

Probabilismo e Teologia moral na prática judiciária na América espanhola do século XVII.

Probabilism and moral Theology in judicial practice in the 17th century Spanish America.

Rafael Ruiz*

Resumo: Este trabalho procurará mostrar a importância da Teologia moral e do probabilismo na atuação dos juízes na América espanhola durante o século XVII, a partir das Secções “Escribanía” e “Justicia” do Archivo General de Indias (AGI). A possibilidade de escolher uma, de entre várias opiniões prováveis, oferecia aos administradores da justiça uma hermenêutica e uma liberdade de interpretação que permitia relativizar e adaptar as leis régias aos limites circunstanciados dos casos locais concretos.

Palavras-chave: Probabilismo. Praxe judiciária. América espanhola.

Abstract: This paper will demonstrate the importance and the influence of Catholic moral theology and probabilism, one of its most important lines of thought in the 17th century, on the performance of judges in Spanish Colonial America, from “Escribanía” and “Justicia” Sections of the Archivo General de Indias (AGI). The ability to choose one of several probable opinions gave the administrators of justice a hermeneutic and freedom of interpretation that allowed them to relativise and adapt the royal laws to the circumstances of the specific local cases.

Keywords: Probabilism. Judicial practice. Spanish America.

Introdução

Este trabalho é o resultado de uma pesquisa que partiu da vontade de verificar se o hiato entre a norma legal e a experiência, tantas vezes apontado por historiadores e estudiosos do tema, até o ponto de tornar-se um lugar comum – *a lei*

* Professor de História da América da Universidade Federal de São Paulo. Desde 2007 desenvolve uma pesquisa, financiada pela FAPESP com o auxílio de Jovem Pesquisador, sobre “Direitos e Justiça nas Américas”. O autor agradece à FAPESP pelo auxílio concedido.

obedece-se, mas não se cumpre -, estava presente na atuação quotidiana dos juízes à hora de prolatarem as suas sentenças.

Uma dificuldade recorrentemente encontrada surge a partir do fato de que as sentenças dos juízes não precisavam ser fundamentadas nos próprios autos do processo. Por causa disso, torna-se difícil comprovar se a atuação dos juízes e, principalmente as suas decisões e sentenças, estavam motivadas ou não por essas disposições legais e por aqueles conceitos sobre a justiça e o justo que os tratadistas escreviam.

Procurei, portanto, verificar se a doutrina jurídica contida nos tratados e obras dos juristas do XVII eram efetivamente levados em conta pelos juízes quando exerciam as suas tarefas judiciais. Para isso, servi-me de um corpo de documentos pouco utilizados, os “autos dos juízos de residência”, por meio dos quais se fiscalizava a sua atuação ao término do seu mandato, normalmente de cinco anos. Essa documentação encontra-se no *Archivo General de Indias* (A.G.I.), na Secção “*Escribanía*” e “*Justicia*”. Foram consultados cerca de 40 processos, correspondentes ao século XVII.

O papel do juiz e a função de julgar nos Tratados jurídicos do século XVII

O ato de julgar, por meio do qual se dava – ou se deveria dar – a cada um o que era seu, era a função principal do Rei. À medida que as dimensões do Reino ampliavam-se, o Rei foi delegando nos seus funcionários esse *munus*, transmitindo de certa forma o nome – *rex*, regedores e corregedores – e a sacralidade da tarefa. De certa forma, como sentenciava, nos começos do XVII, o jurista Castillo de Bobadilla, os juízes, como imagem do Rei, eram também ministros de Deus para realizar a justiça (CASTILLO DE BOBADILLA, 1608, p. 349).

A maior parte dos Tratados jurídicos do XVII era unânime em destacar um termo que caracterizava a função de julgar: o “livre arbítrio” dos juízes. Entendia-se que a maior parte das vezes a tarefa do juiz consistia em descobrir o direito que vinha envolto não apenas nas leis e provisões, mas principalmente num enorme número de glosas, comentários, interpretações e opiniões dos doutores (GUZMÁN, 1980, p. 853), de maneira que poderia afirmar-se que a característica principal dos juízes era muito mais o arbítrio do que a exata aplicação das leis, como se queixava o mesmo Bobadilla, quando se referia ao grave problema que enfrentava a justiça, porque “ nos

dias de hoje é de doer e de lamentar o muito que se usa o arbítrio dos juízes contra ou fora das disposições das leis” (CASTILLO DE BOBADILLA, 1608, p. 495). Portanto, como afirma Tau Anzoátegui, estava-se literalmente à mercê do arbítrio do juiz: “o arbítrio delegava no juiz ou no ministro a faculdade de decidir uma situação determinada de acordo com a apreciação que realizasse das circunstâncias, das coisas e das pessoas” (TAU ANZOÁTEGUI, 1992, p. 534).

Parece-me conveniente destacar, antes de continuar, que o termo “*arbitrio*” não continha o sentido semântico pejorativo que hoje contém. No Dicionário de Autoridades de 1726, significava “a faculdade e poder para agir livremente e sem dependência alguma, e o mesmo que ‘*albedrío*’. É tomado do latim *arbitrium*(...). Significa também deliberação, eleição, disposição e ato facultativo para resolver e agir. Lat: *arbitratus*” (DICCIONARIO DE AUTORIDADES, 1726) . E o termo “*albedrío*” –continua o Dicionário- “significa também a sentença conforme à razão ou ao direito, que o Juiz árbitro dá no juízo que se passa diante dele. Lat: *Arbitrium judicis*”. Ou seja, entendia-se que, apesar das dificuldades e problemas que esse arbítrio e “*albedrío*” poderiam trazer para a administração da justiça, mesmo assim era o melhor meio para que se pudessem dar sentenças justas e adequadas às circunstâncias de cada um.

