

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

HISTÓRIA DO DIREITO

ALEXANDRE WALMOTT BORGES

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

RICARDO MARCELO FONSECA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

H673

História do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Ricardo Marcelo Fonseca; Alexandre Walmott Borges; Rogério Luiz Nery Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-045-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

HISTÓRIA DO DIREITO

Apresentação

As apresentações dos trabalhos do GT HISTÓRIA DO DIREITO foram marcadas pela novidade da participação por via eletrônica. Pela primeira vez as salas e os debates se realizaram por meio virtual. Apesar do ineditismo o evento foi realizado com pleno sucesso. Os trabalhos mostraram alta qualidade e as discussões serviram à troca de ideias, de materiais, de informações entre os pesquisadores e pesquisadoras. Abaixo há a síntese dos trabalhos deste GT do Conpedi.

O artigo de autoria de Frederico Marcos Krüger tem por título ‘A GÊNESE FAMILIAR COMO FONTE DO DIREITO E OS NOVOS DESAFIOS DO DIREITO CONTEMPORÂNEO’. Deteve-se o trabalho na pesquisa das origens das instituições jurídicas, das “famílias”. Dessa evolução se constatou o desenvolvimento acelerado populacional e as leis que emergiram dos fatos valorativos que desencadearam o sentido da criação de novas normas para acompanhar o relacionamento comportamental.

O texto ‘A CONDIÇÃO JURÍDICA E A RESPONSABILIDADE DA MULHER E DAS VESTAIS NO DIREITO ROMANO’ é da autoria de Elaine Marcilio Santos e Alessandro Hirata. O artigo tratou da condição jurídica da mulher em Roma, a partir de fontes analisadas à luz da metodologia dialética. Expôs-se um panorama geral do peculiar tratamento jurídico destinado às mulheres e discorreu-se sobre as sacerdotisas cultoras da deusa romana Vesta, as vestais, as quais tinham uma especial condição jurídica de independência em relação aos homens, e que também podiam realizar atividades como o comércio marítimo, sendo inclusive proprietárias de embarcações de cunho comercial, conforme comprovam recentes descobertas arqueológicas na Sardenha.

O artigo ‘A SUCESSÃO DO CÔNJUGE NAS CODIFICAÇÕES CIVIS BRASILEIRAS’, de autoria de Leonora Roizen Albek Oliven, procurou sistematizar e comparar a sucessão hereditária de cônjuges na vigência das duas codificações civis brasileira. A análise foi feita a partir da relevância da família matrimonializada para o direito e para a sociedade brasileira, propondo um percurso histórico-jurídico para a compreensão da sua importância e preocupação específica da codificação contemporânea.

O texto ‘RESGATANDO FRAGMENTOS DA HISTÓRIA DA CIVILÍSTICA NACIONAL: O CONCEPTURO NO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E A CRÍTICA DE

PONTES DE MIRANDA À BEVILAQUA' buscou resgatar fragmentos da história da civilística nacional ao tentar compreender e explorar as críticas realizadas por PONTES DE MIRANDA à BEVILAQUA no que diz respeito à possibilidade (defendida por aquele) de que havia uma dupla disposição testamentária em favor do concepturo: (i) pura e direta, prevista no artigo 1.718, bem como pela instituição de (ii) fideicomisso, regulamentada pelos artigos 1.733 a 1.740, ambos do Código Civil de 1916. Os autores são Fabricio Manoel Oliveira e Rodrigo Coelho dos Santos.

O artigo 'AS REFLEXÕES DOS PARÂMETROS MODERNOS DO DIREITO POSITIVO NOS SÉCULOS XVIII A XX: UMA ANÁLISE DA TRADIÇÃO JURÍDICA ALEMÃ' teve por proposta realizar reflexões dos parâmetros modernos do direito positivo nos séculos XVIII a XX, analisando-se, sobremaneira, a tradição jurídica alemã. A autoria é de Cristian Kiefer Da Silva.

O texto 'O PROCESSO HISTÓRICO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO' teve por objeto da pesquisa o estudo de efeitos da constitucionalização no direito civil sobre o regime contratual, em especial o influxo da função social como elemento essencial no tocante à sua finalidade. A pesquisa iniciou por um exame temporal da relação entre o constitucionalismo e o direito civil para que se pudesse elucidar o fenômeno da constitucionalização, assim como as evoluções no sistema do direito civil dela oriundas. Os autores são Francisco José Turra , Olavo Figueiredo Cardoso Junior e Rodrigo Feracine Alvares.

O artigo 'AS RAÍZES DO DIREITO À LIBERDADE (E DA PERSONALIDADE): PAINEL SOBRE A QUESTÃO HUMANA, E DIGNIDADE, NAS AMÉRICAS ESPANHOLA E LUSITANA NOS SÉCULOS XVII E XVIII' propôs-se a realizar um apanhado entre a controvérsia de Valladolid e o Diretório Indígena no Brasil (séc. XVIII) e das mudanças de percepção das noções de humanidade para os índios nos primórdios dos direitos humanos e dos direitos de personalidade. A autoria é de Crístian Rodrigues Tenório e Alexander Rodrigues de Castro.

O texto 'DIREITO PÚBLICO NA ORIGEM DO BRASIL: ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA, TRIBUTÁRIA, GOVERNAMENTAL E JUDICIÁRIA DAS CAPITANIAS HEREDITÁRIAS' teve por objeto uma das fases mais antigas do ordenamento jurídico brasileiro, a da implantação das Capitanias Hereditárias, em 1530. Foi dada ênfase na estruturação das capitanias e nos assuntos que atualmente estavam incluídos no Direito Público. O autor é Wagner Silveira Feloniuk.

O artigo 'PODER E DIREITO EM TENSÃO: UMA ANÁLISE DO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL A PARTIR DA PERSPECTIVA HISTÓRICA DE PIETRO COSTA' propôs-se à discussão sobre contribuições do historiador do direito Pietro Costa na análise das tensões entre poder e direito em diferentes tempos históricos. Partindo-se da premissa de que a história consiste em uma espécie de horizonte de continuidades e rupturas, por meio de revisão bibliográfica das principais obras do autor, almejou-se investigar quais tradições histórico-culturais deram lugar à fórmula do Estado democrático-constitucional contemporâneo, bem como perquirir se este modelo ainda guarda tensões dos componentes originários. As autoras são Laura Maeda Nunes e Ana Cristyna Macedo Leite S. Bosco.

O texto 'DOCTRINA E CULTURA JURÍDICA NO OITOCENTOS: ESTUDO SOBRE A PRODUÇÃO INTELLECTUAL DO RÁBULA JOSÉ MARCELLINO PEREIRA DE VASCONCELLOS' centrou-se na análise da produção jurídica de José Marcellino Pereira de Vasconcellos, cujas obras somam 24 livros, edições com 1200 exemplares e exemplares com até 11 edições. Problematizou-se a acolhida das grandes editoras nacionais e do público leitor de obras de rábula localizado em província sem estabelecimento universitário. Com as informações coligidas sobre a produção jurídica de Pereira de Vasconcellos, buscou-se identificar o perfil das obras publicadas e o público interessado. A autora é Adriana Pereira Campos.

