



UNICEPLAC

Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos - UNICEPLAC

Curso de Direito

Trabalho de Conclusão de Curso

**Pensamento jusnaturalista e ordenações filipinas: uma reflexão
sobre as (im)possíveis influências do tomismo na tipificação da
sodomia**

Gama-DF

2021

WAGNER PIAU DE ALMEIDA NETO

**Pensamento jusnaturalista e ordenações filipinas: uma reflexão
sobre as (im)possíveis influências do tomismo na tipificação da
sodomia**

Artigo apresentado como requisito para
conclusão do curso de Bacharelado em Direito
pelo Centro Universitário do Planalto Central
Apparecido dos Santos – Uniceplac.

Orientador: Prof. Dr. Luis Felipe Perdigão
de Castro

Gama-DF

2021

WAGNER PIAU DE ALMEIDA NETO

Pensamento jusnaturalista e ordenações filipinas: uma reflexão sobre as (im)possíveis influências do tomismo na tipificação da sodomia

Artigo apresentado como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos – Uniceplac.

Gama, 19 de novembro de 2021.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Luis Felipe Perdigão

Prof. Nome completo
Orientador

Prof. Dr. Luis Felipe Perdigão

Prof. Nome completo
Examinador

Profa. Me Caroline Lima Ferraz

Prof. Nome Completo
Examinador

Pensamento jusnaturalista e ordenações filipinas: uma reflexão sobre as (im)possíveis influências do tomismo na tipificação da sodomia

Wagner Piau de Almeida Neto¹

Resumo:

O presente artigo científico objetiva verificar se o pensamento jusnaturalista do filósofo Tomás de Aquino de alguma forma influenciou na criminalização da sodomia, isto é, da homossexualidade, com as consequentes sanções penais impostas aos sodomitas, durante o período colonial brasileiro (de 1530 d.C. a 1822 d.C.), através do Código Filipino (o ordenamento jurídico vigente à época no Brasil Colônia, que vigorou de 1603 d.C. a 1830 d.C., na seara criminal). Para tanto se analisará no que consiste o Direito natural, principalmente em Aquino e através de quais bases e com quais fontes as ordenações foram elaboradas, precipuamente com ênfase nas obras de Paulo Nader, Bernardo Veiga e Renan Aguiar. Caso não seja verificada nenhuma influência do tomismo na tipificação, se passará à análise das possíveis influências e de qual seja a relação do jusnaturalismo tomasiano com o crime de sodomia.

Palavras-chave: Direito. Filosofia. História. Tomismo. Sodomia.

Abstract:

This scientific article aims to verify whether the philosopher Thomas Aquinas' jusnaturalist thought somehow influenced the criminalization of sodomy, that is, homosexuality, with the consequent criminal sanctions imposed on sodomites, during the Brazilian colonial period (from 1530 AD to 1822 dC), through the Philippine Ordinances (the legal system in force at the time in Brazil Colony, which was in force from 1603 dC to 1830 dC, in the criminal area). For that, it will be analyzed what the Natural Law consists of, mainly in Aquino and through what bases and with what sources the ordinances were elaborated, mainly with emphasis in the works of Paulo Nader, Bernardo Veiga and Renan Aguiar. If no influence of Thomism in the typification is verified, the possible influences will be analyzed and what is the relationship of Thomasian iusnaturalism with the crime of sodomy.

Keywords: Law. Philosophy. History. Thomism. Sodomy.

¹Graduando do Curso de Direito, do Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos – Uniceplac. E-mail: wagnerpiou@hotmail.com.

1. INTRODUÇÃO

A História e a Filosofia do Direito oferecem aportes teóricos fundamentais para uma reflexão crítica sobre a trajetória legal das tipificações. Historicamente, a sodomia foi um termo usado para descrever práticas homoeróticas e/ou homoafetivas. Inclusive, remontam às Ordenações Filipinas (1603-1830), época em que produziram efeitos jurídicos sobre grandes populações da Europa e América colonial (ADI 4277/DF, 2011, p. 826-832). A sodomia foi criminalizada e, um dos possíveis caminhos para compreender o fenômeno, passa pelo entendimento do jusnaturalismo de matriz tomasiana (MARTINS, 2015, p. 27-28). Cabe indagar sob que medida esse arcabouço foi (ou não) parte do processo jurídico de tipificação.

O termo jusnaturalismo tomasiano, neste trabalho, diz respeito ao pensamento que impregnava a atmosfera cultural e acadêmica do Império Português, no século XVI até o XVIII, graças ao monopólio jesuíta da educação (DIMENSTEIN *et al*, 2008). Pode ser definido como uma jusfilosofia para a qual existem quatro tipos de lei: a eterna, consubstanciada na razão universal divina, que guia e ordena todos os acontecimentos do universo; a divina, representada pela conjunção das revelações do antigo e do novo testamento, ou seja, a lei bíblica; a positiva, produto do pensamento humano, criada pela autoridade competente da sociedade sobre a qual ela incide; e por fim a lei natural, que seria a participação ativa da razão humana na lei eterna. Assim, segundo o jusnaturalismo tomista, a lei positiva deve estar de acordo com a lei natural, que é descoberta pela razão humana a partir da análise da natureza e essência das coisas.

Nessa linha temática, o problema de pesquisa consiste na seguinte pergunta: “do ponto de vista da análise histórica e filosófica do Direito, houve influência do jusnaturalismo tomista para a tipificação da sodomia nas Ordenações Filipinas? Se sim, quais elementos poderiam ser apontados nessa análise teórica?”

Essa reflexão se faz importante em função de ser o jusnaturalismo medieval uma das principais correntes jusfilosóficas, em concorrência principalmente com o juspositivismo, cuja adoção tem prevalecido entre os operadores do Direito desde o séc. XIX. Desse modo, a verificação de uma possível relação de causalidade entre a jusfilosofia que no passado foi hegemônica nos países ibéricos (jusnaturalismo tomista), em que pese os argumentos deduzidos por seus defensores, que tentam reabilitá-la e readaptá-la à contemporaneidade, e as Ordenações Filipinas, conhecidas por cominarem pena de morte em quantidades

consideráveis de delitos, o denominado espectro das “mil mortes” (BICALHO, 2000), se faz imperiosa, a fim de que os erros e violações aos direitos humanos ocorridos sistematicamente no passado não voltem a se concretizar, pois em caso afirmativo, restaria demonstrado que o jusnaturalismo medieval tomista é opção para qual a sociedade não deve retornar.

Outrossim, Tomás ensina que o sujeito que age de forma contrária à natureza é um pecador (MARTINS, 2015, p. 27-28) e, além de perder a dignidade humana, se rebaixa ao nível dos animais, pois ao abrir mão de sua racionalidade, se corrompe e fica à disposição da sociedade, que então deverá amputá-lo do todo social, para não ficar corrompida (AQUINO, 2017, p. 2146). Ocorre que na visão jusnaturalista tomista, a violação da natureza (bem jurídico tutelado) inclui os atos sexuais não procriativos, dentre eles a “sodomia”, razão pela qual a homossexualidade seria necessariamente tipificada enquanto crime, daí advindo a necessidade de se examinar as relações entre tais institutos (as Ordenações Filipinas e o jusnaturalismo tomista). Destarte, isso explicaria o porquê dos homossexuais terem sido condenados à morte no Brasil Colônia (1530 d.C.-1822 d.C.) de acordo com a lei em vigor.

O objetivo geral é conceituar o jusnaturalismo tomasiano e o tipo de sodomia nas Ordenações Filipinas. E, como objetivo específico, compreender se a sodomia foi criminalizada em decorrência do jusnaturalismo de matriz tomasiana. Em outras palavras, compreender precipuamente se o renomado filósofo católico, tido como um dos mais sábios doutores da Igreja, foi (ou não) o responsável teórico pela repressão que os homossexuais sofreram nas terras sob a égide da Coroa Portuguesa (período colonial brasileiro), mais notadamente a região na qual a República Federativa do Brasil se encontra hodiernamente. Além disso, objetiva-se investigar a bibliografia sobre ter sido Tomás o “causador” do mencionado instituto jurídico ou a indicação de outras influências por trás do tipo penal em questão.

Justifica-se o trabalho pelo fato de o “Doutor Angélico” – termo que a Cristandade atribuiu a Tomás de Aquino – ser um dos filósofos mais influentes na sociedade ocidental contemporânea, através da Igreja Romana. Se existir atuação do tomismo sobre a formação das Ordenações Filipinas (normas criminais conhecidas por penas desproporcionais em relação aos delitos cometidos, destacando-se o primeiro tipo previsto no título XIII, do livro V, das Ordenações, de sodomia), então o atual movimento jusnaturalista de matriz tomista, representado por relevantes catedráticos como Bernardo Veiga (2020) e Michel Villey (2014), seria criticável. A crítica poderia ir no sentido de retomar uma corrente jusfilosófica lesiva aos

Direitos Humanos de um modo geral, por reatualizar a exclusão de seres humanos com atração pelo mesmo sexo.

