



REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFRGS

NÚMERO 37

Algumas observações sobre o modus operandi e a prudência do juiz no Direito canônico indiano

Algunas observaciones acerca del modus operandi y la prudencia del juez en el derecho canónico indiano

Some observations regarding the modus operandi and the prudence of the iudge in Indian Canon Law



UFRGS

Thomas Duve
Max-Planck-Institut für europäische
Rechtsgeschichte



Algumas observações sobre o *modus operandi* e a prudência do juiz no Direito canônico indiano*

Algunas observaciones acerca del modus operandi y la prudencia del juez en el derecho canónico indiano

Some observations regarding the modus operandi and the prudence of the judge in Indian Canon Law

Thomas Duve**

REFERÊNCIA

DUVE, Thomas. Algumas observações sobre o modus operandi e a prudência do juiz no Direito canônico indiano. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 37, p. 52-79, dez. 2017.

RESUMO

A incorporação das Índias à Coroa de Castela implicou a vigência, no Novo Mundo, da complexa estrutura de fontes que vigorava na Europa, com seus direitos históricos, formados por camadas sucessivas. Entretanto, nestas vastas terras, administrar a justiça era um desafio ainda maior – pelas distâncias, pelo ineditismo da situação, pelo encontro com as culturas indígenas. Se o *ius commune* admitia uma grande flexibilidade, ainda maior era a requerida pelo mundo indiano. Neste artigo estuda-se um aspecto do particular processo de transplante e de reprodução das normas do *ius commune* nas Índias, tomando como ponto de partida a normativa sobre a competência jurisdicional do juiz eclesiástico para os assuntos das *personae miserabiles*. A análise das autoridades medievais e de sua interpretação pelos autores europeus e indianos da Baixa Idade Moderna mostra como a pluralidade, a

ABSTRACT

The incorporation of the Indies to the Crown of Castille implied the enforcement in the New World of a complex structure of legal sources that was being applied in Europe, with its historic rights and successive layers. But providing justice in these vast lands was a greater challenge, due to the distances involved, unknown realities, and encounters with indigenous cultures. Ius commune allowed much flexibility, but the New World would require even more. This essay examines one aspect of that particular legal adaptation process, by studying norms that established jurisdictional competence for ecclesiastic judges in the affairs of personae miserabiles. Reviews of medieval authorities, and how they were interpreted by writers of the early Modern Age in Europe and the Indies, show that the plurality, disparity, and historicity of legal sources contributed to create a very

RESUMEN

Como es sabido, la incorporación de las Indias a la Corona de Castilla implicó la vigencia en el Nuevo Mundo de la compleja estructura de fuentes que regía en Europa, con sus derechos históricos, formados por sucesivos estratos. Sin embargo, en estas vastas tierras, administrar justicia era un desafío aún mayor – por las distancias, por lo inédito de la situación, por el encuentro con las culturas indígenas. Si el ius commune admitía una gran flexibilidad, más lo requería el mundo indiano. En el artículo se estudia un aspecto del particular proceso del trasplante y de la reproducción de normas del ius commune en las Indias, tomando como punto de partida la normativa sobre la competencia jurisdiccional del juez eclesiástico para los asuntos de las personae miserabiles. La mirada de las autoridades medievales y a su interpretación por autores europeos e indianos de la Temprana

* Versão original do texto em língua espanhola: DUVE, Thomas. Algunas observaciones acerca del *modus operandi* y la prudencia del juez en el Derecho Canónico Indiano. *Revista de Historia del Derecho*, n. 35, 2007, p. 195-226. Existe uma segunda versão do texto, que também foi publicada: DUVE, Thomas. “Los que escriben, poco aventuran en elegir opiniones; pero es muy peligrosa la elección en el juez que las ha de practicar”: Algunas observaciones acerca del modus operandi y la prudencia del juez en el Derecho Canónico Indiano. *Iudex et Magister*, 2008, p. 243-270. Tradução de Henrique Montagner Fernandes (doutorando no PPGDir-UFRGS). Revisão por Alfredo de J. Flores (Prof. Permanente do PPGDir-UFRGS). Este artigo é dedicado ao Pe. Dr. Nelson C. Dellaferrera por ocasião dos 50 anos de sua ordenação sacerdotal, integrando uma homenagem dedicada a ele pela Faculdade de Direito Canônico da *Pontificia Universidad Católica Argentina – UCA* (Buenos Aires).

** Diretor do *Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte* (Frankfurt am Main, Alemanha).





disparidade e a historicidade das fontes do direito contribuía para criar um *modus operandi* muito particular. Destaca-se, pois, a íntima relação entre as condições pragmáticas da administração da justiça, especialmente as concernentes às fontes do direito, e a cultura jurídica que se erigia sobre essas bases institucionais.

PALAVRAS-CHAVE

Administração da justiça. *Ius commune*. Juiz eclesiástico. *Personæ miserabiles*. Cultura jurídica.

special modus operandi. Thus is highlighted a close relation between the pragmatic conditions of a judicial administration, and specially that of legal sources, and the legal culture built upon these institutional foundations.

KEYWORDS

Judicial administration. *Ius commune*. Ecclesiastic judge. *Personæ miserabiles*. Legal culture.

Edad Moderna muestra cómo la pluralidad, la disparidad y la historicidad de las fuentes del derecho contribuían a crear un modus operandi muy particular. Se destaca pues, la íntima relación entre las condiciones pragmáticas de la administración de justicia, especialmente las fuentes del derecho, y la cultura jurídica que se erigía sobre estas bases institucionales.

PALABRAS CLAVE

Administración de justicia. *Ius commune*. Juez eclesiástico. *Personæ miserabiles*. Cultura jurídica.

SUMÁRIO

1. A jurisdição eclesiástica sobre as *personæ miserabiles* no Direito Canônico clássico e pós-clássico até a primeira Idade Moderna. 1.1. A *persona miserabilis* no *Corpus iuris canonici*. 1.2. A *persona miserabilis* na decretística, na decretalística e na canônica clássica. 1.3. A *persona miserabilis* nos canonistas da primeira Idade Moderna. 2. A *persona miserabilis* no Direito Canônico Indiano. 3. A prudência do juiz no Direito Canônico Indiano.

“Os que escrevem, pouco aventuram em escolher opiniões; mas é muito perigosa a escolha no Juiz que as tem de praticar...”^{***}

Na data de 19 de outubro de 1545, o frei Bartolomé de Las Casas, bispo de Chiapa[s], enviou uma carta ao Presidente da *Real Audiencia de los Confines*, Alonso de Maldonado, com um conteúdo no mínimo delicado: todos os casos – escreveram Las Casas e outros dois membros do clero – em que se envolvia qualquer índio, deveriam, de imediato, ser transferidos à jurisdição eclesiástica, porque os índios eram *personæ miserabiles* e, por isso, “um dos casos que pertence de direito e segundo os sagrados cânones aos bispos e juízes eclesiásticos e em que podem julgar e conhecer e fazer justiça

imediatamente, ainda que não haja negligência, nem malícia, nem suspeita do juiz secular”¹. Ante o não-atendimento a esta reivindicação – segue a carta – os bispos se veriam obrigados a comunicar aos fiéis de sua diocese que tanto o Presidente como os Ouvidores da Audiência haviam incorrido *ipso facto* em excomunhão.

Do ponto de vista político, não surpreenderá que dita solicitação não tivera êxito: passar todos os assuntos dos índios à jurisdição eclesiástica, com um bispo como Las Casas sendo o juiz competente², teria significado uma rendição incondicional na luta que se levava a cabo em

^{***} Nota de tradução: no original, seria – “Los que escriven, poco // aventuran en elegir opiniones; // pero es muy peligrosa la // elección en el Juez que // las ha de practicar...” O texto em português é tradução nossa.

¹ Representación a la Audiencia de los Confines, 19 de octubre de 1545. AGI, IG, 1381. In: CASTAÑEDA DELGADO, Paulino; et al. (org.). *Fray Bartolomé de Las Casas: Obras completas*. Tomo 13: Cartas y Memoriales. Madrid: Alianza Editorial, 1995. n. XXIII. p. 199-205.

² Sobre o bispo como juiz no Direito canônico *indiano*, ver: DELLAFERRERA, Nelson C. El obispo, único juez en la diócesis. *Cuadernos de Historia*, Córdoba, n. 9, 1999, p. 137-148.





torno da implementação das Leis Novas (“*Leyes Nuevas*”) nas Índias. Tendo a *iurisdictio*, Las Casas – que antes da Páscoa de 1545 havia negado a absolvição a todos os *encomenderos* de sua diocese por não restituírem aos índios seus bens e direitos – teria desordenado o regime político e econômico de Chiapas. Por isso, era previsível que a Audiência haveria de responder negativamente, e que também outras tentativas de Las Casas – cartas ao Imperador Carlos e ao Príncipe Felipe – viessem a ser infrutíferas³.

Talvez por ser tão pouco realista a reivindicação de Las Casas, seu principal adversário, o Presidente da Audiência dos *Confines*, Maldonado, em uma carta datada de 31 de dezembro de 1545, pôde limitar-se a escrever laconicamente ao Rei Carlos: “Não seria ruim se ele [Las Casas] prestasse contas pessoalmente ao Conselho Real das Índias de como os índios são de jurisdição eclesiástica. E, por não ter provido disto como pediu, excomunga a esta Audiência”⁴.

No entanto, desde o ponto de vista jurídico, a calma do Presidente da Audiência seria de se estranhar: Las Casas e seus colegas se apoiaram em uma série de cânones do *Decretum Gratiani* (C. 24, q. 3, c. 21; Dist. 84, c. 1, c. 2; 87, c. 1, c. 2; 88, c. 1) e do *Liber Extra* (X. 5.40.26; 1.29.38; 1.37.1; 2.2.15; 2.2.11; 2.2.10), e se

encontravam em conformidade com a “doutrina comum de todos os doutores acerca dos textos invocados”⁵. Conforme sua exposição, eles tinham o direito em seu favor.

Como poder ser que sustentassem opiniões tão contrárias acerca de um problema jurídico de tal importância? Por que os bispos podiam apoiar-se na comum opinião dos doutores, citando fontes canônicas da mais alta autoridade, e fracassarem redondamente em sua reivindicação? Não se “aplicava” o direito?

Essas perguntas nos levam ao objeto do estudo: a particular racionalidade jurídica do jurista-canonista “indiano”^b dos séculos XVI e XVII e, especialmente, a conexão entre os pressupostos materiais da atuação do jurista e seu *modus operandi*, isto é, entre as bases normativas e a pragmática jurídica. Trata-se de demonstrar, em um exemplo concreto tomado da matéria da jurisdição eclesiástica, que a disparidade das fontes do direito e a correspondente insegurança jurídica exigiam uma *poiesis* jurídica muito particular⁶, baseada em probabilidades e não em certezas, orientada pela prudência.

Para isso, na sequência, queremos partir do problema da competência da jurisdição eclesiástica para os assuntos das “*pessoas miseráveis*”^c – um termo mais conhecido no

³ Sobre o contexto, ver: HUERGA, Álvaro. Fray Bartolomé de las Casas. Tomo 1: Vida y obras. p. 191-260. In: CASTAÑEDA DELGADO, Paulino; et al. (org.). *Fray Bartolomé de Las Casas. Obras completas*. 14 tomos. Madrid: Alianza Editorial, 1998; ASSADOURIAN, Carlos Sempat. Fray Bartolomé de Las Casas, obispo: la condición miserable de las naciones indianas y el derecho de la Iglesia (un escrito de 1545). *Allpanchis*, Cusco (Peru), vol. XXII-1, n. 35-36, 1990, p. 29-104.

⁴ MALDONADO, Alonso de. Representación del Presidente de la Audiencia de los Confines al Emperador, fechada el 31 de diciembre de 1545. In: FABIÉ, Antonio María. *Vida y escritos de fray Bartolomé de Las Casas, obispo de Chiapa*. Tomo II. Madrid: Imprenta de Miguel Ginesta, 1879. p. 145.

⁵ LAS CASAS, Fray Bartolomé de. *Obras completas*. Tomo 13: Cartas y Memoriales. Organizada por Paulino Castañeda Delgado, Carlos de Rueda, Carmen Godínez e Inmaculada de La Corte. Madrid: Alianza Editorial, 1995. n. XXIII. p. 199-200.

^b *Nota de tradução*: o termo “indiano” aqui nesse texto corresponde a hispano-colonial.

⁶ Para o panorama nesse contexto, ver: GARRIGA, Carlos. Historia y derecho, historia del derecho. *Istor*, México, a. IV, n. 16, 2004, p. 03-08; GARRIGA, Carlos. Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen. *Istor*, México, a. IV, n. 16, 2004, p. 13-44, especialmente p. 30 *et seq.*; e, como exemplo de colocação em prática dessa sensibilidade metódica e muito afim ao presente tema, o trabalho: AGÜERO, Alejandro. Clemencia, perdón y disimulo en la justicia criminal del Antiguo Régimen. Su praxis en Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII. *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, n. 32, 2004, p. 33-81.

^c *Nota de tradução*: o termo “pessoa miserável” nesse texto se enquadra na tradição canonística de ver o status da pessoa em suas necessidades, não tendo relação direta com os significados usuais do termo.





contexto do direito civil, no que se refere aos privilégios, aplicados aos índios em matéria judicial⁷ – e analisar, em um primeiro passo, a reivindicação de Las Casas e de seus colegas, reconstruindo o marco normativo no qual se apoiavam.

Procederemos em três passos. Em primeiro lugar, deve-se voltar a colocar-se no lugar do jurista dos séculos XVI e XVII. Isso significa ler as fontes do direito que gozaram de autoridade nessa época: as disposições recolhidas no *Corpus iuris canonici*, especialmente no Decreto de Graciano, publicado nessa época ainda com a glosa, e os autores do direito canônico medieval, na forma em que se os conhecia no final do século XVI e início do século XVII⁸. Perscrutando essas fontes, damo-nos conta de que “o direito” não previa uma resposta inequívoca à questão acerca da jurisdição da Igreja sobre as pessoas miseráveis. O que existia eram algumas autoridades que indicavam que Las Casas e seus colegas poderiam ter razão em sua proposição, enquanto outras autoridades mostraram o

contrário – uma situação nada incomum no direito medieval e na primeira Idade Moderna, como se mostrará na primeira parte do trabalho (1).

Dessa forma, o problema da jurisdição eclesiástica para os assuntos das pessoas miseráveis pode ser visto como um exemplo de uma das características mais destacadas do direito da época: a de sua flexibilidade, ou, vindo desde outra perspectiva, de sua intrínseca insegurança. Essa “insegurança estrutural” do direito no século XVI e XVII teve suas consequências para o *modus operandi* do jurista: não se poderiam “aplicar” normas exatas, mas sim, frente à disparidade normativa e considerando a insegurança sobre qual é o direito efetivamente aplicável, era preciso praticar um exercício intelectual muito complexo para chegar a uma conclusão.

