

A LIBERDADE DOS MARES  
NO PENSAMENTO DE FRANCISCO  
DE VITÓRIA E VÁSQUEZ DE MENCHACA



*Míriam Afonso Brigas*<sup>1</sup>  
*Professora*

**RESUMO**

A presente monografia versa sobre a temática do direito de navegação centrada na abordagem que a Neo-Escolástica, corrente do pensamento do final do século XVI e início do século XVII, realizou sobre a mesma. Incidiu-se essencialmente sobre a análise da construção teórica presente nos trabalhos desenvolvidos por Francisco de Vitória e Vasquez de Menchaca, considerando serem estes autores representativos da escola mencionada. Os alicerces fundamentais das teses apresentadas centram-se na existência de um Direito Internacional/Direito das Gentes cuja origem radica no Direito Natural, justificativo de uma liberdade de circulação comercial e marítima. Daqui deriva a existência de um princípio de solidariedade entre os vários Estados, os quais se encontram impossibilitados de defender um direito individual de propriedade e exclusivo sobre bens como sejam o mar e os oceanos, visto serem coisas comuns da humanidade. Assim, a necessária harmonia entre os Estados terá de respeitar o princípio da livre circulação, de forma a garantir a subsistência

---

<sup>1</sup> Professora na Academia Militar da Unidade Curricular de Noções Fundamentais de Direito. É licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, e Mestre em Ciências Histórico-Jurídicas desta Faculdade. É Doutoranda na área de investigação do Direito da Família. Lecciona na Faculdade de Direito desde 1995.

de todos os Estados, justificando-se, deste modo, o *ius communicationis* como princípio de sobrevivência internacional.

**Palavras-Chave:** direito de navegação; liberdade de circulação; Neoescolástica; Francisco de Vitória; Vasquez de Menchaca; Direito Internacional; Direito Natural; princípio de solidariedade entre os Estados; sobrevivência internacional; coisa comum.

## I – Enquadramento histórico-jurídico da escola em referência.

O pensamento da Neoescolástica ou Escola Espanhola do Direito das Gentes <sup>2</sup>, corrente associada ao segundo quartel do século XVI e primeiro quartel do século XVII é herdeiro das influências recebidas da Primeira Escolástica <sup>3</sup>, escola da qual deriva a sua construção teórica.

A Escolástica, enquanto escola do pensamento medieval surge na sequência da actuação dos próprios doutrinadores da época, que viam no estudo de Deus, através da Teologia <sup>4</sup>, o elemento indispensável para o aprofundamento do conhecimento. Este aprofundamento intelectual tem o seu início nas escolas catedralícias, vindo, mais tarde, a verificar-se nas escolas urbanas e monásticas, bem como nas universidades. Defendia a escolástica a existência de um acordo entre a fé e a razão humana, considerando que “desde los orígenes patristicos

<sup>2</sup> Acerca da escola em referência confrontar GRAN ENCICLOPEDIA RIALP, Madrid, 1972, volume VII, p. 481, na qual encontramos a seguinte descrição: “(...) durante el s. XVI, como afirma el prof. L. Garcia Árias, el pensamiento hispanico ofrece un conjunto de autores que se ocupan, com más o menos intensidad de las materias internacionales, en virtud del descubrimiento del Nuevo Mundo, que repercute directa o indirectamente en las obras de todos; son los teólogos y juristas que forman la e. clásica española de Derecho Internacional, en el s. XVI y gran parte del XVII. Igualmente ADOLFO MIAJA DE LA MUELA, em *Introducción al Derecho Internacional Público*, segunda edición, Madrid, 1955, p. 240 se refere à existência de um conjunto de autores como sejam Francisco de Vitória, Baltasar de Ayala y Fernando Vasquez de Menchaca, como precursores da obra de Hugo Grócio, mencionando a existência de “una escuela internacional española de los siglos XVI y principios del XVII”, sendo que “la doctrina de los teólogos y juristas españoles del siglo XVI es una manifestación de lo que se há llamado escolástica barroca. España, que según Menendez Pidal, se caracteriza por ofrecer a la cultura universal unas veces frutos precoces, y otras frutos tardios, fué el país en que tuvo lugar un florecimiento de la filosofía escolástica en el siglo XVI, cuando el Renacimiento la hacia inactual en los demás países europeos”. ANTÓNIO TRUYOL Y SERRA, em *História da Filosofia do Direito e do Estado*, 7.ª edição, 1982, p. 71 refere que “(...) o período que vai aproximadamente, do primeiro terço do século XVI ao penúltimo do século XVII não constitui apenas o século de ouro espanhol no campo das Letras e das Artes; é também um século áureo do pensamento espanhol, quer teológico, quer filosófico, jurídico e político.”

<sup>3</sup> Relativamente à Primeira Escolástica importa reter a definição dada pela ENCICLOPEDIA FILOSOFICA, Istituto per la Collaborazione culturale, Roma, 1957, volume V, p. 1171, onde se refere que “le prime grandi storie della filosofia, quelle del Brucker (...) e del Tenneman (...) che muovono dall’ostilità illuministica contro il cristianismo positivo e il cattolicesimo in specie considerano la S. medievale come un complesso di dottrine dominate e soffocate dal dogma cattolico, e quindi come una filosofia dimidiata e paralizzata (...) Il pensiero medievale há un carattere profondamente religioso; problema fondamentale è la ricerca dell’intelligenza del dato rivelato.”