A metodologia a ser empregada será a da revisão bibliográfica de materiais produzidos sobre o tema, principalmente a doutrina de História do Direito e Filosofia do Direito, além de livros e artigos científicos oriundos tanto do Brasil quanto de Portugal.

Para tanto, o primeiro e segundo tópicos terão uma abordagem conceitual. No primeiro serão definidos e delimitados historicamente, o jusnaturalismo e o tomismo. No segundo, as Ordenações Filipinas e sua tipificação sobre a sodomia.

Quanto ao jusnaturalismo, será exposta brevemente a sua origem na antiguidade greco-romana, como fora incorporado ao pensamento dos juristas latinos, que viam o mundo como um todo ordenado, e como fora adotado pelos filósofos cristãos, culminando em Aquino. Sobre o tomismo, será relatada a história de seu fundador, Tomás de Aquino; quais as influências jusfilosóficas e jurídicas recebidas por ele; sua visão sobre a pena de morte e outros tópicos que serão analisados em pouquíssimos artigos da Suma Teológica. Logo após, será dada atenção ao jusnaturalismo tomista, com apresentação de uma visão geral sobre o tema, subsequentemente analisando como a sodomia é encarada pelo autor (do ponto de vista jurídico), se é tratada como um crime e se sim, qual a punição aplicável e o porquê.

Por fim, no terceiro tópico, será retomada a análise das Ordenações Filipinas, passando pelo tipo incriminador da conduta homossexual, focando no exame de todo o material colhido, para refletir e debater se realmente há a influência mencionada sobre a tipificação.

2. LINHAS GERAIS DO JUSNATURALISMO

Neste capítulo serão definidos e delimitados historicamente, o jusnaturalismo e o tomismo. Mas, de início, faz-se mister realizar uma digressão. Na Antiguidade², os governantes apresentavam a lei como sendo a emanção da vontade divina e o respeito pelo ordenamento jurídico era visto como um ato de fé e de piedade religiosa. Uma das religiões antigas de maior importância cultural e que, até hoje, influencia o Ocidente é o Judaísmo³,

² O termo Antiguidade representa o período histórico compreendido entre 3000 a.C. até 476 d.C. (BOULOS JÚNIOR, 2011).

³ Em linhas gerais, o Judaísmo é uma matriz religiosa e civilizacional que, resumidamente, consiste na crença da existência de um único deus, que dita regras comportamentais e exige a observância de condutas éticas por parte de seus seguidores. (PINSKY, 1987).

cuja base, o Decálogo de Moisés, apresenta regras sociais e religiosas para a regência do povo (NADER, 2020).

Do outro lado do Mar Mediterrâneo, na região em que os futuros gregos floresceriam, os Jônios criaram uma filosofia natural cosmológica, em uma tentativa racional de compreensão do universo, vendo no Direito um fenômeno intrínseco à estrutura da natureza (NADER, 2020). Foram os gregos que primeiro sistematizaram o pensamento filosófico, em especial o conhecimento acerca do direito e da justiça, servindo suas reflexões como base para o pensamento jurídico ocidental, por intermédio dos romanos, que as adotaram quase integralmente (MASCARO, 2021).

Passados alguns séculos, os Sofistas⁴ começaram a questionar o fundamento da justiça e se a ordem natural poderia ser incluída entre uma das hipóteses (o que era rejeitado pela maior parte deles, pois alegavam que se existisse um justo natural, todas as leis seriam iguais) (NADER, 2020). Assim, a história do Direito Natural começa com os antigos filósofos gregos. A figura de Heráclito de Éfeso pela primeira vez desenvolveu o tema de uma maneira completa, adotando um posicionamento cosmológico e panteísta (NADER, 2020) fundado na crença de que a natureza é formada por fogo, o que faz o universo mudar constantemente e possibilita a transformação das coisas (MASCARO, 2021).

Mas, em regra, os defensores do jusnaturalismo professam a crença em um agrupamento imaterial, não promulgado pelos homens. O Direito Natural pode ser avaliado pelo aspecto da subjetividade, que intenta analisar o quanto as pessoas de forma igual vivem livremente e desfrutam de suas liberdades, e da objetividade, através do qual se conhece o conjunto orgânico de princípios, extraídos a partir da observação da natureza humana, que orientarão o Estado em sua função de estruturador da sociedade. (NADER, 2020).

Os jusnaturalistas crêem que a fonte do Direito Natural é a natureza humana, definida como o conjunto dos instintos comuns aos seres racionais e que determina a causa final do homem. Entre os principais instintos inerentes ao ser humano se encontra o desejo de autopreservação da vida e a ânsia pela liberdade, que é o mais fundamental dos valores humanos e princípio básico do Direito Natural (NADER, 2020).

Sócrates⁵ equiparou justiça e lei, tratando esses dois institutos como sinônimos,

⁴ São considerados sofistas os filósofos que mais se preocupavam em convencer seus interlocutores com o uso da retórica do que alcançar a verdade, reduzindo seus discursos a opiniões relativistas (ARANHA; MARTINS, 2009).

⁵ Sócrates foi um filósofo grego que discutia na praça pública, fazendo perguntas aos transeuntes, buscando no

segundo o qual “quem obedece às leis do Estado obra justamente, quem as desobedece, injustamente” (NADER, 2020, p. 152). Argumentava ainda que o ordenamento legal deveria ser totalmente observado pelas pessoas, constituindo um ato de injustiça qualquer tipo de desrespeito às normas legais, pois que elas se originam do acordo firmado entre os cidadãos, de modo que o descumprimento dos preceitos emanados pelo legislador configura uma quebra implícita desse pacto social (NADER, 2020).

Atualmente, o classicismo filosófico, formado pelos filósofos Sócrates, Platão e Aristóteles é considerado o apogeu da filosofia grega, principalmente graças aos dois últimos, que são os maiores jusfilósofos da antiguidade. O surgimento dessa forma de produzir conhecimento não foi espontâneo, entretanto, pois dependeu de certas circunstâncias políticas e culturais para sua consolidação (MASCARO, 2021). O fundador da filosofia clássica também ensinava em seus diálogos sobre a existência das leis universais não escritas, criadas pela divindade (NADER, 2020).

Todas essas formas de encarar a realidade estão sendo aqui abordadas em função de serem essas as influências percebidas por Tomás de Aquino e com as quais ele construiu o seu sistema jusfilosófico a respeito do Direito Natural. Faz-se mister mencionar também o estoicismo, que foi a corrente filosófica de maior impacto na Roma Antiga⁶, principalmente através dos grandes jusfilósofos latinos, tais como Cícero e Sêneca (NADER, 2020).

Os estóicos, que absorveram grande parte do pensamento de Heráclito, desenvolveram uma filosofia panteísta segundo a qual o mundo físico é guiado por um princípio geral, chamado *logos*, que guia e movimenta todos os acontecimentos fáticos do universo material de forma racional, funcionando na verdade como a mente do cosmos. O *logos* que guia e governa o universo é, além de fonte de inspiração e orientação aos homens e às leis por eles formuladas, único, motivo pelo qual só poderia haver um único Direito e um único Estado, como reflexos dele. Isso levou autores, como Zenão de Cítio, a formularem a doutrina do Estado universal, que muito influenciou os juristas romanos (NADER, 2020).

O estoicismo foi influência muito maior no direito romano do que as outras correntes filosóficas, mas não foi empregado em seu estado puro e sim em conjunto com as outras

diálogo (maieutica) um meio para melhor conceituar os objetos. Também praticava a ironia, consistente na formulação de perguntas das quais simulava ignorar a resposta. (ARANHA; MARTINS, 2009).

⁶ Entende-se por Roma Antiga a periodização na qual a pequena cidade no interior da Itália passou de Monarquia, desde 753 a.C., a República em 509 a.C., quando começou a desenvolver-se social e economicamente, expandindo seu território e tornando-se um império em 27 a.C., que desfrutou de estabilidade por muitos séculos, até sua parte ocidental cair em 476 d.C. (COTRIM, 2008).

escolas de pensamento. Nele, a razão é orientada em função da praticidade, na busca por um bem viver em harmonia com a natureza e em correspondência à condição humana, que é racional (MASCARO, 2021).

Para o filósofo estóico Cícero, o Direito Natural seria a concordância e adequação entre a reta razão e a natureza, motivo pelo qual pode ser qualificado como eterno, imutável e universal. Além do mais, para o filósofo, os seres humanos experimentam de forma diferente o sentimento de justiça, que é comum a todos e em se tratando da lei, tal não teria origem nos contratos humanos e sim na natureza. Por fim, o último filósofo estóico a ser mencionado, Marco Aurélio, estatuiu que o direito natural seria baseado na razão e válido em qualquer lugar (NADER, 2020).

