

Fernando Rodrigues Montes D'Oca*

O direito positivo das gentes e a fundamentação não naturalista da escravidão em Francisco de Vitoria

Resumo: O objetivo deste estudo é apresentar a doutrina sobre o «direito das gentes» (*ius gentium*) de Francisco de Vitoria e explicar por que Vitoria não aceita uma fundamentação naturalista do direito das gentes. De acordo com Vitoria, nem o direito das gentes nem a escravidão podem ser fundamentados naturalmente, pois não concernem ao que é absolutamente justo, mas apenas ao que é relativamente justo. Portanto, tanto o direito das gentes quanto a escravidão pertencem ao direito positivo, i.e., ao campo do direito que trata das coisas que implicam justiça apenas relativamente.

Palavras-Chave: Francisco de Vitoria, direito das gentes, direito natural, direito positivo, escravidão.

Abstract: The aim of this study is to present Francisco de Vitoria's doctrine of the «law of nations» (*ius gentium*), and to explain why Vitoria does not accept a naturalist groundwork of it. According to Vitoria, neither the law of nations nor slavery can be grounded naturally, because they are not respective to what is absolutely fair, but only to what is relatively fair. Therefore, both the law of nations and slavery pertain to the positive law, i.e. the scope of law and right that treats of things that imply fairness only in a relative sense.

Keywords: Francisco de Vitoria, law of nations, natural law, positive law, slavery.

* Doutorando em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUCRS Professor do Instituto Federal Sul-Rio-Grandense, IFSul (*Campus* Pelotas). Praça Vinte de Setembro, 455 (Sala 438C), Pelotas, RS, Brasil, montesdoca@pelotas.ifsul.edu.br

Introdução

O presente estudo tem por objetivo apresentar o conceito de «direito das gentes» (*ius gentium*) no interior do pensamento político-jurídico do filósofo, teólogo e jurista espanhol Francisco de Vitoria (1483-1546), bem como tratar do tema conexo sobre a escravidão natural. Segundo o Mestre Salmantino, nem o direito das gentes, nem a controversa prática da escravidão encontram uma justificação naturalista, uma vez que nem aquele e nem esta tratam do que é justo absolutamente ou do que implica equidade por si. Ambos só se justificam em razão de suas consequências e, portanto, nem implicam justiça absoluta e nem podem vir a fazer parte do direito que trata das práticas e condutas que são justas e boas por si mesmas, o direito natural.

Essa posição positivista em relação ao direito das gentes e a consequente adoção de uma fundamentação não naturalista para a prática da escravidão se justificam, por um lado, em razão de um afastamento do pensamento de Vitoria em relação à tradição dos jurisconsultos romanos e, por outro, devido a uma discordância em relação à tese aristotélica sobre a escravidão natural.

Em vista de perseguir o objetivo de apresentar a doutrina de Vitoria acerca do estatuto do direito das gentes, utilizamo-nos fundamentalmente do comentário do Mestre Salmantino à *Secunda Secundae Summae Theologiae*¹ de Tomás de Aquino, comentário que reúne as lições ordinárias apresentadas na cátedra de Prima da Universidade de Salamanca e que remonta aos períodos entre 1526 e 1529 e entre 1534 e 1537, bem como da *relectio* teológico-jurídica *De indis recenter inventis prior*², a qual remonta aos anos de 1537 e 1538³.

A matéria deste texto está estruturada em quatro seções. Na primeira, esclarecemos os termos da matéria, ou seja, definimos o que Vitoria entende por direito natural

¹ Francisco de Vitoria, *Comentarios a la Secunda Secundae de Santo Tomás – Tomo III: De justitia (qq. 57-66)*, ed. V. BELTRÁN DE HEREDIA, Biblioteca de Teólogos Españoles, Salamanca 1934. Cfr. Francisco de Vitoria, «Anotaciones y Comentarios: Cuestión sobre el Derecho de Gentes», in L. PEREÑA (ed.): *Francisco de Vitoria: Escritos Políticos*, Depalma, Buenos Aires 1967, pp. 293-310.

² Francisco de Vitoria, «De los indios recientemente descubiertos: reelección primera», in T. URDANOZ (ed.): *Obras de Francisco de Vitoria: Relecciones Teológicas*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid 1960, pp. 641-726. Cfr. Francisco de Vitoria, «Relección primera sobre los indios recientemente descubiertos», in L. F. DELGADO (ed.): *Francisco de Vitoria: Sobre el poder civil, Sobre los indios, Sobre el derecho de la guerra*, Editorial Tecnos, Madrid 1998, pp. 55-150.

³ Seguimos aqui a cronologia estabelecida por Heredia. Cfr. V. BELTRÁN DE HEREDIA, *Los manuscritos del Maestro Fray Francisco de Vitoria, O. P. Estudio crítico de introducción a sus Lecturas y Relecciones*, Madrid-Valencia, 1928. Cfr. também: T. URDANOZ, «Introducción Biográfica», in T. URDANOZ (ed.): *Obras de Francisco de Vitoria: Relecciones Teológicas*, op. cit., pp. 1-107; L. PEREÑA, «Introducción», in L. PEREÑA (ed.): *Francisco de Vitoria: Escritos Políticos*, op. cit.,

e por direito positivo, tendo como base o Artigo 2 da Questão 57 do comentário de Vitoria à *Secunda Secundae*. Na segunda, apresentamos a concepção positivista de Vitoria em relação ao direito das gentes, desta vez trabalhando fundamentalmente com o Artigo 3 da Questão 57. Na terceira, tentamos explicar as razões por que Vitoria assume tal concepção positivista e abordamos o tópico da fundamentação não naturalista da escravidão. Utilizamos-nos nesta seção tanto do comentário à *Secunda Secundae* quanto da *De indis recenter inventis prior*. Finalmente, na quarta seção, são apresentadas algumas conclusões a que se pode chegar a partir da análise da doutrina do Mestre Salmantino sobre o direito das gentes.

1. Direito natural e direito positivo: definições (Questão 57, Artigo 2)

Antes de tratar do controvertido direito das gentes, no Artigo 3 de seu comentário à Questão 57 da *Secunda Secundae*, Vitoria, no Artigo 2 da mesma questão, esclarece dois pontos de sua filosofia jurídica. O primeiro ponto trata da divisão interna do direito. O segundo esclarece como deve ser entendida cada parte interna do direito.

Quanto à divisão propriamente dita, Vitoria filia-se à tradição que tem início em Aristóteles (384-322 a.C.) de conceber o direito de modo bipartido, a saber, em direito natural e direito positivo, visto que «o justo político» (*politikòn dikaion*), tal como ensina o Estagirita no Livro V de sua *Ethica Nicomachea*, divide-se em «natural» (*physikòn dikaion*) e «legal», (*nomikòn dikaion*)⁴, e não na linha de uma tripartição, a saber, em direito natural, direito positivo ou civil e direito das gentes, como se pode ver, por exemplo, em Ulpiano (170-228) e Isidoro de Sevilha (560-633)⁵.

O teor da divisão bipartida que Vitoria propõe segue de perto o ensinamento tomista. O «direito» (*ius*), ou o «justo» (*iustum*), que consiste na adequação segundo o modo da igualdade, é dito duplamente: em um primeiro modo, é dito justo aquilo que

pp. ix-xxiii; L. F. DELGADO, «Estudio Preliminar», in L. F. DELGADO (ed.): *Francisco de Vitoria: Sobre el poder civil, Sobre los indios, Sobre el derecho de la guerra*, op. cit., pp. ix-xxxvi.

4 Aristoteles, *Ethica Nicomachea*, 1134b18-24. Ao longo deste estudo, citamos as obras de Aristóteles conforme a edição estabelecida por Bekker. Cfr. Aristoteles, *Opera*, ed. I. BEKKER, Georgium Reimerum, Berolini 1831-1870.