<sup>4</sup> A propósito da Teologia, ter em conta o disposto na GRAN ENCICLOPEDIA RIALP, volume VIII, ob. cit., p. 794 onde se refere que “la teologia es una ciência que parte del dato revelado. La palabra de Dios es la ultima ratio en cualquiera de sus cuestiones. Y esa palabra de Dios es la que da autoridad a la Escritura y a los Padres, en cuanto que aquélla y éstos, aunque en distinto grado, son testigos de la fe de la Iglesia”.

hasta fines del s. XIV la historia del pensamiento Cristiano es la de un esfuerzo incesantemente renovado para manifestar la conformidad entre la razón natural y la fe, cuando esa conformidad existe, y para lograrla, cuando no existe” (Grand Enciclopédia Rialp, 1972, p. 795). A corrente em referência defendia igualmente o regresso à filosofia clássica, considerando a necessidade de repensar o estudo das obras gregas “(...) que no obscuro período anterior tinham sido perdidas ou ignoradas, foram novamente descobertas e postas em lugar de honra” (Giorgio del Vecchio, 1959, p.76).

Podemos caracterizar o **método de trabalho** utilizado por estes autores como **analítico-problemático**, já que o jurista medieval atendia aos conceitos não tendo em conta a globalidade do ordenamento jurídico, mas vendo neles “algo de imediato, dotado de individualidade, a apreender em si mesmo” (Ruy e Martim de Albuquerque, 2005, p. 303).

No decurso do século XVI surge uma nova escola do pensamento – a **Escola Espanhola de Direito das Gentes**, ou **Escola Teológico-Jurídica Peninsular** –, que sendo herdeira da tradição escolástica apresenta um espírito novo, inserido no período histórico do qual é contemporânea, defendendo como ideal o “uomo universale, que procura abarcar a totalidade da experiência e do conhecimento possíveis, a fim de actuar sobre a própria natureza e o próprio homem” (António Truyol y Serra, 1982, p. 104). São essencialmente teólogos e docentes universitários os representantes associados a esta escola. É exactamente o novo enquadramento histórico trazido pelo Renascimento e pelo espírito da Contra-Reforma que explica o interesse manifestado pelos autores da Escola do Direito das Gentes em matérias de relevo internacional. Saliente-se, aliás, que num período temporal tão amplo, os autores apresentam entre si diferenças, não podendo o seu pensamento ser reduzido a um único entendimento. Existem, contudo, em todos eles, pontos de contacto significativos, que permitem enquadrá-los no mesmo movimento.

Construindo o seu pensamento a partir de São Tomás e tentando adaptá-lo às ideias humanistas e às transformações derivadas da expansão ultramarina, a Neoescolástica não efectuou um corte profundo com a filosofia medieval; antes a actualizou. Desta forma, os princípios defendidos por São Tomás são recuperados à luz do contexto histórico em que os doutrinadores da Escola Espanhola se movimentam, adaptando-os às novas necessidades surgidas, passados três séculos da sua obra. A Europa estava em permanente tensão política, económica, cultural e religiosa e os autores

da Segunda Escolástica manifestam-se interessados nas novas polémicas. São estes autores essencialmente eclesiásticos e universitários. As obras que escreveram reflectiam as preocupações metodológicas próprias de textos destinados ao ensino, o qual ainda se encontrava confinado à leitura de manuais baseados na autoridade dos Mestres. No entanto, o conhecimento que temos hoje das obras destes autores resulta, em grande número, das *Relectiones*, lições extraordinárias, proferidas em dias solenes, competindo aos alunos reconstituí-las em apontamentos, com maior ou menor rigor. Saliente-se, nomeadamente, que algumas das críticas efectuadas à Segunda Escolástica são de idêntica natureza daquelas que foram apontadas à Escolástica medieval, já que o excessivo apego ao critério da autoridade é igualmente uma constante na Segunda Escolástica. No entanto, enquanto que para a Primeira Escolástica a autoridade é praticamente tudo, para a corrente em referência, é necessário repensar a voz da autoridade à luz de critérios de racionalismo moderno. Neste mesmo sentido nos refere Truyol e Serra: “(...) il ne faut pas perdre de vue que cette néo-scholastique espagnole s’est approprié, surtout dans la première phase, sous l’influence de Vitoria, l’esprit humaniste de la Renaissance, et la rigueur des argumentations s’y voit modérée, comme chez Grotius, par le recours fréquent aux poètes et orateurs de l’Antiquité” (António Truyol e Serra, 1982, p.114).

A questão central, objecto de discussão por muitos doutrinadores dizia respeito à ocupação da América pela Espanha, sendo necessário alicerçar teoricamente esta ocupação. Foi exactamente a Neoescolástica, a responsável pela construção argumentativa invocada.