O artigo 'TECNICAMENTE, A PRIMEIRA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL' propôs-se a discutir o reconhecimento das Bases da Constituição da Monarquia Portuguesa como a primeira norma a viger no Brasil como Constituição. O texto português vigeu a partir de 9 de março de 1821 no Brasil. A autoria é de Wagner Silveira Feloniuk.

O texto 'TAVARES BASTOS E A EMANCIPAÇÃO DOS CATIVOS' teve por objeto a obra de Tavares Bastos, e a dedicação deste autor às liberdades econômicas e civis, e sobre a causa abolicionista, a forma de reparação dos dos proprietários e dos próprios cativos. O autor é Gabriel D. B. C. Rocha.

O artigo 'A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS DO TRABALHO NO CAMPO NA VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO DE 1946. ANÁLISE DA AÇÃO LEGISLADORA DE CONCRETIZAÇÃO NO PERÍODO DEMOCRÁTICO DE 1946 A 1964'' teve por objetivo a problematização sobre as normas infraconstitucionais reguladoras dos direitos sociais do trabalho no campo durante a vigência democrática da Constituição de 1946. A abordagem temporal foi ordenada com o objetivo de verificação e análise do postulado de que houve a ocorrência de dois períodos de ação do legislador infraconstitucional brasileiro,

durante a vigência da Constituição de 1946. Os autores são Alexandre Walmott Borges e Luiz César Machado de Macedo.

O texto ‘A GÊNESE DO “SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO”, SUAS VICISSITUDES E A DESCONEXÃO DA IDEOLOGIA SISTEMÁTICA EUROPEIA’ teve por objetivo a investigação da gênese do conceito de “sistema tributário brasileiro”, com uma abordagem comparativa da situação jurídico-política brasileira para com a das demais nações, primordialmente as europeias. O autor é Vicente de Paulo Augusto de Oliveira Júnior.

O artigo ‘EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO E SUA APROXIMAÇÃO COM A NOVELA EM CADEIA DE RONALD DWORKIN’ tinha por objetivo foi explorar como se deu a transição dessas Constituições, conferindo especial atenção para a acumulação gradativa dos preceitos constitucionais, com base na obra de Ronald Dworkin. A autoria é de Luiz Fernando Lourenço Guimarães.

O texto ‘DE ESTADO AUTORITÁRIO E PATERNALISTA AO IDEAL DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA COMO ÓBICE À IMPLEMENTAÇÃO DO MÉTODO DIALÉTICO VIGENTE NO CPC/15’, teve o objetivo de explicar problemas específicos do ambiente jurídico brasileiro. Utilizando-se do contextualismo linguístico e da revisão bibliográfica proposta pela história da litigiosidade buscou-se destacar transformações pelas quais a cultura jurídica passou desde o século XIX; analisar a participação do Estado nessas mudanças e mostrar quais são os obstáculos e expectativas para alcançar o ideal Estado Democrático de Direito, após o CPC/15. A autoria é de Adriana Pereira Campos, Anna Luíza Sartorio Bacellar e Miryã Bregonci da Cunha Braz.

O artigo ‘FONTES ESQUECIDAS: UMA REFLEXÃO HISTÓRICA SOBRE O PERIODISMO JURÍDICO BRASILEIRO PELA (RE)DESCOBERTA DA REVISTA DE CRÍTICA JUDICIÁRIA (1924-1940)’, procurou, com pesquisa à Revista de crítica jurídica, a discussão sobre o periodismo jurídico como fonte relevante na construção da cultura jurídica brasileira, no período de 1924-1940. A autoria é de Stéphanie Fleck da Rosa .

O texto ‘AS DESIGUALDADES SOCIAIS NA HISTÓRIA E NA CONTEMPORANEIDADE E A VIOLAÇÃO À DIGNIDADE HUMANA’ teve o objetivo de investigar as desigualdades sociais que ocorreram contra a humanidade na história, com o intuito de demonstrar que estas sempre ocorreram e geraram efeitos prejudiciais à dignidade da pessoa humana. A autoria é de Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão e de Suelen Maiara dos Santos Alécio.

Desejamos aos/às interessadas boa leitura.

Coordenadores do GT:

Rogério Luiz Nery da Silva é doutor em direito com pós doutorados pela Universidade de Paris Nanterre e pela New York Fordham School of Law, Mestre em Direito e Economia, Professor do PPGD Unoesc - Mestrado e Doutorado em Direito. Professor visitante na Università degli Studi di Foggia (Itália) e na Cardinal Stephan Wyzninsky University Varsóvia (Polônia) pelo programa Erasmus.

Alexandre Walmott Borges. É graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1994), Especialista em História e Filosofia da ciência, mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1996) e doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2002). Doutor em História pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU (2019). Atualmente é professor dos programas de pós graduação, mestrado em direito, da Universidade Federal de Uberlândia - UFU, e da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP; é professor da pós-graduação em biocombustíveis, mestrado e doutorado, programa conjunto da Universidade Federal de Uberlândia e Universidade Federal dos Vales do Mucuri e Jequitinhonha. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional e na Ordem Econômica Constitucional, com interesses de pesquisa principalmente nos seguintes temas: história e teoria constitucional (sistemas jurídicos constitucionais em comparação, laicidade e associação religiosa do estado, história constitucional brasileira, história dos sistemas de controle de constitucionalidade, história da ordem econômica constitucional); direito constitucional econômico (política normativa da economia, sistemas normativos da energia, estado, serviços públicos e atividades econômicas estatais). É pesquisador líder do Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparados - LAECC. Orienta projetos de iniciação científica, dissertações e teses pela FAPEMIG e CNPQ. Realiza projetos com financiamento da FAPEMIG e da CAPES. Realizou estágio de pós-doutorado na Universidade Autônoma de Barcelona sob a supervisão do Professor Doutor José Carlos Remotti Carbonell, com pesquisa na área de constitucionalismo multinível. Realizou estágio de pesquisador visitante na Universidade de Barcelona, Faculdade de Filosofia, com a associação à pesquisa Capitalismo e Temporalidade sob a coordenação do Professor Gonçal Mayos.

Ricardo Marcelo Fonseca. Professor Titular de História do Direito do Departamento de Direito Privado da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (1990), licenciado e bacharel em História pela Universidade

Federal do Paraná (1990), especialista em Direito Contemporâneo (PUC-PR/IBEJ - 1993), mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1998) e doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2001). Fez pós-doutorado na Università degli Studi di Firenze, Itália, entre 2003 e 2004, sob a supervisão de Paolo Grossi. É ou foi professor visitante na Università degli Studi di Firenze, Università degli Studi di Macerata, Universidad Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha) e Universidade de Lisboa. Áreas de atuação privilegiada são História do Direito, Teoria do Estado e Filosofia do Direito. Membro correspondente no Brasil do Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho (INHID), de Buenos Aires. Vice-presidente do Instituto Latino-Americano de História do Direito (ILAHID). Vice-presidente acadêmico do Instituto Brasileiro de História do Direito (IBHD). Sócio correspondente do IHGB (Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro). Foi membro do Comitê de Assessoramento (CS - antropologia, arqueologia, ciência política, relações internacionais e direito) do CNPq entre 2015 e 2018. Foi diretor do Setor de Ciências Jurídicas da UFPR entre 2008 e 2016. Reitor eleito da Universidade Federal do Paraná (UFPR) para mandato 2016-2020. É pesquisador (bolsista produtividade em pesquisa) do CNPq, nível 1-B.

