e Silvanan Cobucci Leite. WMF São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 178.

¹⁰⁶ De acordo com Camilo Barcia Trelles, para Vitória, “o papa não seria senhor temporal do mundo, nem do direito e o direito do papa estava apenas em apascentar as ovelhas como nos Evangelhos”. TRELLES, Camilo Barcia. *Francisco de Vitoria fundador del derecho internacional moderno*. Valladolid: Talleres Tipográficos „Cuesta”, 1928, p. 52. Tradução Nossa.

¹⁰⁷ TRELLES, Camilo Barcia. *Francisco de Vitoria fundador del derecho internacional moderno*. Valladolid: Talleres Tipográficos „Cuesta”, 1928, p. 51. Tradução Nossa.

¹⁰⁸ SCHWARTZ, Stuart B. *Cada um na sua lei: tolerância religiosa e salvação no mundo atlântico ibérico*. Tradução de Denise Bottman. São Paulo: Cia. Das Letras, 2009, p. 189.

criação de um estado de paz, Sua Santidade poderia contar com uma autoridade de agir, ponderar, mediar ou tomar partido¹⁰⁹.

A visão diferenciada nas aulas e cartas de Vitória se revelava também em assuntos como a essência da vida humana, o sentido de sua existência, o alcance de sua liberdade (como no direito à vida, à liberdade de crença e, claro, numa das questões mais fortes sobre a natureza humana: a conversão¹¹⁰). Para Vitória, a conversão e a fé eram questões inerentes à liberdade humana – cristã ou não, e a gentileza e, o que hoje se conhece por empatia, no entendimento das gentes -, deveria ser praticado por todos os povos numa manifestação natural, pois “Todo animal ama a seu semelhante. Logo parece que a amizade entre os homens é de direito natural e que é contra a natureza atrapalhar o comércio e a comunicação entre homens que não causam dano qualquer¹¹¹.” Ainda sobre essa dimensão da conversão dos infiéis, Vitória lançava seu entendimento à compreensão tomista do caso:

Em primeiro lugar, a respeito dos infiéis súditos de países cristãos, há que se examinar se o direito divino impede que sejam obrigados a juntar-se à fé cristã. Pois desde logo o direito canônico a isso impede, como se observa no incidente reprovável do rei Sisebuto. O homem deve se chegar à crença cristã apenas movido pelo seu desejo,

¹⁰⁹ O comentário de Justus Van Der Kroef, breve e preciso, resume a interferência papal nas palavras de Vitória: “O Papa possui autoridade para acalmar disputas entre líderes temporais porque isto é feito no melhor interesse do bem-estar espiritual da humanidade.” KROEF, Justus M. Van Der. *The nature of colonial policy. The catholic historical review*. v. 35. n. 4 pp. 129 – 162. Washington: The Catholic University of America Press, 1950, p. 147. Tradução Nossa.

¹¹⁰ É hábito entre escritores colocar expressões como “Vitória escreveu”, mas em realidade Francisco de Vitória não deixou escritos publicados em sua vida. A observação é trazida por Margarida Cantarelli e, por prevenção, é de bom tom repetir: “Nada publicou em vida, só após sua morte é que surgiram os seus escritos sobre teologia e também as suas *Relecciones*, que marcaram o direito das gentes e o direito público em geral.” CANTARELLI, Margarida. Francisco de Vitória, a Doutrina Colonial para o Novo Mundo. In BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (Coord). *História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 163. Todas as publicações da lavra de Francisco de Vitória são fruto de cartas e anotações de aulas, sumamente as dadas em seu período final de vida, em Salamanca.

¹¹¹ VITÓRIA, Francisco de. *Relectio de indis*. Tradução de L. Pereña e J. M. Perez Prendes. Madri: Consejo superior de investigaciones científicas, 1967, p. 79. Da mesma forma, destacado pro José Reinaldo de Lima Lopes, Vitória discorreu sobre o direito natural dos homens à comunicação – entre espanhóis e todos os povos. LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. 4. ed. São Paulo: Atlas, p. 172.

como disse São Paulo, „O Senhor Deus ama a quem se entrega generosa e desejosamente.” Ademais, não se vê razão alguma que incite o direito humano a proibir a ausência de fé religiosa¹¹².

Da mesma forma que os espanhóis deveriam ver o humano nos indígenas e respeitá-los, estes deveriam, também, demonstrar cortesia com os direitos naturais de cristãos – como no caso de europeus entrarem em seus territórios, praticarem comércio e atividades, de forma pacífica e ordeira, pois “Eles admitem a outros bárbaros de qualquer que seja. Logo fariam injustiça aos espanhóis em não admiti-los¹¹³”. Em suma: os mesmos direitos de liberdade e circulação que teriam os índios, deveriam também ter os espanhóis, no território das Américas. Ao que completava seu pensamento:

Os espanhóis são próximos aos bárbaros, segundo resulta a parábola do bom samaritano no Evangelho de São Lucas. Pois bem, têm eles a obrigação de amar a seus próximos como a si mesmos. Não se poderá proibir aos espanhóis o acesso à sua pátria. Como diz Santo Agostinho; quando se diz amarás ao teu próximo, é evidente que são próximos todos os homens¹¹⁴.

Mesmos homens, mesmas liberdades e mesmos direitos. Como personagem de seu tempo, leu a vários relatos de viagens sobre o chamado Novo Mundo, e por isso mesmo, casou bem suas reflexões com a ideia de humanidade ao ideal dos habitantes originários das Américas. Com isso, a questão humana, e da liberdade, encontrou em Vitória o primeiro grande defensor dentro do reino da Espanha. Uma evidência disso é que seus escritos lançaram algumas luzes sobre tolerância aos costumes (desde que não

¹¹² VITÓRIA, Francisco de. *Relectio de indis*. Tradução de L. Pereña e J. M. Perez Prendes. Madri: Consejo superior de investigaciones científicas, 1967, p. 119. Tradução Nossa.

¹¹³ VITÓRIA, Francisco de. *Relectio de indis*. Tradução de L. Pereña e J. M. Perez Prendes. Madri: Consejo superior de investigaciones científicas, 1967, p. 79-80. Tradução Nossa.

¹¹⁴ VITÓRIA, Francisco de. *Relectio de indis*. Tradução de L. Pereña e J. M. Perez Prendes. Madri: Consejo superior de investigaciones científicas, 1967, p. 80. Tradução Nossa.

fosse torpes, numa visão colonialista cristã)¹¹⁵ e ao direito natural. A respeito do entendimento de direito natural para Vitória seguem suas palavras:

por direito natural são comuns a todos o ar, a água corrente e o mar, os rios e os portos; e por direito das gentes podem as embarcações atracar nestes segundo as Instituições, e pela mesma razão as ruas públicas. Portanto seu uso não pode ser vedado a ninguém. Daí se conclui que os bárbaros cometeriam uma injustiça contra os espanhóis, se lhes proibissem entrar em seus territórios¹¹⁶.

O direito natural proibiria comportamentos considerados torpes (especialmente todos aqueles contrários à moral cristã). O que era considerado, de forma específica, torpe, é descrito por Solorzano (segundo os passos de Vitória) como:

relações incestuosas dos índios com suas mães, filhas ou irmãs; a sodomia; o antropofagismo; idolatria e outras superstições; ociosidade e nudez; a execução de mulheres e servos com a morte dos chefes das tribos; a embriaguez. A respeito desta última, sobretudo quando pública e sacrílega, tolerável se ocorressem em casa ou nas tavernas¹¹⁷.

À guisa de reforço, em Vitória, a lista de delitos contra o Direito das Gentes era a mesma, mencionando “expressamente: os sacrifícios humanos oferecidos aos ídolos e

¹¹⁵ Há uma correspondência de 1555 de Solórzano dirigida aos chefes indígenas de Vera Paz, que, consoante ao pensamento de Vitória estabelece que os indígenas deveriam apenas “desapegar de costumes torpes. Os demais poderiam ser mantidos”. ANZOATEGUI, Victor Tau. Elementos consuetudinários em la política indiana de Solorzano. *Revista de historia del derecho*. n. 15. pp. 469 -502. Buenos Aires: Instituto de investigaciones de historia del derecho, 1987, p.493. Tradução Nossa.

¹¹⁶ VITÓRIA, Francisco de. *Relectio de indis*. Tradução de L. Pereña e J. M. Perez Prendes. Madri: Consejo superior de investigaciones científicas, 1967, p. 79. Tradução Nossa.

¹¹⁷ ANZOATEGUI, Victor Tau. Elementos consuetudinários em la política indiana de Solorzano. *Revista de historia del derecho*. n. 15. pp. 469 -502. Buenos Aires: Instituto de investigaciones de historia del derecho, 1987, p. 493. Tradução Nossa.

a antropofagia; entre os vícios *contra naturam*, enumera o incesto, a sodomia, a bestialidade e o comércio carnal com crianças.¹¹⁸”

Se havia tolerância, isso se devia ao fato de que, em 1555, os índios ainda eram vistos como semibárbaros “mal separados de seus costumes e superstições antigas¹¹⁹”. Todavia, o interesse de acesso aos territórios conquistados e a serem conquistados preocupava os pensadores da época, mesmo os melhor intencionados, como Vitória, o que o fazia ponderar sobre as viagens e expedições de forma positiva:

Pois se é lícito aos espanhóis viajar por aquelas regiões, assim o seria por direito natural, por direito divino ou por direito humano. Por direito natural e divino é certo que lhe é permitido. Sim houvera alguma lei humana que sem casa própria proibisse o que permite o direito natural e divino, seria inumana e irracional e, por consequência, não teria força de lei¹²⁰.

Vitória não se esquece de que o propósito dos cristãos é anunciar a boa nova; logo, é direito de todos os cristãos atravessarem terras, pregar sua fé – até porque Vitória era cristão, europeu, e não poderia negar isso em seu pensamento, por mais avançado que demonstrasse ou lecionasse. Mesmo assim, não colocava o direito de pregar o evangelho como autorização para qualquer cristão usar de violência aos indígenas – o que era muito para sua época¹²¹. Ampliando as dimensões de identidade e igualdade entre indígenas e europeus, também se ocupou a defender o comércio entre os povos, ao que colocava:

¹¹⁸ CANTARELLI, Margarida. Francisco de Vitória, a Doutrina Colonial para o Novo Mundo. In BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (Coord). *História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 170.

¹¹⁹ ANZOATEGUI, Victor Tau. Elementos consuetudinários em la política indiana de Solorzano. *Revista de historia del derecho*. n. 15. pp. 469 -502. Buenos Aires: Instituto de investigaciones de historia del derecho, 1987, p. 493. Tradução Nossa.

¹²⁰ VITÓRIA, Francisco de. *Relectio de indis*. Tradução de L. Pereña e J. M. Perez Prendes. Madri: Consejo superior de investigaciones científicas, 1967, p. 80. Tradução Nossa.

¹²¹ CANTARELLI, Margarida. Francisco de Vitória, a Doutrina Colonial para o Novo Mundo. In BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (Coord). *História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 169.

É lícito aos espanhóis comercializar com os bárbaros, sem prejuízo de sua pátria, importando mercadorias das quais carecem, seja exportando ouro, prata e outras coisas em que eles abundam; nem os príncipes índios podem impedir a seus súditos que façam comércio com os espanhóis, nem, pelo contrário, aos espanhóis comerciar com os índios.¹²²

Sua lógica se baseava no direito das gentes – numa reciprocidade que deveria existir, naturalmente, entre povos, em termos de cooperação, e na qual o discurso de Vitória apelava até para máxima de T. Macci Plauto “*Lupus est homo homini, non homo, quom qualis sit non novit.*”, traduzido pelo próprio Vitória como “não é o homem um lobo para o homem, senão um homem¹²³”. Em resumo, o conjunto de seu pensamento pode ser condensado da seguinte forma: a) há uma separação de poder temporal e espiritual, os limites se aplicam ao papa, aos reis e aos fiéis e infiéis da cristandade; b) há direitos naturais inerentes a todos: a vida, a liberdade (de ir e vir em paz entre territórios), a propriedade (preservada em tempos de guerra ou de paz não importando os contendores) e a fé (desde que respeitados limites naturais contrários a degenerações de comportamentos numa ótica cristã e tomista); c) há um parâmetro para determinar a justiça de uma guerra (assunto a ser tratado na próxima seção).

A vida de Francisco de Vitória e de sua obra transitou entre o sagrado e o humano, num diálogo sobre poder, autoridade e benefício da humanidade, além de uma busca de reconhecimento dos seres humanos com direitos universais, dentro de uma concepção e de definições cristãs. Se hoje estes conceitos parecem ultrapassados, à sua época foram importantes e, com efeitos ora satisfatórios, ora nem tanto, aplicados ao direito.

¹²² VITÓRIA, Francisco de. *Relectio de indis*. Tradução de L. Pereña e J. M. Perez Prendes. Madri: Consejo superior de investigaciones científicas, 1967, p. 80. Tradução Nossa.

¹²³ VITÓRIA, Francisco de. *Relectio de indis*. Tradução de L. Pereña e J. M. Perez Prendes. Madri: Consejo superior de investigaciones científicas, 1967, p. 81. Tradução Nossa.

3.2 A questão da Guerra justa (dos e aos índios) em Francisco de Vitória

Em *Relectio de indis*, conjunto de aulas e reflexões reunidas a posteriori em que versa sobre os direitos dos indígenas das Américas, Vitória estribou seu pensamento sobre o princípio da Guerra Justa: que a toda agressão sofrida cabe uma resposta de defesa. Que os territórios das Américas pertencem aos indígenas, e que, portanto, espanhóis e portugueses, em alguns casos, eram, sim, invasores, logo, deveriam esperar contra-ataques, haja vista que os indígenas eram homens livres, filhos de um mesmo Criador, e que, por fim, gozariam da mesma razão e liberdade para se autogovernarem em suas terras. Conforme questionou: “Esses bárbaros, antes da chegada dos espanhóis, eram verdadeiros donos publicamente e de modo privado? Isto é: eram donos legítimos de seus bens e propriedades particulares e havia entre eles quem fosse verdadeiro príncipe e senhor dos demais?”¹²⁴.

Vitória questionou a submissão dos habitantes das terras conquistadas à Coroa Espanhola. Essa mesma Coroa e suas leis deveriam guardar os interesses desses novos súditos – protegendo-os com esperança de uma mudança cultural – no caso, a conversão pacífica ao cristianismo. Com isso, desprezava qualquer intento mais enérgico, violento, de violação da vontade por parte dos conquistadores – para ele, agressores – embora admitisse que, entre os indígenas, haveria exploração da qual a jurisdição do reino da Espanha deveriam exercer seu poder e proteção aos inocentes.

Embora tenha afirmado que as violações ao Direito das Gentes e a prática de crimes contra *naturam* não justificam a ocupação dos territórios índios, agora retoma o assunto para mostrar que a tirania dos chefes bárbaros ou a vigência de leis tirânicas em prejuízo dos inocentes podem

¹²⁴ VITÓRIA, Francisco de. *Relectio de indis*. Tradução de L. Pereña e J. M. Perez Prendes. Madri: Consejo superior de investigaciones científicas, 1967, p. 13. Tradução Nossa.

legitimar a atuação colonial, inclusive a intervenção bélica¹²⁵.

Nota-se, claro, uma postura prudente, haja vista que o discurso de Vitória nunca faz ataque aos Reis de Espanha, mas proferiu palavras contra contratadores, navegadores, exploradores, fazendeiros e, até mesmo, religiosos que compactuavam e atuavam de forma violenta nas terras espanholas. “Todo domínio provém da autoridade divina pois Deus é o Criador de todas as coisas e ninguém pode ter domínio, se não aquele a quem Ele conceder. E é inconcebível que Ele outorgue poder a quem O desobedece.¹²⁶”, escreveu.

O poder do soberano, fiel ou não, não deveria influenciar a fé de seus súditos, contudo certa seria a influência na vida dos súditos pela moral da crença adotada nas leis a serem editadas:

Se um príncipe bárbaro se fizesse cristão, poderia dar leis convenientes não apenas de acordo com o direito natural, mas também com o Evangelho, e obrigar a seus súditos que as cumpram. Não digo que possa obrigar aos outros a abraçar sua fé ou a receber o batismo, mas obedecer a preceitos postos (na lei) que possam ter sido revelados pelo Evangelho, mesmo que não se provem pelo direito natural como o mal da usura, ou da fornicação, a mentira e outras coisas. Igualmente pode obrigar a escutar a doutrina cristã e a abandonar por completo a seus ritos e superstições, incluindo-se aquelas que não fossem contrárias ao direito natural, como seria suprimir toda espécie de sacrifícios, e obrigar a dar culto ao Deus verdadeiro¹²⁷.

¹²⁵CANTARELLI, Margarida. Francisco de Vitória, a Doutrina Colonial para o Novo Mundo. In BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (Coord). *História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 172.

¹²⁶ VITÓRIA, Francisco de. *Relectio de indis*. Tradução de L. Pereña e J. M. Perez Prendes. Madri: Consejo superior de investigaciones científicas, 1967, p. 16. Tradução Nossa.

¹²⁷ VITÓRIA, Francisco de. *Relectio de indis*. Tradução de L. Pereña e J. M. Perez Prendes. Madri: Consejo superior de investigaciones científicas, 1967, p. 105. Tradução Nossa.

Com isso, Vitória cria ser possível uma ponderação de conversão na qual, aos poucos, com exemplos e leis, os indígenas das Américas abandonariam costumes tradicionais e hábitos milenares, tais como a antropofagia, pelo prevalecimento do direito natural, verdadeiramente revelado dentro da cosmogonia cristã. Não seria pela guerra, pelo uso da força que conversões a um Deus verdadeiro se cumpririam – e a justiça de uma guerra não estava na ideia reducionista de que o fato de ser cristão daria direito a praticar guerra contra demais povos.

É evidente, porque a justiça da guerra não se fundamenta em que os inimigos sejam infiéis, com dito mais acima encontrado em São Tomás. Do que segue que, assim como um príncipe cristão faz guerra justa a outro príncipe cristão tem por isto direito a despojá-lo de seu reino, assim tampouco no caso presente é lícito na guerra contra os bárbaros despojar-lhes sem mais de seus domínios e de seus bens¹²⁸.

