

Hermenêutica e justiça na América do século XVII

RAFAEL RUIZ*

Introdução

As pesquisas historiográficas da América colonial têm se debruçado freqüentemente sobre a legislação metropolitana, valendo lembrar os trabalhos de Caio Prado, Raimundo Faoro, Fernando Novais, Laura de Mello e Souza ou António Manuel Hespanha, mas parece-me que têm sido menos freqüentes os trabalhos sobre os juízes locais e, principalmente, sobre o teor das suas sentenças, na linha que estabelecem Silvia H. Lara e Joseli Maria N. Mendonça (LARA e MENDONÇA, 2006: 11-13).

A tentativa de entender a dinâmica colonial com as suas relações de poder, os seus interesses encobertos ou explícitos e as formas de administrar a justiça nas diversas partes da América seria mais profunda e abrangente se pudéssemos entender a forma concreta em que se ditavam as sentenças, ou seja, as decisões finais por meio das quais os juízes, ouvidores, corregedores e alcaides estabeleciam e aplicavam as leis reais aos casos concretos locais.

Este trabalho procurará dar conta dos princípios hermenêuticos que permitiam aos juízes interpretar as leis, cédulas e provisões reais no fundamento das suas sentenças e decisões judiciais. Dessa maneira, parece-me que poderemos entender melhor as tensões entre a legislação régia e as diferentes realidades locais da América colonial.

O juiz local, ministro de Deus e imagem do Rei

Antes de adentrar na figura e no papel dos juízes parece-me conveniente relembrar algumas diferenças entre a forma de entender o direito, a lei e a justiça dentro de uma visão contemporânea, a partir do século XIX, e de uma visão propriamente moderna, como seria a do século XVII e, para isso, gostaria de recorrer a algumas considerações do historiador italiano Paolo Grossi.

Para cada um de nós, afirma Grossi, o direito apresenta-se apenas como lei, e a lei apresenta-se como um mandato ou imposição vinda do Estado, com as características

* Professor Adjunto de História da América da Universidade Federal de São Paulo. O autor agradece à FAPESP pelo auxílio JP concedido.

de abstração e generalidade, ou seja, pensamos que o justo seria que a lei não se alterasse diante de casos e motivos particulares e pessoais (GROSSI, 2003: 21-22). Por outro lado, se considerarmos que a visão do século XVII ainda era uma visão em que as perspectivas, os conceitos e as praxes jurídicas medievais tinham plena vigência, encontrar-nos-emos com uma situação bastante diferente. O direito não era entendido como fruto da vontade legisladora do Príncipe, mas como decorrência da “realidade histórica” (GROSSI, 2003: 25), querendo significar com essa expressão que “o direito repousa nos estratos profundos e duradouros da sociedade”, de forma que se manifesta “no nível genético, num compacto aflorar de costumes, que prevaleciam sobre as infreqüentes intervenções autoritárias dos Príncipes; no nível sistemático, num rico ordenamento que é fruto mais do que de legisladores de mestres teóricos” (GROSSI, 2003: 26).

Nesse sentido, a característica principal do direito seria a *interpretação*, tarefa que seria realizada não apenas por um jurista ou um juiz isolados, mas por uma comunidade de juristas, doutores, juízes, teólogos e moralistas, que, sobre a base de textos autorizados (romanos e canônicos), construiria o direito que seria justo para cada caso concreto (GROSSI, 2003: 27). Como muitos outros autores já salientaram, tratar-se-ia de um “direito de juristas” em contraposição a um “direito de leis” (MARTIRÉ, 2009: 79)¹.

Toda essa introdução foi necessária para podermos entender melhor qual seria o papel e a função dos juízes na América do século XVII.

A principal função do Rei não era a de legislar, mas a de julgar e fazer justiça no seu Reino, dando a cada um o que era o seu direito. Os juízes, como imagem do Rei, eram também ministros de Deus para realizar a justiça (CASTILLO DE BOBADILLA, 1608: 349). Um jurista do século XVI, Juan de Matienzo, que fora relator da Chancelaria de Valladolid e, mais tarde, ouvidor da Audiência de Charcas, conhecido pela sua obra *Gobierno del Perú*, de 1567, elaborou antes disso uma alegoria, a “árvore dos juízes”, na qual desenhava as qualidades que deveriam ter os juízes para exercer a