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho História do Direito apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de História do Direito. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

AS RAÍZES DO DIREITO À LIBERDADE (E DA PERSONALIDADE): PAINEL SOBRE A QUESTÃO HUMANA, E DIGNIDADE, NAS AMÉRICAS ESPANHOLA E LUSITANA NOS SÉCULOS XVII E XVIII.

THE ROOTS OF FREEDOM RIGHTS (AND PERSONALITY RIGHTS): PANEL ABOUT THE HUMAN QUESTION, AND ITS DIGNITY, IN THE SPANISH AND PORTUGUESE AMERICAS BETWEEN THE FIFTHTEENTH TO EIGHTEENTH CENTURY

Crístian Rodrigues Tenório ¹
Alexander Rodrigues de Castro ²

Resumo

O período da colonização brasileira deu-se em grande parte entre o renascimento e o iluminismo. As ideias que permeavam essas duas fases do pensamento (geral e jurídico) foram sentidas e vivenciadas na Colônia Portuguesa. Um dos pontos importantes de perspectiva entre os períodos se deu no direito, na questão indígena. Este estudo propõe-se a realizar um apanhado entre a controvérsia de Valladolid e o Diretório Indígena no Brasil (séc. XVIII) e das mudanças de percepção das noções de humanidade para os índios nos primórdios dos direitos humanos e dos direitos de personalidade.

Palavras-chave: Direitos humano, Direitos de personalidade, Controvérsia de valladolid, Período pombalino

Abstract/Resumen/Résumé

The colonization of Brazil happened mostly in the time between the Renaissance and the Enlightenment. The ideas that permeated those ages of Western culture were felt and experienced in the Portuguese colonial domains. One of the most important aspects of the ideas of those two periods concerned the law in relation to the indigenous question. We aim to investigate the relations between the Valladolid Debate, the Indigenous Directory in Brazil in the 18th Century, and the changes in the perception of the human nature of Amerindians in the beginnings of human rights and personality rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Human rights, Personality rights, Valladolid debate, Pombaline period

¹ Advogado. Mestrando em Direitos da Personalidade do UniCesumar (Maringá- PR).

² Professor da graduação e da pós-graduação stricto sensu da UniCesumar (Maringá-Pr) e Pesquisador do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação – ICETI. Leciona também na UniFatecie.

1 Introdução

A considerar que “a história do direito é o ramo do saber que se ocupa do passado jurídico” (FONSECA, 2012, p. 33) e que, ante o momento de questionamento dos direitos humanos (e, por consequência, a discussão dos limites dos direitos de personalidade), cumpre à ciência rememorar e ressignificar a própria gênese do que seria humano para as sociedades e seus reinos, pois, como escreveu Ricardo Marcelo Fonseca:

antes de discutirmos a história deste ou daquele instituto jurídico, se mostra importante questionar o que se busca e o que se pretende com uma indagação de natureza histórica e o que se pretende do discurso historiográfico-jurídico. (FONSECA, 2012, p. 33)

É necessário ter um contributo social para além da observação das leis. Pois, como destacado:

O sócio-historicismo, assim, leva a uma diferente concepção do direito: a visão de que o direito é causalmente relacionado à sociedade. Não é a ciência autônoma livre das forças sociais. Pelo contrário o direito é dependente das forças sociais e se configura por meio das interações humanas” (ESQUIROL, 2016, p. 130)

Assim, o objetivo deste trabalho é revisar alguns aspectos do direito colonial no Brasil (do período quinhentista até o século dezoito). Para tanto, é preciso voltar o olhar para um tempo no qual ao se pensar no humano (e em sua liberdade) reinos, doutores em leis e a gente toda questionava o papel humano e do divino na relação do direito, tempo em que se questionavam os poderes, temporal e espiritual, como destacou, entre autores de Direitos Humanos, Jean Morange (2004, p. 29): “Os poderes, espiritual e temporal, não devem zelar para assegurar a salvação do pecador?” Em uma era de construção da modernidade e da expansão dos direitos humanos (e, em consequência dos séculos, da personalidade).

Antes que houvesse a discussão em relação aos direitos das pessoas e dos povos mediante uma jurisdição única e reconhecida¹, houve a invasão europeia nas terras das

¹ Naquilo que, nas palavras de Vicente Rao deveria ser entendido por limites entre os direitos de cada povo: “Por esse modo, o limite do direito de cada um é o direito dos outros e todos esses direitos são respeitados, por força dos deveres, que lhes correspondam.” (RAO, 2013, p. 63)

Américas que foi dada em etapas – ora moderadas, ora sangrentas². Em tempos menos ‘cruéis’, havia pouca violência (não por uma questão de lei, tampouco de civilidade, mas por necessidade/dependência):

Inicialmente, os portugueses não afetaram a vida dos indígenas e a autonomia do sistema tribal. Enfurnados em apenas três ou quatro feitorias dispersas ao longo do litoral, dependiam dos nativos, seus aliados, para sua alimentação e proteção.” (DEL PRIORE; VENANCIO, 2016, p. 24)

A autora continua na descrição desta fase no Brasil: “... mas a partir de 1534, aproximadamente, tais relações começaram a se alterar. Chegava ao fim a fase em que os brancos se mantiveram dependentes dos nativos.” (DEL PRIORE; VENÂNCIO, 2016, p. 24) A partir da empresa de colonização do Brasil, Portugal teve que confrontar o alcance de suas leis e, por pressões internas (as escolas de direito) e externas (o poder Papal) rever, em períodos e reinados, a atitude dos colonizadores com os nativos – e o alcance dos tribunais e leis a todos os súditos do reino³.

A necessidade criou mais estrutura, direitos e a percepção de sua aplicação ou da fantasia de sua eficácia, “Podemos com isto concluir que a cultura jurídica no Brasil desta década de sessenta de nosso primeiro século, já podia usufruir de toda a evolução da ciência do direito proveniente da Europa” (NORONHA, 2005, P. 92).