⁷ Para um resumo desse uso do termo, ver: DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio. *Manual de Historia del Derecho Indiano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Históricas, 1994. p. 314-371. A literatura sobre a condição jurídica do índio é abundante. Cabe destacar: BRAVO LIRA, Bernardino. *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1989. p. 17-33; e a extensa bibliografia do tema em: DAGROSSA, Norberto. *Bibliografía de la Historia del Derecho indiano*. In: ANDRÉS-GALLEGO, José (ed.). *Nuevas aportaciones a la Historia jurídica de Iberoamérica*. Madrid: Fundación Histórica Tavera; Fundación Hernando de Larramendi, 2000. p. 379-390 (Colección Projectos Históricos Tavera, I, CD-ROM, DIGIBIS). Sobre os privilégios dos índios por serem considerados “pessoas miseráveis”, ver, em especial: NORMA OLIVEROS, Martha. La construcción jurídica del régimen tutelar del indio. *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, Buenos Aires, n. 18, 1967, p. 105-128; CASTAÑEDA DELGADO, Paulino. La condición miserable del indio y sus privilegios. *Anuario de Estudios Americanos*, Sevilla, n. 28, 1971, p. 245-335; HESPANHA, Antonio Manuel. Sabios y rústicos. La dulce violencia de la razón jurídica. In: HESPANHA, A. (ed.). *La gracia del Derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 17-60; DÍAZ COUSELO, José María. El ius

commune y los privilegios de los indígenas en la América española. *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, n. 29, 2001, p. 268-306; DUVE, Thomas. La condición jurídica del indio y su consideración como persona miserabilis en el Derecho indiano. In: LOSANO, Mario (Ed.). *Un giudice e due leggi: Pluralismo normativo e conflitti agrari in Sud America*. (Collana Teoria Generale e Informatica del Diritto, IV). Milano: Università degli Studi di Milano, Dipartimento Giuridico-Politico, 2004. p. 03-33; CEBREIROS ÁLVAREZ, Eduardo. La condición jurídica de los indios y el derecho común: un ejemplo del “favor protectionis”. In: CONDORELLI, Orazio (org.). *Panta rei. Studi dedicati a Manlio Bellomo*. Tomo I. Roma: Il Cigno Edizioni, 2004. p. 469-489. O uso do termo “*persona miserabilis*” na primeira Idade Moderna é extensamente abordado em: DUVE, Thomas. *Sonderrecht in der Frühen Neuzeit. Studien zum ius singulare und den privilegia miserabilium personarum, senum und indorum in Alter und Neuer Welt*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2008 (Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte; ed. Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte).

⁸ Para isso, utilizei a “Editio Romana”: *Decretum Gratiani emendatum*. Venetiis: [s.n.], 1583; *Decretales Gregorii Papae IX*. Venetiis: [s.n.], 1600. E, apenas em casos expressamente mencionados, a edição de Friedberg. A glosa ao *Decretum* será citada segundo a edição: *Decretum Divi Gratiani [...]*. Lugduni: [s.n.], 1560.





Se isso é certo, como expôs, entre outros, Paolo Grossi⁹, para a cultura jurídica medieval – mas também se aplicando ao que ultimamente tem sido chamado de “cultura jurisdicional” do Antigo Regime¹⁰ –, tanto mais se aplica ao *modus operandi* do jurista “indiano”. Isso se faz patente no tratamento do mesmo problema da jurisdição eclesiástica sobre as pessoas miseráveis em uma das obras mais destacadas do direito canônico “indiano”, cem anos depois da luta de Las Casas: no *Gobierno eclesiástico y pacífico*, do agostiniano e então bispo de Santiago do Chile, frei Gaspar de Villarroel¹¹, quando este adverte, no mesmo contexto da jurisdição sobre a *persona miserabilis*:

Os que escrevem, pouco aventuram em escolher opiniões; mas é muito perigosa a escolha no Juiz que as tem de praticar: e na matéria de que se trata, qualquer erro será de grande perigo a um Prelado, pelos grandes inconvenientes que costumam assomar, quando parece que usurpa a jurisdição Real¹².

Portanto, analisar o uso do termo “*persona miserabilis*” no direito canônico “indiano” desde esse prisma será objeto da segunda parte deste trabalho (2).

Finalmente, num terceiro apartado, tentar-se-á formular algumas observações sobre a íntima

conexão entre os pressupostos materiais da aplicação do direito e a correspondente cultura jurídica, destacando que a exigência emblemática da “prudência do juiz”, virtude cardeal do emblemático *judex perfectus*¹³, não foi meramente fruto de uma postura filosófica, mas um complemento indispensável da cultura jurídica pré-moderna (3).

1 A JURISDIÇÃO ECLESIÁSTICA SOBRE AS PERSONÆ MISERABILES NO DIREITO CANÔNICO CLÁSSICO E PÓS-CLÁSSICO ATÉ A PRIMEIRA IDADE MODERNA

Como era, então, o marco normativo no qual se apoiavam Las Casas e seus colegas ao tratar o tema da jurisdição eclesiástica sobre os assuntos das pessoas miseráveis?

A realidade da jurisdição eclesiástica sobre as pessoas miseráveis insere-se na problemática mais ampla da delimitação dos foros civis e seculares e parte, por sua vez, da complexa relação entre a Igreja e o poder político ao longo da história. No atinente à jurisdição da Igreja, costuma-se distinguir a competência judicial *ratione personarum*, *ratione rerum* e a competência especial para alguns casos específicos¹⁴. A competência para os assuntos das

⁹ Cf. GROSSI, Paolo. *El orden jurídico medieval*. Prólogo de Francisco Tomás y Valiente. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 221 *et seq.*

¹⁰ Nesse contexto, cf.: AGÜERO, Alejandro. Las categorías básicas de la cultura jurisdicional. In: LORENTE SARIÑENA, Marta (org.). *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, 2007. p. 19-58; GARRIGA, Carlos. Justicia animada: dispositivos de la justicia en la monarquía católica. In: LORENTE SARIÑENA, Marta (org.). *Op. cit.*, p. 59-104; GARRIGA, Carlos. Sobre el gobierno de la justicia en Indias (siglo XVI-XVII). *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, n. 34, 2006, p. 67-160.

¹¹ VILLARROEL, Gaspar de. *Gobierno Eclesiástico Pacífico y Unión de los dos cuchillos, pontificio y regio*. Tomos I e II. Madrid: [s.n.], 1656-1657 (Reimpressão: Madrid, 1738). pars II, q. XIV, art. III, fls. 190-205.

¹² VILLARROEL, Gaspar de. *Op. cit.*, t. II, q. XIV, art. III, n. 67 (“Los que escriben, poco aventuran en elegir

opiniones; pero es muy peligrosa la elección en el Juez que las ha de practicar: y en materia de que se trata, qualquiera yerro sera de gran peligro en un Prelado, por los grandes inconvenientes que se suelen recrecer, quando parece que se hace extorsion a la jurisdicion Real”).

¹³ Para essa ideia e a cultura jurisdicional, cf.: MARTIRÉ, Eduardo. *Las Audiencias y la administración de justicia en las Indias*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2005.

¹⁴ Sobre este problema, ver especialmente: TRUSEN, Winfried. Die gelehrte Gerichtsbarkeit der Kirche. In: COING, Helmut (coord.). *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*. Tomo I. München: C. H. Beck Verlag, 1973. p. 467-504; GAUDEMET, Jean. *Église et cité: histoire du droit canonique*. Paris: Cerf, Montchrestien, 1994. p. 514-524; HELMHOLZ, Richard H. Civil Jurisdiction and the Clergy. In: HELMHOLZ. *The ius commune in England. Four Studies*. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 187-239; LITEWSKI, Wieslaw. *Der römisch-kanonische Zivilprozeß*





peças miseráveis comumente é incluída no terceiro grupo¹⁵.

Contudo, não existia uma sistematização nítida e bem desenvolvida, mas, sim, a doutrina derivava das fontes do direito canônico, com seu caráter casuísta e concreto, formando parte de uma cultura jurídica caracterizada como um “conglomerado de normas de origem diversa, eventualmente incompatíveis, desprovido, por outro lado, de um conjunto estável de regras de competência, isto é, de regras que decidam que norma deve aplicar-se em um caso concreto”¹⁶. No núcleo desse conglomerado, encontravam-se as partes que a partir do século XVI seriam recopiladas num conjunto sob o denominador comum de *Corpus iuris canonici*¹⁷.

1.1 A “*persona miserabilis*” no *Corpus iuris canonici*

O que derivava dessa normativa para a questão da competência do juiz eclesiástico sobre

os assuntos das pessoas miseráveis? Segundo Las Casas e seus colegas, a resposta era simples: a Igreja tinha uma competência jurisdicional privativa, e os bispos, como juízes eclesiásticos, “podem julgar e conhecer e fazer justiça imediatamente, ainda que não haja negligência, nem malícia, nem suspeita do juiz secular”¹⁸.

Entretanto, partindo de uma atenta leitura^d das citações de Las Casas e seus colegas sobre a primeira parte do *Corpus iuris canonici* – o *Decretum Gratiani* –, poderemos constatar que o termo “*persona miserabilis*” nem sequer aparece¹⁹. O que fica patente é uma responsabilidade especial dos bispos na defesa de pessoas relacionadas com a *persona miserabilis* desde os dias em que Constantino ditou uma constituição em defesa delas no ano 334, recolhida no Cod. 3.14. Nesta última, mencionase, em conjunto com a *persona miserabilis*, os *pupillos*, as *viduas*, os *morbo fatigatos* e os *debiles*²⁰, fazendo eco até na terminologia da tradição cristã, em que esses e outros

nach den älteren ordines iudicarii. Tomo I. Krakau: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellonskiego, 1999. p. 88-103, 114-123. Para a primeira Idade Moderna, e especialmente em relação a Castela e às Índias, ver: PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, José Manuel. El tribunal eclesiástico (Sobre el aforamiento y la estructura de la Curia diocesana de justicia). In: MARTÍNEZ RUIZ, Enrique; PI CORRALES, Magdalena de Pazzis (coord.). *Instituciones de la España moderna. Las jurisdicciones*. Tomo 1. Madrid: Editorial Actas, 1996. p. 143-169; MAQUEDA ABREU, Consuelo. Conflictos jurisdiccionales y competencias en la Castilla del siglo XVII. Un caso ilustrativo. *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, v. 67, n. 2, 1997, p. 1567-1586.

¹⁵ Não há muita literatura sobre a figura da *persona miserabilis* no direito canônico clássico. O tratamento mais extenso é dado por: HELMHOLZ, Richard H. *The Spirit of Classical Canon Law*. Athens (USA): University of Georgia Press, 1996. p. 116-144; TIERNEY, Brian. *Medieval Poor Law. A Sketch of Canonical Theory and its Applications in England*. Los Angeles/Berkeley: University of California Press, 1959. p. 14-19. Trabalhos sobre a condição jurídica da viúva contêm algumas referências úteis ao tema das pessoas miseráveis, especialmente: BRUNDAGE, James A. Widows as Disadvantaged Persons in Medieval Canon Law. In: MIRRER, Louise (org.). *Upon My Husband's Death. Widows in the Literature and Histories of Medieval Europe*. Ann Arbor/Michigan: University of Michigan Press, 1992.

p. 193-206. Também cf.: DUVE, Thomas. *Sonderrecht in der Frühen Neuzeit. Studien zum ius singulare und den privilegia miserabilium personarum, senum und indorum in Alter und Neuer Welt*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2008.

¹⁶ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europea: Síntesis de un milenio*. Madrid: Tecnos, 2002. p. 104.

¹⁷ Sobre a história do *Corpus iuris canonici*, ver a introdução: DUVE, Thomas. La historia del *corpus iuris canonici* a la luz de la reciente bibliografía. *Prudentia iuris*, Buenos Aires, n. 61, 2006, p. 71-100.

¹⁸ LAS CASAS, Fray Bartolomé de. Representación a la Audiencia de los Confines, 19 de octubre de 1545. AGI, IG, 1381 – CASTAÑEDA DELGADO, Paulino; et al. (org.). *Fray Bartolomé de Las Casas. Obras completas*. Tomo 13: Cartas y Memoriales. Madrid: Alianza Editorial, 1995. n. XXIII, p. 199-205.

^d Nota de tradução: essa referência à leitura de Las Casas e a consequente percepção do autor da falta do termo no original de Graciano está somente na versão segunda do texto (DUVE. Los que escriben... cit. p. 249).

¹⁹ Ver: REUTER, Timothy; SILAGI, Gabriel. *Wortkonkordanz zum Decretum Gratiani*. München: Monumenta Germaniae Historica, 1990.

²⁰ “Quando imperator inter pupillos vel viduas vel miserabiles personas cognoscat et ne exhibeantur. Imperator Constantinus: Si contra pupillos viduas vel

Algumas observações sobre o modus operandi e a prudência do juiz no Direito canônico indiano

Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 37, p. 52-79, dez. 2017.

ISSN: 0104-6594 Site <http://seer.ufrgs.br/revfacdir> Email: revistafacdir@ufrgs.br

Faculdade de Direito da UFRGS - Avenida João Pessoa, 80 - Centro Histórico - Porto Alegre - RS - Brasil

CEP 90040-000 - Telefone: +55 51 3308-3118 - Site <http://www.ufrgs.br/direito/>





desafortunados serão objeto especial da caridade – *caritas*²¹.

Assim, consagra-se, no Decreto de Graciano, a obrigação dos bispos de defender as viúvas e os órfãos (Dist. 87 c. 1, citado por Las Casas), e se estabelece que o bispo que não defendesse as viúvas, os órfãos e os oprimidos deveria ser duramente castigado (Dist. 84 c. 1, 2 citados por Las Casas). Outro cânone prevê que os clérigos poderiam, apartando-se da regra geral, participar ativamente de assuntos seculares, se esses envolviam aos pupilos, viúvas e órfãos (Dist. 88 c. 1, citado por Las Casas). E, segundo se deduz de uma decisão conciliar recolhida em C. 24. q. 3 c. 21, citada por Las Casas, um bispo poderia e deveria excomungar aqueles que roubassem clérigos e pobres e não comparecessem à citação. Em outros cânones, ordena-se a proteção de outros grupos de pessoas posteriormente relacionados com a *persona miserabilis*, como C. 24. q. 3. c. 23 e C. 24. q. 3. c. 25, nos quais foram estabelecidas penas canônicas para a proteção de peregrinos e comerciantes (c. 23), e de peregrinos, clérigos, mulheres e pobres (c. 25).

