

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE FILOSOFIA, LETRAS E CIÊNCIAS HUMANAS
HISTÓRIA SOCIAL

ELAINE GODOY PROATTI

Justiça Criminal Indiana

Análise de processos criminais da Real Audiência de Lima – século XVIII

Versão corrigida

São Paulo

2023

ELAINE GODOY PROATTI

Justiça Criminal Indiana

Análise de processos criminais da Real Audiência de Lima – século XVIII

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós- Graduação em História do Departamento de História da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, da Universidade de São Paulo, como parte dos requisitos para obtenção do título de Doutor em História.

Orientador: Prof.^a Dr.^a Janice Theodoro da Silva

Coorientador: Prof. Dr. Alejandro Agüero

Versão corrigida

São Paulo
2023



UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE FILOSOFIA, LETRAS E CIÊNCIAS HUMANAS

ENTREGA DO EXEMPLAR CORRIGIDO DA DISSERTAÇÃO/TESE

Termo de Anuência do (a) orientador (a)

Nome do (a) aluno (a): Elaine Godoy Proatti

Data da defesa: 06/06/2023

Nome do Prof. (a) orientador (a): Prof.^a Dr.^a Janice Theodoro da Silva

Nos termos da legislação vigente, declaro **ESTAR CIENTE** do conteúdo deste **EXEMPLAR CORRIGIDO** elaborado em atenção às sugestões dos membros da comissão Julgadora na sessão de defesa do trabalho, manifestando-me **plenamente favorável** ao seu encaminhamento ao Sistema Janus e publicação no **Portal Digital de Teses da USP**.

São Paulo, 04/09/2023

|

(Assinatura do (a) orientador (a))

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo na Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo

P962j Proatti, Elaine Godoy
Justiça Criminal Indiana Análise de processos
criminais da Real Audiência de Lima - século XVIII /
Elaine Godoy Proatti; orientadora Janice Theodoro da
Silva; coorientadora Alejandro Agüero - São Paulo,
2023.
336 f.

Tese (Doutorado)- Faculdade de Filosofia, Letras e
Ciências Humanas da Universidade de São Paulo.
Departamento de História. Área de concentração:
História Social.

1. História. 2. Direito. 3. Colonização. 4.
Retórica. 5. Discurso. I. Silva, Janice Theodoro da ,
orient. II. Título.

Agradecimentos

Primeiramente, agradeço a Deus e à Nossa Senhora Aparecida, a quem intercedi muitas vezes pedindo forças, ânimo e paciência para escrever a tese. A escrita de um trabalho acadêmico, em meio à pandemia e demais adversidades trazidas por ela, e, concomitantemente ao meu trabalho como professora do Ensino fundamental II, exigiu muita fé e persistência. Desse modo, aliada à minha fé em Deus, dedico um agradecimento especial à minha família: minha mãe e meu pai, minha irmã e meu cunhado pelo constante apoio e suporte em todos os momentos e de todas as formas possíveis. Sem vocês eu teria desistido.

Também gostaria de agradecer às instituições de ensino superior de qualidade que me formaram até essa etapa da minha vida acadêmica. Sou fruto da rede pública de ensino desde a educação infantil até o doutorado e me orgulho disso. Agradeço à Universidade de São Paulo, USP, e ao programa de História Social pelo incentivo e ajuda. Com muito respeito e admiração, agradeço também aos meus orientadores, Professor Doutor Alejandro Agüero, Professora Doutora Janice Theodoro, e Professor Doutor Rafael Ruiz.

Sou muito grata ao Professor Doutor Alejandro Agüero pela leitura sempre atenta, cuidadosa, pelos comentários pertinentes e assertivos, pelas sugestões bibliográficas e críticas excepcionais me motivando e estimulando a continuar. Muito obrigada pelo seu tempo, dedicação, orientação e pela atenção me dada nesses anos todos.

Como este caminho até a pós-graduação não começou em 2017, mas desde 2008 quando ingressei na graduação em História, agradeço ao professor que me apresentou e introduziu à vida acadêmica como pesquisadora: Professor Doutor Rafael Ruiz. Muito obrigada pelos conselhos, pelas sugestões, leituras, críticas e apoio dado ao longo desses anos. Agradeço aos professores da banca, Renzo Honores, Jeannie Menezes, Rafael Ruiz, Alfredo Flores, Gustavo Cabral e Pedro Ortego pela contribuição à minha pesquisa.

Agradeço também ao *Archivo General de la Nación*, sediado em Lima, no Peru, na figura da queridíssima e inestimável amiga, Célia Miriam Soto Molina, quem carinhosamente me atendeu no arquivo, me ajudou e me direcionou na

investigação e leitura dos processos criminais.

Esta pesquisa, muito embora solitária, contou com a ajuda de muitos outros amigos e professores. Como havia dito, essa tese foi escrita em meio à sala de aula de História, do Ensino Fundamental II, comentando meu tema aos meus alunos de 6 a 9 ano. Eles foram bons ouvintes, se mostraram interessados com as histórias dos processos que eu contava e me inspiraram a ser uma professora e pesquisadora melhor. Juntamente ao meus alunos, gostaria de agradecer à equipe da Escola na qual trabalho pela compreensão e paciência comigo nessa etapa. Uma pesquisadora professora vive e respira a História todos os dias, e tal dedicação implica em certas renúncias e afastamento do convívio social.

De todo modo, embora um pouco distante de alguns colegas, a pesquisa me apresentou a outros grandes amigos, e reforçou algumas amizades fundamentais nessa trajetória. Ao persistente e fiel amigo, Ewerton Luiz Figueiredo Moura da Silva, companheiro acadêmico desde o mestrado, meu muito obrigada pelo apoio, ensinamentos, pelas longas discussões sobre a vida profissional e acadêmica do historiador. Você é um exemplo para mim.

Sou muito grata também ao querido amigo José María Martín Humanes. Um excelente historiador e uma pessoa maravilhosa que presenteou a minha vida com sua sabedoria, seu jeito cativante de ser, sua generosidade e alegria. Alguém que mesmo distante se manteve perto. Muito obrigada por compartilharmos ideias, textos, descobertas históricas e pensamentos.

Agradeço também aos amigos historiadores, Jorge Nuñez, Freddy R. Centurión, Hans Enrique Cuadros Sánchez, Gustavo Silveira Siqueira e Luis González Alvo pelas conversas e trocas bibliográficas, e ao querido geógrafo Marcelo Rodrigues De Avila que me ensinou a elaborar mapas e os corrigiu para mim. Obrigada por sua amizade e por seus conhecimentos. Agradeço aos colegas de doutorado e pós graduação Julio Cesar Teles, Verônica Calsoni, Jonathan Portela, Aline Ribeiro, Paula Broda, Diógenes Sousa, Bento Mota e Nicolas Celis Valderrama pela partilha nessa fase acadêmica. Agradeço ao carinho e força dados pela Ieda Bassinello, amiga de longa data a quem muito estimo e admiro. E por último, mas não menos importante, dedico essa pesquisa à memória do magistrado peruano Doutor Carlos Ramos.

Sumário

Introdução.....	13
CAPÍTULO 1. O GOVERNO DA JUSTIÇA: ADMINISTRAÇÃO E JURISDIÇÃO NO VICE-REINADO DO PERU	20
1.1 Contexto político: O vice-reinado do Peru no contexto das reformas borbônicas .	25
1.2 Funcionamento e organização da Real Audiência de Lima no século XVIII	30
1.2.1 O vice-rei.....	39
1.2.2 Os ouvidores	39
1.2.3 Os fiscais.....	40
1.2.4 Os alcaides do crime.....	41
1.2.5 Outros cargos: relatores, escrivão de câmara e advogados	44
1.2.6 O protetor de índios e o corregedor de índios	45
1.2.7 O defensor de pobres e o protetor de naturais	47
1.2.8 A formação dos magistrados e ministros do Tribunal de Justiça	51
1.3 Representação de poder na administração da justiça e no governo político	54
CAPÍTULO 2. O CONTEXTO SOCIAL DE LIMA, SÉCULO XVIII.....	60
2.1 Contexto social dos processos criminais analisados nos tribunais de Lima, século XVIII	60
2.1.1 O vice-reinado do Peru: sociedade e poder no século XVIII	62
2.1.2 A composição étnica.....	65
2.1.2 Composição da população por sexo	70
CAPÍTULO 3. OS PROCESSOS CRIMINAIS DA REAL AUDIÊNCIA DE LIMA. NO SÉCULO XVIII.....	77
3.1 O Processo penal e a criminalidade no vice-reinado do Peru no século XVIII.....	82
3.1.1 As partes processuais.....	84
3.1.2 A duração do processo.....	89
3.1.3 Os crimes registrados nos processos criminais analisados.....	90
3.1.4 Agressões físicas e feridas	91
3.1.5 Estupro.....	92
3.1.6 Homicídio	95

3.1.7 Crimes considerados “arbitrários”	96
3.2 O local do crime e o julgamento do processo.....	98
3.3 As penas aplicadas nos processos criminais.....	102
3.3.1 As penas aplicadas nos casos de homicídio.....	109
3.3.2 As penas aplicadas nos casos de estupro	111
3.3.3 As penas aplicadas nos casos de agressão	113
3.4 As mulheres nos tribunais. Causas criminais movidas por mulheres na Real Audiência de Lima, vice-reinado do Peru, 1728 a 1800	119
3.4.1 Causas criminais movidas por mulheres brancas	126
3.4.2 Causas criminais movidas por mulheres indígenas	127
3.4.3 Causas criminais movidas por mulheres negras escravas/ libertas.....	129
3.5 Causas criminais movidas por homens na Real Audiência de Lima, vice-reinado do Peru, 1728 a 1800	131
3.5.1 Causas criminais movidas por homens brancos	132
3.5.2 Causas criminais movidas por homens indígenas	133
3.6 Causas criminais seguidas de ofício contra homens e mulheres no Vice-reinado do Peru, 1728 a 1800	134
CAPÍTULO 4. AS PROVAS E AS PENAS NOS PROCESSOS CRIMINAIS: A TEOLOGIA MORAL NA PRÁTICA JUDICIAL.....	141
4.1 O conceito de Justiça	146
4.2 O sentido de justiça nos processos criminais.....	149
4.2.1 Controlar a sociedade pela consciência: um artifício jurídico.....	150
4.2.2 A dúvida como possibilidade de autonomia judicial.....	154
4.3 As provas e as penas estabelecidas nos processos criminais do século XVIII: uma discussão teológico-jurídica	164
4.3.1 O conceito de <i>prova</i>	169
4.3.2 O depoimento das testemunhas	171
4.3.3 O exame de corpo de delito	174
4.3.4 Os indícios e as presunções	176
4.3.5 A tortura como prova e pena	179
4.3.6 A confissão do réu	182

4.4 Os delitos e as penas: uma resposta judicial às provas alegadas e analisadas.....	184
4.4.1 Conceito de <i>delito</i> e de <i>pena</i>	184
4.4.2 A pena arbitrária	188
4.4.3 As finalidades das penas na cultura jurídica de Antigo Regime	189
CAPÍTULO 5. SOCIEDADE E PODER: AS QUERELAS SOCIAIS NOS PROCESSOS CRIMINAIS DA REAL AUDIÊNCIA DE LIMA NO SÉCULO XVIII	195
5.1 A sociedade e as suas relações de poder na análise dos processos criminais do vice- reinado do Peru, século XVIII.....	201
5.1.1 Casos de homicídio de mulheres	201
5.1.2 Casos de rapto e estupro de mulheres.....	245
5.1.3 Casos de agressões e injúrias.....	265
5.2 O <i>sentido</i> de justiça revelado na prática processual da Real Audiência de Lima, no vice-reinado do Peru.....	269
CAPÍTULO 6. ABUSO DE AUTORIDADE OU CUMPRIMENTO DO EXERCÍCIO JUDICIAL? A RESPONSABILIDADE JUDICIAL NUM RECURSO DE APELAÇÃO EM LIMA, 1800.....	276
6.1 Breves apontamentos sobre o recurso de apelação como um mecanismo de responsabilidade judicial	277
6.2 <i>Utilidade, segurança e conveniência</i> : um recurso de apelação levado à Real Audiência de Lima em 1800.....	279
6.3 Arbítrio na decisão judicial: uma questão jurídica e moral	291
6.3.1 A consciência e a prudência	291
6.3.2 O arbítrio e a interpretação	295
6.3.3 Os costumes e o castigo de açoitar	297
6.3.4 Os limites e as responsabilidades judiciais.....	303
Considerações finais.....	309
Referências bibliográficas	314
Fontes primárias e acervo consultado.....	314
Referências bibliográficas	318

Lista de mapas

Mapa 01	Corregimentos do vice-reinado do Peru no século XVII.....	101
Mapa 02	Corregimentos peruanos entre os séculos XVI e XVII.....	102

Lista de figuras

Figura 01	Os cargos da Real Audiência de Lima no século XVIII.....	37
------------------	--	----

Lista de tabelas

Tabela 01	Alcaides do crime – Real Audiência de Lima, século XVIII.....	43
Tabela 02	Defensores e curadores da Real Audiência de Lima, 1728 e 1800...	51
Tabela 03	Docentes da Universidad de San Marcos e magistrados da Real Audiência de Lima, 1728-1800.....	54
Tabela 04	Composição da população por etnias em Lima século XVIII.....	67
Tabela 05	População da Cidade de Lima, 1791.....	68
Tabela 06	Distribuição da população por sexos, 1700.....	71
Tabela 07	Composição por sexo nos diferentes grupos étnicos, 1700.....	72
Tabela 08	Distribuição da população por sexos, 1790.....	72
Tabela 09	Composição por sexo nos diferentes grupos étnicos, 1790.....	73
Tabela 10	População escravizada por gênero em Lima, 1791.....	73
Tabela 11	Local dos crimes entre de 1728 a 1800 no vice-reinado do Peru.....	99
Tabela 12	Causas criminais movidas por mulheres brancas no período de 1728 a 1800.....	127
Tabela 13	Causas criminais movidas por mulheres indígenas no período de 1728 a 1800.....	128
Tabela 14	Causas criminais movidas por mulheres negras escravas/libertas no período de 1728 a 1800.....	130
Tabela 15	Causas criminais movidas por homens brancos no período de 1728 a 1800.....	133
Tabela 16	Causas criminais movidas por índios no período de 1728 a 1800....	134
Tabela 17	Causas criminais seguidas de ofício contra homens negros livres e escravizados entre 1728 a 1800.....	136
Tabela 18	Causas criminais seguidas de ofício contra homens indígenas entre	

	1728 a 1800.....	137
Tabela 19	Causas criminais seguidas de ofício contra mulheres indígenas e negras entre 1728 a 1800.....	138
Tabela 20	Categorias conceituais e argumentativas encontradas nos processos criminais.....	144

Lista de gráficos

Gráfico 01	Competência dos tribunais liminhos nas resoluções das causas criminais entre 1728 e 1800.....	81
Gráfico 02	Duração dos processos criminais da Real Audiência de Lima, 1728-1800.....	90
Gráfico 03	Crimes cometidos no Vice-reinado do Peru, 1728-1800.....	91
Gráfico 04	Causas criminais movidas por mulheres no vice-reinado do Peru, 1728-1800.....	126
Gráfico 05	Causas criminais movidas por homens no vice-reinado do Peru, 1728-1800.....	132
Gráfico 06	Causas criminais seguidas de ofício contra homens e mulheres no vice-reinado do Peru, 1728-1800.....	136

Resumo

PROATTI, Elaine Godoy. *Justiça Criminal Indiana: análise de processos criminais da Real Audiência de Lima – século XVIII*. São Paulo: [Faculdade de História, Universidade de São Paulo]; 2023.

Este estudo analisa a prática jurídica no vice-reinado do Peru pelos processos conservados na Real Audiência de Lima no anos de 1728 a 1800, tendo como eixo condutor os casos julgados de violência feminina. Dentre os variados crimens envolvendo as mulheres selecionamos os crimes contra a pessoa, como assassinato, estupro, rapto, agressões e injúrias. Processualmente, tais crimes trouxeram discussões probatórias e teológicas interessantes, evidenciando uma resposta judicial diferente ao considerar o gênero, a etnia e o lugar social dos litigantes. Esta pesquisa também analisou como a sociedade limenha utilizava o sistema judiciário como meio de resolução de seus conflitos, compreendendo quais eram e como foram julgados pelos tribunais e demais instâncias jurisdicionais. Dessa forma, a prática jurídica se revelou plural, complexa e nada previsível. Para atingir este intento, recorreu-se a um conjunto documental constituído por processos criminais consultados no arquivo histórico peruano - *Archivo General de la Nación*, seção *causas criminais* Real Audiência de Lima, em Lima - Peru, em manuais de teologia e de criminologia escritos durante o séculos XVII e XVIII, livros, artigos publicados em periódicos científicos e teses inaugurais de história e justiça. O recorte temporal se justifica por configurar uma transição entre o direito casuístico e a sua sistematização no avançar do século XIX.

Palavras-chave: retórica jurídica; justiça criminal; tribunais coloniais; processos criminais.

Abstract

PROATTI, Elaine Godoy. *Indian Criminal Justice: analysis of criminal cases from the Royal Court of Lima – 18th century*. São Paulo: [Faculdade de História, Universidade de São Paulo]: 2023.

This study analyzes the legal practice in the Viceroyalty of Peru through the files kept in the Royal Court of Lima from 1728 to 1800, with the cases of female violence as the main axis. Among the various crimes involving women, we selected the crimes against the person, such as murder, rape, kidnapping, assaults and insults. Procedurally, such crimes brought interesting evidentiary and theological discussions, evidencing a different judicial response by considering the gender, ethnicity, and social place of the litigants. This research also analyzed how Limeño society used the judicial system as a means of resolving their conflicts, understanding what they were and how they were judged by the courts and other jurisdictional instances. In this way, legal practice was revealed to be plural, complex, and not at all predictable. To achieve this goal, we resorted to a set of documents consisting of criminal cases consulted in the Peruvian historical archive -Archivo General de la Nación, criminal cases section - Royal Court of Lima, in Lima - Peru, in theology and criminology manuals written during the 17th and 18th centuries, books, articles published in scientific periodicals, and inaugural theses on history and justice. The temporal cut is justified because it configures a transition between the casuistic law and its systematization in the advancement of the nineteenth century.

Keywords: juridical rhetoric; criminal justice; colonial courts; criminal processes.

Introdução

A aplicação da justiça nas Américas é uma história que tem ganhado espaço na historiográfica, principalmente no campo da chamada “História do Direito”, ou como gosto de enfatizar, da “História da Justiça”. Essa temática atrai muitos estudiosos querendo compreender como se dava o direito e se exercia a *justiça* em meio a tanta diversidade e especificidade existente na América, configurando um direito próprio: o *direito indiano*.

Este estudo analisa e compreende o trabalho dos tribunais no vice-reinado do Peru, em Lima, pelos processos criminais. Esta fonte documental jurídica revelou aspectos sociais, comportamentais, religiosos, econômicos, administrativos e governamentais sobre a sociedade interessantes para a História da Justiça.

Catalogamos e identificamos 248¹ processos criminais, lemos 173 expedientes criminais e selecionamos para análise 49 processos levados à Real Audiência de Lima – Peru, correspondente ao período de 1728 a 1800, compreendendo uma grande parte do século XVIII. Dentre os processos judiciais existentes para o vice-reinado do Peru, no período proposto, optamos pelas causas criminais nas quais as mulheres figuraram como vítimas, agressoras, partes autora na ação ou ré em crimes envolvendo violência como: homicídio, estupro, rapto, agressão, injúrias, adultério, amancebamento, aborto, invasão, envenenamento e roubo por acreditarmos que esta seleção de delitos nos daria uma perspectiva da representação jurídica dos mais desfavorecidos e marginalizados socialmente, bem como por tal documentação oferecer um maior interesse no estudo pela gravidade do delito, complexidade retórica e probatória das partes, e por contar com a participação, muitas vezes, de assessores letrados nestes tipos de causas.

Feito este recorte, catalogamos os 49 processos selecionados, os organizamos cronologicamente, transcrevemos e tabelamos considerando informações relevantes sobre os casos, tais como: ano; início e fim do processo (quanto tempo durou o

¹ Ao acessarmos o catálogo do arquivo, selecionamos os processos criminais levados à Real Audiência de Lima pelo período – século XVIII. Neste recorte temporal, o processo criminal mais antigo envolvendo violência feminina era de 1728. Há mais processos criminais fora do recorte temporal e da diferenciação de crimes. Como mencionamos, escolhemos os processos do século XVIII e, entre esses, os que se referiam a crimes de violência feminina ou que mulheres figuraram como vítimas, agressoras, parte autora ou ré.

processo); local; gênero do agressor; grupo social dos litigantes (escravos/as, homens e mulheres livres, espanhois, comerciantes); nomes e ofício do querelante; nome e ofício do réu/ré; delito cometido; provas apresentadas; testemunhas citadas; nome do curador, procurador, juiz, fiscal e escrivão que atuaram na causa; leis, doutrinas e costumes citados; a pena estabelecida; a sentença judicial; qual tribunal a ação foi julgada; se houve apelação e os argumentos apresentados.²

Os expedientes analisados correspondem a juízos seguidos por violência contra a mulher, presentes na seção “causas criminais” da Real Audiência de Lima, formando parte do acervo documental do *Archivo General de la Nación* de Lima.³

O recorte temporal, século XVIII, se justifica por apresentar uma particularidade entre a conformação do sistema colonial e o surgimento de novas estruturas de poder administrativo e jurídico no século XIX, provenientes de uma crise desse sistema e da mudança política iniciada com as reformas borbônicas. No âmbito político e jurídico, projetava-se para o final do século XVIII medidas legislativas mais rigorosas, vislumbrando um modelo moderno de direito racionalista,⁴ em oposição ao princípio empírico e casuísta dos sistemas jurídicos anteriores. Também neste contexto, tivemos a reforma na administração da justiça, com a presença dos visitantes nas audiências, conforme mencionaremos no capítulo sobre a Real Audiência de Lima.

O século XVIII revela as nuances de um modelo colonial tardio, que, segundo Maravall, vem de um século XVII repleto de tensões internas, de paradoxos, aparências e da “teatralidade do homem barroco”. O homem barroco era um indivíduo dirigido, que vivia em um mundo confuso e trágico tal qual um labirinto, e perante a contradição da realidade.⁵ Maravall, analisando a cultura do barroco no século XVII em crise na Europa, enfatizou a preocupação pelo conhecimento, domínio e manipulação dos comportamentos humanos, levando a uma identificação entre esses comportamentos e os costumes, e, entre a conduta e a moral.⁶ A justiça, pela interpretação dos magistrados,

² Trataremos dessas categorias ao longo da pesquisa.

³ Gostaria de agradecer, novamente, o apoio e constante auxílio da funcionária do arquivo de Lima, Celia Miriam Soto Molina. A sua ajuda foi fundamental e substancial para o desenvolvimento da pesquisa e a minha gratidão é enorme por tê-la encontrado em meu caminho e por termos firmado uma amizade iniciada no arquivo.

⁴ Para mais informações, ver LEVAGGI, Abelardo. *La fundamentación de las sentencias en el derecho indiano*. **Revista de Historia del Derecho**, n. 6, Buenos Aires – Argentina, 1978, pp. 45-73.

⁵ MARAVALL, José Antonio. *La cultura del Barroco: análisis de una estructura histórica*. Editorial Ariel, Madrid, 1975, p.400.

⁶ Idem, p.138.

nesse modelo casuístico, analisava e julgava os comportamentos dos homens por um viés teológico moral. Deste modo, na perspectiva apresentada por Maravall, tudo isso implicava em um “pragmatismo que, no final das contas, se resolvia em uma menor ou maior, mas somente superficial, mecanização do modo de conduzir os homens”.⁷ O que levou a uma necessidade, para além do setor artístico, de adaptar a moral à situação, e em utilizar em benefício da situação todas as possibilidades da moral. Este autor esclareceu que esse pragmatismo era ordenado pela prudência.⁸

Acreditamos que o modelo jurídico e social presente na América reflete essas características barrocas apontadas por Maravall, principalmente a necessidade de o homem adaptar-se à realidade contraditória e religiosa, da justiça cumprir um papel moral perante a sociedade, e o papel das virtudes tais como a prudência, na orientação das decisões. Esse homem, segundo o pensamento do século XVII, era um indivíduo em um combate interno consigo mesmo, “de onde nascem tantas inquietudes, cuidados e até violências que, desde o seu interior, irrompem fora e se projetam em suas relações com o mundo e os demais homens”.⁹ Conhecer o homem em suas intenções e impulsos significava, pela moral e pela justiça, controlar, punir e regular tais vontades e violências projetadas pela sociedade em atitudes delituosas. O processo penal do sistema colonial tinha essa dupla função: proteger o bem jurídico e educar as condutas delituosas, exibindo a punição como uma prevenção pedagógica do certo a se fazer.

Nesta perspectiva, Francisco de Quevedo interpretou a sociedade espanhola do século XVII com sátira e criticou o intervencionismo dos teólogos na vida das pessoas. Quevedo apresentou a hipocrisia dos homens, a fragilidade dos sentidos e a aparência do mundo em sua obra: *Los sueños*. Em *El mundo por dentro*,¹⁰ definiu a maior rua do mundo, onde este começa, como *hipocrisia*.¹¹ A hipocrisia das aparências revelada pelo

⁷ MARAVALL, José Antonio. *La cultura del Barroco: análisis de una estructura histórica*. Editorial Ariel, Madrid, 1975, p. 138.

⁸ Idem, p. 141.

⁹ Idem, p. 325.

¹⁰ QUEVEDO y VILLEGAS, Francisco de. *Los sueños. El Mundo por dentro*. Alianza Editorial, Madrid, 1998.

¹¹ Idem, p.155. “(...) Que en el mundo todos dezís que queréis desengaño, y, en teniéndole, unos os desesperáis, otros maldecís a quien os le dio, y los más corteses no le creéis. Si tú quieres, hijo, ver el mundo, ven conmigo, que yo te llevaré a la calle mayor, que es adonde salen todas las figuras, y allí verás juntos los que por aquí van divididos, sin cansarte. Yo te enseñaré el mundo como es, que tú no alcanzas a ver sino lo que parece. (...) Hipocresía, calle que empieza con el mundo y se acabará con él, y no hay nadie casi que no tenga sino una casa, un cuarto o un aposento en ella. Unos son vecinos y otros paseantes, que hay muchas diferencias de hipócritas, y todos cuantos ves por ahí lo son (...)”.

desengano que a todos acomete, segundo o autor, “ninguém é o que parece”, e todo homem é mentira.¹² A aparência, a hipocrisia das pessoas e o desengano sobre as coisas do mundo criam uma imagem, uma representação, uma ilusão e um sonho. As partes processuais deviam, pelo processo, provar e atestar a autoria, a materialidade do crime, ou provar os fatos impeditivos e extintivos de punibilidade. Se não desse para se chegar a uma certeza jurídica, por falta de provas, por exemplo, ao menos alimentavam a dúvida razoável projetando uma imagem, uma aparência sobre o caso e o delito. A defesa e a acusação criavam em seus discursos retóricos, uma “ilusão” sobre a conduta de suas partes tendo como finalidade a absolvição ou a condenação pelo convencimento do juiz.

Nesse sentido, Hartog,¹³ discutindo o que seria o conceito de *evidência* para a História, trouxe a subjetividade para a discussão historiográfica. Para ele, a evidência pode significar o visível e o invisível. O visível é um sintoma, mas, mesmo assim, é insuficiente. Deve-se procurar embaixo dos sintomas. Para este autor, “na sequência de um defeito na observação, o visível pode, entretanto, transformar-se em ilusão”.¹⁴ Chartier,¹⁵ ao tratar da noção de representação, reconheceu a distância existente entre o discurso e a coisa, e entre a imagem e o referente que ela inspira propondo um saber histórico provenientes das práticas sociais. Desse modo, a história deve considerar as aparências, os desenganos, as ilusões, o que é visível e invisível, ainda mais no contexto da América colonial que traz tanto a subjetividade quanto a imprevisibilidade.

Tantos autores mencionam, estudando os juizes americanos nos séculos XVI, XVII e XVIII que a justiça se definia em função do outro, em dar a cada um o seu direito,¹⁶ e quem decidia o que cabia a cada indivíduo eram os juizes. Dessa forma, os magistrados tinham que ser virtuosos para a justiça dar bons frutos. Jesús Vallejo¹⁷ afirmou que o direito não se cria, ele se declara, se estabelece e se defini, e não surge de um processo autónomo baseado na mera vontade do legislador. Os juizes eram artistas

¹² Idem, p.156-157. “De suerte que todo el hombre es mentira por cualquier parte que le examinéis, si no es que, ignorante como tú, crea las experiencias (...)”

¹³ HARTOG, François. *Evidência da História: o que os historiadores veem*. Coleção História e Historiografia. Editora Autêntica, 2011.

¹⁴ Idem, p.157.

¹⁵ CHARTIER, Roger. *A história cultural entre práticas e representações*. Trad. de Maria Manuela Galhardo. Lisboa: Difusão Editora, 1988.

¹⁶ VALLEJO, Jesús. *Acerca del fruto del árbol de los jueces. Escenarios de la Justicia en la cultura del “ius commune”*. **La justicia en el derecho privado y en el derecho público**. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, n. 2, 1998, pp. 19-46, p.44.

¹⁷ Idem, p.38.

que davam sentido e alma para as leis atrasadas que não passavam de letras mortas inadequadas à realidade específica. Os juízes, com criatividade e virtuosidade, declaravam o direito.

A cultura do barroco demonstrava a necessidade de colocar às claras a condição humana para dominá-la, contê-la e dirigi-la. Desse modo, os processos criminais serviam como instrumentos de poder no processo de moldar, educar e instalar nos homens e suas condutas o moralmente correto e aceito, dirigindo-os politicamente pela via jurídica e conformando-os ao modelo social projetado. Os processos criminais são fontes práticas que nos permitem conhecer esses impulsos humanos e seus julgamentos segundo um *sentido* de justiça construído caso a caso. E são também um meio de debater e testar as imposições da sociedade em suas reações e apropriações jurídicas, observando ou ignorando preceitos normativos como as leis, costumes, doutrinas e pareceres de doutores e demais autoridades legais, principalmente quando se tinha dúvida sobre a aplicação destas fontes do direito ao caso concreto.

Os tribunais, para além de uma questão de punir e controlar, possuíam um desejo de formar, de tornar conscientes os indivíduos para que fossem capazes de se autocontrolarem, autodisciplinarem. Conforme apontou Alejandro Agüero, a mesma margem de controle processual e institucional que conferia poder aos juízes, se preocupava também em impor seus limites.¹⁸

Contudo, essa fonte documental eleita nos revela uma parcela da sociedade. Muitos ficaram à margem e sequer levaram seus conflitos a um tribunal assumindo papéis de acusados, testemunhas ou demandantes. Estes expedientes não são suficientes para cobrir toda a experiência da criminalidade e nem todos os conflitos sociais existentes em Lima no século XVIII. A documentação consultada é uma parte do passado que nos aproxima aos indivíduos, suas vidas, expectativas, sempre com filtros, intencionalidades, distorções e sombras.¹⁹ Não pretendemos dar conta de todos os casos levados a juízo e nem de todas as mazelas e relações sociais do século XVIII.²⁰

¹⁸ AGÜERO, Alejandro. *Castigar y perdonar cuando conviene a la Republica. La justicia penal de Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p.286.

¹⁹ Maribel Arrelucea Barrantes trata dessa limitação metodológica em sua obra “Sobrevivendo a la esclavitud. Negociación y honor en las prácticas cotidianas de los africanos y afrodescendientes. Lima, 1750-1820”. IEP – Instituto de Estudios Peruanos.

²⁰ Como muito bem afirmou Leandro A. Di Gresia, não podemos assegurar que todos os conflitos surgidos no conjunto social foram levados e resolvidos pela via judicial, e nem que se registraram todos

Apresentamos mais um estudo sobre a administração da justiça pelos processos criminais, explorando a sociedade, seus conflitos, percepções e estratégias processuais no entendimento e na aplicação da justiça no exercício do direito. Neste estudo, olhamos e damos vozes aos autores sociais considerando a importância da teologia moral e da retórica na construção da justiça, e partindo da prática processual, como um instrumento de percepção tanto da administração da justiça quanto do posicionamento da sociedade frente ao aparato jurídico, revelamos como a justiça lidava com os conflitos sociais e como os moldava, punia e os controlava.

Analizamos e reforçamos as “circunstâncias” locais e nos referimos à distância existente entre a metrópole e a colônia, e principalmente, às demandas das relações sociais, afetivas, econômicas e de poder que utilizavam o mundo do direito para solucionar seus conflitos e querelas sociais.

Diante disso, selecionamos alguns casos que exemplificam as relações sociais e seus conflitos, e os apresentamos conforme o delito e o grupo social processado. Tais casos apresentaram uma fundamentação bem elaborada, referenciando as diversas fontes normativas do direito, demonstrando a riqueza do debate jurídico no vice-reinado do Peru, no século XVIII. Muitos leigos, defensores e procuradores possuíam uma retórica rica em fundamentos, incisiva, persistente e comprometida. Essa seleção elucidará também as condutas delitivas puníveis, as fixações das penas, as sentenças e tratamentos destinados a negros libertos, escravos, indígenas e brancos.

A tese está estruturada em seis capítulos. O primeiro capítulo *O governo da justiça: administração e jurisdição no vice-reinado do Peru*, de caráter circunstancial, apresenta a organização e o funcionamento do tribunal de justiça de Lima no século XVIII, explicando como se deu a criação da Real Audiência de Lima, quais cargos existiam, quem os ocupavam, como estava dividido o poder entre os cargos do tribunal, as funções exercidas pelos funcionários da audiência, bem como a formação intelectual de alguns magistrados.

O capítulo seguinte, *O contexto social de Lima, século XVIII* traz um panorama da sociedade limenha, com dados sobre a população, questões demográficas e étnicas analisadas em categorias. O terceiro capítulo, *Os processos criminais da Real Audiência de Lima no século XVIII*, versa sobre os processos criminais consultados juntamente

os conflitos existentes. Seria necessária uma compilação de outras fontes para se aproximar às respostas dessas perguntas. Esta pesquisa não tem esse objetivo.

com a sociedade que o compunha. Este capítulo foi dividido em quatro tópicos: 1) o processo penal e a criminalidade apresentando as partes processuais, a duração do processo, os crimes registrados, o local do crime e do julgamento e as penas aplicadas; 2) as causas criminais movidas pelas mulheres; 3) as causas criminais movidas pelos homens; e por último, 4) as causas seguidas de ofício contra a população limenha entre 1728 e 1800.

O quarto capítulo, *As provas e as penas nos processos criminais: a teologia moral na prática jurídica* discute as *provas* e as *penas* nas sentenças de primeira e segunda instância registradas no arquivo da Audiência de Lima, no vice-reinado do Peru, no século XVIII. O quinto capítulo, *Sociedade e poder: as querelas sociais nos processos criminais da Real Audiência de Lima no século XVIII* analisa a sociedade e seus conflitos pelos processos criminais explorando a documentação como um instrumento de poder jurídico que permitia aos magistrados e demais funcionários da justiça um espaço de autonomia, flexibilização, aplicação e adaptação das leis, bem como o uso dos demais dispositivos normativos, com fim à criação do direito e aplicação da justiça.

O último capítulo, *Abuso de autoridade ou cumprimento do exercício judicial? A responsabilidade judicial num recurso de apelação em Lima, 1800* apresenta a discussão trazida no recurso de apelação entre um juiz inferior que decidiu castigar um homem sem fazer um juízo prévio e nem o acusar processualmente. A razão de termos escolhido encerrar esta pesquisa apresentando este caso é porque ele representa uma discussão teológico-jurídica sobre os limites do arbítrio judicial e suas justificativas na virada do século XVIII para o XIX. O juiz da ação na primeira instância foi levado a julgamento pelo tribunal superior para explicar os motivos pelos quais decidiu açoitar um homem sem antes tê-lo julgado. A discussão na segunda instância versou sobre a competência, ou não do magistrado, em ter agido sem considerar necessário levar o caso à julgamento. Ele teria autoridade para açoitar sem que tal punição fosse dada em sentença? Este recurso de apelação vislumbra a fragilidade dos argumentos do juiz ante a repugnância da tortura aplicada aos indígenas no final do século XVIII.

CAPÍTULO 1

**O GOVERNO DA JUSTIÇA: ADMINISTRAÇÃO E JURISDIÇÃO
NO VICE-REINADO DO PERU**

Neste capítulo abordamos a organização e o funcionamento do tribunal de justiça de Lima no século XVIII. Explicamos como se deu a criação da Real Audiência de Lima, quais cargos existiam, quem os ocupavam, como estava dividido o poder entre os cargos do tribunal, as funções exercidas pelos funcionários da audiência, bem como a formação intelectual de alguns magistrados.

Entender como os cargos eram ocupados na Real Audiência de Lima e conhecer sobre os ofícios dos funcionários jurídicos nos oferece uma perspectiva forense sobre o *justo* e a efetiva aplicação da justiça em meio a regulamentações processuais e procedimentais pensadas para as audiências americanas. Analisar o conceito de “administração da justiça” vai além do conhecimento das normas aplicáveis na época, das doutrinas e dos tratados teológicos. Faz-se importante compreender como estava organizado o corpo jurídico no tribunal de justiça para se alargar o entendimento sobre o direito e o seu efetivo exercício, uma vez que a moralidade pública era uma dimensão inseparável dos assuntos de justiça e governo. Mais do que uma *justiça* baseada nas normas, o período colonial consolidou-se em uma *justiça de homens*, ou *justiça de juízes*, utilizando a expressão de Marta Lorente Sariñena,¹ e estes ocupavam cargos nas audiências julgando e auxiliando na resolução das lides.

José de la Puente Brunke afirmou que eram frequentes as discordâncias entre a legislação e a realidade durante os três séculos de dominação hispânica do continente americano. Deste modo, em questões processuais e procedimentais, descumprir as leis não implicava em uma prática vista com bons olhos, sobretudo quando se tratava de ações que favoreciam o interesse de determinadas pessoas ou grupos em prejuízo de uma imparcial administração de justiça.² Contudo, seguir leis que não se adequavam à realidade também não era entendido como prudente e nem obrigava em consciência. A

¹ LORENTE SARIÑENA, Marta. *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Madrid, Consejo General del poder judicial - Centro de documentación judicial, 2006.

² PUENTE BRUNKE, José de la. *Los jueces en la Vida Limeña del siglo XVII*. **Revista Derecho y Sociedad**, n. 12, 1997, pp.196-202., p. 202.

famosa frase de que na América colonial a lei se acatava, mas não se cumpria, reflete uma prática normal do sistema que confirmava a distância entre o que se esperava para a colônia e o que de fato acontecia, tanto em matéria processual quanto em questões de direito.

Essa prática jurídica, que permitia ajustar as leis ou dispensá-las circunstancialmente, não era vista como uma afronta às autoridades locais, mas como um espaço de autonomia confiado aos juízes para aplicarem o direito conforme o caso concreto, adaptando, moldando e flexibilizando as leis.

Rafael Ruiz analisou bem essa “ambiguidade” típica do sistema judicial indiano e afirmou que “aceitava-se, na América, o princípio legal, reconhecia-se a autoridade régia para editar as leis, mas a sua aplicação e obrigatoriedade passavam a depender das circunstâncias locais, da consciência e do arbítrio dos juízes”.³ Para este autor, a interpretação das leis de acordo com a convicção em consciência do juiz, tornava-se mais um instrumento legal na criação do direito.

Tamar Herzog,⁴ ao estudar a administração como um fenômeno social na Cidade de Quito, mencionou que a dinâmica das acusações, de natureza social e não legal, dominava os processos judiciais. Nesse sentido, segundo a autora, a lei parecia ser um instrumento do jogo social cuja lógica se encontrava distante do mundo do direito.⁵ A lei estava à serviço da sociedade e de suas relações sociais nos processos judiciais. As leis aplicadas nos séculos XVI, XVII e XVIII tinham um caráter geral e necessitavam passar por um processo de interpretação para serem aplicadas aos casos concretos; ou seja, o próprio sistema jurídico reservava uma destacada importância às atividades jurisprudenciais dos tribunais.⁶

Os processos discutiam os problemas e conflitos trazidos pelas pessoas, mas eram os magistrados, fiscais, promotores e alcaides dos tribunais que interpretavam tais conflitos à luz das normas jurídicas e dos interesses econômicos e pessoais, e deliberavam sobre a justiça e o direito nos casos concretos. Eram os magistrados e

³ RUIZ, Rafael. *Os espaços de ambiguidade: os poderes locais e a justiça na América espanhola do século XVII*. **Revista de História**, São Paulo, n. 163, p. 081-101, jul./dez. 2010, p. 93.

⁴ HERZOG, Tamar. *La administración como un fenómeno social: la justicia penal de la Ciudad de Quito (1650-1750)*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

⁵ *Idem*, p.17.

⁶ Sobre este assunto, ver: HERZOG, Tamar. *La administración como un fenómeno social: la justicia penal de la Ciudad de Quito (1650-1750)*.

demais funcionários dos tribunais que diziam o direito em cada caso, e para tal, concediam privilégios, flexibilizavam as leis e “dissimulavam”⁷ o direito.

Víctor Tau Anzoátegui assinalou que para se observar a experiência jurídica se faz necessário conhecer os mecanismos atuantes no espaço que separava a norma de sua efetiva aplicação.⁸ Segundo o autor, a “dissimulação” operava no âmbito jurídico dando uma certa liberdade de ação para operar conforme às práticas e interesses existentes.⁹ Este espaço permitia estratégias de privilégios, exceções, dispensas, silêncios, tolerâncias e dissimulações para moderar o rigor de certas normas. Nos tribunais, fazendo uso da equidade e do arbítrio judicial adequava-se a aplicação das normas ao que fosse conveniente.¹⁰ De acordo com Víctor Tau Anzoátegui, todas essas estratégias citadas eram instrumentos utilizados pelos juristas para promoverem soluções flexíveis diante de determinados acontecimentos ou situações que previam regras vigentes no ordenamento. Tais situações conferiam autonomia aos magistrados e estes, com a experiência, atuavam diante da mutabilidade das situações, adaptando as leis.¹¹

Assim como Rafael Ruiz e Tamar Herzog, Víctor Tau também reforçou o papel da jurisprudência nos tribunais. Para este autor, a “dissimulação” estava vinculada à observação do direito e ocupava um lugar na jurisprudência casuística¹² indiana. Tolerar

⁷ Termo utilizado por Víctor Tau Anzoátegui em sua obra: TAU ANZOATEGUI, Víctor. *El jurista en el Nuevo Mundo. Pensamiento. Doctrina. Mentalidad. La disimulación en el Derecho Indiano*. **Global Perspectives on Legal History**, Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt am Main, 2016, pp. 223-243.

⁸ TAU ANZOATEGUI, Víctor. *El jurista en el Nuevo Mundo. Pensamiento. Doctrina. Mentalidad. La disimulación en el Derecho Indiano*. **Global Perspectives on Legal History**, Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt am Main, 2016, pp. 223-243, p.223.

⁹ Idem, p.224.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ “En todo ordenamiento jurídico es preciso establecer diversos campos. A primera vista se pueden distinguir cuatro: la enseñanza jurídica, la creación legal, la elaboración jurisprudencial y la aplicación del Derecho. Si a esto agregamos que sobre esos campos inciden de modo constante las ideas y la práctica, y que hay entre ellos una natural comunicación, nos encontramos con una intensa combinación de formas e intereses que hacen problemático todo intento de reducción imitaría de tan vasto y heterogéneo movimiento”. TAU ANZOATEGUI, Víctor. *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano*. Athenaica Ediciones e, Max Planck Institute, **Historia del derecho 98**, Univ. Carlos III, Sevilla, España, mayo de 2021, p.31-32, e p. 80.

¹² Ver a obra extremamente importante para o entendimento da História do Direito: TAU ANZOATEGUI, Víctor. *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano*. **Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho**, Buenos Aires, 1992. Há também a versão desta obra, publicada e editada por Max Planck Institute, em maio de 2021: TAU ANZOATEGUI, Víctor. *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano*. Athenaica Ediciones e, Max Planck Institute, **Historia del derecho 98**, Univ. Carlos III, Sevilla, España, mayo de 2021, ISSN: 2255-5137. Outro autor que também aponta a insuficiência e incorreção das leis recopiladas é Ismael Sanchez Bella. Para ele, tal situação normativa evidenciava o caráter casuístico das leis. Ver: SANCHEZ

e dissimular eram atitudes prudentes e convenientes do homem de governo ou de justiça, e a possibilidade mais útil e conveniente do que a rigorosa aplicação normativa.¹³ De acordo com Víctor Tau Anzoátegui, “(...) o governo das Índias requeria uma ordem jurídica aberta e plural, maleável e dinâmica que, sem descuidar de seus princípios, oferecia ‘válvulas de escape’ para adequar a aplicação das normas”.¹⁴ Entendemos que tal instrumento apresentado pelo autor reflete a necessidade de se resolver os conflitos processuais conforme à ocasião e a conveniência, atendendo às diferenças dos tempos, espaços e pessoas, reforçando a ideia de uma *justiça de juízes*. Conforme apontou Ismael Sanchez Bella, foi querendo deixar “leis particulares para casos particulares, contra toda a *boa legislação*,”¹⁵ que se teve leis e juízes; leis gerais e juízes que por elas determinavam em casos singulares”.¹⁶

Nesse sentido, Carlos Garriga também considerou a história da justiça como uma história dos juízes e seus comportamentos, obrigações e proibições, que, longe de ser uma imposição teórica provinda dos tratados de juristas, eram modos efetivos e operativos para o desenvolvimento de uma argumentação que buscava a resolução dos casos e a garantia do exercício da justiça ao invés da pura aplicação das leis.¹⁷ Nesta perspectiva, a observação das leis e a administração da justiça dependiam do carácter e da virtude dos sujeitos que compunham o tribunal. Se o *justo* era definido pelo juiz, este *justo* dependia das virtudes e atitudes desse juiz.¹⁸

BELLA, Ismael. *Derecho Indiano Estudios II*. Fuentes. Literatura Jurídica. Derecho Público Colección jurídica. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona, 1991.

¹³ “La figura actúa pues a contrapelo del orden normativo establecido. El jurista no la repudia, sino que la admite en el entendimiento de que el Derecho no es una creación abstracta emanada puramente de la mente del jurista o de la voluntad del legislador, sino que constituye un complejo entramado socio-jurídico. (...) Se acepta a la disimulación como elemento que consolida el pasado, que cabe respetar, pero no puede invocarse como derecho asentado para el futuro, como ocurre con la costumbre. Además, solo tiene carácter local y no puede extenderse a otras partes donde no se hubiese introducido”. TAU ANZOATEGUI, Víctor. *El jurista en el Nuevo Mundo. Pensamiento. Doctrina. Mentalidad. La disimulación en el Derecho Indiano*. **Global Perspectives on Legal History**, Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt am Main, 2016, p. 234.

¹⁴ Idem, p.231.

¹⁵ É importante salientar que a ideia de “boa legislação” mencionada por Bella, não corresponde ao período estudado, uma vez que é produto da ilustração tardia, como Filangeri ou Bentham.

¹⁶ SANCHEZ BELLA, Ismael. *Derecho Indiano Estudios II*. Fuentes. Literatura Jurídica. Derecho Público Colección jurídica. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona, 1991, p.101.

¹⁷ GARRIGA ACOSTA, Carlos. “Los límites del reformismo borbónico: a propósito de la administración de la justicia en Indias” en Feliciano Barros (coordinador), **Derecho y Administración Pública en las Indias hispánicas**, Cuenca, 2002, vol. I, pp.781-821, p.789 e 792. Ainda sobre este autor, ver a obra: GARRIGA ACOSTA, Carlos. “Sobre el gobierno de la justicia en Indias (Siglos XVI-XVII)”. **Revista de historia del derecho**, n. 34, 2006, pp. 67-160. ISSN-e 1853-1784.

¹⁸ Trataremos mais detalhadamente sobre o papel dos juízes e o sentido da justiça aplicado por eles no quinto capítulo.

Considerando o papel do magistrado como a autoridade que determinava o direito, ao invés de simplesmente aplicar a lei, a garantia da firmeza da decisão judicial estava na pessoa do juiz e em suas virtudes morais, como o temor à Deus, a caridade e a experiência. Jesús Vallejo¹⁹ analisou o conceito de “justiça” na cultura jurídica do Antigo Regime e elencou as virtudes necessárias ao juiz classificadas por Juan de Matienzo, em meados no século XVI. Vallejo explicou, dentre os nove elementos da árvore dos juízes, que as três virtudes que sustentam o solo fecundo e fértil eram: o temor a Deus, a ciência e a experiência.²⁰ Segundo este autor, o juiz que não temia estava relacionado à conduta ilícita, ao delito e ao pecado.

Vallejo apontou que as virtudes necessárias à prática jurídica, não estavam, necessariamente, subordinadas à norma positiva, mas atuavam como mediadoras na concretização do fruto da justiça. O juiz tinha o poder legítimo e público de dizer o direito e estatuir a equidade.²¹ A equidade era necessária ao juiz no momento de adaptar o rigor do direito para o caso concreto.

A moral católica orientava os juízes em suas decisões para que estas, tomadas dentro dessa margem de autonomia, não fossem injustas, corruptas e ignorantes. Tal espaço de autonomia e flexibilidade concedido aos juízes era controlado pela religião no exame de consciência. As virtudes apresentadas eram necessárias para o bom fruto da justiça e para a sociedade, uma vez que juízes virtuosos eram justos em suas decisões e traziam segurança jurídica. Desse modo, fica evidente a relação entre a interpretação das leis e a teologia moral na prática judicial. Voltaremos a este assunto quando analisarmos as decisões dos tribunais limenhos.

Este capítulo propõe, além de trazer alguns elementos burocráticos sobre os cargos e as funções existentes na Real Audiência de Lima, identificar nos processos criminais os magistrados, alcaides, fiscais, ouvidores, advogados e demais funcionários do tribunal de justiça, e as suas atuações, verificando como estas respondiam às circunstâncias, às normas, interesses e relações de poder indicando a *justiça* em cada caso concreto. Passaremos a estas identificações mencionadas contextualizando a administração da justiça pelos cargos, funcionários e sociedade.

¹⁹ VALLEJO, Jesús. *Acerca del fruto del árbol de los jueces. Escenarios de la Justicia en la cultura del “ius commune”*. **La justicia en el derecho privado y en el derecho público**. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, n. 2, 1998, pp. 19-46.

²⁰ Idem, p. 26

²¹ Idem, p. 38.

1.1 Contexto político: O vice-reinado do Peru no contexto das reformas borbônicas

Para melhor compreendermos o governo e a jurisdição no vice-reinado do Peru, faz-se necessário conhecermos o seu contexto político, identificando quem estava no poder, tanto colonial quanto peninsular, e os projetos de administração de justiça e de governo pensados para as Índias.

Como salientou Ismael Sanchez Bella,²² não estavam claras quais eram as delimitações das funções de governo e de justiça, e mesmo que estas se distinguissem perfeitamente, não se podia determinar, nos casos concretos, si se tratava de uma ou de outra, e isso ocorria não porque havia acumulação de funções de governo e de justiça em uma mesma pessoa, mas porque, como disse o *Consejo de Indias* ao vice-rei Toledo, resgatado por Ismael Sanchez, “sendo a matéria tão duvidosa e contraditória não se permitia uma regulação legal satisfatória”.

Esta pesquisa abrange parte do século XVIII, de 1728 a 1800, e neste período quatro reis governaram a Espanha e dez vice-reis estiveram no comando do vice-reinado do Peru. Tivemos o reinado de Felipe V (1700-1746), reinado de Fernando VI (1746-1759), reinado de Carlos III (1759-1788) e o reinado de Carlos IV (1788-1808). Temos abaixo identificados os reis peninsulares e os vice-reis que governaram o Peru no período analisado.

Reinado de Felipe V (1700-1746)

Manuel de Oms y Santa Pau de Semanat, marques de Castel Dos Rius (1707-1710)

Diego Ladrón de Guevara, arcebispo de Quito (170-1716)

Diego Morcillo Rubio de Auñón, arcebispo de Charcas (1716)

Carmine Nicolás Caracciolo, príncipe de Santo Buono (1716-1720)

Diego Morcillo Rubio de Auñón, arcebispo de Charcas (1720-1724)

José de Armendáriz, marques de Castelfuerte (1724-1735)

José Antonio de Mendoza Caamaño y Sotomayor, marques de Villagarcía (1736-1745)

Reinado de Fernando VI (1746-1759)

José Antonio Manso de Velasco, conde de Superunda (1745-1761)

²² SANCHEZ BELLA, Ismael. *Derecho Indiano Estudios II*. Fuentes. Literatura Jurídica. Derecho Público Colección jurídica. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona, 1991, p.566.

Reinado de Carlos III (1759-1788)

Manuel de Amat y Junyent (1761-1776)

Manuel Guirior (1776-1780)

Agustín de Jáuregui y Aldecoa (1780-1784)

Teodoro de Croix, cavalheiro de Croix (1784-1790)

Reinado de Carlos IV (1788-1808)

Francisco Gil de Taboada y Lemos (1790-1796)

Ambrosio O'Higgins, marqués de Osorno (1796-1801)

Gabriel de Avilés, marqués de Avilés (1801-1806)

O final do século XVIII e início do século XIX foram marcados por mudanças políticas propostas tanto para o vice-reinado do Peru, quanto para a Espanha. Além de projetos para administração e o governo do Peru, havia uma corrente revisionista do direito penal encabeçada pelo próprio rei Carlos III. O monarca vislumbrava uma reforma legislativa que previsse o fim da pena de morte em 1776, contando com o apoio de Manuel Lardizábal y Uribe que revisou e estudou as leis penais espanholas produzindo como resultado de sua análise, em 1782, uma excelente obra representativa do pensamento espanhol da época sobre o problema da antiquada legislação vigente – *Discurso sobre las penas*.²³

Carlos Garriga enfatizou a importância de, na consideração dos projetos de reforma e programas de governo existentes para a administração da justiça nas Índias, aportar o contexto das decisões adotadas para se descobrir em que medida eles revelavam uma mudança nas concepções tradicionais.²⁴ Para este autor, não era surpreendente que, com frequência, os efeitos da política régias escapassem de antemão à decisão da Coroa e constitutivamente variassem de um local a outro.²⁵

²³ Ver, MARILUR URQUIJO, José M. *La Real Audiencia de Buenos Aires y la administración de justicia en lo criminal en el interior del virreinato*. In: Primer Congreso de Historia de los Pueblos de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, Ministerio de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, 1952, Tomo II. Sobre esse tema do direito penal e das reformas às leis penais de Espanha, trataremos mais a frente.

²⁴ GARRIGA ACOSTA, Carlos. “Los límites del reformismo borbónico: a propósito de la administración de la justicia en Indias” en Feliciano Barros (coordinador), **Derecho y Administración Pública en las Indias hispánicas**, Cuenca, 2002, vol. I, pp.781-821.

²⁵ Idem, p.787.

Neste mesmo cenário, John R. Fisher, pesquisando sobre as redes de poder no vice-reinado do Peru entre 1776 e 1824, no contexto das reformas borbônicas, constatou que era preciso se atentar a outros aspectos do reformismo, no sentido de que as suas consequências não giraram apenas entre os motivos e necessidades de crioulos, peruanos e peninsulares.²⁶

Para Fischer, as rebeliões de Tupac Amaru, inicialmente, serviram como um instrumento útil na resistência passiva contra as reformas associadas à visita geral de Areche e Escobedo entre 1777 e 1785.²⁷

Durante os anos do reformismo no Peru, os visitantes gerais vieram com o propósito de lutar contra os interesses “egoístas dos crioulos, o conservadorismo vice-real, a má administração judicial e financeira, e o peso geral de séculos de tradição para introduzir o programa borbônico de reformas administrativas, judiciais e financeiras no vice-reinado”.²⁸

Como agentes da coroa, estes visitantes tinham a responsabilidade de fortalecer a autoridade imperial, visando produzir rendas mais altas para a *Real Hacienda* e melhorar o nível da administração judicial. Estes visitantes constataram a concentração de poder existente na capital do vice-reinado, e interpretaram isso como um impedimento para o controle imperial efetivo e devido aos vice-reis,²⁹ uma vez que estes atuavam com poderes largados, além do direcionado em seus cargos e funções, e preservavam os privilégios locais.

Como resposta à rebelião indígena de 1780 a 1783, teve-se acelerado o processo de regular o vice-reinado do Peru ao controle central da metrópole. John Fischer ressaltou que, ao mesmo tempo em que se combatia tais rebeliões, a coroa aproveitava para acelerar a erradicação do corrupto sistema de administração provincial que, se considerava, tinha provocado o movimento. O resultado desses acontecimentos levou à criação do sistema de intendências no Peru em 1784, com a criação da superintendência de Lima.³⁰ O sistema de intendências foi projetado para todas as colônias e já tinha se

²⁶ FISHER, John R. *Redes de poder en el virreinato del Perú, 1776-1824: los burócratas*. **Revista de Indias**, 2006, vol. LXVI, num. 236, págs. 149-164, p. 152.

²⁷ Idem, p.152.

²⁸ Idem, p.153-154.

²⁹ Ibidem.

³⁰ FISHER, John R. *Redes de poder en el virreinato del Perú, 1776-1824: los burócratas*. **Revista de Indias**, 2006, vol. LXVI, num. 236, págs. 149-164, p. 154-5.

instaurado no Rio da Prata em 1782, não sendo apenas uma resposta aos últimos acontecimentos no Peru, mas parte de um amplo programa de reformas.

Havia uma urgência em retirar dos tribunais os ministros crioulos, em especial, os peruanos, colocando no lugar funcionários peninsulares. Essa política trouxe uma certa mudança na atribuição dos cargos na Audiência de Lima. Em 1777 a audiência contava com seis ministros peruanos, um crioulo e apenas dois peninsulares. Depois da visita geral, em 1785, havia uma maioria de peninsulares ocupando os cargos, totalizando nove peninsulares contra quatro peruano e dois crioulos. Este número viria a aumentar. Em 1805 havia treze peninsulares e apenas dois americanos, sendo um peruano atuando no tribunal. Fisher acrescentou a esse resultado o fato de que o “estabelecimento do cargo de regente nas audiências americanas em 1776 refletia uma deliberada política real de limitar a influência dos ministros crioulos nos tribunais peruanos”.³¹

Burkholder e Chandler afirmaram que as audiências eram os “organismos civis supremos submetidos à autoridade do executivo, e em consequência, eram instituições de grande prestígio que tinha poderes para resolver assuntos judiciais, legislativos e executivos”.³² Nesse sentido, era do interesse da Coroa ter magistrados que estivessem distantes da população local. Os autores comentam que o rei proibia os ministros de participarem de uma série de contratos sociais, como a aquisição de terras, casas, gado, inversão de dinheiro em atividades econômicas, bem como restrições no âmbito familiar e matrimonial, sendo necessário conceder permissão real para tais atos da vida civil. Sabia-se que os funcionários eram fáceis de se corromper, mas, segundo os autores, a Coroa tratava de impedir “a prostituição da justiça e da administração pública”.³³

Analisando os resultados dessa política reformista, da criação do cargo de intendentes e do impacto das visitas dos reformadores Gálvez e Escobedo, bem como do próprio rei Carlos III, Fisher conclui que, em matéria de governo local, os intendentes não chegaram a resolver o problema da má administração. Isso se devia, em parte, pela obstrução vice-real, mas principalmente porque a coroa foi “demasiadamente

³¹ Idem, p.158.

³² BURKHOLDER, Mark e D.S. CHANDLER. *De la impotencia a la autoridad. La Corona española y las Audiencias en América 1687-1808*. Traducción de Roberto Gómez Ciriza. Fondo de Cultura Económica. México, 1984.

³³ BURKHOLDER, Mark e D.S. CHANDLER. *De la impotencia a la autoridad. La Corona española y las Audiencias en América 1687-1808*, 1984, p.19.

parcimoniosa” não provendo dos recursos necessários para a criação de uma estrutura de serviço civil dos oficiais locais.³⁴

A proposta era a de acabar com a corrupção na administração pública, nas estruturas judiciais e no governo do Peru. Contudo, estas metas não eram compatíveis com as circunstâncias políticas criadas pelos vice-reis e demais funcionários das audiências limenhas.³⁵ A rede de poder local no vice-reinado do Peru era forte, conformando estruturas sociais, econômicas, jurídicas e políticas autônomas, difíceis de serem controladas pelo poder central, culminando no processo de independência.

De acordo com Carlos Garriga, a Coroa podia controlar a designação e o comportamento de seus magistrados, e o fazia, mas ordinariamente não estava a seu alcance a determinação das decisões que colegiadamente os tribunais adotavam.³⁶ Dito de outra forma, a coroa estabelecia regras que limitavam o exercício jurisdicional dos magistrados, mas, efetivamente, não controlavam o que os tribunais decidiam.

Los límites políticos del reformismo borbónico desaparecieron con la monarquía católica, pero sus posibilidades de realizar una buena (o exacta) administración de la justicia continuaron orientando el modelo judicial hasta bien entrado el siglo XIX. Entretanto, privado de sus fundamentos últimos quizá más soterrado que nunca, el paradigma (digamos católico) de la justicia permaneció alojado en la conciencia (o el subconsciente) de los juristas.³⁷

Conforme observou José M. Mariluz Urquijo, analisando a criação da Real Audiência de Buenos Aires, esta foi criada para adequar a pena ao delito e uniformizar as penas aplicadas para delitos semelhantes, visto que anteriormente variavam segundo o rigorismo e compasso de cada alcaide.³⁸ As Audiências foram criadas para muitos outros objetivos, mas uma de suas primeiras missões era ordenar a justiça no interior, procurando que os juízes das cidades se ajustassem às leis.

La Audiencia, que conoce cual es la situación real del país y cuales las posibilidades, no impone reformas demasiado ambiciosas ni pretende hacer milagros, pues sabe que las corruptelas que debe cortar no responden tanto a mala voluntad de los alcaldes, como a los tropiezos que obstaculizan sus funciones. De ahí que a la par que los incita a mejorar sus métodos, les allana

³⁴ FISHER, John R. *Redes de poder en el virreinato del Perú, 1776-1824*, p.161.

³⁵ *Idem*, p.163.

³⁶ GARRIGA ACOSTA, Carlos. “Los límites del reformismo borbónico: a propósito de la administración de la justicia en Indias”, 2002, p.818.

³⁷ *Idem*, p.821.

³⁸ MARILUZ URQUIJO, José M. *La Real Audiencia de Buenos Aires y la administración de justicia en lo criminal en el interior del virreinato*. In: Primer Congreso de Historia de los Pueblos de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, Ministerio de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, 1952, Tomo II, p.272.

el camino y no vacila en colocarse de su parte cuando algún poderoso lugareño – gobernante o particular – pretende intimidarlos. El Tribunal, como un padre, vigila y corrige a los alcaldes ordinarios pero al mismo tiempo acude en su ayuda toda vez que su autoridad ha sido hollada.³⁹

Mariluz Uriquijo apontou o problema que percebemos no contexto político do vice-reinado do Peru. Ele enfatizou a importância da Real Audiência como uma instituição de controle e correção da administração da justiça, servindo como uma solução para uma justiça criminal mais justa e equitativa. A Audiência cumpriria essa função ao vigiar, limitar e uniformizar as penas aplicadas para os mesmos delitos, e ao controlar as ações arbitrárias e desmedidas de alguns alcaides ordinários, sem se deixar vacilar e intimidar pelos poderes e interesses particulares.

Burkholder e Chandler também apontaram a preocupação do governo em censurar as condições dos tribunais americanos. Com a intenção de limitá-los, entre 1717 e 1720 foram impostos vários castigos, visitas e investigações que levaram à destituição de, aproximadamente, vinte e seis magistrados, acusados de diversos delitos e abusos. Dentre estes, os autores mencionam que dezesseis eram americanos que tinham comprado o cargo e doze exerciam a mesma jurisdição de seu nascimento.⁴⁰

Dentro desse contexto conturbado de propostas políticas e reformas de controlar da administração e das audiências e seus funcionários, analisamos os processos criminais levados à Real Audiência de Lima⁴¹, e, apresentamos o funcionamento burocrático desta instituição jurídica, com evidente poder e influência na política no governo do Peru durante o século XVIII.

1.2 Funcionamento e organização da Real Audiência de Lima no século XVIII

A Real Audiência foi um tribunal de apelação utilizado no sistema judicial colonial. Muitos autores têm se dedicado a este tema em várias partes da América ibérica,⁴² A historiadora Patrícia Rivas, estudando a Real Audiência de Lima, afirmou que na hierarquia administrativa colonial as audiências constituíram os organismos de

³⁹ Idem, p.272-273.

⁴⁰ BURKHOLDER, Mark e D.S. CHANDLER. *De la impotencia a la autoridad. La Corona española y las Audiencias en América 1687-1808*, 1984, p.41.

⁴¹ Devemos mencionar, embora não tenhamos encontrado a obra em sua íntegra, os escritos de Roberto Levillier. LEVILLIER, Roberto. *Audiencia de Lima. Correspondencia de presidente y oidores*. Madrid, 1922.

⁴² Sobre este assunto, veja: MARTIRÉ, Eduardo. *Las Audiencias y la administración de justicia en las Indias*, Madrid, Universidad Autónoma - UAM, 2005.

governo e justiça mais importantes implantados em terras americanas.⁴³ Elas estavam subordinadas ao Conselho de Índias e seguiam o modelo das *chancillerías* espanholas.

Segundo Burkholder e Chandler, as audiências eram “instituições de grande prestígio que tinha poderes para resolver assuntos judiciais, legislativos e executivos”.⁴⁴ Dentre as responsabilidades judiciais das audiências, os autores salientam o seu funcionamento como tribunais de primeira instância nos casos relacionados à Real Hacienda e, em outros dentro desta incumbência. Contudo, para os casos penais, e a grande maioria dos civis, utilizavam-se as cortes de apelação dentro do território da jurisdição e da autoridade competente.⁴⁵

As audiências eram regidas por um corpo de ordenações revisadas e modificadas até a publicação das *Leyes Nuevas* de 1542. Segundo Patrícia Rivas, esta legislação sofreu várias alterações com o tempo. Houve uma modificação em 1563, outra no século XVII incluindo no ordenamento existente, o disposto pela *Recopilación de las Leyes de Indias* de 1680 ordenadas por Carlos II,⁴⁶ válida para todas as audiências americanas, e a última mudança ocorrida em 1776 em virtude da chegada do visitador José Antonio de Areche à Real Audiência de Lima, que decidiu por limitar as funções dos vice-reis como presidentes das audiências.⁴⁷

Na *Recopilación de las Leyes de Indias*, título quinze⁴⁸, tem-se as leis destinadas para as *Audiencias y Chancillerías reales* ordenada por D. Felipe IV. No contexto de sua elaboração, a administração das Índias foi dividida em doze audiências e nos governos, *corregimientos* e *alcadías* maiores nos distritos. As audiências, segundo este ordenamento, tinham como função governar e reger os vassallos, para a paz e a justiça e estavam subordinadas ao Conselho de Índias, que representava o rei em pessoa.⁴⁹ Os

⁴³ GUTIÉRREZ RIVAS, Patricia. *José Antonio de Areche y la Visita General a la Audiencia de Lima*. Tesis doctoral, Universidad de Murcia, España, Departamento de Historia Moderna, Contemporánea y de América. 2016, p.01.

