

A LEI E SUA INTERPRETAÇÃO NA AMERICA COLONIAL PELOS REGIMENTOS, CORREIÇÕES E CÉDULAS REAIS.

LA LEI Y SU INTERPRETACION EN LA AMERICA COLOCNIAL POR LOS REGIMIENTOS, CORRECCIONES E CEDULAS REALES

Por Elaine Godoy PROATTI*

Resumo: Neste trabalho aproximaremos as questões morais das jurídicas ao demonstrarmos que a teologia moral orientava as decisões legais e permitia, por meio da interpretação das leis e dos casos, uma flexibilidade e adaptação legal. Usaremos “Correições de Ouvidores Gerais do Rio de Janeiro”, e os “Regimentos e Instruções para o Brasil” com a intenção de analisar a lei e sua interpretação. Demonstraremos como a Teologia Moral orientava os casos de dúvida e de consciência que fundamentavam a função do juiz colonial. Na interpretação, os pareceres e conselhos tinham um papel decisivo na delimitação e definição das circunstâncias e situações que possibilitariam a modificação da norma.

Palavras chave: Justiça; lei; Teologia; Consciência; Interpretação.

Resumen: En este trabajo acercaremos las cuestiones morales de las judiciales al demostrarnos que la teología moral orientaba las decisiones legales y permitía, por medio de la interpretación de las leyes y de los casos, una flexibilidad y adaptación legal. Usaremos las “Correições de Ouvidores Gerais do Rio de Janeiro” y los “Regimentos e Instruções para o Brasil” con la intención de analizar la ley y su interpretación. Demostraremos cómo la Teología Moral orientaba los casos de duda y de conciencia que fundamentaban la función del juez colonial. En la interpretación, los pareceres y consejos tenían un papel decisivo en la delimitación y definición de las circunstancias y situaciones que harían posible la modificación de la norma.

Palabras clave: Justicia; Ley; Teología; Conciencia; Interpretación.

Introdução

Este trabalho tem como objetivo demonstrar a influência da relação entre a teologia e o direito colonial por meio do espaço que os juízes e magistrados tinham para flexibilizar e a adaptar as leis interpretando e arbitrando sobre os casos, fatos e normas. Tentaremos evidenciar o que tanto para o caso português, quanto para o espanhol, o direito também estava orientado por princípios morais e virtudes como a prudência, a temperança, e o quanto era importante conhecer a intenção e o motivo da lei para, na interpretação e deliberação desta, aplicar ou não a norma. Assim, buscamos perceber, nessa relação entre a teologia e o direito, como a justiça era aplicada no século XVII, sua práxis e dinâmica.

* Mestranda em História- Programa de Pós Graduação em História – Universidade Federal de São Paulo – UNIFESP – Guarulhos, São Paulo, Brasil. Pesquisadora vinculada ao grupo de pesquisa “Núcleo de Estudos Ibéricos”- de seu orientador, Professor Doutor Rafael Ruiz. Bolsista da FAPESP. E-mail: naneproatti@gmail.com. Dezembro 2014. Agradeço à FAPESP e ao Max Planck Institute for European Legal History pela consulta dos livros em sua biblioteca.

Neste âmbito, utilizaremos como fonte teológica moral a análise dos conceitos de consciência, dúvida e experiência presentes na obra do teólogo jesuíta Padre Hermann Busembaum publicada em 1668. Esta obra, entre outras de casos de consciência, orientava e apresentava soluções para os variados casos que podiam surgir, tanto para o juiz, advogado quanto para um médico. Utilizaremos essa base teológica para compreender melhor como o franciscano Frei Miguel Agia interpretou a Real Cédula de 1601 dirigida ao vice-rei do Peru, Don Luis de Velasco e o aconselhou utilizando os conceitos de arbítrio, experiência, prudência, consciência.

Agia escreveu em 1602 e publicou em 1604 seu tratado que continha três pareceres graves em direito, aconselhando sobre a real e verdadeira intenção do rei Don Filipe III ao escrever a Cédula mencionada, a justiça de cada uma das cláusulas dessa norma régia e o arbítrio que o vice-rei do Peru tinha para aplicar ou não as leis. Frei Miguel Agia demonstrou que o arbítrio e a interpretação do vice-rei em sua função de juiz tinham um papel decisivo na delimitação e definição das circunstâncias e situações que possibilitariam a modificação da norma. Juristas, doutores em teologia moral e em direito eram procurados para orientar e solucionar situações e fatos, mas a decisão dependia da interpretação que o juiz fizesse.

Dessa forma, aproximaremos as questões morais das jurídicas ao demonstrarmos, por um exemplo concreto de interpretação e de análise de uma obra teológica, que a teologia moral norteava as decisões legais em meio às múltiplas opiniões e controvérsias que conferiam insegurança jurídica e que a moralidade e a prática jurídica não se separavam no século XVII.

As obras propostas neste trabalho são: *Tres pareceres sobre las servidumbres personales de los índios*; *Real Cédula de 24 de Noviembre de 1601* e *Medula de la Theologia Moral, que con fácil, y claro estilo explica, y resuelve sus matérias, y casos del Padre Hermann Busembaum*, edição de 1688 e *Autos de Correições* de Eduardo Tourinho.

Para o caso português, identificamos na análise dos *Regimentos e Instruções para o Brasil* de Marcos Carneiro de Mendonça, publicado em 1972 pelo IHGB, e nos *Autos de Correições de Ouvidores Gerais do Rio de Janeiro*, organizado por Eduardo Tourinho em 1929, como os costumes, o arbítrio dos juízes, presentes na interpretação das leis régias, podiam constituir em mecanismos de governação que tornaram possíveis a construção e o funcionamento da sociedade na América portuguesa, flexibilizando as leis.

Para o caso espanhol, analisamos a *Real Cédula de 24 de noviembre de 1601*, juntamente com a obra do padre Fray Miguel Agia, *Tres pareceres sobre las servidumbres personales de los índios* e a obra *Medulla de la theologia* do Padre Hermán Busembaum que serão sustentadas, ao longo do texto, pela análise do parecer do Fray Miguel Agia a despeito da promulgação de consultas realizadas pelo vice-rei da Nova Espanha e do Peru aos doutos versados em leis.

Magistrados e a aplicação de suas funções: um processo de interpretação

Ao interpretar a lei, o legislador as discutia e promulgava, o jurista as interpretava, o juiz as aplicava e os que recebiam a sentença se perguntavam sobre as verdadeiras motivações de suas atitudes. A ciência jurídica não conseguia responder quais eram as verdadeiras motivações, mas a jurisprudência podia oferecer os critérios para averiguar o processo requerido para a criação de tais normas em um determinado sistema jurídico. O que se permitia saber eram seus ordenamentos, as soluções, critérios baseado segundo o que se considerava correto na interpretação. Apenas isso. E tudo isso ainda era insuficiente porque era resultado de um fenômeno jurídico que, antes de qualquer coisa, era humano, submetido às variedades e antinomias da experiência¹.

Os juízes no século XVII, em caso de dúvida, podiam optar pela opinião que lhes parecesse mais provável, mesmo que não fosse a certa. A dúvida sobre o que era mais justo, segundo os princípios teológicos morais coincidia com os princípios jurídicos dos tratados de direito e jurisprudência. Dentro dos princípios jurisprudenciais o direito podia ser exercido baseando-se em várias outras fontes que não fosse apenas a lei. Sendo assim, no momento da sentença o juiz escolhia amparar-se na lei, nas opiniões de outros juristas, nos usos e costumes locais, na sua experiência ou na sua consciência. Para agir conforme a consciência fazia-se necessário que os juízes considerassem as circunstâncias locais e as especificidades de cada caso na sua interpretação.

A elaboração da norma para os casos indianos se dava na relação entre esses vários fatores, incluindo a distância e as novidades e complexidades que diferenciavam a metrópole das suas colônias. As leis adquiriam assim, uma concepção casuística em que tais elementos conviviam para conformar uma norma que não se pretendia universal, mas que se adaptava e flexibilizava à diversidade apresentada².