Mesmo com a guerra, a propriedade deveria ser, dentro de medidas, respeitada. O direito não seria suspenso ou eclipsado por um estado de guerra – ainda que justa ou contra infiéis da cristandade, tanto no velho quanto no Novo Mundo. Ademais, seja por guerra, conquista ou ocupação, a vida dos nativos não deveria ser pior que a de qualquer outro habitante da terra invasora, ao que Vitória ponderou:

Por mais que seja legítima a soberania obtida por um príncipe cristão aos pagãos, não se pode agravar-lhes a situação mais do que aos súditos cristãos, impondo-lhes tributos mais altos, caçando-lhes a liberdade, ou com quaisquer outras opressões. Isto é evidente, pois por motivos de infidelidade não tem maior poder sobre eles, que sobre os que sejam cristãos¹²⁹.

¹²⁸ VITÓRIA, Francisco de. *Relectio de indis*. Tradução de L. Pereña e J. M. Perez Prendes. Madri: Consejo superior de investigaciones científicas, 1967, p. 112. Tradução Nossa.

¹²⁹ VITÓRIA, Francisco de. *Relectio de indis*. Tradução de L. Pereña e J. M. Perez Prendes. Madri: Consejo superior de investigaciones científicas, 1967, p. 112. Tradução Nossa.

Vitória prega uma igualdade e uma liberdade aos nativos do Novo Mundo que poderia ser fruída também nos negócios monetários:

Se servir aos bárbaros cunhar moeda, faz mal o rei que não o permite ou o proíbe. Isto é claro pois impede o bem da república. E, em geral, as medidas que o rei deve tomar para benefício de sua pátria, devem essas mesmas serem aplicadas a favor dos bárbaros que governa, mesmo que não desfrutem dos benefícios por ignorância ou por qualquer outra causa. E tudo o que está obrigado a realizar o príncipe cristão que é natural do país, incluindo o eleito pelo povo, sendo os súditos cristãos, deve também fazê-lo príncipe cristão estrangeiro¹³⁰.

Por gozar de respeito e ser fiel à Coroa, Vitória foi designado, no ano de 1545 por Carlos V, a integrar a delegação espanhola no Concílio de Trento; assim seu trabalho de contestar e repensar o humano e o poder por meio das questões indianistas se quedou interrompido. Fora isso, era atacado constantemente por defensores de uma política verdadeiramente espanhola com total desassistência aos indígenas. Eram “homens que podiam ver minas de ouro e prata lucrativas no Novo Mundo secarem por conta da influência do pensamento de Vitória e de sua disseminação¹³¹”.

Isso não freou a influência do pensamento de Vitória na elaboração e interpretação de leis favoráveis aos habitantes nativos das colônias estabelecidas, tampouco serviu de garantia ou vitória humanitária na preservação de todos os povos que foram submetidos à violência de ocupação espanhola e portuguesa¹³².

¹³⁰ VITÓRIA, FRANCISCO DE. *Relectio de indis*. Tradução de L. Pereña e J. M. Perez Prendes. Madri: Consejo superior de investigaciones científicas, 1967, p. 113. Tradução Nossa.

¹³¹ KROEF, Justus M. Van Der. The nature of colonial policy. *The catholic historical review*. v. 35. n. 4 pp. 129 – 162. Washington: The Catholic University of America Press, 1950, p. 143. Tradução Nossa.

¹³² Ao contrário, sua doutrina é “merecedora de toda reverência, tanto por representar a primeira declaração doutrinária em defesa dos direitos dos povos indígenas, como também por tratar, pela primeira vez e de maneira conjunta, alguns problemas capitais do direito internacional moderno. Vários pontos ainda hoje candentes no Direito Internacional receberam uma proposição precursora na obra de Vitória.” CANTARELLI, Margarida. Francisco de Vitória, a Doutrina Colonial para o Novo Mundo. *In*

Em fechamento, Francisco Vitória em seu tempo, trouxe um novo conceito de humano – de graça e direitos, espiritual e temporal. Pensou o poder papal e o poder real, fiel ou infiel, com lógica própria que atravessaram o pensamento dos mosteiros e ganharam tons de secularidade. Como Rafael Ruiz Gonzalez concluiu:

Até aquele momento histórico, a sociedade achava-se dominada por uma visão excessivamente fechada dentro dos moldes rígidos da organização social medieval. Mesmo em plena Idade Moderna, juristas como (*sic*) John Mir sustentavam a tese aristotélica de que alguns homens nascem escravos por natureza, confirmando, portanto, que a mentalidade medieval persistiria ainda por muito tempo; porém, o mesmo não se deu com Vitória, conseguindo uma verdadeira „revolução copernicana“ no mundo jurídico hispânico. O conceito de homem e o conceito de liberdade passam a estar unidos de forma indissolúvel¹³³.

No Brasil, colônia de Portugal, cuja ocupação ainda estava em estado de precariedade (no início do século XVI), consta a observação de Frei Vicente Salvador, autor de um dos primeiros livros de história do território:

Não sei eu com que justiça e razão homens cristãos, que professam guardá-la [a fé cristã], quiseram aqui que pagasse o justo pelo pecador, trazendo cativo o gentio que não lhes havia feito mal algum nem lhes constava que tivessem feito aos vencedores injustiça, deixando em sua liberdade os rebeldes e homicidas que lhes haviam feito tanta guerra e traições¹³⁴.

BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (Coord). *História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 173.

¹³³ GONZALEZ, Rafael Ruiz. GONZALEZ, Rafael Ruiz. *Francisco de Vitória e a liberdade dos índios americanos: a difícil implantação dos direitos humanos na América espanhola*. Dissertação de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo sob a orientação do Prof. Dr. Guido Fernando Silva Soares. 230p. São Paulo: USP Universidade de São Paulo. Biblioteca de direito internacional, 1991, p. 105.

¹³⁴ SALVADOR, Frei Vicente do. *apud* LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 173.

Haverá debate e denúncias também nas terras do Brasil. O que não se pode alegar é que aos tempos dos descobrimentos havia, por parte dos colonizadores ou invasores, a ignorância ou ingenuidade da humanidade e dos direitos dos índios.

Uma nota difícil, porém necessária a ser colocada, ainda que se critique com base em pensamento anacrônico e mesmo assim difícil de ser defendida nos dias atuais, é a de que Francisco de Vitória preocupou-se com a escravidão e o genocídio praticado nas Américas; contudo, não levantou em seu tempo, a voz nem deixou registro escrito contra as mesmas crueldades que já haviam sido praticadas dois séculos antes de seu nascimento contra as populações na África.

3.3 As Leis de Burgos, os direitos dos indígenas e o destaque para a personalidade dos índios.

As Leis de Burgos, de 1512, constituíram-se como o primeiro grande corpo de leis com escopo de proteção laboral (e da personalidade) das Américas, tendo por destinatários os índios. Apesar de certa resistência por parte de religiosos e fazendeiros, contratadores e demais europeus ligados às empresas de exploração no Novo Mundo, as leis foram aprovadas e impostas por Fernando de Aragão e sua filha, Joana, a Louca.

Em 1511, no quarto domingo do Advento, último antes do Natal, na igreja matriz da ilha de *Española*, capital da colônia mais importante da Espanha no Novo Mundo naquela época, um frei dominicano, Antonio de Montesinos, pregou um sermão admirável aos conquistadores, colonizadores e funcionários da Coroa. Trovejando do alto do púlpito, Montesinos advertiu que os maus-tratos às populações indígenas e a expropriação de suas terras e posses eram pecados mortais, e que todos os espanhóis que se entregavam a essas práticas indignas estavam condenados à danação eterna. Ele e os demais

frades dominicanos lhes negariam os sacramentos se persistissem naquela conduta¹³⁵.

O escândalo e a retratação vieram de par em par. Mas a denúncia estava feita e providências deveriam ser tomadas – era impossível à Coroa ignorar a carga de suplícios aos indígenas no Novo Mundo. Era necessária, para além das discussões de obediência, poder ou conversão, uma legislação de efeitos práticos contra a exploração humana no trabalho no continente explorado.

As Leis de Burgos são um conjunto de legislações: a primeira, as Ordenações reais para a boa regência e o bom tratamento aos índios, de 27 de dezembro de 1512, e a segunda, a declaração e moderação sobre as Ordenanças, de 28 de julho de 1513. Um conjunto de leis em forma de recomendação, algumas com penas de multa, para proteção dos indígenas e, grosso modo, com reconhecimento de sua igualdade e sua personalidade¹³⁶.

Uma junta reuniu-se por requisição do Rei, na cidade de Burgos, e ali editou leis comportamentais para aplacar as dores de consciência reais sobre os súditos. Fernando, à época, já era viúvo de Isabel, a Católica, e não se permitiu esquecer as preocupações de sua esposa quanto ao bem estar de todos os seus súditos. Como já aventado, Isabel se indispôs com Cristóvão Colombo. Logo, Fernando de Aragão seguindo sua consciência, ordenou que se regulasse de forma definitiva as relações entre espanhóis e indígenas nas terras do Novo Mundo.

Uma nota interessante é a de que a tradição e a lei dos senhores de terras, sua autonomia e sua relação com seus vassallos tinham origem nas instituições romanas, e se

¹³⁵ SCHWARTZ, Stuart B. *Cada um na sua lei: tolerância religiosa e salvação no mundo atlântico ibérico*. Tradução de Denise Bottman. São Paulo: Cia. Das Letras, 2009, p. 187 -188.

¹³⁶ As definições aqui em nota advêm do trabalho de Antonio Pizarro Zelaya em artigo na comemoração dos quinhentos anos das primeiras Leis de Burgos. ZELAYA, Antonio Pizarro. *Leyes de Burgos: 500 años. Diálogos revista electrónica de historia*. v.14 n.1 ISSN 1409-469X San Pedro Fev - Ago. pp. 33-78 2013, p. 33. Disponível em https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-469X2013000100002. Acesso em 10 dez. 2020.

mantiveram com poucas modificações até a baixa idade média¹³⁷. Porém, com o tamanho do território das Américas, coube ao reino da Espanha editar regras que, por conta da distância, foram pouco respeitadas, fazendo, nas possessões do Novo Mundo, os senhores de terras espanhóis se constituírem em senhores medievais em plena modernidade¹³⁸.

A distância e a necessidade de se povoar as Américas fizeram teólogos do século XVI determinarem uma tolerância às uniões que não recebessem sacramentos – dando oportunidade para formação de famílias, cristãs, espanholas, em solo americano¹³⁹.

Anterior a isso, desde a chegada de Colombo, as ilhas já conquistadas pelos espanhóis, em sua maioria, eram tidas como inúteis: não produziam ouro o suficiente – bem como constantes eram as reclamações dos exploradores sobre o comportamento dos indígenas (fato que hoje causa consternação pelo tratamento totalmente desumano na língua, nas ações e nas leis)¹⁴⁰.

¹³⁷ Assim destaca Francisco de Icaza Duour. DUFOUR, Francisco Icaza. Los señores de vasallos em índias. *Revista chilena de historia del derecho*. n. 15. pp. 199 – 204. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1989, p. 199. Tradução Nossa.

¹³⁸ Francisco Dufour cita a Luis Weckman que usou da expressão „el último florecer de la caballería“. DUFOUR, Francisco Icaza. Los señores de vasallos em índias. *Revista chilena de historia del derecho*. n. 15. pp. 199 – 204. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1989, p. 199.

¹³⁹ A cláusula de tolerância *tam copula, quam cohabitatio in foro externo praesumitur affectu maritali habita*. “Quando há cópula e coabitação prolongada de tal maneira que a afirmação contrária deve ser provada.” PEÑALOZA, Roberto I. Peña. Los autores, fuentes del derecho canónico indiano, Anacleto reiffentuel y e *jus canonucum universum*. *Revista chilena de historia del derecho*. n. 14 pp. 71 – 89. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 85. Tradução Nossa.

¹⁴⁰ A afirmação é lógica dentro de uma narrativa colonialista. Entretanto, houve proveito na predação, educação e venda de mão de obra indígena escrava. Como ressalta Esteban Mira Caballos: “Sem dúvidas os próprios descobridores não tardaram a se dar conta de que o principal recurso daquelas ilhas não era a terra, nem o ouro, mas a mão de obra aborígene. Assim, aproveitando-se da quebra da paz por parte dos indígenas os espanhóis começaram um ataque violento sobre os naturais, surgindo em contra partida uma dura resistência – nem sempre de caráter bélico destes últimos. A nova situação se detecta perfeitamente nos relatos dos cronistas nos quais a descrição do índio mudou por completo, de forma que esses seres idílicos „bem-feitos“ de que nos falava o próprio Cristóvão Colombo foram apresentados em pouco tempo de maneira bem diferente, como seres inferiores, viciosos, folgados, ladrões, etc. São qualidades que aparecem reiteradamente tanto nas crônicas como na documentação da época. Os espanhóis, pois, os consideravam finalmente como seres racionais, porém inferiores, sem consciência e conteúdo em seu pensamento.” CABALLOS, Esteban Mira. Aproximación al estudio de una minoria étnica: índios em la España del siglo XVI. *Hispania revista española de historia*. V. 56. 3. set – dez. pp. 944 – 964. Madrid: Servicio de publicaciones del C.S.I.C, 2006, p. 950. Tradução Nossa.

Assim, foi adotada a solução da escravização total dos indígenas. Fato que causou comoção até mesmo no Rei Fernando de Aragão, que se horroriza com o tratamento dado aos índios¹⁴¹. Numa observação mais pontual, Esteban Mira Caballos escreveu que o mercado de escravos indígenas foi além das Leis de Burgos, até os anos trinta do século XVI.

Os índios eram adquiridos nas tradicionais feiras e mercados onde era costume se comprar escravos africanos. Assim, por exemplo, Silvestre de Monslave declarou ter comprado de um português uma índia chamada Felipa na feira de Zafra (Badajoz) onde se vendiam escravos. Sem embargo, havia dois grandes mercados de índios por antonomásia onde castelhanos compravam e vendiam a seus índios, situados em Sevilha e Lisboa. Em relação a Sevilha, podemos dizer que era lógico, tendo-se em conta que era o porto de chegada dos navios do novo Mundo. Desta feita, na década de quarenta devia haver nesta capital mais de duzentos índios escravos¹⁴².

Após os lucros da Coroa, o arrependimento. Assim as leis tratavam de colocar os índios em situação de igualdade como súditos de Sua Majestade, o Rei de Espanha, dando aos indígenas os mesmos direitos à habitação e propriedade que os colonizadores espanhóis. Ademais, ao trabalharem para os espanhóis, nunca mais deveriam sofrer quaisquer formas de sevícias por conta da escravidão.

A Lei 4¹⁴³ (de Burgos) era clara ao ditar que “o trabalho dos índios que derem provas de poder agir e liberdade poderá ser igual ao trabalho dos vassallos livres e,

¹⁴¹ Em 21 de junho de 1511 o Rei reconhecia que a utilização dos índios como animais de carga era desumana e que esta prática deveria parar. ZELAYA, Antonio Pizarto. Leyes de Burgos: 500 años. *Diálogos revista electrónica de historia*. v.14 n.1 ISSN 1409-469X San Pedro Fev - Ago. pp. 33-78 2013, p. 35. Disponível em https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-469X2013000100002. Acesso em 10 dez. 2020.

¹⁴² CABALLOS, Esteban Mira. CABALLOS, Esteban Mira. Aproximación al estudio de una minoria étnica: índios em la España del siglo XVI. *Hispania revista española de historia*. V. 56. 3. set – dez. pp. 944 – 964. Madrid: Servicio de publicaciones del C. S. I. C, 2006, p. 955. Tradução Nossa.

¹⁴³ Nota do autor: as numerações às Leis de Burgos estão em reprodução ao texto de Rafael Ruiz Gonzalez que se encontra citado metodologicamente na nota abaixo.

portanto, prestarão serviço onde quiserem, quando quiserem e sob remuneração¹⁴⁴”. O interessante é que nesta quarta Lei se observava um juízo sobre a condição mental (ou de comportamento) dos indígenas – que deveriam ser julgados por autoridade religiosa ou pelo proprietário da fazenda.

Aqui se encontram, de forma resumida, excertos das Leis de Burgos que apresentaram uma nova disposição de proteção aos índios nas Américas.

Os mencionados maus-tratos aos indígenas eram praticados em todos os campos da vida social, em especial no trabalho: não era apenas a servidão e, ainda que fosse paga, constavam crueldades mesmo em serviços remunerados – caso das cargas. Assim, a Lei 11 estabelecia proibição de se “colocar cargas nas costas dos índios que estão em „encomienda“, exceção feita daqueles que trabalhassem em minas¹⁴⁵”. Caso o trabalho fosse às minas, a Lei 13 protegia aos indígenas usados na busca por ouro e, mais tarde, por prata, estabelecendo que seu trabalho deveria ser realizado durante cinco meses no ano, com quarenta dias de férias registradas em cédula¹⁴⁶.

Às nativas gestantes, havia a garantia de descanso e permanência com o filho havido por três anos de acordo com a Lei 18 – estabelecido desde a percepção da gestação (a partir do quarto mês) a dispensa de trabalhar¹⁴⁷.

¹⁴⁴ GONZALEZ, Rafael Ruiz. *Francisco de Vitória e a liberdade dos índios americanos: a difícil implantação dos direitos humanos na América espanhola*. Dissertação de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paul sob a orientação do Prof. Dr. Guido Fernando Silva Soares. 230p. São Paulo: USP Universidade de São Paulo. Biblioteca de direito internacional, 1991, p. 91.

¹⁴⁵ GONZALEZ, Rafael Ruiz GONZALEZ, Rafael Ruiz. *Francisco de Vitória e a liberdade dos índios americanos: a difícil implantação dos direitos humanos na América espanhola*. Dissertação de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paul sob a orientação do Prof. Dr. Guido Fernando Silva Soares. 230p. São Paulo: USP Universidade de São Paulo. Biblioteca de direito internacional, 1991, p. 88.

¹⁴⁶ GONZALEZ, Rafael Ruiz. *Francisco de Vitória e a liberdade dos índios americanos: a difícil implantação dos direitos humanos na América espanhola*. Dissertação de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paul sob a orientação do Prof. Dr. Guido Fernando Silva Soares. 230p. São Paulo: USP Universidade de São Paulo. Biblioteca de direito internacional, 1991, p. 88.

¹⁴⁷ GONZALEZ, Rafael Ruiz. *Francisco de Vitória e a liberdade dos índios americanos: a difícil implantação dos direitos humanos na América espanhola*. Dissertação de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paul sob a orientação do Prof. Dr. Guido Fernando Silva Soares. 230p. São Paulo: USP Universidade de São Paulo. Biblioteca de direito internacional, 1991, 89.