⁴⁴ BURKHOLDER, Mark e D.S. CHANDLER, *op. cit.*, p.14.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ GUTIÉRREZ RIVAS, Patricia, *op. cit.*, p.03.

⁴⁷ GUTIÉRREZ RIVAS, Patricia. *José Antonio de Areche y la Visita General a la Audiencia de Lima*. Tesis doctoral, Universidad de Murcia, España, Departamento de Historia Moderna, Contemporánea y de América. 2016, p. 09.

⁴⁸Recopilación de Leyes de Indias. Disponível em: <https://archive.org/details/recopilacindel01unseguat/page/371/mode/2up?view=theater> [Citado em 24 de março de 2022].

⁴⁹ Idem. Recopilación de Leyes de Indias, Libro II, Título XV, ley I.

que estavam subordinados às audiências eram os governadores, corregedores e alcaides maiores.

Neste mesmo ordenamento, a lei V dispunha sobre a Audiência de Lima no Peru. Esta norma previa que nesta cidade, chamada de “cabeça das províncias”, a Audiência deveria estar composta pelo vice-rei, governador e capitão geral, e lugar-tenente; oito ouvidores; quatro alcaides do crime; dois ficais, um para o âmbito civil e outro para o criminal; um *alguacil* maior e um tenente de *gran chanciller*; e demais ministros e oficiais necessários. O ordenamento também delimitava geograficamente o espaço da jurisdição: desde a dita cidade até o reino do Chile.⁵⁰

De acordo com Ismael Bella, a Audiência, como depositária do Selo Real, podia despachar com o nome e o título do rei ordenações, instruções e mandamentos. Se os governadores, alcaides maiores e outras Justiças não as cumprissem sem justa causa, a audiência podia enviar executores para que as obrigasse cumprir e, em caso de remissão, podia executá-las e fazê-las cumprir por sua própria autoridade.⁵¹

É importante frisar que, assim como Patrícia Rivas observou em seus estudos, outros autores como Víctor Tau Anzoátegui também salientaram a dificuldade desses tribunais em seguirem as leis que lhe foram impostas devido à distância com a Península. Muitas vezes, as audiências americanas exerciam a justiça dependendo da elite que estava no poder, possuindo uma autonomia governativa e jurídica.⁵²

Pilar Latasa mencionou que a enorme distância que separava os territórios indianos da metrópole levou a conceder amplos poderes ao vice-reis americanos, os quais, como representantes pessoais do monarca hispânico, ocupavam um lugar preeminente dentro da burocracia colonial. Para esta autora, estas dilatadas competências tinham como objetivo potenciar a figura do vice-rei como “alter ego” do próprio rei com a finalidade de criar um vínculo mais forte entre o monarca e seus súditos americanos.⁵³

⁵⁰ Idem. Recopilación de Leyes de Indias, Libro II, Título XV, ley V.

⁵¹ SANCHEZ BELLA, Ismael. *Derecho Indiano Estudios II*. Fuentes. Literatura Jurídica. Derecho Público Colección jurídica. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona, 1991, p.559.

⁵² Sobre este assunto, ver: GUTIERREZ RIVAS, Patrícia. *José Antonio de Areche y la visita General a la Audiencia de Lima*; TAU ANZOÁTEGUI, *Casuísmo y sistema*.

⁵³ LATASA, Pilar. *La corte virreinal peruana: perspectivas de análisis (siglos XVI y XVII)*. In: **El gobierno de un mundo: virreinos y audiencias en la América Hispánica**. BARROS PINTADO, Feliciano (org)., 2004, pp.341-374, p.346.

Renzo Honores apontou que esta dinâmica articulada entre as contradições existentes na administração colonial, coexistindo normatividades locais e globais, permitiu uma adaptação e flexibilização das ações. Segundo o autor, essa prática gerou uma *multinormatividade*, que capturava o Direito dentro deste universo normativo mais amplo, permitindo de um espaço de “negociação articulado por ‘modalidades’, ou ‘esferas normativas’ não estruturadas pela ideia secular, letrada e codificada da lei”.⁵⁴

Esta situação percebida por muitos autores interessa ao nosso tema por dar lugar às atividades subjetivas dos magistrados e demais funcionários das audiências. Como mencionado, eles mantinham relações de poder, privilégios, interesses econômicos e políticos, além de vínculos familiares entre si, que influenciavam na maneira de estabelecer a justiça e interpretar o direito em cada caso concreto. Como dissemos anteriormente, essas redes de comunicação, aliada à burocracia forense, nos indicam uma *práxis* jurídica que a leitura crua das normas, tratados e demais dispositivos normativos, não contempla. Analisar a administração da justiça pela prática dos tribunais inclui discutir os cargos e funções dos magistrados e demais funcionários no exercício prático da justiça, em seus espaços de autonomia e flexibilização.

Para José de la Puente Brunke as audiências tiveram sua origem na Castela medieval, num contexto em que o monarca era o juiz supremo e não existia uma separação entre o rei e a sua própria corte para administrar justiça em apelação, sendo o rei, propriamente, quem resolvia os litígios. Desta forma, tanto o vice-rei quanto a audiência representavam o rei, e os ouvidores, antes de representar a justiça, eram a consciência do rei.⁵⁵

Reforçando o poder dos vice-reis como imagem do próprio rei, Ismael Bella retomou a fala de Andrés Hurtado de Mendoza, o Marqués de Cañete, vice-rei do Peru, que disse: “(...) se poderosos eram os vice-reis – ‘o rei vivo em carnes, cujo poder é seu querer’, também os ouvidores eram ‘pessoas poderosas’, e tinham o ‘braço poderoso’”.⁵⁶ Ismael Sanchez entendia que as esferas de competência estavam delimitadas como sendo os assuntos de governo para os vice-reis e presidentes, e a justiça para os

⁵⁴ PUENTE LUNA, José Carlos; HONORES, Renzo. *Guardianes de la real justicia: alcaldes de indios, costumbre y justicia local en Huarochirí colonial*. *Histórica*, v. 40, n. 2, p. 11-47, 14 dez. 2016, p.15.

⁵⁵ PUENTE BRUNKE, José de la. *Las reales audiencias del Perú*. In: Conferencia impartida en el Curso Rey, selo y representación. Audiencias y Chancillerías en el gobierno de las Indias. Sevilla, 24, 25 e 26 de 2010. Facultad de Geografía e Historia. Facultad de Derecho Universidad de Sevilla, 2010, p.03-4.

⁵⁶ SANCHEZ BELLA, Ismael. *Derecho Indiano Estudios II.*, 1991, *op. cit.*, p.585.

ouvidores e o fiscal, com indicação expressa de um não intrometer na incumbência do outro.⁵⁷ Contudo, como vimos, não era nada simples separar os assuntos, ainda mais nos casos em que se tinha dúvida em como proceder.

Para se melhor entender o funcionamento e organização das audiências, José de la Puente as separou em três categorias de acordo com as suas peculiaridades: a) as audiências estabelecidas em uma capital do vice-reino, conhecidas como audiências vice-reais, como a Real Audiência de Lima, presididas pelo próprio vice-rei; b) as audiências pretoriais que tinham um presidente letrado, mas que não era dependente da autoridade do vice-rei; e c) as audiências subordinadas, presididas também por um letrado, mas com certa dependência em relação à audiência do vice-reinado. Todas eram reais audiências, e apenas algumas eram “vice-reais”, como as de Lima e México, e logo as de Bogotá, e a segunda Audiência de Buenos Aires, ao se criarem estes vice-reinados no século XVIII. Para o caso do vice-reinado peruano, as audiências subordinadas era a de Quito e a de Charcas.⁵⁸

A Real Audiência de Lima foi fundada em 1543 após a morte de Francisco Pizarro e estava composta por oito ouvidores, quatro alcaides do crime, dois fiscais, um alguacil maior e um tenente, além de outros oficiais.⁵⁹ A sua jurisdição abrangia todo o território do antigo império inca até o reino do Chile, incluindo os reinos de Charcas e Quito, e a sede teve lugar na Ciudad de los Reyes, que é Lima. No decorrer do século XVIII foram criadas outras audiências, como a de Cusco, Rio de la Plata e o tribunal de Caracas em 1776.

José Francisco Gálvez Montero reforçou a importância do tribunal de justiça nos territórios coloniais. Dentro da sociedade colonial, a Real Audiência de Lima desenvolveu um papel importante na vida do país. Presidida pelo vice-rei e integrada pelos ouvidores, a audiência não atuava apenas como tribunal superior de justiça solucionando causas criminais e civis, mas exercendo a função de órgão consultivo por sua direta relação com o *Consejo Real y Supremo de Indias*,⁶⁰ mas não somente pela sua

⁵⁷ Idem, p.585.

⁵⁸ PUENTE BRUNKE, José de la. *Las reales audiencias del Perú*, 2010, *op. cit.*, p.02.

⁵⁹ PUENTE BRUNKE, José de la. *Los oidores en la sociedad limeña: notas para su estudio (siglo XVII)*. Revista **Temas americanistas**, n. 7, 1990, pp.21-35, p. 21.

⁶⁰ GÁLVEZ MONTERO, José Francisco, *La Real Audiencia y su configuración en el virreinato*, Boletín del Instituto Riva Agüero, 1990, n. 17, pp. 325-346, p.325. Sobre ese asunto, ver también: GALVEZ MONTEIRO, José. Francisco. *El establecimiento del poder judicial en el Perú: de la Real Audiencia de*

comunicação com o Conselho de Índias. Nas Índias, as Audiências exerciam a função de órgão consultivo dos vice-reis, e por tal motivo, Solórzano Pereira dizia que elas tinham uma dupla função: a de Audiência e a de Conselho Real.

Juan de Solórzano Pereira,⁶¹ como ouvidor da Audiência de Lima, reforçou que os vice-reis e governadores não podiam intrometer-se nos assuntos concernentes à administração da justiça, mas deixar para as Reais Audiências esta função.⁶²

As audiências tinham como função principal serem tribunais de justiça em primeira e última instância, encarregadas, dentro do limite de suas jurisdições, dos negócios e causas civis e criminais. Estes tribunais americanos podiam solucionar pleitos iniciados no próprio tribunal ou por apelação das causas e sentenças de outros tribunais menores. Além disso, também estava a cargo das audiências a função de governo do território quando o vice-rei ou capitão geral estavam ausentes.⁶³

A Audiência de Lima, além das funções principais enunciadas, atuava no campo administrativo, legislativo e cumpria, no entender de Patrícia Rivas, uma “missão transcendente de evitar e corrigir” os exageros provocados pelo vice-rei no exercício de sua autoridade, e evitar e corrigir os excessos das dignidades eclesiásticas. A audiência limenha apenas não interferia no tribunal da Inquisição.⁶⁴

Ricardo Levene apontou, analisando a obra de Solórzano Pereira, que a Audiência de Lima chegou a ter oito ouvidores, dividida em duas salas fixas e em cada uma havia um presidente destinado e, também um secretário. No momento em que Juan de Solórzano Pereira foi ouvidor desta Audiência, ele defendia que cada sala deveria julgar os pleitos que estivessem repartidos aos secretários, afirmando que os vice-reis,

Lima a la Corte Suprema de la República (1821-1824). **Revista Campus**, volumen: 3, 2006, pp. 71 - 146.

⁶¹ SOLÓRZANO PEREYRA, Juan. *Política Indiana*. Libro V, Capítulo III. De las Audiencias, o Chancillerías Reales de las Indias, y que cosas particulares tienen mas que la de España, Madrid, por Gabriel Ramirez, 1739. Disponível em: [Política indiana - Juan de Solórzano Pereira - Google Livros](#) p. 268.

⁶² SOLÓRZANO PEREYRA, Juan de. *Política Indiana*. Libro V, Capítulo III. De las Audiencias, o Chancillerías Reales de las Indias, y que cosas particulares tienen mas que la de España, 1739, *op. cit.*, p.276. “(...) se ha de entender por las vías, y formas legales, y excitando por su parte, como Presidentes, que son de las mismas Audiencias, à los Oidores, ò Alcaldes de ellas, que administren la dicha justicia, y fin que por semejantes palabras se pueda, ni deba entender, que fue de la voluntad de su Magestad, ni de su Real Consejo, que los Virreyes la administren por sí, ò que innoven, ni alteren el estilo de cada Tribunal, ni hagan juntas de unos Jueces con otros por solo su arbitrio, como expresamente está declarado en un capítulo de Carta escrita à la Real Audiencia de Lima en tres de Junio del año de 1620. Por la qual parece, que la Audiencia havia dado cuenta, que con el color de estas clausulas lo turbaban todo los Virreyes, y se lo abrogaban, y avocaban (...)”.

⁶³ GUTIÉRREZ RIVAS, Patricia. 2016, *op. cit.*, p.02-3.

⁶⁴ Idem, p. 03.

por maior que fosse o seu poder, nunca deveria mudar a forma da jurisdição e estilo dos tribunais.⁶⁵

O funcionamento e a organização dos membros das audiências americanas seguiam o disposto pela coroa espanhola, a exemplo do já praticado na Península.⁶⁶ As audiências eram organizadas em: um presidente, oito a dez ouvidores, um ou dois fiscais, o aguazil, o tenente e outros funcionários menores como o escrivão de câmara, os relatores, receptores e intérpretes. Encontramos a orientação para esta organização dos tribunais na *Recopilacion de las Leyes de Indias*, Lei V, título XV, livro II.⁶⁷

José de la Puente Brunke, estudando as reais audiências do Peru, afirmou que havia um esquema administrativo no qual a Real Audiência era representada como a instituição jurídica de mais alto nível, cujas instâncias inferiores eram representadas por diversas autoridades como os corregedores, os alcaides ordinários dos *cabildos*.

Concordando com José de la Puente, Patricia Gutierrez Rivas elaborou um organograma de cargos da Real Audiência de Lima no século XVIII a partir de sua pesquisa feita no *Archivo General de Indias* – AGI, onde consultou 75 expedientes entre 1740 e 1800, com a denominação *Audiencia de Lima*.⁶⁸ Esta historiadora também identificou a Real Audiência como a instituição de maior importância e localizou os demais cargos e funções de maneira hierárquica.

⁶⁵ LEVENE, Ricardo. *En el tercer Centenario de "Política Indiana" de Juan de Solórzano Pereira. Instituto de Historia del Derecho Argentino*, Facultad de Derecho y Ciencias de la Universidad de Buenos Aires, Conferencias y comunicaciones, n. XX, Ed. Imprenta de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1948, p.35.

⁶⁶ GUTIÉRREZ RIVAS, Patricia. 2016, *op. cit.*, p.03.

⁶⁷ Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias. Disponível em: <https://archive.org/details/recopilacindel01unseguat/page/371/mode/2up?view=theater> *Recopilación de leyes de los Reynos de las Indias : Free Download, Borrow, and Streaming : Internet Archive*

⁶⁸ GUTIÉRREZ RIVAS, Patricia. *José Antonio de Areche y la Visita General a la Audiencia de Lima*. 2016, *op. cit.*, p.05. Elaboração própria da autora.

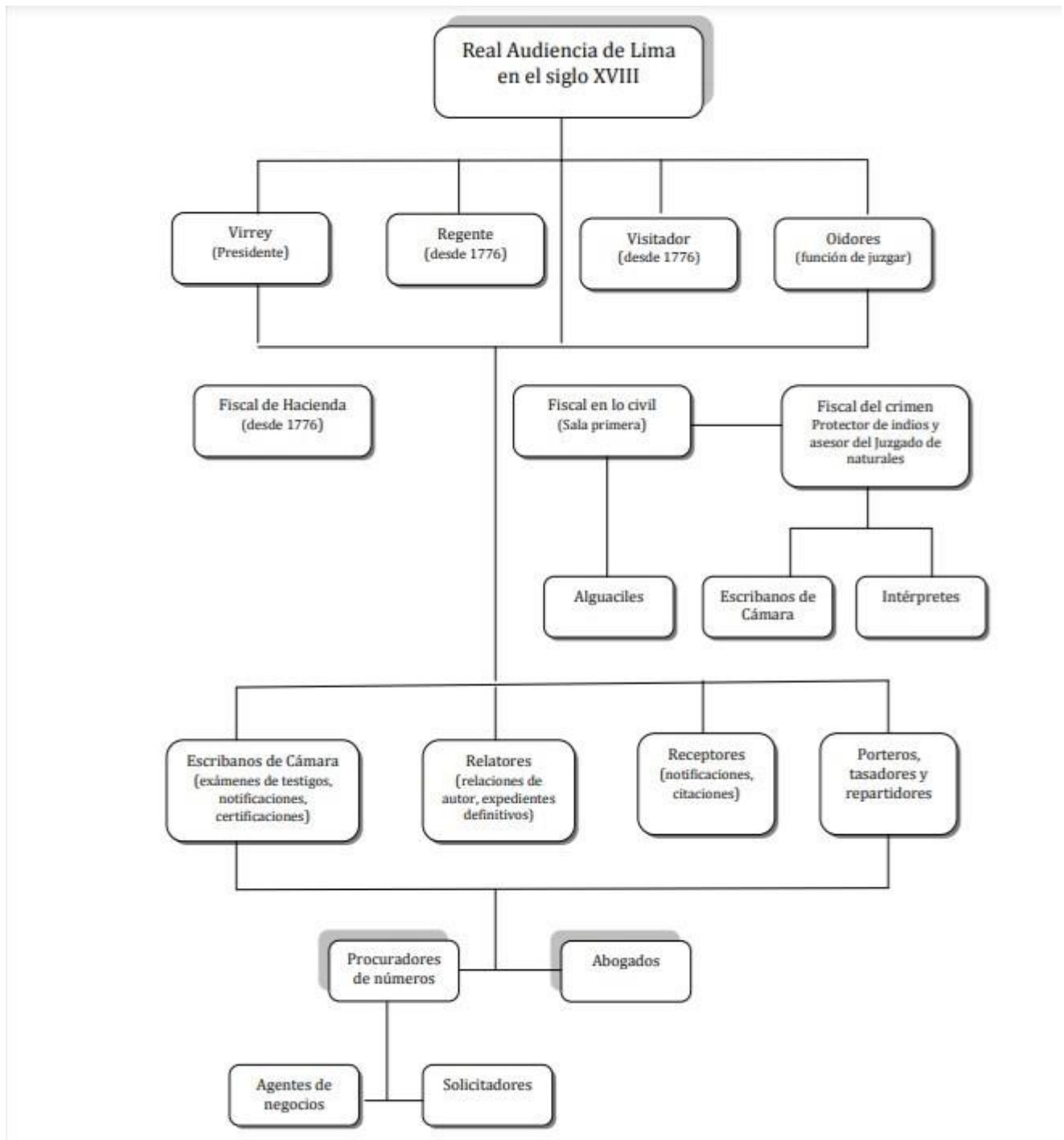


Figura 1. Os cargos da Real Audiência de Lima no século XVIII

Fonte: GUTIÉRREZ RIVAS, Patricia. *José Antonio de Areche y la Visita General a la Audiencia de Lima.* 2016, Tesis doctoral, Universidad de Murcia, España, Departamento de Historia Moderna, Contemporánea y de América, p. 05.

A partir de suas observações sobre a organização das audiências americanas, Patrícia Rivas notou que nem todos os magistrados possuíam a mesma importância e

influência no tribunal.⁶⁹ Os ofícios de maior prestígio eram os de presidente da audiência, ouvidores, alcaides e fiscais, uma vez que a justiça dependia deles. Os *ouvidores* exerciam maior importância e influência e eram observados pela coroa com a responsabilidade de garantir o bom desempenho desta instituição.⁷⁰ Os ouvidores ocupavam o primeiro lugar, os alcaides do crime segundo, logo os fiscais. Os alcaides exerciam a função de juízes e os fiscais não. Patrícia Rivas afirmou que no vice-reinado do Peru, os ofícios de fiscais e alcaides serviam como um meio para se chegar ao cargo de ouvidor, e tais postos chegavam a ser vitalícios, ainda que a lei não permitisse.⁷¹

José de la Puente Brunke enfatizou que os mais importantes magistrados que integravam as audiências eram os ouvidores, que deveriam resolver as causas civis, os alcaides do crime, encarregados das causas criminais, e os fiscais que defendia os interesses do rei e da sociedade.⁷² Embora existissem vários cargos jurídicos como veremos em seguida, José de la Puente Brunke reforçou a ideia de que a função judicial provinha do rei, entendido desde o período medieval como o supremo juiz, e tal atribuição lhe era dada por Deus. Assim sendo, na América colonial, os juízes representavam o rei e, nesse sentido, a Deus.⁷³

Patrícia Rivas reforçou que os tribunais de justiça, enquanto representantes do rei nos territórios americanos, conheciam e sentenciavam causas que, pela gravidade do assunto, ou pela condição social de alguma das partes, não poderiam ser apreciadas pelos tribunais de primeira instância.⁷⁴ Alguns exemplos de causas levadas diretamente ao tribunal superior de justiça, regulamentadas pela legislação indiana eram: morte, mulher forçada, trégua quebrada, casa queimada, rapto e falsificação de moeda.

Trazendo essa percepção para o nosso objeto de pesquisa, percebemos, analisando os processos da Real Audiência de Lima, que por si só representa um recorte, causas de violência contra a mulher, envolvendo os crimes de rapto, morte, estupro, injúria, maus tratos e amancebamento. Dentro do nosso recorte documental, selecionamos 49 processos criminais. Destes, apenas 05 foram iniciados e finalizados

⁶⁹ Sobre a Audiência de Lima, ver: LOHMANN VILLENA, G., *Los ministros de la Audiencia de Lima en el reinado de los Borbones (1700-1821): esquema de un estudio sobre un núcleo dirigente*, Sevilla, Escuela de Estudios Hispano-Americanos, 1974, e, POLANCO ALCÁNTARA, Tomás, *Las Reales Audiencias en las provincias americanas de España*, Madrid, Mapfre, 1992.

⁷⁰ GUTIÉRREZ RIVAS, Patricia. 2016, *op. cit.*, p. 06.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² PUENTE BRUNKE, José de la. *Las reales audiencias del Perú*, 2010, *op. cit.*, p.02.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ GUTIÉRREZ RIVAS, Patricia. 2016, *op. cit.*, p. 65.

no tribunal inferior sem passar para a 2ª instância. Das 44 causas criminais restantes, 35 foram iniciadas e julgadas diretamente na 2ª instância e 09 delas iniciadas na 1ª instância e apeladas ou levadas para o tribunal superior na falta de algum funcionário jurídico ou pela gravidade do delito. A Real Audiência de Lima julgou a maioria expressiva dos casos envolvendo violência contra a mulher no período de 1728 a 1800. Dedicamos um capítulo específico para a análise quantitativa e qualitativa destes processos estudados.

Para melhor compreendermos o funcionamento das Audiências, passaremos a detalhar os cargos e suas competências.

1.2.1 O vice-rei

O vice-rei presidia a audiência de Lima, quando se tratava de uma audiência do vice-reinado, e tinha várias atribuições administrativas e judiciais. O vice-rei tinha a *potestad* de estar presente nos estados quando se apreciavam os pleitos, mesmo que não votasse, já que, habitualmente, não era letrado. Verificava outros aspectos do funcionamento da Real Audiência, como a agilização dos trâmites e o número necessário de pessoas dedicadas aos serviços judiciais.

O vice-rei julgava os delitos cometidos pelos magistrados da audiência, quando se tratava de delitos comuns ou quando estes eram cometidos no exercício de suas funções e eram de grande relevância.⁷⁵ O vice-rei podia contar com um assessor geral, eleito entre os ouvidores, para aconselhá-lo nos reais acordos estabelecidos por ele e em assuntos de governo.⁷⁶

1.2.2 Os ouvidores

Os ouvidores eram juízes de audiência, assim como os alcaides do crime. Burkholder e Chandler salientaram que os ouvidores eram juízes civis, atuantes nas *cancillerias*, já os alcaides do crime eram juízes penais, e os fiscais do crime representavam a Coroa nos processos. Todos eles eram juristas com preparação

⁷⁵ PUENTE BRUNKE, José de la. *Las reales audiencias del Perú*, 2010, *op. cit.*, p.04.

⁷⁶ *Ibidem*.

universitária e constituíam um setor importante do corpo de letrados, com a missão de fortalecer o poder real frente a administração das leis.⁷⁷

A nomeação dos ouvidores era realizada pelo monarca mediante uma cédula real. Escolhia-se o ouvidor dentre uma lista de pretendentes enviada pela audiência ao Conselho de Índias. Burkholder e Chandler mencionaram que as nomeações ou eram vitalícias ou estavam sujeitas à remoção *ad nutum* por parte do monarca, significando que as audiências eram um elemento de “continuidade do nível oficial mais alto”.⁷⁸

Os ouvidores tinham a responsabilidade de administrar justiça, cuidar do julgado de bens dos defuntos, conhecer e controlar a quantidade de indígenas, visitar a audiência em sua jurisdição entre outras⁷⁹. Contudo, Patrícia Rivas afirmou que a vigilância do bom trato aos indígenas na jurisdição competente, assim como a sua defesa quando necessário, foi considerada a função primordial dos tribunais de justiça americanos. Esta orientação deveria ser seguida por todas as audiências e por todo o corpo de ouvidores e estava determinada pela *Recopilación de Leyes de Indias*.⁸⁰ Neste ordenamento reiterava-se a necessidade dos ouvidores de organizar visitas aos *corregimientos* para verificar o número das populações indígenas, fiscalizar o cumprimento do pagamento de impostos e tributos, saber se eram maltratados pelos *encomenderos* ou outras pessoas.⁸¹ Segundo José de la Puente Brunke, estudar a vida dos magistrados é ilustrativo para se entender como os ouvidores refletiam todos os atributos do poder que lhe conferiam.⁸²

1.2.3 Os fiscais

Os fiscais se dedicavam aos interesses da coroa e do reino. Eles podiam levar ao tribunal os que transgrediam as leis. Segundo a legislação indiana, os fiscais deveriam ser defensores da legalidade, do bom tratamento dos indígenas, da correta administração da *hacienda* real, e da ordem pública. Patrícia Rivas afirmou que os fiscais tinham plena

⁷⁷ BURKHOLDER, Mark e D.S. CHANDLER. *De la impotencia a la autoridad. La Corona española y las Audiencias en América 1687-1808*, 1984, *op. cit.*, p. 13.

⁷⁸ Idem, p.15.

⁷⁹ Para saber mais sobre as funções dos funcionários da Real Audiência de Lima, ver: GUTIÉRREZ RIVAS, Patricia. *José Antonio de Areche y la Visita General a la Audiencia de Lima*. Tesis doctoral, Universidad de Murcia, España, Departamento de Historia Moderna, Contemporánea y de América. 2016.

⁸⁰ GUTIÉRREZ RIVAS, Patricia. *José Antonio de Areche y la Visita General a la Audiencia de Lima*. 2016, *op. cit.*, p. 20.

⁸¹ Ibidem.

⁸² PUENTE BRUNKE, José de la. *Las reales audiencias del Perú*, 2010, *op. cit.*, p.17.

autonomia e liberdade de ação e de informação, além de estarem encarregados de informar ao monarca sobre as causas graves.⁸³

Também era função dos fiscais intervir como acusação nas causas envolvendo vários delitos como: blasfêmia, amancebamento, causa contra usureiros, delitos de sedição, desacatos a juízes e ministros de justiça, em confiscação de bens, causas contra ladrões e nas mortes suspeitas de assassinato.⁸⁴ Deveria haver apenas um fiscal para cada tribunal americano, apesar de que na audiência limenha, em virtude de sua grandeza e importância, chegou a ter dois fiscais. O fiscal mais antigo estava encarregado dos assuntos civis e o outro, nos criminais.

A historiadora Patricia Gutierrez Rivas, pesquisando os cargos da Real Audiência de Lima no período de 1776 a 1782 identificou como ouvidores: Pedro Bravo de Ribero; Alfonso Carrión y Morcillo; Pedro Antonio Echeverz y Subiza; Manuel Mansilla Arias de Saavedra; Cristóbal Messía y Munive, conde de Sierrabella; Juan José dela Puente Ibáñez, marqués de Corpa; Antonio Hermenegildo de Querejazu y Mollinedo e Gaspar Urquizu Ibáñez; Como fiscais civis e criminais neste mesmo recorte temporal: Domingo de Orrantia; Jerónimo Manuel de Ruedas y Morales; José Tagle y Bracho; Pedro Tagle y Bracho; José Clemente Traslaviña e José Antonio de Villalta y Núñez.

1.2.4 Os alcaides do crime

Os alcaides eram magistrados com jurisdição, enquanto os fiscais não. Nesse sentido, os alcaides eram mais importantes que os fiscais. Os alcaides do crime não estiveram presentes em todas as audiências americanas, apenas nas mais significativas nos maiores vice-reinados, como as do México e de Lima. Mesmo não estando em todas as audiências de Índias, onde eles estiveram, como era o caso de Lima, eram mais importantes que os fiscais, como apontam os trabalhos de Garriga.⁸⁵

⁸³ GUTIÉRREZ RIVAS, Patricia. *José Antonio de Areche y la Visita General a la Audiencia de Lima*. 2016, *op. cit.*, p. 24.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ Podemos mencionar, por exemplo: GARRIGA ACOSTA, Carlos. *La Audiencia y las Chancillerías castellanas (1371-1525)*. Historia política, régimen jurídico y practica institucional. Colección: Historia de la Sociedad Política, Madrid, 1994.

Neste caso, havendo alcaides do crime, nestes grandes territórios coloniais, os ouvidores ficavam responsáveis pelas funções civis, deixando para os alcaides e fiscais os assuntos criminais.⁸⁶

Patrícia Rivas apontou que desde a criação do cargo foi determinado que nas audiências de Lima e México haveria uma sala com quatro alcaides do crime em virtude da grande quantidade de denúncia e querelas e para que houvesse uma maior celeridade na resolução dos casos.⁸⁷

O trabalho destes magistrados era fundamental em assuntos criminais. Eles deveriam atender as causas em segunda ou em última instância quando as autoridades menores (alcaides ordinários, alcaides de províncias, corregedores, entre outros) não haviam sentenciado o conflito, ou quando alguma parte discordava da sentença e resolvia apelar da decisão.⁸⁸ Quando o assunto era da competência do vice-rei, a causa apelada passava para a jurisdição do Conselho de Índias. Patrícia Rivas classificou ainda como atribuições ao cargo de alcaide, fazer a vista à carcel, vigiar a produção de velas, intervir no governo da Cidade e na manutenção da ordem pública.⁸⁹

Os cargos de maior importância da Real Audiência de Lima acumulavam funções administrativa, jurídicas e governativas. Nenhum funcionário da justiça atuava unicamente na esfera judicial. Isso indica que a “administrar a justiça” implicava em controlar, fiscalizar e atuar em outras esferas institucionais e sociais. O próprio tribunal, na figura do ouvidor, tinha a obrigação de evitar e corrigir os excessos cometidos pelo vice-rei e pelos eclesiásticos, marcando assim, uma sociedade que entendia que o exercício da justiça passava pela interferência em outros setores controlando as ações de todos. De acordo com José de la Puente Brunke, esta “confusão” de funções no aparato administrativo indiano resultava que, por um lado, o vice-rei tinha atribuições judiciais e, por outro lado, os ministros da audiência eram mais que juízes de apelação.⁹⁰ Os juízes indicavam qual era a justiça em cada caso concreto.

Dessa forma, a garantia da justiça não estava nas decisões dos juízes e nem nas leis, mas em sua pessoa, em como levava a sua vida pública. Se era um homem bom,

⁸⁶ GUTIÉRREZ RIVAS, Patricia. *José Antonio de Areche y la Visita General a la Audiencia de Lima*. 2016, *op. cit.*, p. 26.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ *Idem*, p.27.

⁸⁹ *Idem*, p.27-28.

⁹⁰ PUENTE BRUNKE, José de la. *La Real Audiencia de Lima, el sello real e la garantía de la justicia*, 2010, *op. cit.*, p.238.

prudente, com experiência e conhecedor da tradição jurídica então discerniria adequadamente a justiça para cada caso concreto e de acordo com a sua consciência.⁹¹ A segurança da justiça era um reflexo e imagem das atitudes e virtudes dos magistrados.

Realizamos um levantamento de todos os Alcaldes do crime citados na documentação analisada no AGN – *Archivo General de la Nación*, nos 49 processos criminais consultados. Esta tabela representa o nome e o ano em que estes alcaldes de crime participaram de um processo criminal na Real Audiência de Lima e são identificados como alcaldes no processo. Tal documentação não revela o tempo de serviço no cargo e nem a totalidade de processos que eles participaram em todo o século XVIII. Consta, em muitos expedientes criminais levados ao tribunal de justiça, os nomes dos ministros, corregedores e não dos alcaldes.

Tabela 1. Alcaldes do crime - Real Audiência de Lima, século XVIII⁹²

Ano	Alcaldes do crime – Real Audiência de Lima, século XVIII
1729	Don Juan Gutierrez Avila Arse <i>sic</i>
1730	Don Francisco Xavier de Salazar y
1730	Don Miguel de Gomendio
1732	Don Alfonso Carrion y Morillo
1752	Don Manuel de Borda
1756	Don Juan Joseph de la Puente Ibáñez
1778	Don Joseph Caveza Enrriquez
1779	Don Melchor de Santiago Concha
1785	Don Josef Rezabal y Ugarte
1787	Don Nicolas Velez de Guevara
1789	Don Manuel Garcia de la Plata
1795	Don Juan del Manres
1795	Don Pascual Antonio Manzon
1800	Don Manuel Maria del Valle

Fonte: Esta tabela foi elaborada pela autora com base na extração dos dados disponíveis nos 49 processos criminais da Real Audiência de Lima (Fundo- causas criminais) 1728 a 1800 - consultados no AGN-Lima, Peru.

⁹¹ Idem, p.239-40.

⁹² Esta tabela foi elaborada por mim, tendo como base os 49 processos criminais consultados no AGN entre 1728 a 1800.

1.2.5 Outros cargos: relatores, escrivão de câmara e advogados

Em todas as audiências espanholas e americanas foi fundamental o trabalho dos relatores, escrivães, procuradores e advogados. Patrícia Rivas afirmou ter havido mais cargos nas audiências americanas, como o *alguacil mayor*, *alguacil de vara e espada*, e os *receptores* de câmara.⁹³

Os relatores eram advogados em exercício da profissão e se encarregavam de ler os processos ante o tribunal. No século XVIII a audiência de Lima teve quatro relatores devido à grande demanda de trabalho deste tribunal. Patrícia Rivas apontou como relatores da audiência limenha na segunda metade do século XVIII os advogados limenhos: Antonio de Torres, Felipe de Capetillo y la Sota, Bartolomé de Bedoya y Valverde, Pedro José de Méndez y Lachica.⁹⁴

Exigia-se que os relatores fossem pessoas preparadas e responsáveis. Esta função era de extrema importância para o bom funcionamento da audiência. Nos processos que analisei, percebi que quando não havia relatores e nem escrivães, a causa ficava pendente, principalmente em províncias mais afastadas da capital limenha.

A legislação indiana tentava controlar a ação destes funcionários impondo penas para os que cometessem algum erro. Patrícia Rivas assinalou, analisando as leis de Índias, que a pena poderia chegar a dez pesos ou dependia do arbítrio da audiência.⁹⁵

Os escrivães de câmara eram nomeados pela coroa, o cargo era vitalício e deveriam registrar tudo o que ocorria em matéria processual.

Rivas salientou que, tanto os relatores quanto os escrivães, pelo trabalho delicado que exerciam, estavam proibidos de receber presentes sob pena de castigo. Ao final de cada semana os relatores deveriam informar ao fiscal sobre os processos abertos, bem como das penas deliberadas em audiência.⁹⁶

Os advogados registrados pela Real Audiência de Lima eram peritos em direito e se dedicavam a defender os direitos dos litigantes, além de estarem disponíveis para dar ditames sobre questões legais e direito quando consultados.⁹⁷

⁹³ GUTIÉRREZ RIVAS, Patricia. *José Antonio de Areche y la Visita General a la Audiencia de Lima*. 2016, *op. cit.*, p. 30.

⁹⁴ GUTIÉRREZ RIVAS, Patricia, 2016, *op. cit.*, p.30.

⁹⁵ Idem, p. 70. Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias, Libro II, Título XXI, Ley XVII.

⁹⁶ GUTIÉRREZ RIVAS, Patricia, 2016, *op. cit.*, p. 69.

⁹⁷ Idem, p.32.

A grande maioria dos advogados que atuaram no tribunal de Lima foi formada na *Universidad de San Marcos*, considerada de maior prestígio América colonial. O reconhecimento de advogado, era conferido pela audiência e apenas àqueles que, depois de formados, acompanharam os serviços de um advogado famoso por quatro anos e passaram no exame oral de alguma causa aberta que lhes era designada pelo tribunal.⁹⁸

1.2.6 O protetor de índios⁹⁹ e o corregedor de índios

Os ofícios de “protetor de índios” e o de “corregedor de índios” não devem ser confundidos. O cargo de protetor de índios, perante a Real Audiência, podia ser exercido também pelos fiscais. O corregedor de índios não era um ofício que dependia da Audiência.

Guillermo Lohmann Villena¹⁰⁰ estudou profundamente o cargo de corregedor de índios no Peru colonial a partir das ordenações, despachos e leis. Segundo o autor, inicialmente, havia sido instituído o título de “protetor de índios”, com a missão de tutelar e amparar os naturais contra os espanhóis ou curacas. Contudo, Lohmann Villena apontou que a Coroa extinguiu este cargo por não se mostrar eficiente, permitindo-o apenas em algumas aglomerações urbanas, como auxiliares dos corregedores nas controvérsias que surgissem contra os nativos. No restante do território colonial, a missão que era dos “protetores de índios”, passou a ser dos corregedores, de acordo com o despacho do vice-rei Toledo em 18 de abril de 1578,¹⁰¹ mesmo os ofícios não se confundindo, como mencionado.

De acordo com Guillermo Lohmann Villena, os corregedores eram vistos como “autoridades políticas que manteriam o império das leis e o estado de direito, aplicando com todo rigor a legislação e as ordenações expedidas para conservar a ordem pública”.¹⁰²

Nesta qualidade de autoridades estatuídas para governar e reger privativa e expressamente os índios, Villena reforçou o papel dos corregedores de índios na defesa, proteção e amparo destes. Eles tinham como atribuição principal zelar pelo bom

⁹⁸ Ibidem.

⁹⁹ Sobre este assunto, ver: CUTTER, Charles. *The Protector de Indios in Colonial New Mexico*.

¹⁰⁰ LOHMANN VILLENA, Guillermo. *El corregidor de indios en el Perú bajo los Austrias*, Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial, 2001.

¹⁰¹ Idem, p. 278-9.

¹⁰² Idem, p. 262.

tratamento dos indígenas, procurando a sua conservação e evitando que fossem maltratados e deveriam atuar contra qualquer pessoa que cometesse agravo aos índios.¹⁰³

Para além desta função, estes funcionários régios deveriam vigiar os índios, corrigir os seus pecados públicos, garantir a propagação da fé católica e diminuir os vícios que eles ainda praticavam como almas “primitivas”.¹⁰⁴ Os corregedores também tinham a responsabilidade de controlar o comportamento dos índios e suas condutas públicas. Deveriam sancionar penas graves aos bêbados, amancebados, aos que mantinham uniões ilícitas, aos que faltavam com a fé cristã e garantir a moralidade pública cuidando para que as nativas não se entregassem à prostituição.¹⁰⁵ Deviam observar se os índios portavam armas de fogo, facas, espadas e demais armas brancas castigando aos portadores.¹⁰⁶

Em matéria jurídica, os índios deveriam recorrer aos Protetores para estes tramitarem representando-os, gratuitamente, nas controvérsias em primeira instância.¹⁰⁷ A administração da justiça confiava aos corregedores três normas fundamentais para o efetivo papel deste para com os índios: a facilidade, a brevidade e a gratuidade. De acordo com Guillermo Lohmann Villena,

(...) Ya desde las primeras ordenanzas se hace especial hincapié en que las nuevas autoridades se instituían precisamente para discernir el derecho entre los índios y que en tal virtud debían disuadir a estos de reclamarlo ante las autoridades urbanas o aun ante las Audiencias, salvo en aquellos casos expresamente indicados en la legislación o cuando existiere manifiesta denegación de justicia (...).¹⁰⁸

O cargo de corregedor de índios exemplifica a importância dada à justiça como garantia da moralidade pública e do bom comportamento social dos índios respondendo a um objetivo político de regerar, fiscalizar e punir os desvios destes na busca pela conservação da ordem pública e manutenção do projeto colonial. Como apontou Villena, o corregedor de índios era um símbolo da justiça.¹⁰⁹ Ao mesmo tempo que

¹⁰³ Idem, p. 56-7.

¹⁰⁴ Idem, p. 277.

¹⁰⁵ LOHMANN VILLENA, Guillermo. *El corregidor de indios en el Perú bajo los Austrias*, Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial, 2001, p. 283.

¹⁰⁶ Idem, p. 284.

¹⁰⁷ Idem, p.57.

¹⁰⁸ Idem, p.297.

¹⁰⁹ Idem, p. 295.

possuía atribuições governativas, políticas e administrativas, o corregedor era uma autoridade jurídica que, em dentro de sua jurisdição, deveria cumprir e fazer cumprir todas as disposições legais providas para o bom tratamento da população indígena.¹¹⁰ Guillermo Lohmann Villena esclareceu que esta função, herdeira do pensamento medieval, refletia a ideia de que o fim supremo do estado era a implantação da justiça em todas as suas facetas, pois ela assegurava as condições adequadas ao aperfeiçoamento moral, objetivo principal do ideário cristão.¹¹¹

Os corregedores representavam a autoridade régia na América e, como parte do corpo político e jurídico, eram incumbidos de implantar um estado de direito nos territórios dos vice-reinos,¹¹² atuando sempre que possível, na preservação dos direitos dos nativos.

Usando da definição dada por Castillo de Bobadilla, na obra *Política para Corregidores*, Guillermo Lohmann Villena reforçou a importância do corregedor como um magistrado que resumia em si a potestade de governar e de colocar em execução as leis, investido da faculdade de impor penas aos delinquentes e de efetivar as sentenças.¹¹³

1.2.7 O defensor de pobres e o protetor de naturais

A origem do cargo de defensor de pobres responde a uma necessidade do sistema colonial americano. A função de “defensor de pobres” partiu da de “defensor de naturais”, criada pela coroa castelhana para defender os índios dos abusos sofridos. Como o passar o tempo, tal atribuição foi denominada de *Defensor de pobres*, *Defensor General de Pobres*, entre outras, sempre vinculando o cargo à pobreza, com a responsabilidade de assistir juridicamente.¹¹⁴

O defensor de pobres, como funcionário auxiliar dentro do funcionamento do sistema judicial indiano, era, inicialmente independente da defensoria de menores, foi integrado a esta instituição em 1761 e voltando a se separar em 1764.

¹¹⁰ Idem, p. 288.

¹¹¹ Idem, p. 295-6.

¹¹² LOHMANN VILLENA, Guillermo. *El corregidor de indios en el Perú bajo los Austrias*, Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial, 2001, p.296.

¹¹³ Ibidem.

¹¹⁴ ZAPATA de BARRY, Ana María, *El defensor de pobres como defensor de esclavos (1722 a 1839)*, 1ª ed., - Bahía Blanca: Editorial de la Universidad Nacional del Sur. Ediuns, 2013, p. 105.

O cargo era gratuito e desempenhado por pessoas que deveriam custear com seus próprios recursos os honorários dos advogados, do procurador e os gastos processuais. A eleição para o cargo de defensor de pobres era anual.¹¹⁵

O cargo de defensor de pobres constituía-se em uma função regular, reconhecida institucionalmente e legalmente, de defender e proteger judicialmente os pobres.¹¹⁶ Os defensores intervinham nas decisões judiciais garantindo o efetivo espaço de direito aos escravos e pobres possibilitando-os a capacidade processual, não apenas para peticionar e defender legalmente, como também para consolidar direitos frente a legislação indiana e aos costumes.¹¹⁷

Os defensores de pobres representavam, em sua maioria, escravos, viúvas, órfãos, analfabetos, índios, desprivilegiados socialmente, culturalmente e os pobres que não tinham recursos econômicos.

Alejandro Agüero apontou que os defensores de pobres estavam encarregados de proteger os índios, acusando em seu nome e defendendo-os quando imputados por algum delito.¹¹⁸ Na Audiência havia um ofício de Protetor de Naturais (que era um fiscal) e nas demais cidades sem audiência, esse cargo era exercido por um vizinho. Contudo, Protetor de Naturais não correspondia a um ofício próprio da Audiência.

Segundo Agüero, a falta de formação acadêmica de alguns defensores de pobres não impedia o saber jurídico e as referências a leis reais, ao Digesto, a juristas e tratadistas, ao direito romano e canônico, a manuais de doutrina e práticas processuais.¹¹⁹ A cultura jurídica indiana circulava tais conhecimentos e práticas marcando uma consciência jurídica e uma participação ativa na administração da justiça indiana. Essa consciência jurídica fazia com que quem representasse uma mulata fosse uma pessoa capaz e inteligente, e se não houvesse letrados na cidade, o defensor eleito deveria tomar parecer sobre o assunto.¹²⁰

¹¹⁵ Idem, p. 107-8.

¹¹⁶ Idem, p.24.

¹¹⁷ Para saber mais sobre os defensores de pobres e de escravos, ver: ZAPATA de BARRY, Ana María, *El defensor de pobres como defensor de esclavos (1722 a 1839)*. 1ª ed., - Bahía Blanca: Editorial de la Universidad Nacional del Sur. Ediuns, 2013.

¹¹⁸ AGÜERO, Alejandro. *Castigar y perdonar cuando conviene a la Republica. La justicia penal de Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII*. Madrid, 2008, p. 305.

¹¹⁹ Idem, p. 306-7.

¹²⁰ Idem, p. 309.

Alejandro Agüero apontou que:

La tarea de nombrar personas capaces de llevar adelante los oficios necesarios para la recta administración de justicia, en especial en los casos que no presentaban expectativas de remuneración, ponía de manifiesto la preocupación de los jueces por guardar al menos la estructura funcional del proceso (...).¹²¹

Conforme Ana María Zapata, a escravidão colonial estava regulada legalmente pelas *Siete Partidas* de Alfonso X, no Direito Indiano, em alguns dispositivos legais ditados na Espanha para as dominações americanas, e nas cédulas reais.¹²² A autora reforçou que, ainda que tais ordenamentos jurídicos previssem uma sociedade marcada pela desigualdade, constituíram o fundamento legal das representações judiciais dos escravos, uma vez que delas surgia o reconhecimento de certos direitos, como comprar a própria liberdade ou a de seus filhos.¹²³

Depois de um estudo das disposições legais sobre a escravidão e os pobres, Ana María Zapata compreendeu que tais leis eram gerais e obrigavam, igualmente, a todos os reinos e províncias.¹²⁴ Deste modo, foi necessário adaptar tais normas às diversidades de situações e especificidades locais, interpretando-as casuisticamente ao caso concreto.

Agustín Bermúdez Aznar afirmou que o Direito era o instrumento legítimo para implantar a vigência das disposições protetoras aos pobres, e, especificamente, o Direito processual era a rama jurídica que lhes dava lugar na hora da defesa dos direitos e interesses destes sujeitos, frente à posição de inferioridade prevista e socialmente ocupada por eles.¹²⁵

Como aponta Aznar, em virtude das dificuldades econômicas de retribuição dos advogados de pobres, essa função passou a ser obrigada a todos os advogados habilitados a defender gratuitamente os pobres, segundo um turno anual. Desta forma, o cargo perdeu a vigência a partir de 1799. Como apontou Aznar, as ordenações das

¹²¹ Idem, p. 308.

¹²² ZAPATA de BARRY, Ana María, *El defensor de pobres como defensor de esclavos (1722 a 1839)*, 2013, *op. cit.*, p.27.

¹²³ Ibidem.

¹²⁴ Idem, p. 58.

¹²⁵ BERNÚDEZ AZNAR, Agustín, *La abogacía de pobre en Indias*. Anuario de Historia del Derecho Español, Tomo L. Madrid, 1980. **Instituto Nacional de Estudios Jurídicos**, pp. 1039-1054, p. 1039.

audiências, após 1800, substituíram a advocacia de pobres para a obrigação de todos acudir a estas necessidades.¹²⁶

Lucas Rebagliati mencionou que o desempenho dos defensores de pobres nos processos criminais de Buenos Aires, era extremamente variável, não apenas em relação aos sujeitos que desempenharam tal cargo, mas sobretudo nos distintos juízos que intervinham. Este autor afirmou também que o espaço de atuação dos defensores variava dependendo do juiz do caso, dos procedimentos realizados durante a informação sumária, as provas apresentadas e a solidez da acusação fiscal, podendo assim, ser ampliado ou reduzido.¹²⁷

Observamos em nossa pesquisa uma grande participação dos defensores de pobres. Esses homens eram extremamente relevantes para o funcionamento do processo e acesso à justiça. Em meio a uma população desfavorecida econômica e culturalmente, ter alguém que os representasse juridicamente, era uma garantia da legalidade e dos direitos individuais contra um sistema desigual.

Concordamos com Lucas Rebagliati ao evidenciar a importância dos defensores de pobres e sua notoriedade na condução e desenvolvimento do processo criminal. Este autor salientou que os defensores estavam à altura dos fiscais e juízes. Para ele, essa dedicação dos defensores não qualificava a administração da justiça como um regime “humanitário”, ou de “garantias processuais”, como se entende atualmente.¹²⁸

Este autor defendeu que, mesmo as ações jurídicas sendo, por natureza, predominantemente inquisitiva, estamental e ofensiva para com o réu, o desempenho dos defensores de pobres significava um “contrapeso aos pedidos de penas exemplares – em nome da ‘vindicta pública’ – que recaiam sobre as costas de jovem pobres e iletrados, presa fácil da criminalização exercida pelas autoridades no final do período colonial”.¹²⁹

Realizamos uma tabela com os nomes dos defensores de pobres apareceram na documentação pesquisada.

¹²⁶ Idem p.1053.

¹²⁷ REBAGLIATI, Lucas. *Estratégias retóricas y cultura jurídica en el Buenos Aires virreinal: los defensores de pobres en procesos criminales (1776-1809)*. **Revista de Historia del Derecho**, n. 51, INHIDE, Buenos Aires, enero-junio, 2016, pp.127-163, p.146.

¹²⁸ REBAGLIATI, Lucas. *Estratégias retóricas y cultura jurídica en el Buenos Aires virreinal*, 2016, *op. cit.*, p.163.

¹²⁹ Ibidem.

Tabela 2. Defensores e curadores da Real Audiência de Lima, 1728 e 1800. Nesta lista não estão inclusos os Procuradores de Naturais¹³⁰.

Curadores e defensores atuantes na Real Audiência de Lima entre 1728 e 1800
Capitão Don Ylario Medrano
Don Christobal Yalan
Don Juan Joseph de Abendaño
Francisco Davila y Torres
Don Manuel de la Gueda
Santiago Christobal de la Cuerva
Don Juan de Mora Velasquez
Jose Francisco Aviles
Thomas Ygnacio Camargo
Gregorio Guido
Pedro Ângulo Portocarrero
Mariano Gorostisaga
Torbio Ramos
Alberto Chosop
Don Manuel Palomino
Philipe Useda
Balthazar de los Reyes
Francisco Flores
Manuel Gorostizaga
Juan del Valle
Lorenzo Berrocal
Pablo Garcia
Pablo Ramires
Don Francisco Yturri
Jose Maria Ramires
Diego Gorostisaga

Fonte: Tabela elaborada pela autora com base na extração das informações contidas nos 49 processos criminais consultados no AGN, Lima – Peru, Real Audiência, Fundo: causas criminais, período 1728 e 1800.

1.2.8 A formação dos magistrados e ministros do Tribunal de Justiça

Tamar Herzog, analisando os ministros da Justiça, apontou que classificar as pessoas do antigo regime, segundo a sua profissão, era um feito problemático, uma vez

¹³⁰ Cabe ressaltar que estes dados são referentes aos 49 processos criminais analisados nesta pesquisa. Não conseguimos quantificar com exatidão quantos defensores exerceram a sua função na Real Audiência de Lima durante o período estudado. Contudo, alguns destes defensores atuaram em mais de um processo criminal.

que a sociedade da época não conhecia grupos socioprofissionais¹³¹. De acordo com a autora, os mecanismos de seleção que orientavam a escolha dos ministros passavam pelo status social e econômico, experiência, capital simbólico (nobreza, fidalguia, limpeza de sangue, família com tradição no serviço real).¹³²

Patrícia Gutierrez Rivas, estudando a documentação da Real Audiência de Lima alegou que as *Leyes de Indias* não especificavam quais eram os requisitos da formação universitária dos ministros das audiências. Contudo, ela afirmou que foram emitidas várias cédulas mencionando a necessidade de uma formação intelectual adequada, e nestas, continha a informação de que se deveria ter cursado, no mínimo, dez anos de direito civil ou canônico.¹³³ Contudo, essa informação colhida pela autora aparece nos capítulos para Corregedores de 1500, que foram adaptados para as Índias em 1530. Se as leis não aclaravam tais requisitos, estes puderam ser encontrados na literatura jurídica indiana. Solórzano Pereira, em sua obra *Política Indiana*, sugeriu uma formação profissional em leis àqueles que desejavam um posto nas audiências americanas.¹³⁴

Patrícia Gutierrez Rivas notou que na primeira metade do século XVIII os advogados peruanos e crioulos dominavam todos os cargos da Real Audiência de Lima, reforçando a importância e o prestígio da *Universidad de San Marcos* e a qualidade da formação intelectual produzida na América. Os egressos desta Universidade limenha tinham privilégio de acesso a postos de governo e a cargos no tribunal, prevalecendo esta condição sobre qualquer outro pretendente. Tal concessão foi realizada por uma ordenação do imperador Carlos V no momento da fundação dos Estudos Gerais em Lima da *Universidad de San Marcos*.¹³⁵

José de la Puente Brunke, em seu estudo sobre a Real Audiência de Lima, constatou que era aconselhável que os ministros das audiências americanas fossem

¹³¹ HERZOG, Tamar. *La administración como un fenómeno social: la justicia penal de la Ciudad de Quito (1650-1750)*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, p.103.

¹³² HERZOG, Tamar. *La administración como un fenómeno social*, 1995, *op. cit.*, p. 104. “Los ministros forasteros, además, lograron establecer relaciones con la élite local, cimentado de esta forma su situación social en la provincia. La compra de oficio, a partir del siglo XVIII, no cambió esta situación de justicia de personas acaudaladas, para de vida, o una necesidad económica. Quien en virtud de sus ingresos compraba un oficio, esperaba, tal vez, sacar provecho, pero buscaba, igualmente, reafirmar o asegurar su posición, los compradores eran bastante parecidos a sus compañeros nombrados por méritos desde el punto de vista de su ‘capital social y simbólico’, aunque tal vez se diferenciaban de los segundos por su origen geográfico y por sus fortunas. (...)”.

¹³³ GUTIÉRREZ RIVAS, Patricia, 2016, *op. cit.*, p.35.

¹³⁴ Idem, p.39.

¹³⁵ GUTIÉRREZ RIVAS, Patricia, 2016, *op. cit.*, p.40.

crioulos, uma vez que “eram eles quem melhor conheciam o “direito municipal”, constituído pelas normas expedidas pelas autoridades residentes nas Índias, considerando os juristas peninsulares não familiarizados com essas normas e realidades americanas”.¹³⁶

Esta informação, somada à dominação de magistrados peruanos e limenhos na Real Audiência de Lima durante o século XVIII, confirma que estes juízes utilizavam mais o “direito municipal”, por estar mais adaptado às especificidades vividas na colônia, e responder melhor ao que se entendia por justo, do que as normas vindas da Espanha, corroborando com a ideia de autonomia e flexibilidade destes magistrados em suas decisões judiciais.

A *Universidad de San Marcos* foi criada em 1551 e muitos estudantes vinham de outras cidades americanas como Charcas, Buenos Aires, Chile, Quito, Santa Fe de Bogotá estudar nesta universidade.¹³⁷

No segundo capítulo de sua tese, Patrícia Gutierrez Rivas analisou a relação entre a Real Audiência de Lima e a *Universidad de San Marcos* e descobriu que durante todo o século XVIII, cerca de 60 magistrados do tribunal limenho haviam participado ou ditado classes na universidade peruana. Por exemplo, ela cita o professor, fiscal protetor de índios e, também, assessor do vice-rei, Pedro José Bravo de Castilla, reconhecido como um dos mais importantes docentes desta universidade.¹³⁸

Tendo como referência o trabalho da historiadora Patrícia Gutierrez Rivas, elencando os docentes da *Universidad de San Marcos* durante o século XVIII, e o levantamento feito dos processos criminais levados à Real Audiência de Lima pelo *Archivo General de la Nación*, AGN- Lima, para este mesmo período, pudemos constatar que dos 16 docentes e magistrados listados por Rivas, apenas 03 atuaram no tribunal limenho de 1742 a 1789: Gaspar Urquizu, Manuel Mansilla e José de Rezabal y Ugarte. Deste três, o juiz e docente da *Universidad de San Marcos* que mais decidiu casos no período analisado foi José de Rezabal y Ugarte, atuando como advogado, alcaide do crime e ouvidor a partir de 1788. Os demais docentes dessa mesma Universidade não foram citados nos processos analisados.

¹³⁶ PUENTE BRUNKE, José de la. *La Real Audiencia de Lima, el sello real e la garantía de la justicia*, 2010, *op. cit.*, p. 235.

¹³⁷ GUTIÉRREZ RIVAS, Patricia, 2016, *op. cit.*, p. 41.

¹³⁸ Idem p.42.

Tabela 3. Docentes da Universidad de San Marcos e magistrados da Real Audiência de Lima, 1728-1800.¹³⁹

<p>Docentes da Universidad de San Marcos durante o século XVIII</p>	Pedro José Bravo de Castilla
	Pablo Olavide
	Manuel Zubarán Allende
	Cristóbal Messia Munive
	Hermenegildo de Querejazu
	Gaspar Urquizu
	Antonio Álvarez Ron
	Manuel Mansilla
	Manuel Silva de la Vanda
	Benito de la Mata Linares
	José Javier Baquijano y Carrillo
	Tomás Brun
	Domingo Martínez de Aldunate
	José de Rezabal Ugarte
	Joaquín Galdeano
Vicente Morales Duáres	

Fonte: Tabela elaborada pela autora com base na extração das informações contidas nos 49 processos criminais consultados no AGN, Lima – Peru, Real Audiência, Fundo: causas criminais, período 1728 e 1800.

1.3 Representação de poder na administração da justiça e no governo político

Iniciamos este capítulo apresentando a importância de se compreender a administração da justiça pelo funcionamento do corpo jurídico das audiências. Os cargos exercidos, as funções previstas e as relações de poder, parentesco e amizade feitas entre os oficiais da judicatura indiana refletem a parte mais burocrática do direito, ao mesmo tempo em que explora a rede de privilégios, interesses e influências entre estes operadores do direito.

¹³⁹ Cabe ressaltar que estes dados são referentes aos 49 processos criminais analisados nesta pesquisa. Não conseguimos quantificar com exatidão quantos processos cada um desses magistrados julgou ou participou da decisão como ministro.

Na perspectiva levantada por Pilar Latasa, ao estudar a corte no vice-reinado do Peru séculos XVI e XVII, além das Índias, que foram governadas num difícil equilíbrio entre a dependência e a autonomia, as audiências e seus magistrados também possuíam esta margem de adaptação e flexibilização das leis para o exercício da justiça e aplicação do direito.

Na introdução deste capítulo apresentamos alguns debates historiográficos sobre a questão do arbítrio judicial e a necessária interpretação das normas aos casos suscitados nos processos criminais. Para além da função dos magistrados e da decisão judicial, que serão tratados em outro capítulo, a arbitrariedade foi muito criticada na esfera da administração da justiça e do governo.

Nesse sentido, Pilar Latasa entendeu que as contínuas queixas sobre a arbitrariedade dos vice-reis nas nomeações dos cargos e na concessão de privilégios alteravam o papel da corte no vice-reinado por entender-se estar no exercício do “nepotismo, compreendido como uma expressão típica do exercício do poder na época moderna, quando a diferenciação entre a esfera privada e a pública era difusa e as relações pessoais tiveram um papel chave no entramado político”.¹⁴⁰

Os vice-reis tinham um estilo de vida nobre e contavam com servos, constituindo uma relação criado e senhor, típica do patriarcado moderno. Relação, no entender da autora, recíproca, que estabelecia uma obrigação moral em ambos os sentidos. “A fidelidade garantia que cada parte cumpria o seu conteúdo”.¹⁴¹ Desse modo, a corte do vice-reinado conformava um local de representação da soberania do rei, da hierarquia e dos comportamentos, principalmente através da arte e dos atos públicos. Latasa definiu este espaço de representação do poder como um “compensado equilíbrio entre boato, emblemática, retórica e encenação que tentava transmitir com eficácia a mensagem desejada”.¹⁴²

Para Burkholder e Chandler era um problema para a Coroa a falta de qualidades profissionais e pessoais, indispensáveis segundo as leis e os costumes, dos ministros que compunham os tribunais no Novo Mundo. Os autores mencionam que muitos deles

¹⁴⁰ LATASA, Pilar. *La corte virreinal peruana: perspectivas de análisis (siglos XVI y XVII)*. In: **El gobierno de un mundo: virreinos y audiencias en la América Hispánica**. BARROS PINTADO, Feliciano (org.), 2004, pp.341-374, p.350.

¹⁴¹ Ibidem.

¹⁴² LATASA, Pilar. *La corte virreinal peruana: perspectivas de análisis (siglos XVI y XVII)*, 2004, *op. cit.*, p.353.

eram “incompetentes e compraram seus cargos, e outros tinham amplas relações diretas ou indiretas com os interesses locais”.¹⁴³

José de la Puente Brunke apontou a crítica feita sobre a venda de cargos nas audiências americanas e a obtenção de benefícios e privilégios entre os ministros. Segundo ele, esta era uma prática bastante usual nas audiências de Índias e funcionava mesmo com a proibição da venda de postos judiciais, em virtude da importância dada à administração da justiça.¹⁴⁴ Essa prática continuou e suscitou muitas críticas no Conselho de Índias, e dentro da própria audiência. Contudo, tratava-se de uma situação de ordem econômica na qual predominava a tensão entre as necessidades econômicas da *Real Hacienda* e o que se entendia como requisitos básicos para a adequada administração da justiça.¹⁴⁵

Este mesmo autor salientou que o governo metropolitano pretendia manter a sua burocracia nas Índias totalmente afastada dos interesses dos grupos sociais americanos, buscando uma maior identificação com o existente na Península e com os desígnios da Monarquia. Porém, existiram muitas vinculações entre os magistrados da Real Audiência de Lima e os residentes da cidade ocasionada pelo tempo alargado ocupado pelos ministros em seus cargos e pelo exercício de suas funções.¹⁴⁶ José de la Puente afirmou que o projeto do governo metropolitano fracassou ao pretender isolar o seu corpo de magistrados de qualquer relação com a sociedade limenha.¹⁴⁷

De acordo com Guillermo Lohmann Villena, o conjunto de preceitos negativos impostos aos ministros da audiência de Lima eram tão severos que equivalia a aprisionar os juízes.¹⁴⁸ A realidade se mostrou tão diversa do pretendido que as leis foram ignoradas e estes magistrados foram integrados na sociedade e formaram uma poderosa elite administrativa, governativa e jurídica.

Neste raciocínio, se focarmos na crítica sobre a corrupção, venda de cargos e vínculos familiares existentes entre os ministros da Real Audiência, algo proibido na época, deixaríamos de compreender tal situação como uma estratégia governativa

¹⁴³ BURKHOLDER, Mark e D.S. CHANDLER, 1984, *op. cit.*, p.59.

¹⁴⁴ PUENTE BRUNKE, José de la. *Codicia y bien público: los ministros de la Audiencia en la Lima seiscentista*. **Revista de Indias**, vol. LXVI, nº. 236, 2006, Madrid – España, p.133-148, p.140.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ PUENTE BRUNKE, José de la. *Los oidores en la sociedad limeña: notas para su estudio (siglo XVII)*. **Revista Temas americanistas**, n. 07, 1990, pp. 21-35, p.34.

¹⁴⁷ *Idem*, p.35.

¹⁴⁸ LOHMANN VILLENA, Guillermo. *Los ministros de la Audiencia de Lima en el reinado de los Borbones (1700 – 1821)*. *Esquema de un estudio sobre un núcleo dirigente*. Sevilla, 1974, p. XXII.

necessária para o exercício da administração e da governação, no vice-reinado. Criticar a formação de uma elite administrativa, criada contra as leis regulamentadoras das audiências, consistiria em desprezar a adequação e flexibilidade que a localidade exigia. Se por um lado, não era permitido tais vínculos e venda de cargos, por outro, a própria monarquia aceitava em virtude de necessidades econômicas. A culpa, se é que podemos nomear assim, não era de ninguém. Nem da monarquia que pretendeu, em seu projeto, isolar os magistrados, nem destes que socializaram em meio a um contexto diverso do habitual. Temos aqui uma peculiaridade resultante da adequação às necessidades concretas. Administrar justiça e governar consistia em adaptar-se constantemente e criar o direito em cada caso concreto.