A Escola deu origem ao aparecimento de duas correntes associadas a ordens religiosas diferentes, embora os seus autores tivessem uma formação comum. Por um lado, a Ordem de São Domingos que defendia, na essência, os princípios sufragados por São Tomás de Aquino, autor de destaque da primeira escolástica (António Truyol e Serra, 1982, p.114). A escola referida surge no convento de São Estevão em Salamanca, “de onde pasó a la Universidad de dicha ciudad y a la de Alcalá” (Gran Enciclopèdia Rialp, 1972, p. 798) e no Colégio de Saint Étienne. Os principais representantes foram **Francisco de Vitória**, seu fundador, podendo ainda adicionar-se os nomes de **Domingo de Soto**, **Pedro de Soto**, **Melchior Cano** e **Bartolomé de Carranza**. Comentando o brilho desta corrente Brufau Prats refere: “(...) uma grande caixa de ressonância, cheia de tensões e audácias, aberta

a novas soluções contraposta a interesses económicos e políticos” (James Brufau Prats, 1989, p. 174).

A outra corrente é constituída por elementos da Companhia de Jesus, destacando-se pela sua atitude de maior distanciamento face ao tomismo. Figuras de destaque desta corrente são **Luís de Molina**<sup>5</sup> e **Francisco Suárez**. Paulo Merêa, comentando o hiato temporal entre as duas escolas refere: “Mas entre o tempo de Vitória e o de Suárez grandes alterações se tinham produzido, tornando-se necessário uma vez mais actualizar o opulento cabedal tomista.” (Paulo Merêa, 1941, p. 15)<sup>6</sup>.

Outros autores inseridos na corrente são Juan de Mariana, Pedro Fonseca, José de Acosta, Manuel da Nóbrega e Pedro Simões, os quais representam o pensamento católico jurídico, social e político na fase da Contra-Reforma, posterior a Trento. Foi a escola referida criada após a descoberta da América, pelo que, os problemas colocados acerca da conquista não foram objecto de tratamento por esta Companhia da mesma forma que a anterior.

Extremadas algumas posições pelos salamantinos, o contexto era menos polémico que o anterior, embora a segunda corrente não tenha sido menos incisiva na crítica a alguns títulos de conquista invocados.

Adelino Maltez afirma que, quanto à concepção de Suárez e restantes autores da escola peninsular, “fiéis a algum do racionalismo aristotélico de SÃO TOMÁS DE AQUINO, passa a admitir-se um casuísmo moral. Isto é, considera-se que o direito natural, apesar de ser um conjunto de princípios ditados por Deus aos homens, só adquire sentido quando se dá a simbiose entre o elemento racional dos princípios gerais e os factos, as circunstâncias do tempo e do lugar. Deste modo, não há um só direito natural, imutável e válido para todos os lugares (*quod sempre, quod ubique*), mas vários direitos naturais dotados de flexibilidade.” (José Adelino Maltez, 1999, p. 296).

Feito o enquadramento histórico da escola em referência importa questionar: **Quais as linhas caracterizadoras da Neoescolástica? Quais as suas preocupações teóricas fundamentais?**

<sup>5</sup> A propósito de Luís de Molina, Truyol y Serra, em obra já citada refere que “(...) Molina est plus connu par la polémique qui l’opposa à Dominique Banez au sujet de la conciliation entre la grâce et le libre arbitre, mais il ne mérite pas moins de survivre par son traité *De justitia et jure*, dont le sens du concret est d’un accent bien moderne”.

<sup>6</sup> Para lá da rápida difusão do protestantismo, o autor refere também o extermínio dos Huguenotes, a perseguição à Liga, a morte do duque de Guise, o atentado de Jacques Clément, a subida ao trono do protestante Henrique IV, sua conversão e conciliação com Roma.

O conceito de **comunidade internacional** foi essencial para a construção de uma tópica específica. Visava-se, assim, abranger várias comunidades políticas, englobando, simultaneamente, os Estados cristãos e os não cristãos, ultrapassando o anquilosado conceito de *Respublica Cristiana*, realidade factual incapaz de fundamentar o aparecimento de um Direito das Gentes Universal. Destaque-se, entre muitos, a obra de **Francisco de Vitória**, um dos autores mais significativos da Escola, que vai defender a *orbis*, como a “(...) communauté des peuples de toute la terre, l’ampleur plânetaire de son horizon politique, lequel embrasse l’ensemble des Etats comme une unité naturelle” (António Truyol y Serra, 1982, p. 118). O reconhecimento dessa comunidade política derivava da igualdade existente entre todos os elementos, afastando, assim, o conceito de soberania em termos absolutos. Pelo que, encontramos nos autores desta escola a rejeição da ideia de Estado universal, submetido à soberania do imperador ou do pontífice romano.

O aparecimento do conceito de comunidade internacional derivava, assim, da aplicação de princípios básicos da moral cristã e do direito natural “reçus de la pensée antique et médiévale, à la situation changeante de l’aube des temps modernes” (António Truyol y Serra, 1982, p. 120). Da construção do conceito de comunidade internacional fizeram os autores da Escola Espanhola de Direito das Gentes derivar o **princípio da solidariedade entre os Estados**, o qual veio a ser concretizado, entre outros direitos, na defesa da liberdade de navegação e de comércio entre os vários Estados.