Em busca de um melhor relacionamento com os indígenas, especialmente com as autoridades com as quais os espanhóis contavam com alguma cooperação, a educação dos infantes encontrou previsão, desde que concedida a religiosos, no caso, franciscanos. O aprendizado não era apenas para a alfabetização, mas também para o catecismo católico com o fito de se gerar novos cristãos no Novo Mundo; assim, “os filhos dos caciques de menos de treze anos ficarão com os franciscanos para aprenderem a ler e escrever juntamente com a doutrina cristã. Passados quatro anos, voltarão aos seus pais e dedicar-se-ão a ensinar aos outros índios¹⁴⁸”.

O trabalho aos menores era vedado, de acordo com a Lei 2, proibindo-se a servidão e trabalhos “de menores de quatorze anos e, a partir dessa idade até atingirem a maioridade, trabalharão ao lado de seus pais¹⁴⁹”. Com isso, famílias não seriam separadas nem tribos desunidas, num apreço ao valor familiar com pensamento cristão.

Quanto aos direitos da personalidade, a Lei 24 proibia insultos e obrigava os espanhóis a se dirigirem aos indígenas por seu nome e sobrenome - o direito ao nome e sua denominação de origem foram garantidos nas Leis de Burgos¹⁵⁰. Além disso, estabelecia-se “multa de cinco pesos de ouro para cada chicotada que for dada a qualquer índio; e, no caso de difamação ou de injúria, a multa será de um peso de

¹⁴⁸ GONZALEZ, Rafael Ruiz. *Francisco de Vitória e a liberdade dos índios americanos: a difícil implantação dos direitos humanos na América espanhola*. Dissertação de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paul sob a orientação do Prof. Dr. Guido Fernando Silva Soares. 230p. São Paulo: USP Universidade de São Paulo. Biblioteca de direito internacional, 1991, p. 88.

¹⁴⁹ GONZALEZ, Rafael Ruiz. *Francisco de Vitória e a liberdade dos índios americanos: a difícil implantação dos direitos humanos na América espanhola*. Dissertação de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paul sob a orientação do Prof. Dr. Guido Fernando Silva Soares. 230p. São Paulo: USP Universidade de São Paulo. Biblioteca de direito internacional, 1991, p. 90. As índias solteiras não deveriam ser separadas de seus pais enquanto não fossem desposadas – permanecendo em família enquanto trabalhassem nas fazendas. GONZALEZ, Rafael Ruiz. *Francisco de Vitória e a liberdade dos índios americanos: a difícil implantação dos direitos humanos na América espanhola*. Dissertação de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paul sob a orientação do Prof. Dr. Guido Fernando Silva Soares. 230p. São Paulo: USP Universidade de São Paulo. Biblioteca de direito internacional, 1991, p. 90. Essa legislação foi fruto de uma alteração, um ano após a publicação das Leis de Burgos.

¹⁵⁰ GONZALEZ, Rafael Ruiz. *Francisco de Vitória e a liberdade dos índios americanos: a difícil implantação dos direitos humanos na América espanhola*. Dissertação de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paul sob a orientação do Prof. Dr. Guido Fernando Silva Soares. 230p. São Paulo: USP Universidade de São Paulo. Biblioteca de direito internacional, 1991, p. 88.

ouro¹⁵¹”. Ou seja, aos indígenas caberia denunciar quem não lhes respeitasse como indivíduos dotados de personalidade e direitos (numa forma da proteção à honra).

Por conclusão desta parte, a Lei 27 colocava os indígenas das Américas como pessoas “humanas e, portanto, livres, e aqueles que forem escravos devem ser tratados¹⁵²” como tais. Os escravizados surgiam da resistência ou do “direito de guerra”, daí, nos dizeres de Rafael Ruiz Gonzalez “a importância de se estabelecer se a conquista espanhola era justa ou não¹⁵³”.

A legislação em espírito trouxe um ideal de igualdade entre indígenas e espanhóis. Entretanto, uma das razões das Leis de Burgos não figurar como uma conquista está no aspecto do respeito tímido à personalidade dos índios; as mesmas leis que libertavam e garantiriam trabalho e dignidade, que definiam sua personalidade, cobravam a conversão - e tão somente isto. A tutela jurídica dos índios não era bem estabelecida, cabendo, em verdade e pela Lei, a responsabilidade dos índios aos espanhóis – nas *encomiendas* o registro de índios nascidos ou falecidos cabia ao fazendeiro ou contratador. A intenção era a de que o reino soubesse se a população indígena crescia ou diminuía com esses registros censitários¹⁵⁴.

¹⁵¹ GONZALEZ, Rafael Ruiz. *Francisco de Vitória e a liberdade dos índios americanos: a difícil implantação dos direitos humanos na América espanhola*. Dissertação de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo sob a orientação do Prof. Dr. Guido Fernando Silva Soares. 230p. São Paulo: USP Universidade de São Paulo. Biblioteca de direito internacional, 1991, p. 89.

¹⁵² GONZALEZ, Rafael Ruiz. *Francisco de Vitória e a liberdade dos índios americanos: a difícil implantação dos direitos humanos na América espanhola*. Dissertação de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo sob a orientação do Prof. Dr. Guido Fernando Silva Soares. 230p. São Paulo: USP Universidade de São Paulo. Biblioteca de direito internacional, 1991, p. 89.

¹⁵³ GONZALEZ, Rafael Ruiz. *Francisco de Vitória e a liberdade dos índios americanos: a difícil implantação dos direitos humanos na América espanhola*. Dissertação de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo sob a orientação do Prof. Dr. Guido Fernando Silva Soares. 230p. São Paulo: USP Universidade de São Paulo. Biblioteca de direito internacional, 1991, p. 89.

¹⁵⁴ Em citação feita por Rafael Ruiz Gonzalez à Lei 23, esses livros seriam recolhidos por dois visitantes reais e levados até magistrados para assim serem encaminhados até a Espanha. GONZALEZ, Rafael Ruiz. *Francisco de Vitória e a liberdade dos índios americanos: a difícil implantação dos direitos humanos na América espanhola*. Dissertação de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo sob a orientação do Prof. Dr. Guido Fernando Silva Soares. 230p. São Paulo: USP Universidade de São Paulo. Biblioteca de direito internacional, 1991, p. 89.

Os resultados não foram os esperados. A distância entre a metrópole e as regiões nas quais os conflitos e as explorações cruéis ocorreram não permitiu uma verdadeira imposição da ordem. Nada feito ou vivido nas Américas ocorreu tal e qual as determinações bem-intencionadas dos súditos europeus. Como observou Rafael Ruiz Gonzalez:

Como se vê há muitas deficiências ainda nestas “Leis de Burgos”, mas não se pode esquecer que se passaram pouco menos de 20 anos do descobrimento do Novo Mundo. As leis de Burgos são o primeiro passo, embora titubeante, para uma legislação verdadeiramente humanitária.

O que houve, em verdade, foi crueldade, exploração, tortura, desumanidade. Fatos que continuavam a ser relatados e denunciados em cartas, relatos de viagem e nos púlpitos das igrejas tal e qual os clamores que originaram as Leis de Burgos. Estas foram atualizadas e ganharam amplitude, especialmente com as chamadas Leis Novas de 1542 a 1543 que pelo texto básico das intenções de reforma, derivado de diversas polêmicas era “um conjunto de disposições ditadas sobre o tratamento dos índios em que se recorreram e ampliaram as dadas em Burgos em 1512. Se estabeleceram normas básicas de governo mediante a estrutura do Conselho das Índias e a criação do vice-Reino do Peru¹⁵⁵”.

As questões humanas continuavam e já não há (documentalmente por leis e crônicas) desculpas de que se ignorava ou se suspeitava da humanidade dos indígenas por serem diferentes, por não serem humanos como os seus exploradores. Todavia, é importante frisar: o tratamento e a defesa da humanidade tendo os habitantes do Novo Mundo como beneficiados se deu mais por retórica, e tudo isso ocorreu tendo-se ignorado completamente aos africanos¹⁵⁶ no contexto humanitário.

¹⁵⁵ MUÑOZ-ARRACO, José Manuel Pérez-Prendes. *Interpretación histórica del derecho*: notas. Esquemas. Prácticas. Madrid: Servicio publicaciones facultad de derecho. 1996, p. 857. Tradução Nossa.

¹⁵⁶ “O passado pode ser um elementos de crítica das soluções presentes, não para retomar o passado sem mais, porém com o sentido de relativizar o presente A rigor, porém, é preciso reconhecer que Francisco

A visão de direito natural continuaria, por mais um século e meio, atrelada ao cristianismo (sumamente ao católico nas colônias de boa parte das Américas e na Ásia). Prova disso, encontra-se expressa no pensamento do Jesuíta Luís de Molina, professor de direito, que no século XVI lecionava que

não só a lei natural deriva da lei eterna de Deus, mas também o preceito em razão do qual ela obriga é um preceito da lei eterna de Deus, que nos é dado a conhecer através da lei natural, como manifestação externa da lei eterna de Deus e como lei escrita por Deus em nossos próprios corações, de harmonia com o ensinamento de São Paulo (*Ad Rom.*, 2). Pelo que a lei natural é lei de Deus.¹⁵⁷

Contudo, para o mundo como era, no século XVI, questionamentos ou denúncias dessa ordem transbordava coragem; e quaisquer legislações ofereciam algum tipo de luz para reflexão da condição humana e de sua liberdade e, com isso, o pensamento de Francisco de Vitória e, mais adiante, de Bartolomé de Las Casas, ecoou pelos palácios da Espanha.

3.4 Bartolomé de Las Casas e as denúncias de crueldade contra os indígenas das Américas: reflexos do colonialismo no continente dominado por espanhóis e portugueses.

O Frei Bartolomé de Las Casas é recordado nos dias atuais como defensor da causa indígena no século XVI. A mítica construída em torno de seu nome se sustenta por três percepções: a primeira, biográfica: jovem, veio até as Américas, especificamente onde hoje é o México, e, tomando ordens, encontrava-se mais alinhado

de Vitória terminou dando aos conquistadores a legitimação possível para a conquista e sua doutrina tem ainda traços muito medievais, não só pelo tom de cruzada com o qual pode ser lida – talvez a contragosto de seu autor – mas, sobretudo, pela defesa do pluralismo corporativista que termina fazendo, uma remota lembrança do império das três religiões, do rei Afonso, conquistador de Toledo.” LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. 4^o ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 173.

¹⁵⁷ MARTÍNEZ, Soares. *Textos de filosofia do direito v. II*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 47.

aos proprietários de terras do que aos índios que defenderia para o resto da vida¹⁵⁸. Instalado no Novo Mundo, foi testemunha de eventos de tamanha crueldade contra crianças, mulheres e homens de diversas idades até o ponto que começou a contestar por cartas e sermões o tratamento dado àquela gente. Suas denúncias eram compostas de vívidas descrições as quais causava escândalo e horror a seus leitores (secretários e demais membros do clero e da corte na Espanha)¹⁵⁹. Numa conclusão sobre a vida do religioso, Josaphat romantiza Las Casas em sua transformação que lhe confere quase tons de santidade:

Convém insistir. Se buscássemos, em uma espécie de filme caprichado e completo, o desenrolar e o segredo da vida de Las Casas, haveríamos de romper com a imagem mal construída do denunciador crispado e ranzinza. Seria preciso dar um lindo destaque ao jovem dominicano embevecido por La Veja, ao sevilhano feliz em suas primeiras experiências como evangelizador da América, sonhando construir um rosário de comunidades que seriam imagens tropicais da Igreja apostólica de Jerusalém.¹⁶⁰

A segunda percepção é de ordem histórica. Convertido em defensor dos habitantes originários das Américas, Las Casas deixou um longo corpo de textos. Registros nos quais se tem a descrição dos usos, costumes e tratamento dos espanhóis contra os índios – o que incluía autoridades de governo colonial desobedientes às Leis de Burgos, como exemplo. Seus detratores começaram a aparecer, tanto no México

¹⁵⁸ O primeiro protesto de sua parte contra o tratamento concedido aos indígenas foi em 1511, um ano antes da publicação das Leis de Burgos. No sermão, assinado em equipe e lido pelo Frei Antonio Montesinos, trazia incômodas perguntas humanistas e dramáticas: ““Por acaso não são eles homens? Não possuem almas racionais? Não sois, pois, obrigados a amá-los como a vós mesmos?” Um fósforo aceso em um barril de pólvora não teria causado tamanha impressão. Surpreendeu a uns, indignou à maioria, impressionou e comoveu alguns poucos, mas podemos dizer que a ninguém converteu.” GALMÉS, Lorenzo. *Bartolomeu de Las Casas: defensor dos direitos humanos*. Tradução de M. Cecília M. Duprat. São Paulo: Edições Paulinas, 1991, p. 39.

¹⁵⁹ Em nota biográfica, ainda jovem, Las Casas embarcou para o Novo Mundo e “Não é provável que Bartolomé desconhecesse os principais objetivos da expedição.” GALMÉS, Lorenzo. *Bartolomeu de Las Casas: defensor dos direitos humanos*. Tradução de M. Cecília M. Duprat. São Paulo: Edições Paulinas, 1991, p. 30.

¹⁶⁰ JOSAPHAT, Fr. Carlos. *Las Casas: todos os direitos para todos*. São Paulo: Edições Loyola, 2000, p. 91.

quanto na Espanha – e não lhe faltou quem o acusasse de má-fé e exageros típicos de um Cabeza de Vaca em suas descrições¹⁶¹ – especialmente no conjunto de cartas dirigidas às majestades reais da Espanha (literatura epistolar transformada na Brevíssima relação da destruição das índias)¹⁶². Em sentido prático, seus denunciados nunca conheceram a justiça real, mas grande foi o incômodo causado pelas denúncias do Frei que, mesmo alçado a bispo, não abandonou a postura de um João Batista dos índios.

Como terceira percepção, a jurídica, em sua defesa já com mais de setenta anos de idade, no célebre Debate de Valladolid (1550). Ali, como se fosse o canto do cisne, Las Casas fez defesa da dignidade dos índios frente à obra de outro religioso e intelectual o também Frei Juan Gines de Sepulveda. Antes disso, suas denúncias chegaram às cortes espanholas, com poucos resultados fáticos.

Sua atuação como pregador e denunciante dos maus fatos aos habitantes do Novo Mundo coloca-o como defensor dos direitos humanos (indiretamente, advogado da causa em favor dos direitos de personalidade ao menos em suas origens). Ou seja, era

¹⁶¹ Alvar Nuñez Cabeza de Vaca (1490 - ?) foi um explorador espanhol que percorreu as três Américas – tendo se estabelecido com mais sucesso ao sul, na Argentina. Seus relatos de naufrágios e guerras com os índios fizeram sucesso no séc. XVI e, em seus escritos, não se percebe ironia ou diferenciação condescendente com os indígenas. A exemplo, um episódio de negociação em uma guerra iminente com índios: “Dali em diante, vieram sempre que o governador os mandou chamar, tornando-se muito obedientes. Praticamente de oito a oito dias vinham À cidade, carregados de carne de veado e de porco montanhês assada em grelha. Essas grelhas são feitas de paus e colocadas a dois palmos do solo. Salgam a carne e a colocam para assar. Também traziam muito pescado, couros de tigre, anta e veado e umas mantas que faziam a partir do cardo. Quando chegavam, levavam dois dias fazendo suas negociações. Os guaranis inclusive participavam das negociações, dando-lhes em troca muito milho, mandioca e umas frutas parecidas com avelãs, além de arcos e flechas. Esse processo de troca que se realizava de uma margem à outra do rio chegava a envolver até duzentas canoas, sendo coisa linda de ver.” VACA, Cabeza de. *naufrágios e comentários*. Tradução de Jurandir Soares dos Santos. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2001, p. 201.

¹⁶² “Em páginas de comovente confissão pessoal, que contrastam com os arroubos de outros textos seus, Las Casas reconhece que vivia tão cego, naquele tempo, que, embora sendo naturalmente compassivo e ainda que seu trato com os índios se mantivesse em alto nível humano, especialmente no que visava às condições e retribuição do trabalho, tinha „posto de lado tudo o que dizia a respeito às almas, assunto totalmente esquecido por ele e por todos.” Nota amarga que deixa entrever quão pouco pesavam os interesses do espírito na consciência daqueles colonizadores. Estamos longe, portanto, de encontrar, em Cuba, um Bartolomé de Las Casas preocupado com as coisas do espírito. GALMÉS, Lorenzo. *Bartolomeu de Las Casas: defensor dos direitos humanos*. Tradução de M. Cecília M. Duprat. São Paulo: Edições Paulinas, 1991, p. 49.

a raiz dos próprios direitos humanos, ocidentais, com sua base cristã, e da representação destas raízes nas administrações que demonstravam interesses dos exploradores europeus¹⁶³.

É importante distinguir o que seria historicamente o conceito de direitos humanos, o que viria a ser aos tempos de Las Casas, questões humanitárias e liberdades. A liberdade, condição máxima da existência humana, e conforme visto no Capítulo I, é definida e debatida desde as primeiras civilizações¹⁶⁴. No período da Idade Média europeia (e pela modernidade burguesa daquele continente) não faltou (com destaque para a Inglaterra) legislações que se debruçavam sobre a questão da liberdade¹⁶⁵. Os direitos humanos são frutos de discussões maduras ao longo de séculos (especialmente entre o XVIII e XIX), naquilo que Marx explicou:

Consideramos um instante os pretensos direitos humanos, e isso sob sua forma autêntica, sob a forma que eles possuem para aqueles que os descobriram, os norte-americanos e os franceses.¹⁶⁶

Marx apenas não retrocede tanto, ao período da neoescolástica mediterrânea, tempo em que nas Universidades, por influência de personalidades como Francisco de Vitória e Bartolomé de Las Casas, já havia questionamento de forma a influenciar a elaboração de leis e a interpretação destas sobre a liberdade das pessoas. Em suma, a liberdade sempre foi intuída e existiu no pensamento humano e, com essas discussões, a

¹⁶³ A questão toda deveria ser tratada com suas raízes de ideologia religiosa já que, nos dizeres de Jean Morange, “a expressão privilegiada da filosofia dos direitos humanos se situa no final do século XVIII nas declarações de direitos.” MORANGE, Jean. *Direitos humanos e liberdades públicas*. Tradução de Eveline Boutellier. 5. ed. Barueri: Manole. São Paulo, 2004, p.4.

¹⁶⁴ Para um exame raso desta afirmação basta notar que a legislação antiga (Oriente-Médio, século XIII a.C) dava tratamento a pessoas livres e escravos.

¹⁶⁵ É o povo inglês e seu empirismo, seja na Magna Carta (1215), na Petição de Direitos (1627), o ato de direitos (1688) e o ato de sucessão (1701), foi na Ilha, e não em França, que surgiram grandes declarações com a liberdade e suas variações como tema. MORANGE, Jean. *Direitos humanos e liberdades públicas*. Tradução de Eveline Boutellier. 5. ed. Barueri: Manole. São Paulo, 2004, p. 5.