De acordo com Villena,

Los parentescos podían enhebrarse de dos formas. Una, lineal o dinástica, en la que varios miembros de un linajese sucedían en los estados, seguramente por la influencia de los móviles hereditarios, que despertaban la vocación por seguir la carrera del progenitor, y otra, transversal, que era la más comprometedora, porque implicaba la coincidencia de algunos individuos ligados a la misma estirpe integrando simultaneamente el personal de la Audiencia.¹⁴⁹

Com a finalidade de alargar a compreensão que se tem do conceito de “administração de justiça”, revelado na burocracia e na prática forense regulamentada no Direito Processual em vigor no século XVIII, percebemos que muitas normas procedimentais, criadas com a finalidade de preservar a integridade do tribunal de justiça colonial, não foram respeitadas, em especial as que vislumbravam uma imparcialidade dos juízes e ouvidores das audiências limenhas. Dito de outra forma, a prática regulava as formas de procedimento em vigor, posto que não existia uma noção de Direito Processual como objeto diferente ao ordenamento jurídico.

Tal percepção, construída da colaboração dada por outros autores, revelou que a dinâmica da administração da justiça, na perspectiva do funcionamento dos tribunais, respondia a interesses pessoais e a relações de poder criadas sob vínculos familiares e territoriais. Este cenário acrescenta um outro ponto a ser levado em conta na análise e leitura das sentenças. Embora as pesquisas sobre os expedientes judiciais, ora focando nos magistrados e suas biografias, ou exclusivamente em suas sentenças, evidenciem um *sentido de justiça*, muitas vezes não o relacionam. Os processos criminais, como

¹⁴⁹ Idem, p. LIV.

fonte de investigação, demonstram uma complementariedade entre todos os assuntos. É pela compreensão do funcionamento e organização das audiências que entendemos que as leis muitas vezes não se aplicavam e que os costumes, naquele caso específico, cumpriu o papel de dispositivo legal mais adequado à resolução da lide. A prática forense revela como as jurisdições decidiam os casos e dialogavam entre as instâncias quando havia dúvida sobre como proceder de acordo com o *bem comum*. Quando uma causa mudava de competência jurídica, por meio de recurso de apelação, e outra decisão era tomada, tínhamos evidente qual era o pensamento dos ministros sobre o fato jurídico e o que consideravam relevante para reformar a sentença anteriormente dada ou reforçá-la. Esse panorama das deliberações judiciais é rico em elementos que nos informam como esses juízes pensavam o direito e a justiça nessa sociedade. Dito de outra forma, conhecemos como o âmbito jurídico interpretava e julgava a sociedade, estabelecia a legalidade e determinava os direitos individuais para o estabelecimento do *bem comum*, a punição dos crimes, a reparação social e o convívio entre homens e mulheres, brancos, indígenas, mulatos, libertos e escravos pela análise da dinâmica processual.

Mannori considerou que o modelo administrativo do antigo regime, constituído de um governo de “juízes”, caracterizava uma sociedade pluralista de caráter contenciosos que priorizava o poder público e tinha o dever de conservar o equilíbrio recíproco entre os diversos componentes corporativos.¹⁵⁰ Ele conceitualizou o termo “administração” como uma verdadeira e própria capacidade coercitiva autónoma. “É uma atividade judicial (desenvolvida por organismos internos da administração) que tem por objeto uma atividade administrativa já em si perfeitamente conclusa e autossuficiente”.¹⁵¹

Este autor apontou que era da natureza dos juízes “dizer o direito” e dar contornos mais precisos às normas gerais. Nesse sentido, a função judicial era criativa, artística e fundada na capacidade natural dos juízes em investigar livremente a solução mais equitativa segundo os interesses sociais do caso concreto. Com relação ao arbítrio na administração da justiça devemos ressaltar a sua diferença para com a “arbitrariedade” alvo de críticas pela historiografia. Alguns autores confundem os dois

¹⁵⁰ MANNORI, L. *Justicia y Administración entre Antiguo y nuevo Régimen*. **Revista Jurídica**. Universidad Autónoma de Madrid, n. 15, 2007, p.135.

¹⁵¹ MANNORI, L. *Justicia y Administración entre Antiguo y nuevo Régimen*. **Revista Jurídica**. Universidad Autónoma de Madrid, n. 15, 2007, p.136-138.

conceitos e o relativizam como decisões infundadas e exageradas. Ainda sobre essa temática, parece haver uma concordância na historiografia em reforçar a importância da casuística no entendimento da justiça indiana, assim como da ambiguidade advinda da sua prática.

Neste presente capítulo reforçamos a importância da instituição – Real Audiência de Lima – e as suas próprias regulamentações e procedimentos de funcionamento, bem como a sua autonomia dentro da organização da administração da justiça e do governo nas Índias. Nos próximos capítulos analisaremos as alterações das sentenças, de acordo com a instância, juntamente com a gravidade dos delitos, a imposição das penas e os lugares sociais das partes em litígio.

Ao termos em mente que as sentenças judiciais elaboradas nos séculos XVII e XVIII não refletiam apenas o rigor das leis e dos demais dispositivos legais, como as doutrinas, manuais e corpos jurídicos, mas eram resultados da interpretação que se fazia da sociedade, estes juízes, como integrantes da sociedade que julgavam, juntamente com os interesses políticos e privados intrínsecos, eram responsáveis pelo efetivo exercício da justiça tanto quanto os defensores, advogados, promotores, escrivães, alcaides, fiscais do crime e demais funcionários forenses. Estes homens dos tribunais faziam o direito do mesmo jeito que os legisladores e doutrinadores pensavam as leis e normas de conduta. Nesse sentido, ampliamos a concepção de *justiça* e de *administração* para tudo aquilo que ocorria nas audiências, concorrendo e influenciando nas decisões judiciais. Não era apenas a vida privada dos juízes que garantia uma segurança no julgamento dos casos, mas o bom funcionamento da audiência, quem a presidia e a relação entre os funcionários que ocupavam os cargos disponíveis.¹⁵²

¹⁵² Ressaltamos que os levantamentos feitos sobre os juízes, defensores, alcaides e demais ofícios analisados nos processos criminais consultados, referem-se as amostras que temos, e poderiam ser o começo de uma pesquisa prosopográfica, propondo novos estudos que, nas condições atuais deste trabalho, não caberiam.

CAPÍTULO 2

O CONTEXTO SOCIAL DE LIMA, SÉCULO XVIII

Para entendermos a sociedade e a administração da justiça no século XVIII pela leitura dos processos judiciais, precisamos antes, compreender como estava organizada a sociedade e em qual contexto político e econômico se encontravam os tribunais, uma vez que tais poderes eram interligados. No capítulo anterior apresentamos a estrutura e organização dos tribunais, bem como as diferentes jurisdições e ofícios. Este presente capítulo irá trazer elementos da sociedade limense no século XVIII, como questões demográficas e étnicas, analisadas em categorias.

2.1 Contexto social dos processos criminais analisados nos tribunais de Lima, século XVIII

A Espanha passou por mudanças durante o final do século XVII e início do XVIII. O rei Carlos II morreu em 1700. Neste mesmo ano, como bem explicou Burkholder,¹⁵³ aumentou o contrabando e a maior parte do comércio hispanoamericano beneficiava aos inimigos da Espanha. Para o autor, a coroa espanhola passou a perder o controle político sobre a América em virtude das dificuldades mercantis, das guerras, do exercício do poder por parte de favoritos e o desenvolvimento econômico das colônias, tornando-as mais autônomas.¹⁵⁴

Neste contexto desfavorável para a Espanha, elites e forças locais e regionais aproveitaram a falta de vigilância e começaram a governar por interesses próprios. Burkholder explicou que no final do século XVII a coroa não controlava os funcionários e a posição da monarquia, tanto dentro de Espanha como no Império, era frágil porque esta fracassava em suas intenções de reprimir os abusos administrativos e reconhecia sua debilidade. Em 1700, conforme mencionou o autor, a Espanha parecia estar “moribunda”, sem recursos para aproveitar dos numerosos frutos da lenta recuperação

¹⁵³ BURKHOLDER, Mark e D.S. CHANDLER. *De la impotencia a la autoridad. La Corona española y las Audiencias en América 1687-1808*. Traducción de Roberto Gómez Ciriza. Fondo de Cultura Económica. México, 1984, p.30.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

da América depois de uma grave depressão.¹⁵⁵ A partir do século XVIII, encerrava-se o período dos Habsburgo para iniciar o Bourbónico.

Mark Burkholder salientou que a ascensão de Felipe de Anjou ao trono espanhol em 1700 mudou o espectro político da Europa. No entender do autor, o poder e influência dos Borbones poderia ser a causa de uma guerra, especialmente pelo controle das possessões transatlânticas espanholas. Para ele, as operações militares iniciaram em 1702, mas Felipe V esperou, e em 1705 o arqueduke Carlos invadiu a Península. A luta pelo domínio militar continuou até 1709, e a causa borbónica não venceu até que suas forças triunfassem na batalha de Villaviciosa em 1711”.¹⁵⁶ Tal situação fez com que a coroa não concentrasse seus esforços e atenção para a América, deixando-a com mais autonomia.

Felipe V, durante seu governo, foi determinado a reforçar a autoridade da monarquia espanhola. Com esse objetivo, aumentou a arrecadação de impostos, reconstruiu o poder militar do Estado, se esforçou para fomentar o desenvolvimento industrial, a reconstrução da armada e da marinha mercante espanhola com o intuito de recobrar o controle efetivo das colônias americanas.¹⁵⁷

Burkholder y Chandler mencionou que as reformas administrativas e econômicas eram prioridades para o rel programa do governo até 1750, quando o novo monarca, Fernando VI estendeu o sistema de intendências a toda a Península. Nas palavras do autor: “La conciencia de que el Imperio necesitaba urgentemente cambios básicos estimuló muchos proyectos para reformar la administración y el comercio, cuya ejecución, sin embargo, tuvo que posponerse hasta que hubiera paz, ministros capaces y recursos financieros apropiados”.¹⁵⁸

De acordo com o autor, a incapacidade da Espanha em concentrarse em seus próprios problemas, mantendo-se à margem dos conflitos externos e a consequente pressão que esta atitude exercia sobre a real hacienda, afetou as audiências americanas. Dessa forma, para estes tribunais, a venda de nomeação de cargos iniciada em 1687 e

¹⁵⁵ BURKHOLDER, Mark e D.S. CHANDLER. *De la impotencia a la autoridad. La Corona española y las Audiencias en América 1687-1808*, 1984, *op. cit.*, p. 31.

¹⁵⁶ *Idem*, p.31.

¹⁵⁷ *Idem*, p.32.

¹⁵⁸ *Idem*, p.33.

permanecida até 1750, representou a impotência da coroa, ilustrando sua debilidade, ao mesmo tempo que a agravava.¹⁵⁹

O sistema judiciário foi afetado pelas vendas de cargos, fazendo com que a magistratura sofresse um decréscimo no seu nível, tanto pelos ouvidores que assumiam comprando o cargo, quanto pela pouca ideia e falta de experiência. Burkholder salientou que a falta de experiência administrativa de muitos designados diretamente para formar parte das maiores audiências exemplificava a degradação dos requisitos exigidos para o serviço judicial ou governativos.¹⁶⁰ Compreender tal contexto revela muito sobre o funcionamento das audiências americanas, seu funcionamento e administração.

2.1.1 O vice-reinado do Peru: sociedade e poder no século XVIII

De acordo com José de la Puente Brunke, originalmente, o território do vice-reinado do Peru abarcava quase toda a América do Sul. Brunke resgatou uma real provisão de 1543 determinando as seis grandes províncias ou governações que conformavam a jurisdição do vice-reinado. Estas eram: Nueva Castilla, Nueva Toledo, Río de la Plata, Quito, Río de San Juan e Popayán. De acordo com o autor, com o passar dos anos, novas governações foram criadas dentro do vice-reinado, como as de Bracamoros e Quijos, Chucuito, Santa Cruz de la Sierra, Tucumán e Paraguay. Em meados do século XVI, passaram a depender da Audiência de Lima as governações de Chile e Tierra Firme ou Castilla del Oro.¹⁶¹

Em relação às jurisdições territoriais, eram as jurisdições das audiências que exerciam um poder efetivo e não as jurisdições dos vice-reinados. E, neste ponto, reforçamos o poder das audiências pela conceitualização feita por Burkholder e Chandler. Estes autores definiram as audiências como “organismos civis supremos, submetidos à autoridade do executivo, e como instituições de grande prestígio com poderes para resolver assuntos nos âmbitos judiciais, legislativos e executivos”.¹⁶²

¹⁵⁹ BURKHOLDER, Mark e D.S. CHANDLER, 1984, *op. cit.*, p.33.

¹⁶⁰ Idem, p.55.

¹⁶¹ PUENTE BRUNKE, José de la. “El virreinato peruano en el primer siglo XVIII americano (1680-1750). Organización territorial y control administrativo.”; In: LAVALLÉ, Bernard. *Los virreinos de Nueva España y del Perú (1680-1740). Un balance historiográfico*. Casa de Velázquez, Madrid, 2019, pp.83-98, p.86.

¹⁶² BURKHOLDER, Mark e D.S. CHANDLER, 1984, *op. cit.*, p.14.

José de la Puente mencionou que os vice-reinados não tinham autoridade suficiente em toda a sua extensão.¹⁶³ No início do século XVIII, o superior governo do vice-rei do Peru ia desde Panamá até Tierra del Fuego, e compreendia ao menos cinco audiências¹⁶⁴ e afirmou: “Tal como había afirmado un siglo antes el marqués de Montesclaros, a los lugares más periféricos apenas llegaba ‘la punta de los dedos’ del virrey. Así, el poder directo del vicesoberano estaba referido a la jurisdicción de la Audiencia de Lima (...)”.¹⁶⁵

No decorrer do século XVIII, o vice-reinado do Peru se desmembrou. A primeira divisão ocorreu em virtude da criação do vice-reinado de Nueva Granada entre 1717 e 1723, e depois em 1739. Em 1742, de acordo com José de la Puente Brunke, estabeleceu, de modo independente, a capitania geral de Venezuela, e decorrente disso, a capitania geral do Chile se separou do vice-reinado do Peru. Com a criação do vice-reinado do Río da Prata, em 1776, os limites territoriais do vice-reinado peruano diminuíram.¹⁶⁶

Em meados do século XVIII, Lima foi dividida em quatorze distritos, a cidade capital e seis povoados anexos. María Pilar Pérez Cantó¹⁶⁷ destacou que, embora o estudo demográfico sobre uma cidade proporcione elementos de classificação desta, ao revelar interesses socioeconômicos, também apresentar defeitos típicos desse tipo de quantificação. Segundo a autora, o momento histórico, o período colonial, poderia exagerar a população para dar maior importância à cidade, ou ao contrário, ocultar indivíduos pelo medo produzido pelos censos, encarados como presságio confirmando a cobrança de novos tributos.¹⁶⁸

Segundo a autora, a cidade de Lima foi uma das mais povoadas da América durante os séculos XVI e XVII. Em comparação com as demais cidades americanas, México teve uma população semelhante, Panamá, por motivos estratégicos, e Potosí, em

¹⁶³ Idem, p.87.

¹⁶⁴ Ibidem.

¹⁶⁵ Idem, p.87.

¹⁶⁶ Ibidem.

¹⁶⁷ PÉREZ CANTÓ, María Pilar. *La población de Lima en el siglo XVIII*. **Boletín Americanista**, n. 32. 1982, pp. 383-407.

¹⁶⁸ Idem, p.383.

razão da exploração de suas minas, em alguns momentos superaram o número de habitantes de Lima.¹⁶⁹

Valendo-se de documentos históricos como o “Censo original de Lima”, realizado em 1700, um manuscrito presente na Biblioteca Nacional de Madrid, e do “Mercurio Peruano” de 1791, Pilar Pérez criticou o censo estabelecido nesse período. Para a autora, em 1629, de acordo com Bernabé Cobo, Lima tinha 60.000 pessoas, o que ela considerou ser exagerado em virtude do contexto, já que a cidade não alcançou essa população nem no final do século XVIII. Pérez Cantó reforçou que, segundo constava no “Mercurio Peruano”, em 1746 a população alcançou o número de 60.000 habitantes, passando para 54.000 em 1755.¹⁷⁰

A autora apresentou três hipóteses para a disparidade nos dados deste período, século XVIII. Para ela, isto deveu-se a: 1) inclusão da população do Valle de Lima, sem mencioná-lo; 2) apreciação global sem rigor científico; e 3) exagero deliberado com a finalidade de aumentar a importância da cidade.

Pérez Cantó encontrou no manuscrito realizado em 1700, que a cidade de Lima estava dividida em onze bairros e se estabeleceram onze Companhias do Número sob a responsabilidade de um Capitão de bairro. Cada Capitão seguia critérios diferentes no momento da realização do censo, como considerar o “cabeça” da família e os indivíduos que viviam com ele, sem anotar a idade e a profissão deles. A autora mencionou ainda que os dados mais homogêneos diziam respeito à etnia, utilidade para as armas, sexo e se eram adultos e livres.¹⁷¹

Maribel Arrelucea Barrantes afirmou que o total da população que pertencia apenas à jurisdição de Lima rural somava 10.283 pessoas. A cidade de Lima contava com aproximadamente 62.910 habitantes durante o século XVIII.¹⁷² De acordo com o censo apresentado pela autora, 34,3% da população limenha foi classificada como “espanhola”, e 25,6% como “escrava”, e 8,2% como “índia”. A pequena presença indígena na cidade, 8,2%, constituiu uma minoria urbana que se diferenciava pelo modo

¹⁶⁹ PÉREZ CANTÓ, María Pilar. *La población de Lima en el siglo XVIII*. **Boletín Americanista**, n. 32. 1982, p.384.

¹⁷⁰ *Idem*, p.385.

¹⁷¹ *Ibidem*.

¹⁷² Essas informações sobre a porcentagem da população e o território de Lima no século XVIII foi retirada da obra: BARRANTES, Maribel Arrelucea. *Sobrevivendo a la esclavitud. Negociación y honor en las prácticas cotidianas de los africanos y afrodescendientes*. Lima, 1750-1820. IEP – Instituto de Estudios Peruanos.

de vestir, pelo idioma, leis e pelo espaço territorial ocupado: o cercado de índios. Segundo Maribel Arrelucea Barrantes, com o passar do tempo, a população indígena ocupou outros espaços como o centro de Lima, estando presentes em toda a cidade mantendo vínculos de trabalho, relações sociais e afetivas com os demais setores sociais.¹⁷³

Ruth Behar¹⁷⁴ apontou que, de acordo com o censo feito pelo vice-rei Gil de Taboada e Lemos em 1790, Lima tinha uma população de aproximadamente 50.000 e 60.000 habitantes. Desse total, os negros representavam 18% da população, os mestiços com afrodescendentes compunham 27%, significando que, aproximadamente 45% da população de Lima tinha origem africana, enquanto os índios representavam 8%.

Aprofundando o estudo da demografia de Lima no século XVIII, explorando as fontes documentais e interpretando as suas informações, Pilar Pérez realizou vários quadros importantes sobre a divisão da sociedade em diferentes aspectos. A autora tipificou os dados de cada quadro e os comparou.¹⁷⁵ Consideramos relevante para a compreensão da sociedade limenha a reprodução de tais dados, uma vez que nos informar sobre nosso recorte documental.

2.1.2 A composição étnica

A América Hispânica constitui um espaço diverso e complexo para o estudo das relações étnicas. Para além dos nativos, chamados de “índios”, a partir do século XVI, chegaram os espanhóis seguidos dos negros africanos e, no século XVIII, os asiáticos.¹⁷⁶ Pilar Pérez apresentou que, dos três grupos principais encontrados na América, originaram-se outros pelos possíveis cruzamentos entre eles, e cada nova combinação recebeu um nome. As principais denominações foram: mestiço, mulato e zambo, mas cada país se referia a estes grupos com nomenclaturas pejorativas, desclassificadoras como: morenos, pardos, castas, miseráveis, entre outros.

¹⁷³ Sobre este assunto, ver: BARRANTES, Maribel Arrelucea. *Sobrevivendo a la esclavitud. Negociación y honor en las prácticas cotidianas de los africanos y afrodescendientes. Lima, 1750-1820*. IEP – Instituto de Estudios Peruanos.

¹⁷⁴ BEHAR, Ruth. “Brujería sexual, colonialismo y poderes femeninos: opiniones del Santo Oficio de la Inquisición en México”, In: **Sexualidad y matrimonio en la América hispánica siglos XVI-XVIII**, Editorial Grijalbo, México, 1991, pp. 55-83.

¹⁷⁵ PÉREZ CANTÓ, María Pilar. *La población de Lima en el siglo XVIII*. **Boletín Americanista**, n. 32. 1982, p.389.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

De acordo com a autora, o censo do século XVIII definia a população de Lima como: espanhóis, índios, mestiços, mulatos, *cuarterón*, *quinterón*, *chinos*, zambos e negros. Esclarecendo tais denominações, Pérez Cantó reforçou que não era fácil distinguir um mulato de um *cuarterón* e zambo, e que o critério determinante não era o da etnia, mas sim o da posição social ocupada, e da vontade do proprietário que possuía tal negro e zambo.¹⁷⁷ Consideramos que essa diversidade da composição étnica revela o interesse social na preservação da honra, reputação, mobilidade social e manutenção da desigualdade pela diferenciação das castas.

Assim como Maria Pérez Cantó, Pilar Gonzalbo Aizpuru¹⁷⁸ criticou o termo “casta” afirmando que a sociedade colonial era mais diversa do que as nomenclaturas étnicas previam. No estudo dos grupos sociais da população na América, deve-se considerar outros indicadores além da raça. Ao estudar o cotidiano das mulheres, Aizpuru descobriu outras categorias de classificação populacional baseadas no espaço geográfico, no âmbito familiar, nas tradições culturais, capacidades econômicas, idade e sexo e qualidade.¹⁷⁹

De fato, não era e ainda não é simples organizar a sociedade no vice-reinado do Peru, em Lima no século XVIII. Não podemos classificar um indivíduo em uma categoria ignorando outras. Não se conhece a realidade social limitando e restringindo o olhar apenas pela informação étnica porque se perde muito. Nós, ao dividirmos os litigantes dos processos criminais analisados em espanhóis, negros, indígenas, ou escravos e libertos, homens ou mulheres, não nos esquecemos de considerar o *lugar social* ocupado por eles na compreensão de seus papéis nos tribunais limenhos. Tal preocupação metodológica se justifica porque os costumes e as tradições, bem como as relações familiares e econômicas vividas por tais pessoas, autor e réu nos processos, também justificam e nos informam sobre as decisões tomadas.

Uma outra característica da composição étnica como maneira de organizar a sociedade colonial, era a menção á cor da pele e a busca pela aproximação ao estrato do branco dominante, reforçando as diferenças sociais com base no pigmento da pele. Pérez Cantó ressaltou o exemplo do criollo (lembrando que criollo era o nome dado aos

¹⁷⁷ PÉREZ CANTÓ, María Pilar, 1982, *op. cit.*, p.389.

¹⁷⁸ GONZALBO AIZPURU, Pilar. *Los muros invisibles. Las mujeres novohispanas y la imposible igualdad*. 1ª ed. – Ciudad de México: El Colegio de México, 2016.

¹⁷⁹ Idem, p.11.

filhos de espanhóis nascidos em América). Este exagerava seu orgulho de branco frente aos peninsulares que colocavam em dúvida a sua pureza de sangue.¹⁸⁰

Reproduzimos abaixo a tabela realizada por María Pérez Cantó:

Tabela 4 – Composição da população por etnias em Lima, século XVIII

COMPOSICIÓN DE LA POBLACIÓN POR ETNIAS				
Etnia	Año 1700	%	Año 1790	%
Espanoles	19.632	56,5	18.862	38,1
Indios	4.063	11,7	3.912	7,9
Mestizos			4.631	9,3
Mulatos	3.370	9,7	5.972	12,1
Cuarterones			2.383	4,8
Quinterones			219	0,4
Negros	7.659	22,1	8.960	18,1
Zambos			3.384	6,8
Chinos			1.120	2,2
Total de habitantes	34.724	100	49.443	100

Fonte: Esta tabela foi retirada da obra: PÉREZ CANTÓ, María Pilar, La población de Lima en el siglo XVIII, p. 390.

Maria Pilar Pérez Cantó explicou que a diminuição na porcentagem populacional dos três grupos originais, brancos, negros e índios, deveu-se ao processo de mestiçagem observando no censo de 1790. Além desse fator, ela acrescentou a decadência do comércio limenho, a diminuição da imigração de peninsulares e a mudança de comerciantes para outras áreas de maior interesse econômico.¹⁸¹

Esta autora também acrescentou que o conhecimento de dados referentes à etnia era importante naquele momento pela significação social e repercussões políticas. A autora trouxe um trecho interessante do vice-rei Gil de Taboada que reproduzimos abaixo:

La proporción en que se hallan las diferentes castas de gentes que la habitan deben dar los recelos que en otras ocasiones han causado en momentos de turbación por ignorarse la razón en que estaban; pues según el adjunto estado para cada indio u originarlo suyo se hallan 5 y 118 de las demás castas; para cada esclavo hay 4 y algo más de 213 entre los libres; por cada persona de color libre o esclavo hay un blanco; y en caso de que los esclavos conserven una unión concertada con los indios y mestizos hay entre los blancos y personas libres de color dos por cada uno. Cuyas observaciones es muy útil se anticipen a los acontecimientos, para proceder inclinando la balanza donde

¹⁸⁰ PÉREZ CANTÓ, María Pilar, 1982, *op. cit.*, p.390.

¹⁸¹ Idem, p.391.

convenga, y si temer una quimera como las que han solido formar la ignorancia, se podrán dar con oportunidad y firmeza aquellas providencias que ahogan en su origen las fermentaciones en caso que no hallan podido impedir las.¹⁸²

Este trecho explorado pela autora critica a porcentagem da população indígena comparada com as demais castas, e a miscigenação entre elas. Tal composição étnica da sociedade aponta conflitos e usos de espaços de poder representativos das castas predominantes, em detrimento das desfavoráveis.

Maribel Arrelucea Barrantes também analisou a população da cidade de Lima no século XVIII pela composição étnica e incluiu a porcentagem dos religiosos, chegando ao resultado demonstrado abaixo:

Tabela 5 – População da Cidade de Lima em 1791.

População	Número	%
Religiosos	1939	3,7
Espanhóis	18.047	34,3
Índios	4332	8,2
Mestiços	4807	9,1
Castas	10.023	19
Escravos	13.479	25,6
Total	52.627	100

Fonte: Flores Galindo 1991:83. Esta tabela está disponível na obra ARRELUCEA BARRANTES, Maribel. *Sobrevivendo a la esclavitud: negociación y honor en las prácticas cotidianas de los africanos y afrodescendientes. Lima, 1750-1820*. IEP – Instituto de Estudios Peruanos, 2018.

Maribel Arrelucea Barrantes afirmou que a coroa espanhola enfrentou muitos problemas na segunda metade do século XVIII, tendo que adotar medidas favoráveis à inclusão dos afrodescendentes na sociedade. A autora citou a promulgação de 1784, chamada de “Código Carolino” ou “Código Negro”, eficaz em todas as possessões espanholas. Tal documento regulava o trabalho, delitos e penas aplicáveis aos escravos.

¹⁸² *Carta del Exmo. Virrey Gil de Taboada y Lemos al Conde de Casa Alange, A.G.I. de Sevilla, Sección Audiencia de Lima, leg. 700, doc. 36 y 37*. Retirado de: PÉREZ CANTÓ, María Pilar, *La población de Lima en el siglo XVIII*, 1982, p.392.

Este ordenamento não chegou a ser aplicado no vice-reinado do Peru e foi considerado muito flexível e concessivo, inspirando outras reais cédulas.¹⁸³

Segundo a autora, no final do século XVIII, uma quantidade de africanos e afrodescendentes passaram a viver na cidade de Lima e adquiriu melhores condições de vida. Tais alterações, apontou Maribel Arrelucea, deveu-se às mudanças causadas pela era bourbônica que transformaram o espaço colonial e as necessidades de se manter cada vez mais a mão de obra escrava já escassa.¹⁸⁴ Nesse sentido, a autora criticou o termo “castas”, e mencionou que nele pertenciam músicos, pintores, médicos, jornalheiros e tantos outros ofícios, que reclamavam para si uma distinção social. Esta foi conferida pela *honra* e vinculação familiar, criando dentro da comunidade negra e indígena, os termos *pardo* e *mulato* por serem consideradas menos lesivos à honra.¹⁸⁵

Em respeito às categorias sociais coloniais, Maribel Arrelucea afirmou que estas não discutem a população escrava de maneira ampla e profunda, apenas a identificam com os conceitos de classe, casta e raça e, ao mesmo tempo, de cor da pele e condição legal. A autora propôs uma discussão mais aberta sobre o uso do conceito *escravo* para entendê-lo como parte estruturante da sociedade colonial.

Maribel Arrelucea Barrantes afirmou:

Al final, tenemos una confusa categorización donde todos los esclavos coloniales son identificados como de ‘raza negra’, lo cual consolida los prejuicios antes que combatirlos. Tal vez, esta confusión epistemológica provenga del mismo modelo esclavista implantado en la sociedad colonial tardía que no coincide con el modelo de plantación.¹⁸⁶

A autora enfatizou que, no final do século XVIII, as pessoas escravizadas em Lima podiam ser “quase brancas” ou “negras”, de acordo com a cor da pele, e não necessariamente por sua casta. Eles também podiam possuir bens e caminhar pela cidade sem grandes restrições. Maribel Arrelucea Barrantes ressaltou que, no espaço público, nem sempre se podia distinguir uma pessoa escravizada de uma livre, e lembrou que um escravo também podia adquirir escravos.¹⁸⁷

¹⁸³ ARRELUCEA BARRANTES, Maribel. *Sobrevivendo a la esclavitud: negociación y honor en las prácticas cotidianas de los africanos y afrodescendientes*. Lima, 1750-1820. IEP – Instituto de Estudios Peruanos, 2018, p.16.

¹⁸⁴ Idem, p.19.

¹⁸⁵ Ibidem.

¹⁸⁶ Idem, p.20-21.

¹⁸⁷ Idem, p.21.

Marisol Acosta e Frans mencionaram que a condição social do mestiço e do negro no século XVIII levou a uma série de prejuízos por considerarem que este grupo social era formado por pessoas de “má vida”. Os autores afirmaram que este grupo era desprezado pelos espanhóis e pelos indígenas, confluindo em uma imagem preconceituosa dos negros, zambos e mulato como pessoas associadas ao crime. Segundo as autoras: “as pessoas de ascendência africana, em especial os resultante de uma mescla racial como os mulatos e os pardos, foram apresentadas de maneira desfavorável, pois se afirmava que exerciam uma influência corrupta sobre a sociedade, porque aparentemente tinham um comportamento instintivamente criminal”.¹⁸⁸

Continuando a análise da organização social, apresentaremos a população por sexo. Discutiremos as questões de gênero e de desigualdade no vice-reinado do Peru, no século XVIII.

2.1.2 Composição da população por sexo

Pilar Gonzalbo, analisando a presença feminina na América, enfatizou a necessidade de pensarmos a organização social para além da tríade: população, território e época. Isto se justifica pelas muitas mudanças ocorridas nesses três campos devido às circunstâncias específicas de cada momento histórico. A sociedade integrou-se com as diversas etnias e adaptou as estruturas impostas pela metrópole às necessidades locais.¹⁸⁹

A autora explicou que as relações entre homens e mulheres em suas práticas cotidianas e a forma pela qual eles se adaptaram às mudanças, criando seu próprio ambiente e modos de vida, podem explicar, de fato, a constituição da ordem colonial e a alteração dos modelos planejados pelas autoridades.¹⁹⁰ Pilar Gonzalbo acrescenta uma outra perspectiva importante para a análise dos comportamentos sociais e cotidianos na América hispânica: a desigualdade de gêneros presente nas relações entre homens e mulheres. Muitos historiadores analisam a população de uma cidade colonial com o

¹⁸⁸ ACOSTA AUCCAYLLA, Marisol; MAMANI ESPEZUA, Frans Wilter. *Género y criminalidad en la Ciudad del Cusco, siglo XVIII (1730-1799)*. Cusco, Perú, 2019, p.13.

¹⁸⁹ GONZALBO AIZPURU, Pilar. *Los muros invisibles. Las mujeres novohispanas y la imposible igualdad.*, 2016, *op. cit.*, p.15.

¹⁹⁰ Idem, p.12.

foco na questão educacional, comportamental, econômica, política e administrativa. Esta autora traz as relações sociais e populacionais pelo viés da desigualdade de gênero.

Nesta perspectiva, Pilar Gonzalbo justificou que a compreensão da dinâmica da sociedade colonial se dá pelas várias categorias étnicas, pela diversidade dos modelos comportamentais impostos aos homens e mulheres, e nas oscilações do rigor e da flexibilidade nas formas de comportamento público e privado.¹⁹¹

Maria Pérez Cantó argumentou que, no âmbito colonial, a composição da sociedade por sexo deverá levar em conta a distribuição destes grupos e suas movimentações nas migrações existentes.¹⁹² Os dados levantados pela autora, entre 1700 e 1790 possuem algumas restrições, como por exemplo, correspondem à população adulta e livre excluindo a escrava negra. O censo das crianças do gênero masculino e feminino foram organizados por castas e continuam excluindo as escravas. Reproduzimos os quadros elaborados pela autora segundo o censo de 1700.

Tabela 6 – Distribuição da população por sexos em 1700, desconsiderando os escravos.

DISTRIBUCIÓN DE LA POBLACIÓN POR SEXOS		
Año 1700	Total	%
Varones	6.371	39,8
Hembras	9.599	60,2
Total de población considerada		15.970 habitantes

Fonte: Esta tabela foi retirada da obra: PÉREZ CANTÓ, María Pilar, *La población de Lima en el siglo XVIII*, p.393.

Maria Pilar Pérez Cantó ressaltou ao observar os números do ano de 1700, uma diferença em favor das mulheres, que ignorando o sexo da população infantil, não se pode afirmar se houve um relevo geracional.¹⁹³ Abaixo está o quadro da população separada por gênero e etnias, também desconsiderando os escravos. Mesmo com essa limitação, tais dados são relevantes por confirmarem a superioridade das mulheres em todos os grupos. Maria Pérez Cantó enfatizou que, durante a leitura do documento

¹⁹¹ GONZALBO AIZPURU, Pilar. *Los muros invisibles. Las mujeres novohispanas y la imposible igualdad.*, 2016, *op. cit.*, p.15.

¹⁹² PÉREZ CANTÓ, María Pilar, 1982, *op. cit.*, p.392.

¹⁹³ Idem, p.393.

“Numeración de Lima, 1700”, era surpreendente e expressiva a quantidade de mulheres chefiando as famílias e vivendo sozinhas com as crianças.¹⁹⁴

Tabela 7 – Composição por sexo nos diferentes grupos étnicos em 1700.

COMPOSICIÓN POR SEXO EN LOS DIFERENTES GRUPOS ÉTNICOS				
Año 1700	Varones	%	Hembras	%
Espanoles	4.558	42	6.288	57,9
Indios	1.277	45,8	1.506	54,1
Mulatos	367	21,7	1.323	78,2
Negros	169	26	428	74,3
Total de población considerada			15.970 habitantes	

Fonte: Esta tabela foi retirada da obra: PÉREZ CANTÓ, María Pilar, La población de Lima en el siglo XVIII, p.393.

A explicação encontrada pela autora para esta preponderância feminina foi pelo censo considerar apenas os homens em condições úteis para as armas, excluindo os demais, e o grande número de mulheres residentes nos conventos significaria a falta de homens disponíveis para o matrimônio.¹⁹⁵

No final do século XVIII, o censo de 1790 revelou que a situação havia mudado um pouco, mas que o sexo feminino continuava predominante. De certa forma, o equilíbrio entre os sexos em todos os grupos étnicos supunha um relevo geracional sem problemas.¹⁹⁶

Tabela 8 – Distribuição da população por sexos em 1790

DISTRIBUCIÓN DE LA POBLACIÓN POR SEXOS		
Año 1790	Total	%
Varones	25.737	49
Hembras	26.890	51
Total población	52.627	

Fonte: Esta tabela foi retirada da obra: PÉREZ CANTÓ, María Pilar, La población de Lima en el siglo XVIII, p.394.

¹⁹⁴ PÉREZ CANTÓ, María Pilar, 1982, *op. cit.*, p.393.

¹⁹⁵ *Ibidem*.

¹⁹⁶ *Idem*, p.394.

Tabela 9 – Composição por sexo nos diferentes grupos étnicos em 1790

COMPOSICIÓN POR SEXO EN LOS DIFERENTES GRUPOS ÉTNICOS				
Año 1790	Varones	%	Hembras	%
Espanoles	9.850	50,3	9.707	49,7
Indios	2.190	55,9	1.722	44,1
Mestizos	2.168	47	2.463	53
Mulatos	3.899	45,4	4.673	44,6
Negros	4.491	50	4.469	50
Zambos	1.553	45,8	1.831	54,2

Etnia sin definir: 770 varones y 1.081 hembras.

Fonte: Esta tabela foi retirada da obra: PÉREZ CANTÓ, María Pilar, La población de Lima en el siglo XVIII, p.394.

Analisando a população africana escravizada por gênero, Maribel Arrelucea Barrantes chegou à conclusão de que no final do século XVIII e início do XIX, a proporção de mulheres negras escravizadas foi menor que a de homens, conforme a tabela 10 indicativa abaixo.

No século XVIII, as relações sociais concernentes à uma sociedade complexa e heterogênea, levou a conflitos e marginalização dos mestiços e negros. Dentro do grupo dos negros, incluíam-se os zambos e mulatos que eram excluídos e viviam em situações de discriminação provocando na sociedade uma rebeldia e contestação contra a estrutura social do momento.¹⁹⁷

Tabela 10 - População escravizada por gênero em Lima, 1791

	1791	%	1813	%
Homens	5063	55	6400	52
Mulheres	4166	45	5863	48
Total	9229	100	12.263	100

Fonte: Cosamalón 1999:39. Esta tabela está disponível na obra ARRELUCEA BARRANTES, Maribel. *Sobrevivendo a la esclavitud: negociación y honor en las prácticas cotidianas de los africanos y afrodescendientes*. Lima, 1750-1820. IEP – Instituto de Estudios Peruanos, 2018.

¹⁹⁷ ACOSTA AUCCAYLLA, Marisol; MAMANI ESPEZUA, Frans Wilter. *Género y criminalidad en la Ciudad del Cusco, siglo XVIII (1730-1799)*, 2019, op. cit., p.13.

Estas tabelas evidenciaram que os homens representavam, entre 1791 e 1813, a maioria da população escrava, mas não a maioria em números gerais, quando consideradas todas as etnias. Ao trazemos tais dados sobre a composição da população por sexo, não podemos deixar de comentar as relações de gênero existentes entre homens e mulheres.

Desse modo, atrelando o estudo da organização social com a questão de gênero, Bakarne Altonaga Begoña¹⁹⁸ apontou que a lógica social do Antigo Regime compreendia a diferença social, na qual a misoginia e a hierarquização por estamentos eram normatizadas e as desigualdades estavam legitimadas como uma ordem natural da sociedade.¹⁹⁹ Para esta autora, a transformação dos significados atribuídos ao sexo e ao gênero acontecia dentro do contexto e da conjuntura social onde vários elementos do Antigo Regime colonial perduravam.²⁰⁰

Relacionando os assuntos tratados, Carlos Aguirre,²⁰¹ um especialista no estudo das mulheres na América Latina, afirmou que as mulheres pertencentes à classe mais baixa eram tratadas como se o entorno social, sua constituição étnica e sua inserção no mercado de trabalho as pressupunha como imorais e criminosas.²⁰²

Segundo o autor, por volta do século XIX, as mulheres de classe alta eram vistas como doce, inteligentes, encantadoras, amorosas, dedicadas às obrigações domésticas e à maternidade. Ao contrário, as mulheres mais pobres e de ascendência indígena ou negra, eram, em geral, retratadas como exageradas, imorais, predispostas ao álcool, vício, prostituição,²⁰³ incluindo outras categorias de distinção social que a raça, o espaço e o território.

Pilar Gonzalbo Aizpuru²⁰⁴ comentou que a educação que as mulheres recebiam, segundo sua origem, era tão diferente como diverso era o destino de cada mulher.

¹⁹⁸ ALTONAGA BEGOÑA, Bakarne. *Mujeres viriles en el siglo XVIII: la construcción de la feminidad por el discurso foralista de Manuel de Larramedí*. **Historia Contemporánea**, v. 52, pp. 9-42. ISSN:1130-2402.

¹⁹⁹ ALTONAGA BEGOÑA, Bakarne. *Mujeres viriles en el siglo XVIII: la construcción de la feminidad por el discurso foralista de Manuel de Larramedí*. **Historia Contemporánea**, v. 52, p.18.

²⁰⁰ Idem, p.19.

²⁰¹ AGUIRRE, Carlos. *Mujeres delincuentes, prácticas penales y servidumbre doméstica en Lima, 1862-1930*. In: O'PHELAN, Scarlett y ZEGARRA, Margarida **Familia y vida cotidiana en América Latina, siglos XVIII-XX**. Lima: IFEA, Instituto Riva Agüero, Pontificia Universidad Católica, 2003, pp. 203-226.

²⁰² Idem, p.204.

²⁰³ Idem, p.207.

²⁰⁴ GONZALBO AIZPURU, Pilar. *Los muros invisibles. Las mujeres novohispanas y la imposible igualdad.*, 2016.

Ressaltou que, tanto as monjas ou senhoras, quanto as servientes, trabalhadoras, vendedoras nos mercados ou habitantes das comunidades rurais, todas deveriam seguir os princípios morais e religiosos, e todas compartilhavam da submissão e hierarquização da sociedade. Embora, salientou Aizpuru, na realidade, muitas mulheres transgrediam a esses modelos comportamentais, e, na sua perspectiva, “as mulheres do Novo Mundo gozavam de maior independência e liberdade que as suas contemporâneas espanholas”.²⁰⁵

Conhecer o interior dos lares coloniais é uma tarefa difícil, assim como extrair as vozes femininas presentes nos processos criminais. Nessa etapa do estudo, na qual se busca compreender o contexto social e como este se apresentava nos tribunais, enfrentamos o desafio exposto por Jorn Rüsen ao considerar a razão como o lugar do conhecimento e as ideias como referências do tempo passado na busca pela articulação da história à vida real das pessoas. Este autor discutiu como o pensamento histórico-científico pode se referir às necessidades de orientação da práxis vital. Para Rüsen, o lugar da produção dos fatos, entre outros, é também a ação humana e toda ação traz embutida uma ideia que é uma intenção. As pessoas se orientam quando se orienta o tempo.²⁰⁶ Rüsen vinculou a teoria da história à história vivida, ao conhecimento empírico. Para ele, a carência dos homens e os modos de agir no tempo são os pontos de partida dos fundamentos da história. Tais carências e modos de vivência são dirigidos ao passado através de ideias. Critérios, segundo os quais, os significados se produzem nessa mesma práxis vital, somente com base na ação humana.²⁰⁷

Nesta linha metodológica, Mónica Bolufer Peruga trouxe o conceito de representação empregado por Chartier. Segundo a autora, este permite ao historiador ir além da história tradicional, que se limita a explicar a parte da realidade que corresponde ao pensamento, não abordando as práticas sociais. Citando o historiador francês, a autora explicou que a linguagem da ficção não pretende reproduzir uma situação real, mas compreender os procedimentos pelos quais, contraditoriamente, o social é construído.²⁰⁸

²⁰⁵ Idem, p.53.

²⁰⁶ RÜSEN, Jörn. *Razão histórica: teoria da história - os fundamentos da ciência histórica*. Tradução de Estevão de Rezende Martins. Brasília: Ed. UnB, 2001. p.31.

²⁰⁷ Idem, p.30-31

²⁰⁸ BOLUFER PERUGA, Mónica (dir.), MORANT DEUSA, Isabel, PASCUA SÁNCHEZ, María José de la, ESPIGADO TOCINO, Gloria, URZAINQUÉ MIQUELEZ, Inmaculada, GOMIS COLOMA, Juan.

A compreensão da sociedade se dá através do tempo e pelas ações humanas. Os processos criminais nos permitem, ressaltando as suas limitações documentais, adentrar à ação humana e ao pensamento da época, no tempo específico dos tribunais.

CAPÍTULO 3

OS PROCESSOS CRIMINAIS DA REAL AUDIÊNCIA DE LIMA NO SÉCULO XVIII

Conforme vimos no capítulo passado, a Real Audiência de Lima era um local importante para o exercício da justiça no vice-reinado do Peru, e até mesmo, para toda a América. Agora, veremos, alguns dados importantes sobre os processos criminais consultados e o que essa fonte documental nos pode informar sobre a sociedade colonial peruana do século XVIII.

Sabemos que as fontes documentais nos informam uma perspectiva da sociedade e, esta deve ser analisada dentro de seus limites históricos. Todo trabalho histórico de resgate de memórias e dados do passado requer uma contextualização, um enredo que explique, justifique e ordene os fatos. Para tanto, como este trabalho pertence à chamada História do Direito, a documentação é analisada na perspectiva histórico-jurídica, e, conforme apontou Paolo Grossi, é a experiência jurídica um instrumento adequado para a compreensão e a correta ordenação do direito, funcionando como um esquema interpretativo, ordenador e unificador do devir histórico-jurídico.¹ Desse modo, buscamos compreender a justiça e o direito pela experiência jurídica dos tribunais, e entender como era a sociedade nesse contexto específico. É a experiência jurídica, segundo Grossi, que revela um conjunto de eleições e soluções peculiares para os grandes problemas da criação do direito em conformidade com os diferentes contextos históricos.²

Catalogamos e identificamos 248 processos criminais, lemos 173 expedientes criminais e selecionamos para análise 49 processos levados à Real Audiência de Lima – Peru, correspondente ao período de 1728 a 1800, compreendendo uma grande parte do século XVIII. Dentre os processos judiciais existentes para o vice-reinado do Peru, no período proposto, optamos pelas causas criminais nas quais as mulheres figuraram

¹ GROSSI, Paolo. *El orden jurídico medieval*. Traducción de Francisco Tomás y Valiente, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, S.A. Madrid, 1996, p.44.

² Idem, p.45.

como vítimas, agressoras, partes autora na ação ou réus em crimes envolvendo violência como: homicídio, estupro, rapto, agressão, injúrias, adultério, amancebamento, aborto, invasão, envenenamento e roubo por acreditarmos que esta seleção de delitos nos daria uma perspectiva da representação jurídica dos mais desfavorecidos e marginalizados socialmente, bem como por tal documentação oferecer um maior interesse no estudo pela gravidade do delito, complexidade retórica e probatória das partes, e por contar com a participação, muitas vezes, de assessores letrados nestes tipos de causas.

Feito este recorte, catalogamos os 49 processos selecionados, os organizamos cronologicamente, transcrevemos e tabelamos considerando informações relevantes sobre os casos, tais como: ano; início e fim do processo (quanto tempo durou o processo); local; gênero do agressor; grupo social dos litigantes (escravos/as, homens e mulheres livres, espanhóis, comerciantes); nomes e ofício do querelante; nome e ofício do réu/ré; delito cometido; provas apresentadas; testemunhas citadas; nome do curador, procurador, juiz, fiscal e escrivão que atuaram na causa; leis, doutrinas e costumes citados; a pena estabelecida; a sentença judicial; qual tribunal a ação foi julgada; se houve apelação e os argumentos apresentados.³

Os expedientes analisados correspondem a juízos seguidos por violência contra a mulher, presentes na seção “causas criminais” da Real Audiência de Lima, formando parte do acervo documental do *Archivo General de la Nación* (AGN) de Lima.⁴

Esta documentação apresentava uma estrutura jurídica específica. A querela era uma forma de iniciar um processo criminal, quando o ofendido do delito iniciava a acusação. Contudo, um processo criminal também podia iniciar-se através de uma denúncia e de ofício.⁵

Alejandro Agüero diferenciou os sentidos de “acusar” e denunciar num processo penal. Segundo este autor, “acusar”, na ação criminal, implicava uma busca pela pena. Resgatando a definição de São Tomás de Aquino na *Suma teológica*, Alejandro Agüero argumentou que este havia se reduzido a uma obrigação do acusador em seguir e provar

³ Trataremos dessas categorias ao longo da pesquisa, especificamente no quarto e no quinto capítulo.

⁴ Gostaria de agradecer, novamente, o apoio e constante auxílio da funcionária do arquivo de Lima, Celia Miriam Soto Molina. A sua ajuda foi fundamental e substancial para o desenvolvimento da pesquisa e a minha gratidão é enorme por tê-la encontrado em meu caminho e por termos firmado uma amizade iniciada no arquivo.

⁵ Sobre este ponto, ver a obra: AGÜERO, Alejandro. *Acusaciones e Inquisiciones (DCH) (Accusations and Inquisitions (DCH))*. Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series n. 2017-06.

o alegado: “O acusador se constituía em parte do processo na procura pela pena, devendo o juiz ocupar o termo médio entre aquele e o acusado para assegurar a igualdade entre as partes que exigia a justiça”.⁶ Outros aspectos estavam vinculados à condição de “acusador” num processo criminal, como a solenidade do ato, as restrições impostas pelo direito de acusar, com consequências patrimoniais e legais.⁷ Já a denúncia, nesta observação feita por Alejandro Agüero, consistia em um mecanismo utilizado para denunciar um ato quando se tinha dúvidas em como prová-lo, descomprometendo-se como acusador e parte processual: “A denúncia abria a porta ao procedimento inquisitivo que nem sequer precisava dela quando o juiz tinha notícia do delito por indícios ou má fama”.⁸

Os juízos se abriam com a *cabeza de processo* na qual tínhamos referidas, de maneira breve, as informações do caso como o local e data do fato ocorrido e as pessoas envolvidas (vítima e suposto agressor ou criminoso) e as autoridades responsáveis. Após essa breve identificação, passava-se ao reconhecimento das feridas, se fosse o caso de agressão, por meio de perícias médicas que elaboravam laudos correspondentes. Nestas perícias poderiam vir sinalizadas o tipo de arma utilizada, a data aproximada da agressão e o estado físico da vítima examinada pelo médico.

A *Sumária* dos fatos era detalhada pelo Alcaide do crime da Real Audiência de Lima. Nos casos de jurisdições distantes da capital, esta era realizada por alguém com ofício com jurisdição como: alcaides, corregedores, governadores, tenentes, ou um comissionado (alguém que recebia a incumbência de fazer a sumária). Reforçamos que para o nosso recorte documental de 49 processos criminais, apenas 05 foram iniciados e finalizados no tribunal inferior sem passar para a 2ª instância. Das 44 causas criminais restantes, 35 foram iniciadas e julgadas diretamente na 2ª instância e 09 delas iniciadas na 1ª instância e apeladas ou levadas para o tribunal superior na falta de algum funcionário jurídico ou pela gravidade do delito.

Ambas as partes, (acusado/vítima) apresentavam as *declarações das testemunhas*, que deviam, mediante juramento, responder a um rol de perguntas definidas pelas autoridade pertinentes e encarragadas do processo. Feita a leitura das

⁶ AGÜERO, Alejandro. *Acusaciones e Inquisiciones (DCH) (Accusations and Inquisitions (DCH))*. Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series n. 2017-06, p. 05.

⁷ Idem, p.06.

⁸ Idem, p.10.

declarações, determinava-se o grau de culpabilidade ou inocência do réu. O fiscal do crime lia a causa e podia solicitar as penas correspondentes de acordo com as estabelecidas nas *Leyes de Indias*. Logo após às declarações das testemunhas vinha a confissão do acusado. Sempre que o litígio envolvia índios, era requisitado um *procurador de naturales* para a defesa dos direitos dos indígenas e um *defensor de pobres*. Finalmente, após as análises das provas, dos testemunhos, confissões e argumentos de defesa e acusação, os alcaide do crime ou autoridades locais procediam com a pronúncia da sentença, a qual podia ser impugnada até sua ratificação ou revisão.⁹

Neste capítulo analisamos os processos criminais consultados juntamente com a sociedade que o compunha. Dividimos o capítulo em quatro tópicos: 1) o processo penal e a criminalidade apresentando as partes processuais, a duração do processo, os crimes registrados, o local do crime e do julgamento e as penas aplicadas; 2) as causas criminais movidas pelas mulheres; 3) as causas criminais movidas pelos homens; e por último, 4) as causas seguidas de ofício contra a população limenha entre 1728 e 1800.

Organizamos nosso estudo dos 49 processos analisados e transcritos, por meio de uma tabulação dos dados considerados relevantes, como a data de início e fim do processo, o local do crime e a jurisdição competente no julgamento, o delito, as provas apresentadas, as penas aplicadas, a sentença, nome das partes processuais: querelantes, réus e operadores do direito.¹⁰

Dos 49 processos criminais analisados, apenas 05 foram iniciados e finalizados no tribunal inferior sem passar para a 2ª instância. Das 44 causas criminais restantes, 35 foram iniciadas e julgadas diretamente na 2ª instância e 09 delas iniciadas na 1ª instância e apeladas ou levadas para o tribunal superior na falta de algum funcionário jurídico ou pela gravidade do delito. A Real Audiência de Lima julgou a maioria expressiva dos casos envolvendo violência contra a mulher no período de 1728 a 1800.

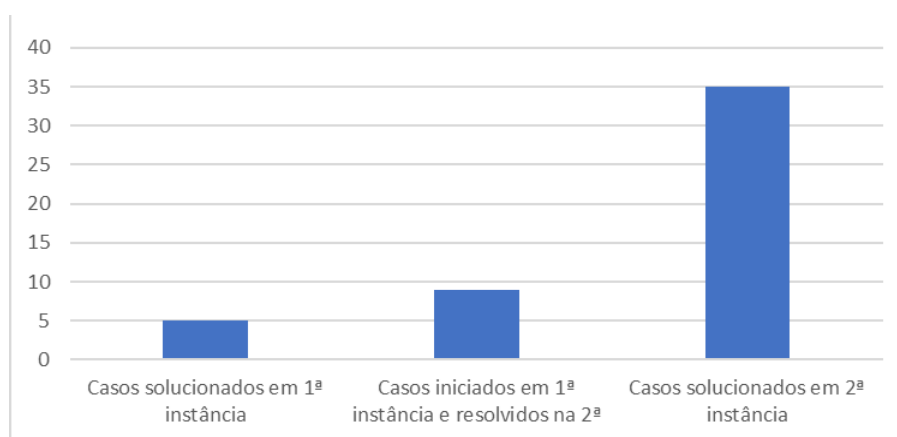
Ressaltamos que estamos considerando para esta pesquisa o arquivo da Audiência de Lima, o que representa um recorte documental, e é a partir deste que

⁹ ANDAZABAL CAYLLAHUA, Rosaura Petronila. *Criminalística peruana en el siglo XVIII*. (Ensayo de interpretación estadística en torno a la causal de homicidio), Seminario de Historia Rural Andina, Lima-Perú, 2007, p.13.

¹⁰ Esta tabela foi elaborada pela autora com base na extração dos dados disponíveis nos 49 processos criminais da Real Audiência de Lima (Fundo- causas criminais) 1728 a 1800 - consultados no AGN-Lima, Peru. Contudo, como foi realizada em formato Excel, e ficou muito extensa, não há como reproduzi-la integralmente.

compreendemos e interpretamos os resultados e números levantados na análise dos processos. Considerando isto, elaboramos um gráfico com a competência dos tribunais limenhos nas resoluções das 49 causas criminais escolhidas dentre 1728 e 1800. Dessa forma, esclarecemos que tais dados demonstrados ao longo do capítulo dizem respeito, em sua grande maioria, aos julgados de tribunais superiores.

Gráfico 1 – Competência dos tribunais limenhos nas resoluções das causas criminais entre 1728 e 1800.



Fonte: Este gráfico foi elaborado pela autora com base na extração dos dados disponíveis nos 49 processos criminais da Real Audiência de Lima (Fundo- causas criminais) 1728 a 1800 - consultados no AGN- Lima, Peru.

Como podemos observar, do total de 49 causas criminais, a grande maioria dos foi julgada, ou apelada para o tribunal Superior, revelando a predominância de julgamentos criminais na segunda instância, em comparação com os tribunais inferiores. Essa informação é relevante na compreensão e análise dos demais gráficos e temáticas apresentados ao longo do capítulo, sendo, portanto, necessária essa contextualização da documentação utilizada.¹¹

¹¹ Como nosso objetivo é analisar os processos e suas retóricas, consideramos importante explicar, mesmo que sucintamente, como se organizava hierarquicamente a administração da justiça no vice-reinado do Peru, sem contudo, esgotarmos tal assunto.

3.1 O Processo penal e a criminalidade no vice-reinado do Peru no século XVIII

O processo penal¹² era dividido em duas fases: “sumaria” e “plenário”. A fase sumaria iniciava com a acusação de um delito, como uma querela¹³ de uma das partes, denúncia ou de ofício, geralmente por iniciativa do tribunal. Essa parte inicial do processo judicial era conhecida como “Sumária”, e incluía as declarações das testemunhas e apresentação das provas sobre o “corpo de delito”, ou sobre a existência do crime, os danos causados, o corpo do assassinado, as feridas e demais lesões sofridas. O nome do auto de iniciação poderia ser “auto de querela” ou auto cabeça do processo”. Normalmente, chamava-se “querela” quando havia um acusador particular, em contrapartida, a ação seguida de ofício iniciava com “cabeça de processo”. Este início consistia na apresentação dos fatos, das queixas e, posteriormente, da informação judicial. Conforme apontou Tamar Herzog, a sumaria do processo continha informações sigilosas, conhecidas apenas pelos que participavam dela, e nunca, ao menos teoricamente, vinham a público ou a conhecimento do réu.¹⁴

Segundo a ordem do processo, as provas recolhidas na sumaria deveriam ser ratificadas no plenário, a segunda parte do processo. Ainda sobre a fase inicial, María Paz Alonso Romero¹⁵ afirmou que em todos os processos penais, segundo as regras, independentemente de como ele foi iniciado, a fase sumaria tinha como finalidade preparar o juízo plenário. Essa preparação consistia em evidenciar a materialidade do ocorrido, dirigindo-se aos esclarecimentos sobre o fato delitivo, a busca dos autores, a investigação sobre as circunstâncias do ato e tudo o que contribuísse para aclarar o litígio no juízo plenário. Nesta fase também havia medidas cautelares que podiam ser

¹² Esta parte do trabalho teve como referência a obra de Tamar Herzog por ser muito elucidativa e explicativa de todos os procedimentos do processo penal no período colonial. Escolhemos essa autora como referência pelo cuidado de não cairmos em anacronismos ao compararmos com o devido processo contemporâneo e incorrerem em erro histórico-processual-procedimental. Ver: HERZOG, Tamar. *La administración como un fenómeno social: la justicia penal de la Ciudad de Quito (1650-1750)*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995. Também mencionamos como referência a obra: PAZ ALONSO ROMERO, María. *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1982.

¹³ Sobre este assunto, ver o trabalho citado de AGÜERO, Alejandro. *Acusaciones e Inquisiciones (DCH) (Accusations and Inquisitions (DCH))*. Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series n. 2017-06.

¹⁴ HERZOG, Tamar. *La administración como un fenómeno social: la justicia penal de la Ciudad de Quito (1650-1750)*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, p.226.

¹⁵ PAZ ALONSO ROMERO, María. *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1982.

patrimoniais ou pessoais, com o intuito de proteger o processo, evitando que o suposto culpado escapasse do castigo previsto. O nosso recorte documental evidenciou que tais medidas cautelares, principalmente a prisão processual preventiva, era muito utilizada. Para Paz Alonso Romero a sumaria “demonstrava o autêntico fundamento do processo penal e como ele atuava”.¹⁶

O alegado na sumaria era, supostamente, provado no auto, e então poderia ser expedida a prisão do imputado e o sequestro dos seus bens, como medidas cautelares. Após esse procedimento, tinha-se a confissão do réu, e, em casos extremos, realizava-se a tortura.

A confissão do réu no processo penal era um importante meio para se obter o esclarecimento dos fatos. Paz Alonso salientou que a natureza da confissão era distinta da dos demais atos processuais da sumaria. Essa distinção da confissão ocorre por sua função probatória e demonstração de culpabilidade do réu, tida como prova plena para a condenação deste. Dessa forma, a confissão do réu definia e concluía o processo. A confissão deveria ser o último ato da sumaria, “(...) não porque a confissão de culpa era uma prova, mas também porque no pensamento da doutrina havia a ideia de considerar a confissão do réu como a contestação que finda sua postura no processo criminal”.¹⁷

Concluída a confissão, procedia-se a acusação do réu, e este tinha o direito à contestação. O procedimento processual seguinte era a abertura do sistema probatório, no qual ambas as partes tinham que provar o caso.

É interessante ressaltar que nos processos consultados algumas testemunhas da acusação alteravam as suas declarações nessa etapa do processo. A nossa hipótese quanto a isso é a de que tais testemunhas tinham sido coagidas ou reforçavam algum detalhe do delito para que a querela fosse considerada judicialmente, e depois, com o desenvolvimento do processo, pressionadas pela possível condenação, alteravam o anteriormente alegado.

Terminada a sumaria, iniciava-se a plenária. Nela, as partes apresentavam suas versões por escrito e pediam a condenação ou a absolvição segundo o caso, e sugeriam as penas aplicáveis. Todos os atos do processo constituíam em “sustentação do processo”.

¹⁶ PAZ ALONSO ROMERO, María. *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, p.179.

¹⁷ *Ibidem*.

A plenária, para o objetivo da nossa pesquisa, apresenta uma riqueza retórica muito grande. Ao contrário do que se possa imaginar para o período colonial, ainda mais em tribunais pequenos e mais afastados das capitais do vice-reinado, e conduzidos por juízes e funcionários leigos, as fundamentações destes apresentavam muitos detalhes e indicavam o conhecimento variado sobre as fontes do direito. Independentemente do tamanho dos tribunais, notamos em nossa documentação, uma retórica bem estruturada e fundamentada em várias fontes do direito. É nessa etapa que os advogados, procuradores e fiscais do crime citavam as leis régias, leis municipais, doutrinas, Direito Canônico, autoridades e doutores criminalistas, traziam os precedentes e costumes como referências e construía uma linha argumentativa muito boa, e para alguns, bastante convincente aos juízes. Os processos analisados ante os tribunais locais, que envolvessem casos de maior gravidade, mediante dúvida de fato e de direito, os juízes solicitavam pareceres de advogados e letrados da Real Audiência de Lima. Essa opção era muito utilizada, principalmente como garantia da decisão justa, equitativa e como forma de confirmar se a pena estabelecida era proporcional ao crime julgado. A partir deste ponto, a causa estava “em estado”, ou seja, pronta para o pronunciamento da sentença. Com a sentença dada, finalmente, podia-se apelar, suplicar ou pedir a declaração de “coisa julgada”, para a sentença definitiva.

3.1.1 As partes processuais

Neste item trataremos das particularidades encontradas nos processos analisados no que diz respeito à composição das partes litigantes. De modo geral, trataremos de apresentar e caracterizar os expedientes judiciais selecionados. Após essa apresentação quantitativa e mais generalizante da documentação, passaremos a uma compreensão mais detalhada dos conflitos sociais, crimes e argumentos encontrados.

Dentre os processos que escolhemos analisar, podemos afirmar que a maioria dos litigantes nas causas penais limenhas não apresentava uma grande diferença social, do ponto de vista formal e institucional. As vítimas que iniciavam as causas eram pessoas da própria família, como pais reclamando em nome de suas filhas;¹⁸ proprietários de escravos representando os seus escravos em ações contra escravos de

¹⁸ Archivo General de la Nación (AGN), Real Audiência (R.A.) causas criminais, L.80, C.980, Ano 1795, Truxillo; R.A. causas criminais, L.84, C.1032, Ano 1797, Lima.

outras fazendas;¹⁹ mulheres contra seus esposos;²⁰ um grupo social contra uma autoridade local, civil²¹ ou eclesiástica,²² como o Alcaide ou o Governador. É importante salientar que as mulheres apareceram como sujeito ativo nos processos, querelando na maioria das causas consultadas, contrariando o modelo patriarcal apresentado pela sociedade colonial.

Geralmente, para o nosso recorte, as partes envolvidas em um processo judicial procediam da mesma categoria étnica e laboral. Encontramos várias ações movidas pela população indígena, e nestes casos, as causas, em sua maioria, eram contra outro indígena, geralmente da mesma família, ou uma autoridade local, como o Alcaide. Por exemplo, o caso da mulher indígena acusando o Alcaide, também indígena de violência, abusos e crueldades, em 1729;²³ ou, índio que matou a sua esposa, também índia, em 1729.²⁴

Esta situação se repete quando os negros são partes nas ações judiciais. Em muitos processos, a população negra (liberta ou escrava) pleiteava contra outros negros e os delitos cometidos, geralmente, eram entre casais ou amantes.²⁵ Quando o crime era muito grave, como homicídio, e a vítima pertencia a um grupo social desfavorecido, a causa era seguida de ofício, tendo como parte autora o Alcaide ou Corregedor da região.²⁶ Como na causa seguida de ofício pelo Corregedor da Vila de Chancas pelo assassinato da índia María Mercedes em 1758, supostamente cometido por outros dois indígenas que diziam ser seus amantes.²⁷

Há causas nas quais as partes envolvidas eram de grupos sociais distintos, por exemplo, uma mãe que se dizia nobre, acusando a um homem negro, livre, arpista, de raptar e estuprar a sua filha.²⁸ Ou também, um homem espanhol acusando um pardo livre de raptar sua filha donzela, buscando casamento ou dote.²⁹

¹⁹ AGN, R.A. causas criminais, L.18, C.209, Ano 1756, Lima; R.A. causas criminais, L.41, C.486, Ano 1778, Lima; L.63, C.739, Ano 1788, Lima.

²⁰ AGN, R.A. causas criminais, L.76, C.925, Ano 1793, Huamaga.

²¹ AGN, R.A. causas criminais, L.91, C.117, Ano 1800, Pueblo de Santa Olaya.

²² Causa seguida por Dr. Mariano Echeverría, padre de San Luis, contra Teodoro Herrera por tê-lo acusado, caluniosamente, de participar no abordo de sua mulher, Josefa Aguilar, em 1790, Pueblo de San Luis – R.A. causas criminais, L.68, C810.

²³ R.A. causas criminais, L.04, C.31, Ano 1729, Pueblo de Lachaqui.

²⁴ R.A. causas criminais, L.04, C.28, Ano 1729, Província de Canta.

²⁵ R.A. causas criminais, L.09, C.80, Ano 1742, Lima

²⁶ R.A. causas criminais, L.05, C.40, Ano 1732, Cidade de Yca.