Era assim que se expressava o jurista Bermúdez de Pedraza, na sua *Arte legal para el estudio de la jurisprudencia*, quando no capítulo XIII do seu livro, ao tratar dos “primeiros rudimentos da Jurisprudência”, explicava que afirmar que fosse necessário o arbítrio do juiz não significava que o mesmo fosse “arbitrário”, porque se se cumprissem as condições que indicava na sua obra, o risco da “arbitrariedade” desapareceria. Essas condições, que deveriam estar presentes no ato de deliberação de todos os juízes, eram: *praemitto*: distinguir os termos equívocos e estabelecer relações; *scindo*: realizar divisões; *summo*: reduzir a um sumário; *casus*: relacionar um caso com a lei; *perlego*: ler e reler o texto várias vezes; *do causas*: buscar a razão de decidir; *connoto*: encontrar a alma da lei, inferindo a sua razão para os casos semelhantes e, por último, *obiicio*: colocar as leis contrárias (BERMÚDEZ DE PEDRAZA, 1612, p. 104-106).

Por outras palavras, no começo do século XVII, pensava-se que, para que o juiz pudesse julgar corretamente e desempenhar com justiça a sua função, deveria ter livre arbítrio porque somente dessa forma as suas sentenças seriam conforme à razão e ao direito.

Outra categoria diretamente relacionada com o livre arbítrio era o “caso”. A tarefa do juiz era, principalmente, a de descobrir e, por vezes, criar o direito adequado que se ajustasse ao caso concreto. Não se tratava de um jogo de palavras: entendia-se que o direito consistia no que era justo porque *se ajustava* ao caso. De certa forma, parece-me que não é nenhum exagero afirmar que o conhecimento do século XVII, em todas as esferas e âmbitos do saber, estava circunscrito especificamente ao valor dos casos (TAU ANZOÁTEGUI, 1992, p. 62).

Essa especificidade do concreto era ainda mais patente na América, onde o conselho de Pedraza convertia-se em prática habitual:

se a utilidade ou a necessidade exigirem uma observância contrária à lei, deve ser assim, porque a lei serve ao tempo e ao lugar e o que num lugar parece útil, no outro é necessário que não se deva guardar, e os casos novos têm necessidade de uma nova decisão (BERMÚDEZ DE PEDRAZA, 1612, p. 19).

Podem servir como exemplo disso a opinião de Francisco Carrasco del Saz, Ouidor da Real Audiência de Panamá e assessor dos Vice-reis do Peru, Conde de Monterrey (1604-1606) e Príncipe de Esquilache (1615-1616), na sua obra *Interpretatio ad aliquas leges Recopilationis Regni Castellae*, publicada em Sevilla, em 1620, onde defendia uma clara diferenciação de tratamento entre os indígenas de Lima e do Cuzco: estes últimos, por serem pobres, não precisariam pagar os dízimos, enquanto os de Lima, sim (CARRASCO DEL SAZ, 1620, p. 63); bem como a do franciscano Frei Miguel Agia, quem, desde 1600, fora nomeado Secretário do Comissário Geral da Ordem de São Francisco, em Lima, e a quem Don Luis de Velasco, Vice-rei, Governador e Capitão Geral do Peru, pedira um parecer sobre a aplicabilidade da Real Cédula de 24 de Novembro de 1601, que proibia as “servidumbres personales” no Peru. Depois de ter tecido amplas considerações, na sua obra *“Tratado que contiene tres pareceres graves en Derecho”*, publicado em Lima, em 1604, sobre a necessidade de manter o trabalho indígena no Peru, mesmo com a proibição explícita da Real Cédula, Agia pontualizava que aquelas suas opiniões aplicavam-se a todos os lugares, mas não se aplicavam nas minas de Huancavelica, que deveriam ser fechadas e o trabalho naquelas minas proibido (AYALA, 1946, p. 129).

O caso concreto, portanto, era o eixo sobre o qual girava todo o sistema jurídico e, muito especialmente, toda a função judicial, porque, como afirmava

Bermúdez de Pedraza, “todo o direito consiste no fato, e qualquer pequena mudança no fato, muda também o direito”(BERMÚDEZ DE PEDRAZA, 1612, p.134).

O caso, e as concretas circunstâncias que o rodeavam, só poderia ser justamente avaliado se o juiz fosse um exímio jurisprudente. Era por isso que todos os Tratados dedicavam extensas considerações não só ao conjunto geral de virtudes, mas principalmente àquela que era considerada a mais necessária para o exercício da função judicial: a prudência. Uma prudência que Cerdán de Tallada, humanista e amigo de Juan Luis Vives, dividia em oito partes: memória, providência, razão, diligência, docilidade, experiência e sensatez (CERDÁN DE TALLADA, 1604, p. 34), especificando que essa experiência concreta fosse retirada “das coisas particulares nos casos semelhantes, considerando em todas as coisas o tempo, a ocasião e o lugar em que se encontrarem” (CERDÁN DE TALLADA, 1604, p, 34).