De acordo com os estóicos, se conhece a natureza e seus desígnios pelo uso da razão, e os deveres devem ser cumpridos como hábito, para que o homem seja considerado virtuoso. Assim, se faz necessário vencer e superar as paixões, pois elas afastam o homem de seus objetivos, de modo que se abster de prazeres e futilidades se torna necessário para o alcance da virtude (MASCARO, 2021). Pelo estudo dos princípios gerais que regulam a doutrina estóica, é possível inferir que seus seguidores acreditam em um Direito natural que, sendo fruto da Razão suprema governante do universo, com ela se harmoniza perfeitamente. Destarte, com a efetivação do Estado único universal, as leis não seriam mais necessárias, pois as pessoas passariam a seguir o direito natural espontaneamente (NADER, 2020).

Com o advento do Cristianismo⁷, a Filosofia do Direito também passou a refletir a cosmovisão dos cristãos, que defendiam a origem não mais natural, mas divina do Direito (NADER, 2020). A filosofia católica a respeito do Direito iniciou o seu desenvolvimento na Alta Idade Média, com as obras de Agostinho de Hipona (354 d.C. a 430 d.C.), que partia da doutrina exposta por Paulo Apóstolo⁸, ainda no começo do Cristianismo, através da Epístola aos Romanos, livro que compõe o cânone bíblico, no qual ele argumenta que o Direito Natural é aquele gravado por Deus nos corações humanos (NADER, 2020).

Assim, Paulo foi muito influenciado pela Filosofia Helênica, sobretudo pelo Estoicismo, e em suas reflexões sobre o Direito, feitas principalmente na Epístola aos

⁷ Com o advento do Cristianismo, crença na qual Tomás de Aquino se formou, o Ocidente foi gradativamente se convertendo à nova fé, de modo que após anos de perseguição aos cristãos, o Império Romano aderiu à novidade religiosa, através do Édito de Tessalônica, decretado pelo imperador romano Teodósio I em 380 d. C., que estabeleceu legalmente o catolicismo como religião oficial do império (NADER, 2020).

⁸ Paulo Apóstolo, ou São Paulo, foi um apologista cristão e escritor bíblico que nasceu na primeira década do século I d.C., na Cilícia e morreu em Roma, no ano 67 d.C. (RAMOS *et al*, 2012).

Romanos, classificou a lei em quatro tipos: lei divina ou eterna, lei da razão ou natural, lei positiva e lei do pecado (NADER, 2020).

O cristiniano representou uma nova maneira de abordar a racionalidade no ocidente, pois diferente dos gregos e romanos, os cristãos se vinculavam à tradição hebraica. Na doutrina de Aristóteles, apesar de Deus ser perfeito e estável, não existe a providência divina. Já no pensamento judaico-cristão, Deus também tem as mesmas qualidades aristotélicas, mas reflete mais características antropomórficas, visto interferir na realidade, julgar, salvar e condenar (MASCARO, 2021).

2.1. Aspectos gerais do Jusnaturalismo Tomista

O pensamento de Tomás de Aquino⁹ é conhecido pelo fato de ter operado uma síntese entre todo o saber cristão do Ocidente Latino acumulado até sua época, com a Filosofia Aristotélica, em especial a metafísica. Desse modo, Tomás foi o responsável por tornar a doutrina de Aristóteles aceita pela Igreja e pela sociedade ocidental, no lugar da filosofia agostiniana, que teve hegemonia até o início do século XIII (NADER, 2020).

Em breve síntese, as filosofias agostiniana e tomista são marcadas por algumas características. De um lado, Agostinho foi o principal autor do primeiro movimento filosófico cristão, denominado de Patrística¹⁰, no qual seus integrantes procuravam defender a fé cristã e combater os erros dos pagãos e dos heréticos, com o intuito de convertê-los, por meio de uma abordagem neoplatônica. Agostinho se utilizou do dualismo platônico para fundamentar a crença no mundo das ideias divinas, ao qual temos acesso através da iluminação de Deus. Já Tomás foi o maior expoente da escolástica¹¹, período caracterizado pelo contato com as obras

⁹ Tomás de Aquino, monge dominicano, nasceu em Roccasecca, Itália, por volta de 1224 d.C. Professor de teologia na universidade de Paris, conseguiu elaborar uma síntese filosófica entre os pensamentos de Agostinho e Aristóteles Morreu em 1274, em Fossanova, a caminho do segundo Concílio de Lião. Sua doutrina foi tão bem acolhida pela Igreja, que o Papa Pio V lhe concedeu o título de Doutor em 1567 (TORREL, 2015).

¹⁰ A patrística é a origem do pensamento cristão e representa o conhecimento filosófico e teológico dos *Santos Padres* da Igreja, teólogos de notável saber e reconhecida santidade. Os Padres são qualificados por terem ortodoxia doutrinária, santidade de vida, reconhecimento pela Igreja e antiguidade (SILVA, 1988).

¹¹ Escolástica foi o método de ensino teológico e filosófico desenvolvido quando do surgimento das universidades na Idade Média. Através dela, questões e opiniões eram debatidas, de forma racional. Os escolásticos procuraram sintetizar os ensinamentos da doutrina católica com a filosofia de Platão e de Aristóteles. Apesar disso, a escolástica não se reduz à filosofia produzida no período medieval e nem à filosofia cristã, visto ser um método de produção de conhecimento baseado na disputa, com confronto de perspectivas objetivando respostas sustentadas na razão (CULLETON, 2010)

de Aristóteles, sendo que a principal obra de Aquino, a *Suma Teológica*, é considerada a melhor síntese do aristotelismo com o cristianismo. Tomás defendeu a importância do mundo físico e o utilizou como prova para a existência de Deus, sua causa. Além disso, explicou que o conhecimento se dá pela abstração dos objetos captados pelos sentidos (ARANHA; MARTINS, 2009).

A maior parte da Doutrina Tomista se encontra na obra *Summa Theologica*¹², na qual ele formula um dos pontos principais de seu pensamento, qual seja, a relação entre fé e razão.

Sobre a relação entre fé e razão no pensamento tomista, antes de Tomás de Aquino, o entendimento da Igreja acerca desse tópico era o de Agostinho de Hipona, que sustentando-se em uma visão neoplatônica, defendia a necessidade da fé para se viver uma vida virtuosa e justa em Deus, sendo a razão considerada como algo secundário para a salvação (MASCARO, 2021).

A partir de Tomás, o aristotelismo foi incorporado ao pensamento cristão, de modo a permitir uma valorização da razão e a alterar o entendimento acerca das virtudes, que passaram a ser vistas como atos em que se leva o outro em consideração. Além disso, Tomás introduziu uma mudança na perspectiva sobre o pecado original, considerando-o antes uma doença que morte, a qual pode ser curada. Assim, a injustiça já não era mais encarada como fatalidade, pois que apesar de marcado pela corrupção original, o ser humano pode produzir atos bons e justos pela graça. Por fim, a formulação tomasiana permite enxergar no relacionamento interpessoal uma justiça marcada pela razão (MASCARO, 2021).

Para Tomás, a razão é a base sobre a qual a filosofia, que deve se submeter à revelação, é construída e a fé é o fundamento da teologia (NADER, 2020). Além disso, Aquino analisa a natureza, diversidade, efeitos, tipo, poder e mudança das leis, se baseando menos no pensamento de Aristóteles do que no direito romano e na Patrística (VEIGA, 2020).

Como Paulo Apóstolo e sob a influência de Agostinho de Hipona, aduziu Tomás sobre a existência de quatro espécies de lei, a saber: a eterna, a divina, a natural e a humana. A lei eterna recebe o seu nome em função de Deus agir fora do tempo, que é sua criação, de modo que a Razão divina ou o *logos* governante do universo se encontra e opera na eternidade. Além do mais, explica acerca da necessidade das outras três leis serem derivações da lei eterna, fundamento das demais. Isso é algo que o detentor do poder de legislar deve observar,

¹² Obra-prima do pensamento tomasiano, de caráter compilatório, que apresenta de maneira resumida e sistemática o conhecimento teológico da Igreja católica, com uma exposição adaptada aos estudantes do séc. XIII, período no qual foi produzida. (NASCIMENTO, 2011).

posto que a lei humana só teria validade quando se conformasse à reta razão, que é reflexo do *logos* divino eterno, de modo que uma lei irracional seria antes uma violência contra a comunidade do que lei. (NADER, 2020, p.166).

Tomás esclarece que a lei é “certa regra e medida dos atos, segunda a qual alguém é levado a agir, ou a apartar-se da ação”, devendo ser estabelecida com racionalidade e visando ao bem comum (VEIGA, 2020, p.121). Assim, quando o legislador cria uma lei, para que ela não seja mais iniquidade do que lei, é necessário que a razão seja o seu fundamento e que o fim último do homem, isto é, a felicidade, seja o seu objetivo. Explica também que a parte está ordenada ao todo social, que é a comunidade, de modo que a lei se dirige para a felicidade comum e é produto da vontade do povo ou de algum delegatário do povo (VEIGA, 2020).

