

A consciência do juiz na América colonial do século XVII: aproximações entre a teologia e o direito

The consciousness of the judge in Colonial America in the seventeenth century: approaches between theology and law

Elaine Godoy Proatti *

Mestranda em História

Universidade Federal de São Paulo - UNIFESP

naneproatti@gmail.com

Recebido em: 25/03/2014

Aprovado em: 15/09/2014

RESUMO: Pretendemos abordar nesse trabalho o processo de construção do direito indiano pela elaboração, interpretação e aplicação da lei na América espanhola, especificamente nos territórios da Nova Espanha nas províncias do vice-reinado do Peru no século XVII. Mostraremos como o direito está relacionado à teologia moral e como essa é relevante na definição das circunstâncias e situações que possibilitariam a flexibilização da norma. Essa relação entre o direito e a teologia pode ser observada ao estudarmos as teorias do teólogo, Padre Hermán Busembaum, sustentadas pela análise dos pareceres do Fray Miguel Agia, teólogo franciscano e conhecedor das teorias do direito, escritas a despeito de suas visitas realizadas nas províncias do Peru a pedidos do vice-rei Don Luis de Velasco.

PALAVRAS-CHAVE: Lei, Juízes, Consciência.

ABSTRACT: We intend to discuss on this paper the process that lead to the composition of the indian rights, through the elaboration, interpretation and application of the legislation in the Hispanic America, specifically in New Spain's territories and Viceroyalty of Peru's provinces, in the 17th century. We are going to show how the jurisprudence is related to moral theology, and how the last is relevant for the definition of the circumstances and situations which made the flexibility of the rule possible. This relation between jurisprudence and theology may be observed by studying the theologian, Father Hermán Busembaum's theories, supported by the analysis of the Franciscan, expert on jurisprudence's theories, theologian Fray Miguel Agia's opinions, written despite his visits to Peru's provinces at the request of viceroy Don Luis de Velasco.

KEYWORDS: Law, Judges, Conscience.

Introdução

Em 1604 em Lima Fray Miguel Agia publicou sua obra, "Tratado que continente três pareceres graves en Derecho". Estes pareceres são resultados da interpretação legislativa do Fray Agia sobre a Real Cédula de 24 de Novembro de 1601 em Valladolid. Esta cédula estava dirigida

* Mestranda em História pela Universidade Federal de São Paulo, orientada pelo Professor Doutor Rafael Ruiz da mesma universidade, agradece o apoio da agência financiadora: FAPESP. São Paulo, Brasil, março de 2014. Email: naneproatti@gmail.com.

ao vice-rei, governador e capitão geral das províncias do Peru, Don Luis de Velasco. Nela estavam demarcadas as implicações sobre o trabalho indígena tanto no Peru quanto na Nova Espanha, estabelecendo normas que reprimissem os abusos cometidos pelos “encomendeiros” aos índios nos serviços pessoais e no trabalho nas minas². Os termos da cédula, mesmo expressando a decisão de acabar com a opressão indígena, ocasionavam distintas interpretações que afetavam aos interesses particulares e a organização da economia pública indiana.

Entre as interpretações contrárias, encontra-se a confusão feita a respeito dos repartimentos e dos serviços pessoais. Segundo o rei Don Felipe, os repartimentos indígenas garantiriam liberdade e pagamento aos serviços prestados e os “serviços pessoais” seriam proibidos em seu uso privado e que estes caberiam então, aos negros e mulatos³.

Nestas circunstâncias, os vice-reis da Nova Espanha e do Peru, solicitaram pareceres de doutores para que procedessem: “dándose cuenta de las consecuencias que podía acarrear la aplicación de dicha Ley, justa y razonable en sus principios, pero quizás perjudicial en algunos pormenores, solicitaron el parecer de personas doctas y graves, para proceder con segura consciencia en lo que más razonable fuera⁴”. Don Luis de Velasco consultou o Fray Miguel Agia, por suas qualidades e conhecimentos, para saber dele como a lei poderia ser entendida, o resultado dessa consulta foram os “Tres pareceres sobre las servidumbres personales de los índios”.

Procederemos abordando alguns apontamentos a respeito de como era realizada a justiça, qual noção tinha nesse período, suas relações com a Igreja e o quanto essas relações influenciavam na aplicação das leis com expressões importantes como *equidade, prudência, vontade e consciência*. Também veremos como os juízes, magistrados e até o rei, diante dessa relação entre a teologia e o direito, estabeleciam leis e sentenças de maneira justa mediante a tanta especificidade e complexidade nas províncias do Peru no século XVII. Buscaremos entender como se estabelecia o papel dos juízes dentro desse processo de construção do direito indiano, a sua elaboração e aplicação legal juntamente com as determinações e orientações da doutrina católica.

Partimos do problema da consciência do juiz no momento de examinar cada caso, sentenciar e decidir pelas leis, costumes ou opinião comum de outros doutores. Ao estudarmos a argumentação interpretativa do juiz podemos encontrar o seu juízo feito em consciência, e assim,

² AGIA, Fr. Miguel, *Servidumbres personales de índios*, Edição e estudo preliminar por AYALA, Francisco Javier de, Escuela de estudios hispano-americanos, Sevilla, 1946, p. XV.

³ _____. *Servidumbres personales de índios*, p. XXXIII.

⁴ _____. *Servidumbres personales de índios*, p. XVI.

analisar a consciência juntamente com as leis. Para isso, juntamos o estudo da teologia moral com as questões práticas das leis no âmbito da consciência do juiz.

Usaremos os pareceres do Fray Miguel Agia de 1604 realizados a respeito da Real Cédula de 24 de novembro de 1601 sobre os serviços pessoais dos índios, e, o tratado de teologia moral do Padre Hermano Busembawm, da companhia de Jesus, do ano de 1688 por acreditarmos que a teologia e o direito estavam muito relacionados à vontade, às opiniões, pareceres e interpretações dos magistrados.

Apontamentos sobre o contexto jurídico

A noção de Justiça na Alta Idade Média continha quatro virtudes principais: a prudência, a justiça, a fortaleza e a temperança. Tais virtudes medievais pertencentes à noção de Justiça nos mostra que o direito não tinha um caráter rigoroso e puramente técnico ou especializado como era estudado nas universidades enquanto uma disciplina. Ele era extremamente religioso e a justiça baseava-se na tradição, nos hábitos e nos costumes e não exclusivamente na lei. O costume era a principal fonte criadora do direito⁵.

Na Baixa Idade Média essa relação entre justiça e direito se alterou. Tais noções foram relacionadas com outras realidades sociopolíticas fazendo com que a concepção de direito passasse por uma profunda secularização e especialização inspirada no direito canônico. Paralelamente a isso a figura do rei também se modificou conforme a realidade. Ele era um rei-juiz que passou a ter a condição de um rei legislador.

Essa alteração imbuíu na mentalidade da época uma ideia diferente sobre a função do rei. O rei adquiriu uma “ciência certa” que o permitia gozar de um conhecimento superior aos dos demais no momento de decidir medidas normativas e governamentais. Dessa forma, a ideia de justiça é novamente revista e com a ela as noções jurídicas.

Dentro da esfera jurídica medieval se abriu um amplo campo com setores diferenciados, seguindo referências do direito romano-canônico, distinguindo a justiça civil da penal ou entre alta e baixa justiça. Esses novos campos de poderes surgidos tanto no âmbito central quanto no municipal, passaram a ampliar as funções da administração da justiça e da governação com a finalidade de atender às demandas dos vários assuntos relacionados ao urbanismo, abastecimento das cidades, trocas comerciais e regulação de pesos e medidas. Todos esses assuntos estavam na ordem da administração da justiça e do governo.

⁵ CABRERO, José Luis Bermejo, *Poder político y administración de justicia en la España de los Austrias*. Madrid, 2005, p.15.

Com tantos assuntos direcionados ao setor jurídico e governamental, outras questões como os limites de poder inquietaram e modificaram novamente a sociedade. Na modernidade, a distinção de justiça refletiu a correspondência da esfera jurídica com a governamental e a criação dos novos campos de atuação das formas jurídicas permitiu uma maior operação e adaptação de acordo com as circunstâncias⁶.

As circunstâncias permitiam um grau de autonomia porque mudavam a todo tempo e a legislação, plural e provável, se adaptava a essas especificidades e também concedia autonomia aos juízes locais. A decisão dos juízes, para o fim justo e o estabelecimento da justiça, era uma questão de interpretação, e esta estava guardada no seu foro interno, na sua consciência subjetiva.