Outra ideia presente na Neoescolástica centra-se no **Direito Natural** como pilar fundamental da formação do Direito, gerador do conceito de **Direito Internacional Natural**, mais tarde designado de Direito das Gentes. Os autores clarificam, no entanto, a diferença subjacente ao **Direito Natural** e ao **Direito das Gentes**, já que o primeiro encontra a sua fundamentação na natureza e o segundo no consentimento tácito dos povos (António Fernandez Galiano, 1986). Para os escolásticos, o direito natural assentava numa base divina, possuindo natureza normativa e transcendente, o que traduz a ideia que “(...) no constituye un repertório de principios axiológicos o éticos, sino que contiene auténticos preceptos; o dicho de outro modo, es obligatorio y vigente, no meramente indicativo” (António Fernandez Galiano, 1986, p. 184). Fernandez Galiano corrobora o afirmado, mencionando: “(...) el tema iusnaturalista fue de los que com mayor insistência trataron los autores de la escuela y, obviamente, el que más puede interesar aqui.” (António Fernandez Galiano, 1986, p. 185).

## II – A liberdade dos mares enquanto matéria objecto de reflexão.

A matéria da liberdade de navegação, ou direito de navegação foi objecto de estudo e de descrições apaixonadas por muitos autores da Neoescolástica. O próprio contexto histórico-jurídico auxiliava o tratamento da matéria, a qual era abordada ao lado de temas tão abrangentes como a origem do universo, a relação do homem com o seu Criador e a legitimidade da guerra face aos infiéis. No presente trabalho dedicámos a nossa atenção aos nomes de **Francisco de Vitória** e **Fernando Vásquez de Menchaca**, por entendermos serem ilustrativos da corrente em estudo. Embora quase todos os autores da Neoescolástica tenham abordado a temática em questão, encontramos nos autores acima referidos o tratamento da matéria de forma individualizada. Citemos apenas alguns exemplos demonstrativos do afirmado. **António da Gama** dedicou-se à construção de uma teoria justificativa do império ultramarino português, desenvolvendo na sua *Decisio CCCXXXV* a tese da justiça da guerra contra certos infiéis “in libro de juribus, quibus lusitanum imperium in Africa, Índia ac Guinea possidetur” (Paulo Merêa, 1937, p. 33). Também **Jorge de Cabedo** nas suas *Decisiones CXCV* do Livro I e *Decisiones XLVI e XLVII* do Livro II defende a soberania portuguesa sobre os mares, vindo **Fernando Rebelo** no seu tratado *De obligationibus justitiae* corroborar o mesmo entendimento. **Bento Gil**, por seu turno, nos seus Comentários à lei *Ex hoc iure, Dig., De justitiae et jure* continua a linha de argumentação já sufragada pelos autores referidos “completada agora com novas razões e adaptada às novas circunstâncias de Portugal e Espanha” (Paulo Merêa, 1937, p. 33). De facto, apenas em Vitória e Menchaca encontramos a construção de uma doutrina específica acerca da existência de um direito de navegação, cujas teses estão suportadas com os vastos argumentos encontrados nas suas obras. É certo que as linhas do pensamento dos autores em análise são frequentemente revisitadas por outros cultores da Escola, mas a originalidade da construção teórica é neles que reside e se fundamenta.

## III – A liberdade dos mares nas obras dos doutrinadores Neoescolásticos. **Francisco de Vitória e Vásquez de Menchaca em especial.**

Iniciamos a abordagem pela obra de Francisco de Vitória apelidado por alguns autores de Sócrates espanhol, fundador do Direito Internacional moderno

e da escolástica espanhola. João Amândio Martins enaltece-o como o autor da doutrina de protecção dos povos existentes nas terras descobertas na América, tendo construído “um humanismo teológico-jurídico-social, elaborando uma nova teoria filosófica, social e política” (João Amândio Martins da Silva, 1994, p. 37). Manifestou ainda o nosso autor a defesa de um liberalismo de pensamento, pouco comum à época, motivo explicativo das várias críticas que lhe foram efectuadas (João Amândio Martins da Silva, 1994).

Frei Francisco de Vitória inicia a sua obra pelo confronto de duas realidades: a escolástica medieval, mensageira da obra de São Tomás de Aquino e a expansão ultramarina. Vejamos o percurso do nosso autor, de forma a compreendermos melhor a orientação do seu pensamento. Francisco de Vitória nasceu nos finais do século XV, em 1483, em Burgos. Ingressa na Ordem Dominicana através do convento de San Pablo de Burgos, em 1505, fazendo no ano seguinte a sua entrada na vida religiosa. Em 1526 “ganó, por oposicion, la cátedra de Prima Teológica de la Universidad de Salamanca, ensenando también en la escuela de misioneros que era su convento de S. Estéban” (Gran Enciclopédia Rialp, 1972, p. 634)<sup>7</sup>. Será exactamente na Universidade de Salamanca que Vitória irá exercer a sua actividade como académico, até ao ano de 1546, data da sua morte.