¹ Eduardo Martiré cita o trabalho de Carlos Garriga e Marta Lorente, “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, e aceita a sua conceituação de “justiça de homens e não de leis”.

sua função². A sua obra *Dialogus Relatoris et Advocati Pintiani Senatus*, publicada em Valladolid em 1558, teve uma grande difusão ao ponto de ter sido realizada uma terceira edição em Francfort-sur-le Main, em 1623 (MARTIRÉ, 2009: 75). A tese fundamental da alegoria consistia no entendimento –estranho para os nossos ouvidos de hoje- de que para que houvesse sentenças justas era necessário que o juiz fosse justo: “as sentenças –que são o fruto da árvore- mais do que estar ajustadas à lei, devem ser justas e, para o serem, devem ser pronunciadas por um homem justo (*iudex perfectus*), que goza de um amplo *arbitrium*, para, se fosse o caso, criar normas específicas para o problema jurídico que as partes lhe colocam, modificando desta maneira, se fosse necessário, o direito vigente” (MARTIRÉ, 2009: 77). A característica principal da sua função de juiz consistia em ser uma tarefa consuetudinária e jurisprudencial, e não uma dedução a partir das leis vigentes.

Para que todo esse sistema funcionasse era necessário que o juiz fosse um homem perfeito ou, como se dizia, um *iudex perfectus*³, onde a alegoria da árvore explicitava as qualidades requeridas: O *solo fértil* da linhagem nobre, as *raízes* do temor a Deus, da ciência do direito e da experiência da prática processual, o *tronco* da autoridade, da fortaleza, do desapego dos bens, da imparcialidade e da suspicácia, a *crosta* da paciência e da humildade, a *seiva* da verdade, da fidelidade e do secreto, os *galhos* que são os oficiais do juiz que executam as suas decisões, as *flores* da eloquência, afabilidade e cortesia, as *folhas* da prudência e, finalmente, o *fruto* que é a justiça e a equidade. Desenhava-se assim a figura de um homem bom, reto e santo tal como o Rei, de quem era a sua imagem. Tratava-se, portanto, de um universo em que se pensava que a moral particular, ou seja, as qualidades morais pessoais tinham uma eficácia direta na vida pública ou, como assinala Paolo Prodi, “ainda não se tem uma separação entre o pecado e a infração, entre a desobediência à lei da Igreja e àquela do príncipe” (PRODI, 2005: 182).

Talvez por esse motivo a proliferação de livros sobre o “Juiz Perfeito” ou o “Corregedor Perfeito” caminhava ao mesmo ritmo que os “Espelhos de Príncipe”.

² Sigo nesta questão a interpretação de Eduardo Martiré, na sua obra já citada, onde analisa o artigo de Jesús Vallejo, “Acerca del fruto del árbol de los jueces. Escenarios de la cultura del *ius commune*”, em *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, vol. 2 (1998), p. 19-46.

³ Sobre esse termo é significativo que, no século XVI, Castillo de Bobadilla escreva um livro para “corregedores perfectos” e, no fim do século XVIII, Guardiola y Sáez escreva também um livro com esse mesmo título.

Ainda no fim do século XVIII, publicava-se em Madri a obra do jurista Guardiola y Sáez, “*El Corregidor perfecto y juez exactamente dotado de las calidades necesarias y convenientes para el buen Gobierno*”⁴, onde o autor recorrendo a toda a tradição anterior, e traçando uma linha de continuidade entre as *Siete Partidas*, de Alfonso X, e a *Recopilación de las Leyes de Indias*, entendia que “o juiz, de acordo com as nossas leis pátrias é o homem bom, que é colocado para mandar e fazer direito e julgar os pleitos” (GUARDIOLA Y SÁEZ, 1785: 32-33).

Talvez esteja sendo algo repetitivo, mas parece-me necessário insistir em dois pontos para entender o universo jurídico do século XVII: Primeiro, para que possa haver justiça e se possam ditar sentenças justas é preciso que o juiz seja justo. Um juiz injusto, mesmo com uma legislação perfeita, não aplicará sentenças justas. Segundo, o que é justo encontra-se não olhando para a lei e deduzindo-o a partir dela, mas olhando para a própria relação entre as partes e *vendo* o que é justo entre elas e, depois, *dizendo* o direito de cada uma delas. Portanto, estava-se, literalmente à mercê do arbítrio do juiz: “o arbítrio delegava no juiz ou no ministro a faculdade de decidir determinada situação de acordo com a apreciação [que o juiz] realizasse das circunstâncias, das coisas e das pessoas” (TAU ANZOÁTEGUI, 1992: 534).