Talvez a percepção mais nítida da encruzilhada em que a prudência e o livre arbítrio dos juízes colocavam todo o sistema judicial poderíamos encontrá-la no Corregedor de Sória e Guadalajara, e Fiscal da Real Audiencia de Valladolid, Jerónimo Castillo de Bobadilla (1546-1605), quem, na sua obra publicada em 1608 com o título de *Política para corregidores y señores de vasallos en tiempos de paz y de guerra*, assemelhava o direito, por um lado, com a regra (no sentido de prado ou parâmetro de medida e não de norma ou lei) da ilha de Lesbos que, por ser de material flexível, adaptava-se às irregularidades do terreno e, por outro lado, com a cera e, por isso, podia ser chamado de “direito de cera” (CASTILLO DE BOBADILLA, 1608, p. 386), e, dessa forma, por força das circunstâncias, os juízes deviam se utilizar de regras que se pudessem torcer e de sentenças que pudessem ser mais benignas. Mas, por outro lado, como salientei no começo, queixava-se de que nos tempos em que vivia, no fim do século XVI e começo do XVII, era lamentável que os juízes tivessem tão grande e tão largo arbítrio, porque acabavam por não obedecer nem seguir as leis (CASTILLO DE BOBADILLA, 1608, p. 495), ou, como também se queixava Cerdán da Tallada, havia tanta liberdade para seguir a opinião que cada um quisesse, que “por ter o parecer solto e o voto solto e livre e sem limite e com dizer que aquilo é o seu parecer e voto, fortificando-o com algumas razões douradas, que por ser o direito tão largo e tão estendido há muito pouco que se possa fazer” (CERDÁN DE TALLADA, 1604, p. 226).

Para que essa adequação justa às circunstâncias de cada caso pudesse realizar-se em concreto, os juízes necessitavam exercer um verdadeiro trabalho de

interpretação das leis. De certa forma, poder-se-ia dizer que a principal característica da função judicial consistia na interpretação, que era realizada não já por um jurista ou um juiz isolado, mas por uma comunidade de juristas, doutores, teólogos e moralistas que, sobre a base de textos de autoridade (romanos e canônicos), interpretavam as leis à busca do direito que seria justo para cada caso concreto (GROSSI, 2003, p. 27). Como já foi destacado por outros autores, tratava-se de um “direito de homens” muito mais do que de um “direito de leis”,

porque concentrava a garantia na pessoa e não na decisão dos juízes: como, de uma ou outra forma, a justiça não é o resultado das decisões, mas, pelo contrário, depende das pessoas, não é preciso garantir a aplicação das ‘leis’, e, sim, o comportamento dos juízes (GARRIGA, 2002, p. 792).

A justiça, principalmente na sua concretização final, a sentença dos juízes, portanto, não estava apoiada propriamente nas leis reais, mas na pessoa do magistrado, nas suas qualidades éticas e morais, nas suas virtudes. E, dado que os juízes não precisavam fundamentar as suas sentenças, todo o ordenamento tornava-se, essencialmente, incerto, inseguro e jurisprudencial, de maneira que “o juiz escolherá do direito vigente a norma adequada ou, numa situação de exceção, criará uma nova ajustada ao caso que esteja sendo julgado” (MARTIRÉ, 2009, p. 77).

O fato de que não se exigisse dos juízes a motivação ou fundamentação das suas sentenças não significava, contudo, que os demandantes não tivessem nenhuma garantia de um juízo justo; a garantia encontrava-se precisamente no fato de que os juízes e os magistrados superiores seriam pessoas

de um comportamento excepcional, característico de um homem puro, afastado das tentações, que tinha sido selecionado cuidadosamente pelos mais altos organismos da Monarquia, seus Conselhos e Câmaras (MARTIRÉ, 2009, p. 78).

A Coroa esforçou-se por exigir legalmente, da parte dos juízes, toda uma série de obrigações, comportamentos, atitudes, virtudes, qualidades e locais e condições de moradia e residência, onde o público e o privado estavam intrinsecamente entrelaçados, de maneira que todo o processo judicial não era mais do que um itinerário ritualístico que acabava numa sentença, que só seria justa porque era

emanação e “reflexo da justiça que se aninhava no juiz” (MARTIRÉ, 2009, p. 79), e não consequência de uma simples aplicação ou dedução lógico-formal da lei. Essa tradição jurídica tinha raízes nas ordenanças, de 1489, dos Reis Católicos e se mantiveram, tanto na Coroa de Castela, como na América: a garantia da justiça encontrava-se na própria pessoa, sagrada, do juiz, e não na decisão (MARTIRÉ, 2009, p. 79).

Esse convencimento obrigou à Coroa a adotar um pesado e burocrático conjunto de procedimentos de fiscalização e de controle, por meio das visitas e dos juízos de residência, por exemplo, e a exigir, continuamente, tal como simultaneamente o faziam os teólogos, uma conduta exemplar da parte dos juizes e magistrados, tanto no âmbito público quanto no privado.

Quase todos os tratados e obras jurídicas e jurídico-morais do XVII referiam-se à importância e à necessidade da interpretação na função judicial e compartilhavam da ideia de que as leis não deviam ser aplicadas ao pé da letra, mas sempre depois de uma cuidadosa e atenta interpretação. Na verdade, como afirmava o bispo de Lima, Gaspar de Villarreal, entendia-se que o juiz era a “lei animada” e a “língua da lei” (MARTIRÉ, 2009, p. 56) e que, portanto, era pelo seu intermédio que a lei podia ser concretizada. Nem tudo e nem todas as leis eram passíveis de interpretação judicial, mas apenas, como reconhecia Francisco Carrasco del Saz, Ouidor da Real Audiência de Panamá, aquela que se aplicava tão só ao caso concreto que estivesse sendo julgado (CARRASCO DEL SAZ, 1620, p. 86), mas era precisamente aí, no caso concreto que estava sendo julgado, que se concentrava todo o espaço de negociação, de ambiguidade e de tensão dentro da dinâmica social americana do século XVII.