5 Cfr. Iustinianus Imperator, *Corpus Iuris Civilis*, ed. P. KRUEGER – T. MOMMSEN, Weidmannos, Berolini 1889; Isidorus Hispalensis Episcopus, *Etymologiarum sive Originum Libri XX*, ed. W. M. LINDSAY, Clarendon Press, Oxford 1911. Cfr. também: T. URDANOZ, «Introducción a la Relección Primera», in T. URDANOZ (ed.): *Obras de Francisco de Vitoria: Relecciones Teológicas*, op.cit., pp. 556-557; M. FAZIO, *Due Rivoluzionari: Francisco de Vitoria e Jean-Jacques Rousseau*, Armando Editore, Roma 1998, pp. 67-68; P. E. V. B. MACEDO, «Direito das Gentes», in P. BARRETO – A. CULLETON (eds.): *Dicionário de Filosofia Política*, Editora da UNISINOS, São Leopoldo 2010, pp. 150-153; IDEM, «A genealogia da noção de direito internacional», *Revista da Faculdade de Direito da UERJ* 1 (2010) 1-35.

é igual a partir da natureza da coisa: «Uno modo iustum dicitur illud quod ex natura rei est aequale»⁶. Em um segundo modo, é dito justo aquilo que é igual a partir de uma determinação da lei ou por um pacto privado, e não a partir da natureza da coisa: «Aliud est iustum quod est aequale ex legis constitutione vel privato pacto et non ex natura rei»⁷. Dentre as ações que são justas do primeiro modo, estão o pagamento de um empréstimo, a educação da prole e a obediência aos pais. Essas ações, bem como todas as demais que são justas pela natureza da coisa (*ex natura rei*), são justas naturalmente e constituem o conteúdo do «direito natural» (*ius naturale*). Já dentre as ações que são justas «a partir de um pacto» (*ex pacto*), Vitoria enumera algumas práticas comerciais e explica que o que é justo desse modo se chama «direito positivo e humano» («ius positivum et humanum»)⁸.

Estabelecida a bipartição segundo a característica que divide essencialmente o direito natural do positivo, o Mestre Salmantino apresenta uma caracterização do direito natural. Essa caracterização é feita em vista de explicar o que é o direito natural («quid sit ius naturale»), mas é útil para compreendermos também o direito positivo, uma vez que tudo o que não é direito natural é direito positivo («omne aliud ius a iure naturali, est positivum»)⁹.

O ponto chave da caracterização concerne ao tópico da distinção entre necessidade e voluntariedade, a saber: direito natural como necessário e independente de qualquer vontade; direito positivo como dependente da vontade dos homens e, portanto, não necessário. Segundo Vitoria, embora Deus possa revogar preceitos, proibir o que não é proibido e dispensar de obrigações, ainda assim define-se bem o direito natural como necessário¹⁰. Vitoria justifica a sua concordância com a tese da necessidade do direito natural recorrendo à autoridade de Aristóteles, que, na obra *Analytica Posteriora*, explica que tudo o que é natural é por si e que tudo o que é por si é necessário¹¹. E uma vez que o direito natural trata do que é justo a partir da natureza mesma da coisa, ele deve, portanto, ser necessário.

Bem entendido, no entanto, a necessidade é sempre proporcional à natureza do objeto. Algumas coisas são mais necessárias do que outras. Logo, segundo Vitoria, «o necessário tem graus» («necessarium habet gradus»)¹². Os objetos matemáticos são

⁶ Francisco de Vitoria, *Comentarios a la Secunda Secundae...*, op. cit., p. 7.

⁷ Ibid.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid., p. 8.

¹¹ Aristoteles, *Analytica Posteriora*, 73a21-74a45 (cfr. especialmente 73b16-24).

¹² Ibid.

necessários de tal forma que o oposto implica uma contradição tal que nem mesmo Deus pode suprimir. Mas os preceitos do direito natural não são necessários como os objetos matemáticos. Nesse caso, a intervenção divina não é impossível, pois não é obliterada por uma contradição. No entanto, o fato de algo não ser necessário para Deus não implica que deixe de ser necessário para nós, pois, uma vez que algo é necessário, o seu oposto gera impossibilidade. O direito natural, portanto, é necessário, mas comporta uma necessidade menos forte que a matemática, a qual Vitoria denomina de natural (*necessitas naturalis*). Conforme essa ideia, para que algo seja necessário de modo natural basta que toda a natureza não possa fazer o contrário: «ad hoc quod sit necessarium, sat est quod tota natura non possit facere contrarium»¹³. Mas, não é possível que toda a natureza suprima o direito natural sem a autoridade de Deus; logo, segue-se que, de fato, o direito natural deve ser necessário¹⁴.

Mas, além do tópico da necessidade, também o tópico do conhecimento do direito natural é oportuno para essa caracterização. Fundamentalmente, é por analogia ao modo como obtemos conhecimento nas ciências dedutivas que obtemos o conhecimento do direito natural e discernimos os preceitos deste daqueles do direito positivo. Nessa esteira, o que não é um primeiro princípio, conhecido através da «luz natural» (*lumen naturalis*), de modo «por si evidente» (*per se notum*), e em conformidade com a «reta razão» (*recta ratio*), é conclusão derivada de um primeiro princípio. Segundo Vitoria, são exemplos de princípios evidentes por si e acessíveis por luz natural as proibições do roubo, do assassinato de inocentes e a observância da regra de ouro, que proíbe que se faça aos outros o que não se quer para si¹⁵. Quanto às conclusões derivadas dos princípios evidentes por si, elas podem ser de duas espécies: evidentes de modo que é visível a derivação de um princípio mais evidente, por exemplo, o mandamento que proíbe o homicídio que é deduzido a partir de um princípio evidente por si como a regra de ouro; e prováveis, ou seja, conclusões derivadas a partir de conclusões (anteriores) que são muito prováveis, por exemplo, a proibição da fornicação é inferida a partir da conclusão de que tal conduta contraria o direito natural na medida em que o sexo livre inviabilizaria o dever da educação da prole, dado que haveria incerteza quanto aos filhos e, logo, não seriam os pais quem educariam os filhos¹⁶.

E da mesma forma que há graus de necessidade em relação ao que é por si e natural, há graus no interior do próprio direito natural. Os preceitos que são princípios evidentes por si representam o primeiro grau. Os que se derivam de princípios evidentes por si

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid., p. 9.

constituem o segundo grau do direito natural. Finalmente, os preceitos deduzidos a partir de conclusões muito prováveis incluem-se no que Vitoria denomina de terceiro grau¹⁷. Independentemente do grau do preceito, ele sempre guarda a característica essencial de prescrever ou proibir uma conduta que é boa ou má absolutamente. É importante destacar isso para mostrar que o que realmente importa é a correção ou incorreção por si de uma conduta, ou seja, a correção ou incorreção da natureza da coisa mesma. Por mais longa que seja a derivação e por mais que uma conduta só possa vir a ser tomada como correta pelo fato de a sua negação trazer consequências indesejáveis à manutenção do direito natural (como ocorre no caso da fornicação), o que está sempre em questão é a realização ou não de algo que é justo ou injusto por si. De fato, o peso do critério do que é por si é decisivo no Artigo 2 para adotar uma concepção bipartida de direito e, como veremos, será igualmente decisivo no Artigo 3 para determinar que o direito das gentes não pode ser natural.

O objeto do direito natural, que é a igualdade a partir da natureza da coisa mesma, ou simplesmente o que é justo por si, e nada senão esse objeto, é algo que conhecemos naturalmente, através da luz e da razão natural. Esse direito não tem origem em nenhuma ação dos homens e nem é ensinado pela tradição humana, ele simplesmente se impõe como uma força inata: «*ius naturale est quod non operatio genuit, non traditio humana docuit, sed vis quaedam innata inseruit*»¹⁸.