A lei casuísta apresentava várias possibilidades e a escolha da que se encaixasse

melhor ao caso concreto era uma questão de interpretação. A aplicação da lei era resultado de como a lei foi pensada, elaborada e aplicada conforme a necessidade e a interpretação de cada juiz.

A interpretação da lei e da realidade feita pelo juiz nos mostra que era o juiz quem definia a lei e escolhia a possibilidade, entre o costume, as opiniões dos juristas e teólogos, que mais lhe convinha em cada caso. Na sua definição e sentença estavam atreladas as suas intenções, motivações e vontades, e podiam conter estratégias e interesses particulares, políticos, econômicos e religiosos podendo favorecer uns ou outros. Essas estratégias e mecanismos eram realizados e justificados por meio da utilidade pública e do bem comum, ou em favor da consciência e da prudência.

A garantia da verdade, no âmbito moral, era apenas a verdade “para si” e não universal e única. Era incerta e dinâmica. Por isso, a definição das leis, assim como as vontades e intenções do homem também eram incertas. A dúvida e a incerteza na aplicação justa das leis recaiam na desconfiança da própria figura do juiz. Mas isso não significava que ter dúvidas de como aplicar a lei e de como se devia agir desmerecesse a lei ou a justiça. Ao contrário, a dúvida fazia com que o juiz explorasse outras possibilidades, consultasse outras opiniões, fundamentasse sua decisão de acordo com alguma autoridade, algum costume antigo ou precedente legal e na própria consciência. Esse amplo conhecimento, iniciado pela dúvida, permitia ao magistrado saber e conhecer sobre o que deliberava e isso o tornava prudente e experiente.

A busca pela certeza jurídica estava subjetivamente marcada pelas ações pessoais dos juízes e refletida na sua conduta. A objetividade almejada para a segurança do direito recaia na subjetividade da pessoa do juiz³.

Experiência jurídica

De acordo com Paolo Grossi, a experiência jurídica era um instrumento adequado para a compreensão e a correta ordenação do imenso material que temos antes nós, como um esquema interpretativo, ordenador e unificador de se perceber o direito na história. A experiência jurídica significa de fato, um modo peculiar de viver o direito na história, de percebê-lo, conceitualizá-lo, aplicá-lo, em conexão com uma determinada visão do mundo social, a determinados pressupostos culturais. Significa por tanto, um conjunto de eleições peculiares e de soluções peculiares para os grandes problemas que supõe a criação do direito em conformidade com os distintos contextos históricos⁴.

Ao tratarmos de casos que exemplificavam a experiência jurídica, estamos adentrando a um terreno flexível, complexo e interpretativo de forma variada pela diversidade dos intérpretes. Para Paolo Grossi, o caráter essencialmente problemático do fenômeno jurídico estava na ideia de que um fato só se convertia em direito quando a lei era observada juntamente com os variados valores sociais que a ela se inseriam. E, para se observar tais valores sociais imbricados nos fatos, era necessário ter bons observadores, prudentes, experientes e conscientes do que estavam olhando, para onde e como olhavam. Assim, as opiniões e interpretações de um mesmo fato podiam ser tão divergentes e contrárias que a figura dos juízes e seus conhecimentos e virtudes religiosos ganhavam espaço relevante na busca pela certeza e aplicação da justiça.

A jurisprudência na solução da dúvida e na aplicação do direito era um instrumento que permitia diminuir as lacunas do sistema jurídico colonial e que tentava flexibilizar as normas às realidades complexas e específicas. Cada caso tinha uma solução dentro do próprio sistema, de tal forma que o processo de aplicação das normas permitia determinar seus significados, conferindo certeza sobre a aplicação, eliminando a arbitrariedade da autoridade, o qual resultava numa maior segurança jurídica. O intérprete devia ter em conta qual era a sua responsabilidade ao criar a jurisprudência, porque a justificação de suas resoluções era fundamental, e esta devia ser sempre coerente com o sistema jurídico⁵.

Os juízes, como intérpretes da lei, tinham como orientação nessa tarefa interpretativa e jurisprudencial, o auxílio da doutrina teológica e dos manuais religiosos. Esse auxílio era de extrema importância e relevância quando chegava o momento desses juízes argumentarem e justificarem suas escolhas e resoluções. Era nesse momento em que, pela autonomia jurisprudencial dos juízes orientada pela teologia, conseguimos observar as motivações, intenções e vontades estabelecidas nas sentenças. Pela análise das motivações das sentenças podemos reconstruir o processo histórico da vinculação entre os juízes e as leis. Perceberemos o caráter mais pessoal das leis ao terem os juízes que se vinculem a elas, reflitam seus artigos, que motivem suas decisões, que olhem e analisem caso a caso de maneira específica e não geral. Configurando, assim, um direito de juristas⁶. A vinculação entre a lei e seus intérpretes iniciava-se com a dúvida e se resolvia no foro interno. Dentro do foro interno, os juízes podiam escolher o que achavam mais prudente, conveniente e provável em cada caso.

A boa administração da justiça advinha do comportamento público do juiz perfeito que se comportava de modo imparcial, votava 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 juiz⁷.

Para Paolo Prodi, a moral, as qualidades morais pessoais tinham uma eficácia direta na vida pública, “ainda não se tem uma separação entre o pecado e a infração, entre a desobediência à lei da Igreja e àquela do príncipe⁸”. O não cumprimento da lei se justificou para Prodi porque as leis humanas eram aplicadas e vigoradas enquanto uma derivação da lei divina, mas elas não obrigavam se fossem inúteis ou perigosas à comunidade ou se assim viessem a se tornar, mesmo num outro momento, caso não fossem aceitas pelo povo⁹.

Leis régias recebidas e aplicadas na colônia

As Correições corrigiam, fiscalizavam e os corregedores ou ouvidores gerais, tinham a função de zelarem pelo cumprimento das leis em nome do rei. Esses magistrados itinerantes, nomeados pelo rei para que, pelo conhecimento que detinham sobre o direito e as leis então vigentes, proovessem as coisas que interessassem à Justiça e a administração desta, fiscalizando as ações dos juízes locais, as nomeações das câmaras. Quando o ouvidor era enviado para as capitâneas para fazer a correição ele a fazia dentro da câmara municipal, e, em especial nesse trabalho, na cidade de São Sebastião do Rio de Janeiro. O objetivo dessa visita era para coibir os abusos e desmandos dos capitães-mores donatários.

Ele iniciava sua correição fazendo diversas perguntas para o Conselho, e este também podia levantar outros assuntos por forma de requerimento através do procurador. No final do processo, os oficiais, assim como o ouvidor-geral, assinavam e confirmavam a notificação das provisões e dos resultados da visita. O escrivão a escreve e esse documento escrito vira um *Auto de Correição*. Nesse documento, já discriminado os assuntos expostos, as perguntas do ouvidor e as suas provisões e ordens, a data e

local da correição e os nomes dos oficiais presentes na seção.

Essa prática acontecia porque estava centralizada no ouvidor-geral todas as questões de justiça, fazendo com que esse cargo fosse o de maior autoridade judicial e o mais importante, diretamente ligado à metrópole portuguesa¹⁰. Ele, como funcionário da coroa também era regido por uma lei. Foi escrito, em 1669, um *Regimento dos Ouvidores Gerais* dirigido a João de Abreu e Silva, ouvidor geral da repartição sul do Rio de Janeiro. Este *Regimento* foi escrito a pedido do Príncipe regente e continha as orientações régias sobre as visitas do ouvidor.

No artigo 2º está disposta como devem ser realizadas as visitas e as correições:

Art. 2º Nas visitas e Correições, procurar o que conforme e direito parecer necessário e informar se os donatários abusam de poder e jurisdição que são concedidos por suas doações e avisar ao Príncipe com o mais que vos parecer necessário prover-se, e, dando as razões, que para isso há que remetereis ao Conselho Ultramarino¹¹.

