

Raízes teológicas dos direitos subjetivos modernos: conceito de *dominium* no debate sobre a questão indígena no sec. XVI

*Giuseppe Tosi**

resumo

No período de transição entre Idade Média e Primeira Idade Moderna, a concepção objetiva do direito da tradição antiga e medieval acaba sendo progressivamente substituída por uma concepção subjetiva. Este movimento tem entre os seus protagonistas os teólogos da “Escuela de Salamanca”, Francisco de Vitória e Domingo de Soto, e o frade dominicano, Bartolomé de Las Casas, defensor dos índios. Os mestres de Salamanca, apesar de sua intenção de retomar a definição tomista, acabam por assumir a definição dos teólogos *moderni*, isto é, a identificação entre *dominium* e *ius* e a definição do *dominium* como *facultas* ou *potestas utendi re secundum leges*. Esta passagem acontece, de maneira explícita, no debate sobre a conquista da América, onde os teólogos negam a legitimidade da aplicação da teoria aristotélica da escravidão natural aos índios, defendem o legítimo *dominium* tanto público quanto privado sobre os seus bens e proclamam a fraternidade universal de todos os homens sem distinções. Desta maneira, os mestres de Salamanca e, de forma ainda mais radical, Frei Bartolomé de Las Casas, tomaram decididamente o caminho que conduz à constituição de um direito natural subjetivo, condição necessária para o surgimento da moderna doutrina dos direitos do homem. As raízes teológicas destes direitos encontram aqui uma das suas fontes mais importantes, nem sempre adequadamente considerada no seu justo valor histórico e doutrinário.

1. Introdução

Os estudos que se dedicam à reconstrução da evolução histórica das doutrinas dos direitos do homem evidenciam uma genealogia quase “canônica”, que inicia com a *Magna Charta Libertatum*, passa pelo *Bill of Rights* da Revolução Gloriosa para chegar à Declaração do Estado da Virgínia, e finalmente à *Déclaration des droits de l’homme e du citoyen* da Revolução Francesa¹. No entanto, tais reconstruções passam ao largo de um

* Professor do Dep. de Filosofia e do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas – Área de Concentração em Direitos Humanos; membro da Comissão de Direitos Humanos da Universidade Federal da Paraíba. E-mail: pinuccio@uol.com.br.

¹ Entre as obras publicadas no Brasil sobre o assunto assinalamos: COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, São Paulo, Saraiva 1999; TODOROV, Tzvetan, *Nós e os Outros. A reflexão Francesa sobre a diversidade humana*. Vol. I, Zahar, Rio de

momento decisivo deste percurso que mereceria uma maior atenção devido à sua importância histórica. Trata-se do período de transição entre a concepção objetiva do direito, típica de grande parte da tradição antiga e medieval, para a concepção subjetiva do direito.

Esta passagem acontece na época de transição entre o jusnaturalismo antigo e moderno e tem as suas raízes remotas na jurisprudência da Idade Média² nas posições assumidas pelos teólogos franciscanos e nominalistas no debate sobre a pobreza do século XIV e XV, sobretudo a partir de Guilherme do Ockham³ e finalmente nos teólogos da Escola de Salamanca, sobretudo a partir do debate sobre o Novo Mundo na primeira metade do século XVI⁴.

Para o jusnaturalismo antigo, que havia dominado a história do conceito de direito natural desde Aristóteles até o final do século XV, o direito (*dikaion* em grego, *ius* em latim) era definido primariamente como uma relação objetiva e devida, fundada não sobre os gostos e as preferências dos indivíduos, mas sobre o que objetivamente era devido nas relações entre os sujeitos, a partir de uma ordem natural e social que governava o mundo e que era legitimada por Deus, ordem com a qual os sujeitos deviam se conformar, cada um ocupando o seu lugar⁵. Na verdade, cabiam aos súditos mais deveres para com a sociedade do que propriamente direitos.

A partir do fim da Idade Média e do início do Renascimento, o direito (*ius*) tende a ser identificado com o domínio (*dominium*), que, por sua vez, é definido como uma faculdade (*facultas*) ou um poder (*potestas*) do sujeito sobre si mesmo e sobre as coisas.⁶ Inicia assim uma concepção que desvincula e liberta progressivamente o indivíduo da sujeição a uma ordem natural e divina objetiva e lhe confere uma dignidade e um poder próprio e original, limitado somente pelo poder igualmente próprio e original do outro indivíduo, sob a égide da lei e do contrato social⁷.

Janeiro 1993; TRINDADE, José Damião de Lima. *História social dos direitos humanos*. São Paulo: Fundação Peirópolis, 2002. TOSI G. (org.). *Direitos Humanos: história, teoria e prática*. João Pessoa: Editora UFPB, 2005, pp. 99-126.

² Brian Tierney sugere que as origens da doutrina do direito natural subjetivo devem ser procuradas não somente em Ockham e nos nominalistas, mas se encontram já desenvolvidas em plena Idade Média nos escritos dos canonistas e civilistas que constituem a fonte próxima e direta do pensamento do teólogo dominicano Bartolomé de Las Casas. TIERNEY, Brian. *Aristotle and the American Indians - Again. Two critical discussion*, in "Cristianesimo nella Storia", Bologna 12 (1991), pp. 295-322, a p. 299. Ver também do mesmo autor: *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law (1150 - 1625)*, Emory 1997, pp. 255-287.

³ Ver OCKHAM Guilherme de. *Obras políticas*, trad., apr., notas de José Antônio de Camargo R. De Souza, Porto Alegre: EDIPUCRS/USF, 1999.