¹⁶⁶ A citação em questão, explica Jean Morange: “pode-se notar a homenagem prestada a esses dois povos por Marx, que redige, por outro lado, uma crítica sobre a qual será preciso retornar, Efetivamente, e nunca será suficiente enfatizado, os direitos humanos sob sua forma moderna surgem em uma época precisa e num contexto político e geográfico bem determinado.” MORANGE, Jean. *Direitos humanos e liberdades públicas*. Tradução de Eveline Boutellier. 5. ed. Barueri: Manole. São Paulo, 2004, p. 4.

condição humana e seus direitos, pois é fato que, em análise de Jean Morange:

Os Papas de fato condenaram a concepção liberal dos direitos humanos de 1791 até o pontificado de Leão XIII. A atitude mais positiva foi o feito de Pio XII e de seus sucessores João XXIII, Paulo VI e, é claro, João Paulo II¹⁶⁷.

A força de Las Casas estava não apenas em suas denúncias, mas em sua insistência – quase quatro décadas de atuação em prol dos povos ameríndios. A começar por fazê-lo em sermões e cartas, até que, por fim, estivesse em presença real.

No dia vinte e três de dezembro (1515), Bartolomé de Las Casas era recebido pelo rei católico, em Plasencia. As cartas de recomendação surtiram efeito: o astuto licenciado Las Casas não confiou sua mensagem a Fonseca nem a Conchillos, cujos interesses conhecia e sabia que, logicamente, haveriam de contradizê-lo. Exposto o motivo da entrevista, dom Fernando pediu-lhe que voltasse um dia depois do Natal.¹⁶⁸

Mesmo enfrentando oposição no Novo e no Velho Mundo, Las Casas conseguiu a audiência a tempo de reforçar que, mesmo com as Leis de Burgos, o tratamento dado aos índios nas Américas era cruel, desumano e anticristão. E, mesmo após a morte de Fernão de Aragoão, Las Casas continuou suas denúncias agora dirigindo-se ao regente, o cardeal Cisneros.¹⁶⁹

Era, pois, um tempo de mudanças e choque. Os processos históricos podem apresentar a qualquer observador, separado por décadas e séculos dos eventos

¹⁶⁷MORANGE, Jean. *Direitos humanos e liberdades públicas*. Tradução de Eveline Boutellier. 5. ed. Barueri: Manole. São Paulo, 2004, p. 52.

¹⁶⁸ GALMÉS, Lorenzo. *Bartolomeu de Las Casas: defensor dos direitos humanos*. Tradução de M. Cecília M. Duprat. São Paulo: Edições Paulinas, 1991, p. 55.

¹⁶⁹ O encontro com Cisneros causou grande impressão pois, a cada reunião, Las Casas trazia novos relatos de maus tratos aos indígenas. Não se tratava de atualização, mas, sim, uma questão de volume. Las Casas detinha um repertório enorme de relatos. GALMÉS, Lorenzo. *Bartolomeu de Las Casas: defensor dos direitos humanos*. Tradução de M. Cecília M. Duprat. São Paulo: Edições Paulinas, 1991, p. 55.

estudados, uma ilusão evolutiva. Como se fosse o cumprimento de um programa no qual tudo, ao fim, se justifica. Embora esta consumação seja aparente, é inegável o fato de que quando se contempla o conjunto temporal desses processos referentes aos direitos humanos há, sim, a percepção de agonia humana, “o fruto da dor física e do sofrimento moral”, nos dizeres de Fábio Comparato¹⁷⁰. E estas dores e agonias eram percebidas a fundo por Las Casas e, por isso mesmo, em sua cristandade e conhecimento, repassadas com tons alarmistas à corte espanhola. As palavras do Frei são duras, não poupando autoridades reais ou eclesiásticas, ao que se percebe:

No ano de mil quinhentos e quatorze desceu à terra firme um infeliz governador, cruelíssimo tirano, sem qualquer piedade nem prudência, como um instrumento da fúria divina, com o propósito de povoar aquela terra com muitos espanhóis. E pensar de que alguns tirando haviam ido à terra firme para roubar, matar e escandalizar muita gente, isto se deu na costa do mar, assaltando e roubando o que podiam. Mas este excedeu a todos os outros que lhe vieram antes.¹⁷¹

No que pesa ao que se conhece por „Era das Conquistas“, a marca do recém-formado Reino da Espanha se fez mais que forte nos processos de colonização por um lado (que gerou dor e sofrimento condicionados ao lucro) e questionamentos (na Academia), provado pelas denúncias constantes de Las Casas e, em parte concomitante, com as lições de Vitória. Essas duas realidades se manifestaram à época, legando registros para a História das Fontes¹⁷².

¹⁷⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 37.

¹⁷¹ LAS CASAS, Bartolomé de. *Brevíssima relación de la destrucción de las Indias*. Madri: Alianza Editorial, 2005, p. 91. Tradução Nossa.

¹⁷² A unificação da Espanha deu-se de forma definitiva com a reconquista integral da Península em 02 de janeiro de 1492. Mesmo ano da chegada da expedição sob a bandeira espanhola às Américas (12 de outubro) e, como prova de uma visão parcial sobre a construção do outro, mesmo ano da expulsão dos judeus do território espanhol (30 de março). JOSAPHAT, Fr. Carlos. *Las Casas: todos os direitos para todos*. São Paulo: Edições Loyola, 2000, p. 349. Quanto ao aspecto paralelo entre „conquista“ e discussões acadêmicas, vale-se a nota de que a Espanha antes de sua unificação abrigou uma das primeiras

As denúncias não paravam. Insistentemente, como Frei e, posteriormente, como Bispo de Chiapas, Las Casas continuava, oscilando períodos de tranquilidade com turbulentas perseguições à sua causa. Isso nunca desviou o Frei das discussões da dignidade humana aos índios. Um dos tópicos era o tratamento dado aos índios em pé de guerra com os espanhóis. Assim como em Vitória, Las Casas adotava seu ponto de vista de guerra justa e não se conformava com o tratamento dado aos derrotados:

Vistos pelos índios como coisa tão injusta e cruel nunca vista em tantos inocentes sem culpa perpetrada, os que haviam sofrido com tolerância a prisão não menos injusta de seu senhor, porque ele mesmo pedia que não fizessem guerra nem guerreassem aos cristãos [...] Sucedeu depois o combate da cidade, recuperados os cristãos, de onde fizeram estragos aos índios conhecidos e estranhos, matando infinitas gentes e queimando vivos muitos de seus senhores.¹⁷³

A guerra justa, a liberdade, a identidade dos índios, a sua liberdade de crença, estes temas preenchem os dias e escritos de Las Casas. Isto foi condensado nas palavras de Héctor Bruit, em seu ensaio sobre o Frei Bartolomé de Las Casas “... uma série de problemas que foram discutidos ao longo de todo o século XVI¹⁷⁴”. Um tempo de controvérsias com relativa liberdade de discussão. Continua o autor:

Questões como o conceito do senhorio universal do papa, em que se baseava o direito deste para repartir terras; os títulos dos reis de Castela para dominar a América; a situação político-jurídica dos habitantes americanos após a conquista foram discutidas ao calor das paixões desencadeadas pela descoberta de teólogos, juristas e letrados, mas também pelas pessoas comuns, do espanhol médio até o pároco, passando pelos soldados que vieram para o continente. O interesse que suscitou a conquista das novas terras foi tão grande que um dos traços mais

universidades (Salamanca, 1218) ocidentais, ainda na Idade Média. ALBERGARIA, Bruno. *Histórias do Direito: evolução das leis, fatos e pensamentos*. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2012, p. 108.

¹⁷³ LAS CASAS, Bartolomé de. *Brevíssima relación de la destrucción de las Indias*. Madri: Alianza Editorial, 2005, p. 94. Tradução Nossa.

¹⁷⁴ BRUIT, Héctor Hernan. *Bartolomé de las Casas e a simulação dos vencidos*. Campinas: Unicamp, 1995, p. 21.

característicos dos primeiros cinquenta anos foi a liberdade de opinião que agitou a consciência espanhola na época. No fundo, todos queriam opinar.¹⁷⁵

De certa forma, a título de ilustração, o que houve na dita “América Espanhola” não se diferiu da “América Portuguesa” pelo modelo de exploração – Antônio Carlos Wolkmer afirma que no caso dos portugueses fez-se “mais uma ocupação que uma conquista¹⁷⁶”. Destacando-se o „choque“ entre direitos, pois não houve, conforme o mesmo autor,

uma evolução linear e gradual de uma experiência comunitária... o processo colonizador, que representa o projeto da metrópole, instala e impõe uma região habitada por populações indígenas toda uma tradição cultural alienígena todo um sistema de legalidade „avançada“ sob o ponto de vista do controle repressor e da efetividade formal.¹⁷⁷

Não cabia espaço para diálogo ou consideração “ao outro”, visto que essas ideias nasceriam sob o signo de um cristianismo ibérico durante a colonização. No caso português, atesta-se esta tendência ao humanismo dentro das Universidades no Século XVI, por novos programas de estudo tanto em Coimbra como em Lisboa¹⁷⁸, conteúdos que não seriam usados em total benefício aos indígenas das terras portuguesas.

Uma observação: apesar de diferenças em certas abordagens jurídicas, a unidade entre leis de Portugal e Espanha não era rara. Durante a Baixa Idade Média, legislações eram compiladas e compartilhadas, a exemplo das Leis de Sete Partidas. Sobre este

¹⁷⁵ BRUIT, Héctor Hernan. *Bartolomé de las Casas e a simulação dos vencidos*. Campinas: Unicamp, 1995, p. 21.

¹⁷⁶ WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 5. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2011, p. 58.

¹⁷⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 5. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2011, p. 58.

¹⁷⁸ Em 1534, André de Rezende apresentou um programa educacional diferente da escolástica às universidades portuguesas no reino de D. João III. NORONHA, Ibsen José Casas. *Aspectos do Direito no Brasil Quinhentista: consonâncias do espiritual e do temporal*. Coimbra: Almedina. 2005, p. 49.

tópico, escreveu Antonio Padoa Schioppa:

A compilação de Afonso X teve sucesso também em outras regiões além de Castela. Em Portugal, que se tornou reino independente no século XII, as Partidas foram traduzidas para a língua local; e a universidade de Coimbra, fundada em 1290, promovia o ensinamento romanístico segundo os métodos dos legalistas italianos. Posteriormente, em 1447, as Ordenações do Rei Afonso V impuseram o direito comum como direito subsidiário. Mesmo nos lugares nos quais os costumes locais prevaleciam, como a França setentrional ou Navarra, o direito comum funcionou – por meio dos juristas doutos atuantes em todos os lugares – como normativa de referência e como „razão escrita“ nos casos menos resolúveis à luz dos direitos locais.¹⁷⁹

Se foi assim por séculos na Europa, poderia também o ser nas Américas – ao menos no entendimento de Vitória e daqueles que o estudaram. O pensamento espanhol do século XVI contribuiu para o “conceito de igualdade de direitos e deveres entre os homens; à ideia de liberdade das pessoas para mobilizarem-se entre os diferentes territórios do mundo; ao conceito de liberdade política dos povos¹⁸⁰”. No que pesa o ponto específico do Direito imposto nas terras do Brasil, cabe as palavras de Antônio Carlos Wolkmer de que:

Analisando as raízes culturais da legislação brasileira, escreveu A. L. Machado Neto que, dos três grandes grupos étnicos que constituíram nossa nacionalidade, somente a do colonizador luso trouxe influência dominantes e definitiva à nossa formação jurídica. Se a contribuição dos indígenas foi relevante para a construção de nossa cultura, o mesmo não se pode dizer quanto à origem do Direito nacional, pois os nativos não conseguiram impor seu „mores“ e suas leis, participando mais „na humilde

¹⁷⁹ SCHIOPPA, Antonio Padoa. *História do Direito na Europa*. Tradução de Macros Marcionilo e Silvanan Cobucci Leite. WMF São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 143.

¹⁸⁰ BRUIT, Héctor Hernan. *Bartolomé de las Casas e a simulação dos vencidos*. Campinas: Unicamp, 1995, p. 98.

condição de objeto do direito real”, ou seja, objetos de proteção jurídica.¹⁸¹

No caso específico das terras do Brasil, a escravidão indígena continuou, independente de estudos acadêmicos, clamores piedosos e iniciativas legais¹⁸². A plasticidade dos direitos – a tal diferença em graus entre o que se libera ou se proíbe na metrópole ou na colônia é obstáculo historicamente intransponível na aplicação da Lei. Assim, de balde a luta de Las Casas mais ao norte do Continente, ou como de Nóbrega ao Sul do Equador¹⁸³, a estrutura de fiscalização, a grandeza dos territórios, a notória e demasiadamente humana corrupção dos agentes dos reis, tudo prestou concurso para que houvesse plenos debates e débeis conquistas.

Entretanto, o registro dos primeiros debates acerca da natureza humana trouxe, junto ao sofrimento denunciado dos povos, cicatrizes e maturidade para se moldar, cada vez mais, legislações de proteção ao ser humano. Mesmo com a desconsideração dos habitantes da África – condenação histórica imperdoável frente a tanta atenção aos ameríndios e pouca ou nenhuma menção aos mesmos sofrimentos dos africanos aos quais o discurso desalmado de inferiorização se fez presente por quase três séculos doravante a chegada europeia às Américas – houve debate e preocupação, de Estado, por fé, por consciência e por muitos interesses na troca de lentes quanto à observação do habitante das Américas, originário, tão diferente de seus exploradores.

3.5 O Debate de Valladolid e a questão humana: Sepulveda *versus* Las Casas.

Os Debates, atraentes e profícuos do século XVI, serviam para discutir a

¹⁸¹ WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 5. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2011, p. 59.

¹⁸² Os índios apresentavam aptidões naturais ao trabalho artesanal, nas olarias. O ideal seria a liberdade, mas, conforme Darcy Ribeiro, “o apresamento sempre foi tido como prática louvável e até mesmo como técnica de conversão.” RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Global Editora, 2016, p. 77.

¹⁸³ Nota do autor: este tema será tratado mais adiante.

natureza (e a servidão e seus limites) humana. Mas o que é consenso mesmo é o valor econômico. Discutia-se, pois, dar aos Americanos nativos um rosto, uma voz e uma identidade, o que implicava aceitá-los como súditos, tutelados uma vez, amparados, portanto, sempre pelas leis. Isso resultaria em mudanças econômicas na exploração do continente e das rotas comerciais - a lembrar de que a escravidão, o tráfico de seres humanos, já ocorria forte desde a primeira década do século XV. Como escreveu Héctor Bruit:

O debate americano sobre essas questões esteve irremediavelmente vinculado ao objetivo mercantil da conquista, tanto ou mais importante que o evangelizador, a tal ponto que o próprio Las Casas teve de ceder espaço ao primeiro, como foi demonstrado em seus projetos de colonização pacífica.”¹⁸⁴.

Era necessário não descuidar dos interesses econômicos, por mais que se lutasse por liberdade e assimilação pacíficas no Novo Mundo. A controvérsia ou debate de Valladolid se deu após a discussão de publicação de uma obra de autoria do Frei Juan Gines de Sepúlveda, *Democrates Alter* (uma nova versão das ideias de Demócrito). A obra desancava a capacidade civil dos indígenas já tão perseguidos nas Américas (desde a arquitetura, Asteca, por exemplo, até a condição social das sociedades pré-colombianas). “O perfeito deve dominar o imperfeito”¹⁸⁵ assim eram as ideias de Sepúlveda, dotado de (sem anacronismos) um maniqueísmo para justificar o domínio absoluto dos colonizadores espanhóis – enterrando quaisquer questionamentos de Vitória ou seus seguidores. Um discurso de cunho religioso (o dever cristão de salvar almas inferiores) e político (a dominação justa, na medida da força)¹⁸⁶.

¹⁸⁴JOSAPHAT, Fr. Carlos. *Las Casas: todos os direitos para todos*. São Paulo: Edições Loyola, 2000, p. 152.

¹⁸⁵ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. In WOLKMER, Antônio Carlos (org). *Fundamentos de História do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 299.

¹⁸⁶ Uma visão de domínio e tutela típica de um Reino (a Espanha) e demais reinos que já conviviam há muito com a escravidão (africana, moura e no próprio continue-te), mas desta vez associada a um discurso salvacionista. Nas palavras de José Carlos Moreira da Silva Filho, “... esta visão emancipadora

Do outro lado da „Controvérsia“, a fazer defesa dos direitos das „gentes do Novo Mundo“, figurava o Frei Bartolomé de Las Casas. Homem cuja vida, iniciada entre 1484 e 1485 em Sevilha, Espanha, tinha o Novo Mundo como local de convívio desde cedo – o pai fez parte da expedição de Colombo em 1493 –, em 1502 fez, na condição de cônego, sua primeira viagem às Américas¹⁸⁷.

Sua atividade clerical o tornou um dos mais contundentes defensores dos habitantes das Américas, trucidados pelos espanhóis (em regiões onde hoje estão a América central e o México). Suas defesas o levam a ser, por suas cartas e crônicas, um dos primeiros historiadores das Américas. O que não o desabona historicamente de haver sugerido a troca da força de trabalho escravo dos índios pela dos africanos – nota de pouco destaque, mas indefectível em sua biografia¹⁸⁸.

Os princípios norteadores de Las Casas eram: que todos os homens são livres, súditos e não servos. “Todas as nações do mundo são os homens, e para cada um deles uma só é a definição”¹⁸⁹ – uma ideia de construção do indivíduo e seus direitos. Tais pontos de vista lhe rendiam devotos, mas, em igual proporção, inimigos¹⁹⁰. Las Casas, em sua defesa, creditava até mesmo aos índios o direito de sacrifício. Suas considerações resumidas em Valladolid (de 1550 a 1551) formavam a colheita de mais de duas décadas vivendo no território do México. Em um tema no qual tantos escreviam sem ver, Las Casas viu para poder escrever¹⁹¹. Mesmo com a virtude de suas ideias –

os povos subdesenvolvidos são duplamente culpáveis. Primeiro por serem inferiores; segundo, por darem motivação à ação violenta da conquista ao não acatarem corretamente a verdadeira cultura.” SILVA FILHO, SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. In WOLKMER, Antônio Carlos (org). *Fundamentos de História do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 297.

¹⁸⁷ BRUIT, Héctor Hernan. *Bartolomé de las Casas e a simulação dos vencidos*. Campinas: Unicamp, 1995, p. 59.