A obra mais conhecida de Francisco de Vitória, *Relectiones Theologicae*, é publicada em 1547, na qual encontramos o essencial da sua visão sobre o Direito Público e das Gentes. Ao lermos a sua obra verificamos que Vitória sofreu a influência do humanismo renascentista, demonstrando entusiasmo pelo movimento renovador contemporâneo deste período.

Francisco de Vitória concebe a comunidade internacional como uma assembleia cuja base reside no Direito Natural. Truyol y Serra analisa a sua obra, salientando que Vitória encara a comunidade política como uma instituição de Direito natural, “autónoma no âmbito do fim temporal do

---

<sup>7</sup> Relativamente a Santo Estêvão, refere João Amândio Martins da Silva, em ob. cit., p. 65: “Santo Estêvão funcionava como placa giratória da renovação, fortalecendo o espírito religioso da disciplina, a observância na oração, a prática rigorosa do estudo e do trabalho, o culto do humanismo, a vivência teológica tomista e um acrisolado espírito evangélico. Alfobre de vocações, preparava muitos missionários, os quais vivendo a força apostólica em terras da Nova América, dignificavam a ordem religiosa e constataavam a realidade dos gentios com o antagonismo da acção dos conquistadores. (...) Fruto dessa nova mentalidade, Santo Estêvão e a Universidade viveram, na 2.ª metade do século XVI, o apogeu espiritual e académico.”

homem” (António Truyol y Serra, 1982, p. 76). Na realidade, a comunidade política resulta da natural sociabilidade humana, “a qual, para Vitória, ultrapassa o âmbito da família – pela complexidade de exigências que permite satisfazer” (António Truyol y Serra, 1982, p. 78), englobando todas as comunidades políticas estaduais. Esta comunidade política detém supremacia sobre as restantes comunidades particulares, daqui se concluindo pelo “seu primado sobre as comunidades políticas particulares. É clara a sua referência ao *bonum commune totius orbis*, diante das exigências do qual têm de ceder as do bem comum dos seus membros.” (António Truyol y Serra, 1946, p. 62)

O Direito das Gentes, tal como é concebido por Vitória, pode ser analisado atendendo a duas classificações. Por um lado, como Direito Universal, comum a toda a humanidade, e nessa medida, Direito herdado da tradição romana, por outro lado, como Direito regulador das relações dos povos entre si, e nessa medida, é denominado *ius inter gentes* (António Truyol y Serra, 1946). Miaja de la Muela menciona que, para caracterizar o *ius gentium*, Francisco de Vitória “recuerda el Padre Francisco que, según la doctrina tomista, Derecho natural es lo que por su naturaleza está commensurado a outro.” (Adolfo Miaja de la Muela, 1955, p. 245).

Debruçando-se especificamente sobre a matéria objecto do presente trabalho, o nosso autor, na sua obra *Relectio prior de Indiis recenter inventis*, de 1539 dedica-se ao tema da ocupação espanhola da América e das consequências daí decorrentes. Para Miaja de la Muela foi esta obra responsável pela reconhecida notoriedade atribuída a este autor, ficando a ser designado como o fundador do Direito Internacional. No capítulo segundo da obra, Vitória identifica e analisa os **títulos não legítimos** da conquista espanhola, refutando-os a todos de igual maneira: a autoridade universal do Imperador, a autoridade do Pontífice romano, o direito de descoberta, “no querer los índios recibir la fe Cristiana”, os pecados dos bárbaros, a “elección voluntária” e “una donación especial de Dios” (Francisco de Vitória, 1539, pp. 116 e ss). Procurando assim, alicerçar a sua fundamentação, refere-se aquilo que designa de **títulos legítimos**: “(...) propagación de la religion Cristiana (...) si alguns bárbaros se convierten al cristianismo y sus príncipes quieren, por la fuerza y el miedo, volverlos a la idolatria”; a “si una buena parte de los índios son cristianos de hecho, el Papa puede, habiendo cauza razonable, darles un príncipe Cristiano”; “por razon de

amistad y alianza”; “que los bárbaros, diatando poço de los amentes, no sea aptos para formar y administrar una republica legitima” (Francisco de Vitória, 1539, pp. 116 e ss).

De salientar que os títulos referidos não valem em termos absolutos. A respectiva legitimidade depende da reunião de um conjunto de circunstâncias que o nosso autor acaba por não concretizar. É possível, no entanto, concluir que Vitória concebeu a possibilidade de reunião dos vários títulos invocados, sendo desta complementaridade que a legitimidade de conquista se efectivaria.

Centrando-nos no primeiro título de ocupação efectiva, por ser aquele que constitui o objecto de interesse do presente trabalho Francisco de Vitória refere que “los espanoles tienen derecho a recorrer los territorios de los índios y a permanecer allí mientras no causen danos a los bárbaros y éstos no pueden prohíbírselo” (Gran Enciclopédia Rialp, 1972, p. 634). Consequentemente, Vitória justifica a existência deste dever com a respectiva prestação por parte dos povos ocupados: a faculdade de ocupação reconhecida aos espanhóis era correspectiva do dever dos nativos, de permitir, ou pelo menos, não impedir, que esta deslocação se realizasse (Francisco de Vitória, 1539). Qual o fundamento subjacente a este direito? Vitória refere-se ao **Direito Natural**, como ordenamento regulador das relações da comunidade internacional, justificativo do aparecimento de um **princípio de solidariedade natural entre os povos**. No mesmo sentido se refere Truyol y Serra que expressamente considera a “comunidade internacional como o resultado da sociabilidade natural do homem, com alcance universal” (António Truyol y Serra, 1982, p. 62).