No artigo 17º determinava que o cargo de ouvidor geral não pudesse ser tirado nem pelo Governador Geral e que, se o tirasse, o mesmo poderia ser suspenso e preso. E se cometessem algum caso de excesso ou crime, que agisse conforme lhe parecesse ser deposto antes da residência¹².

No *Regimento* estava disposto no artigo 24º da lei que todos os funcionários (desembargadores, corregedores, ouvidores, juízes, justiças, oficiais) e outras pessoas mencionadas no documento, deviam garantir o cumprimento da lei, sem permitir dúvida ou embargo algum tornando pública a norma régia para que esta fosse consultada o tempo todo¹³.

O *Regimento dos Ouvidores Gerais* ressaltou a existência de uma justiça civil cercada de garantias contra os excessos do poder executivo dos governadores. Estes não podiam julgar as suspeições e para o cumprimento de suas decisões lhe eram permitido pedir ajuda dos Oficiais de Justiça e de Guerra. Apresentava também a divisão de uma jurisdição administrativo-fazendária, da de família e de órfãos e civil e criminal. Assegurava o princípio de equidade para nortear a Justiça, princípio este inspirador da legislação portuguesa desde a Ordenação Afonsina, oriunda da influência romano-cristã do *Corpus Iuris* de Justiniano¹⁴.

Neste *Regimento* percebemos que ainda havia a confusão da jurisdição administrativa e judiciária propriamente dita. Ou seja, os assuntos administrativos não

estavam separados dos judiciais. Nele não se discriminava as funções administrativas, embora definia os vários ofícios de maneira a facilitar o entendimento de cada um. Estava muito marcada a preocupação de fazer a correição dos excessos da autoridade local, remetendo para a Secretaria do Conselho Ultramarino as denúncias deles.

Observando o cumprimento e a aplicação desse *Regimento* na prática de João de Abreu e Silva, se observou o seguinte: No artigo 2º quando era pedido pelo Príncipe para que o ouvidor haja “conforme” o direito “parecer necessário” e que ele informasse se haviam “abusos de poder ou de jurisdição dos donatários”, João de Abreu e Silva cumpriu esse artigo iniciando sua correição no ano de 1670 perguntando aos oficiais da Câmara nesses termos:

Fez perguntas aos ditos Officiaes pela maneira seguinte, se sentião agravados de algumas posturas, que houvesse no Conselho, por serem prejudiciais ao povo, ou se havia algumas pessoas que tomassem e usurpassem a jurisdição Real, e bem assim a Jurisdição da Câmara, e também se havia alguns poderosos, de que o povo, e moradores se sentissem agravados, para se lhe dar o remédio conveniente, e de dar conta a sua Alteza, sendo necessário; pelos ditos Officiaes da Câmara foi respondido que por hora não sabião de postura alguma que fosse prejudicial ao povo, nem que houvesse quem tomasse e usurpasse a Jurisdição Real, ou da Câmara, e bem assim que não sabião que houvesse poderosos que avexassem, e aggravassem ao povo como não deviam¹⁵.

Na correição do ano seguinte, portanto último ano da fiscalização de João de Abreu e Silva, ele também iniciou a seção perguntando se a terra e a sua Jurisdição pertencia a algum donatário ou à Sua Alteza, se tinham pessoas que estavam sendo prejudiciais ao povo. Buscando esclarecer o poder e reforçando em sua presença a autoridade real e suas influências e poderes. O artigo 5º da lei abriu a possibilidade para ao Ouvidor Geral, nos casos que não lhe competia, de apelar para a Relação do Brasil, o que não foi necessário nesses três anos de correição.

No artigo 13º em que o príncipe pressupunha um conflito de jurisdições, ele pediu que estas estivessem bem definidas para que uma autoridade não excedesse suas competências entrando nos limites da outra, o que também aparece de forma mais reforçada no artigo 17º. O príncipe distribuiu seu poder e as funções para que não tivesse uma só pessoa encarregada, evitando a autonomia da autoridade local. Criando uma sociedade de “corpo”, na expressão de Antonio Manuel Hespanha, em que todas as partes possuíam poder e certa autonomia e que juntas eram comandadas por uma só

“cabeça¹⁶”.

No último artigo, percebemos a importância de fazer pública a lei, de cumpri-la e guardá-la a todo o tempo, sem dúvida e nem embargo algum. Ao impor essas considerações na lei, o príncipe mostrou que tais possibilidades, a da dúvida e a do embargo existiam e que elas não deviam interferir no cumprimento e na aplicação da norma. Tal preocupação ocorria porque a lei podia ser desobedecida e isso por vários motivos, como a distância e as circunstâncias locais que mudassem as intenções. Como vimos, o direito colonial moderno era pluralista e estava limitado pela doutrina jurídica do direito comum, pelos usos e costumes locais e orientado pela doutrina religiosa. Mas como perceber esses usos e práticas jurídicas locais interferindo e moldando a lei?

No *Auto de Correição* de 1671, João de Abreu e Silva, quando discutiam o preço do azeite, chegou a seguinte conclusão: Por conta das queixas do povo sobre a falta e o preço do azeite, e tendo a informação de que, por conveniência, e respeito particulares se alterava o dito preço. O ouvidor geral acatou a reclamação do povo sobre a mudança no preço do azeite e mandou que os oficiais conferissem se havia uma ordem, um documento por escrito que confirmava e autorizava essa alteração de preço de forma clara, não existindo essa autorização, ele mandou que o preço do azeite voltasse a ser pago no valor que se costumava cobrar, e impôs sob pena de culpa a quem desobedecesse. Nesse exemplo, o costume estava sendo considerado no momento da decisão do ouvidor geral e por isso tinha força e valor de lei¹⁷.

No *Auto de Correição* de outro ouvidor, o Luiz Nogueira de Britto, realizado em 1630, perguntou aos oficiais da câmara se haviam algumas posturas que desencontrassem ao bem comum, foros e costumes. Estes responderam que não, salvo o foral sobre o alcaide-mor. O ouvidor tornou a perguntar para os oficiais se estava em costume essa atitude a respeito do foral, e eles lhe responderam que não. Assim sendo, o ouvidor real mandou que lhes acudissem a sua obrigação e a sustentar os foros e costumes antigos dando-lhes em culpa se não os fizer¹⁸.

Dentro das normas régias, o costume que servia ao rei e sua utilidade e necessidade, era mantido. Já o costume local que não agradava ao rei ou desobedecia a sua norma, não era tido como valor normativo. O costume régio era a lei e o costume local não. A valorização de um costume como critério e força para aplicar a lei era feita pelo juiz no espaço do seu arbítrio durante a interpretação do que mais convinha e lhe parecesse melhor ao caso.

O juiz, dentro do seu espaço de autonomia conferido pelas circunstâncias locais,

podia usar o costume local colonial como um princípio interpretativo, dentre outros, pelo qual se valia para deliberar sua sentença, de maneira justa e prudente, se assim o considerasse segundo a sua interpretação e consciência. Ele transformava esse costume local, antes rechaçado, em um mecanismo legal com função normativa e força de lei, para o caso particular, sem desobedecer a lei e incorrer em pecado.

Podemos perceber nesses documentos e trechos apresentados as expressões “conveniente, bem público, boa administração da Justiça”, aparecendo como argumentos valiosos e fortes para se justificar uma provisão, ou cumprimento da lei, oferecendo uma certa margem de ambiguidade e flexibilidade para o ouvidor. Mas como agir “conforme lhe parecer”? Agir segundo a “experiência e conveniência”? Conforme o “bem comum e a necessidade”? Como saber se está se cumprindo da melhor forma o “bom governo da Justiça”? Alguns manuais de teologia e tratados de pareceres feitos por religiosos nos permitiam encontrar as respostas para essas perguntas.