A concessão da autonomia, prevista na legislação aos funcionários régios, poderia significar a ampliação da imagem da Coroa, mas, também poderia funcionar como um mecanismo de governação para as autoridades locais, ao se aproveitarem da ambiguidade e flexibilidade da lei, para interpretar os casos conforme o próprio interesse local, adquirindo um poder autônomo diferente daquele que reforçaria a presença régia. Tal autonomia aparecia dentro da norma jurídica e poderia estender aos poderes políticos.

As nações católicas do sul da Europa moderna apresentavam características específicas em suas formas jurídicas diferente de outras nações, contendo os conceitos de *equidade, analogia e reciprocidade*⁷. Tais conceitos podiam ser observados nos modelos políticos dessas nações, de maneira não tão explícita, diferenciando-as conforme as suas concepções jurídicas de origem teológicas ou não. As nações que possuíam em sua concepção jurídica princípios gerais religiosos se distinguiam das que não os possuíam. Ocorreu no que se refere às práticas jurídicas e também políticas, uma polarização entre tais nações europeias. As que consideravam no princípio de justiça uma origem teológica permitiam aos seus juízes uma ampla margem de interpretação da lei através de leituras analógicas e equitativas. As que não detinham esse caráter religioso na concepção de justiça a lei restringia a capacidade de interpretação dos juízes sobre as próprias leis⁸. No caso específico das províncias do Peru, a legislação vinda da Europa Ibérica refletia essas características teológicas e flexíveis.

⁶ CABRERO, *Poder político y administración de justicia en la España de los Austrias*, p.20.

⁷ Giovanni Levi considera em seu estudo “Reciprocidade mediterrânea” as nações que se caracterizavam por sua dificuldade e arbitrariedade encontradas em todas as realidades em que se esforçavam para estabelecer uma separação e hierarquização a favor das instituições do Estado sobre a presença de instituições religiosas. Ele excluiu deste modelo apenas a França, porque a formação do Estado moderno neste país ocorreu através do absolutismo, definido pela supremacia das instituições do Estado ao nível do sentido comum de justiça.

⁸ LEVI, Giovanni “Reciprocidade mediterrânea”. Artigo publicado originalmente em *Hispania* (Madrid), LX/1, n.º. 204 (2000), p.103-126. Reproduzido com a permissão da revista. Tradução de Marco A. Galmarini, p.103.

A hipótese de Giovanni Levi é que havia um duplo sistema normativo nas sociedades europeias de Antigo Regime. Nesse sistema normativo a *equidade* tinha um caráter central porque significava a imagem do justo que dominava uma sociedade desigual, hierarquizada e corporativa, mas justa segundo os princípios da justiça distributiva⁹. Os princípios da *reciprocidade* precisavam ser contextualizados numa sociedade desigual, embora equitativa. Assim, a presença desse duplo sistema normativo – uma lei civil e uma lei de origem religiosa – juntamente com a duplicidade de suas instituições, produziram uma fragilidade nas instituições estatais e, ao mesmo tempo, deram lugar à formação de um sentido comum de justiça que entrava em contradição com as regras jurídicas codificadas¹⁰.

Percebeu-se, portanto, uma tensão, uma ambiguidade e uma contradição nas formas de aplicação da justiça. A justiça podia ser feita mesmo em sociedade desiguais e complexas onde encontrávamos os três princípios gerais e religiosos de *equidade*, *reciprocidade* e *analogia*, como mecanismos de solidariedade que caracterizavam um projeto social baseado na justiça distributiva e também na hierarquização rígida da sociedade¹¹.

A pergunta desse autor era a seguinte: Quais eram as formas que a justiça adotava numa distribuição desigual de bens em que os valores de *equidade* chocavam com os de igualdade? Para ele, se tratava de um problema de transformação cultural da “desigualdade estratégica em igualdade idiomática”, em que todos possuíam a igualdade, de certa forma, mas não sabiam o significado e o valor dessa posse. Essa transformação requeria uma profunda alteração cultural na ideia de *reciprocidade*, de “dom e contra dom”, de trocas.

Numa sociedade governada pela justiça distributiva, ou seja, por uma justiça que almejava garantir a cada um, o que lhe correspondesse segundo sua condição social, as interpretações do que vem a ser a *reciprocidade* se multiplicavam de acordo com os significados complexos que misturavam a *reciprocidade* e o nível social das pessoas que realizavam a troca recíproca. De uma maneira mais clara o autor nos afirma:

De esta suerte, todo intercambio mercantil teóricamente equilibrado puede considerar la determinación del precio según los niveles sociales y las relaciones de los contratantes, y todo intercambio de bienes puede parecer el resultado de una reciprocidad equilibrada o generalizada según quién realiza el intercambio y con quién. De la misma manera, es imposible examinar una sociedad que pone los valores puramente económicos por encima de los valores de buena voluntad y amistad, de don y de contra don, sin tener en cuenta si su finalidad

⁹ Segundo a noção de José Luis Bermejo Cabrero em sua obra “Poder político y administración de justicia en la España de los Austrias” de 2005, a justiça distributiva é aquela que concede ofícios ou dignidades a quem deve e como deve, segundo certa proporção, dando as maiores aos maiores e mais dignos homens, p.17.

¹⁰ LEVI, Giovanni, *Reciprocidade mediterrânea*, p.103.

¹¹ _____, *Reciprocidade mediterrânea*, p.104.

es construir una sociedad de iguales o si, por el contrario, se propone confirmar una estructura social jerárquica¹².

Essa questão levantada por Levi para os séculos XVI ao XVIII mostra que o conflito entre o rigor da lei e a *equidade* se manifestava na dificuldade de se comprovar a imparcialidade da justiça. A indeterminação dos limites da legislação e do papel do juiz na relação com ela provocou o centro da crise da justiça em vários países europeus. Como saber se a sentença dada pelo juiz correspondia a uma *equidade*, a um equilíbrio e *reciprocidade*, visto a ampla margem que ele detinha devido aos princípios religiosos na doutrina jurídica, ou se refletia uma postura estrategicamente política e econômica?

Dentro desse debate político e jurídico, Giovanni Levi esclareceu que tanto a intervenção da jurisprudência (agir com prudência no momento de sentenciar) na elaboração do direito permitindo interpretações, como a consciência da impossibilidade de existir apenas uma única interpretação do texto legal ou dos fatos acontecidos, mostrava que a relação entre a elaboração, a aplicação e a interpretação das leis caracterizava uma maneira muito particular da história cultural dos países do Mediterrâneo, como por exemplo, a Espanha.

Elaboração e intenção da lei.

Para entendermos como uma legislação era elaborada precisamos conhecer sua origem, importância e finalidade. Como elaborar uma norma que fosse justa e que prevenia e punia a injustiça? O que veio a ser *justiça* na Espanha nos séculos XVI e XVII? Qual era seu sentido comum difundido entre as pessoas que viviam nessa sociedade desigual e hierárquica?

O *justo*, segundo Aristóteles, era estabelecer a proporção, a igualdade, então, o *justo* era o meio termo entre dois extremos desproporcionais. Assim, cabia ao juiz garantir a proporcionalidade entre as partes em conflito sendo ele o mediador que restabelecia a igualdade e a justiça¹³. Já a *justiça* era a reciprocidade conforme à proporcionalidade, baseada na distribuição exatamente igual, nesse sentido, era a reciprocidade proporcional que matinha a cidade unida¹⁴.

¹² _____, *Reciprocidade mediterrânea*, p.106.

¹³ “(...) quando ocorrem disputas, as pessoas recorrem a um juiz, e ir ao juiz é ir à justiça, porque se quer que o juiz seja como se fosse a justiça viva; e elas procuram o juiz no pressuposto de que ele é uma pessoa ‘equidistante’, e em algumas cidades os juízes são chamados de ‘mediadores’, no pressuposto de que, se as pessoas obtêm o meio termo, elas obtêm o que é justo”. ARISTÓTELES, “Ética a Nicômacos – livro V”. Tradução de Mário da Gama Kury - Brasília: Editora Universidade de Brasília, 4ª edição, 2001, p.98 (1132a).

¹⁴ “As pessoas procuram retribuir o mal com o mal (se não podem agir desta maneira elas se sentem como se fossem escravos) ou o bem com o bem (se não puderem agir desta maneira não haverá permuta, quando é a permuta que as mantém unidas). É por isto que elas destinam um lugar de destaque ao templo das Graças, para fomentar a prática da reciprocidade; com efeito, está é uma características da gratidão, e devemos não somente mostrar-nos gratos, retribuindo a quem nos presta serviços, como também devemos, em outra oportunidade, tomar a iniciativa de prestá-los” Idem, p.99 (1133a).