E, precisamente por isso, exigia-se (tanto nos séculos XIII ou XIV, quanto no XVII ou no final do XVIII) que o juiz fosse –desculpem a extensão do parágrafo, mas me parece fundamental para entender o teor da visão jurídica do século XVII sobre o juiz- sóbrio, modesto, agradável, benigno, cortês e afável. Não devia ser iracundo, altivo, nem cruel nem excessivamente duro e severo com os súditos; grave e temperado e com medida, nos gestos, passos e palavras, no asseio, adorno e compostura. Nem muito falador, nem jactancioso de si próprio, cauto e distante dos erros dos seus antecessores. Nem pomposo, nem presunçoso; não devia ser amigo de novidades, nem precipitado ou negligente, nem crédulo, nem excessivamente incrédulo. Deveria ser recatado e não suspeitoso, nem malicioso, nem astuto. Casto, pouco dado a convites,

⁴ A obra completa tem um título mais minucioso: GUARDIOLA Y SÁEZ, L., *El Corregidor perfecto y juez exactamente dotado de las calidades necesarias y convenientes para el buen Gobierno económico y político de los pueblos y la más recta administración de justicia en ellos, y avisado, entre otras cosas, de las muchas cargas y obligaciones de su Oficio: conforme todo a las Leyes Divinas, Derecho Real de España, y Reales Resoluciones hasta ahora publicadas sobre la nueva Planta y Escala admirable de los Corregimientos y Alcaldías Mayores de estos Reynos*, en Madrid, en la Imprenta y Librería de López, 1785.

especialmente convites privados, sem ter amizades estreitas, desculpando-se por não participar dos jogos, bailes e outras diversões impróprias do seu ofício. Não devia ser orgulhoso, austero, nem muito triste ou melancólico. Nem extremado, nem singular nas suas deliberações. E, em definitivo, devia procurar que a sua meta fosse o bem comum da República, a observância das leis e a defesa dos súditos, sem esquecer o socorro dos pobres, o amor dos órfãos, a veneração dos templos, a proteção das virtudes, o rápido despacho dos negócios e demandas, julgando sempre o justo sem distinção de pessoas cuidando ao mesmo tempo da fidelidade, diligência, limpeza e bondade dos oficiais ” (GUARDIOLA Y SÁEZ, 1785: 129-131). E ainda Guardiola exigia que os corregedores, alcaides e juízes fossem de boa linhagem, tivessem bom entendimento e boas razões e palavras, que não fossem soberbos e que amassem a justiça, sendo retos e constantes em administrá-la, firmes, fortes e leais, de boa fama, sem cobiça, sem ser avarentos, nem amigos de dádivas, presentes ou acertos. E, finalmente, sábios, prudentes, verídicos e, acima de tudo, tementes a Deus e ao Rei.

Resumindo, o juiz deveria ser não apenas uma pessoa boa e virtuosa, mas praticamente uma pessoa santa, de maneira que tendo a concordar com Paolo Prodi quando constata, para esta época, “a intrínseca carga humana e, portanto, também moral que o próprio direito implica” (PRODI, 2005: 508). Não havia como separar a moral do direito, nem como querer que um juiz, que não fosse um homem justo, pudesse ditar sentenças justas apenas aplicando as leis aos casos concretos.

A fundamentação das sentenças e o probabilismo da Teologia moral

Uma questão ainda mais estranha aos nossos modos de percepção atuais era a da fundamentação das sentenças judiciais. A prática que se seguia em Castela e que fora adotada na América estava atrelada às *Siete Partidas*, que exigia do juiz uma profunda reflexão e deliberação antes do momento de sentenciar, mas que silenciava qualquer exigência com relação à necessidade de tornar públicos e dar a conhecer os fundamentos da sentença (MARTIRÉ, 2009: 69), que se elaborava na consciência do juiz, “mundo fechado ao qual ninguém tinha acesso” (MARILUZ URQUIJO, 1976: 141). A mudança neste ponto, exigindo que os juízes publicassem os motivos e fundamentos da sua sentença só acontecerá efetivamente a partir do século XIX, embora

possam ser encontrados ao longo do XVIII alguns juristas que defendessem a sua necessidade.