⁴ Sobre o assunto ainda mantém a sua importância a obra clássica do historiador norte-americano: HANKE, Lewis. *Aristotle and the American Indians*, Bloomington & London, 1959 (*Aristóteles e os Índios Americanos*, Livraria Martins Editora, São Paulo s/d);

⁵ GROSSI, Paolo. *L'ordine giuridico medievale*. Roma-Bari: Laterza, 1996.

⁶ OLIVEIRA, Isabel de Assis Ribeiro, *Direito subjetivo - Base escolástica dos direitos humanos*, in "Revista Brasileira de Ciências Sociais", Vol. 14. N° 41, outubro/99 pp. 31-43.

⁷ GROSSI, Paolo. *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano 1992.

Este processo encontra um momento decisivo na reflexão dos teólogos da Segunda Escolástica, e, em particular, da Escola de Salamanca. O objetivo do presente ensaio é acompanhar um dos momentos cruciais dessa passagem do direito natural antigo ao moderno, a partir de uma leitura da *Relectio de Dominio* de Domingo de Soto e de um confronto com as posições de Francisco de Vitória e Bartolomé de Las Casas, durante o debate sobre os índios do “Novo Mundo” que aconteceu na Espanha na primeira metade do século XVI⁸.

De Soto⁹ enfrenta a questão na *Relectio de Dominio* de 1535 e no grande tratado *De Iustitia et Iure* de 1556¹⁰. Os dois textos constituem tratado sistemático sobre a questão, o que já é, *per se*, novidade em relação ao lugar relativamente modesto que a questão assumia na tradição, por exemplo, na obra de Santo Tomás¹¹. Ocupar-nos-emos, neste artigo, de três aspetos da questão: *dominium et ius*, isto é, a definição de *dominium* propriamente; *domini et servi*, isto é, a questão da legitimidade da escravidão dos povos indígenas e *dominium et potestas*, ou seja, a questão do *dominium* do Imperador e do Papa sobre o mundo.

2 - A relação entre *dominium* e *jus*: a propriedade no direito civil

Dominium, afirma De Soto, pode ser entendido como figura do direito privado (*dominium proprietatis*) e como figura do direito público (*dominium iurisdictionis*).¹² Ele se ocupou dos dois significados, estudando inicialmente o primeiro para verificar a legitimidade do uso no âmbito político.

⁸ Ver TOSI, Giuseppe, *La teoria della schiavitù naturale nel dibattito sul Nuovo Mondo (1510-1573): “Veri domini” o “servi a natura”?*, “Divus Thomas”, n. 33 (3.2002).

⁹ DOMINGO DE SOTO (1495-1560) teólogo dominicano, foi, com Francisco de Vitória, um dos fundadores da Escola de Salamanca. Titular da cátedra de *Víspera de Teologia* em Salamanca e Reitor do Colégio de San Esteban, em 1545 foi chamado como perito ao Concílio de Trento, em lugar de Vitoria, já enfermo. Em 1548, participa, em Augsburg da redação do *Interim*, uma última tentativa de encontrar um compromisso entre luteranos e católicos. No mesmo ano, é nomeado confessor do Imperador Carlos V, cargo ao qual renuncia depois de 18 meses. Logo após a sua volta para Salamanca, em 1552, é indicado para assumir a cátedra de *Prima Teologia*, sucedendo a Melchor Cano, que, por sua vez, havia substituído Vitoria já falecido. Nesta função, a mais prestigiosa de toda Espanha, permanecerá até a sua morte em 1560. A sua obra principal é o tratado *De Iustitia et Iure* publicado em 1556. Os problemas do Novo Mundo ocuparam De Soto durante toda a sua vida: em 1536 os enfrenta na *Relectio De Domino*; em 1550 faz parte da *junta* de teólogos e juristas da disputa de Valladolid entre Sepúlveda e Las Casas e escreve um *Sumario* da mesma. Escreve também um tratado específico sobre a questão, intitulado *De ratione promulgandi evangelium*, perdido. Ver HAMILTON, Berenice. *Political Thought in Sixteenth-Century Spain*, Oxford, 1963, pp.171-180.

¹⁰ DE SOTO, Domingo. *Relectio De Dominio* aos cuidados de J. Brufau Prats, In: “Relectiones y Opusculos”, Salamanca 1995, Vol I; *De Iustitia et Iure* (*De la justicia y del derecho*), 5 vol., Madrid 1967-68. (Copia fotostática da edição de 1556 com tradução em espanhol). As citações serão retiradas destas duas edições.

¹¹ Ver. GROSSI, Paolo. *La proprietà nel sistema privatistico della seconda scolastica*. “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, n° 1 (1973), pp. 119-222, p. 125.

¹² DE SOTO, D. *De Dominio*, § 1, p. 102; *De Iustitia et Iure*, IV, q I, p. 278; *De Dom*, § 2, pp. 103-104.

No momento em que De Soto enfrentou este tema, a reflexão sobre o *dominium* possuía uma longa tradição que havia se desenvolvido durante a famosa disputa sobre a pobreza dos séculos XIII e XIV, disputa que encontrou o seu auge no debate entre os franciscanos e o Papa João XXII¹³. Nela, haviam se engajados teólogos e juristas de inspiração nominalista, como William de Ockham (1290-1349), Richard Fitzralph de Armagh, *Armacanus* (1295-1360), Pierre d'Ailly (1350-1420) e sobretudo Jean Gerson (1362-1429), chanceler da Universidade de Paris que elaborou uma teoria sobre o direito, a propriedade e a liberdade, teoria esta muito discutida e influente.