A *justiça* e a *equidade* são iguais, mas a *equidade* estabelece a justiça não segundo a lei, e sim como uma correção da justiça legal, ou seja:

A razão é que toda lei é de ordem geral, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares. Nestes casos, então, em que é necessário estabelecer regras gerais, mas não é possível fazê-lo completamente, a lei leva em consideração a maioria dos casos, embora não ignore a possibilidade de falha decorrente desta circunstância. E nem por isto a lei é menos correta, pois a falha não é da lei nem do legislador, e sim da natureza do caso particular. (...) então, o equitativo é, por sua natureza, uma correção da lei onde esta é omissa devido à sua generalidade. (...) quando uma situação é indefinida a regra também tem de ser indefinida, como acontece com a régua de chumbo usada pelos construtores em Lebos: a régua se adapta à forma da pedra e não é rígida, e o decreto se adapta aos fatos de maneira idêntica¹⁵.

O problema percebido por Levi, para o século XVI e XVII, consistia em saber que o sentido comum de justiça difundido entre as pessoas era conflituoso em relação aos sistemas jurídicos que foram sendo constituídos posteriormente. Isto porque a debilidade das instituições em relação ao sentido comum de *equidade* parecia associar-se a um papel particularmente forte das tradições políticas de origem teológica e à permanência desse sentido na consciência comum, da imagem de um pluralismo jurídico em que a multiplicidade das fontes produtoras do direito e das normas lidas na realidade possibilitava a movimentação com relativa liberdade entre sistemas normativos contraditórios¹⁶. Nessa sociedade quem seria o justo?

Naturalmente, a pessoa justa era a que se encontrava em uma posição de simetria. Em efeito, a não ser por essa simetria, seria impossível o funcionamento do conjunto de ações de trocas, dar e receber implícito em um sistema de *reciprocidade*. Contudo, o comportamento adequado era o que se inspirava na *equidade* e na consideração ao outro e tal costume de trocas recíprocas não estava presente nas práticas contratuais.

A força de um poder central, garantia da justiça distributiva, e a institucionalização das classificações sociais típicas de sociedades hierarquizadas não bastavam para garantir o funcionamento de um sistema de integração baseado na *reciprocidade*, ainda mais quando a junção de mecanismos de integração baseado na redistribuição se propunha conviver com uma sociedade em que os fundamentos básicos da família e da comunidade operavam através da *reciprocidade* que provinha da boa vontade, da amizade, da solidariedade e do “dom e contra dom¹⁷”.

¹⁵ LEVI, Giovanni, *Reciprocidade mediterrânea*, p.109-110.

¹⁶ _____. *Reciprocidade mediterrânea*, p.106-107.

¹⁷ _____. *Reciprocidade mediterrânea*, p.108.

Não se tratava de um conflito entre o rigor e a adequação, entre as medidas das equivalências e a arbitrariedade relativa das trocas. Também a *equidade* tinha de ter a sua medida, sua proporção, um rigor referido à simetria que governa o conjunto do sistema, diferente da equivalência. Uma medida que devia estabelecer caso a caso, situação por situação, mas que permitiria uma percepção social que as pessoas envolvidas pudessem identificar e manter a equidade de uma relação de trocas entre pessoas desiguais¹⁸.

Tal medida, presente nessa relação entre indivíduos, também fez compreender a divergência de comportamentos individuais e o modelo dessa sociedade. E neste caso se tratava de prescrições provindas da teologia e da esfera moral cristã em suas implicações políticas. Se não houvesse uma revelação divina não se podia deduzir dessa ausência uma política especificamente cristã. Portanto, a liberdade dos homens estava presidida pela superioridade moral da Igreja, com sua função corretiva e de controle¹⁹. Esta forma de controle agia sobre a consciência dos magistrados e juízes no momento de sentenciarem e argumentarem suas escolhas. A igreja também regulava as decisões e vontades do rei ao exigir dele virtudes e princípios religiosos.

A *equidade* era um ideal que não se media sobre a base de regras abstratas e sim sobre as bases que referenciavam uma melhora, um progresso da sociedade, não eram medidas nos atos particulares, mas no juízo por parte da Igreja em seu papel de tutora. Nessa *equidade*, o sentido de justiça era observado em função da adequação na criação de uma sociedade hierárquica e corporativa na qual não são justos os atos econômicos que tinham como finalidade o enriquecimento, e sim os que tendiam a favorecer a circulação de bens e bem-estar coletivo e desigual, no qual, portanto, predominasse a amizade, a boa vontade e que cada um tivesse o que lhe correspondia segundo a *equidade*, conservando a proporção respectiva à ordem social²⁰.

De acordo com Levi houve várias equidades e elas foram a raiz do sistema jurídico que almejou a organização de uma sociedade estratificada, mas flexível, na qual conviveram muitos sistemas normativos no esforço de conhecer o que era justo para cada um. Contrapondo a inflexibilidade e a imobilidade abstrata da justiça divina à especificidade da justiça humana, a *equidade* era central no sistema normativo. Ela prescrevia como o juiz devia agir e aplicar as leis de acordo com os princípios e as virtudes em conformidade com a razão e a teologia²¹. Este ponto nos interessa para salientar a forte relação entre a justiça e a teologia na aplicação das leis e como essa relação poderia garantir uma decisão justa e consciente, e dependente da interpretação dos juízes.

¹⁸ LEVI, Giovanni, *Reciprocidade mediterrânea*, p.109.

¹⁹ _____, *Reciprocidade mediterrânea*, p.110.

²⁰ _____, *Reciprocidade mediterrânea*, p.111.

²¹ _____, *Reciprocidade mediterrânea*, p.114.

A questão nessa época não se dava apenas em definir as relações entre a ordem jurídica canônica, religiosa e a civil, humana. Mas também de conhecer a influência da concepção de unidade em uma sociedade não definida claramente e como o sentido comum de justiça e de justo e injusto de sociedades católicas se relacionavam com o Estado e suas instituições. Isso gerou conflitos e a consciência de que a *equidade* contrapunha a concepção de Estado moderno, e especificamente a da monarquia absoluta, aparecia aos poucos. Da mesma maneira, foi ficando cada vez mais evidente e explícita a contradição entre o poder do juiz na aplicação equitativa da norma e a seguridade do direito²². Nisso consiste a ambiguidade das formas jurídicas desse período, século XVI e XVII, nas nações católicas no mediterrâneo, como a Espanha.

A consciência e seus embates subjetivos e jurídicos.

A questão da consciência, presente em tratados teológicos e nos documentos jurídicos, levanta muitos enfoques e reflexões para a história do direito e da moral. A noção de “consciência” aparece acompanhada de outras noções relevantes para o estudo da história do direito e da moral, tais como: a dúvida, a experiência, o livre arbítrio, a liberdade, a vontade e a graça. Analisando essas concepções podemos perceber que estas possuem suas raízes na teologia, em tratados morais e que também aparecem em documentos jurídicos.

A ligação entre a esfera moral e a jurídica é importante para se entender a prática jurídica e a função do juiz. Nos tratados teológicos sobre questões morais vemos a responsabilidade e a preocupação em ser esse o “exemplo”, o “manual”, que guia, orienta e esclarece questões dos mais variados tipos e para os mais variados profissionais. Um caso é o direito. Há preceitos voltados para os advogados e outros profissionais, especificamente.

Contudo, se a ligação entre a moral e o jurídico é relevante, em quais questões isso fica claro? Por exemplo, quando se há dúvida. Eis o outro conceito chave quando no estudo das fontes teológicas e jurídicas do século XVII.

A dúvida move a consciência, e essa consciência movida pela dúvida diante de um caso não previsto ou de uma falta de orientação e instrução em um assunto qualquer faz com que a consciência, para ser correta, busque uma solução. A solução para a consciência incerta pode estar na opinião dos doutores, nos costumes, na lei, no conhecimento sobre direito e sobre teologia e na experiência, por exemplo, de quem conhece as especificidades e características do local em questão.

²² LEVI, Giovanni *Reciprocidade mediterrânea*, p.115.