²⁷ R.A. causas criminais L.20, C.230, Ano 1758, Chancas.

²⁸ R.A. causas criminais, L.09, C.79, Ano 1742, Lima.

²⁹ R.A. causas criminais, L.15, C.161, Ano 1752, Vila de Chancay.

Quando as partes em litígio eram pessoas espanholas, o motivo da lide, muitas vezes, não era o delito em si, como a violência praticada e a busca por uma pena, mas a reparação econômica. Por exemplo, em casos de estupro e rapto, desejava-se da justiça o dote, ou o matrimônio, e até o custeio da pensão alimentícia para os filhos, provenientes de uma relação sexual fora do casamento. Nesse sentido, podemos mencionar a causa seguida por D.^a Manuela Pando contra Don Lorenzo Descalzo por estupro e alimentos para o filho nascido dessa relação, em 1786, na cidade de Lima.³⁰

Um outro exemplo interessante da composição das partes no processo judicial é a causa seguida de ofício pelo Alcaide de Lima contra José Antonio Escarola pelo homicídio executado em sua própria mulher, María Concepcion, em 1788, na cidade de Lima. Ambos eram escravos da Marquesa de Torrehermosa e esta não participou no processo como sujeito ativo até o pronunciamento da sentença, condenando o réu, seu então escravo, à pena de morte. A proprietária do réu entra na ação apelando da sentença, alegando que ela estaria sendo prejudicada. A marquesa estava ausente no processo até a decisão judicial ser manifestada e entra no mesmo, requerendo uma revisão da sentença e da pena em seu favor.³¹

Há um processo judicial específico no qual duas mulheres estavam envolvidas em uma briga: uma indígena e uma negra escrava, em 1795, na cidade de Lima. A causa foi seguida de ofício em nome de Juana Ângula, escrava de Don Victor Ângulo, contra a índia Tomasa Aramburu, por agressão e feridas. A índia foi condenada a 6 meses de reclusão no Convento da cidade.³²

Em relação às partes processuais, é importante compreendermos a capacidade jurídica para agir judicialmente. Os indígenas que viviam dentro da ordem colonial eram representados, obrigatoriamente, nos processos judiciais pelos *procuradores de naturais*. Para os indígenas que não faziam parte da ordem colonial, que estavam em conflito com as autoridades coloniais, os espanhóis propunham *tratados*. Abelardo Levaggi³³ comentou que os espanhóis firmaram tratados com as comunidades indígenas supondo que eles os reconheciam como pessoas jurídicas com capacidade para adquirir

³⁰ R.A. causas criminais, L.56, C.680, Ano 1786, Lima.

³¹ R.A. causas criminais, L.62, C.721, Ano 1788, Lima.

³² R.A. causas criminais, L.80, C.985, Ano 1795, Lima.

³³ LEVAGGI, Abelardo. *Tratados entre la Corona y los indios del Chaco. Homenaje a Ismael Sanchez Bella*, 1992.

direitos e contrair obrigações, como o exposto por Francisco de Vitória na obra *Relecciones Teológicas*.³⁴

Precisamos diferenciar o cargo de *defensor de pobres*. Havia para os julgados de primeira instância um defensor de pobres. Na Audiência deveria haver um procurador de pobres e o Fiscal do crime. As causas de primeira instância não tinham fiscal do crime, apenas um fiscal *ad hoc* ou simplesmente o juiz.

Tanto defensores quanto procuradores defendiam os mais desprivilegiados nos tribunais, contudo, com a ressalva das instâncias, como mencionamos anteriormente. O *defensor de pobres*, geralmente pessoas leigas, defendiam os mais desprivilegiados da sociedade como negros, escravos, índios, pobres, e o *fiscal do crime* cumpria o papel da acusação. Aqueles que podiam pagar, contratavam advogados, geralmente, causas envolvendo pessoas brancas da elite econômica. O escravo, embora tivesse alguns direitos, não era considerado “sujeito de direito”, mas “objeto de direito real” e de obrigações. O escravo não podia dispor livremente de sua pessoa, para ele, o matrimônio era possível mediante autorização de seu dono, e não eram validadas as relações familiares que não fossem reconhecidas por seu proprietário. Contudo, o escravo passou a ter um reconhecimento relativo como pessoa, sem deixar de ser considerada a sua incapacidade jurídica.³⁵ Isso justifica a grande representatividade dos proprietários de escravos nas ações criminais. Ana María Zapara de Barry afirmou que as *Siete Partidas* (Part. III, Tít. V, Ley 12) previa que quando o delito merecia pena de morte ou a perda dos membros, que o escravo podia agir por si mesmo, apelando e suplicando da sentença, se esta apelação já não tivesse sido pedida pelo seu dono.

Concepción García-Gallo explicou que a capacidade processual dos negros era regulada pela legislação castelhana, e o Código Negro expressava enfaticamente, que os escravos não podiam ser partes legítimas nas demandas civis e penais, e nem perseguir em juízo, nem fora de ele, seus agravos e conflitos. As *Partidas* apenas reconheciam a possibilidade de os escravos demandarem contra seu próprio amo afim de reclamarem

³⁴ LEVAGGI, Abelardo. *Tratados entre la Corona y los indios del Chaco. Homenaje a Ismael Sanchez Bella*, 1992, p.322. Segundo o autor, os tratados existiram como consequência de vitórias militares obtidas pelos espanhóis, e como inclinação espontânea dos índios para se conectarem com eles. Quando os tratados eram firmados resultantes de conflitos militares, eram chamados de “capitulaciones”, que com certa margem de liberdade, obrigavam a população indígena ao cumprimento de certas obrigações. No segundo caso, quando os tratados eram firmados em parcerias, existia certa paridade entre espanhóis e indígenas concedendo mais coisas de acordo com a vontade de ambos.

³⁵, ZAPATA DE BARRY, Ana Maria. *El defensor de pobres como defensor de esclavos (1722 a 1839)*. 1ª ed., - Bahía Blanca: Editorial de la Universidad Nacional del Sur. Edius, 2013, p. 44.

pela liberdade, e a *Recopilación de Indias*, encarregava as audiências para o reconhecimento dessas causas em favor da liberdade dos escravos.³⁶

Os *Protetores de escravos* eram os responsáveis por promover as ações criminais contra os proprietários e amos de escravos pelos excessos de violência aplicados a estes. Os protetores tinham a função de fiscalizar o tratamento dado aos escravos.³⁷

Lucas Rebagliate,³⁸ estudando os defensores de pobres nos processos criminais no século XVIII, afirmou que na etapa plenária do processo, em que havia o contraditório, o impulso era dado pelos debates jurídicos entre o fiscal e o defensor, sendo o juiz um coordenador das ações de ambas as partes. Rebagliate considerou que a natureza inquisitiva do processo em sua primeira etapa, agora, cedia espaço para alguns elementos de tipo acusatório. Nessa etapa, tanto o fiscal quanto o defensor conduziam o processo de modo a utilizar todas as ferramentas possíveis para o cumprimento adequado do seu rol, como também apressar a sentença, encurtando o tempo do processual.³⁹ Considerando a retórica jurídica como uma estratégia no processo, o desempenho de defensores, fiscais, procuradores e demais partes processuais respondiam a interesses e intencionalidades específicas de cada um.

Sobre o desenvolvimento retórico no processo penal ocorrido no juízo plenário, vale ressaltar que este se subdividia em duas fases: a fixação da lide e a fase probatória que objetivava concluir e dar por finalizada a fase processual, abrindo para seguinte.⁴⁰

³⁶ GARCÍA-GALLO, Concepción. *Sobre el ordenamiento jurídico de la esclavitud en las Indias españolas*. **Anuario de Historia del Derecho español**. Instituto Nacional de Estudios jurídicos. Tomo L, Madrid, 1980, p. 1023.

³⁷ Idem, p. 1030.

³⁸ REBAGLIATI, Lucas. “Estratégias retóricas y cultura jurídica en el Buenos Aires virreinal: los defensores de pobres en procesos criminales (1776-1809)”. **Revista de Historia del Derecho**, n. 51, INHIDE, Buenos Aires, enero-junio, 2016, pp.127-163.

³⁹ Idem, p.147.

⁴⁰ PAZ ALONSO ROMERO, María. *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, p. 213-214. “Finalizada la fase sumaria, que em definitiva há servido para reparar los cargos inculporios contra el reo, con un acopio importante de datos, el juez dispone el traslado de la misma al acusador o fiscal para que, a su vista, planteen formalmente la acusación contra el reo. Si el proceso se sigue sin parte, el juez hace cargo de oficio al reo de la culpa resultante de la sumaria (...)”.

3.1.2 A duração do processo

As pessoas, geralmente, recorriam ao tribunal no mesmo dia, ou no dia seguinte à ocorrência do crime. Em alguns casos, especificamente os envolvendo homicídio de índios e negros, em que as causas eram seguidas de ofício, o processo poderia ser iniciado alguns anos depois do delito. Quando os crimes eram perpetrados durante a noite, esperava-se o amanhecer do dia seguinte para realizar a queixa perante o tribunal.

A duração do processo era variável, mas notamos uma predominância de pleitos solucionados dentro do prazo de um ano. Os casos que levavam mais de 2 anos, chegando até a 10 anos, envolviam crimes graves como o homicídio de María Francisca, índia. A causa foi seguida pelo irmão da vítima, José Bejarano, contra Valentin, Justo e Santiago Serrano por homicídio. A ação foi iniciada na Real Audiência de Lima em 03 de setembro de 1795 e terminou em 28 de junho de 1805.⁴¹

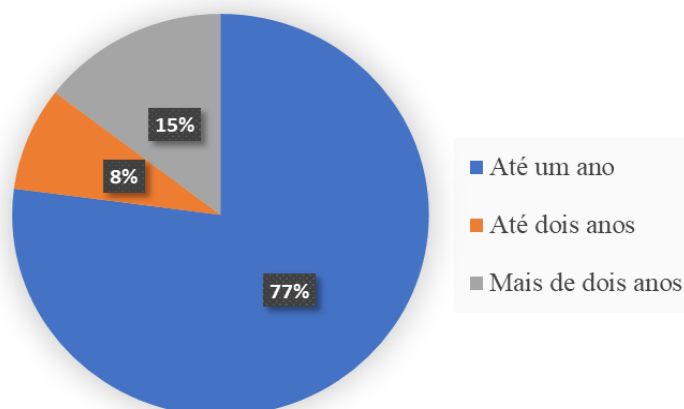
Um outro processo foi julgado em um ano, mas finalizado após cinco anos devido a demora na apreciação da sentença recursal. Esta causa apresentou uma contra querela. O marido, Miguel Parias, entrou com uma ação contra a sua esposa, Josefa Delgado por adultério com Bacílio. A ré, Josefa Delgado respondeu à acusação com uma contra querela contra seu marido, Miguel Parias, por agressão e injúrias. Este caso aconteceu na cidade de Huamanga em 1793.⁴²

A duração do processo dependia de alguns fatores como: a) das partes, sua vontade, pressa, condições econômicas e sociais; b) de questões conjunturais como a falta de escrivão, de juízes, ausência do réu; c) das circunstâncias do caso, como a imunidade eclesiástica, a tortura, a autoridade do imputado, se era um Alcaide, Governador, um Padre ou outra pessoa de referência pública. O que não interferia na duração do processo era a quantidade de testemunhas e a natureza do ato delitivo. Crimes de homicídio entre escravos eram solucionados dentro de meses, e casos envolvendo espanhóis por falsa promessa de matrimônio ou pensão alimentícia levavam anos para serem solucionados. Ressaltamos que, segundo nossa documentação, se deve concluir pela celeridade e não pela demora dos casos.

⁴¹ R.A. causas criminais, L.81, C.1003, Ano 1795, Partido de Huanuco.

⁴² R.A. causas criminais, L.76, C.925, Ano 1793, Huamanga.

Gráfico 2- Duração dos processos criminais – Real Audiência de Lima, 1728-1800.



Fonte: Este gráfico foi elaborado pela autora com base na extração dos dados disponíveis nos 49 processos criminais da Real Audiência de Lima (Fundo- causas criminais) 1728 a 1800 - consultados no AGN- Lima, Peru.

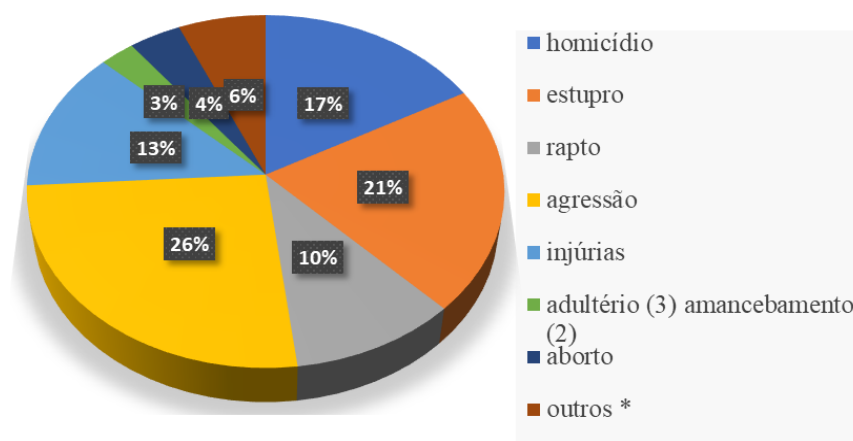
3.1.3 Os crimes registrados nos processos criminais analisados

Entre 1728 e 1800, nos 49 processos consultados, os crimes mais cometidos foram o de agressão (20), seguido pelos de estupro (14), homicídio (13), injúria (10) e rapto (08). Alguns crimes ocorreram simultaneamente, como o rapto seguido de estupro. As penas estabelecidas para os crimes ocorridos nos territórios americanos eram reguladas pelas *Siete Partidas* e pela *Recopilación de Leyes de Indias*, e no próprio discurso argumentativo observado na prática forense, percebemos o peso que a *intención* e o *dolo* conferiam à pena, agravando-a.

Segundo o estudo de Rosaura Andazabal Cayllahua⁴³ sobre a criminalidade no Peru colonial do século XVIII, 8,91% dos crimes cometidos eram contra a ordem pública, 17,58% contra a moral, 30,7% contra o patrimônio e 42,79% eram crimes contra a pessoa. Neste último tipo de crime podemos encontrar aquele de violação de domicílio, homicídios, agressão física, rapto e estupro. A nossa pesquisa constatou que a maioria dos crimes registrados entre 1728 a 1800 correspondia a agressão, estupro e homicídio, conforme o gráfico abaixo.

⁴³ ANDAZABAL CAYLLAHUA, Rosaura Petronila. *Criminalística peruana en el siglo XVIII*. (Ensayo de interpretación estadística en torno a la causal de homicidio), Seminario de Historia Rural Andina, Lima-Perú, 2007.

Gráfico 3- Crimes cometidos no Vice-reinado do Peru, 1728 -1800



Fonte: Este gráfico foi elaborado pela autora com base na extração dos dados disponíveis nos 49 processos criminais da Real Audiência de Lima (Fundo- causas criminais) 1728 a 1800 - consultados no AGN- Lima, Peru. *outros: refere-se aos crimes de invasão (1), envenenamento (1) e roubo (3).

Consideramos ser importante para a compreensão dos delitos registrados nos tribunais limenhos, o entendimento dos tipos de crimes dentro de seu contexto jurídico. Nessa perspectiva, a obra intitulada *Material Criminal Forense*, escrita pelo Dr. Don Senen Vilanova y Mañes, de 1807,⁴⁴ conhecida como “*Tratado universal teórico e prático dos delitos e delinquentes*”, conceitualizou os mais variados delitos existentes no período. Escolhemos especificar os delitos que mais apareceram em nossa documentação: agressões físicas e feridas, estupro e homicídio. Tal conhecimento é relevante na compreensão das provas apresentadas e das penas estabelecidas nos processos criminais estudados.

3.1.4 Agressões físicas e feridas

Vilanova explicou que as feridas deveriam ser analisadas conforme a qualidade; a situação e as circunstâncias da execução da ferida; a extensão; a profundidade; o instrumento utilizado para ferir; a gravidade da ferida; a sua essência, se era um

⁴⁴ O Dr. Don Senen Vilanova y Mañes, foi advogado dos reais conselhos, assessor das encomendas mayor de Montesa e Alcalá de Chivert, próprias dl Senhor Infante Don Francisco de Paula. Esta obra ciada “*Materia Criminal Forense, ó tratado universal teórico y práctico, de los delitos y delinquentes en género y especie, para la segura y conforme expedicion de las causas de esta naturaleza: obra útil y precia a jueces de todas clases, fiscales, abogados, asesores, escribanos, y demás, que versan sus facultades en el foro*”, foi publicado em Madrid: En la imprenta de don Tomás Alban, 1807.

ferimento mortal ou não; e a parte do corpo ferida.⁴⁵ As feridas podiam ser categorizadas em: lesão, contusão, golpes, queimadura, fratura, luxação, torção e dilaceração.⁴⁶

As feridas eram analisadas por um perito, um médico ou enfermeiro, sendo imprescindível a inspeção ocular para o seu reconhecimento e andamento do processo. A perícia médica foi consultada em todos os processos criminais envolvendo agressões físicas. A maioria do reconhecimento das feridas foi feita por um médico, principalmente os ferimentos mais graves e que necessitavam de uma intervenção médica. As feridas de menor gravidades podiam ser reconhecidas pelo juiz e até mesmo pelo escrivão da causa judicial. Algumas vezes, as feridas eram consideradas como delito de injúria. A injúria era o delito contra a honra, que podia ser de palavra ou fatos.

3.1.5 Estupro

O estupro foi definido por Vilanova como um ato violento de “desflorar” uma mulher virgem, ou acessar uma donzela contra a sua vontade e com o exercício da força.⁴⁷ Contudo, o advogado do início do século XIX advertiu o estupro era verificado pela união carnal e pela resistência da mulher ao ato sexual, porque o consentimento da mulher convertia o suposto estupro em uma fornicação.⁴⁸ A qualificação do crime exigia o cumprimento dos requisitos: ato forçado, com predomínio da força, em uma mulher virgem e sem o consentimento da vítima.

A força requerida para o estupro consistia em sedução, engano, temor ou outra causa mediante a qual não se tinha indicação da vontade e condescendência da estuprada. Ou seja, se a mulher tivesse sido enganada, seduzida, ou com medo na realização do ato, este era considerado um estupro. Para Vilanova, o estupro cometido

⁴⁵ VILANOVA Y MAÑES, Doctor Don Senen. *Materia Criminal Forense, ó tratado universal teórico y práctico, de los delitos y delinquentes en género y especie para la segura y conforme expedición de las causas de esta naturaleza*: obra útil y precisa a jueces de todas clases, fiscales, abogados, asesores, escribanos y demás, que versan sus facultades en el foro. Tomo tercero. Madrid: en la Imprenta de Don Tomás Alban, año de 1807, p.53.

⁴⁶ Idem, p.56.

⁴⁷ VILANOVA Y MAÑES, Doctor Don Senen. *Materia Criminal Forense, ó tratado universal teórico y práctico, de los delitos y delinquentes en género y especie para la segura y conforme expedición de las causas de esta naturaleza*, 1807, p.172.

⁴⁸ Ibidem.

mediante falsidade, falácias, enganos, promessas vans e fingimento do abusador era passível de pena tal qual o estupro cometido com força ou violência.⁴⁹

Um aspecto apontado por Vilanova como indispensável na qualificação do crime de estupro era a circunstância da mulher abusada. O tratamento dado à mulher donzela, virgem, solteira era diferente do empregado nas mulheres casadas, viúvas, ou as chamadas “meretrizes”. Toda mulher solteira tinha a seu favor a presunção da virgindade. Nesse sentido, a mulher que denunciava o estupro fundava o crime na sua virgindade, ou afirmava ter sido seduzida, enganada, ou argumentava que o ato foi realizado sem a sua livre e espontânea vontade e o direito pressupunha tal condição até que indícios de mais peso debilitassem ou destruíssem a afirmação de estupro.⁵⁰

Nos processos criminais, como tal crime era considerado de difícil comprovação, era comum utilizar a fama em favor, ou não, da vítima e do suposto estuprador. Trazer para o processo elementos que validassem a conduta da pessoa em litígio, a sua fama, reputação, religiosidade e honestidade, reforçava o meio probatório na determinação ou não do crime de estupro. Vilanova mencionou que se a mulher demonstrasse que era honesta e recatada, presumia-se a sua virgindade. O crime de estupro era fundamentado mediante as circunstâncias citadas e com a exposição genuína da boa fama da mulher, independente do seu nascimento ou grupo social.⁵¹ Estas situações eram provadas mediante a apresentação de testemunhas que confirmassem a vida pública dos litigantes, e realizado um interrogatório com perguntas específicas sobre o passado e a conduta das pessoas. As mulheres vítimas de estupro, comumente, apresentavam como testemunha os religiosos, a finalidade de fortalecer a honestidade e a virgindade alegadas.

Vilanova explicou que era um privilégio da causa de estupro, que a declaração jurada da mulher bastava como prova e era suficiente para condenar:

Ni el ser produccion de la misma acusadora; ni el ser aserto de a misma ofendida; ni el considerarse compañera en el delito, y enemiga del ofensor después de entablada la instancia, hacen descaecer el mérito de esta prueba; la qual por sí sola justifica plenamente la virginidad precedente al estupro, no habiendo resquício ó sospecha de falacia en contrario; como lo son la falta de

⁴⁹ VILANOVA Y MAÑES, Doctor Don Senen. *Materia Criminal Forense, ó tratado universal teórico y práctico, de los delitos y delinquentes en género y especie para la segura y conforme expedición de las causas de esta naturaleza*, 1807, p.173.

⁵⁰ Idem, p.174.

⁵¹ VILANOVA Y MAÑES, Doctor Don Senen. 1807, *op. cit.*, p.175.

recato y compostura; y por lo tocante á la población del estuprador, aunque por sí sola es inútil, al auspicio de otros adminículos y leves presunciones también es suficiente para condenar.⁵²

O estupro era considerado um delito de justificação privilegiada. Para prová-lo, não se fazia necessário a vista e a evidência da cúpula carnal, bastavam as presunções idôneas que induziram o ato.⁵³ Villanova reforçou que o privilégio referido não era absoluto. Os peritos analisavam as partes íntimas da estuprada verificando se foram afetadas, se perderam seu estado natural, se sinalizavam algum rompimento ou dilaceração, e tal procedimento fazia parte da prática forense.⁵⁴

Nos processos criminais consultados, os casos que envolviam estupro apresentavam sempre a perícia médica e eram seguidos de uma prova que demonstrasse que a mulher abusada era virgem ou tinha sido enganada em uma falsa promessa de casamento. É interessante reforçar que estes expedientes judiciais significavam que, a então fragilidade da mulher, consolidada como inferior e submissa numa sociedade colonial machista e patriarcal, encontrava um respaldo nas leis e nos tribunais. Não queremos afirmar, com isso, que todas as causas movidas por mulheres acusando homens por suposto estupro, eram vencidas. Mas salientar que existiu um espaço de negociação, de criação de direitos e de estabelecimento das normas envolvendo as mulheres. Se qualificar o estupro e prová-lo não era nada fácil nos tribunais, é então neste espaço jurídico que encontramos uma margem para a retórica testar os limites das fontes do direito explorando as leis, os costumes, as doutrinas, apelando para a reputação, conduta, honra e demais valores morais e padrões comportamentais impostos pela sociedade. Todo caso que denunciava um estupro demonstrava quais valores a sociedade defendia em relação à afetividade, à sexualidade, ao matrimônio, honra, reputação, moral cristã, e vínculos entre os diferentes grupos sociais.

⁵² Ibidem.

⁵³ VILANOVA Y MAÑES, Doctor Don Senen. 1807, *op. cit.*, p.176.

⁵⁴ Ibidem.

3.1.6 Homicídio

Villanova definiu o delito de homicídio como sendo aquele em que se tirava a vida de um homem, desautorizando a Deus e à natureza, e tal categoria continha em seu significado vários outros crimes divididos e subdivididos. O autor especificou que o homicídio se qualificava de acordo com a malícia, intenção de matar, ânimo, e usando do direito próprio ou por ocasião ou causalidade.⁵⁵ Tal especialização sobre o crime demonstra a preocupação pelo aspecto moral na execução do ato. Se o crime fosse cometido com malícia, ânimo, premeditação, dolo e intenção, a punição seria agravada.

O homicídio malicioso residia na vontade do homicida, matando por impulso e sem estímulo alheio. Havia também o homicida que matava por sugestão de outra pessoa, mediante coação, ordem ou preceito de outrem. E por fim, o homicídio em legítima defesa, ou para impedir que a morte de alguém.⁵⁶

A prova de um crime de homicídio era eficaz contra quem causou a morte, e se fazia necessário saber, sem dúvida alguma, se a ação ocorreu com transgressão ou por defesa de insulto ou ataque inferido pelo morto. Isto se justifica porque o desígnio do acusador ou da causa pública, e o dolo presente contra ele, se fundam na própria morte violentamente cometida. Ao ter sido por acaso, em sua própria defesa, ou com a qualidade da inocência, não se presumia se não se provasse. Outro aspecto relevante a ser avaliado era a conduta do morto e do assassino: se era sanguinário, se vivia uma má vida, se era revoltado, se andava armado; e o contrário: se era pacífico, cumpridor de seus deveres e obrigações civis e naturais, sem fama alguma, má reputação e nem suspeita.⁵⁷

O crime de homicídio era qualificado segundo as suas circunstâncias em homicídio simples ou qualificado como *aleivosia* ou *traição*. A diferença entres os tipos estava em ser a aleivosia a morte inferida a uma pessoa particular com cautela e sem receio e nem defesa. A traição correspondia em um impulso contra o Rei, reino ou Estado. O homicídio aleivoso era tratado e castigado com mais rigor e proporcionalmente às feridas, insultos e injúrias aplicadas.⁵⁸

⁵⁵ VILANOVA Y MAÑES, Doctor Don Senen. 1807, *op. cit.*, p.32.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ VILANOVA Y MAÑES, Doctor Don Senen. 1807, *op. cit.*, p. 34.

⁵⁸ *Idem*, p.37.

3.1.7 Crimes considerados “arbitrários”

Vilanova reforçou que a faculdade da magistratura estava sujeita estritamente às leis, sem poder desviar de suas justas e discretas disposições, e que era proibido aos juízes serem mais rígidos e mais piedosos que o limite imposto pelas próprias leis, bem como resolver qualquer caso baseado no arbítrio.⁵⁹ Contudo, como pudemos observar na documentação analisada, havia delitos que a medida do castigo era arbitrária. Dito de outra forma, nem tudo era regulado pelas leis, e muitas vezes, os juízes deveriam decidir, segundo a sua consciência e arbítrio, qual castigo era mais equânime ao delito.

Em geral, as causas criminais eram consideradas arbitrárias, como diz Castillo de Bobadilla, por exemplo. Sobre este tema, Alejandro Agüero mencionou que, “muito embora, segundo o imperativo cristão, devesse buscar sempre a paz e o amor entre as pessoas, este mesmo imperativo podia impor e justificar, diante de certas circunstâncias, um afastamento dos rigores processuais típicos para privilegiar o recurso à arbitragem ou a concórdia”.⁶⁰ Dito de outra forma, as próprias normas obrigavam a atuação piedosa e compassiva dos juízes, possibilitando modular as respostas institucionais dentro de categorias religiosas como clemência, perdão e misericórdia. Alejandro Agüero assinalou que as condições próprias de cada caso ofereciam alternativas que podiam ir tanto para a clemência judicial quanto para a misericórdia do juiz,⁶¹ e a vinculação entre a piedade e a justiça, a comiseração e o castigo, constituía um princípio orientador do exercício da jurisdição.⁶²

De acordo com Alejandro Agüero, “(...) a integração dialética temor-amor, operava como parte de uma mesma estratégia destinada a gerar obediência e legitimar o poder. Eram estratégias discursivas e práticas institucionais que se ordenavam em torno

⁵⁹ Idem, p.106.

⁶⁰ AGÜERO, Alejandro. *Clemencia, perdón y disimulo en la justicia criminal de Antiguo Régimen: su praxis en Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII*. In: **Revista de Historia del Derecho**, n. 32, Buenos Aires, Argentina, 2004, pp. 33-82, p. 36.

⁶¹ AGÜERO, Alejandro. *Clemencia, perdón y disimulo en la justicia criminal de Antiguo Régimen: 2004, op. cit.*, p. 36. “(...) Si la clemencia judicial y las invocaciones a la misericordia del juez, como veremos, parecían funcionar con más fluidez en las causas en las que el reo estaba culturalmente adscrito a un estatus de sumisión “digno de conmiseración” (naturales, pobres, rústicos, etc.), las concordias, perdones de parte y composiciones parecían tener su lugar más adecuado en los conflictos entre cristianos de asentada fe, vecinos o moradores (...)”.

⁶² Idem, p. 40.

à necessidade de compor uma imagem do poder na qual se oporia à de justiceira e vingativa (...).⁶³

Muitos fiscais e procuradores pediam nos processos por uma pena arbitrária, ou utilizavam essa margem judicial como estratégia retórica para invalidar e desqualificar a pena determinada, bem como criticar a sua efetividade no âmbito público. Como veremos a diante, a pena estava intimamente ligada ao senso de justiça buscado pela sociedade. A justiça entendida pela sociedade colonial do século XVIII ansiava pela publicização dos castigos e precisava ver a pena sendo executada através dos castigos públicos e corporais realizados nas praças públicas das grandes capitais como uma garantia do exercício da justiça. Mas também, em outra perspectiva, quando os fiscais e procuradores solicitavam penas arbitrárias, eles estavam pedindo pela misericórdia, bondade, amor e clemência dos juízes.

Alejandro Agüero salientou que era precisamente através dessa “qualidade piedosa do exercício da jurisdição que se pretendia associar a figura do juiz à imagem de um defensor de pobres e desvalidos, como forma de legitimação do poder régio”.⁶⁴ Analisando as atas processuais da justiça criminal de Córdoba de Tucumán, Agüero encontrou que recorrer à piedade e comiseração era “uma alternativa válida para os atores processuais e de alguma maneira vinculante para os juízes”.⁶⁵

Las invocaciones a la piedad, por muy retóricas que ahora puedan sonar, constituían entonces una buena estrategia para estrechar el campo de decisión de un juez que se suponía vinculado (tanto en el fuero externo como en el interno) por aquel mandato de obrar compasivo. En consecuencia, los magistrados se hacen eco del lenguaje misericordioso y suelen acompañar la consideración de elementos atenuantes del castigo con una manifestación de conmiseración, de modo que la valoración de tales circunstancias en la decisión aparece no como resultado de una condicionante prevista legalmente, sino como un gesto de piedad que reproduce la lógica de compromiso entre quien actúa en nombre del rey y el vasallo descarriado.⁶⁶

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ AGÜERO, Alejandro. *Clemencia, perdón y disimulo en la justicia criminal de Antiguo Régimen*: 2004, *op. cit.*, p. 41.

⁶⁵ Idem, p. 47. “(...) Piden los defensores al magistrado que “sirva de ver esta causa con la piedad que se debe” para promover una actitud benéfica del magistrado hacia su defendido, sosteniendo que su pretensión es “muy conforme a justicia o por vía de piedad”, aun cuando se trate de una mera cuestión de litis expensas”.

⁶⁶ AGÜERO, Alejandro. *Clemencia, perdón y disimulo en la justicia criminal de Antiguo Régimen*: 2004, *op. cit.*, p. 48.

Nessa perspectiva, os juízes utilizavam de seus arbítrios e consciências quando tinham dúvidas. O estudo da prática forense revelou que muitos juízes estavam inseguros quanto à melhor decisão a ser tomada. As dúvidas forenses tinham que ser resolvidas pelos juízes nos processos, e estes recorriam aos letrados, aos advogados da Real Audiência de Lima, às doutrinas e pareceres de doutores com autoridade no assunto em discussão. As questões obscuras, fossem de direito ou de fato, proporcionavam aos magistrados o acesso às demais fontes do direito e um espaço para interpretação destas em conjunto com as circunstâncias e as especificidades dos casos. Cada juiz fazia o direito e era fonte deste toda vez que o ordenamento não considerava alguma hipótese ou situação.

Para os crimes arbitrários, até mesmo o advogado do início do século XIX, o Dr. Senen Vilanova y Mañes, considerou o arbítrio judicial como um ponto específico da aplicação particular do direito. Este autor afirmou que não cabia ao juiz a faculdade para estender a interpretação da lei a um novo direito, mas havia casos extremos que a mesma lei não compreendia, e nestes, era lícito a aplicação particular em relação ao delito ou pleito tratado no processo.⁶⁷ O juiz deveria fazer a justiça, ou então o direito deveria ser ajustado. O que percebemos e entendemos pela leitura dos processos é que o juiz ajustava o direito para encontrar a justiça em cada caso, e nisso consistia a sua característica de artista diante das incertezas e dúvidas encontradas ao longo do caminho jurídico.

3.2 O local do crime e o julgamento do processo

O processo nem sempre era julgado no mesmo local onde o crime fora cometido. As jurisdições não são claras de definir e muitas províncias não possuíam audiências. A maioria das províncias não possuíam Audiências. Estas eram os máximos tribunais do rei e somente estavam em lugares estratégicos.⁶⁸ A maioria dos crimes eram julgados em primeira instância pelos alcaides ordinários (juízes dos cabildos locais), os corregedores, governadores, alcaides maiores ou os tenentes de estes três últimos. Deste modo, temos que considerar dois locais: a) o local onde o crime foi praticado; e b) o local da competência jurídica da ação judicial. Realizamos um mapeamento das

⁶⁷ Ibidem, p.118.

⁶⁸ Sobre este assunto, ver: CUTTER, Charles, *Legal Culture in Northern New Spain*.

províncias onde os crimes foram cometidos, e do local com jurisdição para julgar os casos em 1ª instância. Para isso, utilizamos como referência geográfica o mapa apresentado na obra de Guillermo Lohmann.⁶⁹

A maioria dos casos teve o delito e processo legal transcorridos no mesmo local, a Cidade de Lima, capital do vice-reinado do Peru. Isto significa que 33 dos 49 processos analisados transcorreram em Lima, o que corresponde a 67,3% do total. Os demais expedientes judiciais trataram de crimes cometidos fora da capital limenha, em povoados indígenas menores ou em outras cidades ao redor, como por exemplo: Ciudad de Yca com 03 processos; Pueblo de Concepción de Taufa com 01 processo; Pueblo de San Juan del Uriganchos, com 01 processo; Pueblo de San Bartholome, com 01 processo; Pueblo de Tarata, também com 01 processo; Pueblo de San Luis Huari, também com apenas 01 processo e Partido de Yauyos com 01 processo. Há casos em que os povoados iniciavam a informação Sumária e depois encaminhavam o processo para a Real Audiência de Lima.

Por conta de sediar a Real Audiência de Lima, a cidade de Lima recebeu um número expressivo de processos e possuía um aparato jurídico completo, tendo condições de dar andamento aos procedimentos processuais e de concluir a demanda sem interrupções por falta de funcionários. Os casos contendo os crimes mais graves eram levados ao tribunal superior evidenciando a gravidade do crime e a urgência na resolução da lide processual, bem como o apelo pela reparação social estabelecendo a pena e executando a sentença de maneira pública, geralmente na praça pública da maior cidade do vice-reinado. Alguns povoados menores não apresentavam escrivães, procuradores e outros funcionários jurídicos impossibilitando o curso do devido processo legal, transferindo o caso para Lima, atrasando a resolução do conflito.

Realizamos uma tabela e um mapa evidenciando qual era o local dos crimes cometidos no período estudado, de acordo com a mostra dos 49 processos, bem como os *corregimientos* existentes, tendo como limite a jurisdição e competência da Audiência de Lima e não toda a extensão do vice-reinado do Peru no século XVIII.

⁶⁹ LOHMANN VILLENA, Guillermo. *El Corregidor de Indios en el Perú bajo los Austrias*. Pontificia Universidad Católica del Perú, PUCP, Fondo Editorial, 2001, p.244.

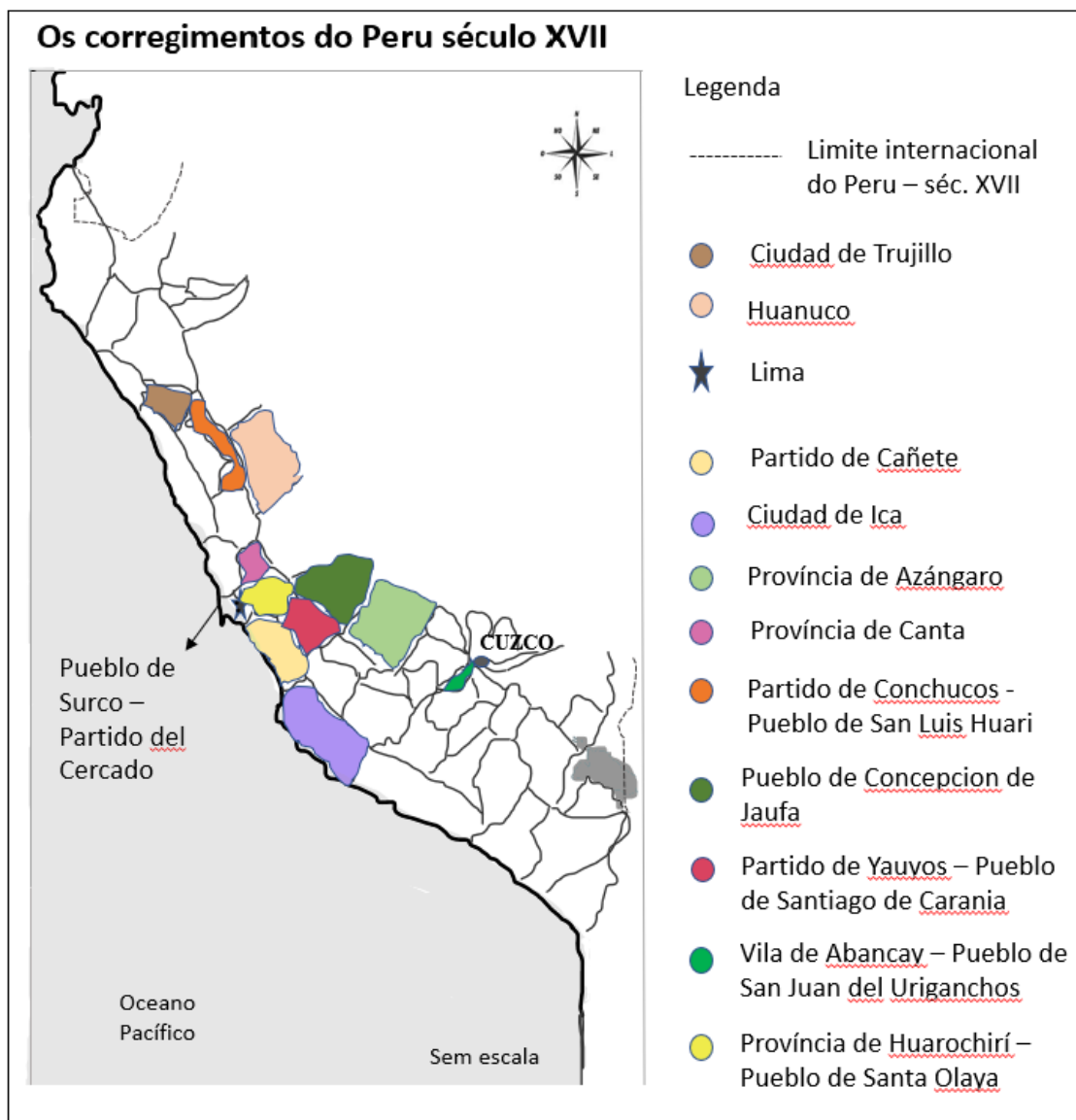
Tabela 11 – Local dos crimes entre de 1728 a 1800 no vice-reinado do Peru.

Local dos crimes
Província de Azángaro
Província de Canta
Pueblo de Lachaqui
Província de Huarochirí
Ciudad de Ica
Ciudad de los Reyes del Peru
Pueblo de Concepcion de Jauja
Pueblo de San Juan de Lurigancho - Vila de Abancay
Villa de Chanvas - Pueblo de San Bartholome
Pueblo de Tarata
Ciudad de Lima
Ciudad de Lima de Huanuco
Pueblo de lurin
Callao
Cocharcas
Partido de Cañete
Pueblo de Surco - Partido del Cercado
Pueblo de San Luis Huari - Partido de Conchucos
Ciudad de Trujillo
Partido de Yauyos - Pueblo de Santiago de Carania
Pueblo de Chorrillos
Pueblo de Santa Olaya - Partido de Huarochiri.

Fonte: Esta tabela foi elaborada pela autora com base na extração dos dados disponíveis nos 49 processos criminais da Real Audiência de Lima (Fundo- causas criminais) 1728 a 1800 - consultados no AGN-Lima, Peru.

A tabela apresenta os nomes dos locais, cidades ou povoados onde os crimes foram cometidos, e o mapa abaixo, os *corregimientos* de competência da Audiência de Lima, que julgaram as causas criminais. Este mapa tem como objetivo ajudar a compreender e localizar os espaços de atuação da justiça dentro da competência da Audiência de Lima.⁷⁰

⁷⁰ Agradecemos especialmente, a Ewerton Luiz Figueiredo pela constante ajuda na confecção dos mapas, tabelas e gráficos elaborados para esta pesquisa. Suas dicas, ensinamentos e atenção foram valiosas e contribuíram muito para o desenvolvimento da análise quantitativa e para o resultado final.



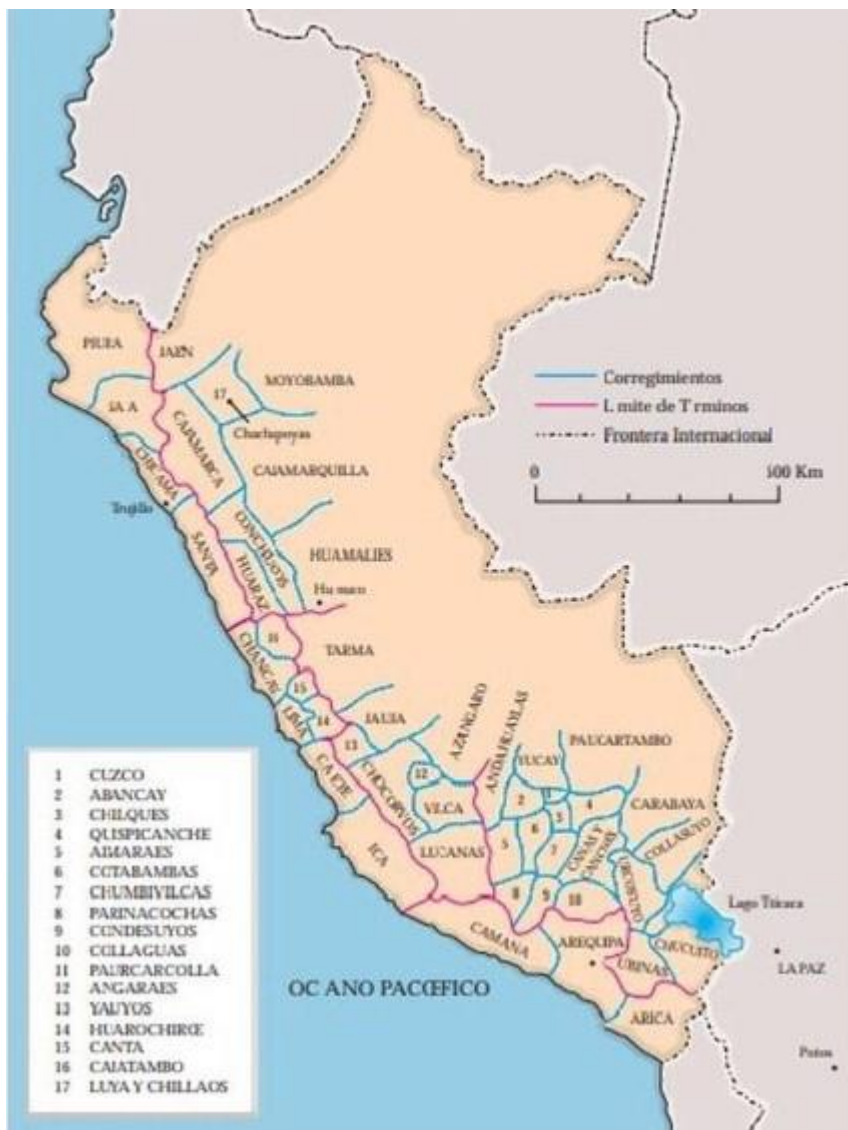
Mapa 1 - Corregimentos do vice-reinado do Peru no século XVII

Fonte: Esta mapa foi elaborado pela autora com base no mapa presente na obra: LOHMANN VILLENA, Guillermo. *El Corregidor de Indios en el Perú bajo los Austrias*. Pontificia Universidad Católica del Perú, PUCP, Fondo Editorial, 2001, p. 244.⁷¹

Para além do mapa que construímos, encontramos, posteriormente, um outro mapa identificando os *corregimientos* peruanos nos séculos XVI e XVII.⁷² Decidimos reproduzi-lo pela relevância do material e clareza dos dados.

⁷¹ Agradecemos especialmente, a Marcelo Rodrigues De Avila pela ajuda com a confecção e revisão deste mapa, bem como sugestões técnicas e profissionais na elaboração correta deste, dentro dos parâmetros geográficos.

⁷² Agradecemos especialmente, a Freddy Centurión por compartilhar este mapa, bem como o livro o qual o mesmo foi retirado, e seus conhecimentos a respeito do vice-reinado do Peru.



Mapa 2 - Corregimientos peruanos entre os séculos XVI e XVII

Fonte: Mapa retirado da obra COOK, Noble David. *La catástrofe demográfica andina*, 1981, p. 170.

3.3 As penas aplicadas nos processos criminais

Vilanova y Mañes especificou em seu tratado teórico e prático os delitos e as suas penas correspondentes, respeitando a natureza e a espécie do crime, se era privilegiado ou qualificado, de forma a fixar penas proporcionais. Para cada delito descrito, o autor mencionava, juntamente com a pena, a prova que demonstrava tal crime, e a sua referida lei.

Outro autor, Lardizábal y Uribe, escreveu em 1782, sobre as penas e os delitos como parte de um projeto de reforma das leis penais, que não prosperou. Com essa intenção de reformar as leis penais, este autor definiu a pena como um mal que padece contra um preceito superior e contra a vontade, manifestada com malícia ou culpa. Afirmou que era da natureza da pena a sua imposição por meio da sentença judicial, porque, nas palavras do autor, “não há pena sem lei, e não há lei sem legislador, nem legislador sem superioridade”.⁷³ Explicou que as penas para serem úteis e proporcionais deveriam derivar da natureza dos delitos⁷⁴ e serem públicas, prontas, irremissíveis e necessárias.⁷⁵

Juan Álvarez Posadilla (1750-1826) publicou em Madrid, 1796, uma obra sobre a prática criminal, os princípios, modo e forma de instruir os processos criminais.⁷⁶ Nesta obra, Álvarez Posadilla definiu a pena como sendo pessoais e pecuniárias. As pecuniárias eram aplicadas pelas Leis ao fisco, e as outras, pessoais, às partes⁷⁷, de acordo com o delito cometido.

O processo de deliberação da sentença e imposição da pena e dos castigos aos condenados era complexo. Este poder de dizer quem merecia ser castigado e como seria este, era dos juízes e demais autoridades como os alcaides, tenentes e governadores. Estes homens, como representantes do rei, estavam incumbidos de manter a ordem social e obrigados pelas leis régias. Porém, como muito bem observou Alejandro Agüero, tais administradores da justiça não conheciam todas as leis, e nestas circunstâncias, utilizavam de mecanismos válidos para, desconsiderando tais normas, cumprirem suas tarefas, que também não estavam reguladas essencialmente pela legislação régia, mas por “princípios naturais convertidos em noções culturais que os

⁷³ LARDIZABAL Y URIBE, Manuel. *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*. Imp. Ibarra, Madrid, por Don Joachim Ibarra. 1782, p.20, item 2.

⁷⁴ Idem, p.40, item 9.

⁷⁵ Idem, p.34, item2.

⁷⁶ ÁLVAREZ POSADILLA, Juan. *Practica criminal por principios, ó Modo y forma de instruir los procesos criminales en sumario y plenario de las causas del oficio de justicia contra los abusos introducidos*, Madrid, en la imprenta de la viuda de Ibarra, 1796. Disponible en: <https://bibliotecadigital.jcyl.es/es/consulta/registro.cmd?id=32260> Biblioteca Digital de Castilla y León

⁷⁷ ÁLVAREZ POSADILLA, Juan. *Practica criminal por principios, ó Modo y forma de instruir los procesos criminales*, 1796, *op. cit.*, p.103.

orientavam em suas tarefas de determinar quais eram os atos e as pessoas que mereciam castigo”.⁷⁸

Alejandro Agüero afirmou que a própria linguagem das leis transmitia a ideia de que a definição de bem e de mal, e dos atos e sujeitos bons e maus, não estava nelas. Dessa forma, a “despreocupada indefinição legal”, nas palavras do autor, caracterizou a ordem penal do antigo regime, e justificou que, à margem de algumas disposições presentes na *Recopilacion de Indias*, não era de se estranhar a falta de um *corpus* legislativo em matéria penal e processual para o novo mundo, porque também estava o direito castelhano, como as *Siete Partidas*, que continha uma grande quantidade de referência ao castigo (Partida 7).⁷⁹

Além de não conhecerem todas as leis, tais magistrados e funcionários régios se valiam de outras fontes normativas que os orientavam na fixação e dosimetria da pena, principalmente as chamadas “penas alternativas”. Como afirmou Vilanova y Mañes, para o crime de estupro, a lei de *Partida* previa certas penas ao estuprador, mas o costume que era outra lei, as havia moderado com a temperança. Assim como cabia ao “prudente arbítrio do juiz” e pelas “circunstâncias”, a regulação do dote segundo a condição da estuprada, se era rica ou pobre.⁸⁰

Nesse sentido, os juízes tinham diante de si um panorama amplo de soluções diversas para os casos, possuindo certa autonomia para, fazendo uso do arbítrio, decidirem e modularem a resposta penal.⁸¹ Era possível a deliberação sobre o tipo de pena a ser aplicada: pena ordinária ou pena arbitrária/extraordinária. Esta possibilidade variava de acordo com as circunstâncias dos delitos, qualidade ou condição social das

⁷⁸ AGÜERO, Alejandro. *Castigar y perdonar cuando conviene a la Republica. La justicia penal de Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p.238.

⁷⁹ Ibidem.

⁸⁰ VILANOVA Y MAÑES, Doctor Don Senen. *Materia Criminal Forense, ó tratado universal teórico y práctico, de los delitos y delinquentes en género y especie para la segura y conforme expedición de las causas de esta naturaleza*, 1807, *op. cit.*, p.183, item 23-24. “La ley de partida ponía al estuprador acerbos penas; mas la costumbre, que es otra ley, las ha moderado con la templanza que dexamos persuadida. Esto en el caso de no acompañarle otra calificación mas grave; que concurriendo qualquiera de las que en este discurso se expondrán, tienen lugar las afflictivas, y pueden extenderse hasta la capital. (...) La regulación de la anunciada dote incumbe al prudente arbitrio del juez; y como esta facultad no es absoluta, ha de gobernarse por la circunstancia referida; es decir, por la condición de la estuprada; si es noble y rica, como tal; si es pobre y plebeya, con esta mira; y siempre de un modo, que de qualquiera jerarquía que sea, disimule la dote el borrón del estupro”.

⁸¹ AGÜERO, Alejandro. *Castigar y perdonar cuando conviene a la Republica. La justicia penal de Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p.285.

partes envolvidas, das doutrinas e costumes citados pelos defensores na ação, e da insuficiência probatória, especialmente nos delitos graves de difícil comprovação.⁸² Como bem notou Alejandro Agüero, a discricionariedade que os juízes tinham não era uma novidade. A novidade estava no fato de que tal moderação punitiva era resultante da insuficiência probatória. Contudo, vale reforçar que as provas legais eram indispensáveis para o estabelecimento da punição. A escolha do castigo não era automática e nem injustificada.

Quando afirmamos que os juízes tinham um espaço para deliberarem sobre as penas não queremos dizer com isso que estas eram indicadas de modo irresponsável. A obra *Siete Partidas* determinava um sistema de provas legais que excluía, para as causas criminais, a possibilidade de condenar alguém considerando unicamente as suspeitas, indícios ou conjecturas.⁸³ O castigo apenas seria estabelecido se o delito fosse devidamente provado. Não se admitia que o juiz decidisse apenas orientado pela sua convicção.⁸⁴ Alejandro Agüero explicou que o sistema probatório apresentava uma escala onde cada elemento representava um grau de evidência, que ia desde a simples informação do crime até a prova plena do delito. Buscava-se a condenação através da evidência objetiva. Os indícios não eram suficientes para fundamentar a decisão judicial sobre a vida de um homem por apenas provocavam uma “certa inclinação no ânimo do juiz”.⁸⁵

Juan Álvarez Posadilla afirmou que, se não se provasse a inocência, a mera presunção *juris* não bastava para o juiz impor a pena, isto nos chamados delitos de sangue. Requeria-se provas *luca meridiana clariores*.⁸⁶ Nesse sentido, para a fixação e imposição da pena, era necessária a prova do delito, uma prova plena ou perfeita. Portanto, Posadilla passou a explicar o que seria a prova capaz o bastante para impor a pena. Segundo este autor, “a prova era o perfeito conhecimento do delito e do

⁸² Ibidem.

⁸³ AGÜERO, Alejandro. *Sobre el uso del tormento en la Justicia Criminal Indiana de los siglos XVII y XVIII*. (con especial referencia a la jurisdicción de Córdoba del Tucumán). Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Instituto de Historia del Derecho y de las ideas políticas Roberto I. Peña. **Cuadernos de Historia**. n. 10. Córdoba – República Argentina, 2000, pp.195-253, p.201.

⁸⁴ AGÜERO, Alejandro. *Sobre el uso del tormento en la Justicia Criminal Indiana de los siglos XVII y XVIII*, p.203.

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ ÁLVAREZ POSADILLA, Juan. *Practica criminal por principios, ó Modo y forma de instruir los procesos criminales*, 1796, *op. cit.*, p.246.

delincente, segundo os modos prescritos pelo direito”.⁸⁷ Um destes modos mencionados seria a confissão do delincente, com a suposta justificação do delito, e o seu interrogatório. Uma vez estando justamente preso, por haver indícios, ou provas semiplenas, o juiz podia obrigar o réu a responder sobre o fato ou delito que estava sendo acusado, ou que de ofício procedia contra ele conforme Lei 4. Tit. 29 Partida 7, e Lei 23. Tit. 11, Partida 3, contudo, para que a confissão valesse como prova plena, ela tinha que ser obtida de forma espontânea, sem ameaçar o réu.⁸⁸

Vários fatores poderiam convencer os juízes dentro da cultura que os orientavam e do permitido pelo sistema probatório para se determinar, alterar ou reduzir a pena. Muitos defensores apelaram para a “piedade”, “misericórdia” e “miserabilidade” como tentativa de atenuação da pena. Víctor Tau Anzoategui mencionou, analisando a noção de justiça na obra *Política Indiana* de Solorzano,⁸⁹ que este instruía os alcaides do crime das audiências para que quando fossem sentenciar, juntassem a “justiça com a misericórdia”, procurando não mostrar ódio e nem rancor contra as pessoas, e apenas castigar os seus delitos.⁹⁰ Alejandro Agüero, analisando a conduta dos juízes de *cabildo*, em sua maioria leigos, em um contexto sem Audiência, definiu esse processo de deliberação da pena como consequência do modo como os juízes concebiam, entendiam ser sua missão social em função de sua cultura – “castigando e perdoando quando convém à República”.⁹¹ Segundo este autor:

El amplio poder de acción que tenían en virtud ello, permitía a los jueces recurrir a una extensa gama de medidas para satisfacer los requerimientos de su papel social, donde la ley, como lo hemos dicho antes, era un dato más a considerar. Nuevamente hay que recordar aquí los preceptos culturales, y propiamente jurídicos que, en un contexto de tan amplia discrecionalidad judicial, imponían unos deberes de moderación, de autocontención, para compensar el posible ejercicio abusivo de un poder tan elevado.⁹²

Conforme afirmou Alejandro Agüero, o prudente arbítrio judicial era o ponto decisivo na justificação da resposta condenatória apresentava pelos juízes, resultando

⁸⁷ Idem, p.289.

⁸⁸ Ibidem.

⁸⁹ TAU ANZOATEGUI, Víctor. *La noción de Justicia en la Política Indiana de Solorzano*, Homenaje a Ismael Sanchez Bella, 1992, pp.609-619.

⁹⁰ Idem, p.611.

⁹¹ AGÜERO, Alejandro. *Castigar y perdonar cuando conviene a la Republica*, 2008, *op. cit.*, p.256.

⁹² AGÜERO, Alejandro. *Castigar y perdonar cuando conviene a la Republica*, 2008, *op. cit.*, p.256.

como elemento característico da cultura jurídica que posicionava os juízes como autênticos, nas palavras do autor, “*dominus* do processo”.⁹³

Rafael Ruiz também apontou o arbítrio do juiz como instrumento estrutural e sistêmico de todo o processo judicial. Este autor reforçou que “arbítrio” deve ser entendido não como uma ação caprichosa, mas como um meio de admitir e valorar as provas, orientando a busca pela solução justa e razoável.⁹⁴

Mesmo o arbítrio tendo sido criticado⁹⁵ na reforma legal, proposta por alguns autores do final do século XVIII, era visto como parte da função judicial. O próprio crítico do arbítrio judicial, Lardizábal, reconheceu que este era necessário, principalmente com as lacunas legais e ausência de leis fixas, embora tenha exposto que, em sua percepção, a diversidade de juízes propiciava uma diversidade de penas.⁹⁶

Entendemos que o arbítrio judicial fazia parte da cultura jurídica de Antigo Regime e a jurisprudência também era uma fonte de direito válida nos tribunais.⁹⁷ É importante definirmos o que consideramos aqui como “jurisprudência” para continuarmos a compreender como era o espaço de autonomia e flexibilidade dos juízes.

De acordo com Víctor Tau Anzoategui, a jurisprudência⁹⁸ está relacionada aos critérios de interpretação e com a “missão” atribuída ao juiz dentro do ordenamento.

⁹³ Idem, p.286.

⁹⁴ RUIZ, Rafael. *Pruebas (DCH)*. Max Planck Institute for European Legal History, n. 2019-09. Frankfurt am Main n.09, 2019, p.06.

⁹⁵ Nos referimos à obra de LARDIZABAL Y URIBE, Manuel. *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*. Imp. Ibarra, Madrid, por Don Joachim Ibarra. 1782, especialmente as páginas p.70-71, item 33. Lardizábal, como crítico das leis penais, pensando na reforma do sistema, sem representar o que os juízes faziam, dentro do que estamos estudando, ele defendeu que deixar para o arbítrio dos juízes a imposição das penas causaria muitos males à sociedade porque os magistrados agiriam com caprichos, malícias e ignorância, afetando a vida, honra e bens dos indivíduos, provocando insegurança e incertezas.

⁹⁶ LARDIZABAL Y URIBE, Manuel. *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*. Imp. Ibarra, Madrid, por Don Joachim Ibarra. 1782, p.71, item 33-34. na ausência de leis fixas, ou quando estas eram obscuras, fazia-se necessário deixar para o “inconveniente arbítrio judicial”. Lardizábal criticou a legislação criminal, incentivando a sua reforma, e apontou que o constante uso do arbítrio nos tribunais poderia levar à impunidade dos delitos, ou à variedade de penas castigando um mesmo delito

⁹⁷ TAU ANZOATEGUI, Víctor. *La jurisprudencia civil en la cultura jurídica argentina (s. XIX-XX)*. **Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, vol. 40, n. 1, 2011, pp. 53-110, p.54. A jurisprudência, segundo Víctor Tau Anzoategui, como conhecemos hoje no mundo forense, é recente, contudo, o conceito em si, possui raízes antigas.

⁹⁸ TAU ANZOATEGUI, Víctor. *La jurisprudencia civil en la cultura jurídica argentina (s. XIX-XX)*, 2011, *op. cit.*, p. 55. Nos textos analisados pelo autor, como dicionários, vocabulários e livros didáticos usuais no mundo hispânico, sobressaia para o conceito de jurisprudência, a acepção de “ciência do direito”, com clara referência a autores antigos, como Justiniano, e medievais como las Partidas de Alfonso X. Este autor nos informou que também surgiu uma segunda acepção que, com o passar do tempo, foi adquirindo uma entidade própria até converter-se na moderna fonte do direito que hoje conhecemos.

Desse modo, salientou o autor, a jurisprudência foi adquirindo destaque ao ser associada ao papel do juiz, não como mero aplicador do texto legal, mas com uma maior liberdade interpretativa, e conseqüente possibilidade de maior criação jurídica.⁹⁹ Dentre as duas acepções do termo no passar dos anos, partiu-se da definição de que a jurisprudência era uma “ciência ou hábito prático de interpretar as leis retamente e aplicá-las com exatidão aos casos ocorrentes” para uma interpretação das leis, para depois aplicá-las aos casos,¹⁰⁰ definindo assim a jurisprudência como um requisito para um bom jurista.

Vários dicionários, de acordo com sua origem e natureza, apresentaram diferentes definições de jurisprudência. Um específico da primeira metade do século XVIII, estudado por Víctor Tau Anzoategui, conceituou jurisprudência com o significado de “ciência do direito”, e, posteriormente, inseriram outras características que deram a este termo um sentido de fonte do direito,¹⁰¹ considerando um conjunto de decisões judiciais de um tribunal, que é a que consideramos nesta pesquisa.

Posto isso, as fontes normativas do direito possibilitavam aos juízes caminhos diversos sobre um mesmo conflito, orientado pela consciência e interpretação feitas sobre o caso em julgamento, configurando uma outra estratégia retórica nos tribunais.

Pensamos que, fazendo uso dessas ferramentas, se os juízes tinham essa ampla margem de autonomia, então, advogados, defensores e fiscais também faziam uso dela explorando as diversas estratégias jurídicas com a finalidade de convencerem os magistrados da resposta penal mais favorável para sua parte no processo, ainda mais se as leis eram obscuras ou omissas no assunto em litígio, ou se o sistema probatório era insuficiente. Dito de outra forma, a retórica jurídica, desenvolvida durante o processo, influenciava na construção da decisão dos juízes, e aproveitava da insuficiência das provas para condicionarem tais juízos a outras possibilidades prováveis de decisão, uma vez que as leis não eram o único parâmetro a ser seguido.

⁹⁹ TAU ANZOATEGUI, Víctor. *La jurisprudencia civil en la cultura jurídica argentina (s. XIX-XX)*. 2011, *op. cit.*, p. 53-54.

¹⁰⁰ Idem, p.55. Em um outro dicionário consultado por Víctor Tau, definia-se jurisprudência como “princípios que em matéria de direito se seguem em cada país ou em cada tribunal; o hábito que se tem de julgar de tal ou tal maneira uma mesma questão; e a série de juízos ou sentenças uniformes que formam uso ou costume sobre um mesmo ponto do direito”.

¹⁰¹ Idem, p.56. “Una decía: ‘Enseñanza doctrinal que dimanade las decisiones o fallos de autoridades gubernamentales o judiciales’; y la otra sentaba: ‘Norma de juicio que suple omisiones de la ley y que se funda en las prácticas seguidas en casos iguales o análogos’. Un cambio apreciable han tenido estas acepciones en las últimas ediciones del siglo XX del diccionario académico. Por segunda acepción se introdujo esta definición: ‘Conjunto de las sentencias de los tribunales y doctrina que contienen’; por tercera: ‘Criterio sobre un problema jurídico establecido por una pluralidad de sentencias concordes’.

As penas fixadas nos processos criminais analisados respondiam à natureza do delito e ao arbítrio e interpretação dos juízes sobre as circunstâncias delituosas e demais critérios apontados como a condição do réu e da vítima, e os argumentos dos advogados, fiscais e defensores. Encontramos as seguintes penas: penas patrimoniais, como o embargo de bens, penas físicas como açoites em praças públicas, prisão e trabalhos forçados nas terras da coroa, vergonha pública, pena de morte por enforcamento, reclusão no convento e advertência. Embora não estivesse classificada como pena, a prisão preventiva era comumente utilizada nos processos, como uma medida cautelar. O imputado permanecia preso até que se comprovasse sua inocência ou fosse estabelecida a sentença definitiva e a pena. Todos os suspeitos foram presos preventivamente no decurso do processo, e alguns foram absolvidos no final e acabaram sofrendo as consequências do processo penal, perdendo seus trabalhos e não conseguindo prover o sustento de suas famílias. O próprio processo penal castigava seus suspeitos antes da deliberação judicial e da condenação. Citaremos alguns exemplos das penas aplicadas nos processos criminais estudados.

3.3.1 As penas aplicadas nos casos de homicídio

Sobre o homicídio e as suas penas, Juan Posadilla afirmou que este delito correspondia à morte injusta de um homem, sem distinção de gênero e classe social, e a pena para este delito, prevista na Lei 4, Tit. 23. Lib. 8 de la *Recopilacion*, era a pena de morte natural. Um homem que matasse a outro deveria morrer por isso.¹⁰² Uma observação feita por Álvarez Posadilla era a da natureza do crime de homicídio, se era simples ou qualificado, alterando, portanto, a gravidade da pena. Por exemplo, os homicidas aleivosos deveriam ser enforcados e antes arrastados (Lei 10. Tit. 23. Lib. 8 de la *Recopilacion*).¹⁰³

Dos 49 processos criminais analisados, 13 foram registrados como homicídio. Desses 13, 01 correspondia a tentativa de homicídio, restando 12 ações judiciais. Nessas 12 ações, 06 (50%) tiveram como autor do crime homens negros escravos, e 06 (50%) homens indígenas. A pena para o crime de homicídio era a pena ordinária de morte por

¹⁰² ÁLVAREZ POSADILLA, Juan. *Practica criminal por principios, ó Modo y forma de instruir los procesos criminales*, 1796, *op. cit.*, p.388.