Os teólogos de Salamanca enfrentaram a discussão com o objetivo de restaurar a verdadeira doutrina tomista contra as correntes nominalistas dominantes à época, sobretudo na Sorbonne de Paris, onde Vitória e De Soto estudaram. Jean Gerson e seus seguidores¹⁴ haviam afirmado que *dominium* é idêntico a *ius*¹⁵ e o haviam definido nesses termos:

Entende-se por propriedade (*dominium*) o poder (*potestas*) ou a faculdade (*facultas*) de assumir as coisas que estão próximas para fazer delas um uso lícito em conformidade com a lei e os direitos (*iura*) racionalmente instituídos (*rationabiliter institutas*).¹⁶

De Soto não aceita a identificação entre *dominium* e *ius* e propõe uma definição mais limitada, afirmando que a noção de *dominium* aparece mais restrita que a de *ius*: com efeito, o pai e o amo têm a obrigação de alimentar o filho e o escravo, o que cria para este um direito (*ius*), mas não significa que estes últimos exerçam um *dominium* sobre aqueles:

O direito (*jus*) é, portanto, idêntico ao justo (*justum*). É, com efeito, o objeto da justiça (*obiectum iustitiae*): é a própria equidade que a justiça constitui entre os homens. A propriedade (*dominium*), ao contrário, é uma faculdade que o senhor (*dominus*) pode utilizar sobre os servos ou sobre as coisas que estão sob o seu arbítrio para a sua comodidade. Isto mostra claramente que o direito (*jus*) não é idêntico à propriedade (*dominium*) mas lhe é superior e mais amplo.¹⁷

De Soto se distanciou, assim, das concepções (ultra) subjetivistas do direito, que os teólogos e os juristas *moderni* haviam introduzido seguindo os

¹³ Ver a precisa e documentada análise deste percurso in TUCK, Richard. *Natural Rights Theories. Their origin and development*, Cambridge 1979; e TIERNEY, Brian. *The Idea of Natural Rights...*cit. pp. 93-206.

¹⁴ Como o teólogo nominalista Gabriel Biel (1410-1495), o jurista Conrad Summenhart (1465-1511) e o teólogo escocês John Mair (†c .1550) ao qual devemos a primeira intervenção teológica sobre a questão do Novo Mundo, em 1513.

¹⁵ “Deinde aiunt (iuniores) dominium idem esse prorsus quod ius secundo modo acceptum (pro legitima potestate), qua quis fungitur in personam aliquam vel rem”. *De Iustitia et Iure*, IV, I, p. 279.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ DE SOTO, D. *De Iustitia et Iure*, IV, q I, p. 279.

passos dos nominalistas medievais: *dominium* é uma parte do *ius*, o qual contém um âmbito maior de significados. Os *moderni*, ao contrário, identificando os dois conceitos, tendiam a considerar o sujeito como único titular de direitos e a conceber o direito como propriedade e apropriação de um sujeito sobre uma série de direitos (*iura*), cujo único limite era dado pela lei.¹⁸ De Soto, ao contrário, retomou e revigorou a concepção objetiva da tradição e de Santo Tomás: *ius idem est quod iustum*¹⁹, *ius est in rebus*²⁰, *ius est obiectum iustitiae*²¹. Etimologicamente *ius* é feito derivar de *iustum* e De Soto observa que a palavra grega *dikaion* significa indistintamente *ius* e *iustum*.²² O direito (*ius*) então, é referido a uma ordem objetiva à qual os sujeitos têm que conformar seu comportamento, guiados pela lei divina e humana e educados através do exercício da justiça, que é “uma virtude com fundamento na vontade a qual, guiada pela lei, determina o justo nas coisas.”²³

Apesar desta importante diferença com os teólogos *iuniores*, que mostra a determinação de se manter fiel à concepção objetiva do direito, De Soto aceita definir *dominium* nos termos propostos por Jean Gerson, isto é como *potestas vel facultas* de um sujeito de possuir algo para uso próprio:²⁴

A propriedade (*dominium*), portanto, é uma faculdade (*facultas*) própria de cada um que expressa o direito (*ius*) sobre uma coisa qualquer que uma pessoa possa utilizar (*usurpare*) para sua própria comodidade e para qualquer uso permitido pela lei (*quocumque usu lege permesso*).²⁵

O que nos parece importante sublinhar é que o *dominium* distingue-se das outras formas de uso ou usufruto porque, enquanto nas outras figuras jurídicas se tem somente o uso da coisa, somente o “*dominus potest alienare rem*.” Deste modo, De Soto tomava posição a favor das teses franciscanas na disputa medieval sobre a pobreza: “A conclusão a que nós chegamos é que é possível distinguir o uso da propriedade e que os frades menores possuem o uso, mas não a propriedade nem em privado nem em comum.”²⁶

Significativo é que, embora De Soto distinga *ius* e *dominium*, em contraposição aos *moderni*, ele tende, em sintonia com esses últimos, a identificar *dominium* com *libertas*, isto é, a considerar a propriedade como uma característica intrínseca do homem e como condição necessária à sua

¹⁸ TUCK, R. *Natural Rights Theories...* cit., p. 46.

¹⁹ DE SOTO, D. *De Iustitia et Iure*, IV, I, p.279.

²⁰ IDEM, III, I, p. 193.

²¹ IDEM, III, I, p. 192.

²² IDEM, III, I, p. 193.

²³ *Ibidem*.