Este tema já foi tratado sob o prisma do Debate de *Valladolid*, na Espanha, com a questão *Caxa versus Nóbrega* no Brasil. Em resultado:

Os Debates, atraentes e profícuos do século XVI, serviam para discutir a natureza (e a servidão e seus limites) humana. Mas o que é consenso mesmo é o valor econômico. Discutia-se pois dar aos Americanos nativos um rosto, uma voz e uma identidade implicava em aceita-los como súditos. Tutelados uma vez, amparados sempre pelas leis. O que implicaria em mudanças econômicas na exploração do Continente e das rotas comerciais - a lembrar de que a escravidão, o tráfico de seres humanos, já ocorria forte desde a primeira década do século XV. (DE CASTRO; TENÓRIO, 2019, p. 38)

² A princípio a descoberta de terras não trouxe grandes novidades ou mudanças, especialmente para Portugal, em 1500, como ressalta Crowley: “A descoberta de terras a Oeste foi considerada interessante, mas não significativa.” (CROWLEY, 2016, p. 131)

³ A princípio, o sistema de colonização português não era de assentamentos, conforme se lê: Pelos portugueses colonizadores o Brasil nunca foi visto como uma verdadeira nação, mas sim como uma empresa temporária, uma aventura, em que o enriquecimento rápido, o triunfo e o sucesso eram objetivos principais. (CRISTIANI, 2001, p. 332)

Mas outros aspectos devem ser avaliados no princípio das questões humanitárias nas Américas em geral, e no Brasil em específico ao longo dos séculos XVII e XVIII. Não se trata de uma cadeia de eventos programática, mas acontecimentos que foram se desdobrando até a percepção de que se debatia com a questão indígena a própria condição humana. Sua importância está no fato de que qualquer excursão histórica na área proporciona:

não se debruça diretamente sobre a questão de Direitos de Personalidade (ramificados na noção de Direitos Humanos) e suas origens em juízo de especificidade. Mas, sim, da raiz dos próprios Direitos Humanos – e da liberdade –, ocidentais, de fundamentação cristã em sua mundividência. (DE CASTRO; TENÓRIO, 2019, 30)

Desta forma, importa marcar uma pré-história dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, bem como a raiz de questões que hoje se destacam na quadra dos direitos de personalidade e que embora não tragam nascedouro no início do período moderno, têm, sim, suas raízes fixas neste tempo.

2 – DIREITO QUINHENTISTA: VITÓRIA E O DIREITO INDIANISTA NAS TERRAS DO BRASIL

2.1 Os conflitos no período quinhentista (Espanha na questão humana).

Como é de conhecimento geral, tendo os portugueses aportado nas costas da Bahia, depararam-se com povos que, durante décadas, tiveram o aspecto humano e civilizatório negado, embora, enquanto sociedades, detinham cultura e direito. Não iguais, mas com certa semelhança com os direitos das terras dos conquistadores europeus⁴. O que valia para os costumes valeria para a gente toda do Continente, que, por óbvio, não era vista como iguais aos europeus. A visão eurocêntrica se sobreporia ao direito e à cultura original das Américas⁵. Ademais

⁴ A ideia arcaísta ou de sociedade primitiva ainda persiste em alguns escritos de História do Direito, à exemplo de Gilissen: “Os direitos dos povos sem escrita são, portanto, mais ou menos arcaicos, ou, mais exactamente, mais ou menos desenvolvidos.” (GILISSEN, 2003, p. 33)

⁵ Ao que Fábio Konder Comparato apresenta como a base do Ocidente: “Historicamente, a excelência do homem no mundo foi justificada a partir de três perspectivas, complementares e não excludentes: a

Todavia, as vozes que denunciavam os abusos contra os índios se faziam ouvir nas cortes e universidades:

Mas, desde os primeiros anos que se seguiram à descoberta, a divergência existente entre a liberdade proclamada e a escravidão imposta pelo colonizador espanhol já provocava protestos contra os abusos, comuns e frequentes nas regiões conquistadas; em célebre sermão, realizado na presença de altos dignatários da Hispaniola, em 1511, o frei dominicano Antonio Montesinos desabou sobre aqueles retumbante recriminação... (AZEVEDO, 2013, P. 119)

Na Espanha, a figura de Francisco de Vitória e seu pensamento sobre o indianismo e a guerra justa: “No *ius gentium*, destacou-se Francisco de Victória [...] debateram-se problemas como o estatuto dos índios, a circulação dos mares e a pertença de terras descobertas.” (santos justo, 2005, p. 40). Mais a respeito de Vitória:

Invocando tanto a solidariedade natural humana e a necessária cooperação de todos os seres humanos como filhos do mesmo Deus, cujo mandamento de cuidar do próximo tem caráter universal, admite a licitude da intervenção para acabar com costumes e ritos nefastos, para defender os inocentes de uma morte injusta⁶. (CANTARELLI, 2012, p. 172)

A importância da Universidade também foi digna de nota – para além do Debate de *Valladolid*. Pensadores que combinavam análise teológica com o jurídico, num diálogo frutífero entre o temporal e o espiritual⁷. Com destaque para a Universidade de Salamanca e sua Escola:

Salamanca tornou-se o centro de um debate filosófico, teológico, jurídico e político da maior importância e, num certo sentido, torna-se a precursora do jusnaturalismo moderno, ainda que de fato esteja direta e explicitamente ligada à escolástica e ao tomismo.” (LOPES, 2012, p. 169)

religiosa, a filosófica e a científica.” Nenhuma delas era admirada do europeu em relação ao ameríndio.”(COMPARATO, 2009, p.485)

⁶ Há mais: A doutrina colonial de Vitória é merecedora de toda reverência, tanto por representar a primeira declaração doutrinária em defesa dos direitos dos povos indígenas, como também por tratar, pela primeira vez e de maneira conjunta, alguns problemas capitais do direito internacional moderno. (CANTARELLI, 2012, p. 173)

⁷ “Também os teólogos morais não são simples mantenedores da teologia anterior à reforma, mas, ao mesmo tempo, pensadores jurídicos, pois na época do florescimento do Siglo d’Oro espanhol os representantes da cultura geral não pertenciam em geral ao estado eclesiástico ou só ingressavam nele em idade avançada.” (WIEACKER, 2004. p.320)

Francisco de Vitória sagrou-se como o mais combativo (e conhecido) dos mestres (professor) que se manifestaram no tema do direito dos povos das Américas⁸ (afora Bartolomé de Las Casas⁹) por conta da construção de suas ideias, ao que segue:

Com os mesmos argumentos que desqualificou a guerra dos conquistadores, fundou o direito de guerra dos índios e admitiu, esquecendo seu propósito, que desde a descoberta os nativos fizeram guerra aos cristãos e não seria justo puni-los por isso, porque eles têm um direito fundado na lei natural. (BRUIT, 1995, p. 148)

Além de Vitória e Las Casas, havia o trabalho de outro Frei: Domingo de Soto:

Domingo de Soto, afirmou a derivação do direito positivo do direito natural segundo as formas distintas: em uma via dedutiva logicamente coerente com as premissas e, portanto, não mutável, ou mediante uma especificação que levasse em conta – por exemplo -, naquilo que se refere à extensão da pena em concreto. (SCHIOPPA, 2014, p. 200)

Quanto ao Debate de Valladolid (1550), ao fim: “Não houve um vencedor em concreto, e ambos sentiram-se com tal. Na prática, considerou-se que os índios que aceitavam Deus, ou seja, se convertiam e adotavam os hábitos, costumes e religião europeia, passavam a ser considerados humanos.” (ALBERGARIA, 2012, p. 134). Hoje, valoriza-se mais Vitória que Las Casas, por conta dos exageros dos relatos deste, pois, como destaca Héctor Bruit (1995, p. 76): “Os historiadores têm discutido acaloradamente as denúncias do frade e muitos deles as consideram exageradas, inventadas, produto de uma mente alucinada.”