A lei encontrava-se submetida ao trabalho de comentário, glosa e interpretação dos diferentes autores, juristas, teólogos e moralistas, enquanto que o juiz gozava da liberdade para formar a sua livre convicção, podendo escolher uma dentre as diferentes opiniões possíveis, porque quando interpretava, o juiz deveria ter em conta os costumes locais, a opinião de cada um dos doutores e a opinião comum dos mesmos e podia, também, considerar a finalidade da lei. Este último aspecto, por exemplo, introduzia uma ampla margem de subjetividade na hora de elaborar a sentença, porque, para decidir sobre esse ponto, o juiz deveria olhar se a lei atendia “ao bem comum, ao serviço de Deus e da Monarquia, a eliminar os agravos e as ofensas aos índios, e tendia a estender o favorável e restringir o odioso” (TAU

ANZOÁTEGUI, 1992, p. 518). Ou, por outras palavras, “o recurso à finalidade da lei significava admitir a intervenção discricionária do ministro ou juiz para resolver uma situação concreta” (TAU ANZOÁTEGUI, 1992, p. 518).

Parece-me, depois de tudo isto, que fica mais claro assim o retrato do papel e da atuação dos juízes no começo do século XVII. Para julgar, os juízes deveriam ser prudentes e interpretar as leis para que, em concreto, fosse dada a sentença mais justa para o caso. Essa tarefa judicial, tendo em conta que nem o moral e o jurídico, nem o privado e o público eram esferas claramente separadas, era algo que não dependia exclusivamente da objetividade jurídica das Cédulas, Provisões e Leis reais, mas da deliberação subjetiva que o juiz realizava em consciência. Dentro dessa lógica jurídica, não era de se estranhar que os juízes se deparassem com frequência com duas ou mais opiniões, ambas igualmente justas e acertadas e, ao mesmo tempo, diferentes uma da outra, ficando na dúvida sobre qual delas adoptar. Era para essas situações e para esses casos concretos que o probabilismo, como doutrina moral, teológica e jurídica, servia perfeitamente.

A Teologia moral e o probabilismo na atuação dos juízes

A prática que se seguia em Castela, e que fora adotada na América, à hora de emitir as sentenças, estava atrelada às *Siete Partidas*, que exigia do juiz uma profunda reflexão e deliberação antes do momento de sentenciar, mas que silenciava qualquer exigência com relação à necessidade de tornar públicos e dar a conhecer os fundamentos da sentença (MARTIRÉ, 2009, p. 69).

A possibilidade de o juiz poder sentenciar de acordo com a sua livre opinião e a sua consciência, mesmo se atendo –como se dizia e exigia- ao “alegado e provado”, significava que o foro interno do juiz, “mundo fechado ao qual ninguém tinha acesso” (MARILUZ, 1976, p. 141), era decisivo para realizar a justiça e, nesse sentido, a sua atuação estava relacionada e imbricada com a teologia moral, principalmente naqueles aspectos que diziam respeito aos estados de consciência (certa, duvidosa, escrupulosa, ignorância vencível ou invencível, etc), ao pecado e à culpa, de maneira que a fiscalização e a coação que pudesse ser exercida efetivamente sobre os juízes

encontrava-se muito mais nas mãos dos confessores do que na legislação ordinária do Rei¹.

No século XVII, uma das questões mais relevantes no âmbito da Teologia moral católica era a discussão em torno ao probabilismo. O probabilismo desenvolveu-se dentro de um debate que tinha como eixo central o estado de consciência das pessoas, visto que, diante de uma ação determinada, a pessoa poderia agir com consciência certa ou duvidosa. A diferença entre uma ou outra atitude significava que a pessoa poderia cometer ou não um pecado grave. Na hipótese de um indivíduo encontrar-se na dúvida com relação a duas ou mais possibilidades de como agir de forma certa, a teologia moral oferecia várias soluções, uma delas era a solução probabilista.

O termo “Probabilismo” surgiu dentro de um debate na Igreja católica entre teólogos e moralistas, mediando, em casos singulares, os confrontos dos limites da lei positiva com os da lei natural, atenuando a validade de suas extensões (MARTEL PAREDES, 2007, p. 14). Nesse sentido, a visão probabilista limitou, em certa medida, as leis régias, explicando, dessa forma, o famoso aforismo de que “a lei se acatava, mas não se cumpria”.

Tanto Martel Paredes quanto Théodore Pinckaers (PINCKAERS, 2000) afirmam que o Probabilismo surgiu na teologia com um comentário de Bartolomé de Medina, escrito por volta de 1580, feito sobre uma passagem da *Summa Theologiae*, de Tomás de Aquino, na qual dizia que lhe parecia permitido seguir uma opinião provável mesmo que houvesse outra mais provável. Esse comentário irrompeu de tal forma que dividiu a Igreja católica e ocasionou uma crise moral no seio da mesma durante os séculos XVII e XVIII (PINCKAERS, 2000, p. 329-333).

Para o caso dos juízes, essa questão probabilista apresentava-se mais ou menos da seguinte forma: as decisões e sentenças dos juízes poderiam seguir a opinião provável, e não necessariamente a opinião certa. Ou seja, estando em dúvida sobre o que seria mais justo num caso concreto - quero ressaltar aqui que estou falando, agora, de princípios de Teologia moral que, no caso, coincidiam com os princípios jurídicos elaborados nos Tratados de Direito e Jurisprudência, como vimos-, o juiz podia apoiar-se ou bem nas doutrinas e opiniões dos juristas de renome, ou bem nos

¹ Prodi cita a obra de João de Capistrano, *Speculum conscientiae* (O espelho da consciência), de 1441, onde se perguntava, por exemplo, se uma pessoa que seguisse a própria consciência e desobedecesse à lei humana podia considerar-se justo ou não.

diferentes costumes locais, seguindo não propriamente a lei, mas principalmente a sua própria consciência e, nesse sentido, tornava-se necessário que os juízes levassem em conta as circunstâncias e as peculiaridades locais dos casos concretos.