A consciência duvidosa faz com que a vontade reflita como a consciência agirá. A dúvida, a consciência, a intenção e a vontade, até virarem uma prática, uma ação, estão guardadas na mente e no coração do indivíduo e não são claramente desvendadas. Quando se realiza uma ação, se toma uma decisão, se exterioriza algo intimamente refletido, a razão apresenta a finalidade dessa ação e a vontade a conduz. Se a vontade impele a ação e se a ação for justa, a vontade é boa e a consciência é reta.

A dúvida aparece como sendo a impulsionadora da relação entre a moral e o direito. Um juiz pode ter dúvida no momento de dar a sua sentença, referente a um caso não conhecido e ainda não normatizado. Assim como o juiz outros funcionários também podem ter dúvida nos exercícios de suas funções. O juiz nos interessa nesse trabalho por ser o representante e o reflexo da justiça e do exercício do direito. Mas ele não o é sozinho. Se ele tem dúvida, nesse momento, guia-se, recorre-se a outros magistrados e outros documentos, buscando tirar a sua dúvida.

Ela pode surgir de duas formas. A primeira, porque não se teve instrução, orientação, segundo a ordenação da Igreja, da Justiça ou da Política. A segunda corresponde à dúvida em relação ao que se fazer em caso de incerteza, de imprevisibilidade, de excepcionalidade, que foge à regra, à norma estabelecida.

O que podemos pensar diante disso é que a ordenação, os preceitos e instruções da Igreja existiam e orientavam as lacunas que o direito casuístico permitia, enquanto algo adaptável, passível de reformulação e alterações. A esfera moral, de orientação teológica, instruía e orientava especificando as soluções para diferentes ocasiões, para a consciência em dúvida, incapaz de discernir como agir corretamente²³.

A consciência duvidosa apresenta muitas indagações, como por exemplo: Por que a consciência é incapaz de discernir como agir corretamente em caso de dúvida, necessitando de um guia? Quais são os casos que provocam dúvida? De que natureza eles são? São apenas os casos que fogem à regra, que dizem respeito ao foro interno? De qual consciência estamos nos referindo?

Se a consciência chega a ser incapaz de discernir como agir corretamente, quem a orienta? A consciência está ligada ao livre arbítrio, à vontade e a liberdade até que medida?

É preciso se aprofundar na noção de consciência, suas diferenças e particularidades. Suas várias linhas teóricas e seus teóricos responsáveis. No livro “Cartografias da Consciência” há uma definição em que consciência é tida como um juízo prático do entendimento da razão. A razão

²³ PARRA, Elena del Río, *Cartografías de la conciencia española en la Edad de Oro*, México, DF: Fondo de Cultura Económica, 2008, p.12

prática, um ato, uma ação, juntamente com a mente instruída, o entendimento, o conhecimento, solucionaria os problemas e as dúvidas através do tempo²⁴.

Segundo os tratados pesquisados pela autora dessa obra mencionada, a “consciência”, em questão, referencia-se à experiência privada e não está associada a uma doutrina religiosa, aos limites da fé ou aos rituais eclesiais. Mas se a “consciência” está relacionada à confrontação do indivíduo, em seu âmbito privado, com um dilema em cada uma de suas ações e decisões, qual ou o quê, guiará, norteará, orientará a solução para essa dúvida? E haverá apenas uma solução ou a melhor entre outras possibilidades?

É o entendimento ou o ânimo para o qual coloca em prática a ciência de forma que caberá ao indivíduo fazer o bem ou o mal, sabendo que o faz. Mas apenas o entendimento ou o ânimo não são suficientes para se agir corretamente, seguindo a consciência, já que se devem compatibilizar com a legislação moral estabelecida no âmbito religioso. A consciência é comunitária no século XVII e ela mantém todos em seus lugares.

Veremos um caso concreto em que a consciência inquieta provoca assuntos relevantes para a política, o direito e a religião nas províncias do vice-reinado do Peru no século XVII pela Real Cédula de 1601 destinada a Don Luis de Velasco.

A interpretação da lei e da vontade

Como a vontade do rei reflete sua consciência, o rei Don Filipe ao escrever a Real Cédula de 1601 endereçada ao vice-rei do Peru, Don Luis de Velasco, preocupou-se em esclarecer a sua intenção e vontade explorando as possibilidades que a lei podia prever porque a sua consciência sobre a moralidade e a justiça dos serviços pessoais indígenas estava inquieta. O vice-rei solicitou então, os pareceres do Padre Fray Miguel Agia acreditando em seus conhecimentos em direito, teologia e informações empíricas da realidade das províncias as quais a lei afetava.

Mas para se ter um parecer ou um conselho bom e reto, que atenda às inquietudes da consciência, não serve o de qualquer pessoa. Um conselho bom só pode vir de uma pessoa prudente, que tem conhecimentos sobre os aspectos que causam dúvidas. Para o caso de Don Luis Velasco, as suas dúvidas estão relacionadas com os serviços indígenas e as questões religiosas, doutrinárias e legais, ciências que o Padre Fray Miguel Agia possuía.

Fray Miguel Agia nasceu em Valencia, entrou para a ordem franciscana onde lecionou filosofia e em 1563 visitou a Nova Espanha a fim de conhecer a teologia no Convento de Guatemala. Muitas vezes ele foi designado a ocupar cargo de defensor dessa ordem religiosa e

²⁴PARRA, Elena del Río, *Cartografías de la conciencia española en la Edad de Oro*, p.18

requisitado sobre as questões dos “serviços pessoais. Em 1600 publicou a sua primeira obra, o tratado *De exhibendis* e no mesmo fora nomeado Secretário do Comissário Geral da Ordem de São Francisco em Lima. Nessa ocasião de Secretário o Fray Agia visitou todas as províncias do Peru através das Audiências da Nova Granada e São Francisco de Quito. Sua intenção era observar nessas visitas os problemas do trabalho indígena e as relações entre clérigos, frade, governadores, corregedores, oficiais reais, administradores e “encomenderos”²⁵.

A obra do Fray Agia está dividida em três partes que trata, no primeiro parecer, da real intenção e vontade do rei a cerca do provido e ordenado na Real Cédula; no segundo, da justificação da Cédula em geral e em todas as suas cláusulas, atentado para que as leis sejam justas, e assim, receberem o nome de “leis”; e o terceiro, do arbítrio que o vice-rei do Peru teria sobre o cumprimento e execução da Real Cédula, no que ela provinha e ordenava segundo o Direito Comum, e para casos particulares não declarados.

De um ponto de vista político, segundo a opinião de Agia, a Real Cédula de 24 de novembro de 1601, a verdadeira intenção do rei não era a de acabar com as mitas e os “repartimientos”, e sim eliminar a prática dos “agravos e vexames aos índios”²⁶. E também não era sua intenção acabar com a servidão indígena, concedendo liberdade plena e geral, e sim, que os índios manifestassem a servidão própria de vassallos que eram²⁷. Mantendo assim, os benefícios que tal trabalho traz para a coroa e para os “encomenderos”.

Do ponto de vista jurídico, no final do século XVI a legislação começou a impor mudanças básicas ao sistema existente e codificado que envolvia os espanhóis e os índios. Nas áreas centrais as leis sobre a “encomienda” foram mantidas, porém, estratégias e tentativas de acomodação corriam constantemente. “A política passou a ser a arte de fomentar a criação de leis em seu próprio favor, de apelar pela isenção de leis prejudiciais e, acima de tudo, questionar o significado e a aplicabilidade das leis em relação a cada indivíduo ou caso”²⁸.

Ainda sobre um ponto de vista jurídico, a obra do Fray Agia, suas relações com as circunstancias locais nas índias e sua interpretação sobre a lei específica de 1601, nos mostra quais

²⁵AGIA, Fr. Miguel, *Servidumbres personales de indios*, Edição e estudo preliminar por AYALA, Francisco Javier de, Escuela de estudios hispano-americanos, Sevilla, 1946, p. XIII.

²⁶_____, *Servidumbres personales de indios*, p.28. Primeiro Parecer.

²⁷Afirma o texto legal: *No fue intencion de su Magestad por esta Real Cedula dar libertad general a los indios para que sirvan, o dexen de servir si quisieren, antes ordena y manda lo contrario, manifestando en esto su intencion, la qual es que anden ocupados, y sirvan en lo que deven, y están obligados como vassallos de su Magestad, como claramente se colige delo dispuesto, y ordenado en muchas clausulas desta Real Cedula, particularmente en el proemio, en aquellas palabras (sin nota de esclavitud, ni de otra subiection, y servidumbre mas dela que como naturales vassallos deven etc.) Luego siguessse, que dela servidumbre que deven como vassallos no les exime su Magestad.* Cf. Real Cédula de 24-11-1601, *cit.*, p.29.