Luís Garcia Arias analisa o entendimento de Vitória, direccionando-o ao reconhecimento da existência de um *ius communicationis*, o qual tem por base dois corolários: a) o **direito de peregrinação** e b) o **direito de comércio**, defendendo, assim, a liberdade de navegação e de comércio ao nível internacional (Luís Garcia Arias, 1964).

Com base no princípio referido Francisco de Vitória conferiu legitimidade à ocupação do novo mundo pelos espanhóis, já que, no que respeita à liberdade comercial “importándoles los productos de los que ellos carecen y extrayendo de allí los bienes en los que ellos abundan” (José Barrientos Garcia, 1985, p. 119) se concretiza o princípio da cooperação entre as comunidades ao nível internacional. Evidentemente que a aceitação do princípio

em referência reconhece a incapacidade dos Estados para se proverem autonomamente, justificando-se a partilha de necessidades no espaço internacional. No entanto, Vitória considera que esta incapacidade de sustento individual não deve ser encarada como limitativa, mas como um mecanismo de equilíbrio da comunidade internacional. Assim se poderá justificar a liberdade de circulação como meio de obtenção/satisfação de necessidades (António Truyol y Serra, 1982).

No Capítulo III da sua obra Vitória analisa concretamente a questão da **liberdade de navegação, como corolário da liberdade de comunicação**. Refere, assim, o nosso autor:

“(…) Qué raza de hombres es esta, o que nación tan barbara que permite un trato semejante prohibiendo acercanos a sus costas? Octavo, todo animal ama a sua semejante. Luego parece que la amistad entre los hombres es de derecho natural y que es contra la naturaleza estorbar el comercio y la comunicación entre hombres que no causan ningún dano. Hace el noveno aquel texto de San Mateo: Era peregrino y no me recogisteis. **Por conseqüente, como el recibir a los huéspedes parece ser de derecho natural, aquella sententia de Cristo se aplicará a todos. Décimo, por derecho natural, son comunes a todos el Aire, el agua corriente y el mar, los rios y los puertos; y por derecho de gentes pueden las naves atracar en ellos, según se dice en las Instituciones, y por la misma razón las vias publicas. Por tanto su uso no puede vedarse a nadie. De onde se sigue que los bárbaros cometerían injusticia contra los espanoles, si les prohibieran entrar en sus territorios**” (Luciano Perena Vicente, 1967, p. 79).

Depreende-se, assim, que para Vitória, a liberdade de navegação é um princípio de direito das gentes, pelo que se verifica ser impossível a invocação da titularidade deste direito por qualquer Estado. O nosso autor desenvolve o seu raciocínio e refere que, caso exista impedimento ao exercício deste direito, é legítima a resistência dos colonizadores, tomando todas as diligências que se considerem convenientes. Como último argumento poderá justificar-se o recurso à guerra, como meio de reparação da injúria praticada. Novamente encontramos o Direito Natural como o argumento fundador da liberdade de navegação. Em nome do princípio da cooperação “internacional” entre os Estados existe legitimidade para que se reconheça a liberdade de circulação. A própria natureza comunitária da água corrente, do mar e do

ar impedem a proibição de utilização por parte de quem pretenda reivindicar a respectiva propriedade. É portanto, uma questão de impossibilidade jurídica de apropriação e conseqüente limitação de fruição. O direito de navegação surge, em conseqüência, como princípio de saudável convivência interestadual, e assim deverá ser respeitado.

Fernando Vásquez de Menchaca nasceu em Valladolid, em 1512, tendo estudado Direito Civil e Canónico na Universidade de Salamanca. Em 1551 ganha a cátedra de Instituta na mesma Universidade, desenvolvendo uma curta carreira académica. As suas obras completas formam seis volumes. Os dois primeiros contêm as *Controversium Illustrium*, o terceiro volume é composto pela *De successionum progresu*, sendo o quarto, quinto e sexto volumes constituídos pela obra *De succesionum creatione*.

Das várias obras que elaborou, destacam-se a *De vero naturale iure*, que se perdeu e as *Controversium illustrum aliarum que usu frequentium libri tres*, a sua obra mais conhecida, reeditada em 1931, pela Universidade de Valladolid, juntamente com a tradução efectuada por Don Fidel Rodriguez Alcalde. Contrariamente a Francisco de Vitória, que era teólogo, dedicando-se, assim, principalmente, às questões relacionadas com a teologia, Menchaca é essencialmente um jurista, fruto do renascimento e da herança recebida pela tradição romanística medieval.

Nas *Controversarium Illustrum* o nosso autor vai dedicar-se ao tratamento de várias áreas do direito, entre elas, a liberdade dos mares, tendo elaborado no capítulo LXXXIX uma teoria geral do Direito das Gentes.