Dessa forma, apesar de não encontrarmos o termo *persona miserabilis* no próprio *Decretum Gratiani*, o que, sim, encontramos são elementos formativos de uma doutrina sobre a competência

da Igreja para proteger aos fracos e desafortunados, resumidos sob o denominador comum “*persona miserabilis*”: especialmente as viúvas, os órfãos e os pobres, mas também os peregrinos, os comerciantes, os enfermos e os anciãos, enfim, sobre todos aqueles que constituem uma unidade definida por sua necessidade de serem protegidos e objeto das mesmas obras de caridade e cuja proteção formava parte da mesma definição de justiça: “*iustitia est in subveniendis miseris*”²².

O que não aparece nesses textos medievais é um claro deslinde entre o poder secular e o poder eclesiástico nos casos mencionados. Alguns cânones pareciam indicar a supremacia da jurisdição eclesiástica: C. 24. q. 3. c. 21 e, estendendo-nos ao *Liber Extra*, X. 2.2.15, uma decretal de Honório III, do ano 1220, indicavam uma competência privativa da Igreja para os assuntos dos pobres e clérigos (C. 24. q. 3. c. 21) e das viúvas (C. 2.2.15). Em especial, a *superscriptio* – que gozava de autoridade na prática jurídica²³ – de X. 2.2.15 manifestava a competência do foro eclesiástico para os assuntos das pessoas miseráveis, mesmo quando se tratasse de matéria feudal: “*Miserabilis persona potest laicum interdicto unde vi coram iudice ecclesiastico convenire, etiamsi res subtracta dicatur feudalis*”²⁴.

diutino morbo fatigatos et debiles impetratum fuerit lenitatis nostræ iudicium, memorati a nullo nostrorum iudicum compellantur comitatu nostro sui copiam facere quin immo intra provinciam, in qua litigator et testes vel instrumenta sunt, experiantur iurgandi fortunam atque omni cautela servetur, ne terminos provinciarum suarum cogantur excedere. * const. a. ad andronicum. * <a 334 d. xv k. iul. constantinopoli optato et paulino cons.>”.

²¹ Ver, por exemplo, Ex 22, 21-23: advenam non contristabis neque adfliges eum [...] viduæ et pupillo non nocebitis; Dt 10, 18-19: [Deus] facit iudicium pupillo et viduæ amat peregrinum et dat ei victum atque vestitum et vos ergo amate peregrinos [...]; Dt 26, 12: [...] dabis Levitæ et advenæ et pupillo et viduæ ut comedant intra portas tuas [...]; Jer 7, 6-7: advenæ et pupillo et viduæ non feceritis calumniam; Ps 33, 7: iste pauper clamavit et Dominus exaudivit; Ps 67, 6: [...] patris orphanorum et iudicis viduarum [...]; Ps 81, 3-4: iudicate egenum et pupillum /humilem et pauperem iustificate /eripite pauperem et egenum /de manu

peccatoris liberante; Ps 145, 8-9: [Lauda anima mea Dominum] qui custodit veritatem in sæculum /facit iudicium iniuriam patientibus /dat escam esurientibus /Dominus solvit conpeditos/Dominus inluminat cæcos /Dominus erigit adlisos /Dominus diligit iustos /Dominus custodit advenas /pupillum et viduam suscipiet /et viam peccatorum disperdet (citações feitas com base na edição – BIBLIA Sacra iuxta vulgatam versionem. Stuttgart: Deutsche Bibelgesellschaft, 1983).

²² Sobre essa definição de justiça, ver: KUTTNER, Stephan. A forgotten definition of justice. *Studia Gratiana*, Roma, n. XX, 1976, p. 73-109.

²³ Sobre esse problema, ver, com mais referências: SCHULTE, Johann Friedrich von. *Die Geschichte der Quellen und Literatur des Canonischen Rechts von Gratian bis auf die Gegenwart*. Tomo II. Stuttgart: Verlag von Ferdinand Enke, 1877. p. 19, nota 14.

²⁴ Entretanto, na versão medieval espanhola da mesma decretal, que se refere a um caso específico de uma viúva,

Algumas observações sobre o modus operandi e a prudência do juiz no Direito canônico indiano

Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 37, p. 52-79, dez. 2017.

ISSN: 0104-6594 Site <http://seer.ufrgs.br/revfacdir> Email: revistafacdir@ufrgs.br

Faculdade de Direito da UFRGS - Avenida João Pessoa, 80 - Centro Histórico - Porto Alegre - RS - Brasil

CEP 90040-000 - Telefone: +55 51 3308-3118 - Site <http://www.ufrgs.br/direito/>





Por outro lado, no *Decretum Gratiani*, encontra-se um fragmento de São Jerônimo, citado em C. 23. q. 5. c. 23, o qual, explicitamente, diz que entre as tarefas especiais dos governantes está a de advogar pelos fracos, entre os quais se nomeia os *oppressos, et peregrino, pupilloque, et viduæ*, isto é, os grupos tipicamente associados à *persona miserabilis*. De tal forma, poderia deduzir-se que o especial cuidado dessas pessoas estava designado aos governantes, deixando apenas uma competência subsidiária aos bispos. Ademais, no *Liber Extra* estão recolhidas algumas disposições que ainda mais claramente sugeriam uma supremacia do poder secular: em X. 2.2.10, que remonta a uma decretal de Inocêncio III, do ano 1208, restringe-se claramente a competência eclesiástica para os assuntos das viúvas aos casos em que se tratasse de um *defectus iustitiæ* ou quando regesse um costume especial: “Laicus laicum super re civili coram iudice ecclesiastico convenire non potest, nisi in defectu iustitiæ sæcularis, vel nisi consuetudo id exposcat”. De maneira similar, na *superscriptio* X. 2.2.11, dizia-se que uma viúva só podia recorrer à jurisdição eclesiástica no caso de a jurisdição secular haver falhado: “Vidua laicum coram iudice ecclesiastico convenire non potest, nisi super causa ecclesiastica, vel in defectum iudicis sæcularis”.

Em resumo, pode-se concluir que os mesmos cânones do *Corpus iuris canonici*, com seu caráter casuísta, representando distintas etapas históricas, não permitiram tomar uma conclusão inequívoca: existia uma normativa ambígua acerca da competência do foro eclesiástico no caso das viúvas, dos órfãos e de outros grupos de pessoas consideradas sob o denominador comum de *persona miserabilis*, e tampouco essa denominação teve definição clara.

não se encontra a referência às pessoas miseráveis, mas somente à viúva: “Nota daquesta decretal: Que si alguna bibda es despojada bien puede demandar reuestimiento delante el juez de Sancta Eglefia” – MANS PUIGARNAU, Jaime M. (ed.). *Decretales de Gregorio IX*: Versión

1.2 A *persona miserabilis* na decretística, na decretalística e na canonística clássica

Seria por isso que, na primeira Idade Moderna, o jurista também deveria recorrer à opinião das autoridades, isto é, à decretística e à decretalística, sendo ambas fontes do direito. Contudo, tampouco a doutrina dos autores brindava maior segurança jurídica. Ao contrário: melhor seria falar da criação e ampliação da oferta normativa contida nos cânones, sem que se tenha conseguido erigir uma doutrina coerente. Mesmo uma breve leitura da glosa demonstra isso.

Na *Glossa ordinaria* ao *Decretum Gratiani* – feita no mesmo período no qual se redigiram as *decretales epistolae*, após recolhidas no *Liber Extra* – reflete-se a ambivalência estabelecida nos cânones: na *glossa* a Dist. 87 c. 1, relativa à obrigação de responder pelos assuntos que envolviam as viúvas e os órfãos, agrega-se que também os casos dos pobres, dos reprimidos e dos peregrinos caem sob a competência do foro eclesiástico: “nota quod etiam causæ pauperum & oppressorum & peregrinorum spectent [sic] ad ecclesiam”²⁵. Isso poderia significar uma ampliação da jurisdição eclesiástica. No entanto, foi acrescido imediatamente que esses casos também estavam subordinados à jurisdição real: “spectant etiam ad iudicium regis”²⁶.

Em uma glosa a C. 12. q. 1. c. 1, afirma-se a jurisdição eclesiástica sobre os pupilos, órfãos, viúvas, libertos e *personæ miserabiles*, mas, novamente, sem estabelecer uma posição clara

medieval espanhola. Tomo 2. Barcelona: Universidad de Barcelona, Facultad de Derecho, 1942. p. 25, linha 5 (X. 2.2.15).

²⁵ Glosa ad Dist. 87 c. 1, ad verbum plus tamen.

²⁶ Glosa ad Dist. 87 c. 1., ad verbum plus tamen.





com respeito à relação com a jurisdição secular²⁷. Bartholomæus Brixiensis – último redator da *glossa ordinaria* – agrega a esta glosa que esses casos pertencem a ambas as jurisdições: “Credo quot sint de foro utriusque”²⁸, estabelecendo um paralelismo com a glosa ambígua em Dist. 87. c. 1.

Da mesma maneira, deduz-se do C. 23. q. 5. c. 23, no qual se estabelece a obrigação dos governantes de advogar pelos fracos (*peregrino, pupilloque, et viduæ, qui facilius opprimuntur a potentibus*), que os casos das *personæ miserabiles* correspondem a ambas as jurisdições. Porém, em seguida, faz-se a ressalva expressa de que o melhor seria que tal obrigação fosse assumida pela Igreja: “Hinc videtur quod ad iudicium sæculare spectet defendere oppressos & viduas & pupillos [...] Dico quod ad utrumque pertinet, potius tamen ad ecclesiam”²⁹. Finalmente, a glosa ao C. 24. q. 3. c. 21 sustenta que os casos de repressão aos pobres pertencem à jurisdição eclesiástica: “Videtur ergo quod causæ oppressionis pauperum spectent ad ecclesiam”³⁰.

Tampouco é muito mais clara a *Glossa ordinaria* ao *Liber Extra*. Nela se destaca, por um lado, com respeito a X. 2.2.11 – a decretal na qual a competência da Igreja parece estar limitada aos casos de um *defectus iustitiæ* –, que, havendo negligência do juiz secular, a competência deve ser transferida ao juiz eclesiástico. Igualmente, diz que os assuntos das viúvas correspondem principalmente ao foro secular³¹ – “Nota quod propter negligentiam iudicis sæcularis transfertur iurisdictione ad ecclesiasticum iudicem. Item causa viduarum principaliter ad forum sæculare

pertinet” –, ponto ao qual retorna mais adiante com o importante complemento de que o concernente às viúvas, pupilos, órfãos e *personæ miserabiles* deve ser tratado pela jurisdição eclesiástica naqueles casos em que houvesse uma injustiça ou um ato de violência contra tais pessoas³², ou quando fosse necessário para a sua proteção³³. Logo após, na conclusão da mesma glosa, diz-se que, indiretamente, qualquer caso em que uma pessoa fosse vítima de pecado corresponde à jurisdição eclesiástica: “et indirecte ratione peccati omnes causæ pertinent ad ecclesiam”³⁴, com o que se estabelece uma relação com a doutrina da competência da Igreja “*ratione peccati*”, postulada pelo mesmo autor das decretais mencionadas, o Papa Inocêncio III. Em outro lugar, com relação a X. 5.40.26, tornará a ser comentado que os casos das viúvas se adjudicam à jurisdição eclesiástica, sem estabelecer se esta competência era privativa ou não³⁵. Como vemos, a normativa nascida da pluralidade de fontes do direito seguia abrindo espaços de interpretação, mas o que não dava era uma orientação inequívoca.

Essa situação tampouco se alterou nas grandes obras da canonística clássica. Inocêncio IV, em seu Comentário às *Decretales*, demonstra tanto a amplitude que o conceito de *persona miserabilis* havia ganho, como também as diferentes tentativas de uma limitação da jurisdição eclesiástica. De um lado, Inocêncio defende a jurisdição eclesiástica e sua proeminência sobre a secular para os casos especiais como os das viúvas. Ao mesmo tempo, introduz alguns limites importantes: segundo seu

²⁷ Glosa ad C. 12 q. 1. c. 1. ad verbum pupilli: “pupilli, orphani, viduæ, liberti, miserabiles personæ spectant ad iudicium ecclesiasticum”.

²⁸ Glosa ad C. 12 q. 1. c. 1. s.v. pupilli.

²⁹ Glosa ad C. 23 q. 5 c. 23, ad verbum oppressos.

³⁰ Glosa ad C. 24 q. 3 c. 21 ad verbum pauperem.

³¹ Glosa ad X. 2.2.11. A glosa ao *Liber Extra* será citada conforme a edição *Decretales D. Gregorii Papæ IX suæ integritati una cum glossis restitute*. Venetiis: [s.n.], 1600.

³² Glosa ad X. 2.2.11, ad verba in iustitia: “(...) et causa viduarum & aliarum miserabilium personarum spectat ad ecclesiam ubi agit de iniuria sive de violentia eis illata”.

³³ Glosa ad X. 2.2.11, ad verba in iustitia: “(...) quod causa viduarum non pertinet principaliter ad ecclesiasticum iudicem, licet pertineat ad ecclesiam quantum ad protectionem”.

³⁴ Glosa ad X. 2.2.11, ad verba in iustitia.

³⁵ Glosa ad X. 5.40.26, ad verbum viduis: “Ex hoc videtur, quod causa viduarum ad ecclesiam spectet”.





comentário a X. 2.2.11, o Papa transferiu sua competência especial sobre as viúvas *de gratia* à jurisdição secular, e somente em caso de negligência do juiz secular retomaria a competência³⁶. Enquanto isso parece uma reivindicação da competência em um plano teórico, combinado com uma renúncia na prática, em seu comentário a X. 1.29.38, o “Papa-jurista” introduz uma limitação à própria competência: aqui sustenta que, em princípio, a jurisdição sobre as viúvas não seria estabelecida em função de seu mero *status*, mas apenas naqueles casos em que unicamente um juiz eclesiástico pudesse fazer justiça: “Nota viduas non esse de foro ecclesiae [...] nisi quantum ad hoc, quod propriis iudicibus non facientibus eius iustitiae complementum ecclesiasticum iudex faciet”³⁷. De qualquer modo, para ele haveria de se distinguir entre as viúvas ricas e as pobres, gozando somente as últimas do privilégio. E dado que toda pessoa tinha direito a remeter-se à competência eclesiástica por um *defectus iustitiae*, a única vantagem das *personae miserabiles* em relação às demais seria a de poder acudir à jurisdição eclesiástica desde o primeiro fracasso na jurisdição secular, sem antes ter que esgotar todas as instâncias ordinárias³⁸. Entretanto, também aqui Inocêncio IV impõe

certa restrição: o anterior não valeria se, apesar de os litigantes em verdade serem pobres, estivessem buscando obter uma grande herança ou palácios³⁹.