²⁸LOCKHART, James. SCHWARTZ, Stuart B. *A América Latina na época colonial*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p.61.

são as referências que influenciam e apoiam a sua argumentação em suas opiniões. Para ele, é necessário considerar as circunstâncias específicas de cada caso para equilibrar a lei conforme a conveniência de cada caso. Nos argumentos dados pelo Fray Agia procuramos a explicação de sua decisão para entendermos, através de sua interpretação, o esclarecimento sobre o juízo que fez em consciência.

Fray Miguel Agia é influenciado pela tradição medieval, pelo espírito religioso da contra-reforma, segue as ideias dominantes na consciência social do século XVII e acredita que a instituição fundamental para a sociedade era a Igreja Católica, com seus poderes temporais e espirituais. A Igreja Católica tem a função de converter, corrigir e orientar, além de moderar as esferas políticas, sociais e jurídicas²⁹.

Sua doutrina sobre a ciência jurídica indiana é de tendência localista e ocasional, edificada à medida que as circunstâncias a exigem e respondendo aos problemas suscitados no ambiente determinado e conhecido pelo investigador. Para Agia, as leis são observadas caso a caso, considerando os vários elementos aos quais faz referência, sejam eles os costumes locais, a distância, as novidades e imprevistos, as complexidades da colônia, seus hábitos e especificidades.

Por essa postura de Agia exercer o direito indiano, podemos ver o que se espera de um juiz. As situações concretas determinam a criação normativa e as peculiaridades indianas levam a ressaltar as noções de diversidade, mutabilidade e distância³⁰. Assim, a força da concepção casuística da lei altera a atividade governativa. As reais cédulas, consideradas uma norma legal, são preceitos casuísticos, expedidos para solucionar o caso específico, sem pretensões de ser universal.

O contexto na América espanhola nos séculos XVI e XVII apresenta uma enorme novidade no espaço, nas práticas e nas soluções encontradas pelo direito. O desenvolvimento material da monarquia e da economia do mediterrâneo dependia da exploração mineral das colônias e esta se regulava por ordenações locais e não peninsulares³¹. Por isso, entende-se como um dos objetivos do Fray Agia procurar na relação entre a Real Cédula e a sua percepção da realidade colonial, uma harmonia entre os extremos e interesses. Esse equilíbrio é o meio mais eficaz, segundo seu juízo, de conseguir os benefícios que a cédula assegurava melhorar o tratamento indígena, mantendo os interesses econômicos da exploração e evitando as alterações sociais.

²⁹AGIA, Fr. Miguel, *Servidumbres personales de índios*, Edição e estudo preliminar por AYALA, Francisco Javier de, Escuela de estudios hispano-americanos, Sevilla, 1946, p.20.

³⁰TAU ANZOÁTEGUI, V. *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho indiano*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992, p.317.

³¹TAU ANZOÁTEGUI, V. *Casuismo y sistema*. p. 318.

Ainda que os termos da dita cédula mostrassem decididos os propósitos de acabar para sempre com a opressão indígena, tais termos se prestavam a distintas interpretações, cada uma das quais afetava aos interesses particulares e também podiam prejudicar a organização e o rendimento da economia pública indiana. A dificuldade prática de aplicar as leis em meio à multiplicidade de interpretações e controvérsias fez com que o vice-rei solicitasse as opiniões e que estes pareceristas procedessem com segura consciência no que for mais razoável fazer.

Fray Miguel Agia procura uma harmonia em seus pareceres guia-se por sua doutrina católica e por sua experiência e observação das realidades colônias das Índias. Mas sou doutrina não foi aceita por todos. Ele chegou a retratar algumas de suas afirmações, tempos depois de emitir os seus primeiros pareceres³².

Em suas visitas procura formar um exato juízo das discrepâncias entre os fatos e as leis e quando trata de opinar sobre o trabalho nas minas, dirige-se a Huancavélica para conhecer o ambiente no qual as disposições legislativas deviam concretizar-se. Olha para a sociedade colonial correspondendo o direito e a vida. Ele admite as desigualdades sociais e enquadra cada um dos grupos sociais em suas ordens em conservação do bem comum. Essa subordinação do bem comum, necessária para o funcionamento da república, é o fundamento dos serviços pessoais de possível implantação por meio de normas coativas. Fray Agia apresenta seu raciocínio demonstrando a confusão feita na distinção entre a instituição dos serviços pessoais e os “repartimentos” ou “encomiendas” referente ao uso particular do trabalho indígena. E nesta distinção e suas consequências está a ideia central dos juízos e propostas de Agia para a organização do trabalho nos territórios coloniais³³.

Os pareceres dados por um conhecedor de direito se entende porque o caso é jurídico – trata-se da interpretação de uma lei-, e político social, por envolver questões econômicas e de classe. Tais pareceres feitos por um religioso, ao mesmo tempo, atende também às questões da alma ligadas ao serviço do indígena e garantem que a fé Católica e suas orientações e determinações sejam preservadas e que nada as contrarie. Mas os três pareceres não solucionam as esferas da Justiça e da Religião apenas de forma legal. A obra de Miguel Agia busca justificar a intenção e refletir a vontade do rei ao elaborar a norma, que por sua vez, elucida a consciência do monarca. E se a lei é justa e apresenta a reflexão de todas as possibilidades prováveis em sua aplicação, enquanto manifestação da vontade do rei, o próprio rei é justo e tem a sua consciência correta porque a razão é boa.

³²AGIA, Fr. Miguel, *Servidumbres personales de indios*, Edição e estudo preliminar por AYALA, Francisco Javier de, Escuela de estudios hispano-americanos, Sevilla, 1946, p.18.

³³AGIA, Fr. Miguel, *Servidumbres personales de indios*, p.25.

A segura consciência vem da exploração de possibilidades, por isso, solicitar pareceres de outros doutores, como o fez o vice-rei do Peru, fará da sua função enquanto um agente da coroa, um importante legislador. Conhecer as outras opiniões sobre a mesma legislação significa explorar a multiplicidade legal que nela contém. Assim, pode encontrar, nos diferentes pontos de vista, a solução uniforme entre a pluralidade e heterogeneidade dos pareceres que caiba e convém ao caso concreto.

Um exemplo disso ocorre quanto Fray Agia reflete sobre as questões sociais e estas referentes à liberdade dos índios. O próprio rei deixa claro, segundo a interpretação do franciscano, que sua vontade não é a de libertar os indígenas, mas que eles incluam em suas qualidades a condição de vassalos que são independentes de serem índios ou não³⁴.

Não basta apenas, sozinho, chegar a uma solução para a dúvida com o entendimento, é necessário que essa solução, tida em entendimento e conhecimento, seja correspondente e compatível com a lei moral em sua esfera religiosa. E para tanto, é necessário buscar o parecer de alguém que encontre essa ligação e a explore.

A consciência passa a ser controlada pela religião por meio da lei moral. Porque se a consciência chegar a uma solução não moral e não religiosamente aceita não servirá, não será a correta. É desta maneira que, além da dúvida, a vontade, a experiência e também a liberdade, a graça e o livre arbítrio vão aparecendo como relevantes e fundamentais no estudo da consciência atrelada às questões jurídicas.

A consciência está presente tanto na Real Cédula, quanto nos pareceres do Fray Agia e na própria reflexão e aplicação da norma pelo vice-rei em sua função de juiz. E isto se pode perceber pelo movimento com o qual a legalidade remete-se à moralidade e termina na remissão da moralidade à consciência, e moral e direito se interligam.

A consciência passa por sistemas de provas, o que indica que o espaço da ação do arbítrio também possui regras previstas e a prudência é a virtude que orienta o discernimento da consciência.

O livro de Hernán Busenbaum (1609-1668), *Medula de la Theologia Moral*³⁵ aborda as questões morais dentro de uma metodologia casuística³⁶ e nos serve para aproximarmos as

³⁴ AGIA, Fr. Miguel, *Servidumbres personales de índios*, p.29. Diz o seguinte: “No fue intencion de su Magestad por esta Real Cedula dar libertad general a los índios para que sirvan, o descen de servir se quisieren, antes ordena y manda lo contrario, manifestando en esto su intencion, la qual es que anden ocupados, sirvan en lo que deven, y están obligados como vasallos de su Magestad, como claramente se colige de lo dispuesto, y ordenado en muchas clausulas desta Real Cedula (...)”.