Pareceres do Padre Fr. Miguel Agia

As respostas para as questões que apareciam nas leis e nos autos e cédulas reais não estavam respondidas legalmente. A legislação dava margem para essa flexibilidade, para uma ambiguidade, e dúvida ao agir e sentenciar. Portanto, cabia aos juízes decidirem conforme acharem mais conveniente, mais pertinente e mais prudente segundo a sua experiência, mesmo que a experiência e prudência mostrassem que a lei não se adequava ao caso específico, e que o costume, esse sim atendia à necessidade e a conveniência do caso.

Depreendemos disso que, o juiz que tinha dúvida, dentro da jurisprudência, ia consultar o parecer de outros doutores e homens experientes no assunto para ajudá-lo a decidir. Para o caso incerto, o juiz buscava na experiência de outro homem, jurista ou não, opiniões, possibilidades que o auxiliavam a refletir sobre o caso. Ao terminar de explorar as possibilidades pelos pareceres consultados o juiz podia sentenciar com a consciência tranquila de que, mesmo não conhecendo o caso específico, ou as circunstâncias reais, ele procurou informações por quem conheceu essas particularidades.

O vice-rei do Peru, Don Luis de Velasco, lendo a *Real Cédula* escrita em 1609 sobre o serviço pessoal dos índios, e tendo dúvidas sobre a sua aplicação, solicitou

vários pareceres, inclusive o do Padre Fray Miguel Agia que escreveu a obra *Tres pareceres sobre las servidumbres personales de los indios*, a partir de sua leitura da *Real Cédula*.

Padre Fray Miguel Agia foi um dos escolhidos porque apresentou ter ciência e experiência para opinar sobre os serviços pessoais dos índios e porque conhecia os territórios da Nova Espanha e províncias do Peru, desde a cidade de Cartagena até Lima. Ele mostrava ser uma pessoa que poderia interpretar bem a lei porque visitou e observou a realidade social, cultural, política e econômica do local aonde ela seria aplicada e porque tinha conhecimentos especializados em direito, teologia e ciências, além de ser considerado um homem virtuoso por seus colegas da ordem franciscana.

Esses elogios estavam presentes nas cartas de licença e aprovação da obra do Padre Fray Miguel Agia, na qual escreviam autoridades religiosas, jurídicas e governamentais. Como do Fray Benito de Guertas, guardião do Convento de São Francisco em Lima, Dr. Arias de Ugarte, da real audiência, Dr. Miguel de Salinas, vigário geral e juiz de apelações, entre outros. Na avaliação do Fray Ivan Venido, Padre comissário geral de todas as províncias do Peru, comentou que se faz necessário pedir os pareceres de outras pessoas para que se visse melhor a justificação desses três pareceres do Padre Fray Miguel Agia¹⁹. Ou seja, os pareceres, a interpretação do Fray Miguel Agia era uma, das várias possibilidades prováveis que sugeriam como Don Luis de Velasco devia aplicar a lei. Mas então, porque solicitar tantas opiniões?

Solicitavam as opiniões para explorar ao máximo todas as possibilidades interpretativas da *Real Cédula* buscando nelas a real intenção e a segura consciência do rei. O próprio Fray Miguel Agia na epístola de sua obra, *Tres pareceres graves en derecho*, de 1604, elogiou a prudência da sua majestade ao pedir em seu governo o parecer:

(...) parecer y acuerdo de varones excelentes, sábios, y experimentados en todas las materias de gobierno, señalando soldados para las de guerra, letrados para las de justicia, theologos para las de conciencia, hombres de cuenta para las de hacienda, y de estado para las de Estado: porque cada uno es sábio en su arte, como dize el Spiritu Sancto, de todo lo qual dan claro e illustre testimonio tantos, y tan insignes consejos como su Magestad tiene en su Real Corte, y em todos sus Reynos llenos de varones eminentísimos, y de singular aprovacion (...) ²⁰.

Em seu prólogo, Fray Miguel Agia esclareceu quais são as qualidades que um conselheiro devia ter e como agir em casos de dúvida. Para as dúvidas, como sugeriam

Plutarco, São Tomás de Aquino, S. Buenaventura e Gabriel, que se observavam as várias contingências tomando o espaço e o tempo convenientes e necessários para refletir²¹. Para ser um bom intérprete, dar seu parecer e conselho, tinha que possuir três qualidades: grande experiência, muita clareza e liberdade. Experiência porque nenhuma pessoa podia oferecer um bom parecer se não entendesse do que se pedia. Clareza que era o mesmo que amizade e benevolência, porque quem dava conselho tinha que ter boa vontade e desejo de ajudar a quem lhe solicitou, sem possuir nisso um interesse próprio. E liberdade para falar livremente e com sinceridade o que lhe parecesse²².

Interpretação: solução de dúvidas por meio do probabilismo

A interpretação e as suas considerações apresentadas eram encontradas na consciência do juiz, e no século XVII, a consciência estava norteada pela teologia moral católica²³. Era a teologia moral probabilista que orientava a ação do juiz em sua função de dizer o justo, provocando, no âmbito da interpretação do juiz, o embate entre a consciência subjetiva e a própria lei. O “probabilismo” era uma categoria moral e teológica que se inseria nesses debates com a finalidade de apoiar o homem religioso com a questão da consciência, da dúvida e dos assuntos internos. O termo “probabilismo” surgiu 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 extensões²⁴.

Desenvolvido dentro de um debate baseado no estado de consciência das pessoas, o probabilismo oferecia uma solução, dentro da teologia moral, para os casos de dúvida, uma vez que, diante de uma ação determinada entre as atitudes significava que a pessoa cometeria ou não um pecado grave. Dentro da interpretação do juiz, a sua consciência era muito importante para se compreender a sentença dada por ele.

O embate entre a consciência subjetiva e a lei, que nos trouxe até o tema do probabilismo, recebeu outra visão por Bacigalupo. Diferente do nosso ponto de vista moral, que procurou evidenciar o conflito entre os dois foros, interno e externo, no momento de decidir, este autor analisou essa possibilidade de escolha, apresentava pelo probabilismo, de um ponto de vista político, visto que a liberdade individual de escolha conferiria poder e autonomia.

Luis E. Bacigalupo enfatizou que uma pequena dúvida já bastava para ter, no

mínimo, duas opiniões opostas e prováveis. Ante a dúvida, parecia inevitável para ele não recorrer a um grau de arbitrariedade na decisão. Tal “arbitrariedade” era entendida como uma forma de poder, de autonomia que dava “liberdade” para escolher entre duas opiniões ou mais. A questão levantada para esse autor era a de que essa possibilidade de escolha dava ao indivíduo uma liberdade que, durante o período inseguro da Segunda Escolástica, incomodava a igreja. O que esta combatia não eram as opiniões inovadoras, mas sim toda a afirmação de conhecimento demonstrável, tanto no âmbito físico ou moral²⁵.

A consciência estava presente nesses princípios apresentados porque, para entender a probabilidade como fundamento de uma decisão prática era necessário ter em conta um princípio fundamental desse sistema provável: apenas a consciência certa podia servir como critério da moralidade das ações²⁶. Entramos outra vez na questão da dúvida moral. O que significava esse princípio?

A doutrina moral, no catolicismo tradicional da Idade média e moderna, sustentava que os seres humanos deviam responder por suas ações ante o tribunal da consciência. Contudo, nestas doutrinas, chamadas de “tradicionais” por Bacigalupo, a consciência moral não revisava apenas as ações cometidas, mas também o que era projetada. Nesta segunda função da doutrina moral – a de olhar para a consciência que projetava o que decidisse fazer – os escolásticos enxergavam um juízo da mente humana que prescrevia uma ação²⁷. Ou seja, a consciência era um ato do entendimento que refletia e conhecia antes de agir.