Isso demonstra que as principais tentativas de limitação do privilégio jurisdicional – e da própria jurisdição eclesiástica – começam a desenvolver-se por uma distinção sobre quem pode ser considerado *persona miserabilis*: alguns são excluídos e outros são incluídos. Dessa forma, a limitação é levada a cabo por meio de distinções no interior do próprio termo. Isso pode ser lido como uma reação à paulatina ampliação do termo e de suas consequências jurídicas ao longo do tempo: Inocêncio nomeia, ele mesmo, os pupilos, órfãos, anciãos e libertos, e, após, refere-se aos excluídos, cegos e deficientes, aos enfermos de lepra, prisioneiros, fracos e, finalmente, aos enfermos crônicos, resumindo os *praedictae personae* como *miserabiles personae*⁴⁰. Em outros contextos, Inocêncio IV utiliza o termo *personae miserabiles* como um conceito geral para referir-se aos membros dos distintos grupos mencionados. O mesmo uso acontece em outros autores: Hostiense também destaca, em seu comentário a X. 2.2.11, que se bem a Igreja não tinha jurisdição em todos os casos concernentes às viúvas, a Igreja sempre apoiaria e protegeria

³⁶ INOCENCIO IV (= Sinibaldus Fliscus). *Commentaria. Apparatus in V Libros Decretalium*. Francofurti: [s.n.], 1570 (Reimpressão: Frankfurt, 1968) ad X. 2.2.11: “(...) Papa iurisdictionem habet super viduas, sed de gratia defert iudicibus secularibus, ut non procedat iudex ecclesiasticus, nisi propter negligentiam laici iudicis”.

³⁷ INOCENCIO IV. *Op. cit.*, ad X. 1.29.38, n. 1: “Nota viduas non esse de foro ecclesiae (...) nisi quantum ad hoc, quod propriis iudicibus non facientibus eius iustitiae complementum ecclesiasticum iudex faciet”.

³⁸ INOCENCIO IV. *Op. cit.*, ad X. 1.29.38, n. 3: “Sed objicies, quid est speciale in miserabilibus personis, cum etiam omnibus ecclesia debeat reddere iustitiam si iudices seculares sunt negligentes (...) Respondeo, horum simplicem querimoniam aliquando ecclesia audit etiam non requisitis dominis, et semper audit quando priores domini renuunt eis facere iustitiam, nec dicitur eis. Item ad alium proximum superiorem, sed in aliis non intromitteret ecclesia quousque aliquem superiorem habet ad quem recurrere possit (...) sed miserabilibus personis statim iudice ordinario

negligente facere iustitia procedet (...) & hoc ideo ne diu pro iustitia laborent”.

³⁹ INOCENCIO IV. *Op. cit.*, ad X. 1.29.38, n. 4: “Item dicimus quod etiam praedictae personae si habito respectu ad ea quae possident sint pauperes, sed magnas haereditates vel castra petant, non venient ad ecclesiasticum iudicem, nisi prius deficiat secularis, quia causa cessat pro qua toleratum est quod iudex ecclesiasticus cognoscat etiam non negligente seculari”.

⁴⁰ INOCENCIO IV. *Op. cit.*, ad X. 1.29.38, n. 1: “Pupillorum autem et orphanorum causas audiet ecclesia, negligente iudice seculari ei facere iustitiam, etiam si sint divites, sicut de viduis diximus (...) idem in senibus (...) idem de quibuslibet libertis & non ecclesiae commendatis (...) nam omnes hi miserabiles personae dicuntur, quorum omnium curam ecclesia habere debet (...) Idem in expositis (...) idem in caecis & mutilatis membris & leprosis & captivis & debilibus et diutino morbo fatigatis (...) nam miserabiles personae sunt pro maiori autem parte praedictae personae si sint divites coguntur sub iudicibus suis ordinariis respondere, si volunt sibi facere iustitiae complementum”.





aos reprimidos e dignos de compaixão, assim como ajudá-los-ia a obter justiça e defender-se⁴¹. Frente a tal amplitude e imprecisão conceitual, não restava senão distinguir em cada caso concreto se o termo realmente se aplicava ou não e quais seriam as consequências jurídicas adequadas ao caso concreto.

1.3 A “*persona miserabilis*” nos canonistas da primeira Idade Moderna

Essa situação não se alterou em épocas posteriores. Seguimos encontrando uma amplitude conceitual e tentativas de limitação por meio da *distinctio*. Já Ioannis Andreae utilizou o termo *persona miserabilis* como denominador comum para uma série de grupos e pessoas débeis⁴², e Panormitano considera as viúvas e os órfãos como *personae miserales* sempre e quando cumprem o requisito de serem pobres; é ele mesmo quem introduz uma distinção que posteriormente será considerada com frequência, a saber, a diferenciação entre *miserales personae in habitu* e *in actu*: há pessoas que não são dignas

de compaixão nem por suas qualidades – *habitus* – nem por sua situação real – *actus* –, como é o caso de homens fortes ou mulheres casadas e ricas, enquanto que outras são dignas de compaixão de acordo com suas qualidades, mas não de acordo com seu estado real, como as viúvas e pupilos ricos. Finalmente, há aqueles que reúnem ambas condições, como viúvas e pupilos pobres, enfermos e despossuídos. São estes os que poderiam, sem dúvida alguma, pedir que se lhes aplicassem os privilégios concedidos às pessoas miseráveis^{43e}.

Nos escritos dos juristas da primeira Idade Moderna, encontramos disposições mais atenuadas por parte da Igreja, como em Trento, quando se faz alusão às *personae miserales* apenas no contexto de causas dos isentos e em um contexto meramente pastoral⁴⁴. Mesmo os autores próximos às posições da Igreja romana escreveram sobre as muitas dúvidas quanto a essa questão⁴⁵, invocaram autores da tradição que afirmaram a competência e, ao mesmo tempo, referiram à prática contrária⁴⁶. Outros diretamente inverteram a relação entre regra e exceção,

⁴¹ HOSTIENSE (= Henricus de Segusio). *In Secundum Decretalium librum Commentaria*. Lugduni: [s.n.], 1581 (Reimpressão: Torino, 1965). ad X. 2.2.11, n. 3: “illud autem certum est quod miserabilibus & oppressis debet ecclesia subvenire & eis ius reddere & ipsas defendere & tueri”.

⁴² IOANNIS ANDREAЕ. *In Quintum Decretalium librum Novella Commentaria [...]*. Venetiis: [s.n.], 1581, ad X 5.40.26, n. 5: “Miserabilibus & consimilibus, sicut sunt caeci, imbecilles, & oppressi impotentes”.

⁴³ PANORMITANUS (= Nicolas de Tudeschis). *Panormitani secunda super primo decretalium*. Lugduni, [s.n.], 1549, ad X. 1.29.38, n. 6-7 e ad X. 1.37.1, n. 1.

^e Nota de tradução: nota inexistente na versão segunda do texto de 2008.

⁴⁴ CONCÍLIO TRIDENTINO. Sessio 7, Cap. 14 de ref. (= COD 689): “In exemptorum causis constitutio Innocentii quarti (...) servetur: quam eadem sacrosancta synodus innovandum censuit, & innovat: addendo insuper, quod in civilibus causis mercedum, & miserabilium personarum, clerici saeculares, aut regulares extra monasterium degentes, quomodolibet exempti, etiamsi certum iudicem a sede apostolica deputatum in partibus habeant (...)”. CONCÍLIO TRIDENTINO. Sessio 23, Cap. 1 de ref. (= COD 744): “Cum praecepto divino mandatum sit omnibus, quibus

animarum cura commissa est, oves suas agnoscere, pro his sacrificium offerre, verbique divini praedicatione, sacramentorum administratione, ac bonorum omnium operum exemplo pascere, pauperum, aliarumque miserabilium personarum curam paternam gerere & in cetera munia pastoralia incumbere: quae omnia nequaquam ab iis praestari & impleri possunt, qui gregi suo non invigilant neque assistunt, sed mercenariorum more deferunt: sacrosancta synodus eos admonet & hortatur, ut divinatorum praceptorum memores, factique forma gregis, in iudicio & veritate pascant & regant”.

⁴⁵ Ver, por exemplo: FELICIANUS DE OLIVA. *Tractatus de foro ecclesiae. Pars tertia*. Coloniae Allobrogum: [s.n.], 1705. q. XL, n. 27-31, n. 27: “Tota dubitatio quae magis ad nostrum propositum pertinet consistit in eo utrum vidua pupillus aliae miserales personae possint adversarios laicos coram Episcopis seu eorum vicariis generalibus convenire, in qua quaestione varie aliqui alii vero obscure locuti sunt (...)”.

⁴⁶ LUDOVICUS ENGEL. *Collegium iuris canonici [...]*. 8ª ed. Salisburgi: [s.n.], 1717. liv. II, tit. II, pars II, § II, n. 73: Sobre a questão “De Miserabilibus Personis dubitatur an causae illarum sint mixti fori?”, sustenta: “Sane pro affirmativa sine distinctione tenenda faciunt diversi Juris





afirmando a competência principal do juiz secular, acrescentando algumas exceções em casos concretos⁴⁷. Os autores seculares descartavam por inteiro a jurisdição eclesiástica em matéria de pessoas miseráveis⁴⁸, do mesmo modo que existia uma tendência geral a limitar a jurisdição eclesiástica a assuntos estritamente eclesiásticos, como no caso do *privilegium fori*⁴⁹.

2 A PERSONA MISERABILIS NO DIREITO CANÔNICO INDIANO

Entretanto, na literatura dirigida especialmente ao caso “indiano” ou ao escrito por autores do império espanhol, mais próximos à realidade “indiana”, pode-se perceber alguns traços particulares, tanto que se pode falar de uma certa atualização ou intensificação do debate.

Canonici textus (...) Verum Consuetudini & stilo Judiciorum teste Covar. Pract. qq. cap. 6 num. 1”.

⁴⁷ PICHLER, Vitus. *Summa jurisprudentiæ sacræ universæ, seu Ius Canonicum [...]*. Augustæ Vindelicorum: [s.n.], 1741. liv. II, tit. II, § II, n. 34: “Laicus coram Iudice laico per se & regulariter conveniri debet [...] Excipe 1. Si Ecclesia vel Clericus conveniat malefactores suos, vel eos qui res Ecclesiæ vel Clerici injuste detinent ac notorie; tunc laicus quasi Sacrilegii, quod est crimen mixti fori, reus etiam coram Iudice Ecclesiastico conveniri posset (...) 2. Si Iudex Sæcularis non administrat Iustitiam [...] 3. Si causæ temporali adjectum est Juramentum (...) 4. Si causæ temporali admiscetur spiritualis, vel agitur de peccato; de hac enim cognoscere ad Ecclesiasticum pertinet”. Com certas diferenças, REIFFENSTUEL, Anacletus. *Ius Canonicum Universum [...]*. Venetiis: [s.n.], 1735. liv. II, tit. II, § VII, n. 154-156: “Rursus ad causas mixti Fori pertinent causæ Viduarum, Pupillorum, & aliarum miserabilium Personarum: non quidem indifferenter, sed in tribus casibus, in quibus Ius Canonicum indulgere eisdem etiam actricibus, ut Laicos ad Forum Ecclesiasticum trahere valeant (...) Et quidem primus eorundem casus est, quando Iudex sæcularis negligens est in administrando illis iustitiam (...) Secundus casus est, quando Vidua, Pupillus, seu alia miserabilis Persona, a Laico fuit violenter oppressa, seu rebus suis spoliata (...) Tertius casus est, quando Vidua, Pupillus, seu alia miserabilis Persona, simul est pauper”.

⁴⁸ Com respeito a este tema da negligência do juiz secular também foi determinante o breve pronunciamento de Diego de Covarrubias y Leyva, que, no contexto do privilégio da jurisdição secular para as *personæ miserabiles* contido em seu *Liber unus Practicarum Quæstionum*, ressalta que nem

Nesse sentido, teve especial importância a glosa de Gregorio López a uma disposição das *Siete Partidas* (1.6.48), na qual se estabelece que os clérigos não devem imiscuir-se nos assuntos da jurisdição secular. Em sua glosa – publicada em 1555, isto é, dez anos depois do escrito de Las Casas – López trata em detalhes a questão da competência eclesiástica sobre a *persona miserabilis*. Em geral, descarta a doutrina da competência judicial eclesiástica sobre a *persona miserabilis*; no entanto, considera-a razoável nos territórios distantes, onde dificilmente poderia ter-se acesso ao Rei em caso de negligência do juiz secular. Nestes casos, destaca López, existe uma competência subsidiária dos bispos para as *personæ miserabiles*. Neste contexto, López faz referência expressa a *Terre firme & Insule Maris Oceani*, onde havia índios recém convertidos à fé e que eram *personæ miserabiles*⁵⁰.

o Papa, nem nenhum juiz canônico estão autorizados a julgar a um leigo, a menos que houvesse negligência do juiz civil; qualquer interpretação contrária dos canonistas seria, tanto na França como na Espanha, no máximo, motivo de riso – COVARRUBIAS Y LEYVA, Diego de. *Omnia opera [...]*. Tomus Primus. Liber unus Practicarum Quæstionum. Augustæ Taurinorum: [s.n.], 1594. Cap. VI, n. 1: “(...) nec enim Papa, nec iudex aliquis ecclesiasticus debet, nec potest cognoscere inter laicos, nec adversus laicum reum super re temporali, etiam ad petitionem miseri alicuius oppressi, & spoliati, nisi iudex secularis negligens fuerit in administratione iustitiæ. Nam summus Pontifex graviter offenderet principes seculares, si minime negligentibus ipsis eorum iurisdictionem occuparet (...) Tandem, ut quid in hac quæstione sensero ingenue profiteri hoc certo scio, hanc communem canonistarum opinionem apud Regia Hispaniarum, & Galliae praetoria risui equidem fore, tantum abest, ut ea in usum, & proximum recepta fuerit”.

⁴⁹ Ver o panorama em: GAUDEMET, Jean. *Église et cité: histoire du droit canonique*. Paris: Cerf; Montchrestien, 1994. p. 666-669 (no capítulo com o título: *Des positions perdues: la juridiction ecclésiastique et le privilege du for*).

⁵⁰ LÓPEZ, Gregorio. *Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el nono, nuevamente Glosadas por el Licenciado Gregorio Lopez del Consejo Real de Indias de su Magestad [...]*. Salamanca: [s.n.], 1555, ad 1.6.48, glos. g, ad v. Rey: “(...) hæc tamen difficulter obtinerentur in practica in istis regnis in causis mere prophanis quæ sunt de iurisdictione Regis & inter laicos, seu quando laicus conveniretur: æquum tamen videretur, ut in partibus multum remotis ubi de facili non posset adiri Rex, data negligentia iudicum provinciæ permitteretur Episcopis in causis miserabilium

Algumas observações sobre o modus operandi e a prudência do juiz no Direito canônico indiano

Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 37, p. 52-79, dez. 2017.