³⁵ BUSENBAWM, Padre Hermano, *Medula de la Theologia Moral que con fácil, y claro estilo, y casos: escrivola en idioma latino el padre Hermano Busenbaum, de la Compañía de Jesus, licenciado en Theologia*, Año de 1688.

questões morais das prática jurídica no âmbito da consciência do juiz. Dessa forma, o que vem a ser “consciência” nessa obra?

Que conciencia es un dictamen de la razon, ò un acto del entendimiento, con que juzgamos que se debe hazer alguna cosa por buena, ò se debe dexar por mala, y esto ò por razón de precepto, que la manda, ò prohíbe, ú de consejo que la encomienda, ò la disuade. Comunmente es recta la conciencia, porque dicta lo verdadero; pero à vezes no es recta, porque dicta al encuentro de las cosas³⁷.

A consciência é o juízo prático do entendimento da razão. Ela não é hábito, nem potência, é um ato, uma ação provida do arbítrio do juiz. A dúvida moral é resolvida em juízo consciente quando conhece e entende o caso que se tem dúvida, assim, a razão prática será justa porque o juízo da razão foi bom e o juiz prudente ao buscar a experiência.

No terceiro parecer do Padre Fray Miguel Agia podemos notar essa preocupação em executar a lei por um juiz consciente, por exemplo, o vice-rei do Peru:

(...) para que su Señoría vea si conviene, o no executarse demanera que no es nudo, o meroexecutor sin conscimiento como suelen ser los tales meros executores, sino juez arbitro pues tiene autoridad su Señoría de añadir, y quitar, alterar, mudar, remover, executar, y dexar de executar lo que viere que conviene al bien común de la Republica, como claramente lo da a entender su Magestad en muchas partes de esta Real Cedula³⁸.

E em outro trecho esta: “Que se busquen personas ydoneas y acomodadas a la gravedad delos negócios y materias de que se trata: lo qual es muy conforme a buena razón, (...) Que el que vuire de juzgar y dar su parescer y voto sobre alguna cosa, la entienda y conozca primero³⁹”.

O arbítrio do juiz no exercício da jurisdição não corresponde à livre vontade do magistrado, mas à orientação por critérios diretamente vinculados à equidade, a razão e à consciência:

(...) la noción de arbitrio tuviera um papel central em la potenciación de la eficacia repressiva de la jurisdicción criminal, al ampliar el margen de apreciación judicial em cuestiones tan delicadas (...) El arbitrio resultaba funcional a un orden jurídico que, impasible ante el la diversidad natural y casuística dictada por su propia imagen del mundo, debía descargar necesariamente en sus magistrados la tarea precisa de la determinación normativa⁴⁰.

³⁶ MARTEL PAREDES, Víctor Hugo, *La Filosofía Moral: El debate sobre el Probabilismo en el Perú (siglos XVII-XVIII)*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Letras y Ciencias Humanas E.A.P. de Filosofía, tesis para obtener el título profesional de licenciado en Filosofía, Lima, Peru, 2005, p.23.

³⁷ BUSENBAM, Padre Hermano, *Tratado Primero, De la regla interior, que llamamos Conciencia*, p.1.

³⁸ AGIA, Fr. Miguel, *Servidumbres personales de indios - Tercero Parescer del Padre Fran Miguel Agia, cit.*, p.115.

³⁹ AGIA, Fr. Miguel, *Servidumbres personales de indios*, p.125.

⁴⁰ AGÜERO, Alejandro, *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870, cit.*, p.46.

O arbítrio aparece como uma dúvida no parecer do Fray Agia: “Si por el arbítrio general podra el señor Virrey dexar de executar, y mandar guardar las cosas que e nesta Real Cedral vienen justificamente ordenandas y mandadads por su Magestad⁴¹”, e ele responde advertindo que as leis, ainda que depois de promulgadas, e sendo justas, não obrigam se primeiro não forem recebidas pela maior parte da República⁴².

Em caso de dúvida o arbítrio deve agir prudentemente para que a consciência encontre sua solução sem incorrer em pecado. Para isso é orientado pelo tratado moral que se aja da seguinte forma: “Primero, consulte el parecer de otros, si puede. Segundo, si no puede consultarlos, ò por hallarse solo, ò por ser caso que lo supo en confession, quando el negocio, y tiempo den lugar, qual es, ò parece menos mala de las dos cosas, y eligiendo esta, no pecara⁴³”.

Além de consultar o parecer de outros doutores o tratado afirma que esses outros doutores têm que possuir uma autoridade, dessa forma a sentença será dada de maneira prudente⁴⁴. O Fray Agia também aponta que solicitar as opiniões de outros doutores em caso de dúvida é algo prudente a se fazer: “De todo lo qual queda bastantemente provado aver sido singular prudencia de su Magestad ela ver consultado varones de semjantes calidades para establecer esta ley y Real Cedula⁴⁵”. E acrescenta que os consultados têm que ser sábios e experientes. A experiência, sempre relacionada à prudência e à consciência, é exigida para garantir uma boa sentença, assim como o costume também é uma forma de interpretar a lei e demonstra a experiência e a prática:

(...) aunque el señor Virrey no tiene obligación de estar atendido al parecer de muchos, no podra, empero, apartarse de todo punto del parecer y consejo, de aquellos que consultare echando por contrario camino. Principalmente si los consultados son personas de experiencia y conciencia: porque como dicho es no es supremo Legislador, o Monarcha, podra, empero, limitar, mudar, quitar, y añadir lo que le pareciere delos pareceres delos consultados, assi por la comisión que para ello le da su Magestad, como por la mucha experiencia que tiene delas cosas delas Indias⁴⁶.

⁴¹ AGIA, Fr. Miguel, *Servidumbres personales de indios*, p.117.

⁴² Diz o texto legal: *Para mejor resolución de esta duda se debe de notar, que las leyes aun después de promulgadas, y siendo justas no obligan a su guarda y observancia, sino es estando primero rescebidas alomenos por la mayor parte dela Republica*. Cf. Tercero Parecer, *cit.*, p.117.

⁴³ BUSENBAWM, Padre Hermano, *Medula de la Theologia Moral que con fácil, y claro estilo, y casos: escrivola en idioma latino el padre Hermano Busenbanm, de la Compañía de Jesus, licenciado en Theologia*, Año de 1688, p.2.

⁴⁴ BUSENBAWM, Padre Hermano, *Medula de la Theologia Moral*, p.3. Diz o original: *La razon es, porque quien sigue una sentencia fundada, ò en autoridad grave, ò en razón alguna de peso (porque esta se llama sentencia probable) no obra con temeridad, sino con prudencia, siguiendo el parecer de hombres cuerdos, y doctos*.

⁴⁵ AGIA, Fr. Miguel, *Servidumbres personales de indios*, Edição e estudo preliminar por AYALA, Francisco Javier de, Escuela de estudios hispano-americanos, Sevilla, 1946, p.121.

⁴⁶ _____, *Servidumbres personales de indios*, p.124.

“Tal como la particular racionalidad jurídica de los actores que, a primera vista, puede incluso parecer fruto de un “probabilismo”, también la invocación de la virtud de la prudencia tiene que ser vista como fruto de los condicionamientos pragmáticos del mismo orden jurídico: un componente necesario de una cultura jurídica basada en fuentes dispares, sellada por el imperativo de administrar justicia material, en estos ‘tiempos intensos’⁴⁷”.

Thomas Duve em seu estudo sobre o direito eclesiástico e suas relações com a prudência do juiz no direito indiano canônico aponta que o jurista tem que escolher entre uma ampla gama de autoridade, às vezes contrárias, e buscar uma solução com base em uma dessas autoridades, deixando de lado as outras, tentando encontrar a solução adequada para o caso concreto, ou seja, a solução justa. “Esta situación no dejaba de tener sus efectos el *modus operandi* del jurista. Típico ejemplo para la práctica cultural tan particular – cercana al concepto medieval de la *interpretatio*, pero lejana a la ‘cultura del códico’ en el mundo jurídico del siglo XIX”⁴⁸.