O problema moral apenas existia somente enquanto houvesse dúvida, porque onde havia conhecimento verdadeiro da norma não teria motiva para duvidar. O que parece ser interesse sobre esse debate do sistema moral probabilista era realmente o que causava dúvida. A dúvida era somente da inadequação da norma à realidade, que seria solucionada pelo arbítrio do juiz na sua deliberação baseada na interpretação do caso com a interpretação da norma? Ou para além de uma dúvida prática, era também uma dúvida moral, subjetiva, causada pelo medo de pecar em consciência se por acaso sentenciasse escolhendo não cumprir à lei por achar que a razão estava em outro lugar que não fosse a lei? Como as inclinações subjetivas concordavam com o que considerava justo com o que mandava a norma positiva? Um intento de corrigir essa dúvida da aplicação da norma foi torná-la mais rigorosa, o que solucionou, forçadamente, o conflito interno em ter que conciliar o que acreditava ser certo com o que era indicado como certo pelas leis. Isso confirmava a ideia de que a lei duvidosa

não obrigava.

Intenção e vontade

Partindo da ideia de José Antonio Maravall²⁸ de que o direito não se criava, se reconhecia ou se recebia, aproximamos o sistema moral probabilista com a obra do Fr. Miguel Agia buscando, pelo embate da consciência subjetiva e da lei, o que este franciscano propôs sobre a dúvida prática e moral de como o vice-rei devia agir a respeito dos serviços pessoais indígenas.

Agia argumentou, enquanto buscava esclarecer qual era a intenção do rei ao escrever a Real Cédula de 1601, que um motivo justo já garantia a justiça da lei, e que reis justos faziam leis justas²⁹. Logo depois apontou que a lei tinha lugar onde a sua razão estava, e que esta não teria lugar se não fosse para os casos que correspondia³⁰. Essa opinião de Agia nos mostrou que seu conselho para o vice-rei salientava a importância deste em encontrar a razão da lei no caso em concreto, e se nessa interpretação do caso e da lei, ele não visse a razão que buscava, então não teria motivo para aplicá-la. Ele poderia não executar a lei ou corrigi-la, adaptá-la: “De donde es que una de las calidades que ha de tener la ley para ser buena es que sea necesaria. Y conforme a esto donde no ay necesidad de esta ley no debe de ser allí executada³¹”.

A este argumento podemos juntar outros dois: para se conhecer a razão da lei era preciso conhecer a intenção e o motivo dela; onde terminava a razão e a causa final da lei, terminava também o que estava provido nela³². Agia considerou a utilidade pública como sendo uma das principais razões pela qual o rei escreveu a Real Cédula. Dessa forma, a conservação dos índios também era um argumento, político, econômico e moral³³, que possuía a razão de ser útil e necessário ao bem comum.

Mas a percepção dessa razão não estava dada de maneira explícita, ela foi indicada no terceiro parecer quando Agia esclareceu o arbítrio do vice-rei³⁴. A justificativa do franciscano era a que a vontade do rei estivesse em acordo com a necessidade pública e cumprir essa vontade significava agir conforme o “bem comum”. Nem que para isso o índio tivesse que trabalhar e até correr perigo de morte. A sujeição política e civil dos índios era aprovada pela lei natural e conforme ela, e beneficiava a República³⁵.

Agia iniciou seu terceiro parecer afirmando que o vice-rei teria que conhecer a Real Cédula para antes poder decidir o que alterar, aplicar ou recusar conforme lhe

parecesse e conviesse ao bem comum da Republica. Diante disso nos colocamos a seguinte pergunta: teria mesmo o vice-rei poder e espaço de alterar e deixar de executar a lei régia estando condicionado pela razão da utilidade pública? O vice-rei podia tomar uma decisão que, mesmo não sendo normativa, conciliasse com o bem comum da República?

Fr. Miguel Agia, mesmo depois de enunciar as justificativas que garantiam ao rei poder para obrigar os índios a trabalharem, apresentou possibilidades que permitiam ao vice-rei de acatar à lei mas não cumpri-la. A maneira argumentada por esse franciscano era a que, o que o vice-rei Velasco não entendesse por justo, em sua causa e razão, não estava obrigado a obedecer. O que Fr. Miguel Agia pretendeu em seu terceiro parecer era orientar a Velasco a como usar esse poder permitido em seu arbítrio. Nos parece que Agia considerava que o arbítrio conferia um poder e uma autonomia que, normatizada e dada pelo rei, era sobretudo, uma decisão subjetiva – o vice-rei não estava obrigado a aplicar o que entendesse ser injusto.

Neste ponto do tratado de Agia, e em como foi estruturado, podemos aproximar esse raciocínio de Agia com o sistema moral probabilista. A autonomia que Velasco tinha em seu arbítrio conferia a ele uma dúvida prática e moral. E se ele não encontrasse justiça na cláusula que permitia forçar os índios a trabalharem nas minas, como argumentava em favor de uma decisão subjetiva para que essa fosse razoável e justa para revogar uma ordem régia? Como adequar a ação humana com as leis? Dessa maneira temos o embate entre a consciência subjetiva e a norma, pela interpretação e arbítrio do vice-rei.

Fr. Miguel Agia nos ajudou a responder essas perguntas e assim temos a nossa aproximação com o probabilismo. Os argumentos apresentados por ele, orientando o arbítrio e interpretação do vice-rei evidenciavam várias possibilidades de argumentar em favor da necessidade de flexibilizar a lei ou de recusá-la. Tais argumentos eram morais, doutrinários, baseados nas leis divinas, na virtude da prudência e na experiência de vivenciar a realidade e o espaço que receberam as leis.

O doutor, ou o homem consultado, podia responder para o homem que o consultou da seguinte forma: “se pode seguir a sentença provável de outros, si o é mais favorável, deixando sua própria sentença, ainda que seja mais provável e segura³⁶”. Isso porque a sentença provável defendida por outros homens também era lícita, e o outro tinha igual direito de seguir uma opinião provável, sem que ninguém o proibisse desse direito. O que ocorreu com o vice rei Don Luis de Velasco ao solicitar o parecer do Fray

Miguel Agia sobre os serviços indígenas.

Fray Miguel Agia considerava que o arbítrio do vice-rei podia alterar e deixar de executar uma lei regia quando esta era considerada injusta, ou não tivesse uma causa justa. Velasco também não estava obrigado em consciência a aplicar as leis que não fossem recebidas pela maioria da República³⁷. O vice-rei não podia alterar o que não conhecia e nem condenar uma ação de alguém que não teve a intenção cometê-lo.

A interpretação e o arbítrio reduziam as distancias existentes entre a lei e a sua aplicação concreta. O arbítrio era uma ação normativa que modificava, incluía e adaptava as leis. Consequentemente, a modificação do direito era feita para adapta-lo à realidade e a lei devia variar segundo sua utilidade e sentido para estar de acordo com a realidade. A interpretação de Agia sobre as cláusulas citadas na Real Cédula auxilia a Velasco a fundamentar sua decisão de acordo com os princípios religiosos, doutrinários, de acordo com sua responsabilidade política e interesses econômicos. Nessa obra de Agia vemos claramente os argumentos usados identificados em cada aspecto, seja ele religioso, jurídico, econômico ou cultural.

Conhecer a razão da lei significava agir moralmente. A característica moral das ações humanas estava correlacionada à finalidade do homem. Se os atos correspondiam às exigências desse fim, então seriam considerados pela moral como bons, mas se o homem desviasse de seu fim, seus atos seriam maus. Dessa forma entendemos melhor o posicionamento de Agia ao ressaltar a necessidade de se conhecer a razão da lei para poder executá-la. A razão julgava as ações humanas destinadas a um fim, a uma intencionalidade, e esta intencionalidade que justificava os atos como bons era, para Fr. Miguel Agia, a utilidade pública e o bem comum.