Além de dar crédito a outros religiosos daquele tempo: “entretanto, outros cronistas dedicaram não poucas páginas a denunciar também a crueldade e violência dos espanhóis, como Frei Toríbio de Benavante.” (BRUIT, 1995, p. 77) Isto colocou a

⁸ A contradição sobre Vitória, Las Casa e outros autores está no difícil equilíbrio de suas ideias com os ideias exploradores, expansionistas e, por assim definir, pouco cristãos das coroas espanhola e portuguesa. “Mas o tratado de Vitória não negava o direito espanhol de estar nas Índias. Embora enfatizando que a conversão devia ser voluntária.” (Schwartz, 2012. p. 191)

⁹ Las Casas é incontornável para estudos do período. Figura de latitude e longitude para além de meras definições enciclopédicas que pecava pelo exagero, nunca pela omissão, ao que se observa: “A tese da liberdade dos índios encontrava nesses mesmos anos um defensor de nível de Las Casas por meio de seus escritos e de suas ações na tentativa de sustentar o direito dos índios à liberdade, argumentando teológica e juridicamente, pela ilegitimidade de sua redução à escravidão.” (SCHIOPPA, 2014, p. 200)

Espanha como destaque, mas não na vanguarda. Ainda assim, um Reino que promovia debates científicos nos quais a natureza humana e o alcance das leis sobre todos era a pedra de toque para propostas legislativas e de administração – com pouco efeito prático, como é de conhecimento comum.

A preocupação com a história do direito, no âmbito europeu, não é recente. Basta lembrar (dentro outros exemplos possíveis) o esforço da chamada ‘escola culta do direito’ (ou humanismo jurídico), no séc. XVI, na controvérsia com os juristas medievais, em ‘historicizar’ o legado romano. (FONSECA, 2012, p. 35)

2.2 Portugal no Período (sécs. XVI e XVII)

Com as navegações a formação do Império Ultramarino trouxe a Portugal uma nova perspectiva do que o encontro de diversas humanidades poderia resultar. À medida que expandia seus domínios, era preciso deixar claro o alcance do Poder e das Leis do Rei, como descreve Isabel Graes ao período das Cortes no século XVI:

A uma economia próspera e uma sociedade assaz heterogénea onde confluíam gentes vindas de todo o Ocidente e Oriente que os Descobrimientos haviam assimilado, se conjugava um poder político que tendia, cada vez mais a tornar-se centralizado na pessoa do monarca, sem que para isso se adoptassem, desde já, as teorias do direito divino dos monarcas. (GRAES, 2005, p. 347)

Portugal que dominava como podia as terras do Brasil, regia-se há muito pelo regime legislativo das Forais. E nestas dispunham da vida de cristãos e nativos. A exemplo disso, “em 1534 os forais não apenas autorizavam a escravidão indígena, como também a comercialização de um certo número anualmente em Lisboa”. (SIMÕES, 2010, p. 113) Comércio de escravos – do Oriente e Norte da África - já eram comuns em leilões. Ademais, sobre o Novo Mundo, havia uma construção pouco honrosa sobre os povos que foram encontrados – eram conhecidos por ser uma gente sem fé, sem lei e sem Rei:

Das várias línguas, a mais utilizada era o tupi, que não tinha a pronúncia da letra F, da letra L ou da letra R, o que foi utilizado pelos portugueses como forma de depreciação do índio, porque,

em se partindo de uma comparação com os europeus da época, como os índios não eram cristãos, não tinha fé; como não legislavam, não tinham lei, como não tinham chefe supremo, não tinham rei. (CASTRO, 2016, p. 295)

A visão pouco honrosa, como mencionada acima prevaleceu nas decisões sobre a vida e a liberdade dos índios. Embora houvesse consciência de que a lei que era aplicada e interpretada em terras lusitanas deveria ter peso diferente nas terras do Brasil¹⁰:

entretanto, a insuficiência das Ordenações para resolver todas as necessidades da Colônia tornava obrigatória a promulgação avulsa e independente de várias leis extravagantes, versando, sobretudo, matérias comerciais (letra de câmbio, seguros, câmbio marítimo). (WOLKMER, 2019, p. 225)

2.3. Algum avanço de vulto na questão humanitária no período.

Da época as fontes apontam poemas e crônicas com a visão do Conquistador Português dono da Fé e da Razão sobre um inimigo selvagem:

“As crônicas registram copiosamente essa guerra sem quartel de e unicamente com tacapes, zarabatanas, arcos e flechas. Ainda assim, os cronistas destacam com gosto e orgulho o heroísmo lusitano.”. (RIBEIRO, 2013, p. 39)

Não eram tempos de paz, ao que se destaca:

“O crescimento das cidades e da população aumentou os conflitos, determinando o alargamento do quadro de funcionários e autoridades da justiça.” (WOLKMER, 2019, p. 236)

Para tanto, nas terras do Brasil houve o ‘debate’ ao estilo de Valladolid, levado até a Casa de Suplicação, por conta da atividade (e porque não se dizer ativismo) do Padre Manuel da Nóbrega – personagem de ações e palavras fortes do período:

¹⁰ As visões eurocêntricas ainda prevalecem na academia latino-americana, especialmente no Brasil. Fica o registro das palavras de Esquirol sobre interpretar e estabelecer ensino, discussão e pesquisa (histórica inclusive) sob o olhar de dentro do Continente. “... espera-se do direito latino-americano que se preencha de particularidades das divergentes condições sociais, políticas e econômicas. Independentemente das origens europeias de seu direito positivo, espera-se que as diferentes forças sociais conduzam adaptações profundas nesse direito.” (ESQUIROL, 2016. p. 126)

Tendo por objecto a liberdade dos índios, Manuel da Nóbrega, no ano de 1567, ano que passou entre São Vicente e Rio de Janeiro, escreveu o primeiro documento de fôlego, com ampla argumentação jurídica da história do Brasil. (NORONHA, 2005, p. 89)

Antes de Nóbrega e mesmo no período de sua atividade, a Santa Sé, com quem Espanha e Portugal mantinham estreitas relações já havia se pronunciado sobre o direito à liberdade dos indígenas das Américas:

O papa promulga a bula *Sublimis Deus* (datada de 2 de junho de 1537). Ela proclama a verdade essencial, que naquele momento estava longe de ser apenas uma mensagem intelectual; era como o estandarte da libertação. (JOSAPHAT, 2000, p. 104)

Por assim dizer, houve todo um avançar a retroceder de ações e proteções aos povos colonizados:

É nesse período que mercê destaque a experiência, em terras da bacia platina, durante os séculos XVII e XVIII, do sistema comunal missionário de posse de terra [...] foi um coletivismo indígena de bases municipais. (WOLKMER, 2019, p. 231)

Assim, havia consideração ao humano nos indígenas, inseridos a contragosto como parte da estrutura social e da vida econômica da Coroa e de sua Colônia. Sem mais direitos, sem mais avanços.