²⁴ No: *De vita Spirituali Animae* Gerson havia definido o direito: “*Ius est facultas seu potestas propinqua conveniens alicui secundum dictamen rectae rationis...*”: Ver TUCK. R. *Natural Rights Theories...* cit., p. 26.

²⁵ DE SOTO, D. *De Iustitia et Iure*, IV, I, p. 280.

²⁶ IDEM, § 7, pp. 117-118. Ver, GROSSI, P. *La proprietà nel sistema privatistico ...* cit., pag. 128.

liberdade.²⁷ Desta maneira, De Soto, apesar da *vis* polemica contra os *iuniores* acaba por aceitar muitos dos seus pressupostos.

3 - A questão da escravidão: se é justo que um homem possa ser senhor de um outro homem ²⁸

A doutrina de De Soto (e Vitoria) sobre a escravidão ou a liberdade dos novos povos descobertos é notável aplicação desta nova maneira de entender o *dominium*. Para De Soto, retomando Aristóteles, a escravidão pode ser legal ou natural. A escravidão legal pode se dar por motivo de dívidas, quando as pessoas se vendem por necessidade em troca de um *pretium*".²⁹ De Soto cita expressamente o tráfico dos escravos negros realizado pelos portugueses (*lusitani* com *etiopi*), afirmando que "se eles se vendem livremente, não há razão de considerar como criminoso este comércio"³⁰. Ao contrário, caso seja comprovado – como parece que efetivamente acontece – que este tráfico é realizado através do engano e da força, os portugueses são obrigados a devolver a liberdade àqueles que foram feitos escravos injustamente, mesmo se assim fazendo não recuperam o preço pago por eles. Continua, o teólogo, afirmando que quem alegasse como pretexto estar pagando a escravidão com o grande benefício da conversão ao cristianismo estaria fazendo uma "ofensa à fé que deve ser ensinada e com persuasão e suma liberdade"³¹.

O segundo tipo de escravidão legal deriva do direito de guerra: a própria etimologia da palavra *servus* indicaria a origem deste tipo de escravidão, pois, como havia afirmado Santo Agostinho, *servus* origina-se de *servare*, isto é, conservar em vida os prisioneiros de guerra que, de outra forma, seriam mortos."³²

A escravidão natural, definida por Aristóteles na *Politica*³³, merece um discurso mais complexo.³⁴ A escravidão natural é aquela que exercem os homens de engenho superior (*elegantiori ingenii*) sobre aqueles que são torpe e rudes (*hebeti ac rudi*). De Soto concorda com Aristóteles considerando a escravidão natural justa, porém, à diferença do filósofo, afirma que "aquele que é naturalmente *dominus* não pode usar os que são servos por natureza

²⁷ Desta maneira, enquanto para a tradição do direito romano e medieval, as *libertates* não eram propriamente direitos, mas privilégios concedidos pelo príncipe, Gerson tende a assimilar o direito à liberdade de um sujeito, como mostra Richard Tuck: "But by claiming tha *ius* was *facultas*, Gerson was able to assimilate *ius* and *libertas*." TUCK, R. *Natural Rights Theories...* cit., p. 26.

²⁸ DE SOTO D. *De Dom.*, § 24-26, pp. 146-152.

²⁹ IDEM. *De Iustitia et Iure*, IV, q II, p. 289.

³⁰ *Ibidem*

³¹ *Ibidem*.

³² DE SOTO. D. *De dom.*, §25, p. 150.

³³ ARISTÓTELES, *Pol.*, I, 5 1254 b 15- 1255a3. Sobre a doutrina da escravidão natural ver: TOSI, Giuseppe. *Aristóteles e a escravidão natural*. "Boletim do CPA", Ano VII, n° 15, (Janeiro/Junho 2003), pp. 71-99.

³⁴ DE SOTO. D. *De Dom.*, § 24, p. 146.

para uso próprio, como se fossem coisas de sua propriedade, mas deve servir-se deles como se fossem homens livres e independentes, para o proveito e a utilidade deles mesmos, instruindo-os e educando-os nos costumes.”³⁵ Numa clara referência ao problema indígena, nega que os cristãos possam invadir com as armas os países dos infiéis que, devido aos costumes rudes, aparecem como naturalmente servos. Afirma De Soto – afastando-se completamente de Aristóteles – que:

Aquele tipo de servidão (a natural) não lhe retira a liberdade como no caso dos que se venderam ou foram capturados como prisioneiros de guerra. E uma vez que a liberdade é o fundamento da propriedade (*dominium*), eles (os índios) conservam os seus direitos sobre os seus bens³⁶.

Aristóteles havia admitido que nações inteiras (os bárbaros) poderiam ser consideradas escravas por natureza, mas este tipo de gente poderia existir também numa mesma cidade ou numa mesma família: servos por natureza podem ser encontrados também entre os cristãos, sem que, no entanto, isto ofereça pretexto para despojá-los dos seus bens³⁷. Quando Aristóteles afirma que “da mesma maneira com que podem ser vendidos os animais, assim podemos empreender uma guerra contra aqueles homens que nasceram para servir”, ele se referia àqueles seres que “como as feras vivem errantes e sem respeito algum pelas leis do pacto e invadem as propriedades alheias por onde passam.”³⁸

Juan Ginés de Sepúlveda, o adversário dos teólogos dominicanos, havia defendido uma aplicação literal desta doutrina aos índios do Novo Mundo³⁹, mas os escolásticos de Salamanca assumem uma posição diferente. A doutrina da escravidão natural não é colocada em dúvida – devido à autoridade de Aristóteles – mas interpretada num sentido mais favorável ao escravo: aqueles que são *a natura domini* podem dominar os que são *a natura servi*, mas não em benefício próprio, mas em benefício dos servos. Desta maneira, De Soto afirma que a relação entre espanhóis e índios deve ser exercida não em analogia com o governo despótico do senhor sobre o escravo, mas com o governo que o pai exerce sobre o filho ou o marido sobre a mulher.