Finalmente, é oportuno retomar a caracterização do direito natural a fim de também entendermos o direito positivo, visto que tudo o que não é direito natural é positivo. O objeto do direito natural é a igualdade segundo a natureza da coisa, o do positivo é a igualdade segundo um pacto ou uma determinação legal. O direito natural é necessário, não voluntário e irrevogável (senão por Deus), o positivo é voluntário, não necessário e revogável. O direito natural, e nada senão esse direito, se conhece naturalmente e sem a necessidade de alguma espécie de ensino. O positivo não se conhece naturalmente e certamente só é apreendido por alguma espécie de ensino ou instrução.

2. Direito das gentes: um direito positivo (Questão 57, Artigo 3)

A julgar pelo modo como Vitoria inicia o seu comentário ao Artigo 3 da Questão 57 da *Secunda Secundae* parece que o Mestre Salmantino não dirá nada diferente do que o Doutor Angélico já dissera. Vitoria inicia apresentando a mesma distinção, que, segundo Tomás de Aquino, instaura uma divisão no interior do direito natural, a saber,

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid., p. 11.

a distinção entre o justo que por sua natureza («ex sui natura») é adequado ou de igual medida a outro («adaequatum vel commensuratum alteri») segundo uma consideração absoluta («secundum absolutam sui considerationem»), e o justo que por sua natureza é adequado ou de igual medida a outro não segundo uma razão absoluta («non secundum absolutam sui rationem»), mas segundo algo a partir de suas consequências («sed secundum aliquid quod ex ipso consequitur»)¹⁹, ou simplesmente, usando os termos de Vitoria, do que é justo porque «por si» («de se») implica igualdade e justiça e do que é justo porque se «ordena a outro» («in ordine ad aliud»)²⁰.

Diferentemente de Tomás de Aquino, no entanto, que propõe a distinção entre o que é justo absolutamente e o que só é justo relativamente a fim de instituir uma divisão no interior do direito natural, com o intuito de mostrar que o direito das gentes não se identifica com o direito natural por se tratar de uma espécie daquele, Vitoria assimila tal distinção tendo uma intenção diferente daquela do Aquinate: marcar a diferença entre o direito natural e o das gentes mostrando que este último não se identifica com aquele por se tratar de um direito positivo.

Segundo Vitoria, o que é justo absolutamente, tal como o pagamento de um depósito ou a observância da regra de ouro, chama-se direito natural. Já o que só é justo na medida em que se ordena a outra coisa justa e, portanto, não implica equidade ou igualdade por si, mas apenas por causa de suas consequências, tal como a propriedade privada e a guerra, que se ordenam em vista da paz e da concórdia dos homens, o Mestre Salmantino diz pertencer ao direito das gentes²¹. E, de fato, até esse ponto do argumento não há diferença entre Vitoria e Tomás de Aquino, de modo que inclusive o exemplo da propriedade privada é apresentado por ambos. A diferença propriamente dita aparece quando Vitoria comenta o Artigo 3 sendo fiel à cláusula, estabelecida no Artigo 2, de que o direito natural trata do que é igual segundo a natureza da coisa. Mas, para Vitoria, o que é adequado a outro relativamente não satisfaz a cláusula do Artigo 2; logo, o direito das gentes, que trata do que é adequado ou igual relativamente, não pode nem se identificar com o direito natural, nem ser uma espécie sua e nem mesmo vir a derivar dele. E uma vez que concebe o direito de modo bipartido e que tudo o que não é direito natural é positivo, Vitoria conclui que o direito das gentes só pode vir a ser um direito positivo, um direito que resulta «a partir de um estatuto humano fixado

¹⁹ Thomae Aquinatis, *Summa Theologiae* II-II, q. 57, a. 3. Ao longo deste estudo, citamos as obras de Tomás de Aquino conforme a Edição Leonina. Cfr. Sancti Thomae Aquinatis, *Opera omnia*, Typographia Polyglotta, Romae 1882-.

²⁰ Francisco de Vitoria, *Comentarios a la Secunda Secundae...*, op. cit., p. 12.

²¹ Ibid.

racionalmente» («ex statuto humano in ratione fixo»)²² e que se estabelece por acordo expresso dos homens («ex conducto hominum sancitum»)²³.

No entanto, mesmo sendo positivo, o direito das gentes guarda algumas características que o aproximam do direito natural e que parecem incomuns a um direito positivo. Ao longo do Artigo 3, é possível identificar no mínimo três características que tornam o direito das gentes um direito muito peculiar, a saber, (i) a capacidade de obrigar no foro da consciência, (ii) a importância que exerce na conservação do direito natural e (iii) a impossibilidade de ser revogado no todo.

A primeira característica ocorre por ocasião da dúvida, de cunho moral, sobre se é pecado violar o direito das gentes, não só onde ele está promulgado, mas inclusive onde não o está. Conforme explica o Mestre Salmantino, em qualquer caso é pecado violá-lo. Mesmo em povos onde o direito das gentes não está promulgado constitui pecado infringi-lo, «porque as leis obrigam no foro da consciência» («quia leges obligant in foro conscientiae»)²⁴. E, com efeito, essa característica revela a proximidade que o direito das gentes tem com o natural, pois se não tivesse qualquer relação com ele, não obrigaria em consciência, mas apenas àqueles que estão sujeitos à convenção estabelecida para uma determinada região ou comunidade humana. Como bem notam Silva e Calvário, mesmo sendo positivo, o direito das gentes tem um caráter vinculativo com o direito natural²⁵, pois foi elaborado a partir do que Vitoria denomina de consenso comum de todas as gentes e nações («ex communi consensu omnium gentium et nationum»)²⁶. Com base nisso, fica manifesto que o direito das gentes guarda uma universalidade que indiscutivelmente o aproxima do direito natural, mas que, não obstante, não permite nem incluí-lo nem identificá-lo ao direito natural, visto que o critério último para se distinguir espécies de direitos não são características acessórias, como, por exemplo, universalidade ou revogabilidade, como veremos, mas sempre a justiça ou equidade absoluta que uma conduta ou instituição pode ou não comportar. É prerrogativa apenas do que é justo por si pertencer ao direito natural.

A segunda característica que aproxima o direito das gentes do natural concerne à capacidade que aquele tem de conservar este. Embora não se deduza necessariamente do direito natural, pois isso implicaria na identificação com este, o direito das gentes é um importante responsável pela conservação daquele direito, de modo a vir inclusive

²² Ibid.

²³ Ibid., p. 14.

²⁴ Ibid., p. 15.

²⁵ P. O. SILVA – P. CALVÁRIO, «A fundamentação, natural ou positiva, do direito das gentes em alguns comentários seiscentistas à Suma de Teologia de Tomás de Aquino II-IIae, q. 57, a. 3», *Aquinate* 14 (2011) 31-50, p. 39.

²⁶ Francisco de Vitoria, *Comentarios a la Secunda Secundae...*, op. cit., p. 15.

a ser qualificado como necessário para a sua conservação. O exemplo do ofício dos embaixadores, que é uma típica instituição do direito das gentes, é oportuno para explicar essa conservação. Não fossem os embaixadores, a paz, que é de direito natural, não poderia ser alcançada²⁷. E, ampliando o exemplo, não fossem as guerras justas, não se poderia alcançar a paz e a segurança não só da república como de todo o orbe, pois de nenhuma forma se poderia alcançar a felicidade se tiranos, ladrões e espoliadores pudessem oprimir e ofender aos bons e inocentes permanecendo impunes²⁸. Com efeito, é na medida em que são meios em vista de fins que são bons ou justos em si mesmos que os atos do direito das gentes contribuem à conservação do direito natural. Não obstante, mesmo sendo necessário para a sua conservação, o direito das gentes não é absoluta ou completamente necessário para conservá-lo. Mesmo sem o direito das gentes, conservar-se-ia o direito natural, mas não sem muita dificuldade, nem sem guerras e discórdias²⁹.

A terceira característica a notar sobre o direito das gentes é manifestamente compartilhada com o direito natural, ela refere-se à irrevogabilidade do direito das gentes, mas à irrevogabilidade no todo. Segundo Vitoria, é impossível que todo o orbe se ponha de acordo para revogar o direito das gentes no todo, no entanto, tal direito não é imutável como o natural e pode ser revogado em parte, como ocorre, por exemplo, com a prática da não escravização dos prisioneiros de uma guerra justa que se dá entre cristãos³⁰.