Podemos considerar que apelar para o “bem comum” era estabelecer um vínculo moral com a sociedade, na medida em que para alcançar essa finalidade, sujeitava-se a uma disciplina com regras e exigências que visassem o “bem comum”. Para atender ao fim público, o índio teria que estar inserido socialmente e integrado a um grupo para ser analisado dentro dessa sociedade que visava esse fim comum, e para essa integração devia sujeitar-se e obedecer às regras sociais e morais exigidas para a prática dessa finalidade pública. Era, portanto, lícito sujeitá-lo política e civilmente ao trabalho pelo poder do rei e bem da República. Criava-se uma conduta social e moral que regravava as atividades humanas e controlava as ações dos homens. Se a sociedade era um elemento necessário à obtenção da finalidade pública, e impunha ao mesmo tempo a necessidade desse fim, ela dominava os princípios fundamentais da vida moral e necessitava

adaptar-se aos casos particulares³⁸.

A justiça estava na deliberação da lei feita pelo vice-rei e juízes. Dessa decisão dos magistrados que nos atentaremos e perguntamos: o que significava agir conforme lhe parecesse melhor e agir com prudência? Tanto o arbítrio quanto a prudência que se considerava que o vice-rei tinha não estavam determinados e descritos nas normas régias. A resposta para a pergunta de como se era prudente e de como se usava o arbítrio para interpretar da maneira mais conveniente os casos e as normas era encontrada nos manuais de teologia.

Esses, ao descrevem e demonstrarem uma variedade de casos e possibilidades de soluções, estavam interpretando estas mesmas situações e orientando à interpretação de quem os lia como se a interpretação também estivesse regrada e limitada aos argumentos apresentados nessas obras. Era normal se ter dúvida no momento de sentenciar. A dúvida podia ser resolvida lendo os manuais de teologia que continham uma, entre outras, das possibilidades apresentadas no século XVI para fazer justiça. Eles ofereciam e exploravam uma diversidade de casos e possibilidades que orientavam o arbítrio. Tais manuais de teologia, e também pareceres de pessoas conscientes e experientes, serviam de guia de como se deve ser, interpretar e como argumentar. A interpretação não era livre, ela estava cerceada por regras morais.

A interpretação e o arbítrio funcionavam como forma de mediar e conectar a norma e o fato concreto. Tal conexão conferia à regra concretamente utilizada a efetividade da sua finalidade. O que havíamos dito de que a lei possuía a utilidade e necessidade dadas a ela, vem explicado pela conexão que a interpretação e o arbítrio faziam da norma e a situação específica. O sentido que configurava finalidade para a lei era dado na interpretação feita dessa e do caso.

Para haver essa conexão dada na interpretação e no arbítrio, tinha que se conhecer a norma e o fato. Fr. Miguel Agia, ao interpretar a Real Cédula e escrever seus pareceres a propósito do arbítrio que ao vice-rei era dado sobre o cumprimento e execução dessa mesma norma, iniciou afirmando essa necessidade de conhecer as leis para não ser um mero executor sem conhecimento algum. Parece que essa conexão feita pelo arbítrio só ocorre depois do conhecimento das circunstâncias e das possibilidades. Se não houvesse esse o conhecimento não se podia fazer uma interpretação consciente e prudente, e não se podia justificar a necessidade de adaptação da lei ou sua ineficácia. Só se podia alterar a lei depois de conhecer sua relação com o fato e saber que não se aplicava a ele.

Considerações finais

Estamos observando no decorrer dessa pesquisa, no ordenamento jurídico, a vontade do juiz – pelo vice-rei Don Luis de Velasco-, ao aplicar a lei, a vontade do rei em se preocupar com sua consciência, com as necessidades do bom governo e conservação das províncias, e a interpretação do religioso nesses assuntos, buscando garantir a segura consciência e intenção do rei pelos fundamentos e princípios da doutrina teológica.

Cada vez tem ficado mais claro a junção entre o direito, a teologia e a política. As orientações presentes nos manuais religiosos não dizem respeito apenas aos padres e clérigos, mas a diversas profissões e funções governativas. O homem prudente e experiente é aquele que busca conhecer do assunto que vai aconselhar, sentenciar, que explora as opções e possibilidades quando tem dúvida, e não apenas porque a teologia o orienta, mas simplesmente porque o caso é duvidoso e na América colonial do século XVII haviam muitos casos específicos e não descritos legalmente.

A teologia, o direito e a política se mostravam interligadas porque o rei buscava nos pareceres de um religioso, algo que garantisse a sua segura consciência em questões relevantes tanto para a economia, administração das províncias, quanto para sua própria consciência religiosa, porque mesmo sendo um governador, continuava sendo um católico, fiel e temente a Deus.

As leis, a *Real Cédula*, eram diretrizes, referências que o legislador transferia para o intérprete, sendo ele, os funcionários régios, os juízes, o Padre franciscano, o vice-rei, ou próprio rei. E que estes aplicavam parcialmente, sabendo que a decisão seguiria sempre o critério pessoal da vontade de quem a aplicava e não segundo o cumprimento da vontade de quem a escreveu. Tais critérios pessoais são subjetivos, religiosos, políticos e impulsionam aos intérpretes a aplicarem a lei somente quando o conteúdo legal concordasse com o seu juízo sobre ele. Isso explicou a diferença e a variedade de decisões e opiniões a respeito de um mesmo fato. Por isso, como salientou Aurelio de Prada Garcia, cada operador jurídico, juiz, tinha uma finalidade pessoal em cada caso concreto; chegado o momento contrastava, contestava a norma com tal fim e, se o convinha aplica-la, aplicaria, mas, se a finalidade e a norma não estavam de acordo, ele adaptava a norma até que a mesma lhe fosse útil³⁹.

Assim também ocorreu no caso português. Nos *Regimentos* estavam descritas as

vontades do rei e representados o conjunto de normas disciplinadoras, regedoras, mas a norma que vigora era a particular, a que fazia sentido, a interpretada pelo juiz, e até mesmo a vontade do rei podia ser combatida em prol do bem comum, defendido pela naturalidade do sistema jurídico de herança neotomista. Este sistema jurídico estava baseado no pluralismo de estratégia probabilista, conferindo-lhe um caráter inconsistente que permitia a negociação e as demais possibilidades pertinentes e convenientes para manter o sistema colonial com seus interesses políticos, particulares, econômicos e administrativos.

A decisão em torno da ação correta ou incorreta baseava-se na atenção dedicada às intenções e motivos da ação. Assim, o conceito abarcava um aspecto subjetivo representado pela intenção e um objetivo representado pelas consequências da ação realizada. Ambos aspectos foram considerados por alguns autores antigos como critérios da moralidade⁴⁰. Apenas o motivo da ação decidia se esta era boa ou má. Dessa forma, a prudência, considerada desde Cícero como a mãe de todas as virtudes, consistia no discernimento entre o bom e o mau. A prudência era necessária tanto para distinguir as virtudes dos vícios como para desmascarar os vícios que se apresentava como virtudes, coisa essa feita apenas pelos homens experientes que tinham conhecimento prático do que significava ser prudente e virtuoso. Assim, era mediante a prudência que a justiça sabia o que se devia dar a cada um, que a fortaleza possuía discricção frente aos seus propósitos e a temperança moderação frente aos seus⁴¹. Por isso o sentido e a função da prudência deviam estar claros, porque ela era a virtude que intuía a norma moral de frente aos desejos da vontade, mostrando-se como um ato da consciência⁴². A prudência era discernimento.

A vontade e intenção de quem escreveu as leis e de como as interpretou, era mais importante do que a aplicação da lei. A razão tinha o papel de ajudar a conhecer a vontade do legislador. Pode acontecer que a intenção do legislador, como aparece expressada na lei, não estivesse conforme com a finalidade desta. Neste caso, o juiz podia estender ou restringir o significado da norma. A interpretação passava a ser um ato que corrigia a lei. Assim, o juiz aplicava a norma de acordo com a sua opinião sobre o significado, decidia segundo sua própria noção do que o legislador deveria ter estabelecido. Podemos pensar que se o juiz decidia conforme ao que acreditava ser o que deveria estar estabelecido na lei, então ele interpretava com a utilidade e necessidade que configuravam significado para a norma. Dessa forma, parece que o arbítrio do juiz estava condicionado pela utilidade que ele dava às leis. A utilidade e

necessidade controlavam o próprio arbítrio do juiz na sua interpretação. Assim, o arbítrio respondia a uma utilidade encontrada na interpretação, como vemos nas argumentações de Agia sobre o bem comum, a causa justa, a boa razão, ou a conservação da República e minas.