A lei eterna explica que o universo é governado pela razão de Deus, que está fora do tempo. A lei natural é a participação do Homem na lei eterna, através da razão, ou seja, pela racionalidade o homem acaba por refletir a lei eterna, que está em Deus e essa reflexão é a lei natural. Ademais, para Tomás de Aquino a lei natural seria a participação da racionalidade humana na lei eterna, de modo a criar um reflexo da Razão divina, através do qual os homens podem melhor compreender os princípios da lei eterna (NADER, 2020).

Sobre as leis humanas, estas são criadas pelos Homens a partir dos princípios contidos na lei natural. Em relação à lei divina, esta é uma revelação religiosa feita aos Homens por Deus, dividida pedagogicamente no Antigo e no Novo Testamento (Bíblia). Por fim, Tomás ainda menciona a lei da concupiscência, pois o homem foi criado para operar racionalmente, mas sofreu uma corrupção devido ao pecado original, que o impele à sensualidade desenfreada, aqui considerada não apenas sob o aspecto sexual, mas como desregramento humano de um modo geral (VEIGA, 2020).

Na questão 92 da *Summa* explana que o efeito da lei é tornar os homens bons, não enquanto cidadãos somente, mas também segundo a virtude, pois é impossível o bem comum da sociedade ser alcançado se os cidadãos não forem virtuosos. Complementa o texto com a alegação de que a maioria obedece às leis não por virtude, mas por temor da pena cominada e que os atos da lei são quatro, quais sejam: ordenar, proibir, permitir e punir (VEIGA, 2020).

Na questão 94 trata da lei natural, que é algo presente no interior da razão humana e cujo princípio mais importante, sobre o qual os outros preceitos da lei natural são fundados, é o de sempre buscar o bem e evitar o mal (VEIGA, 2020).

Sobre o poder da lei humana, Tomás alega na questão 96 da *Summa* que a lei é feita para ser aplicada em diversos casos, de uma maneira abstrata, mas que não serve para coibir todos os vícios humanos, o que seria impossível, mas apenas os mais graves, isto é, aqueles que ameaçam a conservação e manutenção da coletividade, tais como o homicídio e o furto. Ainda, aqueles atos maus que não ultrapassam a esfera pessoal do agente para atingir terceiros podem ser politicamente tolerados, pois a Providência Divina se encarregará de puni-los (VEIGA, 2020).

Em se tratando da pena de morte, Tomás diz que o pecadores devem ser amputados do corpo social, da mesma forma que uma perna apodrecida no corpo de alguém. Assim, é lícito ao Estado tirar a vida do pecador, para que ele não corrompa mais a sociedade, porque o indivíduo existe em função do todo social (AQUINO, 2017, p. 2146). Dispõe Aquino que:

Como já dissemos, é lícito matar os brutos, enquanto naturalmente ordenados ao nosso uso, assim como o imperfeito é ordenado para o perfeito. Pois, toda parte se ordena para o todo como o imperfeito para o perfeito. Por onde, toda parte é naturalmente para o todo. E por isso, vemos que é louvável e salutar a amputação de um membro gangrenado, causa da corrupção dos outros membros. Ora, cada indivíduo está para toda a comunidade como a parte, para o todo. Portanto, é louvável e salutar, para a conservação do bem comum, por à morte aquele que se tornar perigoso para a comunidade e causa de perdição para ela; pois, como diz o Apóstolo, um pouco de fermento corrompe toda a massa . (AQUINO, 2017, p. 2146)

Na resposta à terceira objeção do art. 2 da questão 64, da II, IIae da *Summa*, Aquino defende que quando alguém comete um pecado perde a dignidade humana, pois o pecado é um ato de irracionalidade, que afasta o sujeito de sua própria natureza, e o rebaixa ao nível de escravidão dos seres irracionais, ou seja, dos animais, que existem para servir o ser humano. Desse modo, da mesma maneira que é lícito matar os animais, também é permitido ao Estado privar o pecador de sua vida, pois que aos animais se equiparou voluntariamente pelo pecado, o que inclui as práticas homoafetivas (AQUINO, 2017, p. 2147).

Sob possível influência do tomismo, alguns círculos acadêmicos ainda admitem a existência de um *Jus Naturae*, não mais enquanto um conjunto de normas, mas sim como um aglomerado de princípios, fundado na “ordem natural das coisas” (NADER, 2020, p. 195). Ressalte-se que o Direito Natural não pode ser caricaturado como conservador ou revolucionário, a não ser quando for invocado para a manutenção do Direito Positivo ou para a sua reforma, respectivamente. Por fim, a existência do Direito Natural serve de limitação às pretensões do legislador, impedindo o desenvolvimento de totalitarismos, pois que o Estado

deverá observar os princípios do Direito Natural quando da produção normativa, sendo-lhe vedado legiferar conforme o voluntarismo do governante (NADER, 2020).

3. ORDENAÇÕES FILIPINAS E SODOMIA

Durante o período colonial brasileiro (de 1530 d.c. a 1822 d.c.), houve uma imposição do ordenamento jurídico da metrópole portuguesa sobre a colônia, de modo que a legislação em vigor no Reino de Portugal era a mesma no território que viria a ser, atualmente, a República Federativa do Brasil. Ao longo desses três séculos, foram as denominadas ordenações reais a legislação em vigor, em um total de três, a começar pelas Afonsinas (que entraram em vigor em 1446 d.c.), que foram revogadas pelas Manuelinas (1521 d.c.), que por fim foram sucedidas pelas Filipinas, cuja vigência se deu a partir de 1603 d.c. (MACIEL; AGUIAR, 2016). Quanto às Ordenações Afonsinas, foram a compilação das normas jurídicas esparsas então em vigor, feita a mando do Rei Dom Afonso V, e serão detalhadas mais adiante. Saliente-se que o livro II dispunha de normas especiais relativas ao clero e à nobreza, que formavam classes sociais distintas e colocadas acima da maioria da população (TOYSHIMA *et al*, 2011).

As Ordenações Manuelinas começaram a vigorar definitivamente a partir de 1521 d.C., ano em que o rei Manuel I veio a óbito, e nada mais foram do que a compilação das Ordenações anteriores com as leis extravagantes editadas posteriormente, com o fito de facilitar o estudo e aplicação da lei; de qualquer modo, a estrutura anterior foi mantida, ainda que algumas normas tenham sido alteradas e um estilo menos prolixo adotado (TOYSHIMA *et al*, 2011) (MACIEL; AGUIAR, 2016).

Com as Ordenações Filipinas, verificou-se uma verdadeira continuação e estabilidade dos institutos jurídicos anteriores, sem rupturas relevantes. Foram promulgadas durante o reinado de Felipe II em 1603, sendo mais uma compilação resultante da junção das ordenações precedentes com as leis extravagantes editadas posteriormente, sendo que a atualização se fazia imprescindível, em virtude de algumas normas que precisavam ser revistas. O monarca respeitou as tradições portuguesas, por questões políticas, o que resultou na manutenção da mesma estrutura das ordenações retroativas, que acabou sendo comum aos três ordenamentos (TOYSHIMA *et al*, 2011) (MACIEL; AGUIAR, 2016).

Nas Ordenações Filipinas (vigência de 1603 d.C. a 1830 d.C. no âmbito penal) era

dado ênfase aos casos concretos reduzidos a termo, diferente dos códigos contemporâneos, que se baseiam nas consolidações surgidas após a Revolução Francesa, cujo teor está marcado por normas abstratas e pela clara preocupação com a resolução de contradições, lacunas e repetições internas. Destarte, tais vícios se perpetuaram ao longo das três ordenações, sem que os Reis se preocupassem em saná-los (MACIEL; AGUIAR, 2016).

O ordenamento jurídico sob análise foi construído de acordo com as Decretais do Papa Gregório IX¹³ (Direito Canônico) e continha os seguintes cinco livros: I - Direito Administrativo e organização judiciária; II - Direito dos Eclesiásticos, do Rei, dos Fidalgos e dos Estrangeiros; III - Processo Civil; IV - Direito Civil e Direito Comercial; e V - Direito Penal e Processo Penal, o qual interessa ao presente trabalho. O livro II é uma ótima fonte para se compreender a sociedade do Antigo Regime português, a qual era dividida em três estados ou classes sociais, sendo predominante o clero e a nobreza (fidalgos) (MACIEL; AGUIAR, 2016).

Quando o intérprete da lei se deparava com as lacunas presentes nas ordenações, era-lhe permitida a utilização e aplicação subsidiária tanto do Direito Romano, quanto do Direito Canônico. O primeiro é o Código de Justiniano ou *Corpus Juris Civilis*, que na época era lido a partir das interpretações do jurista italiano Acúrsio, enquanto o segundo é o conjunto de cânones que rege os membros da Igreja Romana. O Direito Canônico em especial era invocado quando o caso *sub judice* envolvia pecados, como quando o réu era acusado de heresias ou de atos sexuais contrários à natureza. Dessarte, durante os julgamentos os magistrados deveriam ter ao seu alcance o texto das Ordenações, assim como o *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, para ser utilizado de maneira subsidiária. As questões relacionadas ao pecado não eram julgadas pelos tribunais da Coroa e sim remetidos aos tribunais eclesiásticos; se nem pela hierarquia católica a matéria conseguisse ser solucionada, o feito seria então encaminhado ao monarca, sendo a sua decisão vinculativa para outras situações análogas (MACIEL; AGUIAR, 2016).