E, para concluir essa caracterização, é oportuno mencionar que a proximidade do direito das gentes com o direito natural é tanta que na *De indis recenter inventis prior* Vitoria parece inclusive apoiar uma tese de identificação entre eles ou de derivação do direito das gentes a partir do natural. Essa tese, aparentemente contraditória com tudo o que diz em seu comentário à *Secunda Secundae*, ocorre basicamente em duas passagens por ocasião da apresentação das alegações jurídicas legítimas que permitiriam o domínio castelhano sobre o indígenas. Eis as passagens:

«Os espanhóis têm direito de peregrinar por aquelas províncias e de permanecer nelas, sem que possam proibi-los os bárbaros, mas sem dano algum a eles. Isso se prova pelo direito das gentes, que é direito natural ou do direito natural se deriva, segundo o texto das *Institutas* I, 2, 1 (*De Iure Naturali Gentium*): «O que a razão natural estabeleceu entre as gentes se chama direito das gentes». Com efeito, em todas as nações se tem como desumano tratar e receber mal

²⁷ Ibid.

²⁸ Francisco de Vitoria, «De los indios o de lo derecho de guerra de los españoles sobre los bárbaros», in T. URDANOZ (ed.): *Obras de Francisco de Vitoria: Relecciones Teológicas*, op. cit., p. 818.

²⁹ Francisco de Vitoria, *Comentarios a la Secunda Secundae...*, op. cit., p. 16.

³⁰ Ibid., pp. 16-17.

aos hóspedes e peregrinos sem motivo algum especial. Ao contrário, é de humanidade e cortesia comportar-se bem em relação a eles, a não ser que os estrangeiros façam dano à nação»³¹.

«Os bens que não são de ninguém, por direito das gentes são do ocupante, segundo as *Institutas* II, 1, 12 (*De rerum divisione. § Ferae Bestiae*). Logo, se o ouro da terra ou as pérolas do mar ou qualquer outra coisa dos rios não é propriedade de ninguém, por direito das gentes será do ocupante. [...] E certamente muitas coisas parecem proceder do direito das gentes, o qual, por derivar-se suficientemente do direito natural, tem manifesta força para dar direito e obrigar»³².

Fundamentalmente, o que parece estar em questão nestas passagens é a ratificação da inequívoca proximidade do direito das gentes com o direito natural, e não alguma espécie de contradição por parte de Vitoria. Essa ratificação, assim entendemos, ocorre mediante a apresentação de mais uma característica do direito das gentes que é comum ao direito natural: a do conhecimento via *ratio naturalis*, ou, utilizando a expressão do comentário à *Secunda Secundae* para explicar o conhecimento do direito natural, via *lumen naturalis*³³. Destarte, quando menciona o direito das gentes como um direito natural, Vitoria está certamente a se referir a possibilidade de aquele direito ser conhecido naturalmente pela razão, tal como este direito. Inclusive os aborígenes americanos conhecem o direito das gentes mesmo não fazendo parte da ordem jurídico-positiva da cristandade. Caso não fosse conhecido pela *ratio naturalis*, fariam pouco sentido os sete primeiros títulos legítimos que justificam a dominação dos castelhanos sobre os aborígenes, dado que se não fossem conhecidas de modo natural as práticas do direito das gentes que supostamente os aborígenes violavam – direitos de peregrinar e evangelizar, bem como o sacrifício de inocentes –, não seria razoável imputá-los por tais práticas e tampouco puni-los por injúria. O pacto comum de todos os povos e nações a que Vitoria se refere, e que Urdanoz qualifica como um acordo virtual ou

³¹ Francisco de Vitoria, «De los indios recientemente descubiertos...», op. cit., pp. 705-706: «Hispani habent ius peregrinandi in illas provincias et illic degendi, sine aliquo tamen nocumento barbarorum nec possunt ab illis prohiberi. Probatur primo ex iure gentium, quod vel est ius naturale, vel derivatur ex iure naturali. Institut. De Iure Naturali Gentium: «Quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit, vocatur ius gentium». Apud omnes enim nationes habentur inhumanum sine aliqua speciali causa hospites et peregrinos male accipere. E contrario autem humanum et officiosum habere bene erga hospites; quod non esset si peregrini male facerent, accedentes ad alienas nationes».

³² Ibid., p. 710: «Nulius bonis sunt, iure gentium sunt occupantis Institut. De Rerum Divis. § Ferae bestiae. Ergo si aurum in agro, vel margaritae in mari aut aliud quodcumque in fluminibus non est appropriatum, iure gentium erit occupantis. [...] Et quidem multa videntur procedere ex iure gentium, quod quia derivatur sufficienter ex iure naturali, manifestam vim habet ad dandum ius et obligandum».

³³ Cfr. Francisco de Vitoria, *Comentarios a la Secunda Secundae...*, op. cit., p. 12.

tácito³⁴, é, por certo, um pacto racional. Jamais houve uma reunião dos povos para promulgar o direito das gentes. A sua reunião de promulgação é no nível da razão e, portanto, para que tal direito imponha lei, basta que se participe da razão. A boa lógica faz concluir que os peregrinos têm o direito de viajar, contanto de não importunem os nativos, que a pregação evangélica deve ser tolerada, que os embaixadores devem ser respeitados, que o que é *res nullius* é do primeiro a tomar posse, entre outras práticas, todas elas práticas que, embora não guardem valor absoluto, guardam um censo de civilidade cujo objetivo último é a convivência pacífica, boa e ordeira entre as gentes. Essas condutas nos são acessíveis por um cálculo simples, que investiga meios em vista de fins, sem a necessidade de uma lei escrita, em suma, nos são acessíveis por *ratio naturalis* ou *lumen naturalis*. Todavia, isso não quer dizer que o direito das gentes é um direito natural. Tal como as outras características enumeradas acima, a do conhecimento natural também parece ser acessória. Não é porque é conhecido naturalmente que as práticas e condutas do direito das gentes deixam de ser boas apenas relativamente e passam a ser boas absolutamente.

3. Os motivos da tese positivista e a escravidão

Não obstante tenha uma inequívoca proximidade com o direito natural, jamais se pode perder de vista que o direito das gentes, conforme deduz com lógica Vitoria, sempre é um direito positivo, visto que não satisfaz a cláusula que exige que o naturalmente justo deve ser algo justo por si ou absolutamente. Mas, por que razão Vitoria resolve dissentir da tese de Tomás de Aquino de que o direito das gentes é um direito natural *secundum quid*³⁵, tese que não parece irrazoável, ao ponto de ter de afirmar uma posição positivista que admite várias ressalvas e exceções? Não seria melhor apenas distinguir, como faz o Aquinate, o direito das gentes do direito natural estrito? Aparentemente, sim. No entanto, há mais razões por detrás da posição positivista que assume em relação ao direito das gentes. Essas razões vão ao encontro do anseio de Vitoria de romper com uma tradição de pensamento dos juristas romanos que minimizou o valor de condutas que inequivocamente guardam justiça por si mesmas, bem como com a possibilidade de que a prática da escravidão natural encontre alguma legitimidade no seio da natureza humana. Trocando em miúdos, por um lado, Vitoria quer que condutas valorosas por si mesmas sejam devidamente

³⁴ T. URDANOZ, «Introducción a la Relección Primera», op. cit., pp. 562.