A história do probabilismo, e a sua influência não apenas na Península ibérica, mas em toda a Europa, parece-me que pode ser acompanhada, para os efeitos deste artigo, a partir da obra do teólogo dominicano italiano Daniel Concina (1687-1756), publicada na Espanha, na sua versão castelhana, em 1773, no mesmo ano em que o Papa Clemente XIV suprimira a Companhia de Jesus. A obra, *Theologia Christiana Dogmático-Moral, compendiada en dos tomos* (CONCINA, 1773), foi traduzida pelo padre De la Parra, que, ao explicar a importância da mesma, queixava-se de que, nos reinos da Espanha, a maior parte dos juristas e teólogos eram partidários da interpretação probabilística da lei, provocando, na sua opinião, o lamentável estado de corrupção e de decadência em que se encontravam não apenas os indivíduos, mas também os Estados, de tal forma que se podia afirmar que “passaram os séculos de ouro e foram sucedidos pelos de barro e corrupção” (CONCINA, 1773, p. I).

Os principais princípios do Probabilismo, de acordo com Daniel Concina, poderiam ser resumidos da seguinte forma: dar prioridade à liberdade de consciência nos casos duvidosos de aplicação da lei; uma sentença, que não tivesse sido condenada explicitamente pela Igreja, e fosse defendida por diversos doutores², considerava-se sempre como provável; se uma opinião era considerada provável, então, também seria lícita, porque quem agia provavelmente, agia também prudentemente e a pessoa prudente não pecava; se a opinião provável, depois de ter sido adotada e posta em execução, viesse a se configurar como falsa ou errada, nem por isso a ação deveria ser considerada pecaminosa, porque a pessoa teria agido com ignorância invencível e, portanto, não culpável; e ainda, se uma lei, mesmo natural ou divina, fosse colocada em dúvida pelas diferentes opiniões dos teólogos, e os argumentos e razões elencados fossem prováveis, a execução da lei não seria mais obrigatória. Era a partir desses princípios que o probabilismo estruturava-se como sistema moral polêmico. As decorrências jurídicas desses princípios já analisei num outro artigo (RUIZ, 2010, p. 81-101), aqui gostaria apenas de destacar duas ideias mais importantes.

² A respeito da quantidade de doutores, há uma grande polêmica, alguns teólogos, segundo Concina, afirmavam que 4 doutores já era o suficiente para tornar uma opinião provável, enquanto que Caramuel, ainda segundo o autor, afirmava que apenas um doutor era suficiente para tornar provável a sentença.

A primeira consistia no entendimento de que a sentença justa era aquela que poderia decorrer de uma opinião provável, ou seja, tendo o juiz diante dele diferentes opiniões de diferentes juristas, teólogos e doutores, poderia optar por aquela que considerasse uma opinião que provavelmente poderia ser aplicada ao caso concreto. Normalmente, era muito elevado o número de opiniões contrárias que podiam ser encontradas como soluções doutrinárias para uma lei concreta, dessa maneira qualquer lei poderia ser relativizada, entendendo-se, então, que a lei deixava de ter força coativa (CONCINA, 1773, p. 6).

E a segunda era que se entendia que quem decidia nesses casos era a pessoa concreta, seguindo a sua própria consciência, porque “o dictame da nossa consciência é verdadeiro, mesmo que o homem possa errar com erro vencível” (CONCINA, 1773, p. 144). E, nesses casos, a consciência do juiz, portanto, tornava-se o critério decisivo para indicar o que era ou não justo, sendo a própria consciência o fundamento da sentença judicial. Nesse sentido, concordo com Prodi quando diz que se está formando “o esboço de uma divisão já completa entre o foro da lei e o foro da justiça divina: a única ligação está na consciência do juiz” (PRODI, 2005, p. 211).

Parece-me, portanto, que, de fato, como vimos acima, estamos diante de um universo em que a moral particular, ou seja, as qualidades morais pessoais dos juízes tinham uma eficácia direta na vida pública. Um universo jurídico em que a Teologia moral fundamentava toda a teoria jurídica e por meio da doutrina probabilística atribuía à consciência dos magistrados locais o poder de decidirem prudentemente sobre as formas de aplicação ou não aplicação das leis metropolitanas. Uma doutrina teológico-jurídica que colocava nas mãos das autoridades locais o poder não apenas de executar e adaptar as leis, mas principalmente o poder de ignorá-las e, inclusive, de não obedecê-las. E, como afirma Muñoz García, “não é possível entender todo o século XVII e mesmo até toda a época colonial, se não se tiverem em conta essas discussões [sobre o probabilismo]” (MUÑOZ GARCÍA, 2003, p. 66).

A prática judiciária na América do século XVII

Resta agora saber se todo esse universo jurídico, contido nas obras de juristas e teólogos, era, de fato, aceito e aplicado pelos juízes na hora de elaborar e de ditar as suas sentenças.

Como disse, tentarei mostrar os fundamentos e argumentos que norteavam as sentenças judiciais a partir da consulta e análise dos “juízos de residência”, que

ordinariamente eram “feitos com relação aos atos realizados por um funcionário público ao terminar o desempenho do seu cargo” (MARILUZ, 1952, p. 3). Era um dos meios processuais por meio do qual se fiscalizava a atuação dos administradores de justiça, o correto desempenho das suas funções públicas e privadas. Constava de duas partes, “uma secreta com procedimento de ofício e outra pública destinada a recolher as queixas apresentadas pelos particulares” (MARILUZ, 1952, p. 11). De maneira geral, pode-se dizer que se tratava de um procedimento legal para fiscalizar a atuação, pública e privada, dos juízes, magistrados e demais funcionários públicos, como os próprios Vice-reis, governadores políticos e militares, corregedores, presidentes de audiência, ouvidores, etc (MARILUZ, 1952, p. 83). Nesses processos, o juiz residente redatava uma “lista de cargos”, da qual se dava um traslado ao residenciado para que apresentasse a sua defesa (MARILUZ, 1952, p. 187).