Exigia-se que o juiz escutasse as partes, visse as provas e os documentos, tivesse em conta a doutrina dos doutores, a opinião comum, os foros, costumes e as leis reais, e deliberasse em consciência a sentença mais justa, mas não que fundamentasse ou explicasse publicamente os motivos da sua sentença. Esse “deliberar em consciência” significava que a sua decisão formava-se no seu foro interno e, portanto, estava delimitada dentro do âmbito da Teologia moral. Nesse sentido, parece-me extremamente acertada a opinião de Prodi quando afirma que “nasce a teologia moral como reflexão e ensinamento relativo ao foro interno” (PRODI, 2005: 205), e, portanto, o elemento coativo que poderia refrear as arbitrariedades judiciais não se encontrava na legislação ordinária do Rei e dos Conselhos, mas na doutrina moral da Igreja que foi elaborando a partir dos séculos XII e XIII toda uma teoria específica sobre os pecados graves cometidos pelos juízes iníquos⁵.

No século XVII, uma das questões mais relevantes no âmbito da Teologia moral católica era a discussão e o debate em torno ao probabilismo (RUIZ, 2010: 81-101). O probabilismo desenvolveu-se dentro de um debate que tinha como eixo central o estado de consciência das pessoas: diante de uma ação determinada, a pessoa poderia agir com consciência certa ou duvidosa. A diferença entre uma ou outra atitude significava que a pessoa poderia cometer ou não um pecado grave. Na hipótese de um indivíduo encontrar-se na dúvida com relação a duas ou mais possibilidades de como agir de forma certa, a teologia moral oferecia várias soluções, uma delas era a solução probabilista. Para o caso dos juízes, essa solução apresentava-se mais ou menos da seguinte forma: as decisões e sentenças dos juízes poderiam seguir a opinião provável, e não necessariamente a opinião certa. Ou seja, estando em dúvida sobre o que seria mais justo num caso concreto, o juiz podia apoiar-se ou bem nas doutrinas e opiniões dos juristas de renome, ou bem nos diferentes costumes locais, seguindo não propriamente a lei, mas principalmente a sua própria consciência e, nesse sentido, tornava-se necessário que os juízes levassem em conta as circunstâncias e as peculiaridades locais dos casos concretos. Essa corrente doutrinária teve uma influência e uma força efetivas não

⁵ Prodi cita a obra de João de Capistrano, *Speculum conscientiae* (O espelho da consciência), de 1441, onde se perguntava, por exemplo, se uma pessoa que seguisse a própria consciência e desobedecesse a lei humana podia considerar-se justo ou não.

apenas na Espanha, mas também na América, provocando intensos debates de tal forma que “não é possível entender todo o século XVII e mesmo até toda a época colonial, se não se tiverem em conta essas discussões” (MUÑOZ GARCÍA, 2003: 66).

Os principais princípios do probabilismo poderiam ser resumidos a três: “quem age segundo a probabilidade, age prudentemente”, “uma lei duvidosa não é lei” e o terceiro, marcadamente teológico, “em Deus se dão duas leis eternas, per se e per accidens, ou direta e reflexa, ou antecedente e consequente”. As decorrências jurídicas desses princípios já analisei no artigo citado, aqui gostaria apenas de destacar algumas ideias mais importantes.

A sentença justa era aquela que poderia decorrer de uma opinião provável, ou seja, tendo o juiz diante dele diferentes opiniões de diferentes juristas, teólogos e doutores, poderia optar por aquela que considerasse uma opinião que provavelmente poderia ser aplicada ao caso concreto. Normalmente, era muito elevado o número de opiniões contrárias que podiam ser encontradas como soluções doutrinárias para uma lei concreta, dessa maneira qualquer lei poderia ser relativizada, entendendo-se, então, que a lei deixava de ter força coativa (CONCINA, 1773: VI). Finalmente, como decorrência do terceiro princípio, de cunho fortemente teológico, entendia-se que quem decidia nesses casos era a pessoa concreta, seguindo a sua própria consciência, porque “o dictame da nossa consciência é verdadeiro, mesmo que o homem possa errar com erro vencível” (CONCINA, 1773: 144). A consciência do juiz, portanto, tornava-se o critério decisivo para indicar o que era ou não justo, sendo a própria consciência o fundamento da sentença judicial. Nesse sentido, concordo novamente com Prodi quando diz que se está formando “o esboço de uma divisão já completa entre o foro da lei e o foro da justiça divina: a única ligação está na consciência do juiz” (PRODI, 2005: 211).