³⁵ Essa expressão não é originalmente minha, mas de Silva e Calvário (Cfr. P. O. SILVA – P. CALVÁRIO, «A fundamentação...», op. cit., p. 31, *passim*). Entendo que a expressão capta apropriadamente a significação que Tomás de Aquino dá ao direito das gentes e, por isso, toma a liberdade de usá-la neste estudo.

inscritas no direito natural e, por outro, quer rejeitar a justificação naturalista da escravidão, mostrando que absolutamente não existem homens tão ignorantes que só sirvam para obedecer e que, mesmo que existam, tal fato não seria motivo para uma legitimação naturalista da escravidão. E quer rejeitar o suposto naturalismo dessa prática indo além do Doutor Angélico, que embora tenha mitigado o seu naturalismo e inclusive suavizado tal prática, ao realçar os benefícios do servo ao ser dirigido, não rompeu com a sua fundamentação naturalista.

A tradição romana de pensamento a que quer se opor é a que compreendeu tratar-se de direito natural tudo o que diz respeito a toda a natureza e de direito das gentes tudo o que concerne ao caso dos seres humanos. Essa ideia, conforme o próprio Vitoria faz questão de mencionar a referência, ocorre no *Corpus iuris civilis*:

«Direito natural é o que a natureza ensinou a todos os animais; por isso esse direito não é próprio do gênero humano, mas de todos os animais, nascidos no céu, na terra e no mar. [...] O direito das gentes, no entanto, é comum ao gênero humano, pois as gentes constituíram para elas mesmas certas regulações pelo uso e necessidade humana»³⁶.

Entretanto, conforme essa compreensão dos direitos natural e das gentes, uma série de condutas valorosas por si, e não em relação à outra coisa, tais como os preceitos do Decálogo, ou vis por si, não são contadas como matéria do direito natural, pois não concernem a toda a natureza, mas apenas ao caso humano. Consoante esse universo conceitual, prestar culto a Deus e honrar aos pais não seriam prescrições do direito natural, e a prática da fornicção não seria algo contrário à natureza, uma vez que não é comum aos animais. Mas, diz Vitoria, entender o direito dessa forma significa dar uma excessiva extensão ao direito das gentes:

«Os juriconsultos estendem demasiadamente o direito das gentes e o compreendem de modo demasiado amplo. [...] eles estendem o direito das gentes a tudo aquilo que não é comum aos animais brutos, isto é, estendem-no a tudo o que é comum apenas aos homens. Eles chamam direito natural somente ao que se estende a todos os animais, logo, o direito natural, segundo eles, é comum a todos os animais, racionais e irracionais. [...] honrar a Deus, respeitar aos pais, etc., [condutas] que não concernem aos brutos, eles chamam direito das gentes, e não direito natural»³⁷.

³⁶ Iustinianus Imperator, *Corpus iuris civilis*, op. cit., p. 1: «Ius naturale est quod natura omnia animalia docuit. Nam ius istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium, quae in caelo, quae in terra, quae in mari nascuntur. [...] Ius autem gentium omni humano generi commune est. nam usu exigente et humanis necessitatibus gentes humanae quaedam sibi constituerunt».

³⁷ Francisco de Vitoria, *Comentarios a la Secunda Secundae...*, op. cit., pp. 13-14: «Juriconsulti nimis extendunt ius gentium et nimis ample capiunt illud. [...] extendunt ius gentium ad omnia illa in quibus non communicant bruta animantia, ita quod extendunt illud ad omnia quae sunt

Não é tese convincente delimitar o direito tendo como critério os seres aos quais se aplica. Essa tese dos jurisconsultos romanos a qual inclusive Tomás de Aquino segue³⁸ é problemática no parecer de Vitoria. O Mestre Salmantino vê com bons olhos o critério tomista do que é justo absolutamente e o assimila, mas entende que esse critério se incompatibiliza com o critério da delimitação do direito a partir dos seres aos quais se aplica e com a tese consequente de que os animais devem também fazer parte do direito natural na medida em que, tal como os homens, também são capazes de apreender algo em absoluto, uma vez que, como já referimos, tanto condutas valorosas por si (como as do Decálogo) deixam de ser obrigações naturais do homem, quanto condutas vis por si (como a prática da fornicação) deixam de ser contrárias à natureza.

Não obstante isso, a tese dos jurisconsultos não só soa inconvincente e inapropriada, como soa falaz. Se a divisão do direito se devesse aos seres aos quais se aplica, e não ao valor absoluto ou relativo de uma conduta, a própria possibilidade de um direito natural ficaria inviabilizada, pois não há leis que se apliquem a todas as naturezas. Isso é realçado por Vitoria quando dá exemplos de fenômenos que inequivocamente seguem leis naturais, mas que não poderiam ser enquadrados no direito natural em razão de serem característicos de seres específicos e, portanto, não serem comuns a outros seres e sequer a toda a natureza. Ao lado desses exemplos, Vitoria novamente menciona condutas humanas valorosas por si que teriam de ser enquadradas no direito das gentes e revela, assim, que julga inconsistente a tese dos jurisconsultos romanos:

«Existem muitas coisas do direito natural que não se estendem a todos os animais. Isso é evidente, pois é direito natural que o fogo suba e queime, mas isso não é comum a todos os animais, nem às pedras. Igualmente, pagar um depósito é direito natural, e honrar a Deus é direito natural, ainda que isso não seja comum a todos os animais, mas somente aos homens, pois são coisas boas em si mesmas»³⁹.

Com base em tudo isso e na distinção tomista entre o que é bom ou justo em si e o que só o é relativamente, Vitoria conclui que o direito das gentes deve preferencial-

communia solis hominibus. Ius vero naturale solum illa quae ad omnia animantia extenduntur, ita quod ius naturale apud illos est commune omnibus animantibus rationalibus et irrationalibus. [...] colere Deum, honorare parentes etc, quae non conveniunt brutis, dicitur ius gentium et non naturale».

³⁸ Cfr. Thomae Aquinatis, *Summa Theologiae* II-II, q. 57, a. 3.

³⁹ Francisco de Vitoria, *Comentarios a la Secunda Secundae...*, op. cit., p. 14: «Multa sunt de jure naturali quae non se extendunt ad omnia animantia. Patet, quia jus naturale est ignem ascendere et comburere; sed hoc non est commune omnibus animantibus, quia non lapidi. Item, reddere

mente ser colocado no direito positivo do que no direito natural: «*ius gentium potius debet reponi sub iure positivo quam sub iure naturali*»⁴⁰, acrescentando, inclusive, que deve ser preferida a posição dos teólogos à dos juristas, visto que enquanto estes consideram o direito natural de modo demasiado lato e impreciso, aqueles o consideram adequadamente e dão como exemplos de realidades que são objeto do direito das gentes condutas e instituições que se suportam em uma relação que não implica igualdade por sua própria natureza, tais como a propriedade privada, a manumissão e a conservação do reino⁴¹.

Mas, como dissemos, além da intenção de romper com a tradição de pensamento dos jurisconsultos romanos, há, certamente, também outra intenção por detrás da adoção do positivismo em relação ao direito das gentes, a saber, o anseio de Vitoria de romper com a tese aristotélica de que a prática da «escravidão» (*douleía*) comporta uma justificação naturalista, ou seja, de que já se nasce ou «senhor» (*despótês*) ou «escravo» (*doúlos*). Dito de modo muito breve, essa tese sustentava que a escravidão era uma instituição natural entre os homens e que isso se devia ao fato de que naturalmente alguns homens nasciam para serem senhores e outros para serem escravos, em razão, sobretudo, dos diferentes modos como eram, por natureza, dotados intelectualmente: o senhor com uma faculdade intelectual que lhe permitia ser capaz de organizar com deliberação a sua vida, e o servo com uma capacidade intelectual deficiente para dirigir a própria vida e suficiente apenas para obedecer⁴².

É verdade que não vemos na Questão 57 do comentário de Vitoria à *Secunda Secundae* nenhum tratamento específico sobre o tópico da escravidão natural, no entanto, vemos nessa questão um movimento argumentativo de distanciamento em relação à Aristóteles e à Tomás de Aquino que é decisivo para Vitoria estabelecer as suas teses frente à Conquista da América e, especificamente, para replicar a tese de que o aborígenes americanos eram escravos por natureza e, logo, não detinham legitimamente o que possuíam e podiam legitimamente ser subjugados. Esse movimento é de interpretar como positivo o direito das gentes e de, portanto, negar o suposto

depositum est de jure naturali, et colere Deum est de jure naturali, licet haec non sint communia omnibus animantibus nisi solum hominibus, quia de se sunt bona».