Graças a isso, parece-me que esses documentos revestem-se de extrema importância se quisermos entender qual seria a lógica e a fundamentação das sentenças dos juízes, na América espanhola do século XVII, porque, embora não em todos, sim, em muitos, podem ser encontrados os motivos, os fundamentos e as argumentações em que basearam as suas sentenças nos casos concretos e singulares.

A categoria “*costume*” ou “*costume imemorial*” é praticamente recorrente em todos os tratadistas estudados, bem como o conceito de “*circunstâncias*”, que deveriam ser analisadas pelos juízes de forma concreta para poder decidir de acordo com o tempo e o lugar adequados. Tau Anzoátegui advertia que deveria entender-se o conceito de “*costume*” como um elemento jurídico que era utilizado, junto com todas as outras fontes jurídicas, “na realização do direito, por meio da solução dos casos concretos” (TAU ANZOÁTEGUI, 2001, p. 90).

Esse recurso “teórico” aos costumes do lugar, defendidos pelos juristas e tratadistas do Direito eram, de fato, seguidos pelos juízes à hora de ditar a sua sentença?

No juízo de residência de Alonso Pérez de Guzmán, corregedor de Cuzco (A.G.I. Escribanía, 534C), o próprio juiz residente recorreu ao costume imemorial para condenar o “alcalde ordinario”, que, em lugar de colocar no serviço da justiça apenas e unicamente a quatro índios, conforme o costume, colocou alguns a mais, com a desculpa de que vários desses quatro faltaram. O motivo da condenação foi precisamente não ter seguido o costume imemorial e por isso “*no habiendo*

costumbre de darse más de cuatro(...)le debo condenar y condeno en 600 pesos corrientes” (A.G.I., Escribanía, 534C, f. 336r).

Da mesma forma, nos autos da residência do General D. Joseph Fariña, corregedor e Justiça Maior da cidade de Piura, tendo sido acusado de não ter obedecido às leis e provisões reais que dispunham sobre a nomeação de tenentes substitutos do seu cargo, o corregedor defendeu-se invocando que fez e seguiu “*en esto y observando la costumbre continuada y establecida por los demás mis antecesores*” (A.G.I., Escribanía, 542B), sendo absolvido da acusação. No mesmo sentido, em outro caso, na residência realizada contra don Antonio de Ontañeda, Corregedor da Província de Cajamarca (A.G.I., Escribanía, 542A, Legajo 15 de Residencia de Lima, núm 7), que era acusado de ter realizado atos proibidos aos Corregedores pelas leis régias, fazendo plantação e cultivo nas chácaras e mantendo um bom número de cabeças de gado, o Corregedor defendeu-se recorrendo às circunstâncias concretas em que a região se encontrava, explicando que não havia como cobrar os tributos em prata, por serem muito pobres e que, com essas atividades, puderam-se pagar os mesmos: *desta suerte se pudieron enterar los tributos y de otra si se aguardara a que hubiese plata es constante se hubieran causado muchos rezagos sin remedio* (A.G.I., Escribanía, 542A, Legajo 15 de Residencia de Lima, núm 7, f. 371).

Como vemos, os costumes e as circunstâncias eram argumentos amplamente utilizados pelos juízes locais nas suas sentenças. A avaliação das circunstâncias era sempre algo que dependia da consideração prudencial do juiz (A.G.I., Escribanía, 542A, Legajo 15 de Residencia de Lima, núm 7.). A prudência, da mesma forma que o livre arbítrio, era um dos fundamentos mais subjetivos das sentenças. Perante a afirmação de que, para o juiz, as coisas pareceram de uma determinada maneira, em vista das circunstâncias, e não de outra, não cabia muita contestação. As explicações “prudenciais” iam desde o mais simples e banal, por exemplo, afirmar que as ruas e as praças não foram limpas, nem a grama fora cortada porque “*es mas conveniente que esté con ierva porque no se hagan lagunas*” (A.G.I., Escribanía 542A Lima, f. 226), até outros argumentos mais elaborados, em que a subjetividade aparecia diluída em motivos de ordem pública. Nesse sentido, o Corregedor da província de Cajamarca defendeu-se da acusação de não ter cumprido com as leis reais na nomeação de dois tenentes do seu cargo alegando que os inimigos piratas estavam em todo o Mar do Sul “*y de no haberlo hecho así resultaba en odio de la causa pública y*

en el deservicio de Su Magestad" (A.G.I., Escribanía, 542A, Legajo 15 de Residencia de Lima, núm 7, f. 371.). Evidentemente, como mencionei acima, para muitos juristas e tratadistas, esse estado de coisas abria uma margem de ambigüidade difícil de resolver, porque muitos juízes faziam o que bem entendiam, porém, esses mesmos autores percebiam que, mesmo assim, a prudência e o arbítrio dos juízes deveriam ser preservados, porque como as causas eram "de coisas particulares, que não podem ser decididas por meio de leis", os juízes teriam de julgar "por presunções e conforme à sua consciência e arbítrio" (CASTILLO DE BOBADILLA, 1608, p. 495).

Como afirma Paolo Prodi, todo o sistema jurídico apoiava-se, portanto, no papel do juiz, que, na hora de ditar a sua sentença, poderia decidir consultando a sua própria consciência (PRODI, São Paulo, 2005, p. 211). Na verdade, o que fundamentava essa tradição prudencialista era uma forma de olhar para a lei e a regra não como um princípio universal ou geral que fosse aplicado aos casos concretos, mas entendendo que "as leis possuem autoridade na medida em que são corretas, mas só serão corretas na medida em que não errem com relação aos casos particulares" (NUSSBAUM, 1995, p. 385).