Uma característica do direito casuístico é ele ser empírico. Alejandro Guzmán afirma que o direito comum⁴⁹ é um direito de juristas, portanto, de controvérsias. E isso não é uma novidade da condição colonial americana, já existia na Roma clássica e também no medievo, porque essa é a natureza do direito⁵⁰. Dito de outra forma, Thomas Duve acrescenta: “Las particulares circunstancias en las Indias hicieron que una competencia jurisdiccional, prevista en algunos cánones del derecho canónico clásico, virtualmente en desuso en Europa, pudo volver a actualizarse en las Indias. El trasplante del derecho común a las Indias hizo que una parte de éste, languideciendo en el viejo mundo, cobrara vida en el nuevo.”⁵¹”

As leis coloniais não podem compreender todos os casos que acontecem e nem abarcar todas as circunstâncias que o caso determina. Elas possuem suas disposições alteradas em razão das especificidades do tempo, da pessoa, do lugar, do modo, da matéria, da causa e da coisa⁵². A lei imperial necessitava de um intermediário para chegar a ser direito aplicável e esse

⁴⁷ DUVE, Thomas, *Algunas observaciones acerca de modus operandi y la prudencia del juez en el derecho canónico indiano*, Revista de Historia del Derecho, Núm. 37, 2007, p.226.

⁴⁸ _____, *Algunas observaciones acerca de modus operandi y la prudencia del juez en el derecho canónico indiano*, p.222.

⁴⁹ GARRIGA, Carlos y LORENTE, Marta, “El juez y la ley: la motivación de las sentencias (castilla, 1489 – España, 1855), *Anuario de la Facultad de Derecho*, “(...) la lógica propia del Derecho común conducía a la no motivación, que justamente por ello era la regla general. Esto no significa que allí donde prevaleció faltara cualquier tipo de garantía y reinase incluso formalmente el más puro arbitrio: significa tan sólo que los particulares podían tener otras garantías distintas y más apropiadas a un derecho jurisprudencial y no legal como era el *ius commune*. Allí donde se impuso, en efecto, la regla de la no motivación propició la formación de un conjunto de mecanismos institucionales, con toda probabilidad dependientes en su detalle de las circunstancias jurídico-políticas peculiares del lugar, pero en todo caso apropiados a garantizar la justicia de las decisiones judiciales inmotivadas”, p.105.

⁵⁰ GUZMÁN, Alejandro. *Decisión de controversias jurisprudenciales y codificación del Derecho en la época moderna*. Madrid: Anuario de Historia del Derecho español, 1980, p.852.

⁵¹ DUVE, Thomas. *Algunas observaciones acerca de modus operandi y la prudencia del juez en el derecho canónico indiano*, Revista de Historia del Derecho, Núm. 37, 2007, pp.195-226, p.221.

⁵²TAU ANZOÁTEGUI, V. *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho indiano*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992, p.319-320

intermediário são os comentadores da lei. A característica do direito de juristas é ser esse um direito de controvérsias.

O direito da prática, da empiria, no qual Fray Agia se encontra, mesmo sendo um direito de juristas ele não deixa de estar destinado a servir as necessidades da prática jurídica, com a exigência de soluções precisas, certas e definitivas dos conflitos produzidos na ocasião do mesmo. O direito comum, da prática e da empiria tenta satisfazer essa necessidade social por segurança e certeza, muito bem apontada por Alejandro Guzmán, por meio do mecanismo da “comum opinião”:

A través de él la pluralidad, heterogeneidad y descentralización de principios y soluciones propias de las fuentes de ese derecho era reconducida, por así decir, a la unidad, de modo que con los criterios que suministraba el mecanismo de la *communis opinio*, el juez pudiera encontrar la solución uniforme que aplicar al caso litigioso, de entre la pluralidad y heterogeneidad de pareceres ofrecidos por el conjunto de juristas⁵³.

Mesmo com o mecanismo da opinião comum o juiz precisa ter o discernimento para orientá-lo na localização das soluções. Havendo tantas opiniões comuns dos juristas sobre uma mesma questão, não pode se ter a certeza e a segurança de que essas opiniões correspondem a uma solução justa. Na prática jurídica, havendo tantos juristas em todos os países que escrevem tantos livros, com tantos ditames e produzem tantas opiniões, esse mecanismo que contava com a pluralidade e heterogeneidade, não discerne, não é seguro. Se sobre uma questão se tem várias opiniões a favor e a mesma quantidade ou superior contra, como chegar a um discernimento? Guzmán coloca que apenas classificar as opiniões em “comum” e em “mais comuns” não garante uma maior seguridade na hora de optar em seguir uma ou outra opinião. O sentimento de insegurança e incerteza, de dúvida jurídica afeta a percepção de juristas e políticos⁵⁴.

A lei tem que ser interpretada juntamente com o seu conjunto de opiniões e autoridade, essa era a função do juiz. Nos casos das leis opinativas, a solução delas não está no maior ou menor número de doutores que concordam ou reprovam, e sim nos motivos e argumentos mais sólidos. Desta forma, a jurisprudência encontraria estabilidade.

No ato de julgar do juiz a argumentação e a interpretação são inseparáveis. A argumentação garante a lógica, o raciocínio, enquanto a interpretação desenvolve toda a trama inventiva do processo que culmina na tomada de decisão⁵⁵. “Frente a este panorama de

⁵³GUZMÁN, Alejandro. *Decisión de controversias jurisprudenciales y codificación del Derecho en la época moderna*. Madrid: Anuário de Historia del Derecho español, 1980, p.854.

⁵⁴_____, *Decisión de controversias jurisprudenciales y codificación del Derecho en la época moderna*. p.860.

⁵⁵RICOUER, Paul, *O Justo 1: a justiça como regra moral e como instituição*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008,p.207, p. 202.

inseguridad jurídica o, visto de otra manera: frente la particular funcionalidade de la imprecisión, y acorde a la necesidad de llevar a cabo un razonamiento moral, todo dependía de los actores⁵⁶”. Isso explica ser este um direito de juristas, e o sendo, um direito empírico, prático, que deposita sua confiança e certeza na imagem do juiz e sua consciência.

O ato de julgar: a dinâmica de uma manifestação de poder.

O juiz julga as ações humanas e as julga porque são externas, uma vez que as intenções ficam guardadas no coração de cada indivíduo. E como analisar, investigar as intenções? Os autores medievais se preocuparam com isso e desenvolveram a partir desse princípio uma investigação ética, concluindo que, “se o ato moral e o livre arbítrio consistem sempre na escolha dos meios para se chegar a um fim, então o conjunto das ações humanas – mesmo que não se tenha consciência clara disso- é orientado com vistas a um fim desejado. Esse fim será a felicidade, que só pode ser obtida pela união com o Bem Supremo ou Deus⁵⁷”.

Nessa investigação estamos percebendo a importância da vontade que escolhe, moralmente e em liberdade, o fim a que deseja. Esse fim é religioso e libertador, uma vez que é por meio da consciência que os homens se relacionam com Deus e de acordo com Tomás de Aquino na “Suma Teológica”, mesmo que a razão esteja equivocada, o indivíduo deve segui-la, pois é ela quem determina a consciência, e a consciência é a sede de sua liberdade, não segui-la significa abrir mão de seu livre arbítrio.

Durante o ato de julgar, no dinamismo interior que produz ações livres e éticas, quando a razão e a vontade são postas uma ao lado da outra com a finalidade de visar à ação prática, a razão se comporta como a causa formal e final, cabendo à vontade o papel da causa eficiente⁵⁸. Dessa forma, quando agimos é a razão quem nos apresenta a finalidade da ação e a sua forma, ou seja, a sua natureza, e é a vontade que impele a agir.

No ato de julgar a interpretação e o arbítrio são importantes na dinâmica jurídica entre a doutrina e a prática. E entre os mecanismos administrativos de reciprocidade a equidade garante que fazer cumprir a lei é garantir o que é justo para cada um, de forma que a equidade não é sinônima de igualdade e implica em relações móveis, flexíveis, e se é flexível é capaz de favorecer aos interesses políticos, isto pode ocorrer porque a justiça é feita por homens e não por leis.

⁵⁶ DUVE, Thomas, *Algunas observaciones acerca de modus operandi y la prudencia del juez en el derecho canónico indiano*, Revista de Historia del Derecho, Núm. 37, 2007, p.225.

⁵⁷ SAVIAN FILHO, Juvenal, “O tomismo e a ética: uma ética da consciência e da liberdade”, Centro Universitário São Camilo, v. 2, n. 2, pp. 1177-184, 2008, p.03.

⁵⁸ _____, “O tomismo e a ética: uma ética da consciência e da liberdade”, p.06.