Quanto ao Direito Penal, as penas previstas nas Ordenações eram severas e diversificadas, se sobressaindo o perdimento e o confisco de bens, o desterro, o banimento, os

¹³ As Decretais foram uma compilação de Direito Canônico feita pelo canonista Raimundo de Peñaforte, sob as ordens do Papa Gregório IX, pontífice romano do séc. XIII, entronizado em 1227, que continuou em seu papado, a promover a reforma da Igreja iniciada por seus antecessores, que pretendiam centralizar o governo da Igreja nas mãos do Bispo de Roma. Além do mais, através do Código de Direito Canônico, combateu de forma mais violenta as heresias, com a instituição da Inquisição, e avocou para si a competência para canonização dos santos, que passou a ser matéria privativa do Papa (CAMACHO, 2012) (MACIEL; AGUIAR, 2016).

açoites, esarteamento e forca. É claro que as penas mais severas estavam reservadas apenas às classes sociais inferiores, pois a Nobreza era imune a tais vexações, sendo essa imunidade uma de suas muitas prerrogativas (MACIEL; AGUIAR, 2016).

É mister relatar o descaso da metrópole na aplicação do Direito na colônia portuguesa, haja vista seus objetivos com o território brasileiro serem de caráter exploratório e de cobrança tributária. Os textos das Ordenações Filipinas continuaram em vigor mesmo após a independência do país (1822 d.c.), sendo que o primeiro livro substituído foi o V (do Direito Penal e Processual Penal), revogado pelo Código Criminal do Império de 1830. Cabe aduzir que o livro que teve o maior tempo de vigência foi o IV (do Direito Civil e comercial), **sendo revogado apenas pelo Código Civil de 1916**, o que é um recorde histórico, pois as Ordenações Filipinas regularam as relações privadas dos brasileiros por quase 315 anos (313), alcançando a alvorada do séc. XX, de modo a exercer bastante influência sobre o ordenamento jurídico brasileiro hodierno, especialmente no âmbito do direito privado, o que torna essencial o seu estudo para uma melhor compreensão dos atuais institutos jurídicos (MACIEL; AGUIAR, 2016).

Como dito anteriormente, o grande interesse de Portugal sobre o futuro território brasileiro era na cobrança de impostos e tributos aduaneiros, bem como na frustração de revoltas internas e de movimentos que pudessem atrapalhar na dominação política e econômica da metrópole -- através da aplicação de um rigoroso Direito Penal, que servia à manutenção do *status quo* e da ordem social. Era, pois, o Direito vigente na colônia brasileira o mesmo do reino português, sendo cada uma das Ordenações continuação da anterior, só que acrescidas de leis extravagantes editadas ulteriormente (MACIEL; AGUIAR, 2016).

Outro fato que pode explicar a estabilidade da legislação portuguesa ao longo das três ordenações reais foi a não adoção e repúdio que o protestantismo sofreu em Portugal, que acabou por adotar o catolicismo romano como ideologia nacional, se fechando na ortodoxia religiosa medieval, o que foi reforçado pela contrarreforma e rejeitando todo tipo de inovação teológica, filosófica ou mesmo que contrariasse a ciência aristotélica, o que prejudicou tal nação, que passou de superpotência global dos sécs. XV e XVI, à quase insignificância política nos séculos subsequentes. Destarte, a partir do séc. XVIII, Portugal se tornou vassalo da coroa britânica, em razão da dependência econômica, mas apesar disso o Brasil colônia não sofreu com nenhuma grande influência do *common law*, de modo que o monopólio jurídico do território brasileiro permaneceu em mãos portuguesas até a independência

(MACIEL; AGUIAR, 2016).

Conforme explicado retroativamente, praticamente apenas Portugal influenciou na formação jurídica brasileira, em razão da imposição que efetivaram e da desconsideração dos indígenas e negros enquanto sujeitos de direito, advindo daí a importância do estudo das ordenações régias -- mais notadamente das Filipinas, que permaneceram mais tempo em vigor, de 1603 d.c. até depois de 1822 d.c. -- para o direito brasileiro contemporâneo (MACIEL; AGUIAR, 2016, p. 211).

Sobre as Ordenações anteriores às Filipinas, pode-se alegar que também se utilizavam do Código de Justiniano de maneira subsidiária, para o suprimento de falhas e lacunas. Além disso, eram igualmente divididas em cinco livros, com as Ordenações Manuelinas tratando de maneira mais específica as questões de direito marítimo, de contratos e de mercadores quando em comparação com as Ordenações Afonsinas. O tratamento que ambas dispensavam ao direito penal era idêntico, com a pena de morte e a tortura sendo amplamente empregadas (MACIEL; AGUIAR, 2016).

As Ordenações Afonsinas surgem como uma forma de fortalecer ainda mais a independência de Portugal dos outros reinos hispânicos, através de institutos jurídicos marcadamente portugueses e distintos da legislação espanhola. Foram elaboradas a mando do Rei Dom João I, concluídas em 1446 e tinham as seguintes características: I - divisão em cinco livros, que será seguida pelas Ordenações posteriores; e II - muita influência do Direito Canônico, valendo-se da palavra pecado como sinônimo de crime (MACIEL; AGUIAR, 2016).

Antes das ordenações régias, o Direito em Portugal era vinculado a um documento legal de origem espanhola denominado Lei das Sete Partidas, o qual foi inspirado no Direito Romano e no Direito Canônico, marcando de vez a adoção pelos portugueses do sistema romano-germânico, conhecido por *Civil law* (MACIEL; AGUIAR, 2016).

Como se pôde verificar até aqui, o Direito português foi profundamente influenciado tanto pelo Direito Romano quanto pelo Direito Canônico, seja através da adoção de textos jurídicos construídos a partir desses dois sistemas (Lei das Sete Partidas), seja através da adoção de ambos a título de fonte de aplicação subsidiária, em caso de falhas e lacunas na Lei portuguesa. Destarte, como o objetivo deste trabalho é verificar se o delito de sodomia foi insculpido nas Ordenações Filipinas em virtude do jusnaturalismo tomista, ou se este possui alguma influência em sua tipificação, se faz mister também analisar (de maneira mais

superficial) tanto o Direito Canônico quanto o Direito Romano sob este aspecto, na eventualidade de um dos dois (ou os dois) ser a origem dessa criminalização.

Para terminar a análise histórica do Direito em Portugal, antes da Lei das Sete Partidas¹⁴ e antes do Reino português conquistar a sua independência, os mouros (islâmicos) invadiram a península Ibérica e a conquistaram em 711 d.C., dando início ao período das histórias portuguesa e espanhola conhecido como Reconquista. Entretanto, eles foram deveras tolerantes com a população nativa e mantiveram a estrutura dos locais conquistados, inclusive as instituições existentes, como o Direito, que desde a queda do Império Romano do Ocidente era regido pelo Direito Canônico e pelo Código Visigótico, este último de clara similaridade aos códigos romanos, sendo neles inspirado (MACIEL; AGUIAR, 2016).

A época na qual o *Corpus Iuris Civilis* foi produzido, é conhecida como Baixo Império (de 284 d.c. a 565 d.c.), caracterizada pelo absolutismo imperial e pela grande atividade legiferante dos imperadores, de Diocleciano até Justiniano I, que adquirem relevo no âmbito jurídico, em conjunto com seus juristas. Nesse espaço de tempo, a política e a atividade intelectual decaíram de qualidade, concomitantemente ao crescimento e posterior adoção do cristianismo como religião oficial do Império, que transfigurará inúmeros princípios do direito privado romano. A grande importância do Direito produzido nesse período (pós-clássico), reside na conservação, por intermédio dos compiladores, que trabalhavam sob as ordens dos imperadores, principalmente Teodosiano II e Justiniano I, das melhores obras produzidas pelos jurisconsultos romanos do período clássico do direito romano, do séc. II a.C. até o final do séc. III d.C. Dessarte, esse foi o principal objetivo de Justiniano, qual seja, recuperar todos os escritos jurídicos do período de maior esplendor e desenvolvimento de Roma, o que foi alcançado com êxito (MACIEL; AGUIAR, 2016).

O *Corpus Iuris Civilis* é a compilação jurídica do que melhor se produziu do Direito Romano durante a Época Clássica, que foi de 150 a.C. até 284 d.C., com o início do governo do imperador Diocleciano (MACIEL; AGUIAR, 2016). De acordo com José Maciel e Renan Aguiar, é formado por:

- A) o Código (Codex): recolha de leis imperiais, que visava substituir o Código Teodosiano;
- B) o Digesto (Digesta ou Pandectas): enorme compilação de extratos de mais de 1500 livros escritos por jurisconsultos da época clássica.