Outra forma, muito mais comum e normalmente muito mais forte, era mostrar que, para decidir sobre as circunstâncias concretas do caso, era preciso que o juiz decidisse pessoalmente sobre aquilo que lhe parecia mais conveniente e necessário, entendendo que era do arbítrio do juiz decidir sobre os tempos e as circunstâncias para executar aquilo que melhor conviesse à tranquilidade da República.

A maioria dos tratadistas era concorde em afirmar que as leis régias eram dadas e deviam ser interpretadas tendo sempre em conta o bem e a tranquilidade da República. Ora, a decisão sobre qual seria esse bem e como se conseguiria essa tranquilidade estava sempre a cargo da decisão e da livre convicção dos juízes. Assim, no processo contra o General D. Alonso de Guzmán, corregedor de Cuzco, Beatriz Bustamante acusou-o de ter sentenciado injustamente o seu marido à morte. O corregedor defendeu-se afirmando que a sua decisão foi tomada de acordo com o que lhe pareceu mais favorável para o bem comum e da República: "*se debe el juez arrimar a la sentencia que más favorable sea al Bien Comun y de la República en satisfacción de la vindicta pública*" (A.G.I., Escribanía, 534C, f. 625), e, para fundamentar ainda mais solidamente a sua defesa, explicava que "*resta al albedrío del buen juez el calificar los tiempos y circunstancias de los sucesos para ejecutar lo que convenga a la quietud de la República*" (A.G.I., Escribanía, 534C, f. 621, v).

Parece-me que esses exemplos dão uma ideia de que estamos lidando com uma visão jurídica da vida, onde as categorias defendidas e teorizadas pelos juristas (e bastante estranhas para o historiador contemporâneo) como prudência, circunstância, costume e livre arbítrio, estavam intimamente entrelaçadas nas tarefas judiciárias e nas decisões e sentenças judiciais não apenas dos juízes particulares ou dos tribunais superiores, mas daqueles que faziam parte do próprio Conselho de Índias.

Conclusão

A visão jurídica do século XVII esteve marcada por uma forma de entender a justiça e o direito em que os juízes ordinários tinham como principal função interpretar as leis régias para aplicá-las adequadamente. Nem tudo era passível de interpretação: havia um tipo de interpretação que cabia ao Rei, porque era geral e necessária para todos; porém, nos casos duvidosos e concretos, em que muitos doutores e juristas tinham opiniões diferentes e divergentes, cabia ao juiz deliberar com livre arbítrio para dar a sentença que considerasse mais justa.

Configurava-se assim uma forma de entender a praxe judiciária em que prevaleciam outras categorias distintas das leis, cédulas ou provisões reais. Essas categorias não eram apenas defendidas e explicadas pelos juristas e teólogos morais nas suas obras sobre a justiça, a teologia e a moral, mas faziam parte do arcabouço de fundamentos e motivos à hora de os juízes ditarem as suas sentenças: o livre arbítrio (*libre albedrío*), a consciência, a prudência, as circunstâncias, o costume, a opinião comum dos doutores, a opinião incontestada de um jurista ou teólogo e a tranquilidade e o bem da República eram argumentos usados pelos juízes locais para manter uma margem de negociação e ambiguidade à hora de interpretar as leis e executá-las.

Diante disso, parece-me conveniente estabelecer que os estudos históricos sobre a sociedade do século XVII nas Américas, principalmente nas análises das tensões entre norma geral e experiência local, deveriam ultrapassar a tradicional dicotomia entre conformismo e ruptura, ou aceitação e rebelião, para adentrar na temática aberta pela Teologia Moral católica e, dentro da Teologia Moral, o estudo da corrente doutrinária conhecida como “probabilismo”, que abre um amplo campo de pesquisa, tendo em conta que suas teses ofereciam aos juízes e administradores de justiça um leque de possibilidades para adaptar, flexibilizar e recusar as leis régias,

por meio da interpretação, de acordo com a doutrina probabilista de que era lícito seguir qualquer uma das opiniões prováveis.

Ainda dentro da questão da teologia moral, parece-me que são necessários mais estudos aprofundados nessa área, tendo em conta que, sendo a questão das sentenças uma questão de foro íntimo, o papel coativo ou fiscalizador da função e da atuação dos juízes estava reservado muito mais à doutrina moral católica sobre o pecado e a confissão do que à normatização do papel e da tarefa do juiz por parte da Coroa.

O livre arbítrio, a prudência e a consciência eram critérios subjetivos que, aliados à avaliação prudencial das circunstâncias do caso, dos costumes locais e do bem e tranquilidade da República forneciam os elementos suficientes para erigirem-se em critérios decisivos que estabeleciam as diferentes maneiras em que uma mesma lei seria aplicada nas diferentes localidades.

Finalmente, e como sugestão, parece-me que os estudos e análises históricas sobre as redes clientelares de poder e a dinâmica das sociedades americanas nas tensões entre norma legal e praxe social poderiam ir além da abordagem global e estrutural, em que se analisam as leis régias ou mesmo as Atas das Câmaras e dos Cabildos, e centrar-se no estudo dos casos locais, a partir dos autos dos juízos de residência de cada Corregedor, *alcalde mayor*, *alcalde* e juiz ordinário de cada localidade, em que as justificações e os fundamentos das sentenças e das decisões das Audiências reais permitem estabelecer uma visão mais clara e efetiva de como os interesses locais interagiam com as cédulas e leis régias, a partir da interpretação das leis.

BIBLIOGRAFIA

a) FONTES IMPRESSAS

AYALA, Francisco Javier de. **Servidumbres personales de índios**, de Fr. Miguel de Agia. Edição e estudo preliminar, Sevilla: Escuela de estudios hispano-americanos, 1946.