¹⁸⁸ Sobre Las Casas e o africanos, suas cartas são citadas por Hugh Thomas, autor de obras sobre a colonização das Américas. THOMAS, Hugh. *The Slave trade: the history of the Atlantic slave trade 1440-1870*. London: Phoenix, 2006, p. 98. Tradução Nossa.

¹⁸⁹ BRUIT, BRUIT, Héctor Hernan. *Bartolomé de las Casas e a simulação dos vencidos*. Campinas: Unicamp, 1995, p. 67.

¹⁹⁰ BRUIT, Héctor Hernan. *Bartolomé de las Casas e a simulação dos vencidos*. Campinas: Unicamp, 1995, p. 67.

¹⁹¹ SILVA FILHO, SILVA FILHO, SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. In WOLKMER, Antônio Carlos (org). *Fundamentos de História do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 296.

ainda que maniqueístas -, Las Casas, conforme José Carlos Moreira da Silva Filho, demonstrava

uma postura assimilacionista, com a diferença de que queria que esta anexação fosse feita por padres e não por soldados, e que além disso, nunca estaria justificada uma guerra que procurasse „acalmar os ânimos“ dos índios para que estes pudessem ser evangelizados.¹⁹²

O século XVI foi marcado por questionamentos públicos sobre a natureza humana. Os debates, o mais famoso, o de Valladolid. Sobre este evento:

Importa priorizar um pouco mais essa famosa disputa de Valladolid, ocorrida em suas sessões: uma em agosto e setembro de 1550, e outra em maio de 1551. A congregação que iria avaliar o debate era composta de quatorze juízes, entre teólogos, juristas e letrados. Esse memorável embate verbal versou sobre o verdadeiro motivo da conduta implacável dos espanhóis nas Índias: a interioridade indígena¹⁹³.

Desde Isabel, a católica, e a experiência de governo dos Colombos no Novo Mundo, eram de conhecimento de todos as práticas nada cristãs de exploradores sobre os indígenas. Não havendo unanimidade na fé, a questão de como tratá-los e em quais bases (civil, teológica ou comercial) lhes colocar na vida do reino, dividia a corte, os intelectuais nas universidades e o clero. A preocupação deste último era lógica: do que fosse feito, protegido ou eliminado, aumentaria ou diminuiria o potencial de almas a serem convertidas. Assim,

Para difundir o Evangelho era preciso acima de tudo cessar a exploração espanhola, especialmente as

¹⁹² SILVA FILHO, FILHO, SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. In WOLKMER, Antônio Carlos (org). *Fundamentos de História do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 298.

¹⁹³ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Da “invasão” da América aos sistemas penais de hoje. In WOLKMER, Antônio Carlos (org). *Fundamentos de história do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 296.

encomiendas e o abuso geral dos povos nativos. O famoso debate entre Las Casas e Sepúlveda perante um concílio real em Valladolid, no final do verão de 1550, colocou em confronto direto essas duas linhas de interpretação, mas a discussão, embora conduzida em termos teológicos e legalistas, em momento algum deixou de lado o contexto e as considerações de ordem política e econômica¹⁹⁴.

As posições de Las Casas são conhecidas. Seu debatedor, Juan Gines de Sepúlveda, aparece menos nos livros de história. O fundamento de seus argumentos não era inovador, já que,

Para Sepúlveda, a constatação de tal nível de primitivismo era reforçada pelo modo não individual dos índios estabelecerem suas relações uns com os outros e com as coisas, bem como pelo fato de não terem experiência de propriedade privada nem de herança pessoal. Além disso, cometiam atos pagãos, tais como sacrifícios humanos e canibalismo. Baseando-se em Aristóteles, Sepúlveda justifica a dominação e a desigualdade dos índios dizendo que o perfeito deve dominar sobre o imperfeito, assim como o adulto sobre a criança, o homem sobre a mulher e o clemente sobre o feroz¹⁹⁵.

As razões discutidas foram escritas por Juan Gines de Sepúlveda em forma de diálogo. A obra, o *Democrates Segundo*, se expressa na discussão entre Leopoldo, o questionador, e *Democrates*, o consultado, sobre as razões de uma guerra justa contra infiéis. Sepúlveda já havia escrito, em 1533, um primeiro diálogo sobre razões de guerra (*Demócrates Primeiro*). A obra é de cunho teológico, seu alcance jurídico se deu por conta da influência de textos teológicos nas decisões em tribunais da Espanha e do

¹⁹⁴ SCHWARTZ, Stuart B. *Cada um na sua lei: tolerância religiosa e salvação no mundo atlântico ibérico*. Tradução de Denise Bottman. São Paulo: Cia. Das Letras, 2009, p. 192.

¹⁹⁵ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Da “invasão” da América aos sistemas penais de hoje. In WOLKMER, Antônio Carlos (org). *Fundamentos de história do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 296 – 297.

Novo Mundo. Tanto que Sepúlveda estabelece a base do questionamento como sendo espiritual:

Se é justa ou injusta a guerra com que os reis da Espanha e nossos compatriotas tem submetido e procuram submetera seu domínio aqueles povos bárbaros que vivem na região ocidental e austral, chamados comumente de índios em espanhol, e com qual razão de direito se pode fundar um império sobre essa gente, é um problema transcendental [...] ¹⁹⁶

O tom no diálogo é de ordem espiritual cristã e, por vezes, de exortação ao conflito, como um chamado de santidade para a conquista ou reconquista de terras e da fé em qualquer ponto da cristandade, mas com o fito, claro, de justificar maior dominação sobre as populações das Américas. Isto é notável em excertos como:

“Se é capital distinguir entre o caso de quem, empreendendo uma guerra por causas justas e necessárias, a leva a cabo não com pusilanimidade ou abatimento, mas com perseverança e fortaleza de ânimo e enfrenta voluntariamente o perigo quando o deve o exija [...] ¹⁹⁷”.

As razões políticas, ou de responsabilidade dos reis, não escapam ao diálogo de autoria de Sepúlveda. O reino católico da Espanha possuía mais que terras e permissão de exploração destas, mas também deveres para se estabelecer um reino católico, no qual as pessoas não apenas gozassem de liberdade, mas as fruissem sob leis cristãs.

Devendo em toda boa república ter toda legislação ao exercício da virtude (esta é a opinião de filósofos, não os cristãos, mas alguns pagãos), e devendo por sua natureza apeter e praticar a virtude sobre tudo, segundo Deus,

¹⁹⁶ SEPULVEDA, Juan Gines de. *Democrates segundo o de las justas causas de la guerra contra los indios*. Tradução de Angel Losada. Madri: Consejo superior de investigaciones científicas Instituto Francisco de Vitoria, 1951, p. 1. Tradução Nossa.

¹⁹⁷ SEPULVEDA, Juan Gines de. *Democrates segundo o de las justas causas de la guerra contra los indios*. Tradução de Angel Losada. Madri: Consejo superior de investigaciones científicas Instituto Francisco de Vitoria, 1951, p. 4. Tradução Nossa.

resulta que as melhores leis mais se acomodam com a natureza, segundo testemunho não só dos melhores homens e mais sábios, se não do próprio Deus; assim, pois, quanto mais não serão fiéis em uma república que tem a Deus por fundador?¹⁹⁸

O discurso semeia ódio: numa construção não apenas teológica, mas política. Os nativos das Américas, ao contrário dos textos de Vitória e das cartas e textos de Las Casas, não são vistos de forma elogiosa por Sepúlveda. Em seu *Democrates*, Sepúlveda tira a humanidade dos índios, rebaixando-os em um estado que justifique a dominação e o extermínio:

Quando os pagãos, não são outra coisa pior que pagãos, e não se pode encontrar neles nada além da ausência do cristianismo, que é o que se chama infidelidade, não há causa justa para que os cristãos os ataquem e os castiguem com armas. Este caso se daria se fossem encontrados no Novo Mundo algum povo culto, civilizado e humano, afastado da idolatria e compelido pela natureza à veneração de um Deus verdadeiro e que para citar as palavras de São Paulo, fizessem naturalmente sem a lei aquelas coisas que são da lei, mesmo que não seguissem aos evangelhos, nem tivessem fé em Cristo, motivos pelos quais se poderia lhe aplicar o nome infiel.¹⁹⁹

A solução de humanidade para Sepúlveda é a conversão e a lei, forçadas, sem consideração das pessoas e de suas culturas. Aquilo que fosse oposto ao cristianismo poderia ser varrido da face da terra. O caminho seria espinhoso e a porta, estreita. Apenas quem se submetesse à fé e às leis encontraria, não humanidade, mas, sim salvação.

¹⁹⁸ SEPULVEDA, Juan Gines de. *Democrates segundo o de las justas causas de la guerra contra los indios*. Tradução de Angel Losada. Madri: Consejo superior de investigaciones científicas Instituto Francisco de Vitoria, 1951, p. 10 - 11. Tradução Nossa.

¹⁹⁹ SEPULVEDA, Juan Gines de. *Democrates segundo o de las justas causas de la guerra contra los indios*. Tradução de Angel Losada. Madri: Consejo superior de investigaciones científicas Instituto Francisco de Vitoria, 1951, p. 44. Tradução Nossa.

Um povo assim poderia com melhor direito ser destruído pelos cristãos se não convertessem seu império contra a barbárie, inumanidade e delitos nefandos, o que seria um grande bem para ele passar à obediência de cidadãos bons, civilizados e praticantes da verdadeira religião, os homens ruins, bárbaros e ímpios, com admoestações, leis e trato, poderiam alcançar a piedade, a civilização e a salvação com a qual se cumpriria a obrigação máxima da caridade cristã.²⁰⁰

Oposto a Las Casas, a justificativa de Sepúlveda em seu diálogo vai ao encontro do que se propagava nas universidades desde os tempos de Vitória: o direito natural deve ser respeitado entre os povos. Comportamentos fora deste direito, considerados indignos e contrários (especialmente na visão da fé cristã), deveriam ser combatidos. Sepúlveda se vale da base teológica em Santo Agostinho:

[...] o mesmo Santo Agostinho atesta que é próprio do ótimo como do justo príncipe estabelecer uma lei contra os pagãos e seus sacrifícios, sancionando-se com a pena capital e o confisco de bens, não apenas para quem perpetra sacrifícios ímpios, mas também para os governadores das províncias que descuidassem de castigar a esses crimes.²⁰¹

O diálogo também traz denúncias, já que os defensores dos direitos dos indígenas, como Las Casas, se valiam de relatos (próprios ou de outras pessoas), Sepúlveda reproduz, em seu texto, ocorrências nas Américas que resultaram no suplício de religiosos pelas mãos dos indígenas.

Pois não chegou aos seus ouvidos que, em muitos lugares, freis pregadores, quando se retiravam da guarda dos

²⁰⁰ SEPULVEDA, Juan Gines de. *Democrates segundo o de las justas causas de la guerra contra lons indios*. Tradução de Angel Losada. Madri: Consejo superior de investigaciones científicas Instituto Francisco de Vitoria, 1951, p. 58. Tradução Nossa.

²⁰¹ SEPULVEDA, Juan Gines de. *Democrates segundo o de las justas causas de la guerra contra lons indios*. Tradução de Angel Losada. Madri: Consejo superior de investigaciones científicas Instituto Francisco de Vitoria, 1951, p. 70. Tradução Nossa.

espanhóis, teriam caído nas mãos de maus pacificados bárbaros? Então ouviu que dois freis dominicanos na província de Pirito, foram cruelmente martirizados por bárbaros inimigos da religião cristã? Pois eu sei muito bem que em Chiribiche e em Cubanga, províncias do mesmo continente, foram destruídos pelos bárbaros dois conventos de dominicanos e franciscanos, havendo sido cruelmente martirizados, no primeiro, o Frei Dionísio, e os demais se refugiaram num navio que estava próximo [...]²⁰²

A teologia de Sepúlveda influencia o direito. A ideia não é apenas o abraço ao ideal de guerras justa, mas de leis severas aos povos indígenas, com a intenção de lhes humanizar. Não há visão do outro e, sim, uma interpretação restrita do próprio direito natural, tirando dos indígenas a dignidade, despida de sentimentos piedosos, voltada apenas para um discurso de submissão e ordem.

Tal é, pois, a fonte, tal é a origem justíssima e natural de onde brota a lei que condena aos vencidos em guerra justa a pena capital ou perda da liberdade e de bens; pois a missão das leis é, como disse São Isidoro, frear pelo medo que infundem, a audácia humana, manter segura a inocência entre os malvados e também reprimir a ousadia destes e seu poder de fazer o mal por medo dos suplícios.²⁰³

As ideias de Sepúlveda, como supra descritas, eram condensadas na construção teológica e jurídica da guerra justa aos índios – por conta da propagação mais favorável do cristianismo na região; e da legitimação da crueldade de tratamento dos espanhóis

²⁰² SEPULVEDA, Juan Gines de. *Democrates segundo o de las justas causas de la guerra contra lons indios*. Tradução de Angel Losada. Madri: Consejo superior de investigaciones científicas Instituto Francisco de Vitoria, 1951, p. 72. Tradução Nossa.

²⁰³ SEPULVEDA, Juan Gines de. *Democrates segundo o de las justas causas de la guerra contra lons indios*. Tradução de Angel Losada. Madri: Consejo superior de investigaciones científicas Instituto Francisco de Vitoria, 1951, p. 94. Tradução Nossa.

frente aos crimes e pecados gravíssimos cometidos pelos, então, pagãos – que lhe exigia penitência justificada no trabalho servil²⁰⁴.

Em suma, para este, as guerras de conquistas eram legítimas – em poder legitimado tanto pelo Papa quanto pela Coroa; enquanto para aquele, as guerras eram criminosas, diminuía os índios, tornavam indignas a Coroa e a cristandade²⁰⁵.

A Las Casas, restou a radicalização final de seu pensamento. Possivelmente, este fato tornou o debate célebre até hoje nos estudos dos direitos humanos – pois se tratava da reinterpretação de Aristóteles, feita por Las Casas, complementando lacunas ao pensamento de Vitória e contrapondo-se a tudo o que Sepúlveda (e seus apoiadores na corte) criam, com base em Santo Agostinho, Aristóteles e Santo Tomás de Aquino.

Longe de aceitar essa imposição de um jogo defensivo, o Bispo Las Casas partia também para a radicalização audaciosa. Propondo então – para a cristandade – uma visão completamente nova das relações humanas, das relações entre pessoas e entre os povos –, nova porque baseada na igualdade essencial de todos os seres humanos; nova, mais ainda, porque parte da compreensão do outro, do diferente pela religião ou pela cultura. A lógica do descobrimento deve ir até o fim: pôr-se do lado do outro, identificando-se com ele, encontrando-o na identidade constitutiva do ser humano, de sua dignidade, de sua capacidade progressiva de tender ao bem, de livremente abraçar ou não a religião.²⁰⁶

²⁰⁴ JOSAPHAT, Fr. Carlos. *Las Casas: todos os direitos para todos*. São Paulo: Edições Loyola, 2000, p. 155.

²⁰⁵ O sumário das posições de ambos os Freis foi analisado desta forma por Angel Lousada, que une os discursos ao menos no ponto que os dois queriam as Américas cristianizadas (típica união jurídica e religiosa, temporal e espiritual que é marca do Século XVI). Vide LOUSADA, Angel. *Apud* JOSAPHAT, Fr. Carlos. *Las Casas: todos os direitos para todos*. São Paulo: Edições Loyola, 2000, p. 157. Como resultado, a controvérsia não foi resolvida. Ficou para „amanhã“, nos dizeres de Josaphat. JOSAPHAT, Fr. Carlos. *Las Casas: todos os direitos para todos*. São Paulo: Edições Loyola, 2000, p. 157.

²⁰⁶ JOSAPHAT, Fr. Carlos. *Las Casas: todos os direitos para todos*. São Paulo: Edições Loyola, 2000, p. 156.

Na realidade, não houve um vencedor na disputa de Valladolid. E, assim como Vitória, Las Casas foi historicamente cobrado por sua postura desigual: humanista com os índios, ignorante quanto aos africanos. No caso de Las Casas, há uma polêmica final:

Sem dúvida, aqueles que atribuem a Las Casas uma posição escravista, optando pelo tráfico dos africanos para poupar os índios da América, apoiam-se em palavras do próprio Las Casas, em uma de suas „confissões“ de um „mau pensamento“ e de um passo em falso de sua mocidade. Convém partir desses textos, estabelecer o sentido e o contexto desse mau pensamento e apreciar o verdadeiro pensamento de Las Casas e seu empenho em favor da liberdade dos negros como dos índios. Tracemos um fio condutor ao qual possamos referir todos os dados desse problema terrivelmente complicado, que vem a ser a posição da cristandade sobre a escravidão dos negros, limitando-nos ao período que vai do século XVI ao século XIX. Las Casas, o pioneiro da libertação para os índios da América, desde seu Pentecostes em Cuba em 1514, vai encontrar a mentalidade geral que aceita a escravidão (dos negros), apoiando-se em razões de interesse econômico, mas buscando legitimá-la (ideologicamente) até por razões éticas e mesmo teológicas.²⁰⁷

Sem anacronismos, as questões humanas e o conceito de humanidade dentro do cristianismo tinham, como notório, limitações afetas ao seu tempo. Contudo, houve quem, mesmo de dentro de ordens religiosas, olhasse com outros olhos – expandindo o conceito de humanidade, liberdade e direitos de personalidade, ainda naqueles dias²⁰⁸.

²⁰⁷ JOSAPHAT, Fr. Carlos. *Las Casas: todos os direitos para todos*. São Paulo: Edições Loyola, 2000, p. 299.

²⁰⁸ “Nos fins do século XVI, um século antes que os negros do Brasil buscassem a liberdade em repúblicas como a de Palmares, sob a liderança valente de Zumbi, uns jovens jesuítas da Bahia assumem uma posição radical contra a escravidão. Levantaram uma espécie de objeção de consciência diante de seus superiores, declarando que não podiam aceitar a escravidão praticada na sociedade do Brasil e muito menos ainda nas casas da Companhia de Jesus. O caso foi mandado a Roma. Demos a palavra ao padre Serafim Leite, o grande historiador da Companhia de Jesus no Brasil: „O visitador (do Brasil) consultou a Mesa de Consciência (em Roma), os principais juristas e moralistas da Europa, entre os quais Luiz de Molina. Foram todos de parecer que poderia haver cativeiros justos. A opinião de Miguel Garcia (era o

CAPÍTULO III – AS QUESTÕES HUMANITÁRIAS NO BRASIL, AS TENTATIVAS POMBALINAS, AS DECLARAÇÕES DE DIREITOS NUM NOVO SENTIDO DA PERSONALIDADE.