3 DESENVOLVIMENTO DO BRASIL COLONIA. POMBAL E A REFORMA ADMINISTRATIVA

3.1 O crescimento do Brasil-Colônia e alguns de seus problemas

A Colônia portuguesa no Brasil crescia em população e esta avançava território adentro (a Oeste). Mas desde o seu começo, e por uma reprodução da vida na Metrópole, não era possível desenvolver algo fora do modelo já conhecido:

“[...] o universo da formação social do período colonial foi marcado pela polarização entre os imensos latifúndios e a massa de mão-de obra escrava.” (WOLKMER, 2011, p. 49)

Lei, ordem e autoridade eram notadas em cidades a depender da fase (se em paz ou sitiadas por animosidades com tribos de suas regiões):

Observa-se neste problema específico uma notável variação entre fases de anomia e exploração espontânea e assistemática, tensões estabelecidas por posições antagônicas entre a Igreja, a Coroa e os poderes locais, desobediência civil e intrincadas jogadas políticas, durante todos os três séculos de experiência colonial no Brasil. (SIMÕES, 2010, p. 111)

Portanto, para além da questão indígena, em seus primeiros séculos o direito colonial brasileiro oscilou em períodos de força e debilidade no qual fazia crescer a má vontade dos lusitanos para com a sua Colônia.

De volta ao direito indígena e passando da questão Nóbrea/Caxa, era chegado o tempo (entre os séculos XVI e XVII) da escravidão indígena receber tratamento menos indolente ou tolerante por parte da Coroa. Como mencionado, o Vaticano há algum tempo se pronunciava contra. As Escolas de Direito (e seus mestres) na vizinha Espanha, tecia críticas ao tratamento desumano dado aos indígenas, assim, em resumo, agiu Portugal:

D. Sebastião, por sua vez, em resposta à bula papal proíbe em 1570 os cativeiros do gentio, a não ser para os capturados em guerra justa. Já Filipe II em abolir em 1595 a lei anterior, proibindo o cativeiro em qualquer caso sem a autorização da coroa. O próprio Filipe II é quem em 30 de julho de 1609 vem reitera a abolição dos cativeiros e confiar os índios à tutela do missionário inaciano, e aí tem início a tensão insustentável entre colonos e os jesuítas, tendo a coroa como mediador distante e, no mais das vezes, volúvel. (SIMÕES, 2010, p. 113)

Tanto um Rei português quanto um rei espanhol (interventor) alinharam-se naqueles dias para, lei a lei, abolir a escravidão reconhecendo humanidade (e cristandade, por óbvio) nos indígenas. Isto sem nunca perder de vista o escopo negocial e político: não se promovia apenas o ser humano, aumentava-se e muito os servos de cada Reino.

3.2 Tribunais da Colônia e sua suposta instauração

A Colônia portuguesa, rica e com população em crescimento, necessitava de maior presença da Ordem (jurídica). Assim era marcante instalar um Tribunal (e não apenas depender de julgadores itinerantes e recursos *ad aeternum* a Lisboa). Por fim: “O primeiro tribunal da relação criado em 1587 para atuar a colônia, não chegou a entrar em funcionamento.” (WOLKMER, 2011, p. 78)

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

posteriormente, o governo da Metrópole constituiu um segundo tribunal da relação, oficializado para ocorrer na Bahia, dando-lhe regulamentação em 7 de março de 1609 [...] abolida e 1626, sendo restaurada posteriormente, por interesse da Câmara Bahiana, em 12 de setembro de 1652. (WOLKMER, 2011 p. 78)

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

“O conselho da Índia teve seu regulamento aprovado por Felipe II em 25 de junho de 1604 para tratar de assuntos concernentes ao Brasil e à Índia [...] Expedia a última palavra nos assuntos do Brasil, e verifica-se seu poder em diversas situações.” (BAGNOLI; BARBOSA; OLIVEIRA; 2014, p. 125-126)

Ao retorno de uma dinastia lusitana ao trono de Portugal, o Conselho foi debelado e refundado: “Por fim deve-se falar do Conselho Ultramarino, que sucedeu o conselho da Índia quando cessou o domínio espanhol em Portugal.” (BAGNOLI; BARBOSA; OLIVEIRA; 2014, p. 126) A legalidade da questão indígena (para fora das denúncias, sermões e aulas naqueles dias) retornou com uma nova tentativa de se disciplinar um regime de trabalho que não fosse o de exploração aos índios:

Mas adiante no tempo, e com D. João que IV, por lei de 10 de novembro de 1647, vem dito porquanto os portugueses, a quem fora cedida a administração desses cuidados, usam tão mal delas que os índios em breves dias de serviço morre à pura fome e

excessivo trabalho; e fogem pela terra adentro, onde em poucas jornadas perecem. (AZEVEDO, 2013, p. 123)

Por assim dizer, não se via aos índios como humanos em sua humanidade¹¹, mas como cristãos em potencial, súditos em potencial, trabalhadores em perspectiva a serviço dos interesses da Coroa e tudo isso sob a tutela periférica das Ordenações do Reino¹²:

“Anos depois, Lei de D. Pedro, regente da coroa durante a interdição de D. Afonso IV (primeiro de abril de 1680) determina severa prescrição àquele de qualquer condição ou qualidade que estivesse a cativar algum índio” (AZEVEDO, 2013, p. 123)

3.3 Um vislumbre das consequências do humanismo pombalino

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

No período pombalino, recebe-se, a um só tempo, a influência de correntes que se vinham a desenvolver na Europa desde o séc. XVI: o textualismo, a sistemática do racionalismo, o individualismo, a sistemática nova sobre as funções do direito romano, o humanitarismo italiano, as inovações sobre direito público. (HESPANHA, 2003, p. 239)

Um ponto a ser tratado de forma breve e esclarecedora: as semelhanças das legislações entre os Reinos de Portugal e Espanha não era raro, bem como não era raro

¹¹ Como reflete Fábio Comparato (2006, p. 18), a igualdade não foi uma construção jurídica, mas cristã. Portanto com uma bela perspectiva espiritual, atravessando um inferno de descaso temporal: Mas essa igualdade universal dos filhos de Deus só valia, efetivamente no plano sobrenatural, pois o cristianismo continuou admitindo durante séculos, a legitimidade da escravidão, a inferioridade natural da mulher e relação ao homem, bem como a dos povos americanos, africanos e asiáticos colonizados, em relação aos colonizadores europeus.