De Soto reconhece também, embora não a desenvolva, uma distinção importante entre dois tipos de barbárie: uma política que inclui todos aqueles que não sabem governar-se por si mesmos e a outra que se refere às características anti-sociais de alguns povos ou pessoas que vivem *ex lege*,

³⁵ IDEM: *De Iustitia et Iure*, IV, q. II, p. 290: “Eo quod servitus illa libertatem non tollit, veluti illorum conditio, qui vel se vendiderunt, vel bello capti sunt. Et cum **fundamentum domini sit libertas**, nullum ammittunt suarum rerum.”

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem*

³⁸ *Ibidem*

³⁹ SEPÚLVEDA, Juan Ginés de. *Democrates segundo o de las justas causas de la guerra contra los indios*, a cura de A. Losada, Madrid 1984 (1951).

afirmando que Aristóteles se refere somente a esses últimos quando admite a caça. Esta distinção entre os tipos de Bárbaros será desenvolvida de forma mais detalhada e profunda por Bartolomé de Las Casas na sua *Apologia*, lida durante quatro dias seguidos frente à *junta* de teólogos e juristas convocados em Valladolid, pelo Imperador, para dirimir a disputa entre ele e Juan Ginés de Sepúlveda, em 1550.⁴⁰

4 - A relação entre *dominium* e *iurisdictio*: o domínio no direito público

Para De Soto, o âmbito do *dominium* é propriamente o “econômico”, no sentido aristotélico do termo, isto é, relativo à casa. Entende, porém, que pode existir igualmente um *dominium* político. Em particular, a questão aqui enfrentada diz respeito ao domínio do Imperador sobre toda a terra. A questão é considerada por De Soto como um *dubium potissimum* e ele a estudou amplamente estudada para chegar a uma conclusão surpreendente em relação à legitimidade das conquistas ultramarinas.

Inicialmente são citadas as autoridades favoráveis à tese do domínio universal do Imperador, isto é, *iureconsulti, canonici et iuristi*. Em seguida, retomando as observações iniciais, De Soto distingue entre o *dominium* de que falou anteriormente, no sentido de propriedade, e o *dominium* no sentido de poder jurisdicional:

Uma coisa é o direito (*jus*) ou a propriedade (*proprietas*) sobre as coisas, de que falamos anteriormente; outra coisa é o poder de jurisdição (*potestas iurisdictionis*) que se dá entre dominante e dominado, como é o caso do domínio dos príncipes sobre os súditos.⁴¹

Em termos exatos não se poderia falar de um *dominium* do rei sobre os súditos, mas somente de uma sua *iurisdictio*. Que o Imperador possa ser *dominus totius orbis* no primeiro sentido é considerada uma daquelas opiniões insensatas que, como diz o filósofo,⁴² não merecem nem sequer ser discutidas. Com efeito, nem as coisas do reino de Castilha são suas propriedades privadas.⁴³

Mas, também o *dominium* como poder jurisdicional deve ser negado ao Imperador: “A nossa quinta conclusão é que o Imperador não é senhor de toda a terra (*dominus totius orbis*), nem possui uma jurisdição universal conferida por Deus que se estende sobre toda a terra”.⁴⁴ Não o é por direito

⁴⁰ LAS CASAS, Bartolomé de. *Apologia*, Madrid: Alianza, 1988. (“Obras completas, vol 9).

⁴¹ IDEM, § 28, p. 156.

⁴² ARISTÓTELES, *Metafísica*, IV, 3, 1005a; XI, 6, 10062 b.

⁴³ DE SOTO, D. *De Dom.*, § 28, p. 156.

⁴⁴ IDEM, § 29, p. 156.

natural, porque “por direito natural todos os homens são iguais, uma vez que todos são da mesma natureza; por isso ninguém pode ser senhor de outros desta maneira”.⁴⁵ Nem por direito humano, porque não houve uma eleição universal: “portanto se alguém quisesse ser senhor de toda a terra, deveria sê-lo por eleição de todo o orbe e não por direito natural ou divino”. Se esta eleição fosse possível e acontecesse existiria um Imperador legítimo senhor do Mundo, por direito positivo, mas como isto nunca existiu, ergo... Nem é *dominus* do mundo inteiro por ter recebido este poder do Imperador romano, inclusive, porque, afirma De Soto, os próprios romanos conquistaram o império pela força e não por uma dádiva divina⁴⁶.

A conclusão de De Soto é muito clara: o Imperador, não sendo *dominus totius orbis*, não tem domínio sobre as terras dos infiéis, com exceção daquelas que estes usurparam aos cristãos, como na África e nos territórios invadidos pelos Turcos⁴⁷. Não é este o caso dos *insulani recenter inventi*, os quais não perdem seus bens e seu *dominium* devido à sua infidelidade, como De Soto afirma claramente numa passagem que relembra (e precede) o capítulo da *De Indis*, de Vitória, sobre os títulos não legítimos e que merece ser transcrito por inteiro:

Porém, nos povos das ilhas recentemente descobertas (*isti insulani*) estas duas situações não se dão; com efeito eles não perdem os direitos sobre os seus bens e o domínio por jurisdição, nem devido à sua infidelidade nem devido aos maiores pecados, como afirma Santo Tomás na Suma Teologia (II, II, q. 10, a 10). Com efeito, como ele afirma, a distinção entre os domínios e as propriedades foi introduzida por direito humano, mas a distinção entre fieis e infiéis é de direito divino. Porém, o direito divino, que pertence ao âmbito da graça, não tolhe o humano que é conforme a razão natural⁴⁸.