4.1. A questão Caxa/Nóbrega

Conforme mencionado no Capítulo I, houve no Brasil situações que culminaram em questionamentos junto às autoridades da coroa portuguesa para saber qual a melhor maneira de se proceder com os indígenas. A condição jurídica dos índios e sua personalidade foi questionada num documento intitulado “Porque causas se pode mover guerra justa contra os infiéis²⁰⁹”.

Em verdade, de acordo com Jimenez de La Espada, o Brasil não teve uma arena de ideias para uma disputa célebre como a que envolveu Bartolomé de Las Casas – algo que entrasse para a crônica colonialista e, dali, para os livros de história.

No entanto, a questão indígena no Brasil, sobre os índios e sua personalidade, se fez debater e, embora certa documentação seja recente, não há como negar a importância do fato que faz prova do conhecimento dos portugueses sobre a condição dos nativos e o estado de consciência deles para tentar uma melhor maneira de se lidar com eles no século XVI nas terras de domínio lusitano²¹⁰. O conflito em si consta, de acordo com Rui Marcos,

coenvolvido pelo princípio da liberdade dos índios reacendeu-se numa carta escrita, em julho de 1552²¹¹, pelo Padre Manoel da Nóbrega ao Provincial do Portugal. Há mesmo quem, munido de

padre contestário juntamente com o padre Gonçalo Leite) tinha contra si o consenso.” JOSAPHAT, Fr. Carlos. *Las Casas: todos os direitos para todos*. São Paulo: Edições Loyola, 2000, p. 299.

²⁰⁹ Texto anterior às aulas de Francisco de Vitória na Espanha. Vide MARCOS, Rui de Figueiredo, MATHIAS, Carlos Fernando e NORONHA, Ibsen José Casas. *História do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense/ GEN. 2014, p. 117.

²¹⁰ SILVA FILHO, SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *In Fundamentos de História do Direito*. Antônio Carlos Wolkmer (org). 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 309.

²¹¹ Nota do autor: um ano após o fim das disputas em Valladolid.

bons fundamentos, associe a figura insigne do Padre Manuel da Nóbrega à entrada da literatura jurídica no Brasil²¹².

As questões sobre a liberdade dos índios de autoria, em carta do Padre Manuel da Nóbrega, eram dirigidas institucionalmente à consciência do Rei – que era curatelada pela instituição da Mesa da Consciência e Ordens, um tribunal instituído desde 1532, por D. João III, formado por leigos e teólogos – um órgão que tinha por missão de ser, nas palavras de Rui Manuel de Figueiredo Marcos, “a voz da consciência suplantava a razão de Estado, ou, dito de outra forma, a razão de Estado refreava-se a golpes de consciência.”²¹³

As dúvidas transformadas em queixas por Manuel da Nóbrega faziam vistas sobre a venda de escravos (nativos) e, sobretudo, de seus descendentes – prática, em tese, ilegal (exceto no caso dos índios a quem a permissividade lusitana desfavorecia em todos casos).

Do outro lado da controvérsia, a fazer defesa do *modus operandi*, estava o Padre Quirício Caxa que rogava que o direito de venda de escravos fosse ampliado cada vez mais – com base na alegação de que as necessidades das vendas seriam por conta de sustento de todos (senhores e escravos), ou seja, num pensamento de favorecimento do mercado e dos grandes senhores, contrariando a raiz de um cristianismo medieval e em nada consoante com as tendências do século XVI sobre a condição humana. No cerne do debate, uma situação fática: um pai que desejava vender seu filho maior de 20 anos e, alargando o raciocínio, se a venda poderia ser dele por ele mesmo.

²¹² MARCOS, Rui de Figueiredo, MATHIAS, Carlos Fernando e NORONHA, Ibsen José Casas. *História do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense/ GEN. 2014.p. 118. Em 1515 se tem a notícia do primeiro leilão de cativos vindos do Brasil, trinta e cinco naturais da terra em uma venda feita em Valência, na Espanha. THOMAS, THOMAS, Hugh. *The Slave trade: the history of the atlantic slave trade 1440-1870*. Phoenix. Londres. UK. 2006, p. 105

²¹³ MARCOS, Rui de Figueiredo, MATHIAS, Carlos Fernando e NORONHA, Ibsen José Casas. *História do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense/ GEN. 2014, p. 119.

Em resultado aos questionamentos e à troca de argumentos, foi a Lei de 20 de março de 1570, pela qual apenas em guerra justa, autorizada pelo Rei, os gentios poderiam ser feitos escravos, bem como os índios que assaltassem os súditos com intuito de lhes comer – outra vez a completa resistência civilizacional europeia à antropofagia.

No dia 22 de agosto de 1587, uma lei foi posta com a ideia de que os índios que trabalhassem em fazendas (e seus filhos) não poderiam ser considerados escravos – juridicamente não eram nem deveriam ser considerados sob circunstâncias normais *res*. Trinta e cinco anos depois, em 1605, haveria a proibição definitiva da escravidão indígena na Colônia.

Mas somente em 1609, no dia 30 de julho, uma lei de Felipe II declararia os naturais do país (ou ao menos o que havia restado até aquele tempo) como livres – de fato e de direito, protegidos seus nascimentos naturais tanto para cristianizados como não-cristãos²¹⁴.

A Colônia portuguesa, rica e com população em crescimento, necessitava de maior presença da Ordem (jurídica). Assim, era marcante instalar um Tribunal (e não apenas depender de julgadores itinerantes e recursos *ad aeternum* a Lisboa). Por fim: “O primeiro tribunal da relação criado em 1587 para atuar a colônia, não chegou a entrar em funcionamento.”²¹⁵

Por questões de logística e guerra (a invasores europeus nas suas terras), Portugal não levou adiante a primeira tentativa de implantar um Tribunal da Relação. Repetindo a instauração

posteriormente, o governo da Metrópole constituiu um segundo tribunal da relação, oficializado para ocorrer na

²¹⁴ Especificamente em 5 de junho de 1605. MARCOS, Rui de Figueiredo, MATHIAS, Carlos Fernando e NORONHA, Ibsen José Casas. *História do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense/ GEN. 2014., p. 122.

²¹⁵ WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 5. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2011. P. 78.

Bahia, dando-lhe regulamentação em 7 de março de 1609 [...] abolida e 1626, sendo restaurada posteriormente, por interesse da Câmara Bahiana, em 12 de setembro de 1652.²¹⁶

Antes disso, sob regência espanhola, a estrutura administrativa concernente à Colônia do Brasil passou a integrar a Corte da Espanha ao que

O conselho da Índia teve seu regulamento aprovado por Felipe II em 25 de junho de 1604 para tratar de assuntos concernentes ao Brasil e à Índia [...] Expedia a última palavra nos assuntos do Brasil, e verifica-se seu poder em diversas situações.²¹⁷

Ao retorno de uma dinastia lusitana ao trono de Portugal, o Conselho foi debelado e refundado: “Por fim deve-se falar do Conselho Ultramarino, que sucedeu o conselho da Índia quando cessou o domínio espanhol em Portugal”²¹⁸. A legalidade da questão indígena (para fora das denúncias, sermões e aulas naqueles dias) retornou com uma nova tentativa de se disciplinar um regime de trabalho que não fosse o de exploração aos índios.

Mas adiante no tempo, e com D. João que IV, por lei de 10 de novembro de 1647, vem dito porquanto os portugueses, a quem fora cedida a administração desses cuidados, usam tão mal delas que os índios em breves dias de serviço morre à pura fome e excessivo trabalho; e fogem pela terra adentro, onde em poucas jornadas perecem.²¹⁹

Por assim dizer, não se via aos índios como humanos em sua humanidade²²⁰, mas como cristãos em potencial, súditos em potencial, trabalhadores em perspectiva a

²¹⁶ WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 5. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2011. P. 78.

²¹⁷ BAGNOLI, Vicente, BARBOSA, Susana Mesquita, OLIVEIRA, Cristina Godoy Bernardo de. *Introdução à história do direito*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 125 – 126.

²¹⁸ BAGNOLI, Vicente, BARBOSA, Susana Mesquita, OLIVEIRA, Cristina Godoy Bernardo de. *Introdução à história do direito*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 126.

²¹⁹ AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Introdução à história do direito*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 123.

²²⁰ Como reflete Fábio Comparato, a igualdade não foi uma construção jurídica, mas cristã. Portanto, com uma bela perspectiva espiritual, atravessando um inferno de descaso temporal; mas essa igualdade

serviço dos interesses da Coroa e, tudo isso, sob a tutela periférica das Ordenações do Reino²²¹.

“Anos depois, Lei de D. Pedro, regente da coroa durante a interdição de D. Afonso IV (primeiro de abril de 1680) determina severa prescrição àquele de qualquer condição ou qualidade que estivesse a cativar algum índio”²²².

4.2 Um vislumbre das consequências do humanismo pombalino

Com o século XVIII, pouco haviam mudado a situação dos indígenas e a percepção de humanidade deles por parte dos colonizadores. Entretanto, em Portugal, houve a sensação de mudança aos ventos do iluminismo. A assistência que Sebastião de Melo Carvalho, futuro Marquês de Pombal, deu ao reino de D. José I ficaria marcada na História Portuguesa, Brasileira e de seus direitos.

No período pombalino, recebe-se, a um só tempo, a influência de correntes que se vinham a desenvolver na Europa desde o séc. XVI: o textualismo, a sistemática do racionalismo, o individualismo, a sistemática nova sobre as funções do direito romano, o humanitarismo italiano, as inovações sobre direito público.²²³

universal dos filhos de Deus só valia, efetivamente no plano sobrenatural, pois o cristianismo continuou admitindo, durante séculos, a legitimidade da escravidão, a inferioridade natural da mulher e relação ao homem, bem como a dos povos americanos, africanos e asiáticos colonizados, em relação aos colonizadores europeus. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2005, p. 18.

²²¹ A duração do diploma Manuelino é, *per se*, tema para estudo isolado na História do Direito, como assevera, em destaque. SACALQUETTE, Rodrigo Arnoni. *História do Direito: perspectivas histórico-constitucionais da relação entre estado e religião*. Atlas. São Paulo. 2013. p. 88. Convém ressaltar que a Ordenação Filipina reformula o Código Manuelino dando origem às Ordenações Filipinas ou Código Filipino, diploma legal mais duradouro tanto na História do Direito português quanto da História do direito do Brasil.

²²² AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Introdução à história do direito*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

²²³ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. 3. ed. Lisboa: Publicações Europa-América LDA, 2003, p 239.

Entre os anos da chegada dos portugueses (até a regência espanhola), de balde os debates acadêmicos, a formação dos juristas – enfim, daqueles que ocupariam tribunais, seriam juízes, lecionariam nas universidades e, com seus estudos, poderiam contribuir com o destino de seres humanos em sofrimento (no caso, os indígenas nas Américas e os africanos trazidos como cativos já no séc. XVII) –, ainda enfrentava em Portugal um ensino de forma rígida. Assim descreve Marcello Caetano:

A influência das compilações de Justiniano sobre o compilador das Ordenações é manifesta. Os juristas estudavam na Faculdade de Leis os textos do *Corpus Juris Civilis*. Um código, para eles, como já tinha sido para os legisladores visigodos, era uma compilação de leis anteriores que deviam ser consideradas em vigor, com indicação da respectiva autoria e, quando necessário, a interpretação ou o complemento que as actualizava.²²⁴

Rui Manuel de Figueiredo Marcos destaca o período do século XVIII em questão de ensino da seguinte forma: “Se o movimento renascentista rasgou, sem dúvida, um horizonte assaz favorável à orientação histórica no estudo do direito, cumpre reconhecer que, entre nós, o clarão do humanismo raiou fugazmente no plano do ensino jurídico”²²⁵.

Ao que Mário Júlio de Almeida Costa pontualmente destaca:

Mais relevantes, sem dúvida se mostraram as providências adoptadas nos outros dois referidos planos: o da ciência do direito, enquanto voltada para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; e o da formação dos juristas.²²⁶

²²⁴ CAETANO, Marcello. *História do direito português* (sécs. XII – XIV). 4. ed. São Paulo: Verbo, 2000, p. 535.

²²⁵ MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. *A legislação pombalina*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 15.

²²⁶ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do direito português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 335.

Não apenas a reforma à administração, Pombal, “A obra de Pombal, que talvez chame mais a atenção na História do direito, foi a que modernizou a ordem jurídica portuguesa”²²⁷, e trouxe à Faculdade de Direito um espírito de formação jurídica racional para otimizar a administração dos negócios da Coroa. Seus estatutos de boa razão sintetizavam o iluminismo ao jeito lusitano:

O referido diploma prosseguiu objetivos amplos. Visou, não apenas impedir irregularidades em matéria de assentos e quanto à utilização do direito subsidiário, mas também fixar normas preciosas sobre a validade do costume e os elementos a que o intérprete podia recorrer para o preenchimento das lacunas.²²⁸

Em suma as ações do Marquês em seu ministério podem ser resumidas a:

Politicamente, sua tônica foi a centralização administrativa levada a extremos: do ponto de vista econômico ele buscou restaurar a econômica portuguesa, que há muito apresentava problemas, principalmente por causa da dependência com a Inglaterra.²²⁹

4.3 A lei do marquês para os índios do Brasil e sua consequência no setecentos da colônia reforma pombalina em Portugal e para o Direito.

A reforma administrativa a que foi submetida a Corte e toda a estrutura econômica e política em Portugal enfrentaria um problema de interpretação de Lei. Com uma história legislativa plurissecular (atravessando desde antes dos romanos) e com costumes definidos por pelo menos três séculos de navegações e contatos com diversos

²²⁷ CASTRO, Flávia Lages de. *História do direito geral e do Brasil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 290.

²²⁸ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do direito português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 336.

²²⁹ CASTRO, Flávia Lages de. *História do direito geral e do Brasil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 289.

povos, a interpretação passaria pelos hábitos de regiões ou de campos específicos da sociedade. Era preciso encontrar um termo para não se desconsiderar costumes e, ao mesmo tempo, impor uma nova ordem. Assim,

Importa, desde já, sublinhar a intenção de diminuir a importância do direito consuetudinário. Para ser considerado fonte de Direito nacional o parágrafo 14 da dita Lei de 18 de agosto de 1769, impunha a necessidade do costume, ser conforme à boa razão; mas não ser contrário à lei e ter mais de 100 anos.²³⁰

Com efeito, não se poderiam ignorar as universidades, pareceres dos doutores da lei ocupantes de altos-cargos. Assim, importava também uma preservação da identidade cultural jurídica, mediante a consideração às escolas de direito e à tradição romanista que, desde muito, fazia parte do corpo de leis lusitanos.

Bem feitas as contas, o sistema pombalino de integração de lacunas era, a um tempo, mais simples e mais complicado, em comparação com o estabelecido anteriormente. Mais simples, porquanto os casos omissos regiam-se pela boa razão, indagada no direito romano, nos princípios do direito das gentes, ou nas leis das nações cristãs iluminadas e polidas para as matérias políticas, econômicas e mercantis. Mais complicado, uma vez que a vida jurídica portuguesa não se encontrava nada afeita à corrente jusnaturalista, nem nos estudos universitários e, menos ainda, na prática forense.²³¹

Em suma, criava-se de dentro da estrutura legislativa portuguesa, uma nova forma de se manipular as leis (e não necessariamente uma nova estrutura).

Numa palavra: apresentar-se conforme à boa razão equivalia a corresponder aos princípios do direito natural ou o direito das gentes. Deste modo, era fonte subsidiária,

²³⁰ CUNHA, Paulo Ferreira da; SILVA, Joana Aguiar e; SOARES, António Lemos. *História do direito: do direito romano à constituição europeia*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 539.

²³¹ MARCOS, Rui de Figueiredo, MATHIAS, Carlos Fernando e NORONHA, Ibsen José Casas. *História do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense/ GEN. 2014, p. 136.

ao lado do direito romano selecionado pelo jusnaturalismo, o sistema de direito internacional da mesma orientação.²³²

Com isso, Portugal (Metrópole) se inseria, nem tardia, nem na vanguarda, no espírito iluminista que tomava a Europa. A transferência desse espírito (de suas ideias e de sua influência na interpretação da Lei) não tardaria a chegar às Colônias; todavia, com as limitações de tempo e espaço que se impunham, não seriam fortemente sentidas, num primeiro movimento.

4.4 Boa Razão e o Diretório dos índios no Brasil.

Se é possível dizer que, para a Colônia, a Boa Razão e seus efeitos chegaria mais fraca, não quer dizer que não chegaria. Afinal de contas, com uma predisposição centralizadora, o setor administrativo, instalado no Brasil, passaria também a responder a este poder centralizado nas decisões jurídicas e na interpretação da Lei.

No séc. XVIII, com as reformas pombalinas, a grande mudança em matéria legislativa foi a Lei da Boa Razão (1769) que definia regras centralizadoras e uniformes para a interpretação e aplicação das leis, no caso de omissão, imprecisão ou lacuna.²³³

A preparação de burocratas saídos das universidades era essencial ao movimento pombalino, pois, com uma mão-de-obra intelectual preparada, imbuída de uma nova forma de se submeter costumes e tradição jurídica às novas leis, faria com que Metrópole e Colônias tivessem a mesma força de controle sobre suas populações. Questões financeiras e sociais se encontrariam submetidas a uma mesma forma, uma

²³² COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do direito português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 369.

²³³ WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito: tradição no ocidente e no Brasil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense/GEN, 2019, p. 225.

mesma razão pelo bem do Reino. A necessidade de formar juristas com esta identidade era premente.

No período pombalino, recebe-se, a um só tempo, a influência de correntes que se vinham a desenvolver na Europa desde o séc. XVI: o textualismo, a sistemática do racionalismo, o individualismo, a sistemática nova sobre as funções do direito romano, o humanitarismo italiano, as inovações sobre direito público²³⁴.

Como símbolo deste tempo e exemplo de tentativa de modernização e inserção das gentes a esta nova forma de interpretação, foi formado no Brasil o Diretório dos Índios, cuja administração estava nas terras do Maranhão (região de notáveis conflitos entre colonizadores e indígenas).

A tensão fundamental nos dois primeiros séculos da colonização brasileira, mormente na Amazônia, deu-se em razão do antagonismo em cujo crisol decantaram-se os interesses da Igreja e dos colonos, impossíveis, contudo.²³⁵

A Boa Razão tinha interesses diversos da Igreja em Portugal. No Brasil, a Companhia de Jesus não tinha quase nada em comum com a forma de tratamento e de consideração aos nativos das terras exercido pelos colonos, em qualquer região do vasto território. E, no século XVIII, a liderança jesuíta na questão indígena era incontestável. Pombal ofertava uma separação de poderes, que causariam tensões em grande escala nas Colônias.