¹² A duração do diploma Manuelino é, *per se*, tema para estudo isolado na História do Direito. Como assevera, em destaque, Scalquette (2014, p. 88): Convém ressaltar que a Ordenação Filipina reformula o Código Manuelino dando origem às Ordenações Filipinas ou Código Filipino, diploma legal mais duradouro tanto na História do Direito português quanto da História do direito do Brasil.

ambos reinos estarem em instabilidades políticas ou penúria econômica que mais as assemelhavam que as distinguíam:

Apesar de diferenças em certas abordagens jurídicas, a união entre os direitos de Portugal e Espanha não era exatamente rara. Durante a Baixa Idade Média, legislações eram compiladas e compartilhadas, como as Leis de Sete Partidas (DE CASTRO; Tenório, 2019, p. 34).

Entre os anos da chegada dos portugueses (até a regência espanhola), de balde os debates acadêmicos, a formação dos juristas – enfim, daqueles que ocupariam tribunais, seriam juízes, lecionariam nas universidades e, com seus estudos, poderiam contribuir com o destino de seres humanos em sofrimento (no caso, os indígenas nas Américas e os africanos trazidos como cativos já no séc. XVII), ainda enfrentavam em Portugal um ensino de forma rígida. Assim descreve Marcello Caetano (2000, p. 535):

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

É natural que se escreva sobre o período do séc. XVIII em questão e de seu ensino da seguinte forma:

Se o movimento renascentista rasgou, sem dúvida, um horizonte assaz favorável à orientação histórica no estudo do direito, cumpre reconhecer que, entre nós, o clarão do humanismo raiou fugazmente no plano do ensino jurídico. (MARCOS, 2006, p. 15)

Ao que Mário Júlio de Almeida Costa (COSTA, p. 365) pontualmente destaca:

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

Não apenas a reforma à administração, Pombal, “A obra de Pombal, que talvez chame mais a atenção na História do Direito, foi a que modernizou a ordem jurídica

portuguesa” (CASTRO, 2016, p. 290), e trouxe à Faculdade de Direito um espírito de formação jurídica racional para otimizar a administração dos negócios da Coroa. Seus estatutos de boa razão sintetizavam o iluminismo ao jeito lusitano:

O referido diploma prosseguiu objetivos amplos. Visou, não apenas impedir irregularidades em matéria de assentos e quanto à utilização do direito subsidiário, mas também fixar normas preciosas sobre a validade do costume e os elementos a que o intérprete podia recorrer para o preenchimento das lacunas. (COSTA, 2005, p. 366)

Haja vista que até metade do Século XVIII o ensino jurídico nas Universidades lusitanas (mormente Coimbra) ainda era todo baseado no conhecimento, repetição e interpretação do *Corpus Juris Civilis*, com pouca alteração ou possibilidade de inovação dada a incontestável presença romanista na academia. (DE CASTRO, 2016, p. 298) A presença de alguma lei moderna, interpretada sob o lume dos *mos italicus* e da *communis opinio doctorum*. (DE CASTRO, 2016, p. 361)

Em suma, era preciso iluminar, modernizar, no campo da economia e ter mão de ferro na administração, assim as ações do Marquês em seu ministério podem ser resumidas a:

Politicamente, sua tônica foi a centralização administrativa levada a extremos: do ponto de vista econômico ele buscou restaurar a econômica portuguesa, que há muito apresentava problemas, principalmente por causa da dependência com a Inglaterra. (CASTRO, 2016, p. 289)

4 A LEI DO MARQUÊS PARA OS INDIOS DO BRASIL E SUA CONSEQUÊNCIA NO SETECENTOS DA COLÔNIA.

4.1 A reforma pombalina em Portugal e para o Direito

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

sociedade. Era preciso encontrar um termo para não se desconsiderar costumes e, ao mesmo tempo, impor uma nova ordem, assim:

Importa, desde já, sublinhar a intenção de diminuir a importância do direito consuetudinário. Para ser considerado fonte de Direito nacional o parágrafo 14 da dita Lei de 18 de agosto de 1769, impunha a necessidade do costume, ser conforme à boa razão; mas não ser contrário à lei e ter aís de 100 anos. (CUNHA, p. 539)

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

Bem feitas as contas, o sistema pombalino de integração de lacunas era, a um tempo, mais simples e mais complicado, em comparação com o estabelecido anteriormente. Mais simples, porquanto os casos omissos regiam-se pela boa razão, indagada no direito romano, nos princípios do direito das gentes, ou nas leis das nações cristãs iluminadas e polidas para as matérias políticas, econômicas e mercantis. Mais complicado, uma vez que a vida jurídica portuguesa não se encontrava nada afeita à corrente jusnaturalista, nem nos estudos universitários e, menos ainda, na prática forense. (MARCOS, MARTHIAS, NORONHA, p. 156)

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

Tratava-se efetivamente de criar as bases para uma verdadeira revolução jurídico-cultural que suplantasse uma cultura jurídica ainda profundamente arraigada aos intérpretes medievais do direito romano, extremamente refratária a inovações metodológicas e desconfiada das extravagâncias teóricas estrangeiras (DE CASTRO, 2015, p. 109)

Contudo, os princípios e a cultura lusitana (e os costumes de cidades, vilas, comércio) poderiam ser utilizados sem demasiado radicalismo:

Numa palavra: apresentar-se conforme à boa razão equivalia a corresponder aos princípios do direito natural ou o direito das gentes. Deste modo, era fonte subsidiária, ao lado do direito romano selecionado pelo jusnaturalismo, o sistema de direito internacional da mesma orientação. (COSTA, 2005, p. 370)

Com isso, Portugal (Metrópole) se inseria, nem tardia, nem na vanguarda do espírito iluminista que tomava a Europa. A transferência desse espírito (de suas ideias e

de sua influência na interpretação da Lei) não tardaria a chegar às Colônias, todavia, com as limitações de tempo e espaço que se impunham, não seriam fortemente sentidas, num primeiro movimento.

4.2 Boa Razão e o Diretório dos índios no Brasil

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

No séc.XVIII, com as reformas pombalinas, a grande mudança em matéria legislativa foi a Lei da Boa Razão (1769) que definia regras centralizadoras e uniformes para a interpretação e aplicação das leis, no caso de omissão, imprecisão ou lacuna.” (WOLKMER, 2019, p. 225)

A preparação de burocratas saídos das universidades era essencial ao movimento pombalino, pois com uma mão-de-obra intelectual preparada, imbuída de uma nova forma de se submeter costumes e tradição jurídica às novas leis, faria com que Metrópole e Colônias tivessem a mesma força de controle sobre suas populações. Questões financeiras e sociais se encontrariam submetidas à uma mesma forma, uma mesma razão pelo bem do Reino. A necessidade de formar juristas com esta identidade era premente:

No período pombalino, recebe-se, a um só tempo, a influência de correntes que se vinham a desenvolver na Europa desde o séc. XVI: o textualismo, a sistemática do racionalismo, o individualismo, a sistemática nova sobre as funções do direito romano, o humanitarismo italiano, as inovações sobre direito público. (HESPANHA, p. 239)

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

A tensão fundamental nos dois primeiros séculos da colonização brasileira, mormente na Amazônia, deu-se em razão do antagonismo em cujo crisol decantaram-se os

interesses da Igreja e dos colonos, impossíveis, contudo. (SIMÕES, 2010, p. 115)

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

Além da separação entre os poderes temporal e espiritual, no melhor molde do despotismo esclarecido de Pombal, o Diretório intencionava destribalizar o indígena, integrá-lo como assalariado no mercado, fazendo dos ameríndios vassalos do rei e, como tais, promotores da integração da própria colônia. (SIMÕES, 2010, p. 116)

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

Se os conflitos existentes nos séculos XVI e XVII estavam fundados entre missionários, colonos e administradores, a partir do século XVIII, mais precisamente a partir de 1758 (quando é instaurado o Diretório), as relações de conflitos aparecem com novos personagens, entre eles estão os cargos da chefia, índios e vigários querendo não só ser soberanos em jurisdição, como também se beneficiar das ramificações burocráticas existentes. (SIMÕES, 2010, P. 117).