¹⁰³ ÁLVAREZ POSADILLA, Juan. *Practica criminal por principios, ó Modo y forma de instruir los procesos criminales*, 1796, *op. cit.*, p.389.

forca. Em todos os processos estudados, o fiscal do crime pediu a mesma punição, independente da etnia e do grupo social julgado. Contudo, das 12 causas, apenas 04¹⁰⁴ (33,3%), sendo duas ações com réus negros escravos e duas com réus indígenas, foram punidas com o castigo previsto legalmente: pena ordinária de morte, com o corpo arrastado pelas ruas até chegar à praça pública e concluir a sentença executória pela morte em forca. Cinco¹⁰⁵ causas (41,6%) tiveram a sentença reformada e a pena atenuada de morte para desterro com trabalho forçado. Em duas causas (16,6%) os réus, negros escravos, foram absolvidos por falta de prova,¹⁰⁶ e uma causa criminal¹⁰⁷ (8,3%) ficou inconclusa porque os réus, homens indígenas, fugiram e a condenação não pode ser executada e o processo foi arquivado 10 anos depois.

É interessante analisar as causas criminais de homicídio que tiveram a sentença reformada e a pena modulada. Elas corresponderam à maioria dos pleitos de homicídio julgados na Real Audiência de Lima, entre 1728 e 1800, envolvendo vítimas mulheres. Nestes cinco processos, em 03 os réus eram homens indígenas, e em 02, negros escravos. O motivo para a revisão da sentença era a falta de provas e a discordância de votos entre os ministros. A incerteza não permitia aos juízes liminhos condenar na pena máxima os réus, por isso, era mais confortável e seguro em consciência, determinar um castigo mais brando do que matar a um inocente. A certeza tem de ser mais clara que a luz do meio dia, como citamos acima, uma frase de Posadilla, ao se referir à prova e a sua relação com a luz.

Esta análise nos leva a confirmar o observado por Rafael Ruiz e Alejandro Agüero e mencionado anteriormente, de que o sistema probatório era insuficiente e os juízes arbitravam sobre as penas. Porém, ressaltamos que a falta de provas levava à insegurança jurídica, à incerteza sobre os fatos e a autoria do crime, e, muitas vezes, as provas testemunhais eram ineficazes e desqualificadas nos processos. Tudo isso gerava uma dúvida razoável nos juízes, e nestas situações, a solução orientada tanto pela legislação quanto pela teologia moral cristã, era a proibição da condenação de um inocente. Os juízes não podiam condenar se as provas não fossem claras, evidentes, e seriam culpados e incorreriam em pecado de consciência se o fizessem. Os juízes não

¹⁰⁴ AGN R.A. causas criminais L04 C28, 1729; L23 C260, 1761; L74 C900, 1792; L86 C1067, 1798.

¹⁰⁵ AGN R.A. causas criminais L.03 C.18, ano 1730; L.05 C.40, ano 1732; L.20 C.230, ano 1758; L.57 C.669, ano 1785; L.62 C.721, ano 1788.

¹⁰⁶ AGN R.A. causas criminais L.09 C.80, ano 1742; L.90 C.113, ano 1800.

¹⁰⁷ AGN R.A. causas criminais L.81 C.1003, ano 1795.

podiam causar uma injustiça em cima de outra provocada pela incerteza, ou falta de provas suficientes para a condenação do imputado. Desse modo, os juízes prudentes e conscientes, ao fazerem uso de seus arbítrios, equilibravam o sistema jurídico conferindo, pelo bom senso e pela moral cristã, o elemento faltante no processo penal de Antigo Regime.

Rafael Ruiz afirmou que, na apreciação das provas, cabia ao juiz o arbítrio e a prudência para que o processo não se transformasse em dilações desnecessárias.¹⁰⁸ O autor explicou que o juiz devia sentenciar segundo a sua consciência, informada pelo direito, pelo justo, e não apenas pela lei, e, sentenciar conforme o alegado e provado. Isso quer dizer que, se havia falta de provas e as alegações eram fracas, a consciência do juiz o orientava em sua decisão. Nas palavras de Rafael Ruiz, “o juiz podia ir além da verdade formal aduzida pelas provas, para chegar à verdade em direito, ou seja, a certeza jurídica”.¹⁰⁹

3.3.2 As penas aplicadas nos casos de estupro

Encontramos, entre 1728 e 1800, 14 processos criminais registrando o crime de estupro ou sedução. As reparações dadas para estes crimes na Real Audiência de Lima eram: dote,¹¹⁰ casamento¹¹¹, prisão¹¹² e desterro.¹¹³ O dote e o casamento não eram, tecnicamente penas, mas medidas de reparação do dano causado pelo estupro. A pena se diferenciava da reparação em relação ao que se dirigia exclusivamente à vítima. Nesse sentido, o dote e o casamento não eram, necessariamente penas impostas pelos juízes, embora eles pudessem aplicá-las, mas bem formas de resolver o pleito à margem das penas.¹¹⁴ O dote era oferecido como forma de reparação do dano causado quando o estupro provinha de uma falsa promessa de casamento. Uma outra solução apresentada para o crime de estupro, era a oficialização do casamento do réu como a suposta vítima, e nesses casos, a ação era sempre pleiteada pelos pais da mulher. O desterro foi a

¹⁰⁸ RUIZ, Rafael. *Pruebas (DCH)* Frankfurt am Main, 2019, *op. cit.*, p.11.

¹⁰⁹ *Idem*, p.06.

¹¹⁰ AGN R.A. causas criminais, L.18, C.209, Ano 1756; L.56, C.651, Ano 1785.

¹¹¹ AGN R.A. causas criminais, L.84, C.1032, Ano 1797.

¹¹² AGN L.75, C.916, Ano 1793.

¹¹³ AGN R.A. causas criminais, L.13, C.135, Ano 1750; L.15, C.161, ano 1752; L.18 C.209, ano 1756; L.42, C.495, Ano 1779; L.86, C.1070, Ano 1798.

¹¹⁴ Agradeço ao comentário e esclarecimento do professor Alejandro Agüero sobre este tema e pela leitura atenta deste meu capítulo.

punição mais aplicada para os casos registrados de estupro. A duração do desterro variava de 2 meses até 10 anos dependendo da idade do réu condenado, das condições sociais e conduta das partes, se a vítima era virgem ou não, e das circunstâncias do delito.

Dos 14 expedientes criminais, 05 (35%) foram punidos com o desterro. Nestes cinco, em 02 casos os réus eram homens indígenas,¹¹⁵ e nos outros 03, homens mestiços livres.¹¹⁶ Em apenas 01(7,14%) processo criminal a solução para o estupro foi o casamento. Esta ação foi movida pelo pai da suposta vítima de estupro e envolveu homens brancos, ricos e espanhóis. O réu foi absolvido do crime mediante casamento. Em 02 (14,28%) processos os réus foram absolvidos por falta de prova.¹¹⁷ Estas ações foram movidas pelos pais das mulheres, supostamente, estupradas, buscando um dote ou o casamento para as filhas. O interessante dessas causas, além da absolvição dos imputados, é a entrada das supostas estupradas ao convento e o acolhimento da Igreja. Nessa perspectiva, considerando a sociedade católica da época, o estabelecido às mulheres servia como um respaldo social porque ninguém mais desejaria casar-se com uma virgem deflorada, nem os pais a aceitariam, e se não fossem ao convento, para onde mais poderiam ir? Em apenas 01 (7,14%) ação judicial o castigo foi com a prisão do réu por 2 anos.¹¹⁸ Esta causa tinha como réu um menino de 16 anos, mulato livre, e a vítima do estupro era uma menina de 08 anos de idade, também mulata livre. Outros dois casos (14,28%) de estupro a causa ficou sem sentença e foi suspensa. Em uma o réu, homem indígena, fugiu,¹¹⁹ e na outra, o mulato marinheiro,¹²⁰ o processo foi encaminhado a outro tribunal competente.

Percebemos que as causas criminais de estupro tiveram soluções adequadas ao grupo social que pleiteava a ação ou segundo as condições da vítima. Muitos pais moviam buscaram o casamento ou o pagamento do dote para as suas filhas por meio do tribunal. Em alguns casos, os homens estavam ajudando as meninas a fugirem da casa de seus pais e a sair do poder pátrio. Em outros processos, a mulher foi enganada pelo pretendente ao casamento, engravidou e pediu o dote e a pensão alimentícia como

¹¹⁵ AGN R.A. causas criminais, L.13, C.135, Ano 1750; L.15, C.161, Ano 1752.

¹¹⁶ AGN R.A. causas criminais, L.18, C.209, Ano 1756; L.42, C.495, Ano 1779; L.86, C.1070, Ano 1798.

¹¹⁷ AGN R.A. causas criminais, L.09, C.79, Ano 1742; L.84, C.1034, Ano 1797.

¹¹⁸ AGN R.A. causas criminais, L.75, C.916, Ano 1793.

¹¹⁹ AGN R.A. causas criminais, L.85, C.1051, Ano 1797.

¹²⁰ AGN R.A. causas criminais, L.80, C.980, Ano 1795.

reparação pelo dano sofrido. Como esse crime era de difícil comprovação, e a situação da mulher alterava a tipicidade criminal, uma “sedução”, bem como a falsa promessa de casamento, eram qualificadas como estupro. A tipicidade criminal dependia da validação da virgindade da mulher e as penas respondiam à natureza e circunstâncias do crime.

3.3.3 As penas aplicadas nos casos de agressão

Encontramos 20 casos registrando o delito de agressão, maus-tratos, golpes, feridas, açoites e espancamento de mulheres levados à Real Audiência de Lima. Algumas denúncias acumulavam tipos criminais diferentes em uma mesma queixa, como por exemplo, agressão e estupro. De forma geral, todos os casos envolvendo agressões com réus negros livres e escravos, indígenas e homens brancos, a punição foi a prisão com custas processuais, representando 11 de 16 casos (68,75%). Apenas um (6,25%) teve como castigo o desterro¹²¹ e outros 04 (25%) processos tiveram resoluções variadas, como a mulher ser obrigada a viver com seu legítimo marido¹²²; o réu ser considerado louco;¹²³ os querelantes foram punidos sendo expulsos da cidade por moverem a ação contra o Governador por agressão;¹²⁴ e extinção da causa por não apresentar aspectos de criminalidade.¹²⁵ O tempo de prisão nem sempre estava estabelecido. Quando o réu era negro e escravo, junto com a prisão tinha o castigo de açoites em praça pública.¹²⁶ E os motivos das agressões eram diversos, como brigas entre casais e amantes; brigas entre vizinhos; brigas por bens divididos e injúrias e calúnias que levaram à agressão física.

Um aspecto relevante era a atenuação da pena. Nos processos criminais, às vezes, a não compreensão da criminalidade de um ato estava no desconhecimento de um fato pontual. Por isso, a categoria de “miseráveis” possibilitava um meio de se obter a piedade dos alcaides.¹²⁷ Miseráveis ou também, conhecidos como rústicos, conforme

¹²¹ AGN R.A. causas criminais, L.41, C.486, Ano 1778.

¹²² AGN R.A. causas criminais, L.65, C.761, Ano 1789.

¹²³ AGN R.A. causas criminais, L.76, C.877, Ano 1792.

¹²⁴ AGN R.A. causas criminais, L.91, C.117, ano 1800. Este processo judicial foi analisado profundamente no sexto capítulo.

¹²⁵ AGN R.A. causas criminais, L.71, C.862, Ano 1791.

¹²⁶ AGN R.A. causas criminais, L.63, C.739, Ano 1788.

¹²⁷ Sobre este assunto, ver HESPANHA, Antonio Manuel. *Sábios e rústicos: a violência doce da razão jurídica*. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 25/26, dezembro 1988, pp. 31-60, p.41. Antonio

Antonio Manuel Hespanha. Os rústicos eram uma “criatura franca, ingênua, incapaz de malícia, desprovida de capacidade de avaliação exata das coisas em termos econômicos e, por isso, suscetível de ser enganada”.¹²⁸ Este tipo “rústico”, diferia do ignorante e grosseiro, ou aquele ser incapaz de se exprimir corretamente e de compreender a vida jurídica. Hespanha o equipara ao pobre. O ignorante era o pobre, “cujas causas nunca atingiam uma importância que justificasse as formalidades solenes de um julgamento”.¹²⁹ Nesta perspectiva, Antonio Manuel Hespanha salientou que a realidade jurídica do mundo rústico era banalizada e pouco fundamentada nos princípios da pluralidade, mas com um caráter paternalista e protetor, justificado pela ignorância e rusticidade.¹³⁰

De acordo com Lucas Rebagliati, uno dos privilégios de ser um miserável era a atenuação da pena.¹³¹ Este autor afirmou que os defensores de pobres não imploravam por um estrito cumprimento da lei, mas apelavam para a misericórdia do juiz no momento da decisão. Para ele, “em uma sociedade na qual a justiça e a piedade se entrelaçavam, a clemência e o perdão aos vassalos eram parte intrínseca do sistema e não uma deformação do mesmo, sobretudo tendo em conta que se tratava de uma justiça de juízes e não de leis”.¹³² Nesse sentido, Alejandro Agüero apontou que a boa administração da justiça e a repressão dos delitos/pecados, eram ações promovidas com a finalidade de evitar males coletivos, conseguindo o favor da misericórdia divina.¹³³ Desse modo, a intervenção da jurisdição criminal ocorria ainda que sem a existência de

Manuel Hespanha reforçou a figura dos “rústicos”, aqueles homens rudes, ignorantes e afastados das cidades, que, longe de conter uma referência ao mundo rural, continha uma conotação “nitidamente pejorativa equivalente a ‘grosseiro’, ‘rude’ e ‘ignorante’ por oposição a um ideal de cultura literária que, cada vez mais, se vinha impondo. [Embora há uma versão mais atualizada da obra, feita em 2017, não tivemos acesso a ela].

¹²⁸ HESPANHA, Antonio Manuel. *Sábios e rústicos: a violência doce da razão jurídica*. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 25/26, dezembro 1988, p. 42.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ HESPANHA, Antonio Manuel. *Sábios e rústicos: a violência doce da razão jurídica*. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 25/26, dezembro 1988, p. 42-43. “O próprio estatuto dos rústicos, com tudo o que de discriminatório contém, é, aparentemente, um estatuto protector cuja nota saliente é o reconhecimento do carácter justificativo da ignorância e da rusticidade. Isto traduzia-se num regime mais favorável para os rústicos, validando actos que de outro modo seriam nulos, admitindo a restituição em casos onde geralmente não seria admitida, despenalizando factos puníveis noutras circunstâncias (...)”.

¹³¹ REBAGLIATI, Lucas. “Estrategias retóricas y cultura jurídica en el Buenos Aires virreinal”, 2016, *op. cit.*, p. 150.

¹³² REBAGLIATI, Lucas. “Estrategias retóricas y cultura jurídica en el Buenos Aires virreinal”, 2016, *op. cit.*, p. 151.

¹³³ AGÜERO, Alejandro. *Castigar y perdonar cuando conviene a la Republica*, 2008, *op. cit.*, p. 236.

elementos indicadores da conduta delituosa e do fato, ou da compreensão dos danos e da causalidade.

Um processo que exemplifica esta ampla margem de atuação dos juízes em matéria penal é a causa seguida pela índia Simona Ramírez contra o alcaide ordinário do povoado, Vicente Robles, por açoitá-la, o que teria ocasionado no aborto de seu filho, em 1782, no Povoado de Lurin.¹³⁴ Simona Ramírez alegou que o alcaide invadiu sua casa enquanto ela dormia, a levou para fora, retirou suas roupas e a açoitou nove vezes como punição pelo amancebamento que levava com outro homem que não era o seu legítimo marido.¹³⁵ Simona foi representada pelo defensor de pobres, Toríbio Ramos. Este apresentou ao tribunal outros julgados evidenciando o abuso de autoridade e excesso de jurisdição do alcaide no castigo de índios.¹³⁶ A contraparte alegou que os açoites dados à querelante eram costumeiros para a administração da justiça e que a “Lei Real de Índias” conferia autoridade e jurisdição para os alcaides reprimirem os índios, e que a índia Simona havia agido com malícia e espírito de vingança.¹³⁷

Foi proferido um mandamento de prisão contra o alcaide, mas essa decisão foi revogada e a causa foi encerrada sem outra sentença.¹³⁸ A grande pergunta deste processo é: o alcaide, juiz inferior, teria se excedido nos açoites propinados à índia Simona Ramirez? Essa punição estava prevista nas leis ou costumes, ou ele atuou dentro da margem que seu cargo dispunha para repreender arbitrariamente a índia? Qual era o limite da jurisdição dos juízes na falta da legalidade processual? Quem cometeu o crime mais grave? A conduta de Simona justificava os açoites recebidos sem o caso ser levado ao tribunal?

A tipificação das faltas e delitos, e, a fixação das penas correspondentes, eram estabelecidas pelas diversas Ordenações do século XVI e do XVIII, e, para os escravos, no Código Negro de 1784. Concepción García-Gallo afirmou, após analisar tais ordenamentos e as leis de *Partidas*, que as faltas e delitos cometidos por escravos eram castigados com mais rigor e os cometidos por livres.¹³⁹

¹³⁴ AGN R.A. causas criminais, L.51, C.590, Año 1782, Pueblo de Lurin.

¹³⁵ AGN R.A. causas criminais, L.51, C.590, f.2v.

¹³⁶ AGN L.51, C.590, f.27r.

¹³⁷ AGN L.51, C.590, f.20 -f.22r.

¹³⁸ AGN L.51, C.590, f.27v.

¹³⁹ GARCÍA-GALLO, Concepción. *Sobre el ordenamiento jurídico de la esclavitud en las Indias españolas*. **Anuario de Historia del Derecho español**. Instituto Nacional de Estudios jurídicos. Tomo L, Madrid, 1980, p. 1033.

Bianca Premo¹⁴⁰ analisou os castigos aplicados às pessoas com a pátria potestade proveniente da lei romana imperial e apropriada nas *Siete Partidas* no século XIII. Esse poder, de um homem sobre seus subordinados, de um pai sobre sua família, de um amo sobre seu escravo e do rei sobre seus súditos, foi exercido nos mais variados níveis sociais. Bianca Premo afirmou que, baseado no previsto nas *Siete Partidas* (Part. VI, Tít. XVII, Ley III), os pais tinham, como parte de pátrio poder, o direito e a obrigação moral e civil, de castigar os seus filhos.¹⁴¹ De acordo com esta autora, na segunda partida, o uso oficial da violência, ou seja, o castigo dos súditos pelo rei ou seus juízes, deveria ser compatível a de um pai que criava os seus filhos com amor e os castigava com clemência (Partida II, Tít. X, Ley II). Contudo, a autora ressalta uma contradição na lei espanhola. Bianca Premo, utilizando o comentário de Machado de Chávez, destacou que o castigo dos filhos deveria ser “moderado” e fundado em um espírito de “correção paternal”, como deveria ser, segundo esta mesma lógica, o castigo dos súditos. Mas, ao mesmo tempo, o direito previa o “castigo atroz” como parte do poder político.¹⁴²

Alejandro Agüero, comentando sobre o processo e a repressão informal, entre a justiça e a disciplina, o governa da república e o governo da casa, afirmou que os mesmos esquemas conceituais que assimilavam um a outro governo, valiam tanto para atribuir à monarquia umas faculdades extraordinárias, enquanto se afastavam da ordem da justiça, sob forma de uma *potestas econômica*, que projetava desde o século XVI, a representação unitária do reino, “considerado um espaço doméstico do rei, cujo governo pertencia ao monarca em qualidade de pai de família”.¹⁴³

¹⁴⁰ PREMO, Bianca. *Pena y protección: delincuencia juvenil y minoridad legal en Lima virreinal, siglo XVIII*. **Histórica** XXIV.1, 2000, pp.85-120.

¹⁴¹ PREMO, Bianca. *Pena y protección: delincuencia juvenil y minoridad legal en Lima virreinal, siglo XVIII*. **Histórica** XXIV.1, 2000, pp.85-120, p.89.

¹⁴² GARRIGA ACOSTA, Carlos. *Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen*. **Istor: Revista de historia internacional**, año IV, número 16, 2004, p. 10. Nesta perspectiva política e jurídica, temos que pensar e criticar o papel do “Estado” na consolidação do direito, deveres e obrigações da sociedade moderna. Carlos Garriga questionou o conceito de “Estado Moderno” e suas implicações no Antigo Regime, discutindo tal noção pela historiografia. O autor concluiu que a “construção da história política e jurídica da idade moderna em torno da noção de Estado determina, ou orienta, temas e perspectivas que diluem a dimensão política do Antigo Regime, na genealogia do Estado, reduzindo e até deformando a perspectiva”

¹⁴³ AGÜERO, Alejandro. *Castigar y perdonar cuando conviene a la Republica*, 2008, *op. cit.*, p.440.

Comentando sobre o papel político¹⁴⁴, Alfredo Moreno Cebrián demonstrou que a cidade de Lima recebeu algumas estratégias de controle da segurança e manutenção da ordem pública nos espaços públicos¹⁴⁵. A ordem pública da cidade de Lima era uma preocupação do legislador que entendia ser essencial a vigilância dos espaços e suas ocupações bem definidas. Os lugares de bebidas, de jogo, delinquência e de pessoas sem ocupação, bem como as casas, hospedarias, *pulperías*, bodegas, *alogerías* eram visitadas com a intenção de se averiguar a qualidade das pessoas que ocupavam os espaços e quais relações eram exercidas nestes ambientes¹⁴⁶.

As práticas repressivas executadas nestes espaços, bem como nas casas, podem ser interpretadas como forma de a república exercer seu poder jurisdicional nessas esferas, reafirmando ser a justiça uma necessidade de cada república. De acordo como Agüero, “(...) os argumentos normativos surgiam da crença na própria capacidade da república para ajustar suas pautas de justiça, como um reflexo da persistente vinculação entre jurisdição e território e suas consequências em termos de produção de direito”.¹⁴⁷

De acordo com Alfredo Cebrián, o alcaide de *cuartel* era o responsável pela apreensão dos delinquentes encontrados em flagrante delito. O alcaide do crime representava a instância máxima que poderia exercer a prisão e depois efetuar uma sumária relação jurada, com o exame das testemunhas presenciais, diante do escrivão, seguindo o rito processual. Cabe ressaltar a diferença que havia entre os alcaides. Havia o alcaide ordinário, que era um juiz do *cabildo*, um ofício de república, e o alcaide do crime, que era o juiz da Audiência. Contudo, para que a ordem pública fosse mantida, eram necessárias várias rondas de vigilância pelos bairros e com pessoas armadas.¹⁴⁸ O autor mencionou que a simples presença de homens negros nas ruas a partir das dez da noite era considerada um delito, e estes chegavam a receber como punição oito dias de

¹⁴⁴ GARRIGA ACOSTA, Carlos. *Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen*. **Istor: Revista de historia internacional**, año IV, número 16, 2004, p. 10. Como apontou Garriga, em qualquer análise e discussão sobre a construção do “Estado” tem-se que reconstruir o processo de concentração de poder, considerando os mecanismos de intervenção administrativa e os dispositivos garantistas da defesa dos direitos, bem como o poder jurisdicional, como parte ou resistência na construção do “Estado”.

¹⁴⁵ Sobre este assunto, ver: LEMPÉRIÈRE, Annick. *Entre Dios y el rey: la república. La ciudad de México de los siglos XVI al XIX*. Fondo de Cultura Económica, México 2013.

¹⁴⁶ CEBRIÁN, Alfredo Moreno. *Cuarteles, barrios y calles de Lima a fines del siglo XVIII*. p.106.

¹⁴⁷ AGÜERO, Alejandro. *Castigar y perdonar cuando conviene a la Republica*, 2008, *op. cit.*, p. 411.

¹⁴⁸ CEBRIÁN, Alfredo Moreno. *Cuarteles, barrios y calles de Lima a fines del siglo XVIII*. p.106.

serviço forçado nas obras públicas, se não estivessem armados, o que os levaria imediatamente para a prisão.¹⁴⁹

Este pensamento confirma o modelo de comportamento implantado pelo Antigo Regime e a presente desigualdade social que colocava cada um em seu lugar destinado.

Para a compreensão dos delitos e das penas impostas, percebemos que era fundamental o processo em sua fase plenária, com a exposição das provas e comprovação dos fatos, materialidade e autoria do delito. Não há como falar em penas fixadas sem que estas fossem provadas no processo. Neste sentido, além das leis penais, para estabelecer uma pena justa e proporcional, os juizes se regulavam e amparavam em doutrinas, pareceres e opiniões de doutores. Tal procedimento de orientação dos magistrados, não respondia apenas a uma preocupação moral em consciencia, embora esta, como queremos enfatizar ao longo desta pesquisa, era extremamente importante e coagia os juizes a agirem retamente. Mas condicionado à uma punição, caso a decisão judicial fosse maliciosa, ou não orientada.

Posadilla afirmou que a sentença deliberada contra a lei, ainda que fosse proveniente de um juiz letrado, era nula. Isso porque o que se fazia ou decidia contra o direito, configurava *ex ipso jure nulo*, sentenciando contra leis vivas na Espanha.¹⁵⁰

A atuação dos juizes em relação às penas sentenciadas, também foi normatizada como os próprios delitos e penas. A Lei 25. Tit. 22 da Partida 3 estabelecia uma punição aos juizes que impusessem a pena de morte ou perda de membros, de modo malicioso. Estes magistrados podiam ser condenados à pena de talião e ao desterro.¹⁵¹ Contudo, a lei não era clara em relação à tomada de decisão em casos de ignorância do juiz. Posadilla mencionou a esse respeito que: “(...) eu julgo que os juizes, que por ignorância executavam as penas, fossem de tortura ou de açoite, contra o teor das leis, deveriam ser castigados com a pena arbitrária, segundo a mais crassa ignorância e circunstâncias dos

¹⁴⁹ Ibidem.

¹⁵⁰ ÁLVAREZ POSADILLA, Juan. *Practica criminal por principios, ó Modo y forma de instruir los procesos criminales*, 1796, *op. cit.*, p. 467. “(...) y dícense Leyes vivas las contenidas en los cuerpos de nuestra Legislación, que no haya otra en contrario mas moderna; à esta nulidad se le suele dar el nombre de injusticia notoria; pero hecha por el Juez inferior, ó se puede apelar de ella, ó decir de nulidad en la forma que de las demás nulidades, y quando es por Tribunal de que no se dé apelación, súplica ni recurso de nulidad (...)”.

¹⁵¹ ÁLVAREZ POSADILLA, Juan. *Practica criminal por principios, ó Modo y forma de instruir los procesos criminales*, 1796, *op. cit.*, p. 368.

juízes e dos réus (...).¹⁵² Desse modo, a decisão judicial tinha que ser prudente e orientada em caso de dúvidas porque a malícia era punida.

3.4 As mulheres nos tribunais. Causas criminais movidas por mulheres na Real Audiência de Lima, vice-reinado do Peru, 1728 a 1800

Em nosso recorte de 49 processos, as mulheres foram autoras da maioria das causas criminais levadas à Real Audiência de Lima. Dentro desse quadro, as mulheres brancas representaram 55% das ações judiciais, seguidas pelas indígenas 28% e negras escravas 17%. Num total geral, envolvendo causas movidas por homens e mulheres, as mulheres brancas e indígenas superaram os números dos homens brancos e indígenas. Este número revela que as mulheres, nesta nossa amostra, utilizaram mais do tribunal de justiça do que os homens, considerando também as causas seguidas de ofício. E isso não significa que elas tinham mais condições financeiras ou respaldo jurídico, pelo contrário, numa sociedade colonial desigual, na qual as relações de poder eram, majoritariamente patriarcais, as mulheres eram mais violentadas e abusadas que os homens.

Além da perspectiva criminal da violência cometida contra as mulheres, estas acessavam a justiça como autoras das ações, como mães representando as filhas, ou mesmo como proprietárias de escravas defendendo-as das agressões e representando-as em caso de homicídio. As mulheres utilizavam o meio jurídico para buscar um efetivo espaço de direito, espaço este que não lhes era garantido pelas relações familiares. O fato de as mulheres acessarem a justiça demonstra uso que elas fizeram desta instituição jurídica como um recurso social de defesa de direitos e reconhecimento de liberdades individuais e sociais.

A seleção feita neste estudo, infelizmente, não dá conta de todas as causas pleiteadas por mulheres de qualquer casta ou lugar social. Seleccionamos, transcrevemos e analisamos 49 processos, e desses 49, 19 foram movidos por mulheres. Contudo, realizamos um levantamento no *Archivo General de la Nación* -AGN, de 248 processos criminais da sessão- Real Audiência de Lima, fundo – causas criminais, entre 1701 a

¹⁵² ÁLVAREZ POSADILLA, Juan. *Practica criminal por principios, ó Modo y forma de instruir los procesos criminales*, 1796, *op. cit.*, p. 368.

1801. Deste total de 248 expedientes judiciais, 88¹⁵³ (35,48%) ações foram movidas por mulheres, 53 (21,37%) dos processos consultados os autores foram homens, 107 (43,14%) foram causas seguidas de ofício contra homens e mulheres. Embora não possamos determinar a casta e o lugar social de todas estas mulheres nos 248 expedientes envolvendo violência, podemos afirmar, com certeza, que as mulheres buscaram, expressivamente, a justiça para reafirmar lugares de direito e denunciar o abuso, as agressões e os crimes cometidos contra elas ao contrário do que se imaginava para a época.

As mulheres, no vice-reinado do Peru, durante o século XVIII, não ficaram à margem da justiça. Elas lutaram por seus direitos e demonstraram serem capazes e capacitadas juridicamente de pleitear por suas liberdades e reclamar por seus direitos. As mulheres não aceitaram quietas os sofrimentos impostos a elas. Elas se expuseram juridicamente, diante de juízes, fiscais, alcaides, advogados e ministros, enfrentaram e custearam processos criminais passando por todos os procedimentos processuais porque encontraram nos tribunais um meio de lutar pela justiça social.

A beleza de se estudar a prática forense por fontes jurídicas está, além de conhecer a sociedade, seus conflitos e o que esta sociedade decidia reclamar nas audiências, em perceber o quanto as pessoas recorriam ao sistema jurídico, e via nele uma promessa de vida mais justa, ainda mais num contexto colonial. Mesmo com todas as adversidades criadas pelas circunstâncias, as mulheres denunciaram e acusaram, dentro dos tribunais, a sociedade que viviam, confiando na justiça e no direito. Elas confrontaram e denunciaram os costumes, as tradições, as relações de poder, e até mesmo as leis, normas e doutrinas jurídicas, utilizando a própria justiça como ferramenta e instrumento social. É claro que as mulheres não ganharam todas as causas que moveram. Muitas delas viram suas causas reverterem-se contra elas mesmas, ao serem acusadas de provocar, e merecer, a violência que denunciavam. Contudo, a queixa existiu e o processo refletiu o pensamento do século XVIII, sobressaindo a opinião mais forte e convincente ao juiz sobre os padrões sociais. Desse modo, o juiz agia movido pelo patriarcado da época e também, pela misericórdia e benignidade com aspectos mais suaves da teologia moral.

¹⁵³ Este número contempla as ações movidas pelas mulheres e não inclui as causas seguidas de ofício em favor das mulheres.

Contudo, abordando a questão do gênero feminino nos tribunais limenhos, não podemos generalizar as mulheres. As diferenças sociais, étnicas, culturais, econômicas diferenciavam as mulheres, inclusive, dentro de uma mesma casta ou etnia, conforme discutido no item anterior. O fato de elas serem a maioria da população de Lima, e a maioria nos expedientes criminais analisados demonstra, de antemão, que lutavam por justiça e denunciavam algum tipo de abuso, delito e violência independente da casta e do lugar social que ocupavam. Todavia, muitas escravas tiveram suas causas pleiteadas por suas amas, suas donas as representavam juridicamente e arcavam com o processo criminal.

Alguns historiadores têm se dedicado ao estudo das mulheres nos tribunais limenhos. O tema das mulheres na América colonial é trazido para explicar ou justificar a vida cotidiana, a violência que elas sofriam, as suas fragilidades, limites, costumes, para reforçar o valor social e econômico do matrimônio e dar o tom nas discussões sobre honra e prestígio social, mas poucos focaram no protagonismo feminino nos expedientes judiciais.

Nessa perspectiva, é interessante a obra de Bernard Lavallé¹⁵⁴ ao tratar dos argumentos utilizados para a fundar a desigualdade nas relações entre homens e mulheres pelo estudo dos *esponsales*, no não cumprimento da promessa de matrimônio. Segundo este autor, a preocupação pela real desigualdade entre os gêneros não afetava apenas espanhóis ou mestiços. Todas as pessoas de qualquer nível social e pertencimento étnico eram afetadas pelo argumento desigualdade entre homem e mulher como justificativa para contrair matrimônio.¹⁵⁵

Lavallé indicou que a maioria das vezes o noivo escolhia não se casar com uma mulher social e etnicamente inferior a ele, e negava em absoluto a possibilidade de um casamento.¹⁵⁶ Contudo, para além dos prejuízos étnicos, os expedientes estudados por Lavallé são importantes por trazerem, mediados pelos advogados, a voz das mulheres que, apesar de enfrentar muitos assuntos difíceis, posicionavam-se frente às suas expectativas jurídicas e direitos.

¹⁵⁴ LAVALLÉ, Bernad. “El argumento de la notoria desigualdad en la relación de pareja (Lima y Quito, siglos XVII y XVIII)”, In: O’PHELAN GODOY, Scarlett (dir); et al. *Familia y vida cotidiana en América Latina siglos XVIII-XX*. Lima. Institut français d’études andines, 2003, pp.231-252.

¹⁵⁵ Idem, p.230.

¹⁵⁶ LAVALLÉ, Bernad. “El argumento de la notoria desigualdad en la relación de pareja (Lima y Quito, siglos XVII y XVIII)”, In: O’PHELAN GODOY, Scarlett (dir); et al. *Familia y vida cotidiana en América Latina siglos XVIII-XX*. Lima. Institut français d’études andines, 2003, p. 231.

Bernard Lavallé reforçou que no final do século XVII, para os demandantes, o carácter étnico estava esquecido, deixado de lado. Em contrapartida, valorizava-se a posição social e o status da família como um local de distinção, direitos e privilégios. Nossa pesquisa sobre os processos criminais na Real Audiência de Lima também revelaram o uso constante da distinção social e do vínculo familiar geracional como argumento capaz de provar e validar a qualidade da declaração pronunciada em julgamento. As pessoas em litígio apoiavam-se nos critérios da desigualdade e da distinção social como meio de prova que validava a sua credibilidade e reforçava a aparência criada de “boa pessoa” com linhagem, educação e reputação.¹⁵⁷ Nesse sentido, a inferioridade das mulheres e a ordem social eram argumentos jurídicos eficazes no discurso jurídico e amplamente utilizados pelos advogados. Porém, não podemos generalizar as respostas judiciais a tais retóricas. Cada juiz poderia sentenciar se convencido em um ou outro elemento apresentado pelas partes. Os juízes avaliavam outros aspectos além da reputação, honra, cor da pele e poder masculino.

Pilar Gonzalbo Aizpuru,¹⁵⁸ estudando as mulheres de Nova Espanha, teve o cuidado de não as generalizar e nem as colocar na grande categoria “mulheres”, como se esta classificação abrangesse todas as particularidades dos diferentes grupos sociais femininos em comparação aos masculinos. Esta autora estudou a vida cotidiana e a educação dessas mulheres em suas particularidades, salientando as distinções dadas pela ordem social e etnia, e tal trabalho é de extrema importância para a história de gênero.

Comentando sobre a presença das mulheres indígenas viúvas nos tribunais, Pilar Gonzalbo defendeu que estas, muitas vezes incorporadas aos costumes de seus maridos defuntos, tinham consciência dos direitos que lhes assistiam como legítimas herdeiras e moviam muitas ações na Real Audiência.¹⁵⁹ Tais mulheres eram capazes juridicamente para herdar, reclamar e ostentar os correspondentes títulos, mas isso não levou a uma autonomia real e nem a uma igualdade para tomar decisões práticas, uma vez que, pela tradição, os bens da mulher eram controlados pelo marido.¹⁶⁰

¹⁵⁷ Trataremos sobre este assunto no quarto capítulo onde aprofundaremos as questões das provas e os meios probatórios nos processos judiciais.

¹⁵⁸ GONZALBO AIZPURU, Pilar. *Las mujeres en la Nueva España: educación y vida cotidiana*. 1ª ed. - El Colegio de México, 1987.

¹⁵⁹ GONZALBO AIZPURU, Pilar. *Las mujeres en la Nueva España: educación y vida cotidiana*. 1ª ed. - El Colegio de México, 1987, p.46-47.

¹⁶⁰ Idem, p.47.

Marisol Acosta e Frans Espezua estudaram a questão de gênero e a criminalidade em Cusco no século XVIII. Contextualizando este espaço, mencionaram que na sociedade indígena se mantinha os critérios de hierarquização colonial. Dessa forma, o grupo de maior prestígio integrava a nobreza indígena, e nesta categoria encontravam-se os descendentes dos incas ou caciques.¹⁶¹ Além destes, existiam os indígenas tributários que ocupavam distintas comunidades e os mais variados trabalhos. As obrigações principais deste grupo era pagar os tributos. Eles eram conhecidos como *yanaconas*. Os autores, Marisol Acosta e Frans Espezua destacaram que os indígenas, juridicamente, eram considerados “menores de idade” e por isso necessitavam de um tutor, e, para as representações legais, como um processo judicial, eram acompanhados dos *protectores de naturales*¹⁶².

A população negra trabalha no âmbito doméstico, nas *haciendas*, na agricultura, nos *obrajes* e nas minas. Marisol Acosta e Frans Espezua ressaltaram que, nesta sociedade colonial, possuir escravos era sinônimo de status e riqueza.¹⁶³ Nesse sentido, a condição da escravidão era determinada pela origem materna. Assim sendo, os filhos de pai espanhol e mãe negra escrava eram considerados escravos.¹⁶⁴

De acordo com Pilar Aizpuru, as mulheres espanholas, independente da condição, desde o momento em que pisavam em solo americano, ou a partir do momento em que contraíam matrimônio, se tornavam senhoras.¹⁶⁵ Aizpuru reforçou o peso que o casamento tinha no estabelecimento social das mulheres. Para essa autora, adentrar ao grupo dominante através do casamento conferia às mulheres muitas vantagens ao mesmo tempo em que exigia das mesmas a submissão e severas normas de conduta, por meio das quais se valorava a honorabilidade de sua origem e sua indiscutível superioridade entre as demais castas.¹⁶⁶

Ampliando a discussão sobre as mulheres, seus espaços e atividades, María Pilar Pérez Cantó, analisou a literatura sobre as mulheres no século XVIII no Peru e na

¹⁶¹ ACOSTA AUCCAYLLA, Marisol; MAMANI ESPEZUA, Frans Wilter. *Género y criminalidad en la Ciudad del Cusco, siglo XVIII (1730-1799)*. Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales – Escuela Profesional de Historia. Cusco, Perú, 2019, p.06

¹⁶² Idem, p.07.

¹⁶³ Idem, p.09.

¹⁶⁴ Idem, p.10.

¹⁶⁵ GONZALBO AIZPURU, Pilar. *Las mujeres en la Nueva España: educación y vida cotidiana*, 1987, *op. cit.*, p.52.

¹⁶⁶ GONZALBO AIZPURU, Pilar. *Las mujeres en la Nueva España: educación y vida cotidiana*, 1987, *op. cit.*, p.52.

Europa, principalmente em Espanha. Ela entendeu que tais teóricos, partindo da definição ontológica de mulher como gênero, projetaram um modelo de “mulher perfeita”, descrevendo as atividades que elas deveriam desempenhar e os espaços que deveriam ocupar. Os autores deste modelo excluía as mulheres da vida pública e da política afirmando que elas não eram capazes e eram débeis. O único lugar onde as mulheres poderiam mostrar-se eficazes e moralmente fortes, era em suas casas. Para a autora, a justificativa para esse pensamento excludente vinha da preservação da honra, da concepção de família patriarcal, da conservação da propriedade e transmissão da herança que entendiam a expressão “mulher pública” como um insulto e desonra.¹⁶⁷

Neste estudo realizado por Pilar Pérez, a autora encontrou um escrito do ministro de Guerra e Fazenda de Felipe V, Don José Campillo y Cossio, de 1743, intitulado *Nuevo sistema de Gobierno económico para la América*. Este documento trazia suas impressões sobre a mulher e vale a pena reproduzi-lo.

Por el bien general se debe pensar igualmente en el empleo de las mugeres: es notoria la holgazanería, y el ocio, a que viven entregadas las yndias, cuyos males que esto produce, en cualquiera monarchia donde esto se experimente, son tan notorios como que siendo el ocio productor de todos los vicios, y las mugeres, las que mas los apetece, si ademas de esto, tienen aquel, se puede reflexionar las grandes ruinas, que pueden ocasionar; por lo mismo pide esto pronto remedio, para que ocupadas en algún ejercicio que le produzca interes, se bayan poco a poco inclinando a la aplicacion y separandose del ocio.¹⁶⁸

Pilar Pérez compreendeu pelo documento apresentado, que o trabalho das mulheres era entendido dentro da relação de gênero. Em Índias, as mulheres criollas, especialmente a de posições sociais elevadas e habitualmente as das camadas mais baixas, as índias e negras livres eram destinadas às atividades produtivas desde o início da colonização. A novidade apresentada nesse escrito de 1743 era relacionar tal trabalho não apenas como um fenômeno, mas como uma categoria útil para a Monarquia.¹⁶⁹

A sociedade colonial do século XVIII era estamental e complexa. Os critérios que definiam o status e o lugar de respeito nesta sociedade iam além das questões de gênero e etnia, considerando as glórias e eventos da época da conquista, a fortuna obtida

¹⁶⁷ PÉREZ CANTÓ, María Pilar. *Señoras y bachilleras: un debate en el mercurio peruano a fines del siglo XVIII*. 90, pp.1283-1294, p.1284.

¹⁶⁸ Idem, apud Campillo y Cossio, J., *Nuevo Sistema de gobierno económico para América*, Biblioteca de Palacio, M. nº1144, folio 197. In: PÉREZ CANTÓ, María Pilar. *Señoras y bachilleras: un debate en el mercurio peruano a fines del siglo XVIII op. cit.*, p.1285.

¹⁶⁹ Idem, p.1286.

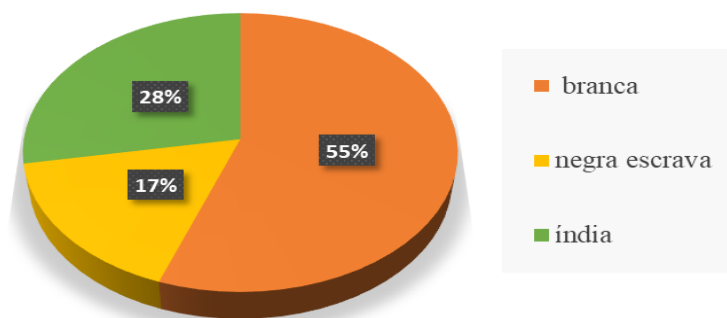
em alguma atividade, os costumes das mulheres indígenas, a escravidão e todos os problemas enfrentados pelas mulheres de cada grupo social. Contudo, conforme identificou Pilar Pérez Cantó, parecia existir um conflito típico da sociedade colonial e estamental que se entrelaçava com a etnia: as mulheres criollas no século XVIII, pressionadas de cima pelas peninsulares que lhes rejeitavam por sua falta de pureza de sangue, e desde baixo pelas mulheres inferiores, sem linhagem, foram mais afetadas. Deste cenário surgiu a necessidade de as mulheres criollas distinguirem-se socialmente mediante o título de “Senhoras”.¹⁷⁰ Havia um problema entre a criollas e as peninsulares. As mulheres que nasciam na América, misturadas ou não, e as provenientes de Espanha, buscavam uma distinção social pelo lugar de origem, como um privilégio social estabelecido.

Nós pretendemos avançar neste debate contanto a história de algumas mulheres nos tribunais limenhos, enfrentando, processualmente, dilemas sociais e culturais onde não se esperava uma efetiva participação feminina. Realizamos gráficos e tabelas evidenciando a participação das mulheres nos tribunais. Anteriormente, apresentamos a composição da população limenha dividida por etnia e por sexo, neste capítulo, consideramos relevante e mais elucidativo para a análise, apresentar os dados das causas criminais movidas pelas mulheres de cada etnia.

O gráfico seguinte exhibe a quantidade, em porcentagens, de causas movidas por mulheres brancas, possivelmente espanholas, índias e negras escravas.

¹⁷⁰ Idem, p.1286-1287.

Gráfico 4 – Causas criminais movidas por mulheres no Vice-reinado do Peru, 1728-1800.



Fonte: Este gráfico foi elaborado pela autora com base na extração dos dados disponíveis nos 49 processos criminais da Real Audiência de Lima (Fundo- causas criminais) 1728 a 1800 - consultados no AGN- Lima, Peru.

Para entendermos melhor que acusações eram feitas por estas mulheres, tendo em vista a grande quantidade de querelas judiciais apresentadas por elas às audiências limenhas, dividimos a análise em três categorias: a) causas movidas por mulheres brancas; b) causas movidas por mulheres indígenas; e c) causas movidas por negras escravas ou libertas. Tal divisão nos permite entender quais queixas e crimes cada grupo de mulheres sofria e contra quem elas reclamavam, se eram maridos, pais, amantes, desconhecidos, escravos ou até mesmo outras mulheres.

3.4.1 Causas criminais movidas por mulheres brancas

A tabela abaixo exhibe os anos e as motivações das causas movidas por mulheres brancas. Como podemos observar, a maioria das ações em que estas mulheres eram parte autora, estavam acusando a um homem, branco ou negro, de agressão. Apenas uma causa foi movida por uma mulher branca contra uma escrava negra, nas demais causas, todos os agressores eram homens, e estes homens eram 50% brancos e 50% negros. Os crimes reclamados nesses expedientes judiciais eram, em sua maioria, rapto, estupro e agressão, sendo poucos os de injúrias. Deste modo, cabe ressaltar que as mulheres faziam uso da justiça recorrendo ao tribunal contra abusos cometidos por seus maridos, denunciado maus tratos, adultério e, também representando suas escravas

agredidas por outros escravos ou homens branco e libertos muito mais do que se imaginava num contexto colonial.

Tabela 12 – Causas criminais movidas por mulheres brancas no período de 1728 a 1800.

Ano	Referência	Descrição da causa criminal
1742	L09 C79	Mulher branca nobre move ação contra negro pobre e livre por rapto e estupro.
1778	L41 C486	Mulher branca move ação contra homem negro livre por agredir a sua escrava negra.
1785	L56 C651	Mulher branca espanhola move ação contra homem branco por estupro de sua filha.
1786	L56 C680	Mulher branca espanhola move ação contra homem branco por estupro e alimentos.
1791	L71 C853	Mulher branca move ação contra homem negro por agressão e injúrias a sua escrava.
1791	L71 C862	Mulher branca move ação contra uma negra samba livre por ter agredido sua escrava.
1792	L72 C877	Mulher branca viúva move ação contra o genro (homem branco) por injúrias e agressão.
1793	L76 C925	Mulher branca move ação contra marido branco por injúria. Ele a acusou de adultério.
1793	L77 C944	Mulher branca move ação contra escravo próprio por ter agredido a uma escrava sua.
1797	L84 C1034	Mulher branca move ação contra homem branco espanhol por rapto e estupro de sua filha.

Fonte: Esta tabela foi elaborada pela autora com base na extração dos dados disponíveis nos 49 processos criminais da Real Audiência de Lima (Fundo- causas criminais) 1728 a 1800 - consultados no AGN-Lima, Peru.

3.4.2 Causas criminais movidas por mulheres indígenas

As mulheres indígenas foram autoras nas ações criminais contra outras indígenas, da mesma família, povoado ou autoridade. Não encontramos ações movidas por mulheres indígenas contra outros grupos sociais e étnicos. Tal situação pode indicar uma coação ou medo por parte dos indígenas em manifestar-se juridicamente contra um grupo economicamente e socialmente mais forte. As causas criminais envolvendo indígenas e negros ou brancos, eram seguidas de ofício.

Tabela 13 – Causas criminais movidas por mulheres indígenas no período de 1728 a 1800.

Ano	Referência	Descrição da causa criminal
1729	L04 C31	Mulher indígena move ação contra Alcaide indígena por agressão.
1781	L49 C572	Mulher indígena move ação contra marido indígena e amante por amancebamento e maus tratos.
1782	L51 C590	Mulher indígena move ação contra Alcaide indígena por açoites e agressões.
1789	L65 C761	Mulher indígena move ação contra Alcaide indígena por açoites e agressões.
1797	L85 C1051	Mulher indígena move ação contra homem indígena por rapto e estupro de sua filha.

Fonte: Esta tabela foi elaborada pela autora com base na extração dos dados disponíveis nos 49 processos criminais da Real Audiência de Lima (Fundo- causas criminais) 1728 a 1800 - consultados no AGN-Lima, Peru.

A tabela apresenta as causas criminais levadas à Real Audiência de Lima no período de 1728 a 1800 em que a parte autora eram mulheres indígenas. As queixas apontadas por estas mulheres dizem respeito, exclusivamente, a agressões, rapto e estupro sofrido por algum parente e tais delitos cometidos por outros indígenas. Todas as partes envolvidas nos litígios exibidos eram indígenas, reforçando a ideia de que estes acessavam a justiça para resolver seus problemas, inclusive, de abuso de autoridades, como nos casos de mulheres indígenas reclamando de agressões cometidas por Alcaldes também indígenas. Algo semelhante foi observado nas causas criminais movidas por homens indígenas. Os casos envolvendo indígenas como sujeitos da ação, parte autora, envolviam algum crime cometido por outros indígenas. Os indígenas, homens e mulheres, não entraram com uma ação criminal contra homens brancos ou negros.

O interessante deste recorte documental, ao olharmos para as querelas das mulheres indígenas, está em evidenciar o uso feito por elas do aparato jurídico como um meio de resolução de conflitos e de valoração de seus direitos combatendo, e, podemos até afirmar, testando, os limites da efetividade dos costumes indígenas frente às leis e normas indianas.

Quando uma mulher indígena é açoitada por um Alcaide indígena por estar vivendo ilícitamente com outro homem, a justiça entende que este tipo de castigo aplicado não era um abuso de autoridade ou uma agressão à pessoa da mulher, mas a aplicação de um costume indígena que permanecia em vigor e tinha exigibilidade no direito indiano. Era muito comum esse costume e essa “correção paternal”. O Alcaide,

na qualidade de indígena, podia, pelos costumes deles, açoitá-la a uma mulher indígena que vivia amancebada com outro homem.¹⁷¹

A querelante, Rosa Zavala, indígena, perdeu a causa porque, de certa forma, entre os índios, era um costume açoitá-las as mulheres indígenas que abandonassem seus maridos. O crime de concubinato, revelado no curso do processo, foi valorado como mais delituoso do que os açoites dados pelos Alcaldes e Corregedores. A querela inicial não foi apreciada porque a justificativa dada pelo réu, o Alcaide, em sua contestação, foi considerada correta e válida. Nesse sentido, o processo movido pela autora se converteu em uma acusação contra ela mesma. A suposta vítima que reclamava por ter sido agredida e castigada, teve a sua punição legalmente confirmada e ainda terminou o processo como culpada e sentenciada a reestabelecer sua antiga vida matrimonial.

Alejandro Agüero, analisando os processos de Córdoba, encontrou vários casos reforçando o costume e correção paternal. Agüero afirmou que práticas eram evidenciadas com a intenção de serem legitimadas fazendo uso dos costumes e condições do lugar, como abuso de autoridade e imposição de pena sem o devido processo judicial.¹⁷² Para este autor, os letrados do tribunal estudado por ele pretendiam “(...) encausar la informalidad represiva que se manifestaba no como un defecto de técnica de los hombres de la justicia, sino como una imposición de las condiciones de un orden social, cuyas antiguas claves de organización y disciplina comenzaban a quedar obsoletas”¹⁷³.

3.4.3 Causas criminais movidas por mulheres negras escravas/ libertas

As causas movidas por mulheres negras escravas ou livres, correspondem à minoria pleiteadas pelas mulheres num geral. Estas mulheres se queixavam de agressões, rapto, estupro e injúrias cometidas tanto por outros homens negros escravos

¹⁷¹ AGN R.A. causas criminais, L.65, C.761, Ano 1789.

¹⁷² AGÜERO, Alejandro. *Castigar y perdonar cuando conviene a la Republica*, 2008, *op. cit.*, p. 448: O autor também menciona tal situação referindo-se à falta de processo escrito. “(...) Sus palabras dirigidas a la Audiencia dan cuenta del sentir de alguien que habla convencido de que las condiciones de su tierra justifican normativamente su conducta como juez. En apoyo de su argumentación, glosó en el expediente un testimonio de la acordada de la Real Audiencia de 1789 en la que se autorizaba a los alcaldes ordinarios de Córdoba a imponer hasta 25 azotes consultando su ejecución con el gobernador. Vemos ahora cuáles eran las consecuencias procesales que aquella disposición de la Audiencia traía implicadas para la hermenéutica de los jueces locales, que además de seguir instruyendo jurisdiccionalmente los casos complejos, convivían cotidianamente con los modos domésticos y policiales (...)”.

¹⁷³ Idem, p.449.

quanto por brancos. Acreditamos que o fato de o número de causas criminais serem pleiteadas por negras, comparando-as com as querelas apresentadas pelas mulheres brancas e indígenas, pode indicar a falta de recursos econômicos, mesmo com a justiça gratuita, o não conhecimento dos direitos, a não confiança no sistema jurídico para solucionar os conflitos e o medo por uma retaliação, nos casos envolvendo réis brancos e espanhóis.

Os crimes cometidos contra essas mulheres eram cruéis e, considerando o contexto desigual, patriarcal e conformado por relações de poder baseadas na exploração do trabalho humano e escravidão, mais numerosos do que o apresentado nestes dados. Tais mulheres não recorriam, comumente, à justiça entre 1728 e 1800.

Tabela 14 – Causas criminais movidas por mulheres negras escravas/libertas no período de 1728 a 1800.

Ano	Referência	Descrição da causa criminal
1756	L18 C209	Mulher negra escrava move ação contra homem negro e homem branco por estupro.
1779	L42 C495	Mulher negra livre move ação contra homem negro por rapto e estupro de sua filha.
1794	L79 C978	Mulher mulata livre move ação contra homem branco espanhol por agressão e injúrias.

Fonte: Esta tabela foi elaborada pela autora com base na extração dos dados disponíveis nos 49 processos criminais da Real Audiência de Lima (Fundo- causas criminais) 1728 a 1800 - consultados no AGN-Lima, Peru.

Diante disso, em nossa opinião, consideramos que a justiça deve cumprir o papel de ouvir a sociedade, melhorá-la, corrigi-la e moldá-la aos princípios do bem-estar social e do bem comum. A justiça expõe as mazelas sociais e tem o papel de julgá-las, puni-las e alterá-las quando não convém mais. Colocar a sociedade cara a cara com seus preconceitos e prerrogativas tradicionalmente criados, implica em ser forte para enfrentar os interesses políticos e econômicos de uma minoria excludente, e não permitir que possuam privilégios jurídicos perante os mais desfavorecidos. Não dá para dar a cada um o que lhe corresponde se não houver correspondência de direitos.

3.5 Causas criminais movidas por homens na Real Audiência de Lima, vice-reinado do Peru, 1728 a 1800

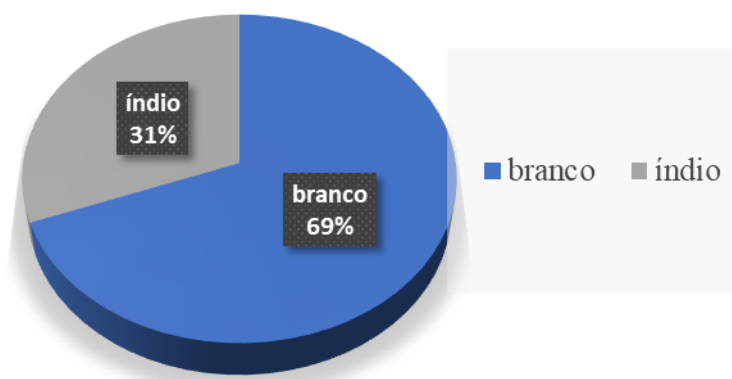
Analizamos a representatividade judicial dos homens no Vice-reinado do Peru entre 1728 e 1800 pelas causas criminais movidas por eles, levadas à Real Audiência de Lima, dentro do nosso recorte de 49 processos. Salientamos que nossa mostra documental não corresponde à maioria e nem pretende generalizar para a realidade de todo o vice-reinado do Peru. Sabemos que há muitos estudos que mostram que para o século XVIII existia dificuldades em distinguir entre brancos, mestiços, índios e o processo de mestiçagem dificultava esta classificação tão precisa. Contudo, nossas fontes apresentam tais classificações, muito embora não tenhamos a informação de como esta era realizada ou colhida, se baseada em laços familiares e linhagens de sangue, na territorialidade ou na palavra da parte que estava sendo ouvida no processo. O que podemos afirmar era que tal categoria: a da etnia e lugar social, era muito atacada e questionada pelas partes em litigância, uma vez que implicava em afirmar, ou não, privilégios, fama, conduta e posturas públicas importantes como prova e evidência do comportamento das pessoas.

Decidimos separar a categoria masculina em três: a) causas movidas por homens brancos; b) causas movidas por índios; e c) causas movidas por homens negros escravos ou mulatos livres. Esta divisão demonstra quais eram os assuntos e os crimes cometidos contra estes homens, segundo o lugar social de cada um, e quem ofendia quem e quais direitos recorriam na justiça.

Ficou evidente que os homens brancos foram autores da maior parte dos expedientes analisados, ficando em segundo lugar, os índios. Os negros não moveram nenhuma ação criminal no período estudado, mas tiveram o maior número de causas seguida de ofício contra eles. Tal resultado revela, primeiro, que de fato os brancos tinham maior acesso e condições financeiras para recorrerem à justiça, e segundo, que alguns índios recorreriam às audiências americanas para reafirmarem seus direitos e resolverem os conflitos fora das comunidades indígenas.

Apresentamos o gráfico das porcentagens das ações movidas por homens segundo a casta.

Gráfico 5 – Causas criminais movidas por homens no Vice-reinado do Peru, 1728-1800



Fonte: Este gráfico foi elaborado pela autora com base na extração dos dados disponíveis nos 49 processos criminais da Real Audiência de Lima (Fundo- causas criminais) 1728 a 1800 - consultados no AGN- Lima, Peru.

Partiremos para a compreensão dos motivos e conflitos que levaram os homens brancos e indígenas a acessarem as audiências do vice-reinado do Peru.

3.5.1 Causas criminais movidas por homens brancos

Como podemos observar pelo gráfico 3 e pela tabela abaixo, os homens brancos, dentro da categoria masculina, foram os que mais apresentaram queixa-crime no período de 1728-1800 movendo ações na Real Audiência de Lima. Este resultado demonstra que, financeiramente, os homens brancos tinham mais condições e acesso à justiça. Contudo, muitos desses homens brancos moveram ações em favor de seus escravos agredidos, outros eram pais defendendo a honra de suas filhas em ações contra homens brancos, mulatos e indígenas e alguns eram donos de escravos em litígio na defesa de seus escravos e até religiosos, e homem contra sua mulher acusando-a de adultério.

Tabela 15 – Causas criminais movidas por homens brancos no período de 1728 a 1800.

Ano	Referência	Descrição da causa criminal
1752	L15 C161	Homem espanhol move ação contra mulato livre acusado de rapto.
1785	L56 C652	Homem branco, marinheiro, move ação contra homem branco por agressão e rapto.
1788	L63 C739	Homem branco espanhol, move ação contra negro escravo por agressão a um escravo seu.
1790	L86 C810	Homem branco, religioso, move ação contra índio por acusá-lo de ajudar no aborto de sua esposa.
1792	L74 C900	Homem branco move ação contra seu próprio escravo por homicídio de uma escrava sua.
1793	L76 C925	Homem branco move ação contra a sua esposa (mulher branca) por adultério.
1795	L80 C980	Homem branco move ação contra homem índio, mestiço por estupro de sua filha.
1797	L84 C1032	Homem branco espanhol, rico, move ação contra homem branco espanhol por estupro de sua filha.
1800	L91 C117	Casal branco move ação contra o Governador da Província por agressão e aborto da demandante.

Fonte: Esta tabela foi elaborada pela autora com base na extração dos dados disponíveis nos 49 processos criminais da Real Audiência de Lima (Fundo- causas criminais) 1728 a 1800 - consultados no AGN-Lima, Peru.

De todas as causas criminais movidas por homens brancos, apenas uma correspondia a de um marido acusando a sua esposa de adultério, - um assunto que seria do interesse civil se o adultério não fosse considerado um crime. O mais interessante deste expediente é que a esposa, no momento da contestação, apresentou uma reconvenção contra o autor da ação, seu marido, acusando-o de injúrias, recaindo, outra vez, na justiça criminal¹⁷⁴. Este exemplo reforça o dado de que as mulheres recorriam à justiça mais do que os homens evidenciando a busca e a concretização de um espaço de direito para elas. As mulheres buscaram comprovar que também eram pessoas com personalidade jurídica e possuidoras de direitos nesta sociedade colonial, desigual e machista.

3.5.2 Causas criminais movidas por homens indígenas

Apresentamos agora as causas movidas pelos homens indígenas. Percebemos que todas as causas pleiteadas por índios eram contra outros índios por crimes que envolviam algum familiar. Este grupo de homens buscaram a justiça para reclamar por direitos fora da própria comunidade indígena, reconhecendo e valorizando a esfera jurídica.

¹⁷⁴ AGN R.A. causas criminais, L.76 C.925, ano 1793.

Em uma comparação, as mulheres indígenas moveram mais ações que os índios. Numa somatória, os homens e mulheres brancos formam a maioria das causas criminais, seguido dos indígenas (homens e mulheres).

Tabela 16 – Causas criminais movidas por índios no período de 1728 a 1800.

Ano	Referência	Descrição da causa criminal
1730	L03 C18	Índios movem ação contra Alcaide indígena por assassinato da tia indígena.
1750	L13 C135	Índios movem ação contra outro índio por rapto e estupro de uma irmã indígena.
1787	L60 C698	Índio move ação contra outros índios por injúrias a sua esposa indígena.
1795	L81 C1003	Índios movem ação contra índios por homicídio de sua mãe indígena

Fonte: Esta tabela foi elaborada pela autora com base na extração dos dados disponíveis nos 49 processos criminais da Real Audiência de Lima (Fundo- causas criminais) 1728 a 1800 - consultados no AGN-Lima, Peru.

Outro dado demonstrado nos gráficos e tabelas apresentados é o de que apenas 04 homens indígenas foram autores de ações criminais no período de 1728 a 1800. Nesta mesma perspectiva, constatamos que as mulheres indígenas moveram 28% do total das ações movidas por mulheres, resultando num valor superior aos homens. Deste modo, as mulheres, brancas, índias ou negras, recorreram à justiça muito mais que os homens e apareceram como vítimas numa expressiva maioria de casos, sendo elas autoras na ação judicial ou vítimas representadas pelos pais e demais parentes homens¹⁷⁵. Como consequência, percebemos que houve mais causas seguidas de ofício contra homens brancos, negros, mulatos, escravos ou índios por agressão, rapto, estupro e injúrias cometidas a mulheres.

3.6 Causas criminais seguidas de ofício contra homens e mulheres no Vice-reinado do Peru, 1728 a 1800

A maioria dos processos criminais consultados foram movidos de ofício por alguma autoridade da jurisdição local, sendo alcaide, governador, corregedor ou tenente, como era a prática, visto que a querela era apenas para causas movidas pelos ofendidos do delito. Este tipo de causa criminal acontecia, principalmente, envolvendo homicídio

¹⁷⁵ Trataremos sobre a perspectiva criminalista da mulher como vítima e autora nas causas criminais, no próximo tópico.

de pessoas desprivilegiadas no âmbito social. Geralmente, mulheres e homens negros, escravos e indígenas vítimas de abusos, agressões, estupro ou homicídio que não tinham quem as representassem juridicamente.

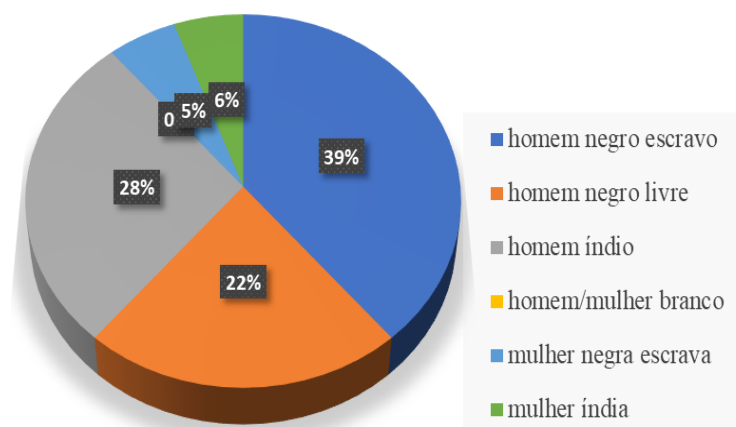
O gráfico abaixo demonstra que as causas criminais seguidas de ofício eram, em sua maioria, contra homens negros escravizados (39%), contra índios (28%) e homens negros, mulatos livres (22%). Esses dados podem sugerir, em comparação com os réus de outras etnias, que os negros escravos e livres representaram 61% do total das causas seguidas de ofício. Nesse sentido, esse grupo, ou cometia mais crimes que os demais, ou foi mais criminalizado judicialmente, nas ações seguidas de ofício, ressaltando que não encontramos esse tipo de ação judicial contra homens e mulheres brancos. Relacionando este gráfico com a tabela descritiva das causas seguidas de ofício, podemos constatar que os crimes julgados nesses processos eram graves, como assassinato, estupro e agressão. Nenhum crime de injúria ou calúnia foi movido de ofício.

Concepción García-Gallo,¹⁷⁶ analisando o ordenamento jurídico da escravidão para as Índias espanholas, constatou que, mesmo com o aumento dos negros livres não provocou uma mudança de ordem legislativa, ou seja, os negros livres eram tratados, juridicamente, como escravos.¹⁷⁷ A *Recopilación de Indias* reúne no mesmo título todas as disposições sobre mulatos e negros sem diferenciar os livres dos escravos. Nós separamos as causas seguidas de ofício nessas categorias de negros escravos e mulatos livres com a finalidade de elucidar a autoria da maioria dos crimes pleiteados pelo próprio sistema judicial. Contudo, legalmente, não existia distinção entre as diferentes pessoas desse grupo étnico.

¹⁷⁶ GARCÍA-GALLO, Concepción. *Sobre el ordenamiento jurídico de la esclavitud en las Indias españolas*. **Anuario de Historia del Derecho español**. Instituto Nacional de Estudios jurídicos. Tomo L, Madrid, 1980.