¹⁴ A Lei das Sete Partidas foi um documento jurídico de origem espanhola, inspirado no direito romano e no direito canônico e que marca a adoção definitiva pelos portugueses do sistema romano-germânico, conhecido por *Civil Law* (MACIEL; AGUIAR, 2016).

Praticamente um terço do texto do Digesto é tirado das obras de Ulpiano, Gaio, Papiniano, Paulo e Modestino. Obra gigantesca, composta por 50 livros, contém algumas imperfeições e repetições, fatos que não retiram o mérito da compilação;

C) as Instituições (Institutiones): manual elementar destinado ao ensino do direito, de caráter didático. Segue o plano original do jurisconsulto Gaio. Compõe-se de quatro livros;

d) as Novelas (Novellae ou leis novas): compêndio das constituições imperiais mais recentes do próprio imperador Justiniano, promulgadas depois da publicação do seu Codex. São em número de 177.

Antes da adoção do cristianismo, a cultura romana tendia a ver a homossexualidade com uma certa repulsa, principalmente diante do homem que adotasse a postura passiva durante a relação sexual, e apesar de ser considerada um ato ilícito, não angariava consequências jurídicas tão drásticas. Foi apenas com o imperador Justiniano, católico fervoroso, que a sodomia passou a ser vista de maneira absolutamente negativa, com os praticantes de tal ato sendo punidos ou com a morte na fogueira ou com a castração, em função dessas práticas sexuais serem repudiadas pelo Deus bíblico, de acordo com a interpretação da Igreja Romana (MOREIRA FILHO; MADRID, 2008).

O cristianismo mudou a cosmovisão do Império Romano, de forma que os romanos passaram a encarar a sexualidade sob o ponto de vista estritamente reprodutivo, levando à condenação de toda atividade sexual não procriativa, incluída a homossexualidade, que tornou a ser tratada como um ato de animais irracionais. Destarte, Justiniano criou as primeiras leis criminalizantes da sodomia, com as já citadas penas de castração e morte na fogueira. Porém, alguns historiadores entendem que a motivação pessoal de Justiniano para a edição de tal norma era menos religiosa que política, com o intuito de afastar as pessoas acusadas do poder (MOREIRA FILHO; MADRID, 2008).

Durante a queda do Império Romano do Ocidente em 476 d.C., os bárbaros germânicos invasores eram em sua maioria cristãos arianos com costumes já bastante semelhantes aos dos romanos, o que permitiu uma síntese entre o elemento invasor e dominante, com a classe romana dominada, de forma que as práticas e instituições romanas, dentre elas o Direito, se mantiveram praticamente inalteradas ao lado dos valores e poder político dos germânicos, que estruturaram o seu poder sobre os escombros de Roma. Apesar disso, o Direito romano era aplicável apenas aos descendentes dos romanos, enquanto que a nobreza germânica se submetia aos costumes germânicos e ao direito dos reinos, o qual

refletia e absorvia cada vez mais as instituições jurídicas dos conquistados. Essa aplicação simultânea de diferentes ordenamentos jurídicos para povos distintos, ficou conhecida por dualismo jurídico-administrativo, sendo a sua principal característica a permissão dada aos proprietários romanos de agirem segundo as leis romanas (MACIEL; AGUIAR, 2016).

Importante realçar que o Direito Romano mencionado neste parágrafo é o existente no ocidente até 476 d.C. e que não conheceu da evolução orgânica ocorrida no Império Romano do Oriente, que continuou existindo após essa data, de modo que o Direito Romano (cópia completa do *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano) descoberto e estudado pelos juristas italianos a partir do séc. XII é o compilado pelo Império do Oriente, com os institutos da época clássica, já conhecidos pelo Ocidente, mas também com as inovações advindas do período pós-clássico, dentre elas a cominação das penas de castração e morte na fogueira aos sodomitas, as quais só foram conhecidas pelos cristãos latinos na baixa idade média (MACIEL; AGUIAR, 2016).

O sistema dualista foi desaparecendo aos poucos dos reinos bárbaros, com exceção do visigótico, o qual interessa a este estudo -- em função do território português ter feito parte de seus domínios --, que o manteve até o ano 654 d.C., quando finalmente o Código dos visigodos (Livro dos Juízes) foi instituído. Tal conjunto normativo, entretanto, ainda possuía clara influência do Direito Romano, sendo semelhante à compilação feita por Justiniano, mas diferenciando-se pela subordinação do monarca à lei. O Livro dos Juízes foi continuamente reformado até o fim do reino Visigótico por volta de 711 d.C., com muitos cânones de concílios eclesiásticos sendo adicionados, o que torna patente o profundo prestígio que a Igreja Romana tinha aos olhos dos governantes (MACIEL; AGUIAR, 2016).

O direito romano foi empregado como direito subsidiário ao longo da alta idade média, mas do século XIII em diante consolidou-se o seu uso como fonte do direito. Tal se deu em grande medida devido às novas necessidades sociais, já que um direito inter-regional e com segurança jurídica era demandado, para que as novas relações jurídicas gozassem de previsibilidade. Além disso, a preferência pelo direito romano nos diversos reinos europeus advinha de sua razoabilidade e de sua ênfase no individualismo, pois a evolução da sociedade europeia, que aos poucos abandonava os elementos tribais, estamentais e clânicos, a tornava mais individualista. A razoabilidade mencionada significava para os medievais o alto grau de abstração presente nas normas do direito romano, que poderiam facilmente se adequar aos casos concretos, principalmente com o auxílio dos argumentos deduzidos pelos juristas de

então (MACIEL; AGUIAR, 2016).

Em se tratando do Direito canônico, ele está presente na Igreja desde a origem do cristianismo. Através dele, o Papa e os bispos podem julgar os fiéis que voluntariamente se submetem à sua autoridade. A partir do século V, o já católico Império Romano concedeu à hierarquia eclesiástica a competência privativa para julgamento de questões meramente religiosas. Após o colapso da parte ocidental de Roma em 476 d.C., a Igreja nessa região permaneceu como a única instituição que ainda preservava a política e o direito romano. Suas fontes vão desde os concílios e constituições sinodais, até as bulas e encíclicas papais. Graças a quantidade de textos normativos produzidos pelos bispos, surgiu a necessidade de compilá-los, o que foi tentado primordialmente no Reino Visigótico, sem a supervisão da Igreja, mas se aperfeiçoou com o Decreto do monge Graciano, professor de teologia da Universidade de Bolonha, no séc. XII d.C., que utilizou mais de quatro mil textos canônicos para a confecção de seu trabalho (MACIEL; AGUIAR, 2016).

Imediatamente ao Decreto de Graciano, outras compilações surgiram, dentre elas as Decretais de Raimundo Peñaforte, o *Liber Sextum* do Papa Bonifácio VIII, de 1298, as Extravagantes de João XXII, de 1324 e no final do séc. XV, as Extravagantes comuns, que em conjunto formam o denominado *Corpus Iuris Canonici*. Sua importância para o Direito comum foi menor quando em comparação ao Direito Romano, apesar de que ao longo da Idade média a Igreja sempre tentou convencer a sociedade acerca da superioridade da lei eclesiástica sobre as outras fontes do direito, característica de uma época de intensa competição entre as esferas secular e espiritual. Somente a partir do século XIII, mais notadamente graças à filosofia de Tomás de Aquino, que a distinção entre as competências da Igreja e do poder temporal vão ser bem delimitadas, permitindo à Igreja abandonar as suas pretensões de superioridade do direito canônico, menos nos quesitos religiosos, os quais cabiam privativamente à hierarquia católica legislar. Havendo conflito entre os dois sistemas jurídicos (direito romano e direito canônico), a composição se daria a partir do ordenamento jurídico da Igreja (MACIEL; AGUIAR, 2016).

O Direito comum, composto pelo Direito romano e pelo Direito canônico, era largamente utilizado como direito subsidiário pelos reinos medievais, e sua influência era ainda maior pelo fato dos juristas se formarem pelo seu estudo nas universidades, o que ensejava a sua ampla aplicação, de modo que mesmo quando não empregado diretamente, estava presente quando da interpretação dos direitos locais (MACIEL; AGUIAR, 2016).

Dessarte, as ordenações régias portuguesas foram profundamente marcadas pelos estudos das universidades de Direito a partir do séc. XII e pelo *Corpus Iuris Civilis*, no qual se baseiam. Como as universidades estavam muito adstritas à Igreja, o conhecimento produzido por elas teve uma conotação profundamente católica. Outrossim, as ordenações foram bastante ligadas ao Direito canônico (MACIEL; AGUIAR, 2016).