Este claro princípio tomista será um dos fundamentos da doutrina dos mestres de Salamanca e constituirá o ponto fundamental de discriminação entre as posições de Sepúlveda, que segue a tradição do agostinismo político. Porém, o poder do Imperador sobre o mundo poderia ter sido a ele conferido pelo Papa, “qui est dominus orbis”; mas tal afirmação do poder temporal do Papa sobre o mundo é decididamente recusada por De Soto com argumentos retirados dos Evangelhos:

Cristo não foi rei por nenhum título terreno, nem possuiu algum *dominium* temporal não somente sobre a terra, mas tampouco sobre qualquer povoado (*alicuius oppiduli*), mas somente teve o poder sobre as coisas temporais para um fim espiritual (*in ordine ad finem spiritualem*), ou seja, para o fim da salvação (*ad redemptionem*).⁴⁹

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ IDEM, § 30, p. 164.

⁴⁷ IDEM, § 32, p. 170.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ IDEM, § 33, p. 172.

De Soto segue o mesmo argumento de Vitoria: o Papa não detém o poder temporal senão para fins espirituais. A conclusão geral do quesito sobre a legitimidade do domínio das novas terras descobertas é desconcertante para um teólogo oficial como De Soto:

Devemos concluir, portanto, que o Imperador não possui o Império sobre o mundo por nenhum caminho (*nulla via*). **Com que direito, então, conseguimos o Império ultramarino que encontramos? Na verdade, eu não sei.**⁵⁰

A conclusão de De Soto é a formulação de uma aporia e a expressão de uma perplexidade difundida entre os maiores teólogos da época: perplexidade que contribuirá na formulação da famosa *duda imperial* de Carlos V e que perpassará todo o debate sobre a conquista, pelo menos durante a primeira metade do século, até a grande disputa de Valladolid de 1550-51.⁵¹

5 - As raízes teológicas dos direitos humanos

Retomando o itinerário da reflexão de De Soto sobre o *dominium*, levada adiante à luz do pensamento aristotélico e dos problemas suscitados pelos povos *recenter inventi*, podemos evidenciar os pontos centrais e a sua importância para a afirmação de um direito subjetivo.

De Soto reconhece que a palavra *dominium* tem dois significados fundamentais: um econômico, no sentido antigo de *oikos*, e o outro político. No primeiro sentido, o termo se refere ao governo que o homem livre exercita sobre si mesmo, os seus bens e os outros seres humanos a ele subordinados: filhos, mulheres e escravos. Transpor tal significado “doméstico” para o âmbito “político” comporta graves equívocos que podem levar a um tipo de governo tirânico. De Soto traduz com *dominium* o governo *despótico* de que fala Aristóteles na *Política* e o considera ilegítimo por duas razões: porque retira a liberdade dos cidadãos e porque é exercido somente em benefício do senhor e não dos súditos.

Por isso, De Soto introduz a distinção entre *dominium* e *iurisdictio*: nenhum governante é *dominus* no sentido de proprietário dos bens e da vida dos súditos, mas o é somente quanto à jurisdição. Portanto, tampouco o Imperador será *dominus totius orbis*. *Dominium*, enquanto *propriedade*, assume o seu caráter estritamente econômico: trata-se, então, de justificar o espaço da propriedade dos indivíduos sobre si mesmos, sobre os animais, sobre as coisas e eventualmente sobre outros homens, isto é, os *servi*. É neste contexto que ele procura conciliar a tradição cristã, que não reconhecia nenhum escravo por natureza, com a teoria aristotélica. De Soto admite que os povos

⁵⁰ IDEM, § 34, p. 176: “Habemus ergo quod Imperator nulla via habet Imperium in toto orbe. Quo ergo iure obtemus Imperium quod modo reperitur ultramarinum? Re vera ego nescio”.

⁵¹ Sobre o debate de Valladolid ver as fundamentais contribuições de: HANKE, Lewis. *La lucha por la justicia en la conquista de América*, Madrid, 1988 (1949).

do Novo Mundo são, de alguma maneira, *servi*. São, dessa forma, passíveis de submissão a certo poder por parte dos espanhóis. Nega, entretanto, que este poder seja o poder despótico do senhor sobre os servos; ao contrário ele se parece com o poder de um pai sobre os filhos, exercitado por homens mais sábios e inteligentes em benefício dos próprios indígenas, para permitir sua saída do estado de inferioridade em que se encontravam.

O outro fio do discurso se entrelaça com este, e se refere à relação entre *dominium* e *iur*. Se, por um lado, De Soto reconhece que não é possível identificar os dois termos, visto que o conceito de *jus* recobre um âmbito de significados maior que o de *dominium*; por outro lado, ao aceitar substancialmente a definição de *dominium* como *facultas vel potestas* de um sujeito, ele se move na mesma direção dos *moderni*, isto é, na direção de uma concepção subjetiva do direito.⁵²

No interior de uma concepção formalmente objetiva do direito, começa a aparecer, assim, uma concepção subjetiva do domínio, como algo existente no estado de natureza originário, cujo fundamento é a imagem de Deus que se expressa na racionalidade humana e que constitui uma característica intrínseca do homem; sem a propriedade sobre si mesmo, as próprias ações e os próprios bens, o homem não é livre. Como afirma Paolo Grossi:

Minha liberdade coincide com a propriedade que eu tenho sobre mim mesmo e minhas ações, minha existência de sujeito livre consiste numa série de comportamentos “dominativos”, em suma na propriedade que eu tenho de mim mesmo⁵³.