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Ibid.

⁴² Aristoteles, *Politica*, 1254b16-. O argumento da justificação natural da escravidão com base no déficit intelectual é, sem dúvida, o mais proeminente, e é esse que nos interessa aqui. Mas, há ainda outros dois argumentos: o da natural boa dotação física para o trabalho (ibid., 1254b26-) e, segundo Höffe, o da fraqueza do caráter (no Livro VII, Capítulo 7). Cfr. O. HÖFFE, *Aristóteles*, Artmed, Porto Alegre 2008, pp. 224-225. Cfr. também R. H. PICH, «*Dominium e ius: Sobre a fundamentação dos direitos humanos segundo Francisco de Vitoria (1483-1546)*», *Teocomunicação* 42 (2012) 376-401, p. 397.

naturalismo de uma conhecida instituição milenar do direito das gentes, a saber, a escravidão natural.

Negar o naturalismo da escravidão e expor a inconsistência da tese que legitima tão controversa instituição significa prestar um importante serviço à filosofia e, principalmente, à teologia, serviço que Vitoria não se furta de prestar. Com efeito, se existissem escravos por natureza, a escravidão encontraria sua justificação na razão que funda a natureza e, em última análise, seria o criador da natureza o responsável pela existência de uma instituição dessas⁴³. Em acréscimo, segundo Barrera, a legitimação de uma instituição como a escravidão natural não só agrediria a base da mensagem cristã, pois contrariaria o dado bíblico referente à natural igualdade de todos os homens, como sugeriria que Deus tivesse criado duas naturezas humanas, uma destinada a mandar despoticamente e outra destinada à escravidão⁴⁴. Não obstante, a possibilidade da existência de escravos por natureza, na base da premissa aristotélica da incapacidade ou deficiência intelectual, prejudica as concepções teológicas de que o homem é imagem de Deus, considerando que essa imagem reside na posse de potências racionais, e de que o conhecimento da mensagem evangélica é necessário para a salvação.

Antes de Vitoria, no entanto, já o próprio Doutor Angélico enfrentara a tese da escravidão natural, mas de modo a não contrariar a autoridade do Estagirita. Segundo Tomás de Aquino, a instituição escravidão natural é natural *secundum quid*, mas não *simpliciter*. Essa posição é justificada na base da distinção entre o que é justo naturalmente por si ou absolutamente e o que é justo naturalmente relativamente às suas consequências⁴⁵. A escravidão natural, que não é senão um caso da propriedade privada, é interpretada por Tomás de Aquino como naturalmente justa nesse segundo sentido. Da mesma forma que não encontramos razão alguma para que um campo, tomado absolutamente, seja mais de alguém do que de outrem, não é possível encontrar qualquer razão para que um ser humano, ao ser tomado absolutamente, venha a ser mais servo do que outro. Instituições como a propriedade privada e a escravidão não guardam valor absoluto, mas apenas relativo, ou seja, na medida em que são levadas em conta as consequências destas práticas. Ao se levar em consideração o campo quanto à oportunidade para o cultivo e quanto ao seu uso pacífico, é possível determinar quem tem mais disposição para ser o seu proprietário. Igualmente, apenas ao se considerar «a

⁴³ Cfr. P. O. SILVA – P. CALVÁRIO, «A fundamentação...», op. cit., p. 38.

⁴⁴ J. M. BARRERA, *A Política em Aristóteles e Santo Tomás*, Sétimo Selo, Rio de Janeiro 2007, p. 102. Cfr. D. N. PÊCEGO – F. L. ALENCAR, «Escravidão», in P. BARRETO – A. CULLETON (eds.): *Dicionário de Filosofia Política*, Editora da UNISINOS, São Leopoldo 2010, p. 177.

⁴⁵ Thomae Aquinatis, *Summa Theologiae* II-II, q. 57, a. 3.

utilidade consequente», *utilitas consequens*, da prática da escravidão, levando-se em conta a conveniência para o senhor e o escravo e, inclusive, ao bem comum, é que será possível determinar quem é mais escravo do que outro. Essa utilidade consequente, conforme explica o Aquinate, se verifica, por um lado, a partir da utilidade que se gera para o escravo ao ser dirigido por um mais sábio e, por outro, a partir da utilidade que produz para o senhor ao ser ajudado pelo escravo⁴⁶.

Como se pode notar, Tomás de Aquino mitiga o naturalismo aristotélico da prática da escravidão, bem como, inovando em relação a Aristóteles, que, conforme nota Höffe, considerava a relação senhor-escravo menos a partir da reciprocidade e mais a partir do ponto de vista do senhor, que necessitava do escravo para poder se dedicar ao ócio⁴⁷, realça o valor de tal prática inclusive para o escravo, ao apontar para a necessidade de que se leve em consideração o que chama de *utilitas consequens*. De qualquer forma, mesmo se afastando um pouco de Aristóteles e deixando, por assim dizer, menos inaceitável a concepção de escravidão, Tomás de Aquino, continua a concebê-la como uma prática natural.

Diferentemente do Doutor Angélico, o Mestre Salmantino não só rompe com a ideia do naturalismo de tal prática como denuncia a inconsistência da tese que a legitima, revelando, assim, a falta de sentido em reivindicar tal tese para justificar a subjugação dos aborígenes americanos. Fundamentalmente, Vitoria rompe com a ideia de naturalismo em dois momentos de sua obra. Um deles, evidentemente, encontra-se no rechaço à possibilidade de que venha a integrar o direito natural qualquer conduta ou instituição que não seja boa ou justa absolutamente, ideia essa que ocorre na Questão 57 do comentário à *Secunda Secundae* e que já foi suficientemente abordada neste estudo.

O outro momento ocorre na Seção II da *relectio* teológico-jurídica *De indis recenter inventis prior*, por ocasião da análise da legitimidade de o Papa ou o Imperador vir a ser «senhor do mundo», *dominus orbis*. Tal senhorio, no entanto, para poder ser legítimo, deveria ser justificado por um destes três direitos: natural, divino ou positivo. No entanto, argumenta Vitoria, recorrendo à autoridade de Tomás de Aquino⁴⁸, por direito natural os homens são livres, exceto quando se trata do domínio paterno ou marital, nos quais naturalmente o pai detém domínio sobre o filho e o marido sobre a mulher⁴⁹. Evidentemente que não precisamos entrar no mérito da posição de Vitoria – sobretudo no que se refere ao caso da submissão da mulher (que

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ O. HÖFFE, *Aristóteles*, op. cit., p. 225.

⁴⁸ Thomae Aquinatis, *Summa Theologiae* I, q. 92, a. 1; q. 96, a. 4.

⁴⁹ Francisco de Vitoria, «De los indios recientemente descubiertos...», op. cit., pp. 669-670.

revela uma posição ideológica totalmente ultrapassada) –, mas devemos certamente notar que nos casos arrolados não é possível verificar uma relação de propriedade em um sentido demasiado forte como o é a do domínio do senhor sobre o escravo, o que revela uma coerência com o que dissera em seu comentário à *Secunda Secundae* sobre a propriedade privada não ser uma instituição do direito natural. Portanto, da mesma forma que o Papa e o Imperador não poderiam estar legitimados por direito natural a serem senhores do orbe, também, podemos concluir, não está legitimada naturalmente a escravidão natural, pois, conforme prossegue Vitoria argumentando pela ilegitimidade de um senhorio sobre o orbe, e recorrendo novamente à autoridade do Aquinate⁵⁰, o domínio e a autoridade são instituições do direito humano, não do natural: «dominium et praelatio introducta sunt iure humano; ergo non sunt de iure naturali»⁵¹. Destarte, a única forma legítima de escravidão que poderia existir seria a civil, e esta é, de fato, a tese que Vitoria apresentará ao final da *relectio*, tentando inclusive creditá-la ao Estagirita, como veremos em seguida.