O significado concreto do caso particular estava dado pela situação e circunstâncias deste. Do contexto do discurso surgia o significado concreto, como vimos com Koselleck. Mais ainda, do contexto e das especificidades do local surgiam várias decisões que “diziam” uma nova justiça para cada caso. O fator decisivo na interpretação do juiz sobre o caso específico e sobre o significado da norma estava na sua consideração sobre os fatos, e, neste processo, o mais decisivo era a experiência de vida.

Referências

- AGIA, Fr. Miguel, *Tratado que contiene tres pareceres graves en derecho que ha compuesto el Padre Fray Miguel Agia*. Impreso en Lima por Antonio Ricardo, año de 1604, in: *Servidumbres personales de índios*, - Edição e estudo preliminar por AYALA, Francisco Javier de, Escuela de estudios hispano-americanos, Sevilla, 1946.
- BACIGALUPO, Luis, *Intención y Conciencia en la Ética de Abelardo*. Pontificia Universidad Católica del Perú- Fondo Editorial, Lima, Perú, 1992.
- BUSEMBAUM, Padre Hernann, *Medula de la Theologia Moral que con fácil, y c laro estilo, resuelve el casos: escrivola en idioma latino el padre Hermano Busenbaum, de la Compañía de Jesus, licenciado en Theologia*, Año de 1688.
- GARCIA, Aurelio de Prada, *Por um modelo de jurista: el movimiento del Derecho libre*. Boletín de la Facultad de Derecho, num.18, 2001, p.15-47.
- GARRIGA, Carlos; LORENTE, Marta, *El juez y la ley: la motivación de las sentencias. Castilla, 1489 – España, 1855*, em Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, vol. 1 (1997), p. 97-142.
- GARRIGA, Carlos, *Los límites del reformismo borbónico: a propósito de la administración de justicia en Indias*. In: BARRIOS, Feliciano (coord.) *Derecho y administración en las Indias hispánicas*, vol. 1. Ediciones de la Universidad de Castilla, La Mancha, Cuenca, 2002, p.781-821.
- GROSSI, Paolo, *El orden jurídico medieval*. Tradición de Francisco Tomás y Valiente, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 1996, p.44-45.
- LEVI, Giovanni, *Reciprocidade mediterrânea*. Artigo publicado originalmente em “Hispania” (Madrid), LX/1, nº204, 2000, p.103-126. Reproduzido com a permissão da revista.
- MARTEL PAREDES, Víctor Hugo, *El lugar del Probabilismo en las ideas políticas del Perú*, Solar, nº3, año 3. Lima, 2007, p, 11-22, 2007.
- MENDONÇA Marcos Carneiro de, *Raízes da formação administrativa do Brasil*, Tomo I, Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro: Conselho Federal de Cultura, 1972.
- OCHOA, Carla Huerta. *La jurisprudencia como técnica*” In. Boletín Mexicano de derecho Comparado, nueve serie, ano XXXII, nº. 95, mayo-agosto de 1999.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La seguridad jurídica: una garantía del Derecho y la*

Justicia, Boletín de la Facultad de Derecho, nº 15, 2000, p.25-38.
PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Lecciones de Filosofía del Derecho*.
PRODI, Paolo, *Uma História da Justiça: o pluralismo dos foros ao dualismo ente consciência e direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2005.
SALGADO, Graça (coord.). Et. Al, *Fiscais e meirinhos: a administração no Brasil colonial*, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.
TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del derecho indiano*. Instituto de investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1992.
TOURINHO, Eduardo, *Autos de Correições de Ouvidores Gerais do Rio de Janeiro 1624-1699*. Tomo I, Prefeitura do Distrito Federal, Rio de Janeiro, 1929.
VEREECKE, Louis, *Conscience Morale et Loi Humaine*. Selon Gabriel Vazquez S.J. Bibliothèque de Théologie, Série II, Théologie Morale, sous la direction de Ph. Delhaye – J. C. Didier – P. Anciaux, Vol. IV, Desclée & Cie, Éditeurs, 1957, p.3.

Notas

-
- ¹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Lecciones de Filosofía del Derecho*, p.77.
² TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho indiano*. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1992.
³ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La seguridad jurídica: una garantía del Derecho y la Justicia*, Boletín de la Facultad de Derecho, nº 15, 2000, p.25-38, p.29.
⁴ GROSSI, Paolo, *El orden jurídico medieval*. Tradición de Francisco Tomás y Valiente, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 1996, p.44-45.
⁵ OCHOA, Carla Huerta. *La jurisprudencia como técnica*” In. Boletín Mexicano de derecho Comparado, nueve serie, ano XXXII, nº. 95, mayo-agosto de 1999, p.415.
⁶ GARRIGA, Carlos; LORENTE, Marta, *El juiz y la ley: la motivación de las sentencias. Castilla, 1489 – España, 1855*), em Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, vol. 1 (1997), p. 97-142, p.100.
⁷ GARRIGA, Carlos, *Los límites del reformismo borbónico: a propósito de la administración de justicia en Indias*. In: BARRIOS, Feliciano (coord.) *Derecho y administración en las Indias hispánicas*, vol. 1. Ediciones de la Universidad de Castilla, La Mancha, Cuenca, 2002, p.781-821, p.792.
⁸ PRODI, Paolo, *Uma história da Justiça*....p.182.
⁹ PRODI, Paolo, *Uma história da Justiça*....p.221
¹⁰ SALGADO, Graça (coord.). Et. Al, *Fiscais e meirinhos: a administração no Brasil colonial*, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985, p.75.
¹¹ MENDONÇA Marcos Carneiro de, *Raízes da formação administrativa do Brasil*, Tomo I, Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro: Conselho Federal de Cultura, 1972, p.57.
¹² MENDONÇA Marcos Carneiro de, *Raízes da formação administrativa do Brasil*,.....p.86.
¹³ MENDONÇA Marcos Carneiro de, *Raízes da formação administrativa do Brasil*,.....p.87.
¹⁴ Essa análise teórica da qualidade da lei é feita por Marcos Carneiro de Mendonça na nota preliminar que antecede ao Regimento. Foi pesquisado que a equidade como um dos caminhos da interpretação da lei para obter o justo vem de Aristóteles – Ética a Nicomaquéia, 1.5.; mas como nos referimos a um tratado jurídico, nesse ponto de vista, talvez a interpretação pela equidade esteja mesmo em Justiniano, século VI.
¹⁵ TOURINHO, Eduardo, *Autos de Correições de Ouvidores Gerais do Rio de Janeiro 1624-1699*. Tomo I, Prefeitura do Distrito Federal, Rio de Janeiro, 1929, p.60.
¹⁶ Tais expressões são retiradas de Antonio Manuel Hespanha no seu texto “A constituição do Império português. Revisão de alguns envios correntes”, presentes no livro *Antigo Regime nos trópicos* lançado em 2001, p. 166.
¹⁷ TOURINHO, Eduardo, *Autos de Correições de Ouvidores Gerais do Rio de Janeiro 1624-1699*, p.65.
¹⁸ TOURINHO, Eduardo, *Autos de Correições de Ouvidores Gerais do Rio de Janeiro 1624-1699*. p.19.
¹⁹ Segue o original: “(...) se pidan de nuevo otros pareceres y aprobaciones a personas de experiência ciência y conciencia, graves y doctas en las facultades de Theologia, Canones, y Leyes, y matéria de governo, para que desta manera se vea mejor la justificacion delos dichos pareceres en conformidad de lo que viene ordenado en esta dicha Cedula con que ante todas cosas se obtenga licencia de su mag. Y del Se. Virrey en su nombre (...)”AGIA, Fr. Miguel, *Tratado que contiene tres pareceres graves en derecho*

que ha compuesto el Padre Fray Miguel Agia. Impreso en Lima por Antonio Ricardo, año de 1604, in: *Servidumbres personales de índios*, - Edição e estudo preliminar por AYALA, Francisco Javier de, Escuela de estudios hispano-americanos, Sevilla, 1946, p.07