Esta tendência, que Grossi define como a inclusão do “meu” na esfera do “eu”,⁵⁴ encontra na questão indígena uma das suas aplicações mais fecundas, pois permite a garantia do verdadeiro *dominium* e da liberdade dos indígenas. Com efeito, **“uma vez que o fundamento do domínio é a liberdade, (os índios) não perdem nenhum direito sobre os seus bens”**.⁵⁵ Estas palavras de De Soto relembram as de Francisco de Vitória na conclusão da primeira parte da *Relectio de Indis*:

⁵² Não por acaso Michel Villey inclui os escolásticos espanhóis entre os máximos responsáveis da “deformação” do direito natural antigo e da passagem ao direito natural subjetivo moderno: “La thèse que je vais soutenir est que notre notion de la loi a le défaut d’être elle aussi un corps étranger, et le produit d’une infiltration dans le droit d’une *Théologie*, que cette infiltration malheureuse s’est produit à l’époque moderne et que la scolastique espagnole est la plus grande responsable de cet événement”. VILLEY, Michel. *La promotion de la loi et du droit subjectif dans la seconde scolastique*, in “Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno”, n° 1 (1973), p. 55; e também *Déformations de la philosophie du droit d’Aristote entre Vitoria et Grotius*, in “Platon et Aristote à la Renaissance”, XVII-Colloque International de Tours, Paris, Vrin 1976, pp. 201-215.

⁵³ GROSSI, P. *La proprietà nel sistema privatistico...cit.*, p. 135.

⁵⁴ IDEM, pp. 187-88.

⁵⁵ DE SOTO, D. *De Iustitia et Iure*, IV, q I, p. 290.

De tudo o que dissemos resulta que, sem dúvidas, **os bárbaros eram verdadeiros senhores tanto quanto os cristãos, tanto do ponto de vista do direito público como do direito privado**; e que, portanto não poderiam ter sido despojados dos seus príncipes e dos seus bens, como se não fossem os verdadeiros senhores.⁵⁶

Tal afirmação será levada às extremas conseqüências pelo Procurador dos índios, Bartolomé de Las Casas, o qual, porfiando no princípio de que os índios eram *veri domini publice et privatim, sicut christiani* retirava qualquer legitimidade teológica e jurídica à conquista espanhola dos novos territórios e exigia a restituição dos bens roubados e o restabelecimento dos legítimos senhores (*domini*) indígenas, justificando como única guerra justa no Novo Mundo, a dos indígenas contra os usurpadores⁵⁷.

O *dominium* do homem sobre si mesmo, sobre os outros seres irracionais e sobre os bens encontra seu fundamento ontológico no princípio bíblico segundo o qual o homem foi criado por Deus à sua imagem e semelhança: *fundamentum dominii est imago Dei*, diziam os escolásticos. A presença da imagem de Deus no homem é testemunhada pela sua racionalidade e sociabilidade, características a ele intrínsecas que o tornam um ser fim em si mesmo e não meio para outro, portanto um ser livre. Contra Aristóteles, Bartolomé de Las Casas estende tal concepção a todos os homens, recorrendo ao argumento da perfeição da natureza humana criada por Deus: a natureza não pode ter produzidos povos inteiros nos quais a racionalidade não tenha sido realizada.

Para os teólogos de Salamanca e Bartolomé de Las Casas cada homem é um reflexo da imagem de Deus e, portanto, não podem existir distinções “naturais” entre escravos e livres. Todos os homens indistintamente possuem uma identidade comum: *la humanidad es una*, pregava o frade dominicano.⁵⁸

Também aqueles seres humanos que não manifestam caracteres de racionalidade plena são filhos de Deus e devem ser tratados como irmãos. Assim afirma Francisco de Vitória a respeito dos deficientes (*amentes*) que podem também sofrer injustiças (*pati iniurias*); assim assevera Las Casas a respeito dos *barbari*: também para eles Cristo derramou o seu sangue.

A concepção fixista e naturalista das diferenças entre os homens, presente na teoria aristotélica da escravidão natural, não era compatível com

⁵⁶ “Restat ergo ex omnibus dictis quod sine dubio barbari erant et publice et privatim ita veri domini, sicut christiani; nec hoc titulo potuerunt spoliari aut principes aut privati rebus suis, quod non esset veri domini”. VITORIA, Francisco de. *Relectio de Indis* (1538), aos cuidados de L. Pereña e J.M. Perez Prendes, Consejo Superior de Investigación Científica, Madrid, 1981 (1967), I, I, 16, p. 30. (*Corpus Hispanorum de Pace*, Vol. V).

⁵⁷ LAS CASAS, Bartolomé de. *De Regia Potestate (o derecho de autodeterminación)*, ed. crítica bilingüe aos cuidados de L. Pereña-J.M. Perez Prenda-Vidal Abril-J.Azcarraga, Madrid 1984. (“*Corpus Hispanorum de Pace*”, Vol. VIII). Ver também JOSAPHAT, Carlos. *Las Casas. Todos os direitos para todos*, Ed. Loyola, São Paulo 2000. TOSI, Giuseppe *Bartolomé de Las Casas: primeiro filósofo da libertação Latino-americano*. In “PIRES, Cecília (org.). *Vozes Silenciadas*. Porto Alegre: Unijui 2003, pp.157-176.