Como já indiquei no artigo anterior, a doutrina probabilística atribuía à consciência dos magistrados locais o poder de decidirem prudentemente sobre as formas de aplicação ou não aplicação das leis metropolitanas. A interpretação de uma lei régia de acordo com a convicção em consciência do juiz tornava-se um instrumento legal, que colocava nas mãos das autoridades locais o poder não apenas de executar e adaptar as leis, mas principalmente o poder de ignorá-las e, inclusive, de não obedecê-las.

Os princípios de hermenêutica na interpretação das leis

O decisivo na hora de deliberar sobre a sentença a ser dada não eram as leis régias; também não eram os costumes locais nem as opiniões dos diferentes doutores e juristas. O decisivo era a interpretação. “O jurista é na realidade o grande intérprete. ‘A *scientia juris* é por excelência *interpretatio*’”⁶ (MARTIRÉ, 2009: 17).

Não apenas a interpretação do juiz no caso concreto, mas as interpretações que um enorme número de juristas foram dando ao longo dos séculos. O juiz, pelo menos o juiz letrado ou aquele que tinha à sua disposição um assessor, podia recorrer a essas interpretações para entender o sentido de uma lei concreta e analisar como devia ser entendido o caso em questão (MARTIRÉ, 2009: 18).

Para facilitar o entendimento deste ponto, vou seguir um caso concreto: a obra de Francisco Carrasco del Saz, Ouvidor real da Audiência do Panamá, *Interpretatio ad aliquas leges Recopilationis Regni Castellae*, publicada em Sevilla, em 1620.

A estrutura do texto já é bem elucidativa: primeiro declara-se a lei da Recopilação que está sendo analisada. A seguir, vão sendo elencados diferentes doutores, juristas e teólogos, com as suas interpretações e posições para, depois, o autor opinar sobre cada uma delas ou de todas no seu conjunto, mostrando os diferentes aspectos da questão, finalmente surge a sua interpretação pessoal, umas vezes seguindo um dos autores citados, ou a opinião comum, ou dando um novo giro e interpretação em toda a questão.

Para Carrasco del Saz há duas formas de interpretação: a interpretação geral e necessária, que pertence ao Príncipe ou ao Rei, e se estende a todos os casos, e a interpretação necessária, mas não geral, que se aplica apenas ao caso concreto que esteja sendo julgado (CARRASCO DEL SAZ, 1620: 86). É sobre esta última forma de interpretação que recai o interesse deste trabalho, porque me parece que era a maneira concreta de dar poderes aos juízes locais para adaptar, corrigir, aplicar ou recusar as leis reais nos casos específicos que lhes eram submetidos.

Quais eram os princípios interpretativos que poderiam ser seguidos à hora do juiz deliberar sobre a sentença a ser dada? De forma não exaustiva, mas seguindo o texto do Ouvidor real, poderíamos dizer que eram: a comum opinião dos doutores, a

⁶ O autor está citando a Paolo Grossi.

opinião de um doutor incontestado, o costume, a não recepção da lei e a necessidade e o bem da República.

Antes de tratar de cada um desses princípios, gostaria de chamar a atenção para um requisito que dava conta da ideia, já apontada por Matienzo, de que apenas o juiz perfeito poderia elaborar sentenças justas e, para isso, no começo da sua obra, Carrasco del Saz lembra da necessidade e conveniência de os juizes confessarem e comungarem com frequência para poderem estar em melhores condições de julgar (CARRASCO DEL SAZ, 1620: 4).

A *communis opinio* era a opinião defendida pela maior parte dos juristas e teólogos que gozavam de uma autoridade reconhecida. Poderiam ser autores contemporâneos ou antigos, “de seis séculos atrás, a fim de torná-los aptos [os seus textos jurídicos] à realidade do seu tempo, ou seja, reconstruíam um direito efetivo, ligado aos fatos” (MARTIRÉ, 2009: 18). Carrasco del Saz cita expressamente as opiniões de Covarrubias, Gregório López, Molina ou Avendaño, entre os autores seus contemporâneos, bem como as sentenças de Graciano, Acursio, Baldo ou Bártolo, entre os autores medievais. Um dos textos mais citados é o Manual de Martín Navarro Azpilcueta⁷. Dentro dessa mesma lógica, também tem uma especial importância a opinião isolada de um autor concreto, cuja autoridade era incontestada, como podia ser Suárez, Castillo de Bobadilla ou o Abade Panormitano.