ISSN: 0104-6594 Site <http://seer.ufrgs.br/revfacdir> Email: revistafacdir@ufrgs.br

Faculdade de Direito da UFRGS - Avenida João Pessoa, 80 - Centro Histórico - Porto Alegre - RS - Brasil

CEP 90040-000 - Telefone: +55 51 3308-3118 - Site <http://www.ufrgs.br/direito/>





A opinião de Gregorio López viria a ser recebida por muitos autores, como, por exemplo, Castillo de Bobadilla, que atribui à Igreja uma competência especial em relação a viúvas, órfãos, pobres e outras *personae miserabiles*⁵¹, assim como sugere a restrição da jurisdição da Igreja aos casos em que a autoridade secular não fosse capaz de administrar justiça, em que houvesse negligência por parte do juiz, ou em que o próprio juiz fosse partícipe da opressão ou maus-tratos de *personae miserabiles*⁵². Entretanto, para Castillo de Bobadilla, pode haver uma amplitude maior da jurisdição eclesiástica nas Índias: sendo a negligência de um juiz, como sucede com toda prova negativa, geralmente impossível⁵³, vistas as condições particulares do Novo Mundo, isso poderia ser alcançado⁵⁴.

personarum procedure qui alias oprimerentur de facili a potentibus a quibus non possent iustitiam consequi & quod Rex ita permetteret & committeret tales Episcopis, ut etiam auctoritate Regia in illis procedent (...) & saltem in partibus remotissimis, ut sunt terræ firmæ & insulæ maris Oceani, ubi sunt Indi de novo conversi ad fidem, qui & dicuntur miserabiles personæ secundum Innocentium (...)."

⁵¹ CASTILLO DE BOBADILLA, Jerónimo. *Política para corregidores y señores de vasallos, en tiempos de paz y guerra, y para jueces eclesiasticos y seglares [...]*. Tomo I. Madrid: [s.n.], 1597, liv. II, cap. 17, n. 108: "Caso LXVII. es, que podra el Juez Eclesiastico proceder contra legos, amparando, y administrando justicia a la viuda, y al pupilo pobres, y a las otras miserables personas para que no sean oprimidas, vejadas ni despojadas por los poderosos de su posesion; porque la Iglesia con particular instituto, y cuidado tiene debaxo de su amparo a las personas miserables, segun los Decretos, y ley Civil, y los Doctores".

⁵² CASTILLO DE BOBADILLA, Jerónimo. *Op. cit.*, liv. II, cap. 17, n. 109: "Pero la decisión de este caso se ha de entender, segun la mas comun opinion, quando el Juez ordinario seglar fuesse remisso, y negligente en administrar justicia, y subvenir a las miserables personas, ò el mismo las oprimiesse, y molestasse, ò quando el tal Juez seglar no tuviesse Superior, ò tambien el Superior fuesse Laico, y remisso [...] o si faltasse del todo la jurisdiccion, y potestad real [...]."

⁵³ CASTILLO DE BOBADILLA, Jerónimo. *Op. cit.*, liv. II, cap. 17, n. 110: "Y aun en los dichos casos de negligencia, y remision, esta comun opinion de los Canonistas tiene grande resistencia, y casi imposibilidad de observarse, por ser dificil la probanza de la negligencia, y denegacion de justicia; porque la negativa es improbable [...]."

⁵⁴ CASTILLO DE BOBADILLA, Jerónimo. *Op. cit.*, liv. II, cap. 17, n. 110: "Pero en un caso dicen Gregorio Lopez [...]

Uma solução interessante também era oferecida por Feliciano de la Vega, bispo de Popayán e, após, arcebispo do México, muito citado tanto por Solórzano como por seus contemporâneos. Também para De la Vega, não há dúvida de que os índios são *personae miserabiles*⁵⁵, e, como outros autores, sugere a favor deles uma competência eclesiástica subsidiária⁵⁶. Por esta razão, logo seria considerado um dos autores moderados quanto a este tema da autoridade jurídica episcopal⁵⁷. No entanto, em seu comentário ao X. 2.2.15, desenvolve a ideia de uma presunção de um desequilíbrio de poder entre os índios e os demais⁵⁸ – uma pequena modificação que, posta em prática, poderia haver tido efeitos consideráveis.

podria verificarse y es en las Indias, y partes muy remotas, de donde sin gran dificultad, y sin esperanza de oportuno remedio, no se podria ocurrir al Rey, ò al Superior, para conseguirle, y desagruar a los miserables tyranizados, y oprimidos; que en tal caso el Obispo, ò Juez Eclesiastico, podra hacerlo, por la dilacion, distancia ò imposibilidad, para poder ocurrir al Superior a que quite la opresion".

⁵⁵ VEGA, Feliciano de la. *Relectionum canonicarum in secundum Decretalium librum [...]*. Lima: [s.n.], 1633, ad X. 2.2.15, n. 19: "(...) secure afirmari potest (...)".

⁵⁶ VEGA, Feliciano de la. *Op. cit.*, ad X. 2.2.10, n. 22 cita a decretal: "Laicus laico super re civili coram iudice ecclesiastico convenire non potest, nisi in defectu iustitiæ sæcularis, vel quando consuetudo id exposcat".

⁵⁷ Assim: AVENDAÑO, Diego de. *Thesaurus indicus, seu generalis instructor pro regimine conscientiae, in iis que ad indias spectant*. Tomos I a IV. Antverpiae: [s.n.], 1668, Adnotationes, I, Ad titulum X, n. 175.

⁵⁸ VEGA, Feliciano de la. *Op. cit.*, ad X. 2.2.15, n. 25: "In hac itaque difficultate sit modo nostra resolutio: Quod quidquid praxis observet, juxta juris tamen rigorem & juxta verum, & proprium intellectum hujus textus, quotienscumque adfuerit dicta spoliatio, sive oppressio in personis miserabilibus, legitime poterit adiri Judex Ecclesiasticus ab iisdem personis contra quoscumque Laicos non expectata vera & propria negligentia Judicis sæcularis, quasi satis ea adesse dicatur, cum absque metu, respectu, vel timore ipsiusmet Judiciis committitur dicta oppressio, sive spoliatio adversus easdem personas. Nec credo quod ab hac interpretatione dissentiat præfatus Covarr. cum cæteris aliis Doctoribus supra citatis; siquidem jam ipsi dicunt, sustinendum esse istum textum, ob negligentiam præsumptam, quæ colligitur ex potentia adversarii, qui commisit spoliolum absque eo, quod de illa aliter constaret. Unde venit concludendum, quod totum id,





Como se poderá compreender, esta posição favorável à jurisdição eclesiástica não conseguiu impor-se. Muito ampla acolhida, ao invés, obteve o pronunciamento de Solórzano Pereira, feito em seu *De Indiarum iure sive de iusta indiarum occidentalium gubernatione. Tomus alter*, em 1639. Pois bem, no capítulo que versa sobre as relações entre as autoridades secular e eclesiástica, não só nomeia os casos de “índios, viúvas e outras pessoas miseráveis” no contexto do especial dever que tinham os bispos e os arcebispos para com eles, mas também sublinha que dito dever consistia em socorrê-los contra a opressão, quando o juiz civil não estivesse acessível, fosse negligente ou cometesse injustiças recorrentes⁵⁹. Solórzano Pereira também menciona a jurisdição eclesiástica sobre as *personae miserabiles* quando estas estivessem nas remotas terras *indianas* (citando as palavras de López e Bobadilla)⁶⁰. Ademais, agrega que, em casos extremos como o de evitar uma sentença injusta à pena de morte, corresponderia a um bispo opor-se ao juiz civil não só com sanções da Igreja, mas com a força, procedendo, porém, sempre com o maior cuidado⁶¹ para não provocar tumultos⁶². Agora, a competência dos bispos –

realça Solórzano Pereira – em nenhum caso deveria ser utilizada como pretexto para expandir a jurisdição eclesiástica. Muito pelo contrário; os bispos deveriam fazer uso dela com toda moderação, se não quisessem causar prejuízo à Coroa que tão bem os havia distinguido com a investidura em seu cargo e outorgado a correspondente autoridade jurídica. E agrega: “Et in his valde cauti, et prudentes debent esse Episcopi Indiarum”⁶³. Em suma, a primazia da jurisdição civil é inequívoca para Solórzano Pereira, inclusive em matéria de órfãos, viúvas e prisioneiros, e a especial responsabilidade da Igreja de nenhuma maneira deveria entorpecer a pacífica coexistência entre ambas as jurisdições, sua complementaridade e apoio mútuo⁶⁴. Entretanto, prevê um certo espaço para que a jurisdição eclesiástica possa exercer um controle sobre o poder secular.

Com isso, fica traçada a linha diretriz a que posteriormente aderem outros autores como o citado Gaspar de Villarroel. Em primeiro lugar, Villarroel alude, enquanto *sedes materiae*, a X. 2.2.15 e X. 5.40.26, assim como à Constituição Constantina, recolhida no Cod. 3. 14⁶⁵. No atinente à definição de quem é uma *persona*

quod afferunt circa proxim & usum nostrae Hispaniae, & Galliae, accipiendum sit, cum omnino deficeret praedicta negligentia praesumpta, ut cum scilicet non adfuisset vera oppressio, vel spoliatio, & non alias, sicuti patet ex vero sensu, & mente Pontificis, in praesenti”.

⁵⁹ SOLÓRZANO PEREIRA, Juan de. *De Indiarum iure sive de iusta indiarum occidentalium gubernatione. Tomus alter*. Madrid: [s.n.], 1639, liv. III, cap. 7, n. 55: “Pertinet quoque ad auctoritatem et dignitatem archiepiscoporum et episcoporum, et maxime in his partibus Indiarum, quod causae indorum, viduarum et aliarum miserabilium personarum quae iniuste ab aliis vexantur et affliguntur, ad eorum tutelam et protectionem saltem secundario spectare videntur, hoc est, datam secularium iudicium absentiam, vel negligentiam, aut notoriam iniustitiam”. Quase idêntico em: SOLÓRZANO PEREIRA, Juan de. *Política indiana sacada en lengua castellana de los dos tomos del derecho y gobierno municipal de las Indias*. Madrid: [s.n.], 1647, livro IV, cap. 7, n. 27.

⁶⁰ SOLÓRZANO PEREIRA, Juan de. *De Indiarum iure sive de iusta indiarum occidentalium gubernatione. Tomus alter. cit.*, liv. III, cap. 7, n. 55: “Id quod aequissimum esse & omnino observari debere in Provinciis multum remotis,

ut sunt nostrae Terre firme & Insule Maris Oceani, data negligentia iudicium, graviter verbis probavit noster Greg. Lop. (...)”.

⁶¹ SOLÓRZANO PEREIRA, Juan de. *Op. cit.*, liv. III, cap. 7, n. 67: “Plane talis posset, ac tam notoria esse iudicis secularis iniustitia, sive tyrannis, ut non solum censuris, verum & militari manu eius excessus ab Episcopo reprimi possit (...) quia Ecclesia tenetur modis omnibus liberare ita inuste damnatos ad mortem (...) In quo tamen ut dixi, & iterum moneo, raro, serio, & cum magna deliberatione procedendum est”.

⁶² SOLÓRZANO PEREIRA, Juan de. *Op. cit.*, liv. III, cap. 7, n. 68: “Quod praecipue in his Indiarum provinciis valde periculosum est, in quibus, magis quam alibi, homines his simultatibus afficitur (...) ut non sine magno dolore, & labore his proximis annis experti sumus in gravi illo tumultu Mexicano anni 1625”.

⁶³ SOLÓRZANO PEREIRA, Juan de. *Op. cit.*, liv. III, cap. 7, n. 70.

⁶⁴ SOLÓRZANO PEREIRA, Juan de. *Op. cit.*, liv. IV, cap. 7, n. 31.

⁶⁵ VILLARROEL, Gaspar de. *Gobierno Eclesiástico Pacífico y Unión de los dos cuchillos, pontificio y regio.*

Algumas observações sobre o modus operandi e a prudência do juiz no Direito canônico indiano

Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 37, p. 52-79, dez. 2017.

ISSN: 0104-6594 Site <http://seer.ufrgs.br/revfacdir> Email: revistafacdir@ufrgs.br

Faculdade de Direito da UFRGS - Avenida João Pessoa, 80 - Centro Histórico - Porto Alegre - RS - Brasil

CEP 90040-000 - Telefone: +55 51 3308-3118 - Site <http://www.ufrgs.br/direito/>





miserabilis, expõe: “Não há Direito que de tal maneira defina e determine as pessoas miseráveis de modo que possamos fazer uma lista delas; porque ainda que neles se trate de algumas, não por isso se excluem outras, nas quais se encontre semelhante solidão, desamparo e infortúnio”. Ou seja, o mesmo Villarroel dá como pressuposto a existência do grupo das pessoas miseráveis, sem que exista uma definição exata, e, na sequência, agrega: “Agora temos de pressupor que entre tantas pessoas miseráveis, como apontam em seus livros os Doutores”, depende do arbítrio do Juiz declarar “se é ou não pessoa miserável aquela que comparece em seu Juízo, e se goza do privilégio”⁶⁶.

Mais adiante expõe com muitos detalhes a opinião de alguns dos autores que sugeriam limitar a competência dos bispos aos casos de ausência dos juízes civis ou a sua notória negligência, isto é, a perspectiva clássica de uma competência subsidiária dos bispos, *ex defectu iustitiae*⁶⁷. E, finalmente, apresenta o ponto de vista de outros autores que, pelo contrário, simpatizavam com a ideia da competência das autoridades eclesiásticas, ainda que não houvesse negligência da parte do juiz civil, detendo-se em um deles, que “(...) nem é bispo, nem eclesiástico, mas advogado de grande autoridade, e Ouvidor do Rei, Don Gabriel Alvarez de Velasco”. No ato subsequente, Villarroel cita o tratado de Álvarez

de Velasco sobre os *privilegia miserabilium personarum*, pondo ênfase na parte em que este, baseado no X. 5.40.26, deduz a competência dos juízes eclesiásticos mesmo quando não houvesse negligência da parte do juiz secular⁶⁸. Villarroel conclui que a jurisdição eclesiástica, sem dúvida, é aplicável nos casos de *defectus iustitiae*, e que isso é *communis opinio*⁶⁹. Da mesma forma, sustenta que os bispos e juízes eclesiásticos podem reagir com sanções canônicas contra o juiz civil, quando este cometer negligência ou desatender seus deveres, e se chegar ao caso, inclusive excomungá-lo⁷⁰. E, com respeito ao delicado assunto da competência sem que se dê um caso de negligência, parece-lhe “muito provável” a jurisdição eclesiástica sobre as *personae miserabiles* para além do *defectus iustitiae*, agregando que “Don Gabriel Alvarez de Velasco exonerou-nos de provar esta conclusão; porque ainda que na estimação que faço dele, bastara seu nome para parecer-me provável, cita tantos Doutores, e alega tantos Direitos em seu favor, que deixam a sentença com notória probabilidade”. Todavia, dada a situação tão incerta e os riscos tão consideráveis, parece a Villarroel que “não é prudente” que os bispos façam uso de dita competência⁷¹.