Retomando a discussão sobre as Ordenações Filipinas, o livro V desta compilação jurídica, no qual se encontram as normas criminais, é conhecido no meio acadêmico por cominar penas desproporcionais em relação aos delitos previstos, de modo que a maior parte das sanções pode ser resumida às penas capital -- de morte -- ou de degredo (BICALHO, 2000). Há de se afirmar, além do mais, que as ordenações filipinas são fruto do pensamento aristotélico-tomista medieval, tendo em vista sua índole essencialmente dialética e discursiva refletir esse sistema jusfilosófico. Outras características importantes são o pluralismo jurídico desse sistema e a admissão de lacunas (TIMM, 2006).

Na mesma esteira, o primeiro parágrafo, do título XIII do livro V das ordenações filipinas, tipifica como delito a sodomia, isto é, a relação homoafetiva e/ou homoerótica entre pessoas do mesmo sexo, caracterizando uma grave invasão do poder público na esfera particular dos súditos, posto que se pretendia, com a tipificação, impedir que dois seres humanos, maiores, capazes, conscientes e de plena posse das faculdades mentais se relacionassem amorosa e sexualmente (TOYSHIMA *et al*, 2011). Eis a narração do tipo:

Toda pessoa, de qualquer qualidade que seja, que pecado de sodomia por qualquer maneira cometer, seja queimado e feito por fogo em pó, para que nunca de seu corpo e sepultura possa haver memória, e todos seus bens sejam confiscados para a coroa de nossos Reinos, posto que tenha descendentes; e pelo mesmo caso seus filhos e netos ficarão inabilitados e infames, assim como os daqueles que comete o crime de Lesa-Majestade.

Como se pode inferir, a sanção cominada aos que praticassem tal ilícito sexual era bastante grave. Iniciava-se com a morte do infrator, que era queimado na fogueira, com a consequente inabilitação e infâmia de seus descendentes, de modo a ultrapassar a pessoa do acusado para atingir terceiros, assim materializando uma violação ao princípio moderno e iluminista da intranscendência da pena. Curiosamente, Maria Bicalho explana em seu artigo “*Crime e castigo em Portugal e seu Império*”, que a pena capital era raramente empregada, citando um exemplo de 300 criminosos que nela se enquadraram, dos quais apenas 3

homicidas foram mortos, e o resto dos imputados foi apenado com o degredo, em sua maioria, inclusos os sodomitas (BICALHO, 2000).

4. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A metodologia empregada foi a da revisão bibliográfica de materiais produzidos sobre o tema, principalmente a doutrina de História do Direito e Filosofia do Direito. A título de exemplo, no âmbito da filosofia do Direito foram utilizados os seguintes livros: “*Filosofia do Direito*”, de Paulo Nader; e “*A política segundo Tomás de Aquino*”, de Bernardo Veiga. Já quanto à história do Direito, o principal livro utilizado foi “*história do direito*”, de José Fabio Rodrigues Maciel. Outros livros e artigos de periódicos científicos oriundos tanto do Brasil quanto de Portugal também foram empregados.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, resta claro que as Ordenações Filipinas foram o produto de uma sociedade profundamente influenciada pela religiosidade católica, ao ponto das fontes subsidiárias do ordenamento jurídico português (*Corpus Iuris Civilis* de Justiniano e Direito Canônico), sobre as quais ele foi construído, serem também de acentuada influência católica ou mesmo criação da Igreja Romana. Desde que Roma se tornou cristã em 380 d.C., através do édito de Tessalônica, os institutos jurídicos dessa civilização foram se amoldando cada vez mais aos princípios e crenças da Igreja, o que permitiu que um Imperador religioso do quilate de Justiniano editasse uma lei determinando a pena de morte para os que fossem flagrados em relações homossexuais, as quais ofendem ao Deus católico.

Quando de sua redescoberta pelos italianos no séc. XII, o *Corpus Iuris Civilis*, influenciado tanto pelos princípios estoicos de governo do mundo físico pelo *logos*, verdadeira mente do cosmos, que serve de parâmetro para as leis e comportamentos dos seres humanos, que devem viver em harmonia com a sua natureza racional, quanto pelos princípios católicos, dentre eles o da condição exclusivamente reprodutiva do sexo, foi estudado e amplamente discutido a partir das categorias da dialética (lógica) aristotélica, as quais auxiliaram Tomás de Aquino na elaboração de sua síntese jusnaturalista, no séc. XIII.

Com relação ao Código de Direito Canônico medieval, refletia os interesses religiosos da hierarquia eclesiástica, quais sejam, a expansão da fé e a punição de todos os

comportamentos destoantes de sua interpretação dos preceitos bíblicos, que deveriam ser reprimidos para a criação de uma sociedade conforme os moldes do evangelho.

A influência do jusnaturalismo tomista sobre as ordenações régias só se fez juridicamente relevante a partir do séc. XVI, em grande medida devido à ação dos jesuítas e à opção da monarquia portuguesa pela contrarreforma (DIMENSTEIN *et al*, 2008). Esse jusnaturalismo, longe de ser inovador, na verdade confirmou e deu novas razões para a adoção do Direito Romano e do Direito Canônico enquanto fontes subsidiárias, o que repercutia nas próprias Ordenações Filipinas, fruto da junção desses dois sistemas, os quais já criminalizavam a prática sodomita, com graves consequências penais, principalmente a morte na fogueira.

Destarte, a tipificação da sodomia nas ordenações filipinas tem origem imediata no *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano e no Direito Canônico, mas de forma mediata e em última instância, existiu devido a interpretação que a Igreja Católica fez da homossexualidade a partir dos textos bíblicos, sendo a doutrina tomasiana um mero reforço e confirmação jusfilosofica desse instituto penal romano, que começou com Justiniano e foi adotado pelo direito português graças aos argumentos jurídicos, filosóficos e teológicos levados a cabo pela Igreja Romana, a qual se utilizava do estoicismo no começo, mas que a partir de Tomás incorpora a contribuição aristotélica também.

Destarte, do ponto de vista da análise histórica e filosófica do Direito, não houve influência do jusnaturalismo tomista para a tipificação da sodomia. Apesar de as Ordenações Filipinas terem entrado em vigor em 1603 d.C., logo, 329 anos depois da morte de Tomás (em 1274 d.C.); e apesar delas terem entrando em vigor após o Concílio de Trento, a partir do qual o tomismo começou a adquirir força vinculativa dentro da Igreja Romana, a criminalização da sodomia se deu primeiro por herança das ordenações anteriores, que também já a tipificavam.

Quando, então, se parte para a análise das causas das primeiras ordenações, e das primeiras legislações adotadas por Portugal quando ainda se encontrava em formação enquanto Estado moderno (do séc. XII d.C. em diante), se percebe que elas se resumem a duas fontes originárias: o *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano e o Direito Canônico. Conforme explicado ao longo do artigo, quando o direito romano entrou no período pós-classico, a partir de 284 d.C., começou a sofrer modificações normativas em função dos princípios cristãos que começavam a, cada vez mais, influenciar o império, principalmente na seara jurídica.

Destarte, a alteração principiológica fez com que os governantes romanos (Justiniano) entendessem a prática da homossexualidade como lesiva à determinados bens jurídicos, talvez, à fé professada pelos imperadores, que foram considerados necessitados da tutela penal. Assim, o direito romano católico/batizado apresentado por Justiniano pode ser apontado como a primeira influência na tipificação da sodomia nas Ordenações Filipinas.

A segunda influência na tipificação da sodomia nas Ordenações Filipinas é o Direito canônico que, enquanto dependente e criado pela Igreja Romana, só pode refletir os valores dessa instituição, dentre eles, o de que a homossexualidade é um pecado e que como tal deve ser punido. É claro que na maioria das vezes não era o clero o executor da pena e sim o braço estatal português, de modo que o pecador era entregue pela Igreja ao poder secular de Portugal, que seguia o direito romano de Justiniano, de forma direta ou subsidiária. Assim, seja pelo poder espiritual, seja pelo poder temporal, o sodomita seria condenado, caso fosse descoberto, a não ser que fosse das classes privilegiadas (nobreza e clero), podendo sofrer diversos tipos de punição, sendo o mais grave a pena capital (morte na fogueira).

O que as duas influências mencionadas têm em comum é a fé católica e a interpretação peculiar que a Igreja faz da Bíblia, de modo que ela (a Igreja Romana) em si mesma pode ser considerada a culpada mediata pela criminalização da homossexualidade, através do direito romano e do direito canônico, com as graves consequências daí advindas e sofridas pela população homossexual de Portugal e de seus territórios ultramarinos, de 1603 d.C. em diante.