BERMÚDEZ DE PEDRAZA, Francisco. **Arte legal para estudiar la jurisprudencia com la paratitla y exposición a los títulos de las**

Instituciones de Justiniano. Salamanca: en la Empronta de Antonia Ramírez, viuda, a costa de Nicolas Martín del Castillo, mercador de libros, 1612.

CARRASCO DEL SAZ, F. **Interpretatio ad aliquas leges Recopilationis Regni Castellae**, Hispali: apud Hieronimum Contreras, 1620.

CASTILLO DE BOBADILLA, J. **Política para corregidores y señores de vasallos en tiempos de paz y de guerra**, Medina del Campo: por Christoval Lasso e Francisco Garcia, 1608.

CONCINA, Daniel. **Theologia Christiana Dogmático-Moral, compendiada en dos tomos**, Traducida al idioma castellano y añadida en muchas partes de las obras del mismo autor por el P. D. Joseph Sánchez de la Parra, Tercera Impresión, en Madrid: en la oficina de la viúda de Manuel Fernández, 1773.

TALLADA, Tomás Cerdán de. **Veriloquium en reglas de Estado, segun derecho diuino, natural, canonico y ciuil y leyes de Castilla, endereçado a la conseruacion de la auctoridad del catholico don Phelipe Tercero**, Valencia: en casa de Iuan Chrysostomo Garriz, 1604.

b) FONTES MANUSCRITAS

A.G.I., Escribanía, 534C, *Querrela de Beatriz Bustamante, viuda de Gapar Benito, contra el General D. Alonso de Guzmán*, Cuzco, 16 de marzo de 1677.

A.G.I., Escribanía, 534C. *Residencia de Alonso Pérez de Guzmán, corregidor de Cuzco, por Lucas Segura de Lara, protector de indios del distrito de Lima, 1674. Cargos que resultan contra el Capitán D. Juan Riquelme Bernardo de Quirós, alcalde ordinario actual de esta ciudad, juez de naturales que fue en ella el año pasado de 1676.*

A.G.I., Escribanía, 542A, *Residencia tomada por Don Francisco de Espinosa, Corregidor de la Provincia de Caxamarca, a su antecesor don Antonio de Ontañeda. Provincia de Caxamarca distrito de la Audiencia de Lima año 1680*, Legajo 15 de Residencia de Lima, núm 7.

A.G.I., Escribanía 542A, *Residencia a Diego Inclán Valdez, oidor de la R. Audiencia de Lima, por Don Juan Jimenez Lobatón, oidor de la misma*, Lima, 1680.

A.G.I., Escribanía, 542B. *Autos de la Residencia del General D. Joseph Fariña, corregidor y Justicia Mayor que fue de la ciudad de Piura, 1688.*

c) BIBLIOGRAFIA DE REFERÊNCIA

AUBENQUE, Pierre. **A prudência em Aristóteles**. Tradução de Marisa Lopes. São Paulo: Discurso editorial, 2003.

DICCIONARIO DE AUTORIDADES, 1726. Disponível em <http://buscon.rae.es/ntlle/SrvltGUIMenuNtllle?cmd=Lema&sec=1.2.0.0.0>, acesso em 04/04/2012.

GARRIGA, Carlos. Los límites del reformismo borbónico: a propósito de la administración de la justicia en Indias. In: BARRIOS PINTADO, Feliciano, (Coord.), **Derecho y Administración pública en las Indias Hispánicas**. Cuenca: Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 2002, vol I, p. 781-821.

GROSSI, Paolo. **Mitología jurídica de la Modernidad**, Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Ed. Trotta, 2003.

GUZMÁN, Alejandro. **Decisión de controversias jurisprudenciales y codificación del Derecho en la época moderna**. Madrid: Anuário de Historia del Derecho español, 1980.

LARA, Silvia H. e MENDONÇA, Joseli Maria N., (Org.). **Direitos e Justiças no Brasil**. Campinas: Unicamp, 2006.

MARILUZ URQUIJO, J.M. **Ensayos sobre los juicios de residencia indianos**. Sevilla: Escuela de estudios hispano-americanos de Sevilla, 1952.

MARILUZ URQUIJO, J.M. La acción de sentenciar a través de los apuntes de Benito de la Mata Linares. **Revista de Historia del Derecho**, n. 4, Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1976.

MARTEL PAREDES, Víctor Hugo. El lugar del Probabilismo en las ideas políticas del Perú, **Solar**, n 3, año 3. Lima, 2007, p. 11-22.

MARTIRÉ, E. **Las Audiencias y la Administración de Justicia en las Indias. Del iudex perfectus al iudex solutus**. Buenos Aires: Librería Histórica, 2009.

MUÑOZ GARCÍA, Ángel, **Diego de Avendaño, 1594-1698: filosofía, moralidad, derecho y política en el Perú colonial**. Lima: UNMSM, Fondo Editorial, 2003.

NUSSBAUM, Martha C. **La fragilidad del bien**. Traducción de Antonio Ballesteros. Madrid: Visor, 1995.

PINCKAERS, Servais Théodore. **Las fuentes de la moral cristiana. Su método, su contenido, su historia**. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2000.

PRODI, Paolo. **Uma história da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RUIZ, R. Os espaços da ambiguidade: os poderes locais e a justiça na América espanhola do século XVII, **Revista de História**, 163, ago/dez, p. 81-101. São Paulo, 2010

TAU ANZOÁTEGUI, V. **Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho indiano**. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992.

TAU ANZOÁTEGUI, V. **El poder de la costumbre. Ensayos sobre el derecho consuetudinario en América hispana hasta la Emancipación**. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2001.

Recebido em Abril de 2012
Aprovado em Junho de 2012