Em obras posteriores, encontram-se perquirições similares às anteriores, embora menos extensas: Alonso de la Peña Montenegro,

Tomos I e II. Madrid: [s.n.], 1656/57 (Reimpressão: Madrid, 1738), t. II, q. XIV, art. III, n. 44-45.

⁶⁶ VILLARROEL, Gaspar de. *Op. cit.*, t. II, q. XIV, art. III, n. 5.

⁶⁷ VILLARROEL, Gaspar de. *Op. cit.*, t. II, q. XIV, art. III, n. 46ff., esp. 53-61.

⁶⁸ VILLARROEL, Gaspar de. *Op. cit.*, t. II, q. XIV, art. III, n. 63 cita Álvarez de Velasco na primeira edição (part. I, q. 52); na segunda edição de ÁLVAREZ DE VELASCO, Gabriel. *Tractatus de privilegiis pauperum et miserabilium personarum*. Lugduni: [s.n.], 1663, part. I, q. 52, n. 13: “Supradictis tamen non obstantibus, vera resolutio est, posse pauperum adversarium Laicum coram Iudice Ecclesiastico, etiam si saecularis Iudex negligens non sit, convenire”.

⁶⁹ VILLARROEL, Gaspar de. *Op. cit.*, t. II, q. XIV, art. III, n. 68: “Pueden los Obispos, y los Jueces Ecclesiasticos, oir

de justicia a las personas miserables, sacando las causas de los Tribunales a instancia de las dichas personas miserables, ò en ausencia, ò en negligencia de los Jueces seculares”; e n. 69: “Esta conclusion no ay en el mundo Doutor que la contradiga”.

⁷⁰ VILLARROEL, Gaspar de. *Op. cit.*, t. II, q. XIV, art. III, n. 70: “Pueden los Obispos, y los Jueces Ecclesiasticos, valerse de censuras para que los Jueces del Rey no sean remissos en las causas de las personas miserables, si los vieren negligentes, y podran excomulgarlos si no obedecieren, siendo requeridos”.

⁷¹ VILLARROEL, Gaspar de. *Op. cit.*, t. II, q. XIV, art. III, Sumario n. 73: “Sin embargo (...) no es prudencia que los Obispos, siendo possible el ritirrar, se ingieran en essas causas”.





em seu *Itinerario para Párrocos de Indios* (1688), assinala o dever de todos os membros da Igreja de amparar os indígenas e de lutar contra seus maus-tratos. Agora, se bem que De la Peña fale inclusive de um recurso de direito graças ao qual as *personæ miserabiles* poderiam recorrer aos bispos e menciona que, segundo algumas autoridades na matéria, este não era utilizado na Espanha e “outros há que nas Índias o admitam, por serem partes tão remotas e tão longe estar o remédio”⁷², tem em mente não uma competência eclesiástica paralela à secular, encarregada das mesmas tarefas, mas um foro eclesiástico subsidiário para aqueles casos nos quais não fosse possível acessar os tribunais realmente competentes, como já havia proposto Solórzano Pereira⁷³. Ainda mais, conforme De la Peña Montenegro comprova pouco depois, os bispos deveriam, no caso de maus-tratos aos índios, recorrer à Coroa para conseguir uma solução: “E, nesse caso, digo que os senhores bispos devem

dar conta a Sua Majestade com eficácia, para que se proveja o remédio oportuno”⁷⁴. Ato contínuo, descreve de maneira muito impressionante alguns casos de maus-tratos aos índios, assim como as cargas excessivas de trabalho que recebem, concluindo com a frase: “E isso é o que os senhores bispos deveriam procurar remediar”⁷⁵. Contudo, não faz alusão a uma competência jurisdicional suprema ou complementária, mas antes à subsidiária.

Também Diego de Avendaño, em seu *Thesaurus indicus* (1668), especificamente nas *adnotationes* ao título dedicado ao cargo de *Protector*, faz algumas referências à jurisdição eclesiástica para as *personæ miserabiles*⁷⁶. Tal como interpreta em um parágrafo sobre os direitos dos indígenas, dada sua condição de *persona miserabilis*, para ele como para os anteriores, a única coisa segura é que a jurisdição episcopal indubitavelmente poderia intervir havendo negligência da parte do juiz secular⁷⁷. Em

⁷² PEÑA MONTENEGRO, Alonso de la. *Itinerario para párrocos de indios*. Tomo I: Livros I-II; Tomo II: Livros III-V. Edição crítica de Carlos Baciero, Manuel Corrales, Jesús María García Añoveros e Francisco Maseda. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1995/1996. liv. II, tratado I, seção VIII, n. 4 (401): “Y aunque algunos doctores dicen que en España no se practica este recurso de las personas miserables a los obispos, otros hay que en las Indias le admiten, por ser partes tan remotas y estar el remedio tan lejos”.

⁷³ PEÑA MONTENEGRO, Alonso de la. *Op. cit.*, liv. II, tratado I, seção VIII, n. 4 (401): “Esto puede verificarse en las Indias y partes muy remotas, donde con grande dificultad y sin esperanza de oportuno remedio no se podrá ocurrir al rey o al superior para desagrar a los miserables, tiranizados y oprimidos”.

⁷⁴ PEÑA MONTENEGRO, Alonso de la. *Op. cit.*, liv. II, tratado I, seção VIII, n. 5 (401): “en esse caso digo que deben los señores obispos dar cuenta a Su Majestad con eficacia, para que se provea el remedio oportuno”.

⁷⁵ PEÑA MONTENEGRO, Alonso de la. *Op. cit.*, liv. II, tratado I, seção VIII (402): “(...) los hacen reventar trabajando y sirviendo desde que tienen uso de razón hasta que en la sepultura hallan el descanso [...] algunos, por ahorrar, les dan tan corta ración, que mueren de hambre y pierden las fuerzas y la salud. Y como la hambre es acreedor que no admite esperas, empéñanse para comer en pan, queso, miel, chicha y otras golosinas que tienen los maestros para vender; de manera que, cuando llega el tiempo de las cuentas y pagas, todo lo que han ganado tienen comido y

bebido: con que viene a ser que el que entró por deudas al obraje, tarde o nunca se puede librar de tan rigurosa prisión, porque al cabo del año tanto comen cuanto ganan, y además de esto, siempre está en pie la deuda principal [...] porque duermen en unos sótanos debajo de tierra entre las inmundancias de sus mismos excrementos, y tantos y tan oprimidos, que cuando hay muchos presos no caben de pies, y pasan la noche en pie arrimados unos a otros, llenos de piojos y con otras mil incomodidades. Pues, con estas noches, mal comer y grande el trabajo, miren qué salud de bronce no se desmoronará, qué pedernal no se deshace. Y esto es lo que los señores obispos habían de procurar remediar”.

⁷⁶ AVENDAÑO, Diego de. *Thesaurus indicus, seu generalis instructor pro regimine conscientiae, in iis quae ad indias spectant*. Tomos I a IV. Antverpiae: [s.n.], 1668. liv. I, Adnotationes ad Thesaurum Indicum, Corollarium circa quaedam Indorum privilegia (fl. 33), n. 141: “Pro quo facit id, quod de orphanis & viduis docent Covarruvias [...] & D. Feliciano a Vega [...] cum aliis, quos citant, foro scilicet Curiae gaudere, si velint, etiamsi divites sint. Sic etiam L. unica C. Quando Imperator inter pupillum & viduam ad fidem (...)”.

⁷⁷ AVENDAÑO, Diego de. *Op. cit.*, liv. I, Adnotationes ad Thesaurum Indicum, Corollarium circa quaedam Indorum privilegia, § V: “Alia circa Indos ex miserabilium personarum titulo privilegia percurruntur, (fl. 39), n. 175: Primum, Indum re propria per vim spoliatum, posse causam suam coram Ecclesiastico iudice prosequi, dummodo in laico negligencia adsit”.





conclusão, Avendaño aconselha *prudentia* tal como já antes o fizeram López, Castillo de Bobadilla, Solórzano Pereira e Villarroel: “Modum autem Prælatorum prudentia docebit, ne, dum unius damno curatur occurri, multa & graviora sequantur”⁷⁸.

Antes de terminar o percurso, cabe assinalar que a mesma Coroa empregava o conceito da *persona miserabilis* no contexto da jurisdição eclesiástica. Porque, embora abundem as disposições que ressaltam a obrigação dos bispos de guardarem a jurisdição secular e de absterem-se de qualquer intromissão⁷⁹, na normativa também se encontra plasmada a tradição que atribui à Igreja e aos bispos uma especial responsabilidade em relação às *personæ miserabiles*. Em uma ordenança da Recopilação de 1680, atribuída a Felipe II e a Felipe IV – nos anos 1582 e 1629, respectivamente –, e recolhida no título dedicado às funções dos arcebispos e bispos (1. 7. 13), invoca-se explicitamente o conceito de *persona miserabilis*, criando um amplo espaço de atuação para os bispos, reafirmando a necessária prudência: “(...) Os Índios são pessoas miseráveis, e tão naturalmente débeis, que facilmente se acham molestados e oprimidos, e nossa vontade é a de que não padeçam vexações, e tenham o remédio e o amparo convenientes, por quantas vias sejam possíveis (...)”. Pelo que “(...) encarregamos aos arcebispos e bispos que, havendo visto e considerado o previsto nesses casos, usando dos remédios que lhes oferece sua inteligência e prudência, para maior e melhor cumprimento de nossa vontade, disponham, (...) com toda atenção e vigilância, o que convenha para evitar opressão e desordens, das quais padecem os Índios, e procurem que sejam doutrinados e ensinados com

o cuidado, a caridade e o amor convenientes a nossa Santa Fé”⁸⁰.

3 A PRUDÊNCIA DO JUIZ NO DIREITO CANÔNICO INDIANO

Analisando o exposto e retornando à colocação inicial, cabe destacar algumas observações acerca do *modus operandi* do jurista, da jurisdição eclesiástica nas Índias e da frequente invocação da virtude da prudência.

No atinente à jurisdição eclesiástica sobre as pessoas miseráveis, pode-se sumarizar que na primeira Idade Moderna ninguém duvidava da existência de uma competência especial e subsidiária da Igreja para os casos das *personæ miserabiles* na ocorrência de um *defectus iustitiæ*. Tampouco cabia dúvida de que os índios eram considerados pessoas miseráveis. Nesse sentido, Las Casas e os outros dois bispos tinham fortes argumentos.

Não obstante essa jurisdição, segundo a maioria dos autores, praticamente não espaço para aplicação: num mundo com uma crescente estrutura burocrática, governado pelos Reis Católicos, defensores da fé, um *defectus iustitiæ* parecia impossível. Independentemente disso, este *defectus iustitiæ* poderia dar-se, sim, nas Índias, devido às circunstâncias especiais como a extensão territorial, as distâncias e os conhecidos abusos de poder. Dito de outro modo: as circunstâncias particulares nas Índias fizeram com que uma competência jurisdicional, prevista em alguns cânones do Direito canônico clássico, virtualmente em desuso na Europa, pudesse voltar a atualizar-se nas Índias. O transplante do direito comum às Índias fez com que uma parte desse, languescendo no Velho Mundo, recobrasse vida no Novo.

⁷⁸ AVENDAÑO, Diego de. *Op. cit.*, Adnotationes, t. I, anexo, ad titulum X, n. 175, fl. 39.

⁷⁹ Cf., na Recopilação de 1680, o capítulo concernente à jurisdição eclesiástica, especialmente 1. 10. 1, remetendo a uma ordenança de Felipe II, de 1559, intitulada: *Que se*

guarden las leyes de estos Reynos de Castilla, que prohiben a los Juezes Eclesiasticos usurpar la jurisdiccion Real.

⁸⁰ *Recopilación de los Reinos de las Indias*. Madrid, 1681 (Reimpressão: Madrid, 1973). 1. 7. 13.





Mais além desse aspecto – em si já um indício importante para a formação de um Direito canônico *indiano* com um ordenamento normativo que viria a ganhar um perfil cada vez mais particular –, alguns autores *indianos* foram ainda mais longe e sustentaram uma competência paralela e, uma vez invocada, privativa da Igreja, mesmo quando não tenha havido negligência do juiz secular: Las Casas e seus colegas invocaram-na, declarando essa opinião como a *opinio communis*, e também o ouvidor Álvarez de Velasco assim o fez, a quem se soma o bispo Villarroel.

Todavia, o mesmo Villarroel aconselha não fazer uso dessa competência. Muito provavelmente isso não se deve a um “oportunismo” do bispo, mas antes a uma particularidade do Direito da primeira Idade Moderna, que se distingue de nossa “cultura do código”⁸¹ por sua particular concepção de vigência. Porque a mera existência de normas que, por exemplo, atribuíram uma competência jurisdicional, suficiente no sistema positivista para que o bispo atue, significava pouco no Antigo Regime. Fazia falta algo mais: a dotação das normas potencialmente aplicáveis com autoridade para o caso concreto⁸². Porque, como vimos em um exemplo concreto, o jurista teve que escolher entre uma ampla gama de autoridades, às vezes até contraditórias, e buscar uma solução com base em uma dessas autoridades, deixando outras de lado, e tentando encontrar a solução adequada para o caso concreto, isto é, a solução “justa”.

⁸¹ TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. La “cultura del Código”. Un debate virtual entre Segovia y Sáez. *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, n. 26, 1998, p. 539-564.

⁸² Acerca desse conceito, ver maiores detalhes em: DUVE, Thomas. Mit der Autorität gegen die Autorität? In: OESTERREICHER, Wulf; REGN, Gerhard; SCHULZE, Winfried (eds.). *Autorität der Form – Autorisierungen – institutionelle Autoritäten*. (P & A, 1). Münster: LIT Verlag, 2003. p. 239-256; também o muito sugestivo: SIMON, Thomas. Geltung. Der Weg von der Gewohnheit zur Positivität des Rechts. *Rechtsgeschichte*, Frankfurt am Main, n. 7, 2005, p. 100-137.

Essa situação não deixava de ter seus efeitos sobre o *modus operandi* do jurista. Típico exemplo para a prática cultural tão particular – próxima ao conceito medieval da *interpretatio*, porém distante da “cultura do código” do mundo jurídico do século XIX – que emergia disso é o que escreve Villarroel, depois de ter alegado as opiniões a favor e contra a competência do juiz eclesiástico:

Porém, apesar de ter por provável as duas opiniões encontradas, e esta última expande os termos da jurisdição da Igreja, tenho a outra como melhor para ser posta em prática, porque considero esta [a última] repleta de perigos, se se fecha para um Juiz do Rei, ou uma Audiência Real, onde um Bispo se arroge dessas causas, julgando, que privativamente lhes cabem: pois, na realidade, de verdade segundo opinião provável, é o Bispo Juiz incompetente, e há de querer por uma causa – que quando a admita, não peca – revirar uma República? Fora das causas de imunidade, ninguém pode declarar ao Rei sua jurisdição: apenas ele é quem pode declará-la. Pois declarada uma vez, há de se romper a paz? Faz pouco a Igreja pelas miseráveis pessoas, ajudando-as com rogações e censuras? O Bispo não peca deixando uma jurisdição duvidosa, e que, faltando, a negligência não está assentada. Pois como quer escandalizar, para apenas aumentar sua jurisdição, quando só pode favorecer-lhe que os Autores dessa opinião lhe hajam conferido alguma probabilidade? E mesmo que seja coisa clara, que os Direitos que falam do caso não levem à boca a palavra negligência, interpretam-nos com ela Doutores de grande importância, e isso é suficiente para que os Bispos se abstenham dessas causas. E se doer-lhes o desamparo das pessoas miseráveis, podem consolar-se ao fazer o que podem: e se isso não basta, deem-lhes esmolas bastante fartas – que podem dar muitas é ponto sem controvérsia⁸³.