Outro princípio tão importante quanto o anterior era o *costume* local. Diante de uma lei concreta cuja interpretação estivesse sendo discutida, o autor opinava em favor de seguir a prática e o uso que ao longo do tempo já tinha decantado em costume numa região determinada, de maneira que “o costume é o melhor intérprete da lei”⁸ (CARRASCO DEL SAZ, 1620: 77) e, assim, por exemplo, indicava que todos os juizes poderiam resolver a questão “mirando a la costumbre de otros casos exemplares” (CARRASCO DEL SAZ, 1620: 37) e, de forma mais geral, afirmava que, em caso de dúvida, deve-se interpretar conforme o *uso*⁹ (CARRASCO DEL SAZ, 1620: 83).

⁷ Foi professor na Universidade de Coimbra, teve grande destaque pelos seus estudos sobre a moeda e as transações económicas e escreveu um famoso Manual de Confessores e Penitentes, publicado em Coimbra em 1560. Faleceu em 1586.

⁸ “*quod consuetudo est optima legum interpretis*”.

⁹ *Comprobatur ex eo, quod quando esset dubium, como en efecto lo estan las palabras de las dichas Bulas, sobre si se estienden a los diezmos de los dichos bienes patrimoniales, verba dubia privilegiorum per usum interpretatur.*

Esse princípio permitia que houvesse decisões e sentenças completamente opostas para lugares diferentes a partir de uma mesma lei régia. No capítulo VI do seu livro, tratando sobre os dízimos que deviam ser pagos, considerava que a questão dos dízimos era de direito divino e que sobre isso não havia muitas dúvidas, contudo, no parágrafo II, começa a tratar da mesma questão não já na Espanha, mas na América, para mostrar que os naturais de Lima tinham melhores condições e mais riquezas que os de Cuzco e, por isso, a Real Audiência suspendeu uma Real Ordenança que mandava cobrar os dízimos dos indígenas, e o autor concluía: “de manera que de una suerte, se pagan y cobran los diezmos de los indios en el Arzobispado de Lima y en el de Cuzco no se permite se cobren” (CARRASCO DEL SAZ, 1620: 63). Dessa forma, o costume permitia que as sentenças tivessem uma “notável variedade, conforme os reinos e províncias” (MARTIRÉ, 2009: 58). .

As especificidades, as circunstâncias e os costumes do lugar são determinantes para que os juízes sentenciem de uma ou de outra forma, diante de um mesmo princípio legal. Essa característica do peso da sociedade local e dos seus usos torna-se ainda mais relevante num outro princípio que remontava a uma tradição medieval (RUIZ, 2009: 178-202): *uma lei que não é recebida pelo povo não tem força de lei*. O princípio é invocado por Carrasco del Saz como algo pacífico e sobre o qual não havia discussão¹⁰ (CARRASCO DEL SAZ, 1620: 83), quando, tratando sobre os privilégios que teriam ou não os cavaleiros das ordens militares, concretamente da de Alcântara, o autor afirmava que “a lei pública, como a comum, se não for recebida, não obriga, de maneira que a lei comum, quando não é recebida pelo costume, não tem força de lei”¹¹ (CARRASCO DEL SAZ, 1620: 83).

Finalmente, encontra-se também o recurso a três expressões, que não eram apenas “retóricas”, no sentido de que poderiam ser vistas como expressões tópicas e vazias de conteúdo, mas que representavam fortes argumentos jurídicos interpretativos para delimitar a extensão e o sentido das leis reais, podendo ser invocados não apenas para modificar as leis, mas inclusive para não aplicá-las: *a necessidade, as*

¹⁰ O texto em concreto diz que a resposta neste caso é fácil: “*facilis tamen est responsio, cum in nostro casu...*”.

¹¹ “*ut lex publica, ut communis, qua si non fuerit recepta non obligat, (...), cum igitur lex communis usu non recipiatur, non obtinet firmitatem*”.

peculiaridades do local (principalmente, a distância e a escassez demográfica ou econômica) e *o bem da República*.