¹⁷⁷ GARCÍA-GALLO, Concepción. *Sobre el ordenamiento jurídico de la esclavitud en las Indias españolas*, p.1013.

Gráfico 6– Causas criminais seguidas de ofícios contra homens e mulheres no Vice-reinado do Peru, 1728-1800.



Fonte: Este gráfico foi elaborado pela autora com base na extração dos dados disponíveis nos 49 processos criminais da Real Audiência de Lima (Fundo- causas criminais) 1728 a 1800 - consultados no AGN- Lima, Peru.

Tabela 17- Causas criminais seguidas de ofício contra homens negros livres e escravizados entre 1728 e 1800.

Ano	Referência	Descrição da causa criminal seguida de ofício contra homem negro
1732	L05 C40	Causa de ofício contra o escravo Antonio por assassinato e roubo de Micaela Villa.
1761	L23 C260	Causa de ofício contra o escravo Julián por assassinato de Luísa, mulher espanhola.
1788	L62 C721	Causa de ofício contra o escravo José por homicídio de sua esposa escrava.
1789	L65 C759	Causa de ofício contra o escravo Marcos por estupro de Isabel Santoyo sua ama.
1793	L75 C916	Causa de ofício contra Mateo e outros negros por estupro e agressão a María.
1795	L80 C983	Causa de ofício contra Francisco Marín, pardo livre, por ferir Faustina Serna.
1795	L81 C1002	Causa de ofício contra o escravo Pedro José por ferir a María Andrea Balanzategui.
1797	L85 C1058	Causa de ofício contra Miguel Reyes, pardo livre por ferir Victoria, escrava.
1798	L86 C1070	Causa de ofício contra Domingo e Cipriano, mestiços livres, por estupro e agressão.
1799	L89 C1093	Causa de ofício contra Manuel Delgado, zambo livre por ferir a escrava Catalina.
1800	L90 C113	Causa de ofício contra Ygnacio Morón, escravo, por homicídio da escrava Maria.

Fonte: Esta tabela foi elaborada pela autora com base na extração dos dados disponíveis nos 49 processos criminais da Real Audiência de Lima (Fundo- causas criminais) 1728 a 1800 - consultados no AGN- Lima, Peru.

Os homens indígenas também foram réus em causas seguidas de ofício. Os crimes cometidos por eles, e levados à julgamento por autoridades jurídicas, eram de alta gravidade, como assassinato e estupro. A leitura dos processos criminais nos

permite entender que os índios tinham o costume de açoitar suas mulheres, de considerá-las inferiores e tratá-las como escravas. Os procuradores de naturais, como eram chamados os representantes e defensores dos indígenas nas causas criminais, utilizavam o costume como argumento e justificativa para a violência empregada contra as mulheres. Contudo, os tribunais liminhos não validavam tal argumento e reprovavam esses costumes indígenas, condenando os réus às penas previstas pela legislação espanhola. Por isso motivo, consideramos, observando os dados apresentados sobre as ações movidas por homens e mulheres indígenas, que este grupo étnico resolvia entre si a maioria dos seus conflitos sem acessar a justiça. Estamos considerando os 09 processos movidos pela população indígena, dentro os 49 consultados, configurando 18,36% do total.

Tabela 18 - Causas criminais seguidas de ofício contra homens indígenas entre 1728 a 1800.

Ano	Referência	Descrição da causa criminal seguida de ofício contra homem indígena
1728	L04 C24	Causa seguida de ofício contra o índio Agustín Tacura por assassinato da índia Juana.
1729	L04 C28	Causa seguida de ofício contra o índio Pedro Ventura por assassinato de sua mulher.
1758	L20 C230	Causa seguida de ofício contra os índios Julian e Gerónimo por açoitamento e morte de María, índia.
1785	L57 C669	Causa seguida de ofício contra o índio José por assassinato e estupro da menor María Ordíñez.
1798	L86 1067	Causa seguida de ofício contra o índio Santiago por assassinato de sua mulher Dominga

Fonte: Esta tabela foi elaborada pela autora com base na extração dos dados disponíveis nos 49 processos criminais da Real Audiência de Lima (Fundo- causas criminais) 1728 a 1800 - consultados no AGN-Lima, Peru.

Pouquíssimas causas criminais foram seguidas de ofício contra mulheres indígenas e negras escravizadas. As mulheres negras e indígenas estavam submetidas a uma série de autoridades domésticas que se encarregava de corrigi-las, sem que pudessem chegar à justiça. Contudo, uma outra hipótese é a de que isto demonstra que muitas ações eram pleiteadas pelos ofendidos em conflitos contra negras e indígenas. As mulheres negras escravizadas eram representadas nas causas criminais por suas proprietárias, que, em alguns momentos, se compadeciam da situação delituosa, das feridas e agressões sofridas por suas escravas, e em outros, buscavam, pela via jurídica, uma reparação econômica pelo dano realizado em seu bem, a escrava ou o escravo violentado. Nesse sentido, reforçamos o dito anteriormente, que escravos não moviam ações judiciais, eles eram representados nelas por uma autoridade jurídica ou por seus

proprietários. Os escravos tinham autorização para demandarem contra seus amos por suas liberdades. Os escravos tinham um *Protetor de escravos* que promovia as causas criminais contra os amos e *mayordomos* pelos abusos da violência nas penas corretivas. O *Protetor de escravos* estava incumbido de zelar pelo cumprimento exato dos deveres dos donos de escravos e asseguram o bom tratamento aos escravos, intervindo na nomeação das pessoas encaminhadas às fazendas para fiscalizar tais condições de vida e de trabalho escravo.¹⁷⁸

Realizamos uma tabela contendo a descrição das causas criminais seguidas de ofício contra mulheres negras e indígenas.

Tabela 19 - Causas criminais seguidas de ofício contra mulheres indígenas e negras entre 1728 e 1800.

Ano	Referência	Causa seguida de ofício contra mulher indígena e escrava
1742	L09 C80	Causa seguida de ofício contra a negra Rosa Palomares por supostamente envenenar o negro Pablo.
1795	L80 C985	Causa seguida de ofício contra a índia Tomasa Aramburu por ferir a escrava Juana Ângulo.

Fonte: Esta tabela foi elaborada pela autora com base na extração dos dados disponíveis nos 49 processos criminais da Real Audiência de Lima (Fundo- causas criminais) 1728 a 1800 - consultados no AGN-Lima, Peru.

No período analisado, dentro do recorte da casos selecionados pelos crimes de homicídio, agressões e estupro, vimos que apenas 02 causas foram seguidas de ofício contra mulheres negras e indígenas, representando um número menor em comparação às causas seguidas contra os homens. De certa maneira, inferimos com isso, que as mulheres eram autoras e vítimas na maioria das ações judiciais analisadas na Real Audiência de Lima entre 1728 e 1800. As mulheres fizeram uso do sistema jurídico buscando reforçar seus direitos e reagir à sociedade patriarcal, machista e desigual de Antigo Regime.

Os processos criminais não dão conta de todos os problemas e conflitos existentes na sociedade. Desse modo, muita coisa ficou de fora. Juridicamente, parece ser possível afirmar que a população indígena, pouquíssimas vezes, demandava contra outros grupos. As mulheres indígenas faziam uso dos tribunais buscando, nas leis

¹⁷⁸ GARCÍA-GALLO, Concepción. *Sobre el ordenamiento jurídico de la esclavitud en las Indias españolas. Anuario de Historia del Derecho español*. Instituto Nacional de Estudios jurídicos. Tomo L, Madrid, 1980, p.1030.

espanholas, um respaldo social e jurídico não permitido nos costumes indígenas¹⁷⁹. Esta situação é muito visível nos discursos argumentativos dos defensores e protetores de naturais: a valorização, ou não, dos costumes indígenas frente às leis e tradições morais espanholas.

Yanna Yannakakis,¹⁸⁰ estudando a população indígena e a cultura jurídica na América, ressaltou o engajamento dos indígenas com as leis na Mesoamérica, os castigos que eles sofridos dados pelos Párocos,¹⁸¹ especialmente para extirpar as idolatrias, e a correção paternal dos indígenas para com as suas esposas, enfatizando que os castigos destinados aos indígenas que matavam as suas esposas eram suaves e brandos.¹⁸² Yannakakis afirmou que os “bons costumes” dos índios eram mantidos, reconhecidos e validados pelo governo local, desde que não estivessem em conflito com catolicismo e o direito espanhol.¹⁸³

O embate entre os costumes indígenas e as demais fontes do direito demonstrou a repreensão de muitas práticas indígenas consideradas ilegais e incompatíveis com o modelo social imposto, bem com a validação das que interessavam ao governo local para a manutenção da ordem e do modelo colonial, como um jogo estratégico, como por exemplo, o costume dos índios de açoitar suas esposas quando elas cometiam algum erro.¹⁸⁴

¹⁷⁹ Sobre o uso dos indígenas da justiça espanhola, há muitos trabalhos importantes, alguns não conseguimos acessos, como Stern e Yanna Yannakakis “Indigenous People and legal culture in Spanish America, In: History Compass, 2013.

¹⁸⁰ YANNAKAKIS, Yanna. *Indigenous People and Legal Culture in Spanish America*. **History Compass** 11/11, 2013, pp. 931-947.

¹⁸¹ Idem, p. 933-934: “(...) If native litigants were dissatisfied with a court ruling by a local magistrate, the might pursue an appeal to the Real Audiencia, or turn to the ecclesiastical courts with the hope of getting a favorable ruling. In the case of New Spain, ecclesiastical courts were important venues for airing domestic grievances in Indian parishes. (...) In the Andes, ecclesiastical courts proved particularly important during the parish inspections that accompanied the extirpation of idolatries, serving as an arena for local political conflict in which parish priests and ethnic lords exchanged accusations and counteraccusations of idolatry and abuse”.

¹⁸² Idem, p.936.

¹⁸³ Idem, p.937: “The laws of the Indies recognized the validity of the “good customs” of the Indians in matters of local Governance, so long as They were not in conflict with Catholicism or Spanish law”.

¹⁸⁴ Sobre esse assunto: “For Susan Ramírez, the question of the sexual practices of Andean lords becomes a site of contestation between native custom and Spanish law on the north coast of Peru. Spanish officials wielded these new laws as weapons Against recalcitrant kurakas. Ramirez provides an example of a kuraka, who uncooperative with Spanish officials, was successfully tried for the crime of torturing and murdering one of his wives and her lover, a heretofore “customary” prerogative of kurakas. In this case, Spanish law, serving as a cover for political-administrative expediency, overrode Indian custom. In this context, Spanish law was selectively Applied to overturn Andean custom regarding a kuraka’s sexual monopoly over his wives, with the objective of removing a “powerful but recalcitrant” ethnic lord (...)”.

Buscamos demonstrar neste capítulo um panorama da documentação consultada no *Archivo General de la Nación*, localizado na cidade de Lima, no Peru, na seção de Causas Criminais da Real Audiência de Lima, para o período do século XVIII. Apresentando quantitativamente os processos criminais, tratamos da sociedade limenha e sua representatividade nos tribunais, citando os conflitos e situações que motivaram causas judiciais e como estas eram solucionadas, principalmente o uso dos indígenas da justiça espanhola.

CAPÍTULO 4

AS PROVAS E AS PENAS NOS PROCESSOS CRIMINAIS: A TEOLOGIA MORAL NA PRÁTICA JUDICIAL

Este capítulo tem como finalidade discutir as *provas* e as *penas* nas sentenças de primeira e segunda instância registradas no arquivo da Audiência de Lima, no vice-reinado do Peru, no século XVIII. Os crimes julgados nos expedientes judiciais selecionados para este trabalho, referem-se a condutas de violência contra mulheres, como estupro, assassinato, rapto e agressões. Dentro dos limites do nosso recorte documental e temporal, analisaremos o que as partes apresentavam como provas no processo criminal. A acusação buscava provar a autoria e a materialidade dos crimes, utilizando, majoritariamente, a prova testemunhal e a confissão. A defesa rebatia tais elementos procurando evidenciar, com base em outras provas e indícios, causas de extinção da punibilidade ou de atenuação da pena, discutindo, por exemplo, situações da conduta social e da personalidade dos sujeitos. Outra situação comum, eram as defesas que apelavam para a piedade e comiseração dos juízes para atenuar a pena. Utilizava-se da *fama* e do comportamento público do indivíduo como circunstâncias judiciais formadoras de prova no processo judicial do século XVIII, tanto a favor como contra o réu.

Juntamente com as provas, discutiremos a resposta judicial punitiva. As penas estabelecidas para os diversos delitos cometidos durante o século XVIII, ainda remetiam à legislação medieval, e incluíam a *vindicta pública*, açoites em praças públicas, morte em forca, desmembramento de braços e pernas, corpos arrastados pelas estradas presos em carroças e em animais, desterro e advertências. A prisão era estabelecida na fase processual, de maneira preventiva. Tais penas, ainda que determinadas por ordenamentos jurídicos, como as *Siete Partidas*, podiam ser decididas pelos juízes de acordo com o que parecesse mais conveniente e justo ao caso concreto, dando espaço às penas arbitrárias, definidas com base na interpretação e na consciência dos juízes.

As causas de maior gravidade, decididas por juízes inferiores, eram submetidas a parecer de letrados, não sendo julgados unicamente pelos magistrados inferiores, resguardando-os de tamanha decisão.

Analisaremos, nos argumentos feitos pelas partes, o procedimento probatório, a fixação das penas, e a sentença final dos processos selecionados. Como tudo isso serve ao convencimento do juiz e à eleição da pena do condenado, é de extrema importância compreender a retórica feita, o raciocínio construído, para se chegar a provar algo e a decidir castigar tal conduta delitiva. Tudo o que pretendemos estudar neste capítulo está nos *discursos retóricos e argumentações* das partes. Em seus discursos, a acusação e a defesa utilizavam termos da teologia moral, assim como as leis, costumes, pareceres e doutrinas, como estratégias retóricas para fortalecer e fundamentar um ponto específico, interessante para a demonstração de uma conduta e confirmação do ânimo de agir, buscando provar a culpa/inocência do réu.

Nessa perspectiva, era a retórica e o modo de apresentar e encaminhar as provas e demais elementos circunstanciais que convenciam o juiz. Por isso, além de explorarmos as sentenças judiciais e o papel destes no processo criminal, se faz também extremamente relevante compreender os discursos dos fiscais, promotores, defensores, procuradores e juízes neste debate sobre normas, comportamentos, teologia moral e direitos. Os tribunais faziam a justiça em cada decisão tomada. As retóricas que convenciam os juízes formavam o direito e estabeleciam, como as demais fontes, normas definidoras do que se podia ou não fazer dentro da cultura jurídica na América colonial. A argumentação e a fundamentação dos pontos defendidos nos processos exemplificam como se pensavam a *justiça* e o *direito*, e são a “verdadeira prova” da prática da administração da justiça. É por causa delas que conhecemos as leis que ainda influenciavam as decisões, ou não, as doutrinas, os costumes, os pareceres de doutores e autoridades, e entendemos quais valores eram privilegiados e reprovados pelo âmbito jurídico, instituição formadora do pensamento e do comportamento social.

Para melhor analisarmos estas questões sobre as provas e as penas, explicaremos brevemente, os *conceitos* que embasaram as retóricas processuais, este meio de prova para o convencimento dos juízes e o estabelecimento da pena.

Os *conceitos* presentes nas argumentações, dizem respeito a diversas fontes do direito. Este capítulo analisará os conceitos e fundamentos provenientes da teologia

moral e referenciados como forma de se provar algo no processo, ou como um elemento para a valoração da pena. Os *conceitos* que retiramos dos processos criminais consultados, dentro do nosso recorte documental e temporal são: arbítrio, consciência, equidade, dúvida, ânimo, prudência, dolo, intenção, culpa, fama pública. Todos estes conceitos citados nos discursos da parte tinham como objetivo encontrar a *justiça* nos casos julgados. E, como cada caso era um caso específico, circunstancial, tinha-se um *sentido* específico de justiça sendo julgado em todo processo judicial.

Por esta nossa documentação consultada – os processos criminais -, entendemos como eram utilizadas estas noções nas construções dos argumentos e discursos jurídicos, complementadas com as leis citadas, costumes e doutrinas mencionadas, visando a execução prática da justiça. Se olharmos os números de nossa amostra, com todas as limitações existentes no âmbito das afirmações estatísticas e com as dificuldades de acesso, compra e transcrição da documentação, poderemos ter uma ideia de que tipo de conduta, pensamentos e linguagem teológica-normativa eram utilizados com maior frequência na jurisdição criminal no vice-reinado do Peru, na cidade de Lima. Para isso, consideramos duas situações. Primeiramente quantificamos quantos e quais conceitos advindos, ou não, da teologia moral, apareceram nesta documentação, sem nos preocupar com o resultado de cada processo e suas sentenças. Depois selecionamos alguns processos que obtiveram sentenças e condenação formal para analisarmos estes conceitos desenvolvidos nos discursos jurídicos.

Temos como base 49 processos criminais julgado em primeira e segunda instância, incluindo os levados à Real Audiência de Lima, no período de 1728 a 1800.¹ Esta opção documental nos permitirá estabelecer comparações entre a administração da justiça segundo os diferentes sujeitos processuais e, com isso, identificarmos a *práxis* do direito no vice-reinado do Peru. Conheceremos mais sobre a cultura jurídica colonial pela pragmática processual por meio do estudo destes casos selecionados. Cabe enfatizar que não pretendemos generalizar nossa perspectiva, mas demonstrar os *sentidos da justiça* nestes casos envolvendo crimes de violência contra as mulheres.

¹ A documentação selecionada é muito vasta. Dentro da seção Causas Criminais, selecionamos os expedientes utilizando como critério o crime de violência contra as mulheres. Neste recorte, escolhemos os casos que envolviam mulheres de diferentes lugares sociais e casta, abrangendo tanto as espanholas ricas quanto as escravas negras, mulatas libertas e indígenas.

Verificamos uma grande quantidade de termos teológico-jurídicos ao longo de todos os processos estudados e percebemos o quanto estes faziam parte da linguagem retórico-normativa e jurídica da época. Procuramos analisar os termos teológico-jurídicos que mais apareceram nos processos e entender, como eles eram utilizadas e relacionados com o fim almejado, como quando os defensores solicitavam a *piedade*, *clêmência*, *misericórdia* e *graça*. Ressaltamos que tais conceitos também ajudavam a compor a definição social de *mulher*, e seu comportamento.

Reunimos estes conceitos na tabela abaixo:

Tabela 20: Categorias conceituais e argumentativas encontradas nos processos criminais (Base: 49 expedientes judiciais da Real Audiência de Lima)

Dolo/malícia/ânimo	40%	Proporcionalidade da pena	20%
Equidade	36%	Dúvida	18%
Doutrinas	32%	Privilégio Social/casta	16%
Circunstâncias	30%	Prudência	14%
Costumes	28%	Opinião dos doutores/pareceres	14%
Arbítrio	26%	Bem comum/bom governo/bem da República	8%
Piedade/clêmência/misericórdia/graça	26%	Excesso de autoridade judicial	6%
Agir conforme/conveniente/favorável	24%	Probabilismo	4%
Leis citadas	22%	Jurisprudência	4%
Consciência	20%	Casuísmo	2%
Intenção/vontade	20%		

Fonte: Tabela elaborada pela autora com base na extração dos dados obtidos sobre o total de 49 processos criminais da Real Audiência de Lima entre 1728 e 1800, preservados no AGN – Lima, Peru.

A tabela acima traz uma amostragem da quantidade de vezes que os conceitos foram citados ou referenciados nos processos.² Contudo, cabe ressaltar que muitas vezes estes termos apareciam juntos numa mesma causa criminal. Do total de 49 processos, 60% mencionaram o dolo, a vontade ou a intenção como forma de reforçar o argumento da gravidade do delito, demonstrando que a intenção tinha um peso considerável no julgamento sobre o caso e a pessoa criminosa. Destes 49 expedientes, em mais de 82% vimos citadas a consciência, arbítrio e a equidade para embasar o julgamento e a

² O cálculo foi feito com como base de análise o total de 49 processos, através da tabela realizada por mim no Excel, onde várias categorias foram analisadas. A porcentagem obtida se refere aos casos em que os termos aparecem.

decisão judicial. A linguagem jurídica, por estes casos levados à Real Audiência de Lima, era normativa e teológica.

Na documentação analisada, raras vezes apareceram os nomes dos doutrinadores, tratadistas ou criminalistas.³ Na grande maioria, esses pensadores e obras eram citados em termos gerais, por exemplo: de acordo com os “tratadistas”; segundo os “clássicos criminalistas”, as “doutrinas práticas”, os “estatutos canônicos”, o “Direito Comum”, as “Leis Reais” e o “Direito Canônico”. Apenas em um processo vemos a citação direta a uma obra de Covarrubias Azevedo e do Sr. Gregório Lopez, glosador. A falta da referência completa sobre o pensador, doutrinador, ou sua obra utilizada como base para a fundamentação do argumento discutido impossibilitou o acesso à ideia original e a sua comparação. Não sabemos quem eram os “clássicos criminalistas”, ou os “tratadistas” lidos por esses advogados e defensores da Real Audiência de Lima, e quais obras influenciavam seus pensamentos. Contudo, pelos conceitos citados e formas argumentativas, podemos inferir que a teologia moral os influenciava e que tais reflexões eram conhecidas na América.

A palavra probabilismo apareceu apenas em dois processos criminais, e o termo casuísmo em apenas um. Contudo, tanto o sistema moral probabilista quanto o casuísmo partem do princípio da observação e da interpretação das opiniões, das circunstâncias e dos fatos, bem como deixar ao arbítrio judicial o que parecesse melhor ou fosse conforme e mais favorável ao exercício da justiça, conformando posturas casuísticas e assumindo decisões probabilistas. Nesse sentido, levando em consideração o modo de se aplicar a justiça no século XVII e XVIII, os processos eram casuísticas e seguiam a doutrina moral probabilista.⁴

A teologia moral ocupou um grande espaço na sociedade hispânica e não foi diferente no âmbito jurídico. As dúvidas e questionamentos de como agir corretamente eram solucionadas pela doutrina cristã. Recorria-se à teólogos para conselhos ou ditames que determinassem a licitude dos atos privados e públicos e indicassem, conforme a moral cristã, a conduta a ser seguida com tranquilidade de consciência.

³ O que era normal quando tratamos de causas de primeira instância. Geralmente, nas causas ante as Audiências se percebem mais referências a nomes de autores.

⁴ Faz-se necessário aclarar que, o debate sobre o probabilismo era da época estudada, e há muitos trabalhos sobre isto e também muitos tratados morais da época sobre a possibilidade de seguir a opinião menos provável. A categoria abstrata, probabilismo e casuísmo, nos termos que Koselleck se refere, é posterior. Nós iremos analisar os termos dentro de seu contexto.

Notamos, na retórica construída nesses processos, a presença de outras fontes do direito para além das leis e normas: os costumes. Os defensores, advogados e fiscais argumentavam escolhendo os costumes como referência e modelo de conduta eficaz socialmente e juridicamente. Os costumes foram mencionados nos processos mais vezes que a lei municipal ou régia. Para alguns defensores, procuradores e advogados, no vice-reinado do Peru, parecia ser mais eficaz identificar o caso a um costume do que encontrar uma resposta adequada na legislação. O costume era o melhor intérprete da lei.

Nos próximos itens, exploraremos estes conceitos na prática, sendo usados para fortalecer um argumento sobre a má conduta do réu, provando que agiu com ânimo e dolo, influenciando no estabelecimento da pena, ou para demonstrar que o imputado agiu conforme a sua consciência e às circunstâncias, devendo, portanto, receber uma pena proporcional, solicitando do juiz um juízo equitativo.

Passaremos agora, a discorrer sobre os conceitos da teologia moral encontrados nos processos, a fim de entendê-los em seu sentido doutrinário nos séculos XVII e XVIII, relacionando-os ao direito. Após esse breve apontamento da teologia moral, passaremos para a compreensão das provas e das penas aplicadas pelos tribunais limenhos. Entendemos ser importante metodologicamente apresentarmos a percepção doutrinária sobre os delitos e as penas e a sua prática. Dessa maneira, ampliamos o conhecimento sobre a cultura jurídica e sua administração.

4.1 O conceito de Justiça

Falar sobre *justiça* é sempre complicado. O significado da palavra, ou seja, o “conceito”, como muito bem definiu Reinhart Koselleck,⁵ é polissêmico e atravessa a linha do tempo ocidental. O historiador do direito deve sempre se perguntar “em qual tempo” e para “qual lugar” está analisando a *justiça*. Isso porque as pessoas mudam, as vontades, interesses, necessidades e vaidades se alteram conforme o tempo, as circunstâncias e o poder exercido, e, em consequência, alteram o sentido de justiça. Não é à toa que Paolo Prodi, grande autor da historiografia sobre a disciplina “História do Direito” nomeou sua obra de: “*Uma história da justiça*”. Prodi entendeu, e demonstrou

⁵ KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Tradução do original alemão Wilma Patrícia Maas, Carlos Almeida Pereira; Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006.

com muita profundidade e destreza, as diferentes noções que a *justiça* possuiu ao longo da história, mesmo antes da codificação do direito.⁶

Este trabalho não pretende esgotar o tema sobre o conceito de *justiça*, nem trazer todos os seus significados presentes. Buscamos entender, pelas fontes documentais selecionadas nessa pesquisa - os processos criminais levados à Real Audiência de Lima no século XVIII -, qual era o sentido de *justiça* nesta sociedade, e como este aparecia nos expedientes desde o momento da denúncia, com a querela, até a sentença definitiva.

Não se entende o pensamento de uma época deslocando-o de seu contexto, ou recortando-o como se as coisas que o antecederam não o influenciaram, ignorando a forte presença do tempo e das mentalidades. De acordo com Reinhart Koselleck, deve-se analisar a transformação de um conceito histórico na junção do que se estava vivendo e pensando, conformando um processo de singularização sem abandonar as singularidades.⁷ Temos essa pretensão metodológica de articular a história conceitual com a social.⁸ Nas palavras do autor, “o conceito reúne em si a diversidade da experiência histórica”.⁹

De acordo com Paolo Grossi,¹⁰ a noção a experiência jurídica nos permite compreender e ordenar corretamente o material jurídico analisado, para além da lei, como um esquema interpretativo, ordenador e unificador de se perceber o direito na história e de conceitualizá-lo em conexão com uma determinada visão do mundo social e de pressupostos culturais.¹¹ Nossa pesquisa está alinhada a tal metodologia de Grossi.

Pensando nisso, primeiro apresentaremos as noções de *justiça* definidas por teólogos moralistas e padres de diferentes ordens religiosas que escreveram entre os séculos XVII e XVIII. Depois dessa conceitualização, buscaremos compreender o sentido de *justiça* e de *justo* nos processos criminais consultados. Essa escolha metodológica, partindo da teoria para olhar a prática, nos permite entender o conceito em sua singularidade. Mesmo que, teoricamente, o conceito de *justiça* fosse claro, como

⁶ Sobre este assunto, o autor mais importante é Paolo Prodi e sua obra: PRODI, Paolo. *Uma história da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁷ KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Tradução do original alemão Wilma Patrícia Maas, Carlos Almeida Pereira; Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006, p.52.

⁸ Idem, p.97.

⁹ Idem, p.109.

¹⁰ GROSSI, Paolo. *El orden jurídico medieval*. Traducción de Francisco Tomás y Valiente, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, S.A. Madrid, 1996.

¹¹ Idem, p.44-45.

“dar a cada um o que lhe pertence”, no caso concreto, observado na prática jurídica processual, tal conceito continha diversas nuances, *sentidos* que respondiam às demandas sociais, interesses locais e econômicos, fazendo-o único em cada caso julgado.

A experiência jurídica dava à administração e à prática da justiça colonial um pluralismo capaz de individualizar cada caso, mesmo repetindo-se os delitos. Por tal capacidade, optamos por usar a palavra *sentido* de justiça. A *justiça* não era algo rígido, previsível e inflexível. Ela era interpretada nos fatos e nos direitos exibidos, de acordo com as circunstâncias, o gênero, os lugares sociais, as relações de poder, a consciência do juiz, os interesses econômicos das partes envolvidas e a conduta subjetiva das pessoas. Cada caso criminal revelou o seu *sentido* de justiça, às vezes previsto e regulado em estatutos, regimentos ou manuais, às vezes não. Cada processo criminal levado a julgamento criou um *sentido* de justiça diferente dos outros. As penas tinham uma graduação e uma organização determinadas segundo uma previsibilidade dos delitos. Porém, a realidade processual apresentou outras soluções também prováveis para os casos envolvendo mesmo delito incluindo a modulação da resposta penal segundo o arbítrio judicial, a condição e conduta das partes litigantes e as circunstâncias do caso concreto. O processo judicial penal no século XVIII não julgava tão somente os crimes cometidos, mas a pessoa que o cometeu, o lugar social que ela ocupava e seu comportamento social.

Novamente, fazendo referência à obra de Paolo Prodi, trataremos de compreender apenas “uma” história da justiça, dentre outras que podem ser contadas deslocando o foco do objeto, o tempo, o local, o espaço e a documentação analisada. Os processos criminais, em sua dinâmica argumentativa, trouxeram várias referências à opinião de doutores, criminalistas, teólogos moralistas, leis antigas, costumes e Direito Canônico. Vamos juntar todas essas peças, confrontá-las e entendê-las da forma mais completa.

4.2 O sentido de justiça nos processos criminais

Estudando os processos criminais dos tribunais de primeira e segunda instância do vice-reinado do Peru, no século XVIII, encontramos muitas referências à conceitos e virtudes provenientes da teologia moral. Como sabemos, e está consolidado pelos historiadores do direito, a justiça se aproximava da doutrina moral católica e a teologia moral lhe orientava em sua prática, assim como a outras esferas administrativas e governativas da sociedade. Direito e teologia moral andavam juntos. Nesse sentido, entender o *sentido* de justiça pela prática processual no Peru, como propomos neste estudo, requer compreender a dimensão teológica e prática de termos comuns nos processos criminais e civis, como *pecado, culpa, consciência, dúvida, intenção, dolo, arbítrio, vontade de agir, equidade, pena* e todos estes discutidos dentro da busca pelo direito e pela *justiça*.

Vários teólogos e tratadistas se debruçaram sobre essas questões, respondendo a muitas inquietações e questionamentos da época, que nos interessam até os dias atuais. Há uma longa bibliografia discutindo essa temática da aproximação da teologia moral ao direito, retomando as doutrinas e as ideias de importantes tratadistas da época moderna. Não retomaremos esse debate, mas partiremos dele para discutirmos tais questões doutrinárias com a finalidade de exploramos os argumentos e a retórica presente na prática processual¹² com o objetivo de destacar a importância da teologia moral e de tais manuais teológicos, na discussão sobre direito e justiça nas Américas.¹³

¹² Podemos citar alguns tratadistas que discutiram os conceitos de justiça, pecado, consciência, relevantes para o nosso estudo e para o período estudado: Padre Daniel Concina, Henrique Villalobos, Padre Fr. Miguel Agia, Fr. Manuel de San Buenaventura, entre outros. Fr. Manuel de San Buenaventura, religioso carmelita, escreveu um Tratado sobre a virtude da justiça em sua obra “Exámenes generales de la teologia moral” publicada aproximadamente em 1734. Inspirado pela Escolástica de São Tomás de Aquino, Buenaventura definiu o conceito de justiça e o dividiu em outras categorias: justiça legal ou geral, justiça comutativa, distributiva e vindicativa. Outro tratadista, Padre Daniel Concina, em sua obra “Manual de Concina ò Epytome de la theología Christiana dogmático-moral” escrita e publicada por volta do século XVIII também definiu, no livro nono “De la justicia y el Derecho”, o conceito de justiça diferenciando-o em, assim como fez Boaventura, em três: comutativa, distributiva e legal. Para este autor, o conceito de justiça era entendido por esse autor como a “vontade perpetua e constante de dar a cada um o que é seu”. Contudo, havia a distinção entre os tipos de justiça mencionados. Para Concina a justiça comutativa se distinguia da justiça vindicativa porque a primeira visava uma igualdade, dando a cada um o que lhe pertencia, incluindo a pena para aquele que causou um dano. A justiça comutativa apresentada por este Padre, trazia em si o sentido de “igualdade jurídica”, tanto no âmbito civil quanto no criminal porque tinha como finalidade compensar os danos. Essa igualdade poderia ser uma reparação civil para os assuntos envolvendo danos em dívidas, crédito, contratos, e, também, uma reparação criminal quando houvesse furtos, homicídios e agravos. A finalidade principal da justiça comutativa era a restituição. Ainda no século XVIII, temos um escrito intitulado “Papeles referentes al probabilismo”. Nesse

Começaremos apresentando os conceitos teológicos e sua relação com função dos juízes na prática processual, na admissão das provas e estabelecimento das penas.

4.2.1 Controlar a sociedade pela consciência: um artifício jurídico

Quando lemos os processos, vários *sentidos* de justiça surgem. Muitos tratadistas e teólogos definiram *justiça*. Não temos por objetivo apresentar esse conceito e esgotá-lo dentro da teologia moral, mas lembrá-lo para melhor compreendê-lo na prática jurídica. Nesse sentido, retomando o pensamento do Padre Daniel Concina, este definiu a *justiça como uma virtude* que tinha como objeto a igualdade que se devia ter entre o direito de um e a obrigação de outro. “A *justiça é entendida como uma virtude moral especial, que inclina a vontade a dar a cada um o que é seu*”.¹⁴ Problematizando essa conceitualização dentro do nosso interesse com o estudo das provas e das penas, como saber o que dar a cada um e o que cada um merecia? As provas e as penas cumpriam essa função no exercício da justiça. Como medir essa distância entre o direito lesado e a sua justa reparação, que também era um direito/dever da cultura jurídica? Como orientar à vontade para que a decisão tomada fosse justa, garantindo a igualdade de direito entre a vítima e o criminoso?

Essa questão aparece quando lemos os processos criminais e pensamos qual seria a melhor solução dada pelo juiz, mediante o que se entendia por igualdade e justiça no caso concreto em julgamento. O conceito de *igualdade*, bem como o de *justiça*, alterava-se diante das circunstâncias. A solução estava na consciência do juiz.

manuscrito, os autores visavam criticar o probabilismo pregado por Concina e outros domínicos como Amat de Gravesson e Vicente Conteson. Contudo, podemos observar como estes pensadores definiam o probabilismo e a teologia moral como um todo para compreendermos por que, ao final do século XVIII, essa corrente de pensamento foi criticada.

¹³ Esta perspectiva de trabalho não se inicia comigo e nem agora. Desde 2010, faço parte de um grupo de estudos liderado pelo Professor Doutor Rafael Ruiz, intitulado “Direito e Justiça na América”. Tal grupo contém um conjunto de historiadores do direito que discutem vários temas à luz da aproximação da teologia moral e o direito, no que chamamos de “História da Justiça”. Este grupo inicial cresceu e expandiu, dando origem ao CEPPRO – Centro de Pesquisa em Probabilismo e Retórica Jurídica, liderado por Rafael Ruiz, docente da UNIFESP – São Paulo.

¹⁴ CONCINA, Daniel. *Manual o Epítome de la teología cristiana dogmático-moral*, Question III, f.214r. Embora encontremos esta citação na obra de Concina, esta fórmula vinha do Direito Romano, de uma passagem de Ulpiano, e depois adotada por São Tomás de Aquino, e dele, por toda a teologia moderna.

Se o conceito de *justiça* é complexo, o de igualdade também o é, assim como o de *consciência*.¹⁵ O bom senso e a prudência eram necessários na deliberação dos juízes sobre os fatos e as questões de direito, e essa ponderação definia o sentido de justiça específico em cada ação criminal. Tal ponderação era feita na consciência interna dos julgadores e, esta, a consciência, orientava à vontade na decisão sobre a igualdade, a reparação, a pena e a justiça.

O papel do juiz era extremamente importante para se estabelecer a justiça. E mesmo ela sendo uma virtude moral, a moralidade que decidia para um lado ou outro, que pesava e considerava todos os termos, buscando uma razão proporcional, uma igualdade, estava na consciência do juiz. Ele decidia o justo, conscientemente.

Nesse sentido, decidindo injustamente, o juiz pecava. A decisão injusta de um juiz era considerada ao mesmo tempo um pecado e uma injustiça.¹⁶ Deste modo, era necessário conhecer todas as opções para se decidir corretamente e não pecar. O juiz que agiu mal, pecava mortalmente, passava a ter culpa sobre sua decisão e era julgado por suas ações. A moralidade acrescentava uma responsabilidade moral enorme à decisão judicial, cobrando do julgador o seu papel como imagem do rei e, conseqüentemente, imagem de Deus.

Paolo Prodi, analisando a lei penal e a lei moral no século XVI por tratadistas e moralistas católicos, percebeu que estes entendiam que a lei do Estado podia vincular em consciência os súditos sob pena de pecado mortal, ressaltando uma implicação nas leis penais.¹⁷ Em seus estudos, trazendo o pensamento de Alfonso de Castro, Prodi

¹⁵ Reforçando o papel da teologia moral nas decisões judiciais, outro religioso, o padre franciscano, Frei Henrique de Villalobos também refletiu sobre a consciência, as dúvidas em como agir e em quais opiniões seguir. Em seu tratado primeiro, na obra *Summa de la Theologia Moral y Caononica* o frei respondeu questões morais e práticas interessantes ao âmbito jurídico, principalmente orientando os juízes a como interpretar e sentenciar justamente. Este teólogo defendia o uso do probabilismo como solução para as dúvidas, salientando que a razão estava em ser essa uma solução provável, não importando seu grau, e que agindo assim, não se pecaria porque se era prudente. Para Villalobos, independente do grau de seguridade da opinião escolhida, era imprescindível que se agisse com prudência. Era virtude da prudência que orientava a consciência na escolha do que seguir e ela que livrava de culpa e pecado. Sobre este assunto, ver: PROATTI, Elaine Godoy. *Consciência e lei no Tratado jurídico do Padre Fr. Miguel Agia*. Universidade Federal de São Paulo – UNIFESP, Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós Graduação em História, 2015, p. 109.

¹⁶ Daniel Concina afirmou que os vícios opostos à justiça era a injustiça. E esta se dividia em várias espécies: a injustiça legal, que relaxava as leis; a injustiça da justiça comutativa eram os furtos, homicídios, calúnias, acusações falsas, imposturas de advogados e juízos injustos de juízes. “La injusticia es por su naturaliza pecado mortal, y será venial por parvidad de materia, ò por indeliberación”.

¹⁷ PRODI, Paolo. *Uma história da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.218.

entendeu que este autor afirmava que a lei penal era mista e que continha dentro de si, incorporada, a própria lei moral.

Nesse sentido, as autoridades políticas e religiosas, segundo o direito humano positivo (canônico ou secular), podiam vincular os indivíduos sob pena de pecado mortal.¹⁸ E, segundo o autor, tal situação ensejava ao Estado um instrumento de poder de controle dos comportamentos e das consciências. Dito de outra forma, para Prodi, a concorrência entre as instituições eclesiásticas e seculares e, portanto, da concorrência entre os grandes ordenamentos jurídicos que delas derivam, suscitavam um dualismo entre a lei positiva e a consciência, entre o crime como transgressão de uma lei humana e o pecado como transgressão da lei divina, e, neste momento, o “Estado tende a criminalizar o pecado para fazer dessa criminalização um instrumento de poder”.¹⁹ A pena, nessa perspectiva, cumpria o papel de demonstração de poder do Estado e legitimação da sua força punitiva.

Como mencionamos, cabia, à consciência do juiz, a retidão de sua decisão para este não pecar e não incorrer em culpa. Mas como decidir conscientemente sobre algo havendo dúvidas e incertezas? A resposta para essa pergunta consistiria, no entender de Prodi, um instrumento do poder secular para controlar as consciências. Seria, então, a teologia moral uma baliza para as ações humanas.

Paolo Prodi afirmou que:

(...) o controle das consciências é tanto ou mais importante para o príncipe quanto o processo de territorialização da Igreja que, com a formação de um direito direto ou indireto dos príncipes em relação aos benefícios e com a administração eclesiástica dos próprios territórios.²⁰

Nesta perspectiva, Francisco Orrego,²¹ analisando a “administração da consciência”, salientou que a consciência, no desenvolvimento da atividade econômica, como o comércio, fazia parte dos mecanismos utilizados pelas autoridades religiosas e políticas para regulamentar o comportamento social. Segundo tal autor, o comércio era um espaço econômico pertencente à monarquia católica, e não podia permitir a

¹⁸ Idem, p.225.

¹⁹ PRODI, Paolo. *Uma história da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.232.

²⁰ Idem, p.213.

²¹ ORREGO GONZÁLEZ, Francisco. *La administración de la conciencia. Cultura escrita, confesión e ilustración en el mundo católico hispano a fines del Antiguo Régimen*. Universidad Complutense de Madrid – Facultad de Geografía e Historia – Departamento de Historia Moderna, Tesis Doctoral, Madrid, 2014, p. 437.

“liberdade de consciência” e os confessores cumpriam um papel fundamental na administração da consciência.²² Não é nosso objetivo atingir tal debate, mas esclarecer que tal uso da teologia moral, como um instrumento de controle, não afetavam apenas o âmbito religioso e jurídico, mas social como um todo, integrando um projeto político de poder. Não podemos diferenciar o controle estatal do controle da igreja pois ambos se conformavam numa mesma matriz de poder. A obrigação de obedecer respondia a uma ordem “artificial” do poder no ato de governar, e este, que, possuindo o poder coativo, vinculava a consciência.²³

Contudo, este debate possui um outro ponto de vista interessante. Não se tratava de “controle” de consciência, mas de “formação” da pessoa para lhe dar autonomia em suas decisões.²⁴

De todo modo, a consciência era citada nos processos criminais, principalmente quando havia dúvida, incertezas sobre a autoria do delito. No processo criminal sobre o suposto estupro cometido por Don Luis Anselmo de Landabere em 1797, o seu defensor, Baltasar de los Reyes, questionou as provas e a segurança jurídica. Baltasar de los Reyes indagou se, com as provas obtidas até o momento, os depoimentos das testemunhas, se podia julgar a causa com total segurança, apontando o réu como autor do delito, e se não havia qualquer razão para duvidar disso:

No es este el negocio mas delicado y grave que puede controvertirse en un Tribunal tan serio y respetable como el presente, tanto mas delicado, quanto sus pruebas por no ser fácil proporcionar otras oculares ni positivas, consta y se compone por disposiciones sabias del derecho, de congeturas *sic*, sospechas y otros indicios, sujeto à la equivocación e incertidumbre? (...) luego quando la defensa no estribase en una vindicación pernptoria, como la que se ha hecho, la absolución será decretable, respecto de que en los casos dudosos es mas seguro el favor del reo.²⁵

O defensor reforçou que, em caso de dúvida, era mais seguro agir em favor do réu. Ele ainda mencionou que este, Don Luis tinha a sua consciência como testemunho

²² ORREGO GONZÁLEZ, Francisco. *La administración de la conciencia. Cultura escrita, confesión e ilustración en el mundo católico hispano a fines del Antiguo Régimen*. Universidad Complutense de Madrid – Facultad de Geografía e Historia – Departamento de Historia Moderna, Tesis Doctoral, Madrid, 2014, p. 437.

²³ PRODI, Paolo. *op. cit.*, p.216. “A obrigação de obedecer à lei não depende dos conteúdos desta, mas deriva da própria característica da lei positiva, que produz uma ordem ‘artificial’ ínsita no ato de governar: é o príncipe, seja ele o papa ou um soberano secular, que, possuindo o poder coativo, pode transformar a lei natural em lei positiva, mantendo sua capacidade de vincular a consciência”.

²⁴ Sobre este assunto ver: Rafael Ruiz, Tutino, Schussler, e Marys.

²⁵ AGN L.84 C.1034 Ano:1797, f.163r.

de que não era delinquente e nem o estupro. Ressaltou ainda que, sendo constante a perpetração do estupro, a sua parte não merecia pena alguma porque teria que se analisar o consentimento e a vontade da mulher. Se esta consentisse no ato, este não sairia da esfera da fornicção, não incidindo no crime de estupro. Além disso, Baltazar fundamentou seu argumento na doutrina comum dos autores e moralistas ao afirmar que deveria se observar a responsabilidade e a consciência no foro interno porque era mais rigorosa que o externo.²⁶

A sentença foi pronunciada 01 de fevereiro de 1799 absolvendo o réu do crime de estupro e rapto, e condenando a filha da querelante ao convento.²⁷

4.2.2 A dúvida como possibilidade de autonomia judicial

A *dúvida* aparece nos processos criminais quando não se tinham provas suficientes para condenar alguém. O que nos interessa nesse conceito teológico era a orientação dada aos juízes em como agir em caso de dúvidas²⁸ e o que eles realmente faziam na prática.

O juiz não poderia julgar sem as provas, ou quanto estas eram inconclusas. Porém, essa era a exceção. A regra era encontrar algum elemento ou argumento que corroborasse com a atitude do réu e provasse a sua conduta reprimida. Quando se tinha dúvidas sobre a autoria e a materialidade de um crime, ou ausência de provas que demonstrasse a culpa ou a inocência do réu, este não deveria ser acusado de nenhum crime.

Daniel Concina, refletindo sobre as questões que poderiam surgir num exame de consciência, afirmou que quando havia um juízo temerário, uma suspeita ou uma dúvida, o juiz deveria recorrer às leis, à interpretação, ao costume, às opiniões de doutores e à consciência individual para sanar a incerteza e a insegurança. Para este teólogo moralista, o juízo temerário surgia quando se tinha consentimento e ciência da

²⁶ AGN L.84 C.1034 Ano:1797, f.163v. “La doctrina es común entre los Autores, tan exagitada la duda que fueron de este sentir, aun aquellos que por su carácter, estado, y rigidez, quales son los moralistas, proceden nimios en semejantes puntos, arreglándolos a lo que es responsabilidad conciencia, en cuyo fuero mejor en que el externo se observa el rigor, y no hay y dispensa alguna, de tal suerte que ellos son los que opinan a beneficio del estuprante, si ha precedido la anuencia de la estuprada, no como quiera, sino oque afirman que no seda en el desfloro especial deformidad, sino interviniese especial injuria consistente en la violencia con que se coata a la Muger Virgen (...)”.

²⁷ AGN L.84 C.1034 Ano:1797, f.195v.

²⁸ Embora estejamos trazendo a obra de Concina, um anti-probabilista, cabe ressaltar que tal posicionamento não era unânime.

existência do pecado cometido por outra pessoa, mas não se tinha indícios fortes e sólidos o suficiente para condená-lo com convicção. Neste caso, inconcluso o sistema probatório, não se devia julgar porque se incorria em pecado mortal. “El juicio temerário, por su naturaleza es pecado mortal”.²⁹

Em 1742 Rosa Palomares, uma negra livre de 16 anos, foi acusada de ofício por ter envenenado o negro Pablo Luzen e foi absolvida por falta de provas. Essa ação foi movida pelo alcaide do crime da Real Audiência de Lima e foram arroladas 12 testemunhas, em sua maioria negros e escravos, e estes não serviram para condenar e nem apontar nenhum culpado. Na confissão da ré, esta confirmou ter tido um relacionamento ilícito com o negro antes dele se casar, e negou ter-lhe envenenado, afirmando não ser ciumenta e nem ter agido por vingança, uma vez que a vítima lhe havia prometido em casamento, mas acabou se casando com outra mulher.³⁰

Não há mais provas no processo. O cirurgião encarregado da perícia do corpo de delito afirmou não ter encontrado no cadáver sinais de envenenamento. Para ele, a causa da morte era natural.³¹ A sentença foi dada em 08/06/1742 e a ré foi solta da prisão e absolvida das acusações de homicídio e de envenenamento. A ação não continuou e nem foi reconhecido o seu mérito pela ausência de provas e de comprovação do corpo de delito.³²

A situação era clara: sem provas, sem punibilidade e nem culpa. Além de uma questão probatória, significava que o juiz não fora convencido sobre a culpabilidade da ré, portanto, não tinha convicção para condená-la. Cabe ressaltar que a finalidade da prova era convencer o juiz, se ele não se convencesse pelas provas ou falta delas, e nem por quaisquer outros elementos informativos apresentados no processo, então não devia condenar porque quem pecaria, então, seria ele.

Em outro processo ocorrido em 1797, contra Miguel Reyes por ferir Victoria Montero, escrava, o juiz determinou que a causa fosse encerrada por falta de provas.

²⁹ CONCINA, Daniel. *Manual o Epítome de la teología cristiana dogmático-moral*, Question I, Libro Sexto, Capítulo 3, *Del Juicio Temerario, Sospecha y Duda*. Em relação à dúvida, Concina a definiu como sendo algo que ocorria quando o entendimento, movido de igual peso de racionalidade, ficava suspenso sem poder inclinar-se a uma parte ou outra. Ou seja, havia dúvida quando o entendimento não sabia para que lado seguir. Isto se dava porque o entendimento estava sujeito ao império da vontade, e a forma de o entendimento resolver sua dúvida era analisando a intenção, o ânimo que motivara a ação.

³⁰ AGN, L.9, C.80, 1742: f.18r.

³¹ AGN, L.9, C.80, 1742: f.8r.

³² AGN, L.9, C.80, 1742: f.19v. “Dice que sin embargo del prolijo examen de la Sumaria no produce esta comprobacion del Cuerpo del delito, ni de sus Autos, ni merito para que se proceda por a ora a otra diligencia conducente a aquel fin; en cuyos terminos resolvera V.A. lo que tuviere por mas conveniente”.

Analisando o processo, encontramos apenas as declarações das testemunhas, que ao que parece, não foram suficientes para a condenação. A informação final dos autos foi: “Visto o resultado da diligencia anterior, decidiram por cortar o progresso da causa no estado em que se encontrava, e administrando Justiça, dando por encerrado o autos contra Miguel Reyes”.³³

O que percebemos pela documentação era que, indícios e presunções eram valorados e a conduta social e a personalidade eram fundamentais na fixação das penas, mesmo não constituindo prova plena. Dessa maneira, recorria-se às confissões como forma de sanar as dúvidas fáticas e resolver o caso sem a necessidade de outras provas.

Daniel Concina apresentou uma outra possibilidade de agir no momento da dúvida, para além de recorrer a outras fontes normativas: apoiar-se na fama da pessoa julgada.³⁴ Esse ponto levantado por Concina é extremamente importante para nós porque respaldava o que verificamos nos processos na falta de provas melhores: o uso da fama, da personalidade e da conduta social do imputado como uma circunstância judicial a ser valorada na fixação da pena e na discussão sobre culpa e dolo.

Podemos, com isso, discutir o meio de obtenção das provas e seu valor dentro do processo penal, principalmente a confissão. Pela regra, se não se provasse a culpa ou a inocência do réu, ele não deveria ser acusado por falta de provas.

Na ação criminal em que um escravo agrediu a outra escrava, ambos os proprietários destes pleiteavam no processo por uma condenação ou reparação. Esse processo de 1788 discutiu a prova e a pena corporal estabelecida em sentença contra o réu, o escravo Casimiro Zamudio. O procurador, Francisco Flores, em nome dos querelantes, apontou em sua réplica à contestação da defesa, uma controvérsia entre as doutrinas e as leis, e citou o previsto nas leis de *Partidas*, nas leis de *Castela* e nas de *Indias*.³⁵ Ele rebateu a previsão legal que dispunha que, não podendo se constatar a culpa ou inocência do réu, este não poderia ser acusado até a publicação das provas em

³³ AGN, L.85, C.1058 Ano 1797: f.9v

³⁴ Ibidem. Segundo o autor: “Si se levanta una duda enquanto à la fama del próximo, no debe suspender el Juizio, si antes lo tenías en buena opinión: porque la suspensión del juicio disminuye la estimación, antes bien debes, deponiendo la duda, confirmar tu animo en el parecer de su fama”

³⁵ AGN, L.63, C.739, Ano 1788, f.26v. “Estos ban mas conformes a las leyes y es por que debiéndose juzgar las causas como dice el Auto Criminal controversio por ella y no por las Doctrinas, por mas excelentes que estos sean como advierte un Eminentísimo no estando aun puesta la demanda que en el juicio se piensa por la acusación se contesta por la respuesta del Reo, y con ella se recibe aprueba es enteramente ilegal la solicitud como opuesta a la decisión de las Leyes. Tres tiene pues D^a. Isabel en contra, una de Partida, otra de Castilla, y otra de Yndias”.

contrário à sua inocência, afirmando que a aplicação de tal preceito normativo significava desconsiderar a confissão do réu, a Sumária, e as demais provas no estado em que se encontravam, levando, injustamente, à soltura do réu da prisão.³⁶

Com o intuito de reforçar a necessidade de se manter preso o réu, a acusação denunciou-o como “insolente, acostumado ao atrevimento, delinquente e não religioso”.³⁷ O réu foi considerado culpado e castigado com 25 açoites.³⁸ Apelando para o comportamento social, considerou-o um elemento probatório capaz de convencer o juiz da propensão do escravo ao crime deduzido, além de acusá-lo de não religioso. Ou seja, a conduta do imputado, bem como a sua vida religiosa, eram meios de prova e reforçavam a vinculação entre a teologia, o direito, o pecado e o delito, intimamente conectados. Dessa forma, tinha-se o pecado dentro do delito agravado pela falta de religiosidade do réu. A religião foi utilizada como estratégia para qualificar a conduta delitiva.

Além de utilizar a *fama*, recorria-se aos *costumes* como forma de comprar ou reprovar uma ação. Quando não existia lei para o caso específico, ou quando esta não se aplicava à situação em julgamento, a doutrina recomendava que se utilizasse outra fonte normativa, como os costumes. A lei não regulava tudo e não respondia à todas as demandas sociais, sendo justo e equânime afastá-la e encontrar fundamento em outra fonte de direito. Descumprir a lei nem sempre incorria em pecado ou crime.³⁹

Em caso de dúvidas, poderia se interpretar as leis.⁴⁰ Interpretar era buscar a justa medida nas coisas. Buscar aquilo que trouxesse o melhor sentido de *igualdade* para se chegar à justiça como uma virtude moral. Dentro da interpretação tinha-se a *Epikeia*. Interpretar consistia em valorar as variáveis e decidir pelo mais apropriado.

³⁶ AGN, L.63, C.739, Ano 1788, f.27r.

³⁷ AGN, L.63, C.739, Ano 1788, f.27r.

³⁸ AGN, L.63, C.739, Ano 1788, f.82v.

³⁹ CONCINA, Daniel. *Manual o Epítome de la teología cristiana dogmático-moral*, Question I, Libro Octavo, Capítulo X, *De la cesación, interpretacion, dispensación de la Ley, y de la costumbre*. Na questão I, em seu livro oitavo, Daniel Concina indagou sobre como agir quando cessasse a finalidade da lei. A pergunta era: a lei não se aplicaria quando não cumprisse sua finalidade? A resposta de Concina foi positiva. Quando não existisse mais a finalidade adequada da lei, esta não obrigava. Tal desobrigação da lei, quando não se verificava a sua finalidade, não requereria expressamente uma declaração do Príncipe para deixar de valer. Bastava o costume ou o comum consentimento da República sobre tal

⁴⁰ CONCINA, Daniel. *Manual o Epítome de la teología cristiana dogmático-moral*, Question V, Libro Octavo, Capítulo X, *De la cesación, interpretacion, dispensación de la Ley, y de la costumbre*. Interpretar, segundo Concina, possuía regras. Por exemplo, quando uma mesma oração possuía dois sentidos, devia-se escolher o que fosse mais adequado à coisa que se pretendia fazer. Quando as palavras da lei pareciam duvidosas, tinha-se que interpretar segundo a inteligência comum do lugar

A *Epikēia* era uma correção, uma emenda da lei, e uma exceção à um caso particular especificado pelas circunstâncias surgidas.⁴¹ Quando a lei perdia sua finalidade, quando a sua observação era viciosa, inadequada, a *Epikēia* aparecia como uma adaptação, uma flexibilização, um “reparo” útil e necessário ao estabelecimento do justo e à decisão conforme o *bem comum*.

Este caminho conceitual que estamos trilhando pela doutrina teológica dos séculos XVII e XVIII, esclareceu e evidenciou pontos importantes da prática processual, no que diz respeito à construção da decisão judicial. O processo criminal tinha um rito específico. Ouvia-se a queixa, as testemunhas, o discurso da acusação, da defesa, as provas apresentadas e tudo concorria para o convencimento do juiz. Nesta perspectiva, estudando os processos criminais do século XVIII, no vice-reinado do Peru, e comparando com doutrinas teológicas desse mesmo período, observamos, como era da natureza mesma da argumentação normativa pré-contemporânea, muitos conceitos morais apoiando tais decisões, e sendo usados por defensores como meio de prova valorado pelo juiz no momento da resposta penal. Mencionamos “natureza da argumentação” porque a distinção entre direito, moral e religião não tinha a mesma relevância na época estudada, como tem para nós atualmente, por isso não tinha a mesma operatividade na argumentação jurídica e é até difícil diferenciar um conceito moral de um jurídico.⁴²

Tais conceitos morais não eram referenciados apenas nos casos em que as leis não se aplicavam ou quando havia dúvidas. As dúvidas surgidas nos processos eram também especulativas. O réu teve mesmo a *intenção* de cometer o crime? Quando as

⁴¹ CONCINA, Daniel. *Manual o Epítome de la teología cristiana dogmático-moral*, Question VI, Libro Octavo, Capítulo X, *De la cesación, intterpretacion, dispensación de la Ley, y de la costumbre*.

⁴² A palavra “moralidade”, entre os séculos XVI ao XIX, englobava regras de conduta teológicas, legais e estéticas. O autor CITAR explica que a ordem medieval e suas virtudes, não era apenas formada por ideais católicos cristãos, mas islâmicos e judaicos. Inclusive, deve considerar a tradição heroica dos vários grupos que formaram a tradição medieval. “(...) La lealtad a la familia y a los amigos, el valor requerido para mantener la estirpe o la aventura militar y la piedad que acepta los límites morales y las imposiciones del orden cósmico, son virtudes centrales parcialmente definidas en términos de instituciones tales como el código de venganza de las sagas (...) Lo que exige el cristianismo no es meramente un concepto de defectos de carácter o vicios, sino de ofensas a la ley divina, de peccados. Cualquier carácter individual puede, en cualquier tiempo dado, ser un compuesto de virtudes y vicios, y estas disposiciones se apropiarán de la voluntad para llevarla en una u otra dirección. Pero siempre está abierto a la voluntad el ceder o el resistir a estos impulsos. Ni siquiera la existencia de un vicio entraña necesariamente la comisión de una acción malvada. Todo depende del carácter, del acto interior de voluntad. Por tanto el carácter, campo de lucha de las virtudes y los vicios, se convierte simplemente en una circunstancia más, externa a la voluntad. El verdadero campo de lucha de la moral es la voluntad y sólo ella”. MACINTYRE, Alasdair. *Tras las Virtud*. Traducción castellana para España y América del original “After Virtue de 1984, Critica. S.L., Diagonal, Barcelona, 2004, p.220- 223.

provas eram inconclusas, quando as testemunhas alteravam seus depoimentos ou eram corrompidas, quando o réu não confessava o crime e se tinha dúvidas sobre o fato e o direito aplicável, cabia ao juiz decidir, utilizando o seu arbítrio, o que parecesse melhor à justiça, ao bem comum, ao bom governo da República. Era uma função judicial *interpretar* em consciência o que fosse justo, ponderando as variáveis possíveis. Dessa forma, o que significava decidir conforme o que parecesse mais favorável? Havia várias possibilidades. Mas, o que, moralmente, era lícito fazer?

Para alguns teólogos, o juiz podia seguir qualquer opinião provável que quisesse, e ainda escolher por uma opinião em uma causa, e em outra, a opinião contrária porque a razão era a mesma: ambas eram igualmente prováveis.⁴³ Mas, quando as opiniões eram prováveis em relação ao fato ocorrido havia uma diferença na escolha de qual opinião seguir, de acordo com o tipo de causa civil ou criminal.

Havendo opiniões prováveis em questões factuais, em que o fato se prova por ambas as partes, e, para o caso de uma dessas opiniões ser mais provável que a outra, nos assuntos civis, o juiz estava obrigado a sentenciar pela parte que melhor provou o alegado. A razão dessa imposição era a de que o juiz era obrigado a julgar segundo os méritos do processo. Porém, nos assuntos criminais, o juiz poderia seguir a opinião menos provável, se esta fosse em favor do réu, deixando a mais provável.⁴⁴ Podemos considerar que a teologia moral orientava o juiz a como proceder processualmente para

⁴³ Villalobos era probabilista, mas para o século XVIII esta opinião era controversa e inclusivamente tinha sido condenada pelo Papa e mais tarde seria uma das razões para se expulsarem os jesuítas em 1767. VILLALOVOS, P. F. Henrique, *Summa de la Theologia moral y canonica*. Tratado Primero – De la Conciencia. Frei Henrique Villalobos respondeu que as dúvidas eram sanadas na consciência. Em seu Tratado Primero – De la conciencia, Villalobos conceituou a consciência como um ditame da razão, um ato do entendimento que dita o que se deve fazer ou deixar de fazer. De acordo com este teólogo, a dúvida surgia quando o entendimento pendia, desequilibrando-se, sem inclinar a nenhuma das partes. Dessa forma, tinha-se opiniões prováveis a se seguir, visando sanar as dúvidas. Contudo, tais opiniões prováveis apresentavam graus de probabilidades distintos. A próxima questão a ser resolvida por este religioso era a seguinte: dentre as opiniões prováveis, qual o juiz deveria seguir? Na análise de Henrique Villalobos, “El juez que tiene una sentencia por mas probable (sic), la puede seguir, aunque no sea la mas segura. Lo qual se prueba: porque muchas veces acontece, que las opiniones mas provables y mas recibidas, son menos seguras (...)”.

⁴⁴ VILLALOVOS, P. F. Henrique, *Summa de la Theologia moral y canonica*. Tratado Primero – De la Conciencia, Dificultad Primera: *Que cosa sea conciencia, y como se divide*, Tercera conclusión, respuesta 03, p.11. No original: “*Quando ambas opiniones son provables de parte del hecho (ello es que el hecho se prueba por ambas partes) mas una dellas es mas probable, entonces en las cosas civiles está obligado el juez a dar sentencia por la parte que mejor provó: asilo tienen todos. Y es la razón, porque está obligado a juzgar según los méritos del proceso. Mas en las cosas criminales puede seguir el juez la opinión menos probable en favor del reo, dexando la mas probable (...) a mi parecer, tiene obligación precisa a ello: porque aquí no es el derecho de las partes claro, sino obscuro, y assi corre la regla de derecho citada*”.

ele não incorrer em culpa no exercício do seu ofício, condenando um inocente. O juiz, tendo dúvida, deveria escolher o que beneficiasse o réu. O processo criminal responsabilizava tanto o réu culpado quanto o juiz, se este não decidisse de maneira justa, incorrendo em pena. Seria o benefício da dúvida em favor do réu, principalmente quando as provas eram inconclusivas.

Nesse sentido, a teologia nos orienta para a ação prudente, seguindo a opinião mais provável, ou não, porque também podia ser a menos provável, considerando a autoridade dos doutores e a consciência, como ato do entendimento. A dúvida impulsionava o juiz a refletir sobre todas as possibilidades existentes para a resolução da lide, inclusive apreciando a lei e sua utilidade. Se houvesse dúvida sobre a efetiva aplicabilidade da lei, o juiz não estava obrigado a guardá-la. A mesma coisa acontecia para a dúvida em relação ao voto de um magistrado.⁴⁵ Consideramos que a dúvida forçava à uma atualização das normas e preceitos jurídicos, bem como a um discernimento interno sobre o mais adequado ao caso concreto. Entendemos com isso, que a discussão e reflexão surgida pelas dúvidas sobre como agir tornavam a prática judicial mais equitativa, segura e justa.

Víctor Tau Anzoategui apontou que a doutrina do probabilismo apareceu no âmbito jurídico como uma solução nos casos morais. O *probabilismo* era um critério que buscava a solução do caso concreto e procurava ter à sua disposição uma maior quantidade de elementos reguladores para aplicá-los conforme a necessidade e as circunstâncias do lugar, tempo e qualidade das pessoas.⁴⁶

Víctor Hugo Martel Paredes entendeu que o probabilismo se apresentava como um “novo contorno multicultural”, que não se tratava de desobedecer às leis e códigos

⁴⁵ VILLALOBOS, P. F. Henrique. Tratado primeiro, Dificultad V: *Si se deve seguir la sentencia mas segura*, respuesta 02, p.06. No original: “(...) lo que prudentemente se hazer, y el que sigue el juyzio(sic) de otros, obra prudentemente: y assi el que sigue opinión provable(sic) de Doctores, haze prudentemente: y ansi queda que la doctrina dicha es de consejo: pues el que duda del voto, no esta obligado a el, ni el que duda del voto, no esta obligado a el, ni el que duda si ay ley, esta obligado a guardarla”.

⁴⁶ TAU ANZOATEGUI, Víctor. *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano*. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1992, p.59.

morais, mas de não os observar.⁴⁷ De acordo com o Angel Muñoz Garcia: “não há desacato: se obedece, mas não se cumpre”.⁴⁸

Rafael Ruiz⁴⁹ afirmou que o Probabilismo significou uma mudança de paradigma na teologia moral católica ao passar de uma perspectiva rigorista, objetiva e categórica, típica do mundo medieval, para outra moderna, flexível, subjetiva e incerta. Analisando os vários tratados jurídicos do século XVII, Ruiz encontrou ser unânime a caracterização da função de julgar como algo do “livre arbítrio” dos juízes. A tarefa do juiz consistia em descobrir o direito, não apenas nas leis e provisões, mas num enorme conjunto de fontes normativas do direito. Para tanto, o arbítrio e a interpretação judicial adequavam o caso às normas, dando aplicabilidade, ou não, às leis.

Para essa interpretação e adequação justa, era necessário que o juiz analisasse as circunstâncias específicas do caso, e julgasse o caso em concreto. Ruiz acrescentou que os juízes exerciam um verdadeiro trabalho de interpretação das leis, e que esta, portanto, era a principal característica da função judicial.⁵⁰

Nem todos os casos estavam previstos legalmente. A justiça legal tinha buracos normativos na organização e construção do regramento pensado para a América hispânica. A sociedade casuística, para usarmos o termo de Víctor Tau Anzoátegui,⁵¹ valia-se desses espaços de “autonomia” e “flexibilidade” dado pela ausência de leis, para ampliar a atuação judicial, considerando outras fontes normativas de direito.