Dedicando especial atenção à questão da liberdade de navegação, o nosso autor, em articulação com a ideia imperial, aceita a defesa do *ius communicationis* de Francisco de Vitória, já enunciado na *Relectio de indiis* como primeiro título de legitimação da conquista espanhola da América, desenvolvendo este conceito, para além do efectuado pelo seu antecessor. Terá sido efectivamente o desenvolvimento autónomo conferido à temática em causa que o tornou pioneiro na matéria. O reconhecimento da soberania universal do imperador e a aceitação das limitações ao direito de navegação colidiam com o princípio da solidariedade, regulador das relações estabelecidas ao nível internacional. Neste mesmo sentido nos refere Camilo Barcia Trelles, no seu estudo acerca da obra do autor em referência: “(...) si Vasquez de Menchaca réduit en cendres l’idée impériale, c’est qu’il considere le monde contemporain comme ayant dépassé cette

époque atomisatrice des hiérarchies et regarde comme une aspiration désormais irréalisable celle que caressent les légistes obstinés à galvaniser une idée impériale que le temps a irrémédiablement privée de l'actualité” (Camillo Barcia Trelles, 1939, p. 494). A posição assumida por Vásquez de Menchaca nas *Controversiae Illustrae*, em defesa do princípio da liberdade dos mares colide frontalmente com os interesses existentes à época por parte de Espanha “qui en tant que seule puissance coloniale d'alors, avec le Portugal, avait tout á gagner à jouir du monopole de certaines mers” (António Truyol y Serra, 1958, p. 134). Sendo Menchaca súbdito de Filipe II “le plus puissant de tous et auquel il est pleinement dévoué, jusqu'au point d'être son représentant directe du Concile de Trente” (Camillo Barcia Trelles, 1939, p. 505) a sua argumentação era vista com alguma antipatia pelo poder instituído.

Referindo-se à sua posição sobre a temática da liberdade dos mares e alicerçando a respectiva fundamentação, Menchaca procede ao estudo dos principais argumentos invocados por genoveses e venezianos para justificar a soberania marítima. Destaquemos então, três títulos de legitimidade: **a) a ocupação, b) a prescrição e c) o costume**. Ao analisar cada um dos elementos referidos Menchaca pretende demonstrar a incapacidade destes para fundamentar as possíveis pretensões de soberania marítima. À semelhança da argumentação exposta pelos seus colegas da Escola Espanhola, Menchaca concebia a liberdade de navegação como um corolário do Direito Natural, e desta forma, inviolável. (Camillo Barcia Trelles, 1939)

Começamos pela **ocupação**. Para se adquirir a propriedade de um bem através da ocupação é necessário que nos encontremos perante uma *res nullius*, isto é, que a coisa em si mesma não seja considerada propriedade de alguém, uma vez que se encontra fora do negócio jurídico. Ora, o mar, por definição, encontra-se, no entender de Menchaca, inserido nas **coisas comuns**: “(...) Muy de outra suerte acontece – dice Menchaca – com el dominio del mar, que desde el origen del mundo, hasta nuestros días, siempre fué y es común, no habiéndose mudado esse derecho por parte alguna, como es sabido” (Adolfo Miaja de la Muela, 1932, p. 63). Menchaca refere ainda que a caracterização do mar como coisa comum não é uma classificação susceptível de ser alterada, considerando que a sua origem radica no Direito das Gentes. Donde, a impossibilidade de ocupação do mar, não podendo esta argumentação fundamentar uma

pretensa soberania marítima no alto mar. (Adolfo Miaja de la Muela, 1932, p. 66)

De seguida procede o nosso autor à análise do segundo título invocado para fundamentar a posição veneziana e genoveza: **a prescrição**. A propósito deste título refere Menchaca: “Lo necio de tales opiniones – dice Menchaca refiéndose a las de los defensores de la usucapión del mar – aparece claramente si considerarmos que cada una de esas naciones no puede prescribir contra si mesma (es decir, la República veneciana contra ella; la de Génova contra si mesma, el reino de Espana contra sí y la monarquia lusitana contra ella misma) puesto que según las Instituciones, debe existir en la prescription diferencia entre agente y paciente. Contra otras naciones menos aun puede prescribir, porque el derecho de prescripción es meramente civil, según ya mostramos. Por consiguiente, tal derecho cesa cuando la cuestión es entre pueblos o entre príncipes que no reconocen superior en lo temporal. Y como las leyes meramente civiles de cada región no son consideradas por los pueblos, naciones o individuos extranjeros como tal Derecho, claro está que tendremos que recurrir al Derecho común de gentes primitivo o secundário, y obrar de conformidad a él. Ahora bien, por este Derecho jamás fué admitida la prescription y usucapión del mar, luego queda demostrada la falsedad de la mencionada tesis.” (Adolfo Miaja de la Muela, 1932, pp. 63 e 64).