Nesse sentido, o Ouvidor real fazia referência a uma glosa medieval para precisar o alcance do termo “*necessitas*”, explicando que devia ser aplicado quando “a rapidez do assunto assim o exigisse”¹² (CARRASCO DEL SAZ, 1620: 17). Não queria dizer com isto que “a necessidade” fosse aplicada apenas nos casos de urgência, mas que era uma das muitas formas em que podia ser entendido o termo. Da mesma forma, ao tratar sobre os casos de imunidade eclesiástica, especificava que “em estes Reinos do Peru” havia mais de vinte anos que se praticava um costume contrário ao preceituado pela lei e, portanto, de acordo com o princípio da “lei não recebida”, poderia continuar-se praticando conforme a esse costume¹³ (CARRASCO DEL SAZ, 1620: 19). Em muitos outros momentos, referia-se ao “grave daño de la República” para fundamentar alguma de suas opiniões.

Como pano de fundo de todo esse trabalho de interpretação encontrava-se, como destaquei no item anterior, a doutrina teológica e moral do probabilismo. Não seria de se estranhar que, dentro dessa lógica jurídica, os juízes se encontrassem frequentemente com duas ou mais opiniões tão acertadas uma quanto a outra e, ao mesmo tempo, diferentes uma da outra, e que ficassem na dúvida sobre qual delas seguirem. Nesses casos, Carrasco del Saz citava expressamente Bartolomé Medina, o teólogo que foi considerado como o introdutor da doutrina probabilista no âmbito da Igreja católica, e explicava que havendo duas opiniões prováveis, podia seguir-se uma ou outra, porque embora não houvesse certeza especulativa, haveria, sim, “certidumbre práctica”¹⁴ (CARRASCO DEL SAZ, 1620: 20).

Conclusão

Parece-me que para adentrarmos com maior profundidade nas estratégias e nos interesses dos poderes locais na América dos três primeiros séculos após o descobrimento, não basta falar de “pluralismo legislativo”, nem estabelecer teorias a

¹² “*Et ibi glossa verbo necessitas explicat: si res celeritatem requirat*”.

¹³ “*Et in his Peru Regnis, nullatenus est in praxi receptum ab hinc viginti annis, et sic non obligat*”.

¹⁴ O texto está em castelhano, o qual exige uma explicação. A maioria do texto está em latim, mas quando o autor considera que um texto é importante e que está escrevendo não para especialistas, mas para todos, então aparece em castelhano.

partir da análise dos textos jurídicos compendiados em Ordenações ou Recopilações, é preciso ir além e chegar até as decisões e sentenças daqueles que tinham a função de julgar: juízes, alcaides, corregedores, audiências, vice-reis, etc, sendo preferível, portanto, falar em “pluralismo de decisões”.

Por outro lado, para elaborar coerentemente um bom esquema ou análise interpretativa, conviria ter em consideração que os juízes elaboravam as suas sentenças não como uma dedução ou raciocínio argumentativo a partir da lei posta, mas, em primeiro lugar, a partir dos fatos tal como apareciam no caso concreto, depois procurando a melhor solução a partir dos costumes locais, da opinião comum dos doutores e das diferentes interpretações que eram feitas com relação a uma lei régia em particular, entendendo sempre que essas leis eram porosas e plásticas, servindo como moldura para uma posterior e necessária interpretação, e sempre, podendo se apoiar na teologia moral probabilística que lhes permitia seguir uma ou outra interpretação de acordo com a sua consciência, ou suas necessidades ou os seus próprios interesses.

BIBLIOGRAFIA

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

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

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

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

GUARDIOLA Y SÁEZ, L., *El Corregidor perfecto y juez exactamente dotado de las calidades necesarias y convenientes para el buen Gobierno económico y político de los pueblos y la más recta administración de justicia en ellos, y avisado, entre otras cosas, de las muchas cargas y obligaciones de su Oficio: conforme todo a las Leyes Divinas, Derecho Real de España, y Reales Resoluciones hasta ahora publicadas sobre la nueva Planta y Escala admirable de los Corregimientos y Alcaldías Mayores de estos Reynos*, en Madrid, en la Imprenta y Librería de López, 1785.

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

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

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

MATIENZO, Juan de, *Dialogus Relatoris et Advocati Pintiani Senatus*, Valladolid, 1558.

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

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

RUIZ, R., “A interpretação das leis reais: ambiguidade e prudência no poder das autoridades locais na América do século XVII” em *Clio. Revista de Pesquisa histórica*, n. 27-1, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009.

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

SOUZA, Laura de Mello e, *O sol e a sombra. Política e administração na América portuguesa do século XVIII*, Companhia das Letras, São Paulo, 2006.

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