²⁰ AGIA, Fr. Miguel, *Tratado que contiene tres pareceres graves en derecho que ha compuesto el Padre Fray Miguel Agia*. Impreso en Lima por Antonio Ricardo, año de 1604, in: *Servidumbres personales de índios*, - Edição e estudo preliminar por AYALA, Francisco Javier de, Escuela de estudios hispano-americanos, Sevilla, 1946, p.20

²¹ AGIA, Fr. Miguel, *Tratado que contiene tres pareceres graves en derecho que ha compuesto el Padre Fray Miguel Agia*. Impreso en Lima por Antonio Ricardo, año de 1604, in: *Servidumbres personales de índios*, - Edição e estudo preliminar por AYALA, Francisco Javier de, Escuela de estudios hispano-americanos, Sevilla, 1946, p.21.

²² AGIA, Fr. Miguel, *Tratado que contiene tres pareceres graves en derecho que ha compuesto el Padre Fray Miguel Agia*. Impreso en Lima por Antonio Ricardo, año de 1604, in: *Servidumbres personales de índios*, - Edição e estudo preliminar por AYALA, Francisco Javier de, Escuela de estudios hispano-americanos, Sevilla, 1946, p.22.

²³ Para Paolo Prodi, o século XVII pode ser reconhecido como o século da consciência. “Após a ruptura religiosa e o nascimento das Igrejas territoriais, a questão do juramento de fidelidade e da profissão, e no dilema entre a obediência às leis do Estado e adesão ao próprio credo pessoal funda-se todo o debate que anima as nações europeias, seja qual for o país ou a profissão religiosa a que pertence”. PRODI, Paolo, *Uma História da Justiça: o pluralismo dos foros ao dualismo ente consciência e direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.355.

²⁴ MARTEL PAREDES, Víctor Hugo, *El lugar del Probabilismo en las ideas políticas del Perú*, Solar, n.º3, año 3. Lima, 2007, p. 11-22, 2007, p.14.

²⁵ BACIGALUPO, Luis E., “Probabilismo y Modernidad. Un capítulo de la Filosofía Moral del siglo XVIII y su repercusión en el Perú”. Pp.257-300. In: ASÍN, Fernando Armas (compilador), *La construcción de la Iglesia en los Andes*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1999, p. 259. Citou Richar Morse “El espejo de Próspero” para afirmar sobre a preocupação da igreja com as varias opiniões que surgiam.

²⁶ BACIGALUPO, Luis E., “Probabilismo y Modernidad. Un capítulo de la Filosofía Moral del siglo XVIII y su repercusión en el Perú”. Pp.257-300. In: ASÍN, Fernando Armas (compilador), *La construcción de la Iglesia en los Andes*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1999, p. 269.

²⁷ BACIGALUPO, Luis E., “Probabilismo y Modernidad. Un capítulo de la Filosofía Moral del siglo XVIII y su repercusión en el Perú”. Pp.257-300. In: ASÍN, Fernando Armas (compilador), *La construcción de la Iglesia en los Andes*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1999, p. 269-270.

²⁸ MARAVALL, José Antonio, *Estudios de historia del pensamiento español*. Serie primera. Edad Media. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 1999, p.46.

²⁹ AGIA, F. Miguel, *Tratado que contiene tres pareceres graves en derecho*, etc, Lima, 1604, ed. de AYALA, F. J., *Servidumbres personales de indios*, Sevilla, 1946, Primeiro Parecer, p.33.

³⁰ “La ley tiene lugar donde su razón la tiene, y también porque la ley no tiene lugar sino en los casos en ella comprendidos (...) y finalmente porque el legislador no entiende ligar por su ley ultra del fin que pretende”. In: AGIA, F. Miguel, *Tratado que contiene tres pareceres graves en derecho*, etc, Lima, 1604, ed. de AYALA, F. J., *Servidumbres personales de indios*, Sevilla, 1946, Primeiro Parecer, p.34.

³¹ AGIA, F. Miguel, *Tratado que contiene tres pareceres graves en derecho*, etc, Lima, 1604, ed. de AYALA, F. J., *Servidumbres personales de indios*, Sevilla, 1946, Primeiro Parecer, p.35.

³² AGIA, F. Miguel, *Tratado que contiene tres pareceres graves en derecho*, etc, Lima, 1604, ed. de AYALA, F. J., *Servidumbres personales de indios*, Sevilla, 1946, Segundo Parecer, p.87.

³³ Consideramos como um argumento econômico porque a coroa explorava as minas e recebia uma porcentagem desse trabalho em tributos e impostos. Como político, porque a sociedade era regida por um governante e a ele devia obediência. Mas também moral por dois motivos: primeiro, porque se podia amenizar as opressões sofridas pelos índios se se apelasse para a conservação econômica das províncias do Peru; segundo: devia obedecer ao que ditava à consciência.

³⁴ AGIA, F. Miguel, *Tratado que contiene tres pareceres graves en derecho*, etc, Lima, 1604, ed. de AYALA, F. J., *Servidumbres personales de indios*, Sevilla, 1946, Terceiro Parecer, p.115.

³⁵ AGIA, F. Miguel, *Tratado que contiene tres pareceres graves en derecho*, etc, Lima, 1604, ed. de AYALA, F. J., *Servidumbres personales de indios*, Sevilla, 1946, Segundo Parecer, p.97.

³⁶ BUSEMBAUM, Padre Hernann, *Medula de la Theologia Moral que con fácil, y c laro estilo, resuelve el casos: escrivola en idioma latino el padre Hermano Busenbaum, de la Compañía de Jesus, licenciado en Theologia*, Año de 1688. p.4

³⁷ AGIA, Fr. Miguel, *Tratado que contiene tres pareceres graves en derecho que ha compuesto el Padre*

Fray Miguel Agia. Impreso en Lima por Antonio Ricardo, año de 1604, in: *Servidumbres personales de indios*, - Edição e estudo preliminar por AYALA, Francisco Javier de, Escuela de estudios hispano-americanos, Sevilla, 1946, p.118

³⁸ VEREECKE, Louis, *Conscience Morale et Loi Humaine*. Selon Gabriel Vazquez S.J. Bibliothèque de Théologie, Série II, Théologie Morale, sous la direction de Ph. Delhaye – J. C. Didier – P. Anciaux, Vol. IV, Desclée & Cie, Éditeurs, 1957, p.04.

³⁹ GARCIA, Aurelio de Prada, *Por um modelo de jurista: el movimiento del Derecho libre*. Boletín de la Facultad de Derecho, num.18, 2001, p.15-47, p.45.

⁴⁰ BACIGALUPO, Luis, *Intención y Conciencia en la Ética de Abelardo*. Pontificia Universidad Católica del Perú- Fondo Editorial, Lima, Perú, 1992, p.34.

⁴¹ BACIGALUPO, Luis, *Intención y Conciencia en la Ética de Abelardo*. Pontificia Universidad Católica del Perú- Fondo Editorial, Lima, Perú, 1992, p.77.

⁴² BACIGALUPO, Luis, *Intención y Conciencia en la Ética de Abelardo*. Pontificia Universidad Católica del Perú- Fondo Editorial, Lima, Perú, 1992, p.84.

Artigo recebido em 20/01/2015. Aprovado em 23/02/2015.