⁸³ VILLARROEL, Gaspar de. *Gobierno Eclesiástico Pacífico y Unión de los dos cuchillos, pontificio y regio*. Tomos I e II. Madrid: [s.n.], 1656/57 (Reimpressão: Madrid, 1738). t. II, q. XIV, art. III, n. 73: “Pero sin embargo que tengo por probable las dos encontradas opiniones, y esta ultima ensancha los terminos de la jurisdicion de la Iglesia, tenga la otra por mejor para practicada, porque veo llena de peligros esta, si se cierra un Juez del Rey, ó una Audiencia Real, en que un Obispo se inhiba de essas causas, juzgando, que privativamente les tocan: y pues en realidad de verdad en opinion probable es el Obispo Juez incompetente, ha de querer por una causa,





Como se vê, frente à insegurança sobre qual era a resposta correta, o bispo aconselhava que fossem cuidadosos na tomada de decisões, para evitar conflitos com o poder secular. Aconselhava pôr em uma balança os riscos que se assumia com a opção por uma de duas opiniões prováveis e assegurava que, frente à possibilidade de que o bispo não tenha jurisdição, poderia abster-se de exercê-la sem pecar: um “probabilismo” bastante pragmático, um oportunismo conveniente, devido às circunstâncias e condicionamentos do exercício do poder eclesiástico.

Para além disso, o exemplo também demonstra outra coisa interessante: o fato de que as perquirições doutrinárias, as citações e as *distinctiones* do direito comum não foram letra morta. Porque, como se assinalou, para todos os autores existiam situações nas quais não restava dúvida alguma de que os bispos poderiam e deveriam atuar em defesa dos oprimidos, e nas quais a mesma Coroa exigia de seus bispos que fizessem uso de sua competência. Aqui se demonstra que os bispos, cuidadosamente

selecionados⁸⁴ e jurando, ao assumir seus cargos, entre outras coisas, “a não usurpar a jurisdição, nem o patronato real”⁸⁵, também eram “agentes” ou “funcionários” da administração de direito⁸⁶, o que pode, inclusive, exigir de um bispo destituir a um representante da Coroa, como expôs o próprio Solórzano.

É por essa integração do poder eclesiástico e de seus representantes às estruturas governamentais das Índias – parte do particular Padroado régio⁸⁷ – que se pode chegar à conclusão de que a falta de definição inequívoca sobre a jurisdição⁸⁸ não foi disfuncional, mas – muito pelo contrário – tinha uma funcionalidade positiva. Porque, desta maneira, a jurisdição eclesiástica formava parte de um sistema flexível de controle mútuo entre os dois braços da administração nas Índias, e tratava-se de duas partes de um mesmo corpo, não de dois poderes sempre tão antagônicos e repletos de tensão como nos faz crer a historiografia oitocentista que tendia a enxergar a relação entre o secular e o eclesiástico em paradigmas de

que quando la admita, no peca, rebolver una Republica? Fuera de las causas de la inmunidad, nadie puede declararle al Rey su jurisdiccion: el solo es quien la puede declarar. Pues declarada una vez, hase de romper la paz? Hace poco la Iglesia por las miserables personas, ayudandoles con ruegos, y censuras? El Obispo no peca dexando una jurisdiccion dudosa, y que faltando la negligencia no esta assentada. Pues como quiere escandalizar, por solo crecer su jurisdiccion, quando solo le puede favorecer, que los Autores de essa opinion le ayandado alguna probabilidad? Y aunque es cosa clara, que los Derechos que hablan del caso, no toman en la boca la palabra negligencia, los interpretan con ella Doctores de grande importancia, y esso sobra para que los Obispos se abstengan de essas causas. Y si les doliere el desamparo de las personas miserables, pueden consolarse, con que hacen lo que pueden: y si esso no basta, denles muy gruesas limosnas: que pueden hacer muchas es punto sin controversia”.

⁸⁴ Sobre essa cuidadosa seleção, cf.: CASTAÑEDA DELGADO, Paulino; MARCHENA FERNÁNDEZ, Juan. *La jerarquía de la Iglesia en Indias: el episcopado americano. 1500-1850*. Madrid: MAPFRE, 1992. p. 187-224.

⁸⁵ O texto do juramento encontra-se na Recopilação de 1680, l. 7. 1. Sobre o juramento e seus efeitos, ver as

interessantes passagens em: SOLÓRZANO PEREIRA, Juan de. *Política indiana sacada en lengua castellana de los dos tomos del derecho y gobierno municipal de las Indias*. Madrid: [s.n.], 1647. livro IV, Cap. VI.

⁸⁶ Nesse sentido, ver: GARCÍA BELSUNCE, César A. Los clérigos como agentes de la Administración en el Derecho Indiano y Patrio. *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, n. 2, 1974, p. 39-63; GONZÁLEZ ECHENIQUE, Javier. Los obispos de Indias como funcionarios de la Corona. *Revista Chilena de Historia del Derecho*, Santiago de Chile, n. 6, 1970, p. 143-151.

⁸⁷ Mais referências em SÁNCHEZ BELLA, Ismael. *Iglesia y Estado en la América española*. Pamplona: EUNSA, 1990. p. 55-106; HERA, Alberto de la. El Patronato y el Vicariato Regio en Indias. In: BORGES MORÁN, Pedro (org.). *Historia de la Iglesia en Hispanoamérica y Filipinas (siglos XV-XIX)*. Tomo I. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos; Estudio Teológico de San Ildefonso de Toledo, 1992. p. 63-80; HERA, Alberto de la. El regalismo indiano. In: BORGES MORÁN, Pedro (org.). *Op. cit.*, p. 81-98.

⁸⁸ Para mais exemplos, ver: DELLAFERRERA, Nelson C. El obispo, único juez en la diócesis. *Cuadernos de Historia*, Córdoba, n. 9, 1999, p. 144 et seq.





constante luta⁸⁹ f. Disposições sinodais tão cautelosas como o cap. 11 do Sínodo de Tucumán, de 1607, são expressão desta “via média, quicá pouco clara e decidida, ainda que explicável naquela circunstância concreta”⁹⁰, quando dizem que “no que toca à jurisdição eclesiástica, não temos o que estabelecer de novo, pois é coisa sabida o que determinam os cânones sagrados e as leis do reino, e o que a prática ordinária ensina; só requisitamos a nossos párocos e vigários que não se intrometam em coisas que não são de nossa jurisdição, nem estão a nosso cargo”⁹¹.

Os representantes da administração secular sabiam da existência do perigo de incorrer no que a doutrina denominava *defectus iustitiæ*, com a consequência de que se atualizara automaticamente a jurisdição eclesiástica. Também sabiam que havia alguns bispos que sustentaram que, em princípio, cabia-lhes a competência jurisdicional para os assuntos dos índios, e que somente a prudência lhes fez absterem-se de fazer uso dessa competência. Se os funcionários seculares atuaram bem, poderiam com toda razão exigir da Igreja que se abstinésse de interferir em assuntos mundanos: porque não

estavam dadas as condições para sua atuação. Quando atuaram bem, os índios já eram “menos miseráveis”, e não era necessário atuar, como diz o próprio Villarroel, insistindo no melhor funcionamento do cargo de “*Protector de indios*” em sua diocese⁹².

Em face desse panorama de insegurança jurídica ou, visto de outra maneira, ante a particular funcionalidade da imprecisão e em consonância com a necessidade de levar a cabo um entendimento moral, tudo dependia dos atores. É por isso que tanto López como Castillo de Bobadilla, Solórzano Pereira, Villarroel, Avendaño e a própria Coroa insistiram, nesse contexto, em uma virtude que também foi um dos critérios de idoneidade dos candidatos a serem consagrados bispos, expressamente mencionada em Trento⁹³: a prudência.

Falar da prudência do bispo não consistia meramente na invocação de um tópico da tradição filosófica, mas significava apelar a uma das virtudes clássicas, tradicionalmente vista como “*excellentior quam aliæ virtutes morales*”⁹⁴, que voltou a ganhar especial importância na literatura jurídica e política do século XVII e XVIII,

⁸⁹ Nesse contexto, cf.: TRASLOSHEROS, Jorge E. *Iglesia, Justicia y Sociedad en la Nueva España: La Audiencia del Arzobispado de México, 1528-1668*. México: Editorial Porrúa; Universidad Iberoamericana, 2004, especialmente as p. 71 *et seq.*, 180 *et seq.*; e, na perspectiva tardo-medieval, com uma reflexão crítica sobre a historiografia sobre o problema: WETZSTEIN, Thomas. Tam inter clericos qam laicos? Die Kompetenz des Konstanzer geistlichen Gerichts im Spiegel der archivalischen Überlieferung. In: ARLINGHAUS, Franz-Josef; et al. (Coord.). *Praxis der Gerichtsbarkeit in europäischen Städten des Spätmittelalters*. (Rechtsprechung, 23). Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2006. p. 47-81.

^f Nota de tradução: essa nota consta somente na primeira versão do texto de 2007, onde também houve acréscimos no corpo do texto.

⁹⁰ DELLAFERRERA, Nelson C. El obispo, único juez en la diócesis. cit., p. 148.

⁹¹ TERCER SÍNODO DE TUCUMÁN, Capítulo 11. In: ARANCIBIA, José M.; DELLAFERRERA, Nelson C. *Los sínodos del antiguo Tucumán celebrados por Fray Fernando de Trejo y Sanabria 1597, 1606, 1607*. Buenos Aires: Facultad de Teología de la U.C.A.; Editora Patria Grande, 1979. p. 206.

⁹² VILLARROEL, Gaspar de. *Gobierno Eclesiástico Pacífico y Unión de los dos cuchillos, pontificio y regio*. Tomos I e II. Madrid: [s.n.], 1656/57 (Reimpresão: Madrid, 1738), t. II, q. XIV, art. III, n. 29: “Este nuevo favor que hizo a los Indios el Rey se estrenó en esta Real Audiencia de Santiago [...] con el señor Doctor Don Antonio Ramirez de Laguna [...] que con gran calor, y piedad ha reducido a mejor forma el estado de los miserables Indios, ya menos miserables, por ser menos sus opresiones”.

⁹³ CONCÍLIO TRIDENTINO. Sessio 24, Cap. 18 de ref. (= COD 770-772): “Quotcumque ab iis idonei iudicati fuerint ætate, moribus, doctrina, prudentia et aliis rebus, ad vacantem ecclesiam gubernandam opportunis”; do mesmo modo: Sessio 25, Cap. 9 de ref. (= COD 789-791).

⁹⁴ SANCTI THOMÆ AQUINATIS. *Summa theologica*. Tomo 17. Heidelberg: Albertus-Magnus-Akademie, 1959. II-II, 23-6, p. 24. [Ver, sobre os distintos usos da prudência no pensamento escolástico, especialmente de S. Tomás – RAMÍREZ, Santiago M. *La prudencia*. 2ª ed. Madrid: Ediciones Palabra, 1981 (N.T. – tal referência consta somente na versão segunda deste texto publicada em 2008 – DUVE, Los que escriben..., cit. p. 269)].





subdividida em um número infinito de *speciales prudentiae*⁹⁵. Tal como a particular racionalidade jurídica dos atores que, à primeira vista, pode parecer, inclusive, fruto de um “probabilismo”, também a invocação da virtude da prudência tem que ser vista como fruto dos condicionamentos pragmáticos da mesma ordem jurídica: um componente necessário de uma cultura jurídica baseada em fontes díspares, marcada pelo imperativo de administrar justiça material nesses “tempos intensos”, nos quais “homens de santidade, coragem e espírito de bem procuraram implantar a justiça mediante a aplicação do direito para que, nessa nova cristandade das Índias, se fosse plasmando a paz social (...) como fruto da justiça”⁹⁶.

REFERÊNCIAS PRIMÁRIAS

- ÁLVAREZ DE VELASCO, Gabriel. *Tractatus de privilegiis pauperum et miserabilium personarum*. Lugduni: [s.n.], 1663.
- AVENDAÑO, Diego de. *Thesaurus indicus, seu generalis instructor pro regimine conscientiae, in iis quae ad indias spectant*. Tomos I a IV. Antverpiæ: [s.n.], 1668.
- BIBLIA Sacra iuxta vulgatam versionem. Stuttgart: Deutsche Bibelgesellschaft, 1983.
- CASTILLO DE BOBADILLA, Jerónimo. *Política para corregidores y señores de vasallos, en tiempos de paz y guerra, y para jueces ecclesiasticos y seglares [...]*. Tomo I. Madrid: [s.n.], 1597.
- CONCÍLIO TRIDENTINO. Seção 7, Cap. 14 de ref. (= COD 689). Seção 23, Cap. 1 de ref. (= COD 744). Seção 24, Cap. 18 de ref. (= COD 770-772).
- COVARRUBIAS Y LEYVA, Diego de. *Omnia opera [...]. Tomus Primus. Liber unus Practicarum Quaestionum*. Augustæ Taurinorum: [s.n.], 1594.
- DECRETALES Gregorii Papæ IX. Venetiis: [s.n.], 1600.
- DECRETALES D. Gregorii Papæ IX suae integritati una cum glossis restitute. Venetiis: [s.n.], 1600.
- DECRETUM Divi Gratiani [...]. Lugduni: [s.n.], 1560.
- (EDITIO Romana). *Decretum Gratiani emendatum*. Venetiis: [s.n.], 1583.
- FELICIANUS DE OLIVA. *Tractatus de foro ecclesiae. Pars tertia*. Coloniae Allobrogum: [s.n.], 1705.
- HOSTIENSE (= Henricus de Segusio). *In Secundum Decretalium librum Commentaria*. Lugduni: [s.n.], 1581 (Reimpressão: Torino, 1965).

⁹⁵ Acerca da especial importância da prudência no pensamento dos séculos XVII e XVIII, com muitas referências [entre elas a das *speciales prudentiae*, segundo Herman Conring – *De civili prudentia liber unus*, 1662 (N.T. – tal referência consta somente na segunda versão deste texto – DUVE, Los que escriven..., cit. p. 270)], ver:

MOHNHAUPT, Heinz. Prudentia-Lehren im 17. und 18. Jahrhundert. In: ASCHERI, Mario; et al. (org.). *Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert. Festschrift für Knut W. Nörr*. Köln: Böhlau, 2005. p. 617-632.