Além da separação entre os poderes temporal e espiritual, no melhor molde do despotismo esclarecido de Pombal, o

²³⁴ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. 3. ed. Lisboa: Publicações Europa-América LDA, 2003, p. 239.

²³⁵ SIMÕES, Sandro Alex de Souza. A estrutura reinol na colônia ou Hércules versus a Hidra de Lerna. In: BITTAR, Eduardo C. (org). *História do direito brasileiro: leituras da ordem jurídica nacional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, 115.

Diretório intencionava destribalizar o indígena, integrá-lo como assalariado no mercado, fazendo dos ameríndios vassallos do rei e, como tais, promotores da integração da própria colônia. (SIMÕES, 2010, p. 116)

Importava a integração (via assimilação) da população indígena. Aqui não mais se discutiria a questão humana pertinente às diferenças de corpos e mentes, e, sim, a inserção de colonos e naturais da terra sob tratamento burocrático e legal da mesma forma. Ambiciosa e atrevida, a ideia causaria no Norte do território mais tensão e conflitos com novos atores.

Se os conflitos existentes nos séculos XVI e XVII estavam fundados entre missionários, colonos e administradores, a partir do século XVIII, mais precisamente a partir de 1758 (quando é instaurado o Diretório), as relações de conflitos aparecem com novos personagens, entre eles estão os cargos da chefia, índios e vigários querendo não só ser soberanos em jurisdição, como também se beneficiar das ramificações burocráticas existentes.²³⁶

Com essa perspectiva de presença notada na administração, conflitos e sabotagens ao Diretório foram inevitáveis, a tal ponto que sua extinção se deu em 12 de maio de 1798. Com isso, a estrutura se encontrava dissolvida, e uma nova estrutura seria formada. No entanto, a igualdade “formal dos índios aos luso-brasileiros” se manteve.

Apenas nova legislação, geral a todo o território, sem estrutura específica, cuidava da relação de trabalho entre gentios e brancos. Porém, uma das perspectivas do Diretório, que era a conservação de aldeamentos aos indígenas (para ser assegurado domínio sobre estes e preservação ante os conflitos) foi totalmente encerrada. Na prática, não haveria mais proteção alguma especial – situação que não representa novidade na História do Brasil em relação aos indígenas.

²³⁶ SIMÕES, Sandro Alex de Souza. A estrutura reinol na colônia ou Hércules versus a Hidra de Lerna. In: BITTAR, Eduardo C. (org). *História do direito brasileiro: leituras da ordem jurídica nacional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 117.

4.5. Das declarações de direitos.

A Boa Razão Pombalina não foi o único fenômeno sabido da influência do pensamento filosófico e jurídico do século XVIII. Na esteira de ideias que pregavam mais tolerância, declarações de direitos, patrocinadas por uma burguesia cansada de se relacionar com clero e nobreza, apareceram em intervalos de anos entre as Américas e a Europa²³⁷. A atuação do Marquês de Pombal era deveras discutida.

Em Portugal também se deu uma discussão parecida mas não tão virulenta, menos focada em questões de decadência nacional e mais concentrada no papel do despotismo esclarecido do marquês de Pombal, que comandou o país de 1755 a 1778, na relação entre o Estado e a sociedade tradicional e no relativo impacto das ideias e tendências políticas europeias em Portugal e nas suas colônias.²³⁸

Em função de intolerância religiosa aguda entre populares e a burguesia, foi publicada, pelo Parlamento britânico, uma Lei que garantisse liberdade aos cidadãos e separação de poderes, para que não houvesse mais riscos de interferências reais sobre representantes eleitos pelo povo. Assim, para se evitar mais violências, direitos foram dados ao povo, conforme Fábio Konder Comparato:

O *Bill of the rights* foi promulgado num contexto histórico de grande intolerância religiosa, iniciado em 1685 com a revogação por Luís XIV do edito de Nantes, de 1598, que reconheceu aos protestantes franceses a liberdade de consciência, uma limitada liberdade de culto e a igualdade

²³⁷ “Consiste nos primitivos princípios que contém verdades essenciais, intrínsecas e inalteráveis, que a ética dos mesmos romanos havia estabelecido.” LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 357.

²³⁸ SCHWARTZ, Stuart B. *Cada um na sua lei: tolerância religiosa e salvação no mundo atlântico ibérico*. Tradução de Denise Bottman. São Paulo: Cia. Das Letras, 2009, p. 322.

civil com os católicos. A essa manifestação de intolerância católica correspondeu a reação violenta dos anglicanos.²³⁹

Em busca de uma pacificação social e garantindo o funcionamento institucional, o recado do Parlamento era claro: mostrava que os caminhos pela tolerância e paz, passavam ao largo dos palácios reais. Comparato ressaltava aspectos contundentes do *Bill of the rights*:

Mas o essencial do documento consistiu na instituição da separação de poderes, com a declaração de que o Parlamento é um órgão precipuamente encarregado de defender os súditos perante o Rei, e cujo funcionamento não pode, pois, ficar sujeito ao arbítrio deste. Ademais, o *Bill of the rights* veio fortalecer a instituição do júri e reafirmar alguns direitos fundamentais dos cidadãos, os quais são expressos até hoje, nos mesmos termos, pelas Constituições modernas, como o direito de petição e a proibição de penas inusitadas ou cruéis.²⁴⁰

Vedações a penas cruéis serão a tônica de parte dos textos iluministas no século XVIII. Abandonar-se-ia a ideia de uma justiça do rei implacável para uma justiça humana, do povo, proporcional e razoável. O *Bill of the rights* é apenas uma das célebres declarações que modificaram a percepção do humano e dos seus direitos.

As mais célebres são a Declaração dos Direitos da Virgínia, de 12 de junho de 1777, e a Declaração de Direitos da Revolução Francesa, que estabeleceu, de forma concisa, direitos fundamentais a todos os cidadãos.

A importância histórica da Declaração de Independência está justamente aí: é o primeiro documento político que reconhece, a par da legitimidade da soberania popular, a existência de direitos inerentes a todo ser humano, independentemente das diferenças de sexo, raça, religião,

²³⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 92.

²⁴⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 93.

cultura ou posição social. Nas nações da Europa Ocidental, com efeito, a proclamação de legitimidade democrática, com o respeito aos direitos humanos, somente veio a ocorrer com a Revolução Francesa, em 1789. Até então, a soberania pertencia legitimamente ao monarca, auxiliado no exercício do reinado pelos estratos sociais privilegiados.

Desde o início das contestações burguesas (e seus escritos) as transformações da França no século XVIII já apontavam para um desfecho revolucionário. A falta de comida e perspectiva da maioria da população, os gastos desnecessários em guerras „privilegiadas“, nas quais monarcas resolviam suas diferenças e tédio ao custo do sangue de seus súditos, tudo, enfim, em meio ao caldo cultural que era Paris, tornou inevitável e, até mesmo aceito (por parte da nobreza), o processo revolucionário francês.

O motor intelectual de todos esses textos era o Iluminismo. Em quase todos os países da Europa, influenciando até mesmo no Brasil o processo de Conjuração de Minas Gerais, o iluminismo trazia mais do que a proposta de colocar as pessoas em destaque; colocava a razão em evidência. Todos os sentimentos humanos são validados, mas em sociedade é necessário usar a razão – para os negócios de Estado ou particulares. Por isso, a ênfase de Santos Justo ao destacar o racionalismo e a secularização – como valores do movimento.

Considerado a época das luzes, época iluminista ou ilustração, o iluminismo pode caracterizar-se como um movimento cultural dominado pelo racionalismo e pela secularização, para a qual contribuíram as desumanas guerras religiosas, o novo sistema filosófico de Descartes construído a partir da dúvida metódica (questiona-se o passado), a atitude racionalista da Reforma e a descoberta de novos mundos que, permitindo o contacto com novas religiões, pôs o problema, que a razão decidirá, de saber qual é a verdadeira fé.²⁴¹

²⁴¹ SANTOS JUSTO, Antônio. *Nótulas de história do pensamento jurídico*. Coimbra: Coimbra editora, 2005, p. 46.

Bem como a razão se coloca a serviço do Estado, a melhor representante desta, nos assuntos da justiça, é a lei. A racionalização das leis não foi um processo iniciado no iluminismo, mas sim quando sofreu mais mudanças nas sentenças e livros de direito da época.

As suas marcas no pensamento jurídico são igualmente evidentes. Sendo a fonte do direito a razão humana, a lei é a sua expressão: além de ser geral e abstracta, é segura e certa, clara e constitui instrumento de transformação social. Pelo contrário, o costume é incerto comprometido com o passado que urge transformar. Por outro lado, a crença na *omni communis doctorum*: afasta-se o provável, porque se julga possível o acesso à *veritas*. Afirma-se o direito natural e, quanto ao direito romano considera-se que deve ser selecionado pela razão: é o direito dos *usus modernus pandectorum*.²⁴²

Tratava-se da lei racional, sem interpretações avulsas, determinada em sua redação, feita sob medida para as situações em que caiba, sem brechas ou invasões de espaços que tragam insegurança e ameaça à liberdade das pessoas.

Todavia, vale, ao se falar das Declarações e sua influência, na esteira da dignidade da pessoa humana e dos direitos de personalidade que não se extinguem, dos valores da tolerância em Voltaire.

Ao enfrentar, como advogado de um homem morto chamado Jean Calais, a intolerância no interior da França, Voltaire começou imediatamente a questionar a arena de ódio religioso no qual a França havia se tornado. Com isso, escreveu um tratado sobre a tolerância (religiosa), um exercício de escrita e leitura no qual tenta encontrar a lógica da tolerância religiosa para o bom convívio social. Para tanto, usa de alegorias, como a dos judeus:

²⁴² SANTOS JUSTO, Antônio. *Nótulas de história do pensamento jurídico*. Coimbra: Coimbra editora, 2005, p. 48.

Os judeus aparentemente teriam mais do que ninguém o direito de nos roubar e matar, pois embora haja centenas de exemplos de tolerância no Antigo Testamento, há também alguns casos e algumas leis de rigor. Deus ordenou-lhes às vezes matar os idólatras, e não poupar senão as jovens núbeis; eles nos consideram idólatras e, embora hoje os toleremos, poderiam, de fato, se dominassem, deixar no mundo apenas nossas filhas.²⁴³

Sendo quem é, não deixou de se valer de seus escritos para responder a desafetos que representavam a ideia e o comportamento que tentava combater.

Tal era o estado dessa espantosa aventura, quando ela fez surgirem pessoas imparciais, mas sensíveis, o propósito de apresentar ao público algumas reflexões sobre a tolerância, sobre a indulgência, sobre a comiseração, que o abade de Hoteville chama dogma monstruoso, em seu discurso empolado e errôneo sobre fatos, e que a razão chama de apanágio da natureza.²⁴⁴

Um dos mais influentes nomes do iluminismo não escreveu sobre tolerância, poderes ou humanismo – ao menos não diretamente. César de Beccaria falava sobre os direitos individuais na esfera penal – e pregava a contenção de um direito penal vingativo, para que as pessoas pudessem se defender, ter o direito ao menos de tentar – com penas certas, dosadas e de execução rápida – com efetividade para a sanção, sem penas exageradas, imoderadas, nas quais a clemência régia coloca sempre em risco a reputação e a eficiência do sistema de justiça.

Representante desta corrente é César de Beccaria autor da obra *Dos delitos e das penas* e considerado “um verdadeiro representante do iluminismo”. Partindo da teoria do contrato social, entende que os homens renunciaram ao mínimo possível da sua liberdade e, por isso, defende que a pena é tanto mais justa quanto menos exceda os limites

²⁴³ VOLTAIRE, *Tratado sobre a tolerância*. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Publifolha, 2015, p. 96.

²⁴⁴ VOLTAIRE, *Tratado sobre a tolerância*. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Publifolha, 2015, p. 33.

da pura necessidade. E exemplificando, considera não necessária nem justa a pena de morte: combate a tortura, então praticada na Europa, observando que leva a condenar os inocentes débeis e a absolver os celerados fortes. Aponta-se-lhe o mérito de ter fixado alguns princípios cardinais do direito penal (v.g. a regra que ninguém pode ser punido por acto previamente não qualificado como crime pela lei; e de ter chamado a atenção sobre a necessidade de proibir a interpretação extensiva das leis penais sobre a impossibilidade de raciocinar por analogia nesta matéria.²⁴⁵

Sem um direito penal efetivo, racional e fundado em princípios iluministas, os sistemas de justiça dos reis, das repúblicas, seriam sempre reprodutores da maldade, da vingança e do crime. No Brasil, no século XVIII temos o pouco comentado processo de Esperança Garcia. Escrava, esposa, mãe de família, no fim do século XVIII, ela e sua família seriam vendidas – sem qualquer sinal de serem comprados pelo mesmo contratador. Com isso, Esperança escreveu uma petição ao tribunal de consciência (que foi recebida) e por lá pleiteou sua causa, sendo ao final vencedora.

Embora em pleno século XVIII, em que viveu a escrava Esperança Garcia, ainda não existisse um aparato legal que legislasse sobre os direitos da mulher, percebe-se a ênfase atribuída pela militante à luta da escrava. No entanto, é notório que a terminologia utilizada por ela não cabe à época. Ocorre que, se pensarmos em direitos da mulher propriamente ditos, há bem pouco tempo, a mulher ainda não estava plenamente inserida no grupo dos que podiam desfrutar de todos os direitos mundialmente conhecidos como Direitos Humanos.²⁴⁶

²⁴⁵ SANTOS JUSTO, Antônio. *Nótulas de história do pensamento jurídico*. Coimbra: Coimbra editora, 2005, p. 53.

²⁴⁶ COSTA, Francisca Raquel da. *A carta de esperança garcia e os usos da memória da Escravidão para a construção da identidade negra piauiense*, p. 12 disponível em http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/42772/1/2012_eve_frcoستا.pdf Acessado em 20 dez. 2020.

Há observações de que a causa de Esperança não fora jurídica – pois se resolveu em tribunal com membros do clero. Todavia, nos tempos de Esperança, as Ordenações Filipinas não distinguiam a jurisdição do reino com a jurisdição dos magistrados; por isso, seu processo e sua conquista é, para historiadoras e historiadores, um marco nos direitos humanos no Brasil. Levantar esse tipo de crítica ao caso dela equivale a dizer que eventos como os primeiros debates humanitários, porque frequentemente envolvendo religiosos, não possuem valor jurídico.

Atribui-se a La Fayette haver dado ênfase, desde 1783, à ideia de estabelecer uma declaração francesa de direitos fundamentais. Às vésperas da revolução era generalizado na França a reivindicação de que fossem solenemente reconhecidos esses direitos. Nos *cahiers de doléances* (ou seja, nas relações escritas de queixas e reivindicações que a comunidade eleitora incumbia o eleito de defender) preparados para a assembleia dos Estados Gerais convocada para 1789, que se transformaria na assembleia nacional revolucionária.²⁴⁷

Na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, o primeiro valor que se destaca é a liberdade. A constituição da personalidade, de sua individualidade, passa direta e inescapavelmente pela liberdade (e suas várias formas). É a liberdade que dá pressupostos de existência para a expressão do ser. Logo, é impossível se falar em personalidade plena sem a liberdade.

A primeira é a dos direitos do Homem. Estes são liberdades. Ou seja, poderes de agir, ou não agir, independentemente da ingerência do Estado. Constituem o que Constant iria denominar de liberdade dos modernos, numa fórmula que se tornou famosa. Aí se incluem a liberdade em geral, a segurança, a liberdade de locomoção, a liberdade de opinião, a liberdade de expressão e a propriedade. E seus corolários: a presunção de inocência, a legalidade criminal, a legalidade processual. Afora a

²⁴⁷ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 21.

liberdade de resistir à opressão que já se aproxima dos direitos do cidadão.²⁴⁸

A Declaração é direta e burguesa em seus artigos 1º, 2º, 3º 4º, 10º quais sejam respectivamente por conteúdo: liberdade e igualdade; prosperidade, segurança e resistência contra a opressão, a nação como fundadora da soberania; liberdade e regra de ouro e, por fim, liberdade de opinião. Como já escrito, um pacote burguês, todavia do qual não se vive em plenitude nem se expressa ou se desenvolve a personalidade sem quaisquer desses elementos²⁴⁹.

Com isso, as Declarações de Direitos entre os séculos XVII e XVIII transformaram o convívio humano, depositando mais que esperanças, mas direitos para que as pessoas, dentro de parâmetros cada vez mais flexíveis, possam dar guarda e pleitear seus interesses, protegendo o essencial do ser humano, sua vida, sua integridade e sua personalidade para viver e ser o que bem quiser – dentro de limites.

²⁴⁸ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 23.

²⁴⁹ ALBERGARIA, Bruno. *Histórias do direito: evolução das leis, fatos e pensamentos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 170 -171.

5 CONCLUSÃO

A personalidade humana existe e acompanha os dias de todas as pessoas no mundo. Vivas, reais e virtuais, as expressões do ser humano são todas impulsionadas pelo ser, pela personalidade. O desejo do homem não é apenas ser visto, mas ser visto da forma que deseja. E, desde que isso não atravesse interesses de outras pessoas e não ponha a sacrifício garantias de uma coletividade, não há nada a ser questionado.

Como não é possível cravar uma data, como em uma datação de carbono-14, sobre o surgimento do homem, é impossível dizer o momento exato que o primeiro da espécie externou desejos dirigidos em busca da manifestação de uma identidade. Isso pouco importa. O que vale é que, desde priscas eras, o homem, observando comportamentos e tentando regular tais comportamentos, notou que tinha desejos, vontades e identidade – e precisava se expressar.

Se tudo começou de forma modesta, indefinida, pelas próprias imitações do conhecimento aos primeiros tempos das civilizações, ainda assim, a expressão da vontade, do nome, da identidade, de uma família, tudo lá estava e não deveria ser negado. É certo que contestações trazem crescimento, e o crescimento intelectual, por mais dolorido, traz mais sentimento de cumprimento de dever que a quietude das certezas. Assim, bom é que haja quem pergunte, conteste e até mesmo duvide que os direitos de personalidade estão presentes na trajetória humana desde o princípio da civilização.