Por fim, como explicado anteriormente, a função do pensamento jusnaturalista de Tomás de Aquino foi reforçar e dar novas justificativas e argumentos para a já consolidada visão que a Igreja tinha das relações homossexuais, qual seja, a de um comportamento pecaminoso e criminoso, agindo o jusnaturalismo tomista como um agente mantenedor do status quo e da hegemonia ideológica católica sobre Portugal e colônias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. 2017. Disponível em: <https://sumateologica.files.wordpress.com/2017/04/suma-teolc3b3gica.pdf>. Acesso em: 25 out. 2021;

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando: Introdução à Filosofia**. 4ª Edição. São Paulo: Moderna, 2009;

BICALHO, Maria Fernanda Baptista. Crime e castigo em Portugal e seu Império. **Topoi. Revista de História**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 224- 231, janeiro-dez., 2000. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/topoi/a/sPxG4WzXp5NzrkFysyggkSfS/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 25 out. 2021;

BOULOS JÚNIOR, Alfredo. **História: Sociedade e Cidadania**. 1ª Edição. São Paulo: FTD, 2011;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI 4277/DF**. Plenário. Autor: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Polo passivo: União. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 5 de maio de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 25 out. 2021;

BRAY, Renato Toller. A cultura jusnaturalista escolástica-tomista e o neotomismo no Brasil. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 798, 9 set. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7250>. Acesso em: 25 out. 2021;

CAMACHO, Victor Mariano. A construção do poder papal no século XIII: o caso de Gregório IX e a santidade de Francisco de Assis. **Revista UNIABEU**, ISSN 2179-5037, Belford Roxo, v. 5, n. 10, p. 81-95, maio-agosto, 2012. Disponível em: <https://revista.uniabeu.edu.br/index.php/RU/issue/view/28>. Acesso em: 25 out. 2021;

COTRIM, Gilberto. **História Global: Brasil e Geral**. 9ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2008;

CRUZ, José de Ávila. Direito Penal Romano e Canônico. **Revista de Cultura Teológica**, São Paulo, v. 17, n. 66, p. 151-160, jan.-mar., 2009. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/culturateo/article/view/15496/11575>. Acesso em: 25 out. 2021;

_____. O direito e o sempre atual Santo Tomás de Aquino. **Revista de Cultura Teológica**, São Paulo, v. 13, n. 53, p. 121-134, out.-dez., 2005. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/culturateo/article/view/23945/17194>. Acesso em: 25 out. 2021;

CULLETON, Alfredo. O que é a escolástica e a Escola de Salamanca. **Revista do Instituto Humanitas Unisinos**, ISSN 1981-8469, São Leopoldo, edição 342, ano X, p. 5, set., 2010. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/media/pdf/IHUOnlineEdicao342.pdf>. Acesso em 25 out. 2021;

DIMENSTEIN, Gilberto; STRECKER, Heidi; GIANANTI, Alvaro Cesar. **Dez lições de filosofia:** para um Brasil cidadão. 1ª Edição. São Paulo: Editora FTD S.A., 2008;

GONÇALVES, Diego Marques; PIMENTEL, Rafael Marcos Costa; SILVA, Francisco Nathan de Amorim. O tomismo aristotélico e a filosofia do direito: uma breve apresentação. **Revista Communitas**, Acre, v. 4, n.8, p. 385-394, julho-dez., 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufac.br/index.php/COMMUNITAS/article/view/4430/2613>. Acesso em: 25 out. 2021;

LEMOS, Rapahel Abs Musa de; PINHO, Ruy Veridiano Patu Rebello. O legado de São Tomás de Aquino para o Direito. **Site Jusbrasil**. Sampaio/TO, 24 de jul. 2019. Disponível em: <https://ruyveridiano.jusbrasil.com.br/artigos/735583922/o-legado-de-sao-tomas-de-aquino-para-o-direito>. Acesso em: 25 out. 2021;

MACIEL, José Fábio Rodrigues; AGUIAR, Renan. **História do Direito**. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016;

MARTINS, Sandra Regina Carvalho. **Uniões homoafetivas:** da invisibilidade à entidade familiar. Dissertação de Mestrado, Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015. 327 f. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-06092016-160012/publico/Dissertacao_Mestrado_Integral_SandraReginaCarvalhoMartins.pdf. Acesso em: 25 out. 2021;

MASCARO, Alysso Leandro. **Filosofia do Direito**. 8ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2021;

MASSAÚ, Guilherme Camargo. A Fé e o Direito: a Escola dos Glosadores (o início da ciência do Direito). **Revista Razão e Fé**, Pelotas, v. 8, n. 2, p. 49-79, jul.-dez., 2006. Disponível em: <https://revistas.ucpel.edu.br/rrf/article/view/2534/1476>. Acesso em: 25 out. 2021;

MOREIRA FILHO, Francisco Carlos; MADRID, Daniela Martins. A homossexualidade e a sua história. **Revista Encontro de iniciação científica (ETIC)**, Presidente Prudente, v.4, n.4, 2008. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/viewFile/1646/1569>. Acesso em: 25 out. 2021;

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 27ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020;

NASCIMENTO, Carlos Arthur Ribeiro do. **Um mestre no ofício:** Tomás de Aquino. 1ª Edição. São Paulo: Paulus, 2011;

NOVO, Benigno Nuñez. A história do direito colonial brasileiro. **Boletim Jurídico**, ISSN 1807-9008. Uberaba/MG, 14 de set. 2019. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/teoria-geral-do-direito/4539/a-historia-direito-colonial-brasileiro>. Acesso em: 25 out. 2021;

NUNES, Cláudio Pedrosa. O Direito Natural de Tomás de Aquino como Categoria Jurídico-Metodológica Contemporânea. **Revista Prima Facie**, [S. l.], João Pessoa/PB, v. 12, n. 22, p. 01-13, jan.-jun., 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/10854>. Acesso em: 25 out. 2021;

PAPA BENTO XVI. São Tomás de Aquino. In: AUDIÊNCIA GERAL, 2010, Praça de São Pedro (Roma). **Audiências**, Roma: 2010. Disponível em: https://www.vatican.va/content/benedict-xvi/pt/audiences/2010/documents/hf_ben-xvi_aud_2_0100616.html. Acesso em: 25 out. 2021.

PINSKY, Jaime. **As primeiras civilizações**. São Paulo: Atual, 1987, p. 90;

RAMOS, José Augusto; PIMENTEL, Maria Cristina de Sousa; FIALHO, Maria do Céu; RODRIGUES, Nuno Simões. **Paulo de Tarso: Grego e Romano, Judeu e Cristão**. 1ª Edição. Coimbra: Centro de Estudos Clássicos e Humanísticos da Universidade de Coimbra, 2012. *E-book*. Disponível em: https://apersi.pt/dossiers_old/livros_digitais/_paulo%20de%20tarso.pdf. Acesso em: 25 out. 2021;

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. As correntes filosóficas na formação do direito penal moderno. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos (RIPE)** Bauru, p. 105-128, 1999. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79071175.pdf>. Acesso em: 25 out. 2021;

SILVA, Vicente Eduardo Sousa e. Da Patrística à Escolástica. *Revista de Letras*, Fortaleza, v. 13, n. 1/2, p. 201-211, jan./dez. 1988. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/17396>. Acesso em: 25 out. 2021;

SILVA, Patrícia Antunes Sarieiro. **Polêmica anti-herética e repressão: perseguição e vindicta** contra os hereges na *Summa Adversus Catharos et Valdenses* de Frei Moneta de Cremona, OP. Tese apresentada à Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutora em História, 2019. 267 f. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8138/tde-27022020-144634/publico/2019_Patrici_aAntunesSerieiroSilva_VCorr.pdf. Acesso em: 25 out. 2021;

TIMM, Luciano Benetti. O direito subsidiário nas ordenações portuguesas medievais. **Revista Direito e Democracia**, Canoas, Vol.7, n.2, p. 387-405, 2º sem. 2006. Disponível em: <https://www.ulbra.br/canoas/graduacao/presencial/direito/bacharelado/revista-do-curso-direito-e-democracia>. Acesso em: 25 out. 2021;

TORRELL, Jean-Pierre. **Iniciação a Santo Tomás de Aquino: sua pessoa e sua obra**. 4ª Edição. São Paulo: Edições Loyola, 2015;

TOYSHIMA, Ana Maria da Silva; LEMES, Amanda Regina Barbosa; MONTAGNOLI, Gilmar Alves; COSTA, Célio Juvenal. Questões de gênero e sexualidade no período colonial: explorando as ordenações portuguesas. In: II SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE EDUCAÇÃO SEXUAL - II SIES, 2, 2011, Maringá. **Trabalhos** [...]. Maringá: UEM, 2011. Disponível em: <http://www.sies.uem.br/trabalhos/2011/275.pdf>. Acesso em: 25 out. 2021;

VEIGA, Bernardo. **A política segundo Tomás de Aquino**. 1ª Edição. São Paulo: Editora Ecclesiae, 2020;

VILELA, Hugo Otávio Tavares. Ordenações Filipinas e Código Criminal do Império do Brasil (1830): Revisitando e reescrevendo a história. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, Ano 3, n. 4, p. 767-780, 2017. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/4/2017_04_0767_0780.pdf. Acesso em: 25 out. 2021;