⁹⁶ DELLAFERRERA, Nelson C. El obispo, único juez en la diócesis. cit., p. 148.





IOANNIS ANDREAE. *In Quintum Decretalium librum Novella Commentaria [...]*. Venetiis: [s.n.], 1581.

INOCENCIO IV (= Sinibaldus Fliscus). *Commentaria. Apparatus in V Libros Decretalium*. Francofurti: [s.n.], 1570 (Reimpressão: Frankfurt, 1968).

LÓPEZ, Gregorio. *Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el nono, nuevamente Glosadas por el Licenciado Gregorio Lopez del Consejo Real de Indias de su Magestad [...]*. Salamanca: [s.n.], 1555.

LUDOVICUS ENGEL. *Collegium iuris canonici [...]*. 8^a ed. Salisburgi: [s.n.], 1717.

MALDONADO, Alonso de. Representación del Presidente de la Audiencia de los Confines al Emperador, fechada el 31 de diciembre de 1545. In: FABIÉ, Antonio María. *Vida y escritos de fray Bartolomé de Las Casas, obispo de Chiapa*. Tomo II. Madrid: Imprenta de Miguel Ginesta, 1879.

MANS PUIGARNAU, Jaime M. (Ed.). *Decretales de Gregorio IX. Versión medieval española*. Tomo 2. Barcelona: Universidad de Barcelona, Facultad de Derecho, 1942.

PANORMITANUS (= Nicolas de Tudeschis). *Panormitani secunda super primo decretalium*. Lugduni, [s.n.], 1549.

PEÑA MONTENEGRO, Alonso de la. *Itinerario para párrocos de indios*. Tomo I: Livros I-II; Tomo II: Livros III-V. Edição crítica de Carlos Baciero, Manuel Corrales, Jesús María García Añoveros e Francisco Maseda. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1995/1996.

PICHLER, Vitus. *Summa jurisprudentiæ sacræ universæ, seu Ius Canonicum [...]*. Augustæ Vindelicorum: [s.n.], 1741.

RECOPIACIÓN DE LOS REINOS DE LAS INDIAS. Madrid, 1681 (Reimpressão: Madrid, 1973).

REIFFENSTUEL, Anacletus. *Jus Canonicum Universum [...]*. Venetiis: [s.n.], 1735.

Representación a la Audiencia de los Confines, 19 de octubre de 1545. AGI, IG, 1381. In: CASTAÑEDA DELGADO, Paulino; et al. (org.). *Fray Bartolomé de Las Casas: Obras completas*. Tomo 13: Cartas y Memoriales. Madrid: Alianza Editorial, 1995, n. XXIII. p. 199-205.

SANCTI THOMÆ AQUINATIS. *Summa theologica*. Tomo 17. Heidelberg: Albertus-Magnus-Akademie, 1959.

SOLÓRZANO PEREIRA, Juan de. *De Indiarum iure sive de iusta indiarum occidentalium gubernatione. Tomus alter*. Madrid: [s.n.], 1639.

SOLÓRZANO PEREIRA, Juan de. *Política indiana sacada en lengua castellana de los dos tomos del derecho y gobierno municipal de las Indias*. Madrid: [s.n.], 1647.

Tercer Sínodo de Tucumán. Capítulo 11. In: ARANCIBIA, José M.; DELLAFERRERA, Nelson C. *Los sínodos del antiguo Tucumán celebrados por Fray Fernando de Trejo y Sanabria 1597, 1606, 1607*. Buenos Aires: Facultad de Teología de la U.C.A.; Editora Patria Grande, 1979.





VEGA, Feliciano de la. *Relectionum canonicarum in secundum Decretalium librum [...]*. Lima: [s.n.], 1633.

VILLARROEL, Gaspar de. *Gobierno Eclesiástico Pacífico y Unión de los dos cuchillos, pontificio y regio*. Tomos I e II. Madrid: [s.n.], 1656/57 (Reimpressão: Madrid, 1738).

REFERÊNCIAS SECUNDÁRIAS

AGÜERO, Alejandro. Clemencia, perdón y disimulo en la justicia criminal del Antiguo Régimen. Su praxis en Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII. *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, n. 32, 2004.

AGÜERO, Alejandro. Las categorías básicas de la cultura jurisdiccional. In: LORENTE SARIÑENA, Marta (org.). *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, 2007.

ASSADOURIAN, Carlos Sempat. Fray Bartolomé de Las Casas obispo: la condición miserable de las naciones indianas y el derecho de la Iglesia (un escrito de 1545). *Allpanchis*, Cusco, Perú, vol. XXII-1, n. 35-36, 1990, p. 29-104.

BRAVO LIRA, Bernardino. *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1989.

BRUNDAGE, James A. Widows as Disadvantaged Persons in Medieval Canon Law. In: MIRRER, Louise (org.). *Upon My Husband's Death. Widows in the Literature and Histories of Medieval Europe*. Ann Arbor/Michigan: University of Michigan Press, 1992.

CASTAÑEDA DELGADO, Paulino. La condición miserable del indio y sus privilegios. *Anuario de Estudios Americanos*, Sevilla, n. 28, 1971.

CASTAÑEDA DELGADO, Paulino; MARCHENA FERNÁNDEZ, Juan. *La jerarquía de la Iglesia en Indias: el episcopado americano. 1500-1850*. Madrid: MAPFRE, 1992.

CEBREIROS ÁLVAREZ, Eduardo. La condición jurídica de los indios y el derecho común: un ejemplo del "favor protectionis". In: CONDORELLI, Orazio (org.). *Panta rei. Studi dedicati a Manlio Bellomo*. Tomo I. Roma: Il Cigno Edizioni, 2004.

DAGROSSA, Norberto. Bibliografía de la Historia del Derecho indiano. In: ANDRÉS-GALLEGO, José (ed.). *Nuevas aportaciones a la Historia jurídica de Iberoamérica*. Madrid: Fundación Histórica Tavera; Fundación Hernando de Larramendi, 2000.

DELLAFERRERA, Nelson C. El obispo, único juez en la diócesis. *Cuadernos de Historia*, Córdoba, n. 9, 1999.

DÍAZ COUSELO, José María. El ius commune y los privilegios de los indígenas en la América Española. *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, n. 29, 2001.

DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio. *Manual de Historia del Derecho indiano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Históricas, 1994.

Algumas observações sobre o modus operandi e a prudência do juiz no Direito canônico indiano

Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 37, p. 52-79, dez. 2017.

ISSN: 0104-6594 Site <http://seer.ufrgs.br/revfacdir> Email: revistafacdir@ufrgs.br

Faculdade de Direito da UFRGS - Avenida João Pessoa, 80 - Centro Histórico - Porto Alegre - RS - Brasil

CEP 90040-000 - Telefone: +55 51 3308-3118 - Site <http://www.ufrgs.br/direito/>





DUVE, Thomas. La condición jurídica del indio y su consideración como persona miserabilis en el Derecho indiano. In: LOSANO, Mario (ed.). *Un giudice e due leggi. Pluralismo normativo e conflitti agrari in Sud America*. Milano: Università degli Studi di Milano, Dipartimento Giuridico-Politico, 2004. (Collana Teoria Generale e Informatica del Diritto, IV).

DUVE, Thomas. La historia del *corpus iuris canonici* a la luz de la reciente bibliografía. *Prudentia iuris*, Buenos Aires, n. 61, 2006.

DUVE, Thomas. Mit der Autorität gegen die Autorität? In: OESTERREICHER, Wulf; REGN, Gerhard; SCHULZE, Winfried (eds.). *Autorität der Form – Autorisierungen – institutionelle Autoritäten*. (P & A, 1). Münster: LIT Verlag, 2003.

DUVE, Thomas. *Sonderrecht in der Frühen Neuzeit. Studien zum ius singulare und den privilegia miserabilium personarum, senum und indorum in Alter und Neuer Welt*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2008 (Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte; ed. Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte).

GARCÍA BELSUNCE, César A. Los clérigos como agentes de la Administración en el Derecho Indiano y Patrio. *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, n. 2, 1974.

GARRIGA, Carlos. Historia y derecho, historia del derecho. *Istor*, México, a. IV, n. 16, 2004.

GARRIGA, Carlos. Justicia animada: dispositivos de la justicia en la monarquía católica. In: LORENTE SARIÑENA, Marta (org.). *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, 2007.

GARRIGA, Carlos. Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen. *Istor*, México, a. IV, n. 16, 2004.

GARRIGA, Carlos. Sobre el gobierno de la justicia en Indias (siglo XVI-XVII). *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, n. 34, 2006.

GAUDEMET, Jean. *Église et cité: histoire du droit canonique*. Paris: Cerf; Montchrestien, 1994.

GONZÁLEZ ECHENIQUE, Javier. Los obispos de Indias como funcionarios de la Corona. *Revista Chilena de Historia del Derecho*, Santiago de Chile, n. 6, 1970.

GROSSI, Paolo. *El orden jurídico medieval*. Prólogo de Francisco Tomás y Valiente. Madrid: Marcial Pons, 1996.

HELMHOLZ, Richard H. Civil Jurisdiction and the Clergy. In: HELMHOLZ, R. *The ius commune in England. Four Studies*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

HELMHOLZ, Richard H. *The Spirit of Classical Canon Law*. Athens (USA): University of Georgia Press, 1996.

HERA, Alberto de la. El Patronato y el Vicariato Regio en Indias. In: BORGES MORÁN, Pedro (org.). *Historia de la Iglesia en Hispanoamérica y Filipinas (siglos XV-XIX)*. Tomo I. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos; Estudio Teológico de San Ildefonso de Toledo, 1992.

Algumas observações sobre o modus operandi e a prudência do juiz no Direito canônico indiano

Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 37, p. 52-79, dez. 2017.

ISSN: 0104-6594 Site <http://seer.ufrgs.br/revfacdir> Email: revistafacdir@ufrgs.br

Faculdade de Direito da UFRGS - Avenida João Pessoa, 80 - Centro Histórico - Porto Alegre - RS - Brasil

CEP 90040-000 - Telefone: +55 51 3308-3118 - Site <http://www.ufrgs.br/direito/>





- HERA, Alberto de la. El regalismo indiano. In: BORGES MORÁN, Pedro (org.). *Historia de la Iglesia en Hispanoamérica y Filipinas (siglos XV-XIX)*. Tomo I. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos; Estudio Teológico de San Ildefonso de Toledo, 1992.
- HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia. Síntesis de un milenio*. Madrid: Tecnos, 2002.
- HESPANHA, Antonio Manuel. Sabios y rústicos. La Dulce violencia de la razón jurídica. In: HESPANHA, A. (ed.). *La gracia del Derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- HUERGA, Álvaro. Fray Bartolomé de las Casas. 1. Vida y obras. In: CASTAÑEDA DELGADO, Paulino; et al. (org.). *Fray Bartolomé de Las Casas. Obras completas*. 14 tomos. Madrid: Alianza Editorial, 1998.
- KUTTNER, Stephan. A forgotten definition of justice. *Studia Gratiana*, Roma, n. XX, 1976.
- LITEWSKI, Wieslaw. *Der römisch-kanonische Zivilprozeß nach den älteren ordines iudicarii*. Tomo I. Krakau: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellonskiego, 1999.
- MAQUEDA ABREU, Consuelo. Conflictos jurisdiccionales y competencias en la Castilla del siglo XVII. Un caso ilustrativo. *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, v. 67, n. 2, 1997.
- MARTIRÉ, Eduardo. *Las Audiencias y la administración de justicia en las Indias*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2005.
- MOHNHAUPT, Heinz. Prudentia-Lehren im 17. und 18. Jahrhundert. In: ASCHERI, Mario; et al. (org.). *Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert. Festschrift für Knut W. Nörr*. Köln: Böhlau, 2005.
- NORMA OLIVEROS, Martha. La construcción jurídica del régimen tutelar del indio. *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, Buenos Aires, n. 18, 1967.
- PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, José Manuel. El tribunal eclesiástico (Sobre el aforamiento y la estructura de la Curia diocesana de justicia). In: MARTÍNEZ RUIZ, Enrique; PI CORRALES, Magdalena de Pazzis (coord.). *Instituciones de la España Moderna. Las jurisdicciones*. Tomo 1. Madrid: Editorial Actas, 1996.
- REUTER, Timothy; SILAGI, Gabriel. *Wortkonkordanz zum Decretum Gratiani*. München: Monumenta Germaniæ Historica, 1990.
- SÁNCHEZ BELLA, Ismael. *Iglesia y Estado en la América Española*. Pamplona: EUNSA, 1990.
- SCHULTE, Johann Friedrich von. *Die Geschichte der Quellen und Literatur des Canonischen Rechts von Gratian bis auf die Gegenwart*. Tomo II. Stuttgart: Verlag von Ferdinand Enke, 1877.
- SIMON, Thomas. Geltung. Der Weg von der Gewohnheit zur Positivität des Rechts. *Rechtsgeschichte*, Frankfurt am Main, n. 7, 2005.





TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. La “cultura del Código”. Un debate virtual entre Segovia y Sáez. *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, n. 26, 1998.

TIERNEY, Brian. *Medieval Poor Law. A Sketch of Canonical Theory and its Applications in England*. Los Angeles/Berkeley: University of California Press, 1959.

TRASLOSHEROS, Jorge E. *Iglesia, Justicia y Sociedad en la Nueva España. La Audiencia del Arzobispado de México, 1528-1668*. México: Editorial Porrúa; Universidad Iberoamericana, 2004.

TRUSEN, Winfried. Die gelehrte Gerichtsbarkeit der Kirche. In: COING, Helmut. (Coord.). *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*. Tomo I. München: C. H. Beck Verlag, 1973.

WETZSTEIN, Thomas. Tam inter clericos qam laicos? Die Kompetenz des Konstanzer geistlichen Gerichts im Spiegel der archivalischen Überlieferung. In: ARLINGHAUS, Franz-Josef; et al. (coord.). *Praxis der Gerichtsbarkeit in europäischen Städten des Spätmittelalters*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2006. (Rechtsprechung, 23).

Recebido em: 30/12/2017

Aceito em: 30/12/2017





Algumas observações sobre o modus operandi e a prudência do juiz no Direito canônico indiano

Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 37, p. 52-79, dez. 2017.

ISSN: 0104-6594 Site <http://seer.ufrgs.br/revfacdir> Email: revistafacdir@ufrgs.br

Faculdade de Direito da UFRGS - Avenida João Pessoa, 80 - Centro Histórico - Porto Alegre - RS - Brasil
CEP 90040-000 - Telefone: +55 51 3308-3118 - Site <http://www.ufrgs.br/direito/>