⁵⁸ Ver HANKE, Lewis. *All Mankind is One*, Illinois, 1974.

a tradição cristã de um Deus bom e misericordioso: qualquer homem, mesmo “inferior”, vicioso, pagão ou bárbaro pode sempre se levantar de sua condição de inferioridade e converter-se à Cristo, retomando a sua intrínseca dignidade. O universalismo cristão tornava impossível defender uma teoria da superioridade permanente de um povo sobre outro.

Na doutrina do *dominium* que é condição da liberdade do sujeito e na doutrina do seu fundamento na imagem de Deus, encontram-se as raízes teológicas de um direito subjetivo que será posteriormente secularizado pelo jusnaturalismo moderno, dando origem às doutrinas dos direitos do homem que conhecemos.

6 - Referências

Autores

LAS CASAS, Bartolomé de. *Apologia*. In “Obras Completas”, vol. 9, Madrid: Alianza, 1988.

_____. *De Regia Potestate (o derecho de autodeterminación)*, ed. crítica bilíngüe de L. Pereña-J.M. Perez Prenda-Vidal Abril-J.Azcarraga, Madrid 1984. (“Corpus Hispanorum de Pace”, Vol. VIII).

_____. *De Regia Potestate* ed. crítica bilíngüe Jaime Gonzáles Rodríguez e A. H. Perez Luño. Madrid: Alianza, 1990 (“Obras completas” Vol. 12)

OCKHAM, Guilherme de. *Obras políticas*, trad., apr., notas de José Antônio de Camargo R. De Souza, Porto Alegre: EDIPUCRS/USF, 1999.

SEPÚLVEDA, Juan Ginés de. *Democrates segundo o de las justas causas de la guerra contra los indios*, a cura de A. Losada, Madrid 1984 (1951).

SOTO, Domingo de. *Relectio De Dominio* aos cuidados de J. BRUFAU PRATS. In: *Relecciones y Opusculos*, Salamanca 1995, Vol I;

_____. *De Iustitia et Iure (De la justicia y del derecho)*, 5 vol., Madrid 1967-68. (Copia fotostática da edição de 1556 com tradução em espanhol).

VITORIA, Francisco de. *Relectio de Indis (1538)*, aos cuidados de L. Pereña e J.M. Perez Prendes, Madrid, 1981 (1967), (*Corpus Hispanorum de Pace*, Vol. V).

Comentadores

COMPARATO, Fábio Konder *A afirmação histórica dos direitos humanos*, São Paulo, Saraiva 1999;

GROSSI, Paolo. *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari 1996.

_____. *La proprietà nel sistema privatistico della seconda scolastica*, in “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, n° 1 (1973), pp. 119-222, p. 125.

_____. *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano 1992.

HAMILTON, Berenice. *Political Thought in Sixteenth-Century Spain*, Oxford, 1963.

HANKE, Lewis. *Aristotle and the American Indians*, Bloomington & London, 1959 (*Aristóteles e os Índios Americanos*, Livraria Martins Editora, São Paulo s/d);

_____. *All Mankind is One*, Illinois, 1974.

_____. *La lucha por la justicia en la conquista de América*, Madrid, 1988 (1949).

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

OLIVEIRA, Isabel de Assis Ribeiro, *Direito subjetivo - Base escolástica dos direitos humanos*, in “Revista Brasileira de Ciências Sociais”, Vol. 14. N° 41, (outubro/99), pp. 31-43.

TIERNEY, Brian. *Aristotle and the American Indians - Again. Two critical discussion*, “Cristianesimo nella Storia”, Bologna 12 (1991), pp. 295-322.

_____. *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law (1150 - 1625)*, Emory 1997.

TODOROV, Tzvetan. *A conquista da América. A questão do outro*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Nós e os Outros. A reflexão francesa sobre a diversidade humana*. Zahar, Rio de Janeiro 1993.

TOSI, Giuseppe (org.). *La teoria della schiavitù naturale nel dibattito sul Nuovo Mondo (1510-1573): “Veri domini” o “servi a natura”?*, “Divus Thomas”, Bologna 2002.

_____. *Bartolomé de Las Casas: primeiro filósofo da libertação Latino-americano*. In “PIRES, Cecília (org.). *Vozes Silenciadas*. Porto Alegre: Unijui 2003, pp.157-176.

_____. *Aristóteles e a escravidão natural*, boletim do CPA, Ano VII, n° 15, Janeiro/Junho 2003, pp. 71-99.

_____(org.). *Direitos Humanos: historia, teoria e pratica*. João Pessoa: Editora UFPB, 2005.

TRINDADE, José Damião de Lima, *História social dos direitos humanos*. São Paulo: Fundação Peirópolis, 2002.

TUCK, Richard. *Natural Rights Theories. Their origin and development*, Cambridge 1979.

VILLEY, Michel. *La promotion de la loi et du droit subjectif dans la seconde scolastique*, in “Quaderni Fiorentini per La Storia del Pensiero Giuridico Moderno”, n° 1 (1973).

_____. *Déformations de la philosophie du droit d'Aristote entre Vitoria et Grotius*, in “Platon et Aristote à la Renaissance”, XVII-Colloque International de Tours, Paris, Vrin 1976, pp. 201-215.