Analisando a conformidade da prescrição com o Direito Natural, Menchaca estuda as opiniões de variados juristas, acabando por concluir afirmativamente, uma vez que “s’il est injuste, d’après le droit naturel que l’un augmente son patrimoine par le tort infligé à l’autre (...) néanmoins, ces préceptes, tout fils de l’équité, cessent par la volonté et concession du maître même” (Camillo Barcia Trelles, 1939, p. 496).

Admitindo a validade da prescrição nos termos mencionados, o nosso autor passa a analisar a prescrição ao nível das relações internacionais, de forma a legitimar a invocação deste argumento por parte dos Estados. Assim, no Capítulo LXXXIX do Livro II das *Controversias*, após a análise da legitimidade invocada pela Igreja, refere-se à impossibilidade de prescrição por parte de lugares públicos e comuns, de acordo com o estabelecido no Direito das Gentes. Deste princípio o nosso autor conclui que o mar, como coisa comum, não pode ser objecto de apropriação por parte de nenhuma comunidade, refutando, portanto, o argumento do

costume imemorial invocado pelos romanos. Em face do que Menchaca critica a posição portuguesa que invoca a aquisição de soberania mediante prescrição do direito de navegação no mar das Índias orientais, recusando a liberdade de circulação aos demais povos. Na realidade, o oceano tem conservado a sua natureza inalterável, razão pela qual “ni le temps, ni l’usage, ne peuvent rien contre cette permanence” (Camillo Barcia Trelles, 1939, p. 501).

Outro argumento invocado por Menchaca em defesa da liberdade de navegação relaciona-se com a consagração do **princípio da solidariedade**. Como nos refere Miaja de la Muela, “la libertad de los mares es, pues, una consecuencia en el pensamiento de Menchaca de su concepción de la solidariedade internacional” (Adolfo Miaja de la Muela, 1932, p. 66). Para fundamentar o princípio referido Menchaca invoca argumentos de natureza religiosa e jurídica. Relativamente aos primeiros refere que, à luz dos preceitos dos Evangelhos existe uma ideia de solidariedade inerente nas relações entre iguais, no caso concreto, Estados. A sustentação jurídica relaciona-se com o facto de, de acordo com o princípio da solidariedade se justificar uma necessária cooperação entre os Estados, fundamentada no Direito Natural.

Em face do que, a doutrina contrária à aceitação da liberdade de navegação contradiz as regras básicas de convivência existentes entre os Estados, que devem respeito aos princípios de Direito Natural.

## BIBLIOGRAFIA

### Livros

- ALBUQUERQUE, Ruy e Martim (2005). *História do Direito Português*, 1.º volume, 12.ª edição, Sintra.
- ARIAS, Luís Garcia (1964). *Estudios de Historia y doctrina del derecho internacional*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
- GALIANO, António Fernandez (1986). *Derecho Natural (introducción filosofica al Derecho)*, quinta edición, Salamanca.
- GARCIA, José Barrientos (1985). *Un siglo de moral económica en Salamanca (1526-1629) Francisco de Vitória e Domingo de Soto*, Salamanca.
- MALTEZ, José Adelino (1999). *Princípios de Ciência Política, O Problema do Direito* (II vol.), ISCSP, Lisboa.
- MENCHACA, Fernando Vasquez de (1932). *Internacionalistas espanoles del siglo XVI*, Madrid.
- MERÊA, Paulo (1941). *Suarez, Grócio, Hobbes*, Arménio Amado Editor, Coimbra.
- MUELA, Adolfo Miaja de la (1955). *Introducción al Derecho Internacional Publico*, segunda edición, Madrid.
- PRATS, James Brufau (1989). *La Escuela de Salamanca ante el descubrimiento del Nuevo Mundo*, Salamanca.
- ROMMEN, Heinrich (1998). *The Natural law – a study in legal and social History and Philosophy*, traduzido por Thomas R. Harley, Indianapolis.
- SERRA, António Truyol y (1946). *Os Princípios do Direito Internacional nos trabalhos de Francisco de Vitória*, Madrid.
- SERRA, António Truyol y (1958). *Gênese et fondements spirituels de l'idée d'une communauté universelle*, Lisboa.

SERRA, António Truyol y (1982). *História da Filosofia do Direito e do Estado*, Lousã.

SILVA, João A. Martins da (1994). *O Pensamento Político e Social de Frei Francisco de Vitória*, APPACDM, Braga.

VECCHIO, Giorgio (1959). *Lições de Filosofia do Direito*, volume I, Coimbra.

VICENTE, Luciano Perena (1967). *Escritos Políticos, Selección*, Buenos Aires.

### **Artigos em Revistas**

MERÊA, Paulo (1937). “Os jurisconsultos portugueses e a doutrina do *mare clausum*”, in Vários, *Novos Estudos de História do Direito*, Coimbra, p. 19 - 45.

TRELLES, Camilo Barcia (1939-I). “Vasquez de Menchaca (1512-1569), L’écôle espagnole du Droit International du XVI siècle”, in Vários, *Recueil des Cours*, tomo 67, p. 430 – 534.

### **Enciclopédias**

GRAN ENCICLOPEDIA RIALP (1972). volume VII, Madrid.

ENCICLOPEDIA FILOSÓFICA (1957). Istituto per la Collaborazione Culturale, volume V, Roma.