O teólogo Villalobos pensou sobre esse espaço e valorizou a *Epikeya* ou *equidade* por considerar os casos particulares e extraordinários não previstos no

⁴⁷ MARTEL PAREDES, Víctor Hugo, *La filosofía moral: el debate sobre el probabilismo en el Perú*: Instituto Francés de Estudios Andinos, fondo editorial Universidad Nacional Mayor de San Marcos, colección Biblioteca Andina de Bolsillo – IFEA n. 28, Colección Alasitas – Lluvia Editores, Lima, 2007, p.97.

⁴⁸ MUÑOZ GARCÍA, Ángel, *Diego de Avendaño, filosofía, moralidad, derecho y política en el Perú colonial*, Lima, Fondo editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2003, p.75. Queremos ressaltar também, que tal fórmula referenciada, “se obedece pero no se cumple” tinha uma larga trajetória no direito castelhano e estava pensada para os casos nos quais o rei dispunha algo que lesionada os foros e privilégios dos lugares, então, o próprio rei dizia que nos casos suas pragmáticas deviam ser obedecidas mas não cumpridas. Não é algo relacionado, diretamente ao probabilismo, embora haja discussão doutrinária sobre o assunto, como manuais de história do direito indiano.

⁴⁹ RUIZ, Rafael, *Argumentos retóricos y elementos de prueba en los procesos criminales en la Real Audiencia de Lima a finales del siglo XVIII*. **Revista jurídica digital UANDES** 4, n. 1, 2020. Universidad de los Andes, Chile.

⁵⁰ RUIZ, Rafael, *Probabilismo e Teologia moral na prática judiciária na América espanhola do século XVII*. **Revista Brasileira de História & Ciências Sociais**, vol. 4 nº 8, dezembro de 2012, p.12.

⁵¹ TAU ANZOATEGUI, Víctor. *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano*. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1992.

ordenamento comum.⁵² Como afirmou Henrique Villalobos, “quando, no caso particular, a lei não tem razão, o súdito deve agir contra as palavras da lei e usar de *Epikeya* sem a autoridade do superior”.⁵³

De acordo com Paolo Grossi, a equidade era o instrumento que permitia liberdade de ação ao juiz e, conseqüentemente, dava margem à sua interpretação. O intérprete, segundo Grossi, tinha a possibilidade de “fortalecer o direito legal com elementos externos, de colocar-se como mediador ente o reino das formalidades e o reino dos fatos e de criar novas figuras jurídicas”.⁵⁴

Paolo Grossi diferenciou as palavras *aequitas* e equidade. *Aequitas* é definida por ele como a fonte e o início da justiça e do direito. Não é um “produto da mente humana porque está nas coisas e a partir das coisas se projeta entre os homens”.⁵⁵

A equidade era necessária para a compreensão dos casos particulares, não previstos em leis e, para quando a lei não atingisse seu fim. A certeza moral e prudencial era tão valorizada quanto a correspondência do caso à lei. Dito de outra forma, neste manual teológico, o religioso apresentou que, em termos de justiça, culpa e consciência, dava-se muita importância para os aspectos morais, inclusive na observância das leis. A efetiva aplicação da justiça e o cumprimento do Direito, tendo como referência normativa as *Siete Partidas*, ou o costume, dependia do olhar do juiz sobre o caso, a sua prudência e consciência em ponderar, pela sua interpretação, as circunstâncias e particularidades do caso, a conduta social e condição econômica das partes litigantes.

⁵² VILLALOBOS, P. F. Henrique. Tratado primero, Dificultad XXXVI: *Que cosa sea Epiqueya o Equidad, y quando ha lugar, y si cessando la causa de la ley, cessa la ley*, respuesta 01, p.56. “Para inteligencia desta dificultad, se ha de advertir lo primero, que la justicia legal en hazer las leyes, mira los casos comunes, y usados, y que suceden por la mayor parte, como dize una ley a, que mirar a todos los casos particulares, b, (...) y assi no es la ley injusta, por decir, que no ha lugar en este caso, o aquel particular, por razón de las circunstancias que allí se juntan (...) por lo qual los Filósofos ponen la Epiqueya, o equidad (de la qual trató Aristóteles), que mira casos particulares y extraordinario, que no se pudieron porveer(sic) por la ley común (...)”.

⁵³ VILLALOBOS, P. F. Henrique. Tratado primero, Dificultad XXXVI: *Que cosa sea Epiqueya o Equidad, y quando ha lugar, y si cessando la causa de la ley, cessa la ley*, respuesta 06, p.56.

⁵⁴ GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. Tradução de Denise Rossato Agostinetti; revisão técnica de Ricardo Marcelo Fonseca. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2014, p.208-209.

⁵⁵ Idem, p.220. “A *aequitas* é o meio valioso, insubstituível, entre os dois mundos; é o canal que leva à exterioridade do direito a seiva da substância subjacente e não o deixa secar, não lhe permite pagar o preço escandaloso de uma separação entre a exterioridade e a substância nem um esgotamento da primeira. A *aequitas* está nos fatos, onde já é direito, mas de onde espera ser transportada, traduzida, interpretada, reduzida a preceitos.

Realmente, os ordenamentos não podiam prever tudo e nem mesmo os costumes duravam para sempre. A relevância de termos os processos criminais como documentação para este estudo, é a de observarmos a prática judicial processual por ela mesma, além do previsto em leis e do especulado nos manuais e demais tratados de teologia. O cotidiano social e a *práxis* judicial, evidenciados nos pleitos jurídicos demonstram exatamente as decisões tomadas em meio às adversidades surgidas, e, a riqueza da justiça ao acompanhar e responder aos fatos específicos, aos valores culturais e morais, e às normas elaboradas em reflexo à dinâmica dos tribunais. Por exemplo, quando um advogado de defesa utilizou de um precedente para embasar seu argumento,⁵⁶ reforçando que a decisão judicial era autônoma e podia valer-se da *equidade* e da interpretação de outros fatores relevantes para a solução da lide. Ou quando rebatia a eficácia de uma lei e pedia moderação e jurisprudência ao magistrado.

As bases para o Direito eram referenciais e espelhavam o tipo de sociedade que se buscava e se defendia, ainda mais para a manutenção do sistema colonial. Mas olharmos a sociedade apenas pelas normas e leis estabelecidas entre os séculos XVI, XVII e XVIII, significa ler uma pretensão, embora muito rígida, da conduta social esperada. A aplicabilidade dessas leis, das teorias e doutrinas teológicas eram testadas nos tribunais. A prática forense nos indica os argumentos utilizados pelas partes com o fim de convencer os juízes em suas sentenças. Pelas sentenças, podemos inferir o que funcionou ou não, o que convenceu ou não os juízes. Prevaleceu a lei municipal, a metropolitana, ou o costume? Em relação à prova, a conduta social e a personalidade foram valoradas, bem como a moralidade dos atos com ânimos de agir? Os precedentes eram utilizados? A teologia moral era utilizada como meio de solucionar os casos? Desse modo, aliado a outras fontes documentais, consideramos que os processos judiciais fornecem elementos importantes que nos ajudam a responder tais questões.

Como ressaltou Paolo Prodi, a ligação entre o foro da lei e o foro da justiça divina era a consciência do juiz,⁵⁷ nesta perspectiva, quem decidia os casos eram os juízes, seguindo a sua própria consciência, e esta era o critério que decidia sobre o j/justo ou não justo.⁵⁸ Como veremos a seguir, cada processo criminal respondeu de um jeito

⁵⁶ AGN, L.62 C.721, f.92v, ocorrido em 1788.

⁵⁷ PRODI, Paolo. *Uma história da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.211.

⁵⁸ Sobre este assunto, ver: RUIZ, Rafael, *Probabilismo e Teologia moral na prática judiciária na América espanhola do século XVII*. **Revista Brasileira de História & Ciências Sociais**, vol. 4 nº 8,

diferente ao sentido de justiça. Como mencionamos anteriormente, o processo penal julgava a conduta da pessoa e não apenas o delito cometido.

No próximo item, trataremos das provas e das penas nos processos criminais consultados. Iniciaremos com uma breve conceitualização destes procedimentos processuais, examinando seus sentidos no âmbito jurídico e teológico. Depois, passaremos a exemplificar o sistema probatório e a fixação da pena encontrados nos processos criminais, explorando a relação entre a teoria e a prática dos tribunais.

4.3 As provas e as penas estabelecidas nos processos criminais do século XVIII: uma discussão teológico-jurídica

Os discursos retóricos de advogados, procuradores, defensores e fiscais, nos processos do século XVIII, demonstram que eles tinham conhecimento sobre as diversas fontes do direito, e os articulavam muito bem, de acordo com o fim desejado, a absolvição ou acusação do réu. Fazendo uso dos ordenamentos jurídicos, dos costumes, das doutrinas, dos pareceres de autoridades jurídicas e de outras áreas do direito, como o direito canônico, tais discursos evidenciam estratégias retóricas perspicazes dentro do sistema de provas legais aplicado na Real Audiência de Lima.

Alguns autores analisam os argumentos como estratégias retóricas de atenuação da pena ou meio de conseguir o perdão, ou a clemência.⁵⁹ Ampliando tal estudo, consideramos que tais estratégias também faziam parte do próprio sistema probatório e eram relevantes no processo de elaboração da sentença final. Ao questionar as provas apresentadas, bem como as circunstâncias dos fatos e as condutas dos envolvidos, os defensores e procuradores visavam atacar a consciência dos juízes provocando dúvidas e oferecendo outras possibilidades prováveis de julgamento para o caso. A finalidade dessas estratégias, na fase probatória, questionando a veracidade e a validade de muitas provas apresentadas pela contraparte, era a de criar dúvidas e confundir a decisão dos juízes pela demonstração da possibilidade de outras situações prováveis.

dezembro de 2012. Sobre este assunto: Ver – RUIZ, Rafael. *O sal da consciência: probabilismo e justiça no Mundo Ibérico*. Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência “Raimundo Lúlio”, São Paulo, 2015.

⁵⁹ Sobre esse assunto, ver: REBAGLIATI, Lucas. “Estratégias retóricas y cultura jurídica en el Buenos Aires virreinal: los defensores de pobres en procesos criminales (1776-1809)”. **Revista de Historia del Derecho**, n. 51, INHIDE, Buenos Aires, enero-junio, 2016, pp.127-163. AGÜERO, Alejandro. *Clemencia, perdón y disimulo en la justicia criminal de Antiguo Régimen: su praxis en Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII*. In: **Revista de Historia del Derecho**, n. 32, Buenos Aires, Argentina, 2004, pp. 33-82.

Como vimos, havendo dúvidas, os juízes, fazendo uso de seu arbítrio, poderiam decidir segundo a sua consciência, bom senso e prudência, optando pela solução mais provável, ou não. A dúvida era a resposta. Os juízes decidiam dentro das possibilidades apresentadas pela teologia moral para não incorrerem em pecado e encontrarem o *sentido de justiça* mais adequado ao caso concreto.

Ao tratarmos sobre as provas nos processos criminais do século XVIII, no vice-reinado do Peru, temos que entendê-las dentro do que se considerava pecado e delito. Como elucidamos anteriormente, pela perspectiva da teologia moral constituinte da época moderna, não havia uma separação entre o pecado e o delito. A decisão pelo certo ou errado, o agir criminalmente, passavam, internamente, pela consciência, por isso a motivação, o *ânimo* de agir era tão valorado na fixação da pena e na comprovação da intenção e do dolo.

A consciência exercia a função de um juiz que aplicava a lei aos atos que iriam se realizar ou já realizados. O seu papel era essencial na transformação da universalidade das leis à singularidade dos atos⁶⁰. A consciência era a intermediária entre a lei e a liberdade, a que aplica a lei aos atos e os julga. Os pecados também constituíam um campo privilegiado da moral como dito anteriormente. Se o agir humano, incluindo neste o pecado, eram decididos internamente, conscientemente, era necessário provar tal intenção e culpa para penalizá-lo a ponto de salvar a alma do pecador, castigá-lo juridicamente, e dependendo da situação, realizar a reparação do dano. A pena possuía, então, uma dupla função: o castigo penal e a absolvição da culpa moral.

Nesse sentido, Paolo Prodi argumentou que o delito e a sua repressão não se restringiam apenas às pessoas envolvidas, mas à sociedade. Nas palavras do autor: “(...) todo delito torna-se, de certo modo, *crimen laesae maiestatis*, como atentado contra o monopólio do poder do monarca e do Estado”⁶¹. Para Prodi, tal fato corresponde a uma mudança ocorrida no conceito de culpa, que “tende a ser vista não mais como dividida entre o pecado e a infração, entre uma esfera interior e outra exterior, mas como algo totalizador, que faz com que a desobediência à norma se torne rebelião contra Deus e a sociedade ao mesmo tempo”⁶².

⁶⁰ PINCKAERS, Servais Théodore. *La moral católica*. RIALP, Alcalá, Madrid, 2001, p.46.

⁶¹ PRODI, Paolo. *Uma história da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.186.

⁶² PRODI, Paolo. *Uma história da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.186.

Dessa maneira, afirmou Rafael Ruiz, que a sentença do juiz não se fundamentava, exclusivamente, na “verdade dos fatos”, o que pela própria natureza do processo cognitivo, era algo impossível, mas na reconstrução mental, imaginativa e subjetiva que cada juiz fazia sobre a verossimilitude das narrativas e argumentos apresentados sobre os fatos.⁶³

A formação do convencimento do juiz poderia ocorrer mediante a apreciação de vários elementos probatórios, como a conduta da pessoa, a sua fama, o seu modo de vida, a sua personalidade. O juiz prudente não era obrigado a sentenciar de uma única maneira. Ruiz esclareceu que, diante de várias opiniões de diferentes juristas e teólogos sobre as leis e suas interpretações, o juiz podia escolher aquela que lhe parecia mais ou menos provável para formar a sua convicção.⁶⁴

Nesse sentido, focando na sentença judicial, buscando a absolvição, acusação ou atenuação da pena para o réu, os procuradores e defensores de pobres utilizavam como estratégia retórica na apresentação das provas, o questionamento sobre os fatos, as circunstâncias do delito e a conduta das partes. Duvidar sobre o que poderia, aparentemente, ser uma prova eficaz no processo, abria margem para inquietar a consciência do juiz e confundi-la. Como muitos delitos não eram fáceis de se provar, e a sociedade, neste contexto, valorizava as aparências e o âmbito particular tanto quanto o privado, causar dúvidas sobre a conduta das pessoas e a situação vivida era uma estratégia probatória para se causar dúvidas sobre a autoria e a materialidade do crime.

O questionamento das condutas e circunstâncias das pessoas envolvidas no processo também demonstrava o quanto a sociedade valorizava as aparências e a moral religiosa como meio de prova eficaz, assim como a confissão e o testemunho, provas amplamente utilizadas e contestadas pelas partes.

Legalmente, os delitos e as penas se encontravam em diversas fontes do Direito Indiano, como por exemplo a *Recopilación de Indias* de 1680, *Las Siete Partidas*, as *Leyes de Indias*, as demais leis e ordenações de Castela e o próprio arbítrio judicial. Ricardo Mata y Martín afirmou que com a acumulação das disposições, no passar do tempo, deu-se lugar às leis de Índias, como Direito específico, que prevalecia sobre as

⁶³ RUIZ, Rafael. *Argumentos retóricos y elementos de prueba en los procesos criminales en la Real Audiencia de Lima a finales del siglo XVIII*. **Revista jurídica digital UANDES** 4, n. 1, 2020. Universidad de los Andes, Chile. p.07.

⁶⁴ Idem, p. 08.

leis e disposições gerais.⁶⁵ Segundo este autor, a mencionada *Recopilación de Indias*, em sua parte penal, no Livro VII, apresenta um política-criminal preventiva, um Direito protetor em consonância com o princípio de “*favor indii*”.⁶⁶ Passaremos a analisar algumas leis da *Recopilación* no que diz respeito ao nosso trabalho.

A Lei VI, Título VIII, Livro VII, estabeleceu que não convinha castigar com tanto rigor e nem em penas pecuniárias, os índios amancebados.⁶⁷ A Lei XIII, Título VIII, Livro VII, ordenou que os juízes não moderassem as penas legais, advertindo que, para o previsto nesta lei, não era permitido o uso do arbítrio judicial.⁶⁸ Sobre a pena capital de morte, a Lei XVI, Título VIII, Livro VII, declarou que se guardassem as leis e ordenações na execução das penas, ainda que fossem de morte. Tal sentença, deveria respeitar alguns critérios, que incluíam espanhóis, índios, mulatos e mestiços.⁶⁹

No desenvolvimento do direito penal moderno, Alejandro Agüero salientou a importância de se estudar tais dispositivos legais e normativos juntamente com o condicionamento dado pela religião e teologia moral.⁷⁰ Para este autor, “(...) cada vez mais se tem destacado o caráter estruturalmente integrado entre a religião, o direito e a justiça para o antigo regime, reformulando algumas chaves de compreensão da cultura jurídica”.⁷¹

Alejandro Agüero acrescentou a este debate, que o conselho de um teólogo, bem como as palavras ditas por um Santo, tinha um poder vinculativo imediato, produzindo

⁶⁵MATA Y MARTÍN, Ricardo M. *Delitos y penas en el nuevo mundo*. **Revista de Estudios Colombinos**. Junio de 2010, n.06, p.65-81, p.72.

⁶⁶ MATA Y MARTÍN, Ricardo M. *Delitos y penas en el nuevo mundo*. **Revista de Estudios Colombinos**. Junio de 2010, n.06, p.65-81, p. 72.

⁶⁷Recopilación de Leyes de Indias, 1680, Livro VII, Título VIII. Disponível em: <https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/LeyIndia/0207008.pdf> Acesso: 17/10/2022.

⁶⁸ Recopilación de Leyes de Indias, 1680, Livro VII, Título VIII.

⁶⁹ Recopilación de Leyes de Indias, 1680, Lei XVI, Livro VII, Título VIII. “(...) no pudiesen executar sentencias de muerte em Españoles, ó Indios, sin comunicarlo primero con las Audiencias de sus distritos, y con acuerdo dellas, pena de muerte, de que fue nuestra voluntad exceptuar à los Virreyes, y Presidentes, cuyo zelo, obligaciones, y dignidad nos dieron motivo para exceptuarlos de esta regla. Ahora por justas causas, y consideraciones sobre los inconvenientes, que resultarían de esta resolución, en perjuicio de la vindicta publica, es nuestra voluntad, y mandamos à los Virreyes, Presidentes, Iuezes, y Iusticias de nuestras Indias Orientales, Islas, y Tierra firme, que en todas las causas, de cualquier calidad que sea, contra qualesquier Españoles, Indios, Mulatos, y Mestizos observen, y guarden lo dispuesto por ordenanças de las Indias, y leyes de estos Reynos de Castilla, que tratan de las penas, y conminaciones, que se deven imponer á los delinquentes, y que executen sus sentencias, aunque sean de muerte, en la forma que en ellas, y conforme á derecho se contiene, administrando justicia con la libertad, que conviene”.

⁷⁰ AGÜERO, Alejandro. “*Las penas impuestas por el Divino y Supremo Juez*”. *Religión y justicia secular en Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVII*. **Revista de la Junta Provincial de Historia de Córdoba**, 2007, pp. 203-230.

⁷¹ Idem, p.205.

um efeito tanto no âmbito espiritual quanto no temporal, sem ter a necessidade de se distinguir entre uma norma religiosa ou jurídica.⁷² “Distinciones podían hacerse entre uno u outro ámbito, pero al final, teólogos y juristas, vehiculizando convicciones ampliamente compartidas, terminaban por reconocer de manera explícita la preeminencia de la religión sobre el derecho, correlato del predominio de lo espiritual sobre lo temporal”.⁷³

Um exemplo dessa vinculação citada pode ser visto nesta passagem bíblica: “*Porque ninguém se tornará justo diante de Deus através da observância da Lei, pois a função da Lei é dar consciência do pecado*” (Rom 3,20). De acordo com o preceito bíblico, a lei se limita a dar consciência do pecado, mas não o expurga e nem o perdoa. A *justiça, salvação, redenção e remissão* dos pecados é dada por Deus, na relação íntima entre o indivíduo, seu arrependimento, sua culpa e fé, e Deus, como a certeza da liberdade interior. A *justiça*, aos olhos de Deus, não está na observância da lei porque o pecado nasce no foro íntimo, pela vontade, intenção e ânimo de agir, e é Deus quem fala ao coração das pessoas e quem as julga. A *justiça* está na fé em Deus, em sua benevolência, caridade, misericórdia e amor. Nesta perspectiva, descumprir a lei não significava, necessariamente, incorrer em pecado, do mesmo modo que ser absolvido, exclusivamente pela lei, num tribunal, não significa alcançar a graça divina do perdão e conquistar o paraíso. Os tribunais seculares do antigo regime tinham a função de resolver os conflitos, nos âmbitos social, jurídico e moral, e nesse sentido, a pena também era uma penitência. Estava evidente a necessidade da relação técnica e prática, entre a religião e o direito⁷⁴ para que se estabelecesse um *sentido* de justiça pela prática processual.

Buscamos interpretar as narrativas dos defensores e promotores na apresentação das provas no processo para compreendermos como os juízes as interpretavam e decidindo pelo justo em cada caso concreto. Passaremos à compreensão do conceito de *prova*.

⁷² AGÜERO, Alejandro. “Las penas impuestas por el Divino y Supremo Juez”. *Religión y justicia secular en Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII*. **Revista de la Junta Provincial de Historia de Córdoba**, 2007, p.207.

⁷³ Ibidem.

⁷⁴ Idem, p.229.

4.3.1 O conceito de *prova*

A finalidade das provas no processo penal é a persuasão e convencimento do juiz. As provas são um conjunto de elementos produzidos e apresentados pelas partes visando a formação do convencimento do juiz quanto aos fatos, atos e circunstâncias do caso. A palavra prova vem do latim *probatio* e significa inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação⁷⁵. Como mencionado anteriormente, o convencimento do juiz poderia se dar dentro de uma margem grande e flexível de possibilidades prováveis.

Rafael Ruiz, analisando historicamente o conceito de *prova* apresentou como definição: “a ação que busca a verificação, normalmente por via argumentativa ou demonstrativa, de um fato ou uma coisa duvidosa”.⁷⁶ Partindo desse conceito, que apresenta nuances com o passar do tempo, no direito canônico, a prova deveria ter como meta e horizonte comprovar os fatos e convencer o juiz em sua decisão. Assim, poderia se chegar a uma *certeza jurídica* como resultado dos argumentos usados e das provas apresentadas.⁷⁷

Isabella Rosoni,⁷⁸ conceitualizando as *provas* no período medieval e moderno, afirmou existirem três tipos de certeza: a absoluta ou metafísica, a física e a moral. Segundo a autora, a física nasce do experimento, da observação, e é de tipo científico e está limitada à presunção natural. A outra, é a certeza moral fundada num raciocínio originário de algum pressuposto derivado do uso, da experiência ou dos costumes dos homens.⁷⁹

Isabella Rosoni definiu a prova como o modo de se chegar ao conhecimento da verdade de um fato, representando um esforço para demonstrar tal verdade.⁸⁰ A autora classificou as provas entre artificiais e não artificiais, plenas e semiplenas. Para ela, a prova, por excelência, não é artificial porque provém diretamente da coisa, e caberia ao jurista realizar, no momento processual, a instrumentalização da prova com o fim de

⁷⁵ Encontramos essa definição na obra de AVENA, Norberto, p.432.

⁷⁶ RUIZ, Rafael. Pruebas (DCH), Max Planck Institute for European Legal History, n. 2019-09. ISSN 2699-0903 – Frankfurt am Main, p.01.

⁷⁷ Ibidem.

⁷⁸ Agradeço a Rafael Ruiz pelo envio desta obra de Isabella Rosoni e por seus apontamentos.

⁷⁹ ROSONI, Isabella. *Quae singula non prosunt collecta iuvant. La teoría della prova indiziaria nell' età medievale e moderna*, Milano, Giuffrè, 1995, p.219-221.

⁸⁰ Idem, p.51.

conferir credibilidade ao discurso argumentativo. Tal incumbência judicial visava a admitir, ou não, as provas. Assim, a sentença não decorria, obrigatoriamente, da prova, mas da valoração complexa e final feita pelo juiz.⁸¹ Como afirmou a autora, “Os graus de prova coincidem com os níveis de convicção do juiz, no sentido que correspondem a dois tipos de proposição: uma, baseada na observação, encontra fundamento na prova não artificial; a outra, de tipo especulativo, se funda na prova artificial”.⁸²

Juan de Hevia Bolaños conceitualizou prova como sendo a averiguação feita em juízo, de coisa duvidosa. A prova plena era inteira, suficiente para condenar, e a semiplena, não bastava para condenar.⁸³

A fase probatória iniciava quando a causa criminal estava concluída, fosse de ofício ou a pedido da parte, e não importava a presença ou ausência do rei. Nesse momento processual, tinha-se a ratificação das testemunhas da Sumária, sem que o réu pudesse renunciar a este ato. Se o delito fosse carnal, se admitia a prova presuntiva, sendo todas as arbitrarias consideradas pelo juiz, examinado no conflito, o que fosse mais verossímil dentro dos fatos para dar credibilidade às declarações das testemunhas que se aproximassem da verossimilitude, separando das que se opunham a ela.⁸⁴

Toda causa criminal deveria constar, para os crimes que deixavam vestígios, o corpo de delito, o qual qualificava plenamente, segundo o gênero, e as conjecturas e presunções, sem poder suprir pela confissão do réu. Depois de feito o corpo de delito, o juízo criminal era instruído de três maneiras: inquisição, acusação ou denúncia.⁸⁵

A causa era recebida. O réu poderia ser preso, e esta prisão era para a sua custódia e não aflição, importando em garantir o desenvolvimento do processo penal. Neste momento, o réu prestava uma breve declaração, um interrogatório sobre o crime, sua qualidade e autores, que não chegava a ser uma confissão.

⁸¹ ROSONI, Isabella. *Quae singula non prosunt collecta iuvant. La teoría della prova indiziaria nell' età medievale e moderna*, Milano, Giuffrè, 1995, p.82.

⁸² Idem, p.241.

⁸³ HEVIA BOLAÑOS, Juan de. *Curia Philipica*, Primero e segundo tomo. Madrid, em la oficina de Pedro Marroquín, 1771, p.84, §16.

⁸⁴ ELIZONDO, D. Francisco Antonio de. *Práctica Universal Forense de los Tribunales de España, y de las Indias*. Tomo IV, Por la viuda de Ibarra, Madrid, 1786, p. 358-359.

⁸⁵ ELIZONDO, D. Francisco Antonio de. *Práctica Universal Forense de los Tribunales de España, y de las Indias*. Tomo III, Por la viuda de Ibarra, Madrid, 1786, p.313.

Recebidas as declarações do réu e das testemunhas, procedia-se à confissão do réu, que concluía o ato Sumário. Tomada a confissão do réu, se colocava a acusação pelo Fiscal do crime e começava a fase probatória.⁸⁶

As provas nos processos criminais eram feitas por instrumentos, testemunhas, e indícios, que dependiam da graduação dada pelo arbítrio de cada juiz, verificando em alguns casos um indício gravíssimo e em outros apenas grave. Neste estado, a causa passava ao pronunciamento da sentença, absolvendo ou condenando o réu.⁸⁷

4.3.2 O depoimento das testemunhas

O depoimento das testemunhas, como meio de se apurar a verdade sobre os fatos ou circunstâncias substanciais ao caso, era lido na presença do juiz com o intuito de dar à diligência uma importância, principalmente nos casos de reconvenção.⁸⁸

O depoimento das testemunhas foi o meio de prova mais utilizado e rebatido nos processos. Justamente por partir da opinião do outro, do que ele viu ou presenciou, que as declarações formavam uma prova frágil, e, portanto, muito contestada nos tribunais. A apresentação de um fato passado que condenava o comportamento da testemunha, era suficiente para se duvidar de sua palavra. A condição social e étnica também influía na valoração desse meio de prova.

Na ação criminal ocorrida em 1729, no povoado de Lachaqui, a índia principal, María Molina, acusou o alcaide deste povoado, Dionicio Roldán, de tentativa de violação e homicídio.⁸⁹ O procurador do réu, Don Francisco Davila y Torres, rebateu as testemunhas trazidas pela acusação apontando que esta prova era “débil” porque era composta de mulheres indígenas, e apenas um homem, e essa gente tinha por condição e natureza, serem fáceis de induzir a declarações contra a religião do juramento. Por esse motivo, em concordância com os Autores, o procurador afirmou que o número de seis índios compunha uma testemunha, e para dar fé ao declarado por eles, necessitava-se de

⁸⁶ ELIZONDO, D. Francisco Antonio de. *Práctica Universal Forense de los Tribunales de España, y de las Indias*. Tomo III, Por la viuda de Ibarra, Madrid, 1786, p.318.

⁸⁷ Idem, p.320.

⁸⁸ Idem, p. 360.

⁸⁹ AGN L.04 C.31, Ano: 1729.

outros requisitos.⁹⁰ O procurador desqualificava a prova por ser formada por mulheres indígenas.

Don Melchor de Carvajal, procurador de naturais, em nome de Dona María Molina, contestou a acusação afirmando que a composição das testemunhas incluía, além das mulheres índias, uma mestiça e um homem espanhol em um número suficiente para formar prova plena. Reforçou que, nos casos de difícil comprovação, como a suposta violação sexual sofrida pela vítima, os familiares, domésticos e parentes podiam prestar declarações.⁹¹

Carvajal argumentou que as circunstâncias do delito também provavam a intenção, malícia e premeditação do réu. Além disso, o réu, por ofício de alcaide, estava acostumado a forçar as pessoas e tal atitude servia como presunção em favor da vítima, contra ele.⁹² A prova apresentada pela parte contrária também era débil porque as testemunhas falavam “por ouvir dizer”. Desqualificar as testemunhas pelo seu modo de vida pública, desqualificava a prova feita por elas.⁹³ Uma pessoa cuja vida era desvirtuosa, sem temor à Deus, sem que agisse retamente, não poderia dar testemunho da verdade, e sua palavra não tinha credibilidade e nem fé. Esse tipo de pessoa não servia como prova. Atacando a vida da testemunha, atacava-se a própria prova produzida e seu valor no processo. De outro modo, atestar o temor à Deus, a boa consciência e respeito ao juramento, faziam da pessoa uma prova forte.

Nesta ação criminal, a defesa do réu apontou que a querelante era uma mulher bruxa e idólatra. Que adorava ou sacrificava animais para o demônio e que por este motivo o alcaide a teria agredido, como um castigo por sua vida torpe.⁹⁴ A estratégia da defesa era afirmar que a vítima era idólatra e bruxa, com a intenção de justificar a prática da violência contra ela.

⁹⁰ AGN L.04 C.31, Ano: 1729, f.27r.

⁹¹ AGN L.04 C.31, Ano: 1729, f.51r.

⁹² AGN L.04 C.31, Ano: 1729, f.51v.

⁹³ AGN L.04 C.31, Ano: 1729, f.59r. “(...) los testigos presentados por mi parte han declarado (...) haber sido examinados por el, es la mayor calificación de sus dichos demás de ser todos de buena conciencia, temerosos de Dios, y que aben lo que los obliga el Juramento, sin que tengan tacha, ô defecto que debilite sus deposiciones, como lo tienen los testigos de la parte contraria que todos son pates como se ha probado, y el hacer Juicio de las declaraciones que han hecho los de mia, no le toca a la parte de a dicha D. María (...)”

⁹⁴ AGN L.04 C.31, Ano: 1729, f.59r “El hecho de averla aprehendido adorando, ô sacrificando al Demonio se ha probado plenamente, y que por este delito la castigo mi parte, y le con el vio la enemiga que ha ocasionado esta causa, y el que hubiese dicho en su confesión que lo executó (...)”.

A sentença foi pronunciada em 27 de agosto de 1729 condenando o réu, o alcaide, a quatro anos de desterro da província de Canta. A acusação apelou da decisão, afirmando que o desterro poderia chegar a não ser um castigo, visto que a distância estabelecida era pequena e que poderia haver retaliação e prejuízo das partes envolvidas. No dia 19 de setembro de 1729, em recurso de apelação, a decisão foi reformada em favor da acusação, aumentando a distância.⁹⁵

Em um outro processo ocorrido em 1728, no povoado de Azángaro, também envolvendo índios, a causa foi seguida de ofício contra Agustín Tacura pelo assassinato da índia Juana.⁹⁶ No momento da apresentação das provas, o defensor do réu, Hilario Medreano, negou as acusações e afirmou que as provas que indicavam o réu como autor do crime não eram verídicas porque eram formadas por pessoas que não viram o fato e que variavam em suas declarações. Segundo ele: “Como consta nos autos, e por esta razão, não deve ser culpa da minha parte a morte porque não há testemunhas oculares, e há muita diferença entre ver e não ver o que aconteceu”.⁹⁷ Ele afirmou que quem matava eram as testemunhas, e sem ter alguém que presenciou o fato para acusar o réu, ele não poderia ser condenado na pena ordinária de morte.

Em relação à pena para o crime de assassinato, o defensor do réu pediu pela piedade da lei, e sua compensação pelo tempo em que o imputado se encontrava preso, o que ele afirmava estar em conformidade com a doutrina comum e Doutores: “quando não consta provavelmente do referido, nem há justificação, indício veemente de a minha parte ter cometido o delito, deveria ser solto da prisão”.⁹⁸

A defesa apelou pela miserabilidade do índio, sua incapacidade e condição para obter a atenuação da pena ordinária de morte para uma mais leve.⁹⁹ Foi solicitado o parecer de um advogado da Real Audiência, o licenciado Don Manuel de Araniver, e em 22 de dezembro de 1729 o réu foi condenado a 200 açoites e dez anos de desterro para servir no porto de Callao.¹⁰⁰

⁹⁵ AGN L.04 C.31, Ano: 1729, f.65r.

⁹⁶ AGN L.04 C.24, Ano: 1728.

⁹⁷ AGN L.04 C.24, Ano: 1728, f.16v.

⁹⁸ AGN L.04 C.24, Ano: 1728, f.17r.

⁹⁹ AGN L.04 C.24, Ano: 1728, f.20r.

¹⁰⁰ AGN L.04 C.24, Ano: 1728, f.27r. “Fallamos atento a los Autos y méritos de la dicha Causa y a lo que de ella resulta contra el dicho Agustín Tacura que le devemos condenar y condenamos en Dosientos asotes que se le den por las Calles Publicas y acostumbradas y en Dies años de Destierro a la Ysla y Taca de la Piedra del puerto del Callao. Y por esta Nuestra Sentensia Definitiva juscando assi lo Pronunciamos

Na causa criminal de 1787, seguida por Matías Ramos contra o índio Cayetano de Ojeda por agressão a sua mulher e sogra. No momento da confissão, o réu afirmou que estava bêbado enquanto vendia queijo às senhoras, e que se irritou quando elas questionaram o preço e o injuriavam. Movido por essa provocação, ele agrediu a mulher, e depois foi agredido por elas e outras que se somaram.¹⁰¹

O defensor do réu, Toribio Ramos, descobriu ao longo do processo, que uma testemunha, Ygnacio Alvares, havia sido subornada por Matías Ramos, aceitando vender sua declaração por doze pesos.¹⁰² Toribio Ramos apontou tal situação como iniquidade e pediu que a testemunha prestasse novo depoimento e que Matías fosse condenado por calúnia na pena correspondente, e as testemunhas falsas, às custas do processo.¹⁰³

O juiz da causa, Zerdan Rezabal mandou que se cancelasse a fiança dada para a declaração de Cayetano, ordenou perpétuo silêncio às partes para que guardassem boa harmonia, correspondência, moderando seus comportamentos e abstendo de incidir em insultos, e que as custas processuais fossem repartidas na metade para Cayetano e Matías.¹⁰⁴

4.3.3 O exame de corpo de delito

O corpo de delito foi definido por D. Francisco Antonio de Elizondo¹⁰⁵ como a inspeção atual do fato, e deveria constar em toda causa criminal antes de o magistrado iniciar a inquirição, captura, tortura ou condenação. Elizondo especifica que, em casos de homicídio, a qualificação da morte deve anteceder todo o procedimento processual. Segundo o autor, como o homem, corrompido pelo pecado, era capaz de cometer diversos crimes, também havia variados meios de comprovar o corpo de delito. Além de

y mandamos, y que se ejecute sin embargo de suplicacion y de la calidad del sin embargo con costas – Lizenciado Señor Francisco Xavier de Salazr y Casteron.”

¹⁰¹ AGN L.60 C.698, Ano: 1787, f.10r.

¹⁰² AGN L.60 C.698, Ano: 1787, f.44r.

¹⁰³ AGN L.60 C.698, Ano: 1787, f.62r.

¹⁰⁴ AGN L.60 C.698, Ano: 1787, f.66v.

¹⁰⁵ ELIZONDO, D. Francisco Antonio de. *Práctica Universal Forense de los Tribunales de España, y de las Indias*. Tomo IV, Por la viuda de Ibarra, Madrid, 1786, p.336.

atestar a materialidade do crime, Elizondo reforça que esta prova servia como a principal defesa dos réus, conforme lhe mostrava a experiência.¹⁰⁶

O exame de corpo de delito deveria ser feito por um cirurgião, que, em juramento, reconhecia o cadáver, a ferida e o seu local no corpo, e dizia de maneira clara e categórica que as feridas causaram a morte, ou se esta poderia ter sido causada por outro motivo, de modo a individualizar a diligência. Se o crime fosse de feridas, também era obrigado o corpo de delito para a qualificação, inspeção e reconhecimento da gravidade da agressão, mas o juiz deveria ouvir o ferido antes da realização da perícia médica.¹⁰⁷

Na ação criminal movida por Don Alonso Gonzales contra seu escravo Ignacio, por homicídio da escrava María del Rosário,¹⁰⁸ a pena estabelecida no processo foi a ordinária de morte. O crime ocorreu em 1792. Foi apresentado como provas do crime a arma utilizada para o assassinato da escrava, uma faca e o reconhecimento do cadáver da vítima com o exame de corpo de delito das feridas que a levaram à morte.

O réu confessou que agiu motivado pela amizade ilícita entre a vítima, María del Rosario, com o negro Adriano, um concubinato que teria durado cerca de seis meses.¹⁰⁹ O réu confessou o crime, as inúmeras facadas até matar a vítima.¹¹⁰ Ele teria agido movido pelas paixões, ciúmes e sem premeditação.

O defensor do réu solicitou uma reflexão prudente, alegou que os escravos eram ignorantes e que, portanto, mereceria a “real clemência”, recebendo uma pena arbitrária de desterro, usando de piedade.¹¹¹

A acusação afirmou que o réu estava plenamente convencido do delito, era confesso, e que não havia a menor dúvida para condená-lo à pena de morte. A sentença foi realizada em 1794 e o réu foi condenado à morte com mutilação dos membros, como cabeça e braços.¹¹²

¹⁰⁶ ELIZONDO, D. Francisco Antonio de. *Práctica Universal Forense de los Tribunales de España, y de las Indias*. Tomo IV, Por la viuda de Ibarra, Madrid, 1786, p.337.

¹⁰⁷ Idem, p.338.

¹⁰⁸ AGN, L.74, C.900, Ano 1792.

¹⁰⁹ AGN, L.51, C.590, Ano 1782, f.13r.

¹¹⁰ AGN, L.51, C.590, Ano 1782, f.14v.

¹¹¹ AGN, L.51, C.590, Ano 1782, f.19r.

¹¹² AGN, L.51, C.590, Ano 1782, f.20r-20v. “Fallo atento a los Autos y méritos de la dicha causa y a lo que de ello resulta que debo condenar y condeno al Reo Ygnacio Tauregui a que sea sacado de la Real cárcel arastrado su cuerpo por una vestia de albara y conducido a la Plaza Mayor de esta Ciudad, donde estarán puesta una orca de tres palos. Sera aorcado por el berdugi ministro executor con una soga de esparto hasta, que naturalmente, meura, sin que nadie osse quitarle pena de la vida, y por esta mi

Neste caso, a autoria e a materialidade estavam provadas pela arma do crime¹¹³ e exame de corpo de delito. A confissão do réu confirmou o provado, e não foi considerada, unicamente, como prova para a condenação do réu. Ao que parece, a confissão era desejável para que se ocorresse a confirmação do delito, a aferição da culpa e a certeza da autoria do crime, facilitando a sentença, a fixação da pena e a condenação, sem a preocupação de os juízes incorrerem em culpa. Mas, ela sozinha não condenava. Eram necessários outros elementos informativos e indícios para se condenar.

4.3.4 Os indícios e as presunções

No âmbito processual, não era simples e fácil se chegar à verdade dos fatos alegados. Além das limitações próprias do direito processual penal e do sistema probatório do século XVII e XVIII, havia as limitações do entendimento humano, de caráter subjetivo do juiz que interpretava e valorava as provas no processo. O raciocínio do juiz na apreciação das provas não era simplesmente objetivo e legalista, mas indutivo e teológico. Nesse sentido, havia mecanismos legais que controlavam, em certa medida, o raciocínio do juiz que julgava com base na moral e no foro íntimo, como por exemplo a distinção dos elementos informativos, como indícios e presunções, das espécies de prova, como testemunho, perícia e confissão.

O juiz, ao analisar as provas, tinha dificuldade para alegar a verdade e decidir com absoluta certeza, afastando as dúvidas. Como dissemos, tais questionamentos eram tanto fáticos quanto subjetivos. E para isso o arbítrio, principalmente na valoração das provas, servia como instrumento estrutural e sistêmico de todo o processo. Rafael Ruiz afirmou que, durante os séculos XVI e XVII o juiz deveria sentenciar segundo a sua consciência e conforme o alegado e provado, entendendo que essa consciência do juiz deveria seguir, não apenas o direito e as leis, mas o justo encontrado além da verdade

sentencia definitivamente juzgando assi lo pronuncio y mando, sin embargo de suplica, y de la calidad de sin embargo (...) Diciembre de 1974, Bernardo Garcia Palomares, Jose Mantilla”.

¹¹³ D. Francisco Antonio de Elizondo elencou em sua obra as armas qualificadas na Pragmatica de 1663. “Baxo la prohibicion general de armas cortas, se comprehendieron anteriormente los estoques, yvaynas abiertas, la espada desnuda de noche, todas las angostas, la daga, los cuchillos guadixieños, y puñales buidos, el de un filo y el de punta chico, ó grande, aunque sea de cocina, de moda, ó faltriquera, y las navajas grandes de golpe firme, no pudiendo los pastores, y ganaderos traer escopetas, y qualesquiera otra arma de fuego”. ELIZONDO, D. Francisco Antonio de. *Práctica Universal Forense de los Tribunales de España, y de las Indias*. Tomo IV, Por la viuda de Ibarra, Madrid, 1786, p.340.

formal aduzida pelas provas.¹¹⁴ Esse ir além do estabelecido no processo era o espaço que o juiz tinha para usar o seu arbítrio de modo prudente, e buscar a solução justa e correta para o caso concreto, orientado pela sua consciência, razão e equidade.

Essa conceitualização das provas e suas valorações no processo apresenta tanto soluções morais para as dúvidas existentes, como reforça o que estamos afirmando nessa pesquisa: o juiz tinha autonomia, conferida pela moral, para extrapolar o processo e chegar à certeza jurídica e ao justo no caso concreto.

Nem sempre os delitos e as condutas eram fáceis de se provar. Nesse sentido, o juiz valia-se do provável, do verossímil, do indício, das presunções e opiniões para deliberar em consciência. Conforme Rosoni, indício e presunção possuem dois momentos diversos no mesmo processo lógico: o indício está ligado diretamente ao fato a se provar; e a presunção liga-se ao fato de forma argumentativa. A presunção utiliza uma forma particular de raciocínio: parte-se de um fato suposto como conhecido para se chegar a um fato desconhecido, e neste sentido, presunção está ligada à ideia de provável.¹¹⁵

Na ação criminal envolvendo o suposto estupro de uma menina negra de 8 anos de idade, a mãe acusou dois meninos, um negro escravo e o filho do dono do escravo.¹¹⁶ Esse processo ocorreu em Lima em 1756 e chamou a atenção pela idade das partes envolvidas.

Foi realizada a perícia médica, o exame de corpo de delito na menina, e o cirurgião atestou o estupro,¹¹⁷ confirmando as feridas nas partes íntimas. A acusação afirmou que as conjecturas e presunções eram provas suficientes para qualificar um crime de estupro, uma vez que tal crime não tinha testemunha porque não se consumava na presença de outras pessoas,¹¹⁸ e nesse sentido, os meninos seriam culpados. Alegou também que os réus fugiram logo após o incidente, confirmando a culpa com “tão

¹¹⁴ Idem, p.06.

¹¹⁵ ROSONI, Isabella. *Quae singula non prosunt collecta iuvant. La teoría della prova indiziaria nell' età medievale e moderna*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 99-102.

¹¹⁶ AGN, L.18, C.209, Ano 1756.

¹¹⁷ AGN, L.18, C.209, Ano 1756, f.2r.

¹¹⁸ AGN, L.18, C.209, Ano 1756, f.34v. “Para lo que se debe suponer como cierto, y constante en el Derecho, que esta especie de delito que regularmente no se comete in delante y en presencia de personas que puedan testificarlo se prueba por conjecturas pues de otro modo quedaría impuni porque no aria modo ni medio de calificarlo, y assi los traen las presumpciones, y conjeturas por prueba suficiente lo qual supuesto no es necesario mucho cuidado para conocer en los autos que el referido esclavo, y el hijoe de Don Manuel de los Rios cometieron este delito (...)”.

grande temor em consciência do próprio delito que os aterrorizava”.¹¹⁹ Aqui também há uma estratégia religiosa ao afirmar que os meninos, réus na ação, teriam fugido por reconhecerem em *consciência* que o crime cometido era horripilante, como se isso bastasse para assumir a culpa e entender que tinham cometido um pecado.

Contudo, as circunstâncias do fato evidenciaram que as crianças estavam brincando e que a menina teria caído em cima de um toco e se machucado. Como a materialidade estava provada, faltava afirmar a autoria dos crimes. Outros peritos foram convocados a dar parecer no processo, e alegaram que um menino de apenas 12 anos não era capaz de fazer sexo com uma mulher.¹²⁰

Para fortalecer o comportamento da vítima, sua idoneidade e virgindade, foram arroladas testemunhas que afirmaram ser a menina inocente, incorrupta e sem malícia. A acusação fundamentou seu argumento na Doutrina do direito, afirmando ser clara que, “(...) em caso de dúvida, sempre se presume a virgindade antecedentes da mulher estuprada, de modo que não se prova convincentemente o contrário, tem a mulher a seu favor a presunção do direito”.¹²¹

Os réus foram considerados culpados. O menino escravo foi condenado a seis anos de desterro e o outro menino, filho do dono da terra, condenado a pagar 400 pesos como dote a Maria Josepha, menina supostamente estuprada. A sentença foi dada em 1757,¹²² mas sofreu recurso.

Em 1759, Don Thomas Julian Cacotegui, defensor dos réus, apelou da decisão por meio de um recurso de súplica da sentença afirmando não ser verossímil a dilaceração que se supõe feita por um menino, com um corpo tão desproporcionado, para causar tamanho estrago, considerando, realmente, a copula. Sendo, portanto, mais certo afirmar que a menina se machucou da queda.¹²³ O defensor rebateu o argumento da acusação sobre a validade das presunções como prova suficiente para o crime de delito e a fuga dos réus como evidência de culpa. Em suas palavras:

¹¹⁹ AGN, L.18, C.209, Ano 1756, f.35r.

¹²⁰ AGN, L.18, C.209, Ano 1756, f.29r.

¹²¹ AGN, L.18, C.209, Ano 1756, f.53v.

¹²² AGN, L.18, C.209, Ano 1756, f.55r.

¹²³ AGN, L.18, C.209, Ano 1756, f.65-65v.

As presunções para a qualificação do delito desta natureza precisam ser veementes para não deixarem dúvidas e para equivalerem a uma prova, e não sendo, não bastam para condenar (...) e não ter comparecido não é presunção veemente porque são de pouca idade e ignoram os atos judiciais.¹²⁴

O defensor estava apresentado a idade dos réus, a qualidade, o estado e as circunstâncias do fato, como era necessário para se ter uma resposta judicial proporcional e justa.

Don Thomas Julian Cacotegui apontou uma nulidade no processo por não respeitar a determinação expressa no recurso do Tribunal Superior em 1765 e citou a falta de provas e necessidade de equidade. Segundo ele:

(...) quando a matéria não está plenamente provada a favor dos réus, duvidosa por ambos os extremos, se pratica a *equidade* e todos os direitos são resolvidos a favor dos réus, para que não se condene à pena de desonra que causa a execução desses delitos tão indignos.¹²⁵

Não temos a solução do recurso de apelação. No conjunto do processo não consta a decisão reformada, se é que ela foi. Esta ação criminal é interessante porque uma testemunha, a escrava de Don Manuel de los Rios, declarou ter visto as crianças, incluindo a vítima, brincando com um toco de madeira e que a menina teria se machucado quando trepava neste toco,¹²⁶ mas, por ser uma escrava, seu testemunho não teve força para afastar a culpabilidade dos réus.

4.3.5 A tortura como prova e pena

A tortura era considerada um meio de prova, como a confissão, o depoimento das testemunhas, o interrogatório do réu e o corpo de delito. A tortura podia ser aplicada ao réu para que este confessasse o delito o qual foi indiciado, ou aos seus cúmplices, desde que houvesse presunção ou verossimilhança para tal. Francisco Elizondo afirmou

¹²⁴ AGN, L.18, C.209, Ano 1756, f.65r. “Las presunciones para la calificación de los delitos de esta naturaleza han de sentar vehementes que no dejen duda alguna y que equivalgan a una prueba, y no siendo las que se suponen de contrario tan eficaces, claro estas que no bastan a condenarlo. Ni el no a ver comparecido en fuerzo de los edictos funda presunsion vehemente, porque siendo de tan tierna edad e ignorando los actos Judiciales, es natural se cayan horrorisados y teman la comparencia”.

¹²⁵¹²⁵ AGN, L.18, C.209, Ano 1756, f.76v. “(...) queda la materia quando no plenamente provada a favor de los reos, dudosa por ambos extremos, y en este caso la practica la equidad y todos los derechos, resuelven a favor de los Reos, para que no se les condene a la pena del deshonor que causa la execucion de esos delitos tan indigno de las obligaciones y calidad del niño Don Joseph Antonio (...)”.

¹²⁶ AGN, L.18, C.209, Ano 1756, f.6v.

que quando o delito de pena capital estivesse comprovado por uma justificação semiplena, passava-se a questionar o réu mediante tortura. Este autor mencionou que a tortura era o “remédio” mais eficaz para se alcançar a verdade:

Nosotros siempre hemos opinado, que el tormento se impone al reo, no por pena, y sí para el descubrimiento de la verdad por que se anhela, cuyo medio de prueba es el mas falible, y doloroso à la humanidad, asegurando en él todo facineroso, tenaz, y constante un preservativo de la pena de su delito, al paso que el débil, y pusilánime se mira, como por necesidad, expuesto en medio de su inocencia à ser víctima del dolor, que es imposible evitar sin una confesión forzada, y violenta del delito, que no cometió.¹²⁷

Realizada a tortura, e estando o réu negando durante todo o ato, este deverá ser absolvido de toda pena corporal e ter purgado seus indícios. Contudo, a pena arbitrária, considerada segundo o mérito da causa, continuava e seria aplicada atendendo às circunstâncias do caso. Caso não fosse possível ao juiz, seguindo a sua consciência, afirmar se o réu cometeu ou não o delito, não se imporia pena alguma, e privilegiando a humanidade, este imputado seria solto livremente da prisão.¹²⁸

Na ação criminal movida contra o índio Antonio Enriquez, por homicídio da índia Maria Rosa de Leon, o fiscal do crime acusou o réu e pediu a tortura. Ele a justificou como uma pena capaz de examinar e descobrir a verdade em todas as vezes que o corpo de delito era grave, e contra quem resultavam indícios e presunções de ter sido o agressor.¹²⁹

¹²⁷ ELIZONDO, D. Francisco Antonio de. *Práctica Universal Forense de los Tribunales de España, y de las Indias*. Tomo IV, Por la viuda de Ibarra, Madrid, 1786, p.366.

¹²⁸ ELIZONDO, D. Francisco Antonio de. *Práctica Universal Forense de los Tribunales de España, y de las Indias*. Tomo IV, Por la viuda de Ibarra, Madrid, 1786, p.368. “Verificado- ya el tormento , y estando el reo negativo en él, purga sus indicios, y debe ser absuelto de toda pena corporal: pero no de la arbitraria, que según el mérito de la causa estimase la Sala, atendidas sus circunstancias, como lo vemos diariamente practicar, sin ser posible vencernos á adoptar estos sentimientos del foro, los cuales equivalen á lo mismo, que decir, cometió el reo el delito, y no le cometió, hallándose medio en el primer extremo para castigarle, y faltando en el segundo para la imposición de toda la pena del crimen, por que se mira acusado, quando en estas circunstancias lo que exige, é inspira la humanidad es, se suelte libremente de la prisión al titulado criminal, y no se le aflija con una pena, que las mas de las veces le dexa para siempre lisiado, ó impedido de hacerse útil á la Sociedad”.

¹²⁹ AGN L.03 C.18, Ano: 1730, f.49v. “Y porque esta pena tiene lugar a fin de examinar y descubrir la verdad, todas las veces que constando del cuerpo del delito, es tal, y tan grave, que si el reo (contra quien resultan indicios y presunciones, que persuaden aver sido el agresor) lo confesase, le correspondiera la capital, u otra corporal. Y examinado este proceso, es cierto que por lo que deponen muchos de los testigos de la sumaria se halla provado el cuerpo del delito que se trata; y también es constante, que si dichos reos confiesan aver cometido el homicidio, se les abra de imponer la pena ordinaria con que solo resta examinar si de estos autos resultan indicios suficientes para que por ellos se pueda pasar a la execucion del referido tormento”.

O procurador do réu, Don Melchor de Caravajal, se manifestou no processo contra o pedido de tortura, alegando que não havia indícios que a fundamentassem. Respaldando-se na opinião dos Doutores, ele reforçou que a variação das declarações das testemunhas não era indício que autorizasse a tortura porque produzia uma pequena suspeita, junto aos outros indícios que davam motivo à prática da tortura. Segundo ele, os juízes deveriam proceder com “temor escrupuloso” porque os indícios poderiam mentir e enganar e que se deveria considerar a qualidade e consideração das pessoas que prestavam declarações, para poder reconhecer se a oscilação observada correspondia a um indício.¹³⁰ Assim como, o juiz prudente e circunspecto, deveria se atentar para a qualidade do réu, um rústico e miserável.¹³¹

Outro fundamento apresentado pelo procurador contra a tortura era que, ainda que fosse admitida a opinião de que a variação era indício suficiente para torturar o réu, os Autores a entendiam e a restringiam ao caso em que dos autos constasse que a testemunha depunha de modo variante, devendo existir verossimilhança com o delito, observando as principais circunstâncias do fato.¹³² Ele continuou reforçando que a variação nunca era um indício suficiente para a tortura, ainda mais quando as declarações eram de índios.¹³³

Mesmo com a defesa do procurador, a tortura aconteceu. O réu foi condenado à tortura em 1730,¹³⁴ e por manter-se negando tudo o que lhe fora perguntado, foi absolvido do crime de homicídio e libertado da prisão. Aqueles que declararam contra ele foram punidos com as custas processuais.¹³⁵ A tortura trouxe, ao fim, a liberdade e a inocência do réu. Contudo, não deixou, de certa forma, de puni-lo nesse processo de busca da verdade.

¹³⁰ AGN L.03 C.18, Ano: 1730, f.69r.

¹³¹ AGN L.03 C.18, Ano: 1730, f.87r.

¹³² AGN L.03 C.18, Ano: 1730, f.69v.

¹³³ AGN L.03 C.18, Ano: 1730, f.70r.

¹³⁴ AGN L.03 C.18, Ano: 1730, f.90r. “En la Ciudad de os Reyes del Peru (...) estando en la Real Carsel de Corte en la sala donde se acostumbra dar tormento a los Reos (...) los señores lo apersivieron que si en el tormento que se le a de dar se le salta algún ojo revienta alguna (ilegível) será por su culpa y no por la de dichos Señores (...) los dichos señores le mandaron poner ligadura y puesto en ellas se le volvió a recombenir por dichos señores dijese la verdad y dijo ser la verdad lo que tiene dicho y que no puede condenar sino Ama por hechar la culpa a otros; y dicho señores se mandaron poner en la maneserda (...) y dijo que ni el la mato ni fue que en ejecuto dicha muerte con lo qual se mandaron ponder en la primera vuelta y puesto en ella; dijo por piedad señor, yo no se nada que me escaben de matar y no se nada como puedo decir, no se nada señor por amor de Dios, y en este estado mandaron dichos señores suspender dicho tormento el qual quedo en este estado y no rubricaron dichos señores”.

¹³⁵ AGN L.03 C.18, Ano: 1730, f.91v.

4.3.6 A confissão do réu

Embora a confissão não fizesse parte do sistema probatório, porque encerrava o último ato da Sumária, a trataremos neste item por seu grande valor no processo.

Alejandro Agüero, analisando a cultura processual da modernidade, identificou uma transformação no sistema probatório. Segundo o autor, no modelo original do *ius commune*, as provas utilizadas para se condenar alguém, deveriam ser “leais e verdadeiras, e sem nenhuma suspeita”. Este modelo excluía os indícios como prova suficiente para a condenação. Por outro lado, a confissão era considerada a “rainha das provas”, uma prova plena para a condenação.¹³⁶

Buscava-se a confissão para se atenuar a pena e o juiz condenar sem culpa. Acreditamos que por esse motivo, ela era considerada uma prova plena. Mas não podemos afirmar que toda confissão era resultado do livre consentimento ou da livre manifestação de vontade do réu. Podemos inferir que a confissão beneficiava o juiz ao facilitar o seu convencimento pela condenação, sanando qualquer dúvida de autoria que poderia levar a uma decisão errônea e injusta.

Agüero salientou que, neste esquema probatório, cada elemento representava um grau de evidência, desde a simples informação do crime até a prova plena do delito, e, portanto, não se admitia que o juiz decidisse conforme a sua convicção. Desse modo, parecia mais racional, obter a confissão, nem que fosse pela tortura, que condenar pelos indícios.¹³⁷

Retomando a importância de princípios morais para o exercício da função jurisdicional, o arbítrio, a prudência e a consciência do juiz o qualificavam, dentro da cultura jurídica, como a peça central no processo, e, em meio à diversidade de modelos aplicados, conforme reforçou Alejandro Agüero, utilizava mais a consciência e estilo dos magistrados que as leis que pretendiam impor em um ou outro modo de proceder.¹³⁸

¹³⁶ AGÜERO, Alejandro. *Castigar y perdonar cuando conviene a la Republica. La justicia penal de Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 284.

¹³⁷ Idem, p.285.

¹³⁸ AGÜERO, Alejandro. *Castigar y perdonar cuando conviene a la Republica. La justicia penal de Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p.293.

Nessa perspectiva teológica-jurídica, a religião era a principal fonte da disciplina social.¹³⁹ Nas palavras do autor:

La religión imponía una concepción estrictamente sustancial de justicia que, por un lado, dejaba siempre abierta la posibilidad de resistir legítimamente los mandatos “injustos” del príncipe, licuando toda pretensión de obediencia automática a la *lex* positiva; pero, por el otro, proporcionaba una fuente inagotable de posibles reproches institucionales ante cualquier comportamiento que de un modo u otro afectase el orden impuesto. (...) La propia definición de delito que transmitían los manuales prácticos más difundidos para la instrucción de jueces y escribanos seculares nos muestra esta necesaria apertura del concepto: “En toda causa criminal debe constar del cuerpo del delito, y en todas es delitos el hecho, ó hechos, que contra Leyes Divinas, o humanas, y en perjuicio de tercero se hizo”.¹⁴⁰

Para se compreender esse período, Alejandro Agüero apontou que era difuso o marco de possibilidades existente para a justiça secular, que tinha como função “a conservação dos equilíbrios sociais concebidos como reflexos da ordem total da criação (...) que instruía os magistrados, por meio dos manuais jurídicos, a um sentido religioso de justiça”.¹⁴¹ Portanto, os juízes, dentro da cultura jurídica, tinham a tarefa de determinar a norma para cada caso, conformando uma “justiça de juízes e não de leis”,¹⁴² podendo, contudo, afastar, se foi considerado justo e conveniente, a lei positiva. Os juízes podiam decidir por meio de várias fontes normativas e teológicas, e as suas decisões eram legitimadas em tais argumentos.

De acordo com Agüero, a reflexão teológica se concretava na regra jurídica. Citando a definição de pena trazida pelo autor, retirada de José Marcos Gutiérrez, na obra intitulada, *Compendio de las várias resoluciones de Antonio Gómez*, de 1789, temos que: “Por la pena que en el fuero penitencial impone el Confesor al delinquente, aunque sea pública y grave, no se extingue la que puede imponerse en el fuero exterior

¹³⁹ AGÜERO, Alejandro. “Las penas impuestas por el Divino y Supremo Juez”. *Religión y justicia secular en Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII*, 2007, p.208.

¹⁴⁰ Idem, p.209. Esta citação feita por Alejandro Agüero esta na seguinte obra: Gerónimo Fernández de Herrera Villarroel, *Práctica criminal, instrucción (nueva y útil) de substanciar las causas*. Madrid, 1756, original de 1672, lib. I, cap. V. § 17, p. 27.

¹⁴¹ AGÜERO, Alejandro. “Las penas impuestas por el Divino y Supremo Juez”. *Religión y justicia secular en Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII*, 2007, p.209.

¹⁴² Expressão retirada da obra: LORENTE, Marta (coord), *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*. Madrid, 2006.

judicial, secular ó eclesiástico; porque aquella es para satisfacer á Dios y á su alma, y ésta se dirige al castigo corporal por la vindicta pública”.¹⁴³

Entre as diversas fontes normativas e teológicas, orientando e conceitualizando os delitos e as penas estavam imbricadas na prática processual no século XVIII, no vice-reinado do Peru. Consideramos que tanto os *delitos* quanto as *penas* significavam uma reação social e jurídica aos comportamentos das pessoas, e passaremos a analisá-los dentro do âmbito jurídico.

4.4 Os delitos e as penas: uma resposta judicial às provas alegadas e analisadas

4.4.1 Conceito de *delito* e de *pena*

Os delitos e as penas correspondem à uma resposta judicial sobre a análise e comprovação das provas, e demais elementos informativos trazidos nos processos. As provas e as penas representam uma parte fundamental nas decisões judiciais na compreensão da administração da justiça nos tribunais limenhos. Como conceituamos, no item anterior, as *provas* no contexto do século XVIII, buscamos fazer o mesmo para o termo *delitos* e *penas*. Contudo, embora separemos os assuntos em itens, eles estavam interrelacionados, e ao falarmos de *delito* e *penas*, retomaremos ao conceito de *provas*.

Ao se conceituar e regular os delitos, os tratadistas¹⁴⁴ estabeleciam-se quais eram as penas correspondentes e o meio de prova que atestava tal crime.

Don Francisco Elizondo apresentou várias definições para a palavra *delito* ou *crime*. Segundo ele, são sinônimos para a comissão ou omissão de um fato com dolo contra a lei, que manda ou proíbe algo, impondo uma certa pena.¹⁴⁵ A pena foi considerada por esse tratadista como algo inerente ao delito, com a função de frear os

¹⁴³ AGÜERO, Alejandro. “Las penas impuestas por el Divino y Supremo Juez”. *Religión y justicia secular en Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII*, 2007, p.210.

¹⁴⁴ Estamos utilizando como referência de Prática forense e criminal, as obras de Hevia Bolños, escritor do século XVII, Francisco Antonio de Elizondo, tratadista do século XVIII, e o reformista e antiprobabilista, Lardizábal y Uribe.

¹⁴⁵ ELIZONDO, D. Francisco Antonio de. *Práctica Universal Forense de los Tribunales de España, y de las Indias*. Tomo III, Por la viuda de Ibarra, Madrid, 1786, p.297.

delinquentes, obrigados a satisfazê-la, como uma medida do delito que persegue o seu autor.¹⁴⁶

Elizondo esclareceu que, na análise do delito, deveria se considerar a condição, idade, caráter, causa, lugar, tempo, quantidade de delitos cometidos, qualidade, efeito, costumes e o comportamento da pessoa delinvente porque o modo de castigar a um escravo era diferente do homem livre.¹⁴⁷

Além desses critérios, os delitos se diferenciavam em causas formais e materiais. Os primeiros eram ordinários, ou extraordinários, nominados ou não, correspondiam à classe de leis, eram leve e atroz,¹⁴⁸ Os segundos eram crimes de fato ou de palavra. Nas causas criminais, a incumbência da prova do delito recaía ao acusador e a competência do juiz se dava em razão do lugar do delito.¹⁴⁹

Don Manuel Lardizábal y Uribe¹⁵⁰ em sua obra, *Discurso sobre las penas*¹⁵¹ escrita em 1782, descreveu a situação na qual, para ele, o homem deveria ser punido, porque cometia um delito se agisse de modo agitado, violento, movido por suas paixões e possuído por um amor cego e desordenado, inclinado a ultrapassar os “justos limites estabelecidos pela equidade, justiça e razão”.¹⁵² Lardizábal y Uribe definiu *pena* no final do século XVIII, como sendo “(...) um mal que alguém sofre contra a sua vontade e por um preceito superior, pelo mal que voluntariamente fez com malícia ou culpa (...) sendo a pena a execução da sentença judicial”.¹⁵³

Quando há malícia ou culpa no ato, este precisa ser punido. Francisco Antonio de Elizondo afirmou que todo homem tinha contra si a opinião de estar em pleno juízo quando cometeu o delito, não provando, que antes, estava possuído de fúria.¹⁵⁴

¹⁴⁶ ELIZONDO, D. Francisco Antonio de. *Práctica Universal Forense de los Tribunales de España, y de las Indias*. Tomo III, Por la viuda de Ibarra, Madrid, 1786, p.297.

¹⁴⁷ Idem, p.298.

¹⁴⁸ Idem, p.303. Elizondo acrescentou ainda que os delitos eram distinguidos entre os comuns e os privilegiados por graves e atozes, como são os de lesa Majestade divina e humana e os que dizem respeito ao Estado; o parricídio, homicídio insidioso, sodomia e outros que importa um castigo rápido, pelo risco que ameaça sua dilação à tranquilidade pública dos Reinos.