E demorando-se um pouco mais na seção II da *De indis recenter inventis prior*, é oportuno mencionar que o argumento que encerra o teste da validade da hipótese do eventual senhorio do Papa ou do Imperador sobre o orbe também corrobora a negação do naturalismo da escravidão. Segundo explica Vitoria, o «poder» (*potestas*) é duplo: por um lado, é natural, no exercício da autoridade paterna e marital; por outro, é civil e constituído por lei, e não pela natureza⁵². Com efeito, novamente não é feita qualquer menção a um suposto poder natural do senhor sobre o escravo. Contudo, deve ser notado que estranhamente não ocorre tal menção, visto que Vitoria fundamenta tal argumento na autoridade de Aristóteles, com base no livro I da *Politica*, lugar onde o Estagirita expõe a sua tese sobre a escravidão natural. É evidente que para os propósitos do argumento em questão seria pouco relevante mencionar ou não o caso de um poder natural do senhor sobre o escravo. A proposital não menção justifica-se, entendemos, porque a tese da escravidão natural não é convincente para o Mestre Salmantino. A possibilidade da escravidão natural é algo que está fora de cogitação para Vitoria, o que revela um afastamento em relação a Aristóteles e, inclusive, a Tomás de Aquino. Mas, como dissemos, Vitoria também revela a inconsistência de tal tese, bem como a falta de sentido em reivindicá-la para legitimar a dominação sobre os indígenas, mostrando que absolutamente não existem homens tão néscios com capacidade apenas para obedecer, como argumentavam os partidários da escravidão,

⁵⁰ Thomae Aquinatis, *Summa Theologiae* II-II, q. 10, a. 10.

⁵¹ Francisco de Vitoria, «De los indios recientemente descubiertos...», op. cit., p. 670.

⁵² Ibid.

e que, mesmo que existam, disso não se poderia deduzir o direito de subjugação. No final da Seção I da *De indis recenter inventis prior*, é possível ver essas ideias.

Dito de modo muito breve, o objetivo da Seção I da *De indis recenter inventis prior* consiste em demonstrar que os aborígenes americanos eram pública e privadamente donos de suas posses antes de os castelhanos chegarem, o que é feito com o intuito de produzir aporte teórico para refutar, por exemplo, alegações de que as terras americanas eram do Imperador ou do Papa, ou mesmo de ninguém⁵³. Para demonstrá-lo, Vitoria entende que é preciso mostrar que os aborígenes são capazes de «domínio» (*dominium*), o que é feito, segundo explica Urdanoz⁵⁴, em reação a duas frentes argumentativas: uma teológica e outra filosófica. A teológica sustentava que os índios não teriam domínio por estarem: (i) em pecado mortal, dado que o título para o domínio reside na graça e na imagem de Deus no homem, de modo que quem peca fica com essa imagem prejudicada e não recebe domínio daquele que detém todo domínio, isto é, Deus⁵⁵; e (ii) por serem infiéis, uma vez que os infiéis são como os hereges, e esses não detêm domínio⁵⁶. Já a filosófica, fundamentada na teoria aristotélica da escravidão natural, sustentava que os índios não poderiam ser donos de coisa alguma por serem escravos por natureza, ou seja, indivíduos que, por não terem razão suficiente para regerem a si mesmos – mas apenas o entendimento necessário para fazer o que se lhes ordena, residindo sua força mais no corpo do que no espírito –, estão destinados à legítima escravidão, a natural⁵⁷.

Mas, respondendo à argumentação filosófica, que nos interessa diretamente aqui, Vitoria aponta não só que não faz sentido a alegação de não participação na razão, quanto que, conforme revela Pich em um recente estudo⁵⁸, a tese sobre a deficiência permanente de razão não é convincente não só para o caso dos indígenas como para nenhum ser humano. Com efeito, a hipótese de que os índios não têm participação na razão é algo impossível, e isso se justifica não só pelo que ouve sobre os índios fazerem uso da razão a seu modo⁵⁹, mas, sobretudo, por uma razão filosófica: nem Deus, nem a natureza faltam à espécie naquilo que lhe é constitutivo essencialmente: «Deus et natura non deficiunt in necessariis pro magna parte speciei»⁶⁰. Se a capacidade de razão é um constitutivo necessário à espécie humana, então não pode ser o caso

⁵³ Ver os títulos ilegítimos primeiro, segundo e terceiro. Cfr. *ibid.*, pp. 667-685.

⁵⁴ T. URDANOZ, «Introducción a la Relección Primera», *op. cit.*, pp. 518-519.

⁵⁵ Francisco de Vitoria, «De los indios recientemente descubiertos...», *op. cit.*, pp. 651-652.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 655.

⁵⁷ *Ibid.*, pp. 650-651.

⁵⁸ R. H. PICH, «*Dominium e Jus...*», *op. cit.*, pp. 389-390.

⁵⁹ Cfr. Francisco de Vitoria, «De los indios recientemente descubiertos...», *op. cit.*, pp. 664-665: «Na realidade não são dementes, a seu modo fazem o uso da razão. Isso é evidente porque têm

a existência de néscios perpétuos, uma vez que na natureza não há falta do que é necessário à espécie⁶¹. Nessa esteira, a baixa capacidade de razão que supostamente teriam os aborígenes americanos dever-se-ia não ao fato de terem sido naturalmente dotados de tal modo, mas, antes, ao fato de terem tido uma má e bárbara educação. E isso não seria uma exclusividade dos índios, visto que também entre os castelhanos encontram-se homens rústicos e pouco diferentes dos animais brutos⁶².

Com efeito, não interessa a Vitoria apenas responder à alegação de que a não capacidade de razão dos indígenas obliteraria a possibilidade de domínio, mas antes rejeitar a possibilidade do naturalismo da instituição escravidão. No encerramento da Seção I da *De indis recenter inventis prior*, o Mestre Salmantino rejeita a tese da escravidão natural apontando que Aristóteles nunca sustentou que da abundância intelectual de alguém e, portanto, de sua natural dotação para comandar, decorre o natural direito de submeter a outrem, de menor dotação intelectual, à escravidão, e sugerindo que o que realmente o Estagirita propôs foi a escravidão civil:

«Falta responder aos argumentos para a posição contrária, onde era argumentado que esses [índios] parecem servos por natureza, porque pouco têm uso da razão para governar sequer a si mesmos. A isso respondo que certamente Aristóteles não entendeu que esses, que têm pouco engenho, sejam por natureza alheios do direito e não tenham domínio tanto de si como de outras coisas. Esta, pois, é a servidão civil e legítima, pela qual ninguém é servo por natureza. Nem tampouco quer dizer o Filósofo que, se alguns são por natureza pouco dotados de engenho [mente], seja lícito ocupar os seus bens e patrimônios, reduzi-los à escravidão e torná-los mercadorias de venda. O que quer ensinar é que há neles uma necessidade por causa da qual precisam ser regidos e governados por outros. E é-lhes muito bom o estar submetidos a outros, assim como os filhos precisam estar submetidos aos pais antes da idade adulta, e a mulher ao marido. E que essa seja a intenção do Filósofo, isso é claro, porque do mesmo modo diz que há alguns que por natureza são senhores, a saber, os que têm grande poder de entendimento. Certo é, porém, que não entende que esses tais possam, pela alegação de que são mais sábios, arrogar-se o comando dos outros, senão que têm por natureza faculdades para que possam comandar e governar. E assim, ainda que pressuposto que esses bárbaros sejam mesmo tão ineptos e grossos, como se diz, não por isso se deve negar que têm verdadeiro domínio, nem devem ser tidos no número de servos civis»⁶³.

estabelecidas suas coisas com certa ordem. Têm, com efeito, cidades, que requerem ordem, e têm instituídos matrimônio, magistrados, senhores, leis, artesãos, comerciantes, tudo o que requer o uso da razão». / «Secundum rei veritatem non sunt amentes, sed habent pro suo modo usum rationis. Patet, quia habent ordinem aliquem in suis rebus, postquam habent civitates quae ordine constant, et habent matrimonia distincta, magistratus, dominos, leges, officia, commutationes, quae omnia requirunt usum rationis».