Esta noção de equidade está na base da complexa casuística jurídica que governa o mundo colonial, expressada, por exemplo, na máxima: “a lei se acata, mas não se cumpre”. Os juízos morais, entre as causas e as leis, e as opiniões, os motivos e circunstâncias, convertem os assuntos morais, jurídicos ou políticos em problemas de intencionalidade, de comunicação e de subjetividade. Dessa forma, o ato de julgar não implica apenas na decisão final e na sentença dada pelo juiz, mas também em tudo que está envolvido neste processo de decisão, como as leis, os costumes, as opiniões comuns e controvérsias, a dúvida e principalmente a prudência e o arbítrio do juiz em sua interpretação casuística.

Definida como la potestad ‘para declarar el derecho y establecer la equidad’, la noción de Jurisdicción designa tanto el poder ‘público’ para resolver una controversia (declarando el derecho) como el de dictar preceptos generales a partir de aquel campo normativo trascendente (estableciendo la equidad). La sentencia (quasi particularis lex) y la lex (la costumbre, el estatuto, la ordenanza, etc.) son actos de jurisdicción y como tales su virtud normativa consiste en reflejar, en un contexto específico, algún aspecto del orden trascendente. (...) La dinámica jurídica se representa así como una actividad esencialmente interpretativa que tiene siempre como referencia aquel orden trascendente (divino, natural, orden de ruda equidad) que determina el marco de posibilidad de un derecho humano de carácter general o particular) equidad constituida⁵⁹.

O juiz no século XVII tinha a função de dizer o justo e de ditar um conjunto de direitos e deveres. Essa função lhe era atribuída pela organização social⁶⁰ e demonstrava que a definição de justo ou injusto não era algo da vontade do homem, do indivíduo, mas algo da função de ser juiz. E além de dizer o justo, também é da função do juiz realizar o bem comum como o fim próprio de cada lei⁶¹.

Dessa forma, no exercício de sua função, para o juiz dizer o justo, que comportava o bem comum, ele interpretava os fatos e arbitrava as suas sentenças. Os casos que não estavam definidos pelo direito eram resolvidos pelo arbítrio do juiz e as sentenças desses casos dependiam da interpretação que este fazia sobre eles. Para que o juiz pudesse sentenciar era preciso que deliberasse em consciência sobre qual seria a solução mais justa e, para tanto, precisava, de forma geral, interpretar a lei. De acordo com a sua interpretação o juiz podia se utilizar do costume local, da opinião mais provável, das leis reais, dos foros, do que considerava justo seguindo a sua consciência.

⁵⁹ AGÜERO, Alejandro, *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, p.29-30.

⁶⁰ HESPANHA, António Manuel. “As estruturas políticas em Portugal na época moderna”, In: MATTOSO, José...[et all]; TENGARRINHA, José (org.) *História de Portugal*. Bauru, SP: EDUSC; São Paulo, SP: UNESP; Portugal, PT: Instituto Camões, 2001, p.118.

⁶¹ “A Lei não é outra coisa que uma ordenação de razão para o bem comum, promulgada por aquele que tem o cuidado da comunidade”. In: AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*, artigo 4, questão 90, “A essência da lei”. vol. IV, I seção da II parte, Ed. Loyola, SP. Br., 2005, p.527.

A característica principal da função do juiz consistia em ser essa uma tarefa jurisprudencial e não uma dedução a partir das leis vigentes. Por jurisprudência entendemos ser o ato de interpretar e aplicar as leis segundo os casos concretos. Um juiz jurisprudente é o que procura conhecer e saber sobre as leis, depois as interpreta, e por último as aplica aos casos específicos de cada dia, por isso, o ato de julgar é uma prática que implica a jurisprudência para ser justa.

Deste modo, a sentença justa era dada por um juiz justo, que no espaço do seu arbítrio podia criar normas específicas para o problema jurídico que encontrava⁶². Assim, a boa administração da justiça advinha do comportamento público do juiz perfeito que se comportava de modo imparcial, decidia livremente em consciência e guardava em segredo os seus motivos. Realizava-se uma “justiça de homens” e não de leis porque concentrava a garantia do estabelecimento da justiça na pessoa do juiz e não nas suas decisões:

Como a incerteza desaconselhava a motivação das sentenças e, em consequência, a justiça não aparecia objetivada, a não ser na consciência do julgador, a única garantia de justiça possível era uma garantia moral, por completo, depende do comportamento justo exteriorizado pelo juiz⁶³.

Para Paolo Prodi, nessas sociedades católicas de teor teológico na base jurídica, as qualidades morais pessoais tinham uma eficácia direta na vida pública, o pecado não era separado e distinto do crime ou da infração, e uma desobediência à lei da Igreja era uma desobediência ao príncipe, à forma de governo⁶⁴.

O ato de julgar pode ser considerado enquanto uma manifestação de poder. Prodi nos coloca que:

A obrigação de obedecer à lei não depende dos conteúdos desta, mas deriva da própria característica da lei positiva, que produz uma ordem “artificial” ínsita na arte de governar: é o príncipe, seja ele o papa ou um soberano secular, que, possuindo o poder coativo, pode transformar a lei natural em lei positiva, mantendo sua capacidade de vincular a consciência⁶⁵.

O não cumprimento da lei se justifica para Prodi porque as leis humanas eram aplicadas e vigoradas enquanto uma derivação da lei divina, mas elas não obrigavam se fossem inúteis ou

⁶² MARTIRÉ, Eduardo. *Las Audiencias y La administración de justicia em las Indias. Del 'index perfectus' al 'index solutus'*. Librería Editorial Histórica Emilia J. Perrot, Buenos Aires, 2009, p.77.

⁶³ GARRIGA, Carlos. *Los límites Del reformismo borbónico: a propósito de La administración de justicia em Indias*. In: BARRIOS, Felicano (coord.) *Derecho y administración em las Indias hispánicas*, vol.1, Edicionaes de La Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2002, p.781/821, p.792.

⁶⁴ PRODI, Paolo. *Uma história da justiça*, São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.182.

⁶⁵ _____, *Uma história da justiça*, p.216.

perigosas à comunidade ou se assim viessem a se tornar, mesmo num outro momento, caso não fossem aceitas pelo povo⁶⁶.

Para ele, a administração da justiça vincula-se:

Indissolúvelmente ao poder, e a *epieikeia* como poder interpretativo da lei por parte do juiz é cada vez menos uma referência a um direito não escrito, mas superior ao direito escrito, ou a uma *equitas*, que é a alma do direito canônico, e cada vez mais *interpretatio legis*, referência a uma moderação na interpretação da lei, que encontra o seu fundamento apenas no poder e na benevolência do príncipe⁶⁷.

A aplicação da lei encontrava-se, então, numa encruzilhada interpretativa dupla, tanto do lado dos fatos como do lado da norma, “o juízo em situação surge assim no ponto ou intersecção dessas duas linhas de interpretação⁶⁸”, ponto esse encontrado prudentemente.

A consciência, desta maneira, também podia ser entendida como uma obediência íntima à lei como lei, “por puro respeito a ela, e não por simples conformidade ao enunciado da regra. A palavra decisiva aqui é respeito (...) é um sentimento, de fato, mas o único móbil da vida moral; o único sentimento que a razão, apenas por sua autoridade, põe em nós⁶⁹”.

Assim, o ato de julgar estava relacionado com a prática governativa no século XVII, e as práticas legislativas estavam associadas com a esfera administrativa, religiosa e a esfera judicial. A lei, sua elaboração, aplicação e interpretações são históricas e construídas culturalmente. A norma jurídica afirma-se como realidade histórica, forma-se na história em dialética com o poder e as instituições, com a ética ou o direito natural como uma tensão e referência ao absoluto e ao mistério guardado na consciência de cada um que julga. As leis, suas variadas formas de conhecimento, de interpretação e aplicação respondem não apenas à justiça e ao exercício do direito, mas também à consciência moral religiosa que controla, que guia, orienta e limita muitas das ações e argumentações jurídicas dessa época. Dessa forma, a jurisprudência, além de conhecer as leis, interpreta-las e aplica-las, apresenta as motivações e intenções culturais que modificam o direito em cada sentença dada de acordo com as circunstâncias do dia a dia.

⁶⁶ PRODI, *Uma história da justiça*, p.221.

⁶⁷ _____. *Uma história da justiça*, p.171.

⁶⁸ RICOUER, Paul, *O Justo 1: a justiça como regra moral e como instituição*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p.207.

⁶⁹ _____. *O Justo 1: a justiça como regra moral e como instituição*, p.205.