Com essa perspectiva de presença notada na administração, conflitos e sabotagens ao Diretório foram inevitáveis, a tal ponto que sua extinção se deu em 12 de maio de 1798. Com isso, a estrutura se encontrava dissolvida, nova estrutura seria formada. Contudo a igualdade “formal dos índios aos luso-brasileiros” (SIMÕES, 2010, p. 118) se manteve.

Apenas nova legislação, geral a todo o território, sem estrutura específica, cuidava da relação de trabalho entre gentios e brancos. Porém, uma das perspectivas do Diretório, que era a conservação de aldeamentos aos indígenas (para ser assegurado domínio sobre estes e preservação ante os conflitos) foi totalmente encerrada. Na

prática, não haveria mais proteção alguma especial – situação que não representa novidade na História do Brasil em relação aos indígenas.

5 Considerações finais

Em um primeiro momento houve o encontro, e com este, toda sorte de conflitos e integração. Dai, houve o debate, as lições e a consideração sobre o que se fazer diante de seres humanos tão diferentes e, em certa perspectiva, nem tão diferentes. Com uma cultura de aceitação, via conversão e submissão, foi oferecido um santuário aos indígenas, habitantes originários da terra ocupada pelos europeus.

Com os debates e lições, houve leis. Legislações que se concentraram na preservação de corpos, não de sua cultura, com interesses de trabalho, interesses colônias de exploração econômica. Preservando-se a ideia das diferenças. Assim desenrolou-se o século XVI e XVII no Brasil sob a ocupação e exploração portuguesa na questão indígena.

NO século XVIII, por uma mudança de pensamento, não de crença, a integração conteve um viés político, de vassalagem organizada, no qual o indígena era mais do mesmo (detentor de direitos, submisso à Lei e ao Rei). Sem mais expansões na visão, na consideração, e com oposição ao trabalho da Igreja, colonos boicotaram este tratamento, mais iluminista, menos descarada em sua violência, e, com isto, a experiência de integração aos poucos proposta pelos diretórios falhou.

Uma vez mais, para outro século, o XIX, a questão indígena, e o reconhecimento destes povos seria tema de debates e ações de um Império instalado e independente e de uma República claudicante em seus primeiros anos. Levaria mais tempo não para uma integração, mas, sim, reconhecimento da identidade, da personalidade e da própria humanidade dos povos originários do Brasil.

6 Bibliografia

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

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

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

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

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

CANTARELLI, Margarida. Francisco de Vitória, a doutrina colonial para o novo mundo. *In*: BRANDÃO Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo. (coord). **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012.

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

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

_____. **Ética**: direito moral e religião no mundo moderno. 3 ed. São Paulo: Cia. Das Letras, 2009.

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

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

CRISTIANI, Cláudio Valentim. O direito no Brasil Colonial. *In*: WOLKMER, Antônio Carlos (org). **Fundamentos de história do direito**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

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

DE CASTRO, Alexander. Enlightened Absolutism and legal culture in Portugal: rise and decline of legal Pombalism in the 18th century (1769-1789). **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte**: Germanistische Abteilung. Wien, Köln, Weimar, Volume 133, pp. 296-364, 2016. Disponível em: <https://www.degruyter.com/view/j/zrgga.2016.133.issue-1/zrgga-2016-0108/zrgga-2016-0108.xml>. Acesso em: 26 mar. 2018. DOI: 10.7767/zrgga-2016-0108.

_____. Boa razão” e codificação penal: apontamentos sobre a questão penal setecentista em Portugal (1769-1789). **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. n. 11. pp. 105-143 | Belo Horizonte. jul./dez. 2015.

_____; TENÓRIO, Cristian Rodrigues. **As raízes do direito à liberdade (e da personalidade)**: painel sobre a questão humana, existência e dignidade, nas Américas espanhola e lusitana no século XVI. *In*: SOUZA, Sandro Alex De; VILLAS BOAS Regina Vera (Coord). História do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA. Florianópolis: CONPEDI, 2019.

DEL PRIORE, Mary. VENANCIO, Renato. **Uma breve história do Brasil**. 2 ed. São Paulo: Crítica, 2016.

ESQUIROL, Jorge L. **Ficções do direito latino-americano**. Tradução: Renan Barbosa Fernandes; Jacqueline de Souza Abreu. Carla Henriete Bevilacqua Piccolo. São Paulo: Saraiva, 2016.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2012.

GRAES, Isabel. **Contributo para um estudo histórico-jurídico das cortes portuguesas entre 1481 – 1641**. Coimbra: Almedina, 2005.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 4 ed. Tradução: Antônio Manuel Hespanha; L. M. Macaístra Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

HESAPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio**. 3 ed. Men Martins: Forum da História, 2003.

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

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

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

_____. **História da administração pública**: relatório sobre o programa, o conteúdo e os métodos de ensino. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. MARTHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. **História do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Gen, 2014.

MORANGE, Jean. **Direitos humanos e liberdades públicas**. Tradução: Eveline Bouteiller. 5 ed. Barueri: Manole, 2004.

NORONHA, Ibsen José Casas. **Aspectos do direito no Brasil quinhentista**. Coimbra: Almedina. 2005.

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

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido de Brasil**. 3 ed. São Paulo: Global Editora, 2013.

SANTOS JUSTO, António dos. **Nótulas de história do pensamento jurídico: história do direito**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. **Lições sistematizadas de história do direito**. São Paulo: Atlas, 2014.

SCHIOPPA, Antonio Padoa. **História do direito na Europa: da idade média à idade contemporânea**. Tradução: Marcos Marciolino; Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

SCHWARTZ, Stuart B. **Cada um na sua lei: tolerância religiosa e salvação no mundo atlântico ibérico**. São Paulo: Cia das Letras, 2012.

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

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

WOLKMER, Antônio Carlos. (org). **Direito e justiça na América indígena: da conquista à colonização**. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 1998.

_____. **História do Direito: tradição no ocidente e no Brasil**. 11 ed.. Rio de Janeiro: Forense/Gen, 2019.

_____. **História do Direito no Brasil**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense/Gen, 2011.