⁶⁰ Ibid., p. 664.

⁶¹ R. H. PICH, «*Dominium e Ius...*», op. cit., p. 390.

⁶² Francisco de Vitoria, «De los indios recientemente descubiertos...», op. cit., pp. 664-665.

⁶³ Ibid.: «Superest respondere ad argumenta in contrarium, ubi arguebatur quod isti videntur servi a natura, quia parum valent ratione ad regendum etiam seipsos. Ad hoc respondeo quod certe

Vitoria é muito sutil. Ele rejeita a tese aristotélica do naturalismo da escravidão vertendo o argumento do Estagirita a seu favor, ao modo de uma escravidão civil, e sugerindo inclusive que o que realmente Aristóteles propusera teria sido a escravidão civil, o que absolutamente não é o caso, sobretudo porque a forma de escravidão legítima em Aristóteles é a natural.

Como se pode notar na passagem, o Mestre Salmantino não nega a premissa de que alguns nascem com maior dotação intelectual do que outros e que, portanto, são naturalmente aptos a comandar, mas, e essa é a inconsistência de que falávamos, nega que haja alguma relação de consequência entre a boa dotação intelectual – e a consequente aptidão ao comando – e o natural direito para submeter à escravidão a quem tem pouca capacidade intelectual. Não há valor por si ou absoluto em submeter alguém à escravidão. No entanto, ao se tomar a prática da escravidão a partir da perspectiva da mutualidade, e não preponderantemente a partir da perspectiva do benefício do senhor, como acentua Aristóteles, e levando-se, portanto, em consideração a necessidade de que os menos capazes intelectualmente têm de ser dirigidos, mas, é claro, sem que sejam supressos seus direitos nem a inequívoca capacidade de domínio que detêm, é possível encontrar um valor em tal prática, mas, bem entendido, um valor relativo, um valor que se regula a partir da ideia tomista de *utilitas consequens*, e, portanto, justificar a escravidão em termos civis, e não mais naturais. E não é senão isso que Vitoria faz. O Mestre Salmantino propõe uma leitura segundo a qual Aristóteles não conceberia a escravidão por natureza em razão da pouca participação na razão, mas uma escravidão civil, a qual é pensada em analogia com os casos de submissão da mulher ao marido e do filho ao pai, submissão essa que poderíamos qualificar como uma espécie de tutela ou tutoria⁶⁴. Contudo, deve ficar claro que essa tutela ou tutoria não guarda o caráter natural que guardam os casos de domínio paterno e marital. Ela

Aristoteles non intellexit quod tales, qui parum valent ingenio, sint natura alieni iuris, et non habeant dominium et sui et aliarum rerum. Haec enim est servitus civilis et legitima, qua nullus est servus a natura. Nec vult Philosophus quod, si qui sunt natura parum mente validi, quod liceat occupare bona et patrimonia illorum et illos redigere in servitum et venales facere, sed vult docere quod a natura est in illis necessitas, propter quam indigent ab aliis regi et gubernari. Et bonum est illis subdi aliis, sicut filii indigent subici parentibus ante adultam aetatem et uxor viro. Et quod haec sit intentio Philosophi patet, quia eodem modo dicit quod natura sunt aliqui domini, scilicet, qui valent intellectu. Certum est autem quod non intelligit quod tales possent sibi arripere imperium in alios illo titulo quod sint sapientiores, sed quia natura habent facultatem ut possint imperare et regere. Et sic, dato quod isti barbari sint ita inepti et hebetes, ut dicitur, non ideo negandum est habere verum dominium, nec sunt in numero servorum civilium habendi».

⁶⁴ Essas expressões são usadas por Pich e, segundo entendemos, captam apropriadamente o sentido da escravidão civil que Vitoria tem em mente. Cfr. R. H. PICH, «*Dominium e Ius...*», op. cit., p. 388, *passim*.

é civil e, portanto, diferentemente do domínio do pai e do marido, não guarda valor absoluto, mas apenas relativo.

Antes de mais nada, deve-se notar que essa forma de escravidão aos moldes de uma tutela é cogitada por Vitoria para vir a consistir em título por meio do qual os indígenas poderiam vir a ter passado para o domínio espanhol. Segundo Vitoria, dada a baixa capacidade de razão de um povo, bem como o seu atraso em termos de progresso e cultura, pode, legitimamente, uma nação desenvolvida intervir na nação atrasada sob a rubrica da tutela ou tutoria, visto que um povo assim equivaler-se-ia a uma criança, e, portanto, necessitaria ser governado por outro, mas, é claro, sobretudo para o seu próprio bem e progresso. Vitoria, no entanto, desenvolve esse título muito limitadamente e o qualifica como apenas provável⁶⁵. De qualquer forma, a imagem de uma intervenção do gênero em uma nação subdesenvolvida é profícua para entendermos o estatuto da escravidão civil que o Mestre Salmantino tem em mente. Essa escravidão seria praticamente uma filantropia, teria um claro aspecto positivo e poderia perfeitamente ser enquadrada como um caso de caridade.

4. Algumas conclusões

Fundamentalmente, conforme vimos, o direito das gentes é, para Vitoria, um direito positivo, ou ao menos um direito que preferencialmente deve ser enquadrado no direito positivo. Ele não se conforma ao padrão do que é justo por si e, por isso, não pode vir a ser tomado como um direito natural. Ademais, essa posição justifica-se porque o Mestre Salmantino tem o projeto de se afastar da posição dos juriconsultos romanos, que relegaram a um segundo plano condutas valorosas por si ao tomar como critério do direito a sua aplicação aos seres, bem como da posição aristotélica acerca da escravidão natural, a qual, segundo Vitoria, não apresenta cogência, não só porque absolutamente não existem homens tão pouco dotados de intelecto e com razão suficiente apenas para obedecer, como também, porque mesmo existindo, não há sentido em deduzir o natural direito de subjugação com base na premissa da maior dotação intelectual e aptidão natural ao comando, de modo que a única justificação plausível para a prática da escravidão requer que se a tome aos moldes de uma escravidão civil, uma vez que tal prática leva em conta o que é bom ou justo apenas relativamente.

Não obstante isso, não se pode perder de vista que, mesmo sendo positivo, o direito das gentes guarda várias semelhanças com o direito natural, de modo que, por vezes, sobretudo na *De indis recenter inventis prior*, Vitoria parece inclusive profes-

⁶⁵ Francisco de Vitoria, «De los indios recientemente descubiertos...», op. cit., pp. 723-725.

sar uma tese em favor de uma identificação entre eles. De qualquer forma, no entanto, a tese forte em relação ao direito das gentes parece ser a de que ele se trata de um direito positivo. Por certo, quando menciona o direito das gentes como um direito natural, Vitoria quer se referir a outra característica do direito das gentes que é compartilhada com o direito natural, a saber, a sua possibilidade de ser conhecido pela razão e luz natural, característica que é importante para os propósitos da Seção III da *De indis recenter inventis prior*, dado que, se não fosse conhecido naturalmente, não faria sentido a quase totalidade dos títulos legítimos para a dominação dos espanhóis sobre os indígenas, pois não seria razoável imputar a estes últimos violações das quais fossem ignorantes.

Finalmente, devemos notar que, enquanto Tomás de Aquino resolveu matizar o direito das gentes qualificando-o como natural *secundum quid*, Vitoria decidiu-se por matizá-lo caracterizando-o como positivo *secundum quid*, a saber, como um direito que não guarda a característica essencial do direito natural, mas que guarda características acessórias desse, sobretudo a do conhecimento *via* razão natural e que se institui mediante um pacto racional.