Com essa dúvida, é possível recuar a um tempo que é chamado pré-história dos direitos fundamentais (e tudo o que foi „pré“ é prelúdio, o começo de algo). É necessário que esteja lá, no começo, nos prolegômenos, os primeiros registros comportamentais de regras que protejam a vida, a saúde, a integridade física e sentimental dos seres humanos. Que entre ídolo de pedra e desertos, os primeiros homens formadores de civilizações, embora brutos e belicosos, tenham tomado algum tempo de suas vidas para apreciarem-se e aos demais e compreender que o propósito daquelas leis arcaicas, daquele direito revelado pelos deuses, pela interpretação na natureza e seus sinais, era, na verdade, expressão de descrição para preservação da personalidade das pessoas.

Ademais, é aceito que na antiguidade algo como a personalidade era intuído e, por isso mesmo, protegido, dentro de limitações da técnica. Que aquelas primeiras legislações que, apesar de contemplarem a escravidão, permitiam a libertação, que, apesar de cercear o direito das mulheres, abriam uma ou outra brecha para o andamento dos negócios na cidade, que todas aquelas leis que preconizavam punições e mutilação, de repente são modificadas para uma pecúnia, moedas custosas, mas que, ao final, não provocam um vazio no corpo pela falta de tecido ou membro extirpado. Se apenas por estas observações qualquer ser humano de nosso tempo já sente algum conforto civilizacional, está diante de um direito de personalidade.

No caso de uma civilização mais adiantada, nem sempre há a garantia do reconhecimento contundente de direitos humanitários ou de personalidade. Os egípcios seriam o enquadramento perfeito deste caso. Fascinantes por tudo que deixaram, pouco legaram sobre seus usos e suas leis. Ficam no canto da dúvida, apenas revelados quando mais próximos dos dias atuais eram parte de uma dominação grega.

Aos gregos, sem dúvida, havia a apreciação humanitária e de respeito à personalidade do outro. Revelado em suas leis, nas constituições que tentavam não excluir aos estrangeiros e assistir às viúvas e aos órfãos; no exercício de seus pensadores – colunas de sustentação do pensamento do mundo ocidental; e nas artes, a musa imitadora da vida que, entre versos em peça, expressava a preocupação com o outro, com o próximo ainda que esta preocupação fizesse mistura aos negócios públicos.

Os romanos, qualquer que seja a fase de sua longa história jurídica que se olhe, tinha lá a personalidade. O próprio termo, em sua etimologia, advém da língua latina. E evitando-se ao máximo as ilusões de predestinação da história, estavam lá os romanos, atribuindo capacidade de negociar até mesmo a seus escravos na lei. Tamanha consideração para seres humanos que sequer usufruem da liberdade só poderia ser concedida ante a manifestação da personalidade humana, que desconhece fronteiras. Detentores de um repertório legislativo gigante, os romanos não passaram, nem se acabaram; transformaram-se e, com eles, um de seus maiores tesouros: o direito.

Mesmo que os novos senhores de terras no norte da África e na Europa dispusessem de seus bens, ainda assim, em seus costumes a presença da lei romana ali se encontrava. E, com isso, as conquistas da sociedade romana *actio* por *actio* não foram perdidas. Ao contrário, guiaram quando possível, na formação de novos corpos

de leis com o jeito de ser de seus senhores – homens que não prescindiam do uso das tradições legais romanas (ainda que misturadas).

Essa Idade Média, formadora de novos territórios e novos poderes, formadora de novas ideias (as universidades) não despojou os direitos fundamentais tampouco os direitos de personalidade. Continuou cultuando esses direitos, mas, há alguns séculos, dentro de uma visão de mundo diferenciada, cristã. Essa mesma Idade Média, que causa angústia em quem lê sobre o período, é a mesma que permitiu expansões de leis e, ao final de seu período, viu nascer um discurso sobre a dignidade do homem (a verdadeira, nascida com ele). Esse mesmo medievo assistiu às primeiras e bem sucedidas tentativas de se atravessar o mar, até onde o mapa avisa *nec plus ultra*. E essas pessoas empreenderam, na saída dessa era, façanhas cada vez mais audaciosas, dobrando a curvatura do globo, sem temer a obscurantismos planos.

Até que veio o momento exitoso de se chegar a algum lugar e de encontrar quem lá estivera. E foi desse encontro que maravilhas e horrores ocorreram por mais de um século. Tanta iniquidade que, até mesmo quem era chegado ao poder, parte das estruturas, as quais faziam pesos em ombros que não estavam preparados de forma própria, para o turbilhão de técnica, instrumentos, roupas, barulho, trazidos pelo europeu toda vez que desembarcava no Novo Mundo. E lá, no Novo Mundo, uma nova perspectiva de gente. Uma nova humanidade. Mas para se traçar o caminho da chegada a este novo, era preciso contornar obstáculos e enfrentar resistências.

Quem prega o respeito, respeita. E se dá o respeito. Aqueles que praticavam a recepção do outro, teriam que abrir os braços a quem quer que lhes ajudassem. Assim, se o diferente causa medo, aflição, angústia e ansiedade, debata-se o diferente. E todo ser humano se vê tributado nas defesas da liberdade e da personalidade. Sem esses debates, o caminho até as declarações de direitos e a luta que precedeu a cada um desses documentos teria sido mais difícil.

As discussões, os debates, marcaram posicionamentos que enriquecem o repertório jurídico até os dias de hoje, devido à questão da natureza humana, de sua dignidade e os limites para se empreender agressões, justas, contra seres humanos. Nesses debates, ocorriam toda gama de discussão feita sobre as dimensões de aceitação do que é próprio ou elementar ao ser humano e do que se fazer diante de diferenças intoleráveis de comportamento. O conflito era não apenas temporal, mas espiritual –

quando as coisas do espírito faziam parte das narrativas jurídicas. A conclusão é marcada pela frustração: os questionamentos apresentam-se mais como subterfúgios para se buscar legitimidade, novamente, temporal e espiritual, para a promoção da exploração de seres humanos, e, por essa impressão de gravidade ímpar, ficam registrados que poderia haver centenas de debates; o comportamento predatório dos exploradores e invasores, na sua falta de limites ao apetite de causar sofrimento, não mudaria um grau na bússola moral de cada um dos conquistadores cujas façanhas foram expostas por sua vergonha e, por muitos, vergonhosamente aplaudidas.

Contudo, a humanidade é sim expressão de força que avança, e o que estava feito não poderia ser mudado. As conclusões dos debates humanitários e teológicos serviram para uma maturidade dolorosa à humanidade. Com os desdobramentos e conceitos passando para uma maturidade, dois postos da Terra sofreram modificações: nas Américas, a consciência e o temor dos indígenas já haviam sido despertados há muito. Mas, com menos de cem anos de exploração, causaram mortes e assimilação suficientes para que quase todo movimento fosse enfraquecido da raiz ao caule – poucas revoltas floresceram. Na Europa, uma quantidade maior de pessoas se autodeterminaram pelo valor de seus esforços e tempo, e perceberam que não eram valorizadas como deveriam. Que os direitos existem, mas não cobrem como um lençol todas as necessidades prementes ou não de um ser humano.

A reformulação, mais que a ressignificação (termo em voga desde a década passada), deram a tônica de movimentos econômicos e culturais, científicos e teológicos com o fito de mudar as relações políticas e humanas. Em primeiro lugar, as relações de poder, apesar de, no cenário das Declarações, se coloquem valores sociais e burgueses, bem como pessoas, à frente. *Mutatis mutandi* houve uma nova visão da liberdade humana e da igualdade - condições sem a qual se torna impossível o desenvolvimento da personalidade. E, por este motivo, dispensado é avançar até a era das constituições dirigentes e de cidadania. A personalidade já se encontrava plena nos estágios de manifestação ao tempo das declarações de direitos.

Contudo, e, por fim, esta é apenas uma visão dentro de conceitos que foram revelados e expandidos ao longo dos séculos por diversas culturas. Mesmo assim, é inegável que os direitos fundamentais continuarão em expansão, causando incômodos e debates e garantindo nesses conflitos mais reflexões a todas e a todos que se sentem

acolhidos e inseridos nesses direitos, na obrigação de defendê-los, de conhecer sua historicidade e de vivenciar cada vez mais a plenitude da personalidade.

6 REFERÊNCIAS

AGUIAR, Renan. MACIEL, José Fábio Rodrigues. *História do direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ALBERGARIA, Bruno. *Histórias do direito: evolução das leis, fatos e pensamentos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ALTAVILLA, Jayme de. *Origem dos direitos dos povos*. 9. ed. São Paulo: Ícone Editora, 2001.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense/GEN, 2016.

ANZOATEGUI, Victor Tau. Elementos consuetudinários em la política indiana de Solorzano. *Revista de historia del derecho*. n. 15. pp. 469 -502. Buenos Aires: Instituto de investigaciones de historia del derecho, 1987.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Introdução à história do direito*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BAGNOLI, Vicente, BARBOSA, Susana Mesquita, OLIVEIRA, Cristina Godoy Bernardo de. *Introdução à história do direito*. São Paulo: Atlas, 2014.

BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (Coord). *História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva*. São Paulo: Atlas, 2012.

BENTIVOGLIO, Júlio. A história conceitual de Reinhart Koselleck. *Dimensões*, vol. 24, 2010, p. 114-134. ISSN: 1517-2120. Disponível em <file:///C:/Users/User/Downloads/2526-Texto%20do%20artigo-3946-1-10-20120307.pdf> Acesso em 18 dez. 2020.

BRUIT, Héctor Hernan. *Bartolomé de las Casas e a simulação dos vencidos*. Campinas: Unicamp, 1995.

CABALLOS, Esteban Mira. Aproximación al estudio de uma minoria étnica: índios em la España del siglo XVI. *Hispania revista española de historia*. V. 56. 3. set – dez. pp. 944 – 964. Madrid: Servicio de publicaciones del C.S.I.C, 2006.

CASTRO, Flávia Lages de. *Mulheres de Roma*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CICCO, Cláudio de. *História do pensamento jurídico e da filosofia do direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Código de Hamurabi. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2011.

COLOMBO, Cristóvão. *Diários da descoberta da América: as quatro viagens e o testamento*. Tradução de Milton Persson. São Paulo: L&PM Editores, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. 3. ed. São Paulo: Cia. Das Letras, 2016.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do direito português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

CROWLEY, Roger. *Conquistadores: como Portugal forjou o primeiro império global*. Tradução de Helena Londres. São Paulo: Editora Planeta, 2016.

CRUZ, Sebastião. *Direito romano*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

DUFOUR, Francisco Icaza. Los señores de vassalos em índias. *Revista chilena de historia del derecho*. n. 15. pp. 199 – 204. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1989.

EVERITT, Anthony. *Cícero: uma vida*. Tradução de Maria José Figueiredo. Lisboa: Quetzal Editores, 2004.

FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2012.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 17. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GALMÉS, Lorenzo. Bartolomeu de *Las Casas*: defensor dos direitos humanos. Tradução de M. Cecília M. Duprat. São Paulo: Edições Paulinas, 1991.

GIACCARDI, Alberto. La colonizzazione spagnola e portoghese nei secoli XVI e XVII. *O instituto: revista científica e literária*. v. 85. 4. série. pp. 228 – 246. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1933.

GONZALEZ, Rafael Ruiz. GONZALEZ, Rafael Ruiz. Francisco de Vitória e a liberdade dos índios americanos: a difícil implantação dos direitos humanos na América espanhola. *Dissertação de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* sob a orientação do Prof. Dr. Guido Fernando Silva Soares. 230p. São Paulo: USP Universidade de São Paulo. Biblioteca de direito internacional, 1991.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. 3. ed. Lisboa: Publicações Europa-América LDA, 2003.

JOÃO, Maria Thereza David. *Tópicos de história antiga*. Curitiba: Ibpex, 2010.

JOSAPHAT, Fr. Carlos. *Las Casas: todos os direitos para todos*. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

JUSTINIANO. *Digesto: liber primus*. 4. ed. Tradução de Hélcio Maciel França Madeira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

KASSER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues Ferdinand Hämmerle Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

KLABIN, Aracy Augusta Leme. *História geral do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

KROEF, Justus M. Van Der. The nature of colonial policy. *The catholic historical review*. v. 35. n. 4 pp. 129 – 162. Washington: The Catholic University of America Press, 1950.

LAS CASAS, Bartolomé de. *Brevíssima relación de la destrucción de las Indias*. Madri: Alianza Editorial, 2005.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

LUIZ, Antônio Filardi. *Curso de direito romano*. São Paulo: Atlas, 1999.

MARCOS, Rui de Figueiredo, MATHIAS, Carlos Fernando e NORONHA, Ibsen José Casas. *História do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense/ GEN. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTÍNEZ, Soares. *Textos de filosofia do direito*. v. I. Coimbra: Almedina, 2006.

MARTÍNEZ, Soares. *Textos de filosofia do direito*. v. II. Coimbra: Almedina, 2006.

MERÊA, Manuel Paulo. Um aspecto da questão Hugo Grocio – Serafim de Freitas. *Boletim da Faculdade de Direito*. n. 19. Ano II. pp. 465 – 470. Coimbra. Editora da Universidade, 1916.

- MESGRAIVES, Laima. *História do Brasil colônia*. São Paulo: Contexto, 2017.
- MONCADA, Cabral. Introdução ao estudo da História. *Boletim da Faculdade de Direito*. v. XXVI. pp. 97 – 106. Coimbra: Coimbra editora, 1950.
- MONIZ, António Manuel de Andrade. A representação e a construção da Europa no século XVI português. *Cultura: revista de história e teoria das ideias*. v. XIX, II série, pp. 351 – 375. Lisboa: Centro de história da cultura, 2004.
- MONTENEGRO, Artur. *A conquista do direito na sociedade romana*. 2. ed. Lisboa: Edições Cosmos, 1999.
- MORANGE, Jean. *Direitos humanos e liberdades públicas*. Tradução de Eveline Boutellier. 5. ed. Barueri: Manole. São Paulo, 2004.
- MUÑOZ-ARRACO, José Manuel Pérez-Prendes. *Interpretación histórica del derecho: notas. Esquemas. Prácticas*. Madrid: Servicio publicaciones facultad de derecho. 1996.
- NEVES, José Roberto de Castro. *A invenção do direito: as lições de Ésquilo, Sófocles, Eurípedes e Aristófanes*. Rio de Janeiro: Edições de janeiro, 2015.
- NORONHA, Ibsen José Casas. *Aspectos do direito no Brasil quinhentista: consonâncias do espiritual e do temporal*. Coimbra: Almedina, 2005.
- OLIVEIRA, Diogo Mariano Carvalho de. MAIA, Jorge Sobral da Silva. A crise da (ir)racionalidade do sistema penal: a dessubjetivação do „outro“ no estado de exceção das sociedades pós-disciplinares. *Revista jurídica Cesumar – mestrado*. V. 18, n. 2, pp. 393 – 428, maio/agosto 2018.
- PEÑALOZA, Roberto I. Peña. Los autores, fuentes del derecho canónico indiano, Anacleto reiffentuel y e jus canonucum universum. *Revista chilena de historia del derecho*. n. 14 pp. 71 – 89. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1991.
- PICO, Giovanni. *Discurso pela dignidade do homem*. Tradução de Antonio A. Minghetti. Porto Alegre: Editora Fi, 201. Disponível em https://3c290742-53df-4d6f-b12f-b135a606bc7.filesusr.com/ugd/48d206_3f03f07410a54086b6d605f5c2896907.pdf
- PINSKY, Jaime. *As primeiras civilizações: história natural, história social, agricultores e criadores*. São Paulo: Editora Contexto, 2001.
- PINTO, Eduardo Vera-Cruz. *O futuro da justiça*. São Paulo: Editora IASP, 2015.
- PUCCINELLI JÚNIOR, André (org). *Manual de direito civil: volume único*. São Paulo: Saraiva, 2015.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 7. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2013.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Global Editora, 2016.

RUBIN, Nancy. *Isabel, a Católica (1451 – 1504) a princesa que se tornou rainha do mundo*. Tradução de Salvatto Telles de Menezes. Lisboa: Bertrand Editora, 2005.

SANTOS JUSTO, Antônio. *Nótulas de história do pensamento jurídico*. Coimbra: Coimbra editora, 2005.

SACALQUETTE, Rodrigo Arnoni. *História do Direito: perspectivas histórico-constitucionais da relação entre estado e religião*. Atlas. São Paulo. 2013.

SCHIOPPA, Antonio Padoa. *História do Direito na Europa*. Tradução de Macros Marcionilo e Silvana Cobucci Leite. WMF São Paulo: Martins Fontes, 2014.

SCHWARTZ, Stuart B. *Cada um na sua lei: tolerância religiosa e salvação no mundo atlântico ibérico*. Tradução de Denise Bottman. São Paulo: Cia. Das Letras, 2009.

SEPULVEDA, Juan Gines de. *Democrates segundo o de las justas causas de la guerra contra los índios*. Tradução de Angel Losada. Madri: Consejo superior de investigaciones científicas Instituto Francisco de Vitoria, 1951.

SERRA, Antonio Truyol. *Les principes du droit public chez Francisco de Vitoria*. Madrid: Ediciones cultura hispanica, 1946.

SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do direito português: fontes do direito*. 4º ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, p. 170 – 171.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

THOMAS, Hugh. *The Slave trade: the history of the Atlantic slave trade 1440-1870*. London: Phoenix, 2006.

TODOROV, Tzvetan. *A conquista da América: a questão do outro*. Tradução de Beatriz Perrone-Moisés. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

TRELLES, Camilo Barcia. *Francisco de Vitoria fundador del derecho internacional moderno*. Valladolid: Talleres Tipográficos „Cuesta“, 1928.

TRELLES, Camilo Barcia. Fray Serafín de Freitas y el problema de la libertad oceânica. *Boletim da Faculdade de Direito*. v. 22. pp. 67 – 91. Coimbra: Coimbra Editora, 1946.

ULPIANO, *Regras de Ulpiano*. Tradução de Gaetano Sciascia. São Paulo: Edipro. 2002.

VACA, Cabeza de. *Naufrágios e comentários*. Tradução de Jurandir Soares dos Santos. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2001.

VOLTAIRE, *Tratado sobre a tolerância*. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Publifolha, 2015.

VITÓRIA, Francisco de. *Relectio de indis*. Tradução de L. Pereña e J. M. Perez Prendes. Madri: Consejo superior de investigaciones científicas, 1967.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3. ed. Tradução de António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

WOLKMER, Antônio Carlos (org). *Fundamentos de História do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 5. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2011.

WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito: tradição no ocidente e no Brasil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense/GEN, 2019, p. 225.

ZELAYA, Antonio Pizarto. *Leyes de Burgos: 500 años*. Diálogos revista electrónica de historia. v.14 n.1 ISSN 1409-469X San Pedro Fev - Ago. pp. 33-78 2013.