¹⁴⁹ Idem, p.300.

¹⁵⁰ Ressaltamos que quando Lardizábal escreve a sua obra, os jesuítas já tinham sido expulsos da América e a doutrina do probabilismo tinha sido condenada. Deste modo, trazemos também as percepções de Hevia Bolaños, autor do século XVII, e Francisco Antonio de Elizondo, do XVIII.

¹⁵¹ LARDIZÁBAL Y URIBE, Don Manuel. *Discurso sobre las penas – contraído à las leyes criminales de España para facilitar su reforma*. Madrid, 1782.

¹⁵² Idem, p.01, ítem 1.

¹⁵³ Idem, p.20, ítem 2.

¹⁵⁴ ELIZONDO, D. Francisco Antonio de. *Práctica Universal Forense de los Tribunales de España, y de las Indias*. Tomo IV, Por la viuda de Ibarra, Madrid, 1786, p.357.

As penas precisavam ser úteis e convenientes, adequadas às circunstâncias e qualidades do delito. Lardizábal y Uribe salientou que para entendermos as penas era preciso observarmos as leis, pois destas derivaram a natureza dos delitos e, proporcionais a elas, tem-se as penas. Segundo o autor, as penas tinham que ser públicas, prontas, irremissíveis e necessárias, menos rigorosas, atentas às circunstâncias e proporcionais as leis.¹⁵⁵ Se as penas não respeitassem a natureza dos delitos, não se teria justiça. As penas estabelecidas correspondiam ao delito punível pela sociedade ou eram arbitrárias, desproporcionais?

Na ação criminal seguida por María Apolinaria, contra o escravo José Oviedo, por agressão a sua escrava Manuela, ocorrida em 1778, encontramos o defensor do réu, Manuel Soriano, solicitando que a pena fosse proporcional ao delito cometido. Soriano afirmou que a proprietária da escrava agredida havia desistido da causa, e por isso, o delito de agressão não correspondia à pena pedida pelo fiscal do crime de seis anos de desterro a um presídio. Tendo a parte desistido de sua seqüela, bem como da pena, como dos interesses das custas processuais, o defensor pediu pela equidade do juiz ao absolver o réu, considerando a graça e o indulto do feliz nascimento da Santa Ynfanta.¹⁵⁶ Quando a querelante foi informada e consultada sobre o pedido de indulto, ela consentiu com o perdão ao réu e a causa foi encerrada em 29 de outubro de 1779.¹⁵⁷

A pena capital devia ser estabelecida com muita circunspeção e prudência, sendo atribuída apenas aos casos em que fosse absolutamente útil e necessário. Sobre esse tipo de pena, Lardizábal y Uribe alertou que era como um “remédio da sociedade doente, e há casos em que é necessário cortar um membro para conservar o corpo”.¹⁵⁸

Para este autor, as Supremas potestades tinham o legítimo direito para impor a pena capital, sempre que considerassem necessária e conveniente ao bem da República: “(...) e sendo efetivamente em alguns casos, não seria justo, nem conveniente proibi-la da legislação; ainda que a humanidade, a razão e o bem mesmo da sociedade pedem, que se use dela com a maior sobriedade, e com toda a circunspeção possível”.¹⁵⁹

¹⁵⁵ LARDIZÁBAL Y URIBE, Don Manuel. *Discurso sobre las penas – contraído à las leyes criminales de España para facilitar su reforma*. Madrid, 1782, p.34, item 2.

¹⁵⁶ AGN L.41 C.486, Ano: 1778, f.54v

¹⁵⁷ AGN L.41 C.486, Ano: 1778, f.55v.

¹⁵⁸ LARDIZÁBAL Y URIBE, Don Manuel. *Discurso sobre las penas – contraído à las leyes criminales de España para facilitar su reforma*. Madrid, 1782, Capítulo V, § II, item 4, p.166.

¹⁵⁹ Idem, Capítulo V, § II, item 20, p.185.

Já a pena de açoites era uma pena corporal aflitiva muito usada para castigar os delitos das populações consideradas inferiores.¹⁶⁰ Para esta punição, deveria se agir com prudência e discernimento para ser útil e não causar maiores danos. A pena de açoites deveria ser imposta aos delitos denigrativos porque constituía a perda da vergonha e ser feita com discricção,¹⁶¹ embora estejamos vendo que tais açoites eram dados em praça pública.

Lardizábal y Uribe apontou em sua obra a indicação de reformar a lei penal que permitia açoitar as pessoas inferiores, ainda mais desnudas por trazer vergonha e desonra às pessoas.¹⁶²

Para a fixação da pena, e, portanto, como espécie de prova processual, eram consideradas a idade, o sexo, a qualidade e diversidade das pessoas; a classe, o estado, o emprego e ocupação, porque poderiam ser motivos para agravar ou atenuar a pena; a deliberação dos atos, os próprios atos internos, como os pensamentos, desejos, malícia, paixão, ânimo, a frequência com que se cometem os delitos, o dano causado à sociedade e a reincidência como um agravante da pena.¹⁶³ As circunstâncias também deviam ser analisadas e apreciadas no momento da dosimetria da pena por possibilitarem a moderação desta.

Diante de todas essas possibilidades apresentadas, é compreensível que os defensores as apresentassem como forma de prova da conduta social, visto que esta agravava ou atenuava a pena, bem como para desqualificar a outra parte, imputando-a de possuir má fama e condutas públicas desrespeitosas e não cristãs.

Alejandro Agüero, citando A. Levaggi, mencionou que para este, o sistema probatório utilizado pelos juízes coloniais até o século XIX, não poderia ser conhecido profundamente porque não respondia exatamente ao sistema de provas legais e conferiam margem ao juízo dos magistrados.¹⁶⁴

¹⁶⁰ LARDIZÁBAL Y URIBE, Don Manuel. *Discurso sobre las penas – contraído à las leyes criminales de España para facilitar su reforma*. Madrid, 1782, p.192, ítem 07, capítulo V, §3º.

¹⁶¹ Idem, p.195, ítem 10.

¹⁶² LARDIZÁBAL Y URIBE, Don Manuel. *Discurso sobre las penas – contraído à las leyes criminales de España para facilitar su reforma*. Madrid, 1782, p.196, ítem 11.

¹⁶³ LARDIZÁBAL Y URIBE, Don Manuel. *Discurso sobre las penas – contraído à las leyes criminales de España para facilitar su reforma*. Madrid, 1782, p.113, 117, 118, 143 e 145.

¹⁶⁴ AGÜERO, Alejandro. *Castigar y perdonar cuando conviene a la Republica. La justicia penal de Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII*, 2008, *op. cit.*, p.340. “Como lo hemos mostrado antes, aunque el sistema de las pruebas legales y tasadas siguió siendo el modelo de referencia en el lenguaje de los juristas del antiguo régimen, la doctrina y práctica judicial modernas habían debilitado aquella

4.4.2 A pena arbitrária

A pena arbitrária e a ampla margem de discricionabilidade do juiz, dada pelo seu arbítrio como forma de modular a resposta penal, não era uma novidade e nem uma especificidade da América. Alejandro Agüero pontuou que a novidade na moderação punitiva vinha de uma insuficiência probatória. No novo modelo, legitimou-se o convencimento do juiz através de seu arbítrio prudente, que foi fortalecido e conferia uma resposta condenatória mais ampla e flexível. O prudente arbítrio judicial passou a ser o elemento característico da cultura jurídica, na qual o juiz surgia como o “autêntico *dominus* do processo”.¹⁶⁵

Nesse espaço de autonomia judicial, quais condutas podiam ser punidas sem a necessidade do processo legal? Como o juiz ponderava aquilo que era repreensível sem a necessidade de se processar, e ainda assim, não exceder em sua função?

No processo criminal, envolvendo uma indígena, temos um exemplo dessa situação.

Na ação criminal movida pela indígena Simona Ramirez, contra Vicente Robles, alcaide ordinário do povoado, por açoites e agressões em 1782, temos um caso de punição anterior ao processo. A causa em questão é uma apelação da resolução da causa original que lhe motivou. A índia, querelante, teria sido agredida pelo alcaide com açoites, retirada a sua roupa, e tido a sua honra ofendida.¹⁶⁶ A causa da agressão por parte do alcaide seria o amancebamento da índia com outro homem que não era o seu legítimo marido.

A defesa de Vicente Robles argumentou que os quatro açoites que lhe dispusera contra a querelante era um costume reconhecido pela justiça para reprimir os indígenas.¹⁶⁷ O costume de punir era reforçado quando interessava ao sistema legal. O alcaide foi preso e teve seus bens embargados. Em sua defesa, alegou que sendo alcaide de índios tinha a jurisdição, por força da lei real de Índias, para prender e castigar com

pretendida vinculación del juez a las diferentes categorías que *in abstracto* se concebían como suficientes para producir la convicción exigida para una condena”.

¹⁶⁵ Idem, p.286.

¹⁶⁶ AGN, L.51, C.590, Año 1782, f.1r.

¹⁶⁷ AGN, L.51, C.590, Año 1782, f.15v.

seis ou oito açoites aos índios ou índias que escandalizassem no povoado, que faltassem à missa, embriagassem ou cometessem outro delito semelhante.¹⁶⁸

A acusação alegou que o alcaide excedeu em seu castigo e pediu que se examinasse a desproporcionalidade da pena dada a Simona. Para fundamentar seu argumento, Thorivio Ramos, em nome da autora da ação, trouxe alguns julgados anteriores evidenciando o excesso cometido pelo réu. Mencionou que as decisões do Superior Tribunal penalizam tal tratamento e violência. Como exemplo, mencionou o corregedor de Cañete, que havia dado 25 açoites em um índio que estava amancebado e as autoridades o multou em 500 pesos por haver procedido com excesso e em consultar a Real Sala de Crime.¹⁶⁹ O mesmo aconteceu com o atual corregedor de Chancas que açoitou a um indígena e acabou sendo preso, além de uma multa.¹⁷⁰

Não temos a decisão final reformada na segunda instância, mas trazemos esta situação para confrontar a autoridade do alcaide, os costumes e as leis, uma vez que era contra a justiça a penalidade sem o julgamento. O alcaide teria mesmo se excedido nos açoites propinados à índia Simona Ramirez? Essa punição estava prevista nas leis ou apenas nos costumes indígenas? Como medir uma ação como essa e não julgá-la exagerada? Qual era o limite da lei e da jurisdição do alcaide em causas criminais contra índios?

4.4.3 As finalidades das penas na cultura jurídica de Antigo Regime

Marcando uma mudança no modelo penal da época, nessa virada do século XVIII para o XIX, Lardizábal y Uribe defendeu a primazia das leis, provenientes da natureza própria do delito, como forma de se estabelecer as penas, retirando do homem a responsabilidade em castigar outro homem, uma vez que as ações delituosas o castigavam. Acreditamos que o objetivo do autor com a reforma legislativa era o de diminuir as penas arbitrárias ou extraordinárias, conferindo às leis criminais o encargo pela determinação das penas.¹⁷¹ Lardizábal procurava reduzir a discricionariedade dos

¹⁶⁸ AGN, L.51, C.590, Ano 1782, f.20r.

¹⁶⁹ AGN, L.51, C.590, Ano 1782, f.26v-27r.

¹⁷⁰ AGN, L.51, C.590, Ano 1782, f.27r.

¹⁷¹ Idem, p.35, item 4. “(...) quando las leyes criminales sacan las penas que imponen de la naturaleza particular de cada delito, porque entonces cesa todo arbitrio, y la pena no se deriva de la voluntad, ó del capricho del legislador, sino de la naturaleza de la misma cosa, y así no el el hombre el que hace violencia al hombre, quando se le castiga, sino sus mismas acciones (...)”.

juízes, ainda que, diferente de Beccaria, ele acreditada que se tinha que buscar o espírito da lei e que era necessária a interpretação dos juízes.

Para Lardizábal y Uribe, somente as leis poderiam decretar as penas dos delitos e esta autoridade derivaria unicamente do legislador. Os juízes não teriam a faculdade de criar penas, mas de examinar se o acusado cometeu alguma contravenção descumprimento ou não a lei, para absolvê-lo ou condená-lo na pena prevista em lei.¹⁷²

Criticando o arbítrio judicial na imposição, derrogação ou alteração das penas, o autor mencionou que tal espaço traria uma incerteza para a sociedade e que os bens tutelados, como a vida, a honra e o patrimônio, ficariam exposto ao capricho, ignorância e paixões humanas, mas assumiu que, na falta de leis claras e vigentes, seria preciso deixar ao “inconveniente arbítrio judicial”.¹⁷³

Neste período que estudamos, estamos percebendo cada vez mais, a forte dependência, dada pela cultura jurídica ou pelo modelo probatório, da figura do juiz e seu arbítrio, ou seja, já era um momento de crítica aos poderes dos juízes. O desenvolvimento do processo dependia, principalmente na América, da interpretação e ação dos juízes. É claro que isso acarretou muitas críticas, como as que mencionamos do próprio Lardizábal y Uribe, ao considerar que o arbítrio judicial nos tribunais poderia significar impunidade dos delitos, desproporcionalidade das penas, ou até mesmo a repetição do castigo, com diversas penas, para um único delito.¹⁷⁴

Como resultado de uma cultura jurídica, ou leis inadequadas ou desatualizadas, percebemos que na prática era a experiência judicial que movimentava os processos criminais. A doutrina do século XVII e XVIII também nos tem mostrado que a teologia moral limitava as ações dos magistrados, servindo com um outro poder na regulação das ações judiciais. Desse modo, em meio às leis penais atrasadas, a dificuldade de se provar um delito e as especificidades do local, era a teologia moral que orientava, ainda

¹⁷² LARDIZÁBAL Y URIBE, Don Manuel. *Discurso sobre las penas – contraído à las leyes criminales de España para facilitar su reforma*. Madrid, 1782, p.70, ítem 32.

¹⁷³ LARDIZÁBAL Y URIBE, Don Manuel. *Discurso sobre las penas – contraído à las leyes criminales de España para facilitar su reforma*. Madrid, 1782, p.70, ítem 33. “Si se dexase en su arbitrio el imponer penas, el derogarlas ó alterarlas, se causarían innumerables males à la sociedad. La suerte de los ciudadanos seria siempre incierta, su vida, su honra, sus bienes quedarían expuesto al capricho, à la malicia, à la ignorancia y à todas las pasiones que pueden dominar à un hombre. Si no hay leyes fixas, ó las que hay son obscuras, ó están enteramente sin uso, es preciso caer en el inconveniente del arbitrio judicial, si la potestad legislativa no ocurre à este daño, haciendo leyes, declarando las obscuras, y subrogando otras nuevas en lugar de las antiquadas”.

¹⁷⁴ LARDIZÁBAL Y URIBE, Don Manuel. *Discurso sobre las penas – contraído à las leyes criminales de España para facilitar su reforma*. Madrid, 1782, p.71, ítem 34.

que controlando condutas e comportamentos, o exercício dos poderes, tanto no âmbito jurídico quanto no social e governativo.

Lardizábal y Uribe também reconheceu, analisando a prática judicial, a importância do arbítrio dos juízes como meio de corrigir e suprir a falha legislativa que não acompanhava os valores sociais e as mudanças ocorridas no tempo, inclusive para garantir penas mais proporcionais ao delito e menos violentas e rigorosas que as estabelecidas em lei.¹⁷⁵ Em suas palavras, “estão os juízes e tribunais, por defeito da legislação, na fatal necessidade e dura alternativa de sofrer a insígnia de inumanos, ou de não observar as leis que juraram cumprir”.¹⁷⁶

Acompanhando o arbítrio, era preciso ter prudência e equidade para adaptar a aplicação das leis aos casos particulares, e as ignorando para que se faça justiça, se cumpre com a vontade do legislador.¹⁷⁷

A finalidade das penas na justiça criminal, entendida por Larizábal y Uribe, era a de servir como um exemplo para o futuro, mais que uma vingança do passado, como se estivesse intimidando para prevenir novos delitos e corrigi-los.¹⁷⁸ Desse modo, para que fossem uteis e proporcionais, era essencial conhecer a medida e a quantidade das penas e delitos para se exercer a justiça.

Alguns autores consideravam as penas como uma reparação e restituição social, como um meio de coagir e intimidar a sociedade, ou uma forma de penitência para salvar a alma pecadora, e com o objetivo de corrigir e não atormentar.¹⁷⁹ Ricardo Mata y Martín, analisando os delitos e as penas desde o descobrimento da América, entendeu

¹⁷⁵ LARDIZÁBAL Y URIBE, Don Manuel. *Discurso sobre las penas – contraído à las leyes criminales de España para facilitar su reforma*. Madrid, 1782, p.72, ítem 35. “(...) Pero à pesar de tan expresa voluntad repetidas veces declarada por los Soberanos, la experiencia nos hace ver prácticamente, que son muchísimas las leyes penales, que sin haber sido derogadas por otras, están enteramente sin uso alguno, dando lugar por este motivo al arbitrio de los jueces, y lo que es peor, sin que estos le tengan para dexarlo de hacer así. No habrá hoy por exemplo un juiz que se atreva à mandar cortar la lengua al blasfemo, y la mano al escribano falsario, sin embargo de que estas son las penas impuestas à estos delitos por leyes que no están expresamente derogadas por otras. (...) Hállanse pues los jueces y tribunales por defecto de la legislación en la fatal necesidad y dura alternativa de sufrir la nota de inhumanos, ó de no observar las leyes que han jurado cumplir”.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ LARDIZÁBAL Y URIBE, Don Manuel. *Discurso sobre las penas – contraído à las leyes criminales de España para facilitar su reforma*. Madrid, 1782, p.75, ítem 38.

¹⁷⁸ LARDIZÁBAL Y URIBE, Don Manuel. *Discurso sobre las penas – contraído à las leyes criminales de España para facilitar su reforma*. Madrid, 1782, p.86, ítem 6.

¹⁷⁹ *Idem*, Capítulo V, § II, ítem 23, p.187.

que a pena de morte servia como um meio radical de evidenciar e vincular a soberania sobre um território e o exercício da função judicial, no caso da jurisdição criminal.¹⁸⁰

Em relação à publicidade do ato de punir e castigar, Ricardo Mata y Martín ressaltou que a exposição à humilhação pública, moral e física fazia parte do castigo. Por esse motivo, em algumas ocasiões, tais execuções eram feitas em praças públicas, com a participação popular na ação punitiva, podendo infligir novos sofrimentos ao condenado, mas também com a possibilidades de que os que estivessem assistindo soubessem do castigo dado ao castigado. Tal era a outra função da pena: o efeito intimidatório intenso e direto.¹⁸¹ Este autor assinalou que a aplicação das penas capitais era excepcional e relacionada aos indivíduos da raça negra.¹⁸²

Alejandro Agüero também mencionou que a pena ponderava de acordo com a classe e o estado dos sujeitos, como atributos naturais e indicativos de um determinado comportamento, ligados à condição pessoal do réu.¹⁸³

Como vimos, os conflitos sociais, decorrente de castas, interesses econômicos, relações de poder e de afetos, bem com a realidade específica da América, as leis estabelecidas para as Índias e demais normatividades, os costumes, os pareceres de doutores e letrados, as orientações teológicas e doutrinas cristã, tudo orientava a consciência do juiz na sua interpretação sobre os fatos e o direito aplicável ao caso concreto para se chegar à uma resposta judicial eficaz, justa, útil e conveniente.

A legitimação da decisão judicial provinha de tais orientações e fontes do direito, entretanto, internamente, o peso da consciência, conferida pelo arbítrio judicial, era o que decidida pelo justo. Mostramos exemplos da prática processual dos tribunais do vice-reinado do Peru, no século XVIII, buscando entender os meios de provas utilizados e válidos no processo, e as penas fixadas, com finalidade de demonstrar tal vinculação entre o direito e a teologia moral.

Era a teologia moral que respondia às demandas jurídicas quando as leis não eram compreendidas expressamente ou claramente na sociedade. As lacunas legais encontravam as suas respostas e orientações nos manuais de teólogos e tratadistas, bem como de autoridades e pareceres de letrados, como na própria consciência e

¹⁸⁰ MATA Y MARTÍN, Ricardo M. *Delitos y penas en el nuevo mundo*, 2010, p.67.

¹⁸¹ *Idem*, p.70.

¹⁸² *Idem*, p.76.

¹⁸³ AGÜERO, Alejandro. *Castigar y perdonar cuando conviene a la Republica. La justicia penal de Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII*, 2008, p.343.

interpretação dos magistrados. Era a flexibilidade e o arbítrio judicial que permitiam a atualização do direito ajustando-o às diferentes formas e tempos do processo. O processo penal se manteve, ou se propunha atual, justo e equitativo porque o juiz, em seu espaço de arbítrio, podia justificar a sua decisão, como ato de justiça, pela observância das circunstâncias do caso.

Não importando o ofício, em uma sociedade católica, era importante a orientação teológica sobre como agir em caso de dúvida para se escolher a melhor opção que não levasse ao pecado ou à culpa. No âmbito jurídico, que é o nosso foco, muitas vezes as situações em julgamento não se encaixavam em uma norma existente, e havia dúvidas em como agir. Outras vezes, as normas existiam, mas não faziam mais sentido socialmente e era preciso solucionar o caso buscando outro embasamento jurídico. A *consciência*, como foro interno, cumpriu essa função. Nos muitos embates ocorridos entre a *consciência* e as *leis*, prevaleceu-se, na autonomia judicial, o arbítrio, os costumes, as opiniões dos doutores, as autoridades, a interpretação.

Buscamos demonstrar que as provas não elucidavam todos os fatos e não comprovavam, exclusivamente, a culpa. Foram necessários outros elementos para se julgar as condutas e decidir pelo castigo mais proporcional. Observamos que, um mesmo crime, com sujeitos de distintos lugares sociais, apresentou uma penalização individualizada de acordo com o provado pelas partes.

As provas e penas foram apresentadas conjuntamente para reforçar o vínculo entre elas no convencimento do juiz. Como sabemos, o sistema probatório era bastante diversificado e incluía questões de ordem moral, condutas e comportamentos como qualificadoras do delito. A retórica de muitos defensores acabou por provocar uma *dúvida razoável* sobre os fatos, o direito e a conduta dos litigantes, a utilizando como estratégia para convencer o juiz a atenuar a pena, ou a favorecer outros meios de prova e detalhes mencionados no processo, como a casta, a fama, a condição social, o estado e as paixões motivando os delitos. por meio de outras provas e detalhes do processo.

É fato que o processo penal era falho por não abranger todas as situações possíveis, mas os defensores usaram essa falha como estratégia para gerar dúvidas e fazer com que o juiz decidisse segundo o seu arbítrio, dentro do que fosse provável, potencializando a figura do juiz, suas virtudes, e seus critérios para a decisão. Significava, para além dos juízes, fortalecer e valorizar a função da *retórica* no processo

judicial como um tudo. Valorizar todos os argumentos trazidos pelos defensores, procuradores, fiscais e advogados porque foram eles que vislumbraram a justiça e o delito nos casos, a partir da discussão e do embate das mais variadas fontes do direito, sendo, portanto, uma fonte também. Se o juiz tinha autonomia para julgar segundo o que lhe convencia, então, era a melhor *retórica* que solucionava as ações e desenhava o *sentido* de justiça no caso concreto.

CAPÍTULO 5

**SOCIEDADE E PODER: AS QUERELAS SOCIAIS NOS PROCESSOS
CRIMINAIS DA REAL AUDIÊNCIA DE LIMA
NO SÉCULO XVIII**

O processo criminal tem como finalidade a resolução do conflito. Os atos processuais têm como objetivo apresentar as questões fáticas e discutir o direito envolvido no caso, visando uma decisão condenatória ou absolutória. Os procedimentos de um processo são meios e estratégias argumentativas utilizadas para convencer o juiz sobre o justo entendido pelas partes. Desde a apresentação da querela, ou denúncia do crime, até a decisão final com a sentença definitiva, tem-se uma sequência de atos jurídicos desenhando um caminho para a decisão judicial, motivando a sua criação e justificando-a. As provas e demais elementos processuais servem à demonstração, confirmação e refutação do alegado pelas partes fazendo uso de diversas fontes do direito: as leis, os costumes, as opiniões de doutores, os manuais de teologia, referência ao Direito Canônico, tratadistas e demais criminalistas. Pelo processo, determina-se a causa, recebe-se as alegações das partes, as provas e se chega a uma sentença, decidindo, mesmo que aparentemente, a culpabilidade ou inocência do réu, impondo a pena devida ao crime cometido. O processo, portanto, serve para resolver a dúvida sobre a materialidade e a autoria de um crime.

Segundo Viviana Kluger,¹ os expedientes judiciais são mais que uma sucessão de reclamações, contestações de demandas, confissões, testemunhos e sentenças. Eles expressam os conflitos trazidos pela sociedade. Através do processo tem-se como cada indivíduo decodificava a realidade, usava as normas a seu favor e buscava distintas maneiras de resolver as diferenças até chegar a uma solução para a lide processual.

Os processos criminais, considerando as regras do direito processual para a América do século XVIII, funcionavam como um campo de negociação e discussão

¹ KLUGER, Viviana. *El expediente judicial como fuente para la investigación histórico-jurídica. Su utilidad para el estudio de la historia de la familia colonial iberoamericana* **Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, vol. 1, núm. 1, enero-junio, 2009. Universidade Federal Fluminense Rio de Janeiro, Brasil. p.05.

sobre o direito e a aplicação da justiça. No desenvolvimento de uma causa criminal as normas de direito eram colocadas à prova e testada sua eficácia e eficiência jurídica e social. Para além de um debate sobre a vigência destes dispositivos legais, discutia-se nas causas criminais as relações sociais, e estas, muitas vezes, dominavam o processo, fazendo uso da lei como um instrumento que respondia ao jogo social, nos termos de Tamar Herzog.²

Quando adentramos ao mundo dos conflitos cotidianos, expressados nos processos criminais no vice-reinado do Peru no século XVIII, passamos a conhecer as mentalidades dos envolvidos em júízo: acusados, testemunhas, juízes, defensores e advogados. Viviana Kluger analisou os expedientes judiciais como fonte de pesquisa e ressaltou a importância dessa documentação por propiciar o conhecimento das características sociais trazidas por cada indivíduo na causa, características estas, sobre as condutas sociais e a vida privada. Desde o lugar ocupado por cada indivíduo, fosse ele denunciante, testemunha voluntária ou circunstancial, juiz, fiscal, defensor, réu, procurador, indígena, negro, branco, homem ou mulher, tem-se expressado os valores sociais e morais, bem como os costumes, hábitos de vida, expectativas de justiça, perspectiva de vida e construção de formas de sociabilidade baseadas em identidades e diferenças de gênero.³

Nesta perspectiva, pretendemos analisar a sociedade e seus conflitos pelos processos criminais explorando essa documentação como um instrumento de poder jurídico que permitia aos magistrados e demais funcionários da justiça um espaço de autonomia, flexibilização, aplicação e adaptação das leis, bem como o uso dos demais dispositivos normativos, com fim à criação do direito e aplicação da justiça. Através dos processos criminais os juízes, defensores, procuradores e fiscais desempenhavam o papel de “artistas” na elaboração de um direito adequado e justo ao caso concreto. Artistas por ensaiarem, criarem, teatralizarem um direito, colocando à prova os modelos jurídicos e ideológicos impostos, ou pretendidos para esta realidade da justiça indiana.

² Sobre esse tema, ver: HERZOG, Tamar. *La administración como un fenómeno social: la justicia penal de la Ciudad de Quito (1650-1750)*. Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1995. Há também o artigo HERZOG, Tamar. *Latin American Legal Pluralism: The Old and The New*. In: **Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, ISSN 0392-1867, Vol. 50, N° 1, 2021, pp. 705-736; e HERZOG, Tamar. *Sobre la cultura jurídica de la América colonial (siglos XVI-XVIII)*. **Anuario de historia del derecho español**, ISSN 0304-4319, n°65, 1995 (Ejemplar dedicado a: Los orígenes del constitucionalismo español entre 1808 y 1812), pp. 903-912.

³ KLUGER, Viviana, *op. cit.*, p.06.

Artistas por demonstrarem que o direito, nas palavras de Viviana Kluger, “é teoria e prática, ensaio e erro, vida e morte, persistência, trocas, rotinas e paixão.”⁴

Deste modo, evidenciaremos como as causas criminais serviam, para além de verificar a legalidade das fontes do direito, negociando, adaptando, modificando e até rejeitando tais normativas, como um espaço autônomo para a interpretação e o arbítrio do juiz na declaração do direito. Dito de outra forma, os expedientes judiciais ofereciam um espaço de autonomia aos juízes para estes interpretarem o caso e as leis fazendo uso de seu arbítrio e consciência. Se acrescentarmos aos processos este grau de autonomia judicial, temos um fator a mais a ser considerado na elaboração das sentenças e a ser analisado nos processos: a interpretação do juiz dada em sua consciência.

Conforme apontou Rafael Ruiz, a interpretação de uma lei, de acordo com a convicção em consciência do juiz, tornava-se um instrumento legal⁵ que colocava nas mãos das autoridades locais o poder de criar o direito. A consciência do juiz era um dos critérios mais importantes na fundamentação da decisão.⁶ E em caso de dúvida, seguindo a teologia moral probabilista, podia-se seguir a opinião provável e não, necessariamente, a opinião certa.⁷

Este autor defendeu que o não cumprimento das leis não significava um defeito na legislação, ou até mesmo uma confusão desta. Pelo contrário, refletia a possibilidade de aplicar as leis atendendo as circunstâncias locais e necessidades específicas dos casos concretos. Decidir conforme a consciência era aplicar, flexibilizar ou rejeitar as leis quando estas não servirem. Nas palavras de Rafael Ruiz, acontecia “o exercício legal e legítimo da própria esfera de autonomia que os poderes locais gozavam no exercício da aplicação das leis reais, dentro de uma ampla margem de ambiguidade”.⁸

Alejandro Agüero também afirmou que o desconhecimento ou o incumprimento da lei não era, necessariamente, um problema. Segundo o autor, a própria linguagem das leis parecia transmitir a ideia de que a verdadeira definição de bem e mal, ou de atos e sujeitos bons e maus, não se encontrava nelas. Tal situação permitiu, nas palavras do

⁴ KLUGER, Viviana, *op. cit.*, p.12.

⁵ RUIZ, Rafael. *Os espaços de ambiguidade: os poderes locais e a justiça na América espanhola do século XVIII*. *Revista de História*, São Paulo, n. 163, pp. 81-101, jul./dez. 2010, p. 92.

⁶ Idem, p. 91.

⁷ Idem, p. 87.

⁸ Idem, p.99.

autor, “a despreocupada indefinição legal”⁹ característica do ordenamento penal do antigo regime castelhano, que recorria, junto às leis e normas municipais, à cultura constituída por prescrições tão operativas quanto as próprias normas jurídicas.¹⁰

Estudar os processos criminais na América hispânica do século XVIII não se resume a comparar leis e decisões, verificando se os juízes seguiam ou não os ordenamentos, e o quanto a sociedade os descumpria ou respeitava, gerando sujeitos bons e maus. Os expedientes judiciais devem ser lidos buscando compreender toda a trama social que utilizava o âmbito jurídico e qual era a resposta judicial para tais conflitos sociais. Lembramos que nosso recorte documental, de 49 processos conservados na seção “Real Audiência de Lima”, já representa uma parcela da sociedade dentre as pessoas que buscaram a justiça, sem nos esquecer das demais que resolviam sem nunca terem solicitado apoio jurídico.

Os tribunais criavam o direito reclamado pela sociedade, ou reforçavam uma imposição política e religiosa, e seguiam as necessidades e circunstâncias locais interpretadas pelos juízes em suas consciências. Quando mencionamos “circunstâncias” locais nos referimos à distância existente entre a metrópole e a colônia, e principalmente, às demandas das relações sociais, afetivas, econômicas e de poder que utilizavam o mundo do direito para solucionar seus conflitos e querelas sociais.

Conforme apontou Leandro A. Di Gresia,¹¹ os expedientes judiciais, como objeto de pesquisa, apresentam limitações metodológicas. Partindo da recomendação metodológica deste autor¹², primeiramente, buscamos reconstruir os diferentes usos e sentidos dados à justiça, as representações que tinham sobre ela e os saberes jurídicos, legais e judiciais que manifestados nos processos e nas apresentações dos casos e sustentações das partes, dando espaço para as vozes dos autores sociais. Posteriormente, compreenderemos esse universo plural juntamente com as leis e diretrizes normativas que definiam e delimitavam as práticas sociais cabíveis de judicialização, os processos e os correspondentes castigos.

⁹AGÜERO, Alejandro. *Castigar y perdonar cuando conviene a la Republica. La justicia penal de Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p.284.

¹⁰ Idem, p.285.

¹¹ DI GRESIA, Leandro A. *De los expedientes judiciales a las fuentes judiciales: reflexiones sobre las posibilidades y limitaciones de su uso en la investigación histórica*. Actas de las III Jornadas de investigación en humanidades. Bahía Blanca. Universidad Nacional del Sur, 2009, pp.91-96.

¹² Idem, p.92.

Neste capítulo demonstraremos, através dos processos criminais, como as pessoas, principalmente indígenas e negras, reagiam num tribunal e respondiam frente ao não cumprimento da ordem jurídica como um todo, e à transgressão cometida. Esclareceremos, por meio dessa documentação, qual era o tecido social advindo dos conflitos pleiteados, bem como os procedimentos processuais existentes para a demonstração de culpa e de inocência, e os limites do arbítrio judicial. Deste tecido, analisaremos e compreenderemos alguns aspectos das relações e dinâmicas sociais, e da organização familiar. Aspectos como a relação entre homem e mulher, pais e filhos, as concepções de amor, casamento, sexo, virgindade, dolo, intenção, malícia, consideração sobre a honra, o perdão, relações entre subordinados e superiores, entendimento sobre violência e castigo.

Exemplificaremos vários casos e situações a fim de vislumbrar o que se perseguia, condenava, tolerava, reprimia e castigava nessa sociedade. Mencionaremos quais penas foram aplicadas, como estas foram executadas, e as mobilidades provenientes das influências interpostas entre os criminosos e as leis pela particularidade do direito indiano casuístico. Trataremos destes conflitos sociais e jurídicos, bem como das sentenças judiciais, das características sociais e organizações familiares presentes nas causas criminais conservadas no arquivo da Real Audiência de Lima no século XVIII.

Organizamos a análise pelos crimes, e dentro dos crimes selecionados, escolhemos as ações criminais que tiveram como partes litigantes (sujeitos da ação, réus e vítimas) homens e mulheres indígenas, escravos negros e brancos. Tal seleção se mostra pertinente por ampliar a compreensão da prática jurídica, respondendo, para um mesmo crime, aos diferentes sujeitos e lugares sociais. Veremos que a justiça privilegiava a preservação do patrimônio, como a posse de um escravo, e punia com mais severidade os crimes cometidos pelos escravos em relação aos outros grupos étnicos-sociais. E tal situação seguia a uma norma das *Siete Partidas* que mandava castigar com maior severidade ao servo que ao homem livre.¹³ Contudo, como a história

¹³ Especificamente, a Lei 8, Título 31, Partida 7, “Que cosas deven catar los juezes ante que manden dar las penas e porque razones las pueden crescer o menguar, o toller. Catar deven los judgadores quando quieren dar juyzio descarmiento contra alguno: que personas es aquella contra quien lo dan, si es siervo o libre, o fidalgo, o ome de villa, o de aldea o si es moço, o mancebo, o viejo: ca mas crudamente deven escarmentar al siervo que al libre: e al ome vil que al fidalgo e al mancebo que al viejo, nin al moço que maguer el fidalgo, u otro ome que fuese honrado por su sciencia, o por otra bondad que oviesse en el

do direito sempre traz novidades para quem está atento, há casos em que a justiça prevaleceu perante as posições sociais postas pelo antigo sistema colonial e mulatos livres ganharam causas contra senhoras brancas da elite.

Como não é novidade, pela pluralidade das fontes normativas do direito, pela autonomia e flexibilidade dadas aos juízes, cada caso era um caso e a resposta judicial se alterava de acordo com as circunstâncias, interpretação e consciência dos julgadores. Este capítulo traz exemplos de ações criminais que trouxeram detalhes retóricos considerados interessantes do ponto de vista jurídico-social, e visa a demonstrar, pela prática dos tribunais, qual era o valor das provas apresentadas no processo, como os costumes eram argumentados, e quais eram realmente validados no caso específico e como as mulheres eram tratadas, social e juridicamente em Lima no século XVIII.

Os casos citados neste capítulo foram escolhidos por apresentarem uma maior fundamentação jurídica e por citarem um rol variado de fontes normativas do direito colonial na América hispânica, evidenciando estratégias argumentativas e comportamentos sociais interessantes para o mesmo delito analisado.

Nossa análise é detalhada, extensa e pretende trazer toda a riqueza da retórica encontrada nessas fontes, buscando valorizar todos os aspectos dos processos criminais. Embora tenhamos feito um esforço para isso, sabemos que há outras perspectivas a serem exploradas e outros pontos a serem levantados. Escolher uma via explicativa, que ordenasse toda a análise de modo que não deixasse escapar algum aspecto, não foi fácil. Como mencionamos, a escolha, neste capítulo, foi pelos crimes e pelos variados sujeitos que os praticaram, visando a explorar as distintas respostas judiciais, bem como situações e características dos conflitos que permitiram uma decisão diferente da prevista pela lei ou da comumente dada pelos tribunais.

Após a apresentação dos processos, dando voz para os próprios sujeitos históricos contarem as suas histórias e se defenderem nas ações, fizemos uma retomada dos fundamentos e os analisamos segundo a historiografia e a doutrina citada nos capítulos anteriores, demonstrando como tais conceitos apareciam na prática e podiam ser interpretados, debatidos e compreendidos articulados a outras categorias de análise.

fiziesse cosa por que ouviesse a morir, no lo deben matar tan abiltadamente como a los otros assi como arrastrándolo, o enforcándolo, o quemándolo, o echándolo a las bestias bravas: mas deben lo mandar matar en otra manera assi como faziendolo echar de la tierra, si le quisieren perdonar la vida (...) E a un debe catar el tiempo, e el logar en que fueron fechos los yerros. (...)”.

Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-2011-60

5.1 A sociedade e as suas relações de poder na análise dos processos criminais do vice-reinado do Peru, século XVIII

5.1.1 Casos de homicídio de mulheres

As mulheres, segundo nosso recorte documental, também foram vítimas de homicídio. As causas que levaram a este tipo de delito eram variadas, preponderando o ciúme masculino sobre o suposto envolvimento da mulher com outro homem. Analisaremos como os casos de homicídio de mulheres eram resolvidos tendo como réus escravos negros e indígenas. Escolhemos exemplificar o delito de homicídio com processos envolvendo réus de étnicas e lugares sociais diferentes para observarmos como a justiça respondia a cada um deles, percebendo as diferenças argumentativas dados a índios e escravos negros. Nossa intenção é a de desvendar a prática jurídica neste referencial comparativo.

a) Índio acusado de assassinato de índia em 1728.

Esta causa foi seguida de ofício em 1728 pelo general Don Leandro Ruiz y Urñeza, capital geral e corregedor de justiça maior e alcaide maior da Província de Asanparo, contra o índio Agustín Tacura, do Povoado de Azángaro, por assassinato da índia Eugenia. Segundo as informações presentes na cabeça do processo, o crime teria ocorrido havia cinco anos, provavelmente em 1723, e não tinha sido apreciado juridicamente porque o acusado, também ladrão, fugia das prisões que estava acumulando delitos por onde passava.¹⁴

A justificativa apresentada pelo general para mover a ação criminal contra o índio era a de que se fazia necessário castigar tais delitos para “(...) escarmento de otros y de la vindicta Publica afin de evitar tan perniciosos escândalos en perjuicio del bien y menos precio de la real Justicia (...)”.¹⁵ O recolhimento das declarações começou no dia 10 de agosto de 1728 com a consideração do capitão Miguel de Orosco y Quiñones afirmando ter “ouvido por ai” que o índio Agustín Tacura havia assassinado a índia

¹⁴ *Archivo General de la Nación* (AGN), Real Audiência (R.A.) causas criminais, L.4 C.24, Ano 1728, f.1r.

¹⁵ AGN, L.4, C.24, Ano:1728, f.1r.

Eugenia com uma pedrada na cabeça e teria pago 10 pesos em prata pelo silêncio da testemunha que presenciou o crime e fugido da cidade.¹⁶ A outra declaração era de Gregorio de Chavez, um vizinho espanhol que também afirmou ter ouvido dizer que Agustín Tacura havia assassinado a índia Eugenia, pagado em prata para que não o denunciasse e teria fugido, cometendo roubos de mulas em outras regiões.¹⁷

A última declaração incluída nos autos foi a de Don Felix Atamar, principal ladino e versado em língua espanhola. Don Felix disse ter ouvido dizer que Agustín Tacura havia cometido vários delitos, como furtos, e que lhe havia confessado ter matado a uma índia cinco anos atrás com uma pedrada na face. Segundo o declarante, Agustín Tacura tinha ido roubar a estância da índia Eugenia, esta percebeu que ele estava abrindo a porta e começou a gritar, anunciando o crime. Para contê-la, o índio a golpeou com uma pedra na face e quando esta caiu ao chão, ele pegou um pedaço de madeira e bateu no pescoço da vítima, amarrou suas mãos e a arrastou até um outro local. Um índio que passava por aquela estância presenciou o crime. Ele chegou a agarrar o mencionado Tacura com a intenção de levá-lo preso à cidade. Nesse momento, para escapar da situação, Agustín teria oferecido à testemunha dez pesos em prata e várias roupas que possuía, e esta aceitou, oferecendo a oportunidade de fuga para o delinquente.¹⁸ Mediante o alegado nas três declarações, foi expedido o mandado de prisão do índio Agustín Tacura ainda no dia 10 agosto de 1728.¹⁹

Agustín Tacura foi preso em 11 de agosto de 1728 pelo Alcaide ordinário Don Antonio Alejandro, no povoado de Hasangaro.²⁰ Após a prisão, foi nomeado como defensor e curador do réu processado o capitão Don Hilario Medrano, e como fiador a Don Bernardo de la Fuente. Ambos prometeram defender o réu até a conclusão do processo, valendo-se de pessoas de ciência e consciência, sem faltar com a mínima obrigação para o cumprimento da justiça.²¹ Foi nomeado um intérprete porque o acusado não falava espanhol²² e apresentada a acusação.

O general Don Leandro Ruiz apontou em 29 de agosto de 1728 que nos autos desta causa criminal seguida de ofício constavam outros três processos contra um índio

¹⁶ AGN, L.4, C.24, Ano:1728, f.1v.

¹⁷ AGN, L.4, C.24, Ano:1728, f.2v.

¹⁸ AGN, L.4, C.24, Ano:1728, f.3v.

¹⁹ AGN, L.4, C.24, Ano:1728, f.4r.

²⁰ AGN, L.4, C.24, Ano:1728, f.5v.

²¹ AGN, L.4, C.24, Ano:1728, f.6v.

²² AGN, L.4, C.24, Ano:1728, f.7r.

chamado Juan Tacura, por assassinato da índia a Andrea Molle, legítima esposa de Juan de Figueroa, na Província de Lampa, e um outro, acusando o mesmo Juan Tacura de assassinato de uma jovem de 10 anos, a filha de Pedro Taca, autor da ação, e roubo. Foi notado que o réu Agustín Tacura mudava de nome quando entrava em uma nova cidade.²³

Em sua confissão, o réu afirmou ter algo entre 40 anos, nascido no povoado de Asangaro, e seu ofício ser *sasture*.²⁴ Disse que sabia qual era o motivo da sua prisão, e confirmou ter matado a índia Eugenia, que aparece com o nome de Juana em sua confissão. Ele confessou a autoria do delito e explicou como praticou o crime.²⁵

O réu confessou ter realizado mais de 6 roubos em lugares diferentes e ter matado a filha de Pedro Taca, deixando-a amarrada pelas mãos passando fome até morrer, no povoado de Santa Rosa.²⁶ A confissão sozinha não constituía uma prova suficiente, diziam os juristas, mas sempre existia algum indício que, somado à confissão, a tornava prova suficiente.

Abelardo Levaggi apontou que a confissão era considerada a rainha das provas no processo criminal e condição indispensável para a imposição da pena ordinária, mas ela sozinha não era o bastante para condenar. Além da confissão, eram necessárias outras provas evidentes do delito que confirmassem a verdade confessada. Este autor também diferenciou a confissão judicial da extrajudicial. A primeira tinha efeito de prova plena e levava-se em consideração a qualidade de quem confessava, por exemplo, suspeitando da confissão dos índios.²⁷

²³ AGN, L.4, C.24, Año:1728, f.9v.

²⁴ AGN, L.4, C.24, Año:1728, f.10r.

²⁵ AGN, L.4, C.24, Año:1728, f.10v. “(...) a referida yndia difunta salio a estorbarle el que se llevase las sobre dichas prendas coxio este confesante una Piedra y con ella le dio una Pedrada en la cavesa de la qual se la raxo y abriu y porque con a dexando lo que abia de padecer con semexante rottura le echo una sogá al cuello y para que promptamente diese fin a sua vida anduvo arrastrando por el suelo con la dicha sogá pendiente del Cuello cosa de tres horas de termino hasta que totalmente la bio muerta despues de lo qual la metió en un quarto que serbia de cosina y estando ya para safar de dicha estancia de Amaro llego a ella Pablo de tal Yndio del Asillo Guanchulla de dicho Pueblo Huancane que estaba en ilticia amistad con la madre de la referida difunta Juana quien viendo aquel espectáculo lo quiso prender para llevarlo a Huancane ante la justicia y por evadirse de este travabo le rogo encarecidamente al dicho Pablo le diese suleta con cuio motivo y abiendole dicho este al confesante le pagase algo paso dicho confesante a darle diez pesos en plata una burra cargada con tres baras de pano de Quito (...)”.

²⁶ AGN, L.4, C.24, Año:1728, f.11v.

²⁷ LEVAGGI, Abelardo. *Aspectos del procedimiento judicial indiano según la doctrina de los fiscales José Márquez de la Plata y Manuel Genaro de Villota (1784-1810)*. En: **Estudios en honor de Alamiro de Ávila Martel. Anales de la Universidad de Chile**, 20 (1989), Santiago de Chile, 1990, pp. 367-389, p.377.

Nesse sentido, o promotor fiscal da causa, apresentou a acusação com a pena ordinária de morte.²⁸ Essa pena foi justificada pelo fiscal tendo em vista a qualificação das mortes, o roubo dos bens seguido de morte, e o fato de o réu ter alterado seu nome pelos diversos lugares que passou coma finalidade de não ser pego pela justiça,²⁹ dificultando o atestado de autoria dos crimes.

Na contestação, o defensor do réu, Hilario Medreano, pediu pela absolvição e liberdade do réu afirmando que o mesmo “(...) se halla oprimido en la Carsel Calgado de grillos y esposas y estar de continuo en el sepo tolerando hambres continuas y sede, y asi lo pido (...)”.³⁰ O argumento do defensor pela absolvição, não remetia ao crime específico, cometido pelo réu, mas denunciava as péssimas condições carcerárias, uma vez que Tacura era confesso.

Além de denunciar as más condições do réu na prisão preventiva, realizada no curso do processo, o defensor rebateu as provas que identificavam Agustín Tacura como o assassino das índias Eugenia e Joana. Segundo seu raciocínio jurídico, as testemunhas não eram verídicas porque não presenciaram os fatos, não viram o que realmente aconteceu, apenas ouviram dizer.³¹ Nos termos apresentados, não havia testemunha ocular,³² então, o crime não estava provado e nem a sua autoria. A segunda razão apresentada pela defesa, visando a absolvição do réu, versava sobre a imputação da morte de Joana, uma vez que Agustín a havia amarrado e não concluído sua morte, e pago a ela 100 pesos para não o denunciar. Desse modo, na perspectiva do advogado, quem o acusava de homicídio estava, na verdade, caluniando-o. Afirmou ainda:

(...) es que la calumnia puesta a mi parte de la muerte de Juana, la niego en todo y por todo: por que aun que mi parte confiesa aver la muerto, no puede ser, por que oprimido de la justicia confeso averla muerto, porque tampoco tiene testigos que puedan condenar mi parte a la pena ordinaria (...).³³

Hilario Medreano salientou que, em respeito aos termos, a lei deveria ser piedosa e compensar a pena com a “(...) prolixa y molesta prision que esta padeciendo

²⁸ AGN, L.4, C.24, Ano:1728, f.14r.

²⁹ AGN, L.4, C.24, Ano:1728, f.14v.

³⁰ AGN, L.4, C.24, Ano:1728, f.16r.

³¹ Tratamos sobre a valoração das provas e meios de provas no processo criminal no capítulo 04.

³² AGN, L.4, C.24, Ano:1728, f.16v.

³³ AGN, L.4, C.24, Ano:1728, f16v.

com pressiones, que tambien es conforme a derecho”.³⁴ Ou seja, para a defesa, o tempo e o tratamento do réu na prisão já seriam equivalentes à punição do mesmo pelos crimes cometidos. Medreano justificou seu argumento fundamentando-o na:

Doctrina Comum de Doctores y quando no consta **probablemente** de lo referido ni se há justificado ni puede ni indisio veemente de aver cometido mi parte el delito es llano, y constante deber ser suelto de la prision dilatada en que esta peresiendo.³⁵

A defesa utilizou de um princípio moral defendido pela doutrina comum de doutores, o probabilismo, para afirmar que havia dúvida sobre elementos fáticos do crime pela de falta de provas e indícios que identificassem e confirmassem o réu como autor dos assassinatos, uma vez que a confissão deste, única prova apontada no processo, teria sido conseguida constringendo o imputado. Em caso de dúvida, o probabilismo era uma opção de decisão e o advogado de defesa a estava utilizando como uma estratégia probatória.

Em resposta à contestação, o fiscal da acusação disse não ter fundamento o pedido feito pela parte contrária. Ele mencionou que o réu era convicto e confesso de seus crimes e que o defensor não prometeu provar o que alegava em favor de sua parte, e carecia de uma substância formal. O promotor fiscal pediu que a causa fosse decidida brevemente e com retidão para que não desse oportunidade de o réu fugir, novamente, prejudicando a administração da real justiça.³⁶ Podemos inferir que a preocupação da acusação não era com a verdade dos fatos, mas sim com a brevidade da punição e da correção do imputado para que não se desse a oportunidade da fuga e que a imagem da justiça não fosse prejudicada por isso. Por outro lado, a estratégia da defesa em discutir a validade das provas testemunhais, bem como sugerir que a confissão tomada do réu era resultante de um ato opressor da justiça, buscava descaracterizar as únicas provas de autoria contra o réu e levantar dúvidas no processo. O fiscal também rebateu o pedido feito pela defesa de solicitar a piedade das leis.³⁷

³⁴ AGN, L.4, C.24, Ano:1728, f17r.

³⁵ AGN, L.4, C.24, Ano:1728, f.17r.

³⁶ AGN, L.4, C.24, Ano:1728, f.18r.

³⁷ AGN, L.4, C.24, Ano:1728, f.18v. “(...) en definitiva no embarguense de la piedad que pide el defensor pues es visto que desearle con semejantes delinquentes se da materia a los oculares que ben el costo castigo a que muchos cometan los mismos delitos y conbiene a la republica que sea castigado el dicho reo (...)”

O defensor, Hilario Medreano, afirmou não ter conseguido nenhuma testemunha que pudesse declarar em favor do réu, e reforçou o pedido de piedade à Vossa Majestade, levando em consideração o lugar social do réu e sua casta:

(...) ocurro a la justificada piedad de Vmd, para que en virtud de lo que tanta encarga su Magestad que Dios lo que en razón de los Yndios se sirva de tener conmisericación con el dicho mi parte respecto de su corta y ninguna capacidad y que no supo a que lo metió (...) que se le de una lebe pena por ser Yndio de tan poco conocimiento (...).³⁸

A estratégia da defesa foi apelar para a miséria do índio e sua ignorância, como se tal situação, simplesmente pela natureza de ser indígena, justificasse a delinquência ou a conduta criminosa.

As testemunhas da sumária foram ratificadas e não alteraram o conteúdo das declarações. Para proferir o auto de conclusão, o povoado de Hasangaro, representado pelo Capitão General Corregedor de Justiça Maior e Alcaide, Don Leandro Ruiz, solicitou a opinião dos doutores.

Inicialmente, Don Leandro Ruiz recorreu ao Licenciado Don Julio de las Roelas, advogado da Real Audiência de Lima, no dia primeiro do mês de julho de 1729, para que desse seu parecer sobre o caso. O citado advogado não aceitou dar o seu parecer, e não consta no processo o motivo.³⁹ Dessa forma, em 16 de setembro de 1729, o alcaide solicitou que outro advogado da Real Audiência⁴⁰ analisasse a causa. Como mencionamos, solicitar o parecer dos letrados era uma fonte de direito e servia como respaldo para a decisão judicial, conferindo a esta uma maior segurança em consciência, afastando a arbitrariedade e o erro do julgador.

O licenciado Don Manuel de Aranibar, advogado da Real Audiência de Lima, residente na cidade de Arequipa, recebeu 25 pesos para assessorar o caso e dar seu parecer pronunciando a sentença mais conveniente ao serviço de Deus, à Majestade e à boa administração de justiça.⁴¹ Contudo, Don Leandro Ruiz afirmou que este segundo advogado contestou aspetos do procedimento y não deu um parecer sobre a sentença

³⁸ AGN, L.4, C.24, Ano:1728, f.20-f.20v.

³⁹ AGN, L.4, C.24, Ano:1728, f.25v.

⁴⁰ Neste caso, o parecer que estamos nos referindo era o dos “advogados da Real Audiência” e não o parecer das autoridades. Os advogados da Real Audiência eram assim chamados porque a Audiência lhes conferia uma matrícula (autorização para exercer a advocacia) mas não faziam parte dos oficiais que integravam a Audiência.

⁴¹ AGN, L.4, C.24, Ano:1728, f.24r.

definitiva que o juiz esperava, mas o juiz, apesar disso, ditou a sentença. Ele decidiu sobre o castigo do réu, tendo como parâmetro a ordem geral expedida pelo vice-rei Sr. Don Marques de Castel Fuerte. Esta ordem determinava que os delinquentes desta gravidade fossem punidos com desterro à Ilha da Pedra, mas, para Leandro Ruiz, tal pena parecia pequena e desproporcional aos crimes cometidos pelo réu.⁴² A norma existia, mas segundo o alcaide, não correspondia, quando analisada juntamente com as circunstâncias do caso, ao previsto pelo seu senso de justiça, e nem adequada para punir corretamente o criminoso. Os juízes tinham margem para fixar e determinar a aplicação da pena como convinha ao caso.

Mesmo com a lei e o parecer de um letrado, o juiz decidiu diferente, considerando a sua interpretação do caso. Não sabemos qual foi a justificativa do alcaide para julgar conforme julgou, mas ele se recusou a seguir o parecer dado pelo advogado.

A sentença definitiva foi dada em 22 de dezembro de 1729 condenando o réu, o índio Agustín Tacura acusado de assassinato e roubo, em 200 açoites dados pelas ruas públicas da cidade, e em 10 anos de desterro na Ilha da Pedra, no porto de Callao.⁴³ Nesse mesmo dia o réu foi solto da prisão e levado pelo tenente maior da Cidade, Juan Gomes, pelas ruas da cidade onde lhe deram os 200 açoites. Posteriormente aos açoites, foi levado preso até a execução da pena de desterro.⁴⁴

⁴² AGN, L.4, C.24, Ano:1728, f.26r. “En el pueblo de Asangaro en primeiro día del mes de Julio de mil setecientos veinte y nueve años Yo el General Don Leandro Ruiz (...) atento aver hecho la remicion de estos autos al Lizenciado Don Julio de las Roelas Abogado de las Reales Audiencias de estos Reinos para que diese su parecer y a que se escuso con cierto motivo y subsecuentemente la remicion que de ellos consta se hizo al Lizenciado Don Manuel de Aranbar así mismo Abogado de la Real Audiencia f.26 de los Reyes y residente en la Ciudad de Arequipa y no aviendo tampoco pronunciado este la sentencia Definitiva que se esperaba por algunas leves objeciones que previno se devian corregir en los autos y estando al presente allanadas todas, Yo esperando a mi subesor y no devriendose quedar el reo sin el castigo condigno a su delito deseando evitar la fuga de el y atendiendo a que se observe el superior orden que tiene expedido el Escrivano Sr. Don Marques de Castel Fuerte Dignisimo Virrei de estos Reinos sobre que se remitan los delincuentes de esta gravedad y otros quales quiera que fuesen perjudiciales a la Republica a la Ysla de la Piedra con sus causas originales para que llegue a efecto referido y por consistir en puntos de Derecho la determinación de si al citado reo le corresponderá maior pena que la del destierro a la expresada. Y la ordeno y mando se remita con buena guardia y custodia a la Real Cárcel de Corte de Provincia en Provincia haciendo para ello exsorto a los Corregidores y Justicias ordinarias de la carrera de Lima (...).”

⁴³ AGN, L.4, C.24, Ano:1728, f.27r.

⁴⁴ AGN, L.4, C.24, Ano:1728, f.27v.

Este processo criminal nos permite pensar sobre a administração da justiça em sua prática e sobre a sociedade.⁴⁵ A defesa rebateu as declarações das testemunhas argumentando que estas não eram oculares e, portanto, caberia neste caso, uma dúvida provável sobre a autoria dos crimes. Com este raciocínio jurídico, a parte pretendia garantir ao réu uma pena mais branda que a ordinária de morte, o que de fato conseguiu.

De certa forma, esse mesmo discurso convenceu, ou pelo menos criou uma certa dúvida e insegurança no alcaide, que, para deliberar com mais retidão, solicitou a opinião e o parecer dos letrados, como os advogados da Real Audiência de Lima. Contudo, estes não o ajudaram em sua decisão e, tendo como norte uma ordem geral expedida pelo vice-rei, o alcaide sobrepesou a norma e a prática, e, interpretando sobre o que seria mais equitativo e justo neste caso em concreto, decidiu pelo desterro e pelos açoites, acrescentando estes na pena anteriormente prevista.

O juiz decidiu sobre a pena, usando a ordem dada pelo vice-rei como parâmetro de análise do caso, que esta era muito branda, e, portanto, não correspondia aos crimes em questão sendo necessário agravá-la. Tal agravante não estava posta na conduta delitativa, mas, segundo o juiz, fazia-se presente pelas circunstâncias judiciais e pela reincidência do réu.

Podemos afirmar que, em meio às diversas fontes do direito disponíveis e acessadas pelo magistrado como fundamento para sua deliberação, ainda era este, em sua consciência, quem interpretava, pelo processo, os fatos, as normas e as condutas delitivas do réu, decidindo pelo que fosse mais conveniente e justo em sua resposta penal. A pluralidade das fontes do direito servia como uma régua para se analisar as ações criminais, mas não significava que o juiz estava obrigado a seguir uma ou outra. Ele podia, usando do seu arbítrio e da sua ponderação, decidir o que lhe parecesse melhor e mais justo.

⁴⁵ Sobre a organização social, ver: LAVALLÉ, Bernard. *Los virreinos de Nueva España y del Perú (1680-1740). Un balance historiográfico*. Casa de Velázquez, Madrid, 2019. “Constituía, más bien, una diversidad tridimensional de corporaciones y estamentos con fueros y privilegios particulares otorgados por el monarca (en principio) en razón de sus funciones como justo gobernante, que daba a cada quien lo que correspondía según sus méritos⁶. Un caso característico es el de los indios: aunque había ciertas normas generales (por ejemplo, su condición de menores y miserables), los distintos grupos nativos tenían condiciones particulares que determinaban si podían o no ser encomendados, exigirles servicio personal o someter al pago de tributo. Esta heterogeneidad, por un lado, dificultaba la labor de gobierno, pero, por otro, hacía que el descontento y los conflictos fuesen difícilmente generalizables. Visto así, una de las fortalezas de este Imperio era la capacidad de fragmentar y separar los conflictos, y de presentar al rey como una figura supra política, garante de la justicia y la protección paternal de todos los súbditos, más allá de sus diferencias y reivindicaciones particulares”.

Veremos outro exemplo de homicídio envolvendo indígenas.

b) Os índios, amantes da índia María Mercedes, a açoitaram até a morte para que esta confessasse de qual deles gostava mais, em 1758.

Esta causa foi seguida de ofício contra Julian Hurtado e Gerónimo de la Rosa por terem matado a açoites María Mercedes, índia, em Chancay no ano de 1758. A queixa crime foi apresentada em 20 de março de 1760 aos alcaides do crime da Real Audiência de Lima, Don Alfonso Carrion y Morillo, Don Manuel Antonio de Borda e Dom Juan Joseph de la Puente Ybañes.⁴⁶ Segundo o exposto na queixa, dois homens da Vila de Chancay açoitaram cruelmente a uma mulher, que acabou morrendo deste castigo. A causa do delito seria a mulher manter relações amorosas com ambos de maneira ilícita.⁴⁷

O corregedor de Chancas, Don Mariano Velles Falcon, recebeu e aceitou a causa em abril de 1760 e iniciou a oitiva das testemunhas.⁴⁸ O primeiro a testemunhar, em favor da índia falecida, foi o também índio yanacona, Francisco. Esta testemunha informou sobre os castigos que a índia sofrera com os açoites.⁴⁹

Em 24 de setembro de 1758, Don Francisco de la Marta, administrador de Justiça da vila, intimou Geronimo de la Rosa e Julian Hurtado para responderem às acusações de homicídio seguida de ofício pela Real Justiça.⁵⁰ Os réus não se apresentaram dentro do prazo inicial de 9 nove dias. Apenas em 19 de dezembro de 1761 o réu Julian Hurtado foi encontrado e mantido preso na Real Carcel da Corte até o início do processo judicial.⁵¹

O alcaide do crime da Real Audiência de Lima, Don Juan Joseph de la Puente Ibañez, assumiu o caso e iniciou a confissão do réu, partindo do interrogatório.⁵² O réu disse que seu nome era Julian Hurtado, que era de casta chino, natural da Vila de Gisaura, casado, de ofício chacreiro, com aproximadamente 25 anos de idade.

⁴⁶ AGN, L.20, C.230, Ano:1760, f.2r.

⁴⁷ AGN, L.20, C.230, Ano:1760, f.2v.

⁴⁸ AGN, L.20, C.230, Ano:1760, f.3r.

⁴⁹ AGN, L.20, C.230, Ano:1760, f.5r. Este processo não está completamente preservado, possuindo buracos nas folhas.

⁵⁰ AGN, L.20, C.230, Ano:1760, f.9r.

⁵¹ AGN, L.20, C.230, Ano:1760, f.11v.

⁵² AGN, L.20, C.230, Ano:1760, f.11v.

Confessou não saber o motivo pelo qual estava mantido preso e que conhecia a Maria Mercedes, e soube que Geronimo de la Rosa a havia matado.⁵³

O alcaide que conduzia a declaração de confissão do réu o indagou sobre quem ele acreditava ter matado a citada índia e apresentou as informações fáticas que possuía sobre o assassinato.⁵⁴

O confessante confirmou que ele e Geronimo mantinham relações com a vítima, mas foi Geronimo quem a amarrou. Este, portando uma faca, teria ameaçado Julian a também açoitar a mulher enquanto perguntava à vítima a qual dos dois ela gostava mais. A versão de Julian Hurtado sobre os fatos foi:

Es lícito que el confesante y dicho Geronimo solisitaban a dicha Mercedes y un día estando esta en un rancho con una hermana suya le dijo el dicho Geronimo al Confesante que la llamase lo que ejecuto sin saber sus intento y aviendola retirado de allí la amarró dicho Geronimo a un [ilegível] y aun que el Confesante propuso embarasarlo no pudo porque o amenasava con un cuchillo y comeso a asotarla preguntándole a cual de los dos le quería, y como dicha Mercedes no decía a quien, le dio el dicho Geronimo al confesante el Puntal con que le estaba dando y le mando que también la asotase lo que ejecuto (receloso no le diese con el cuchillo que tenía), dándole solos seis asotes y viendo Geronimo que se los daba con blandura le quito el chicato y proseguia dándole (...).⁵⁵

O réu afirmou em sua confissão que não era culpado da morte da índia Maria Mercedes, mas sim, Geronimo de la Rosa.⁵⁶ Acreditamos que nesse momento processual, Julian tentou confundir o juiz sobre a autoria do crime, apontando Geronimo, ausente no processo, como o verdadeiro mandante da ação.

O fiscal do crime, em 24 de dezembro de 1761, analisou as declarações das testemunhas e a confissão do réu Julian, bem como a fuga do outro réu, Geronimo, que passados três anos do fato delituoso não comparecera à Justiça, e pediu que a pena dada a ambos fosse igual a de um crime de homicídio.⁵⁷ O fiscal afirmou que, embora Julian Hurtado tivesse confessado os 6 açoites dados na vítima, e ter declarado que cometera

⁵³ AGN, L.20, C.230, Ano:1760, f.12r.

⁵⁴ AGN, L.20, C.230, Ano:1760, f.12r. “Preguntado como dise saber de dicha muerte quando averse lo dicho Geronimo de la Rosa cuando consta de estos testos que entre el Confesante y el dicho Geronimo (que uno y outro la solicitaban y tenían ilisita amistad com ella), la cojieron en ocasión que la embiaba su madre por miel a la hacienda y llebandola a un sitio retirado la amarraron aun tigeron donde le diesen crueles asotes lastimándole y avia de confesar a cual de los dos quería y aviendole dado muchos asotes la dejaron en aquel pasaje donde al día siguiente por la mañana la hallaron su Padre y madre tan maltratada (...) que a pocos días murió”.

⁵⁵ AGN, L.20, C.230, Ano:1760, f.12-12v.

⁵⁶ AGN, L.20, C.230, Ano:1760, f.13r.

⁵⁷ AGN, L.20, C.230, Ano:1760, f.14r.

tal violência porque Geronimo o ameaçara com uma faca, ele foi o autor dos açoites e participou na morte da vítima, não sendo, portanto, prudente que fosse tratado de maneira distinta.⁵⁸ Para o fiscal, não deveria haver individualização da pena.

Foi feita a ratificação das testemunhas sem alterações, e os alcaides do crime pronunciaram a sentença. Em 23 de maio de 1762 Julian Hurtado foi condenado em oito anos de desterro ao Presídio de Callao para que trabalhasse nas obras desse lugar, e que fossem realizadas as diligências necessárias para se apreender o outro réu foragido.⁵⁹

Em 16 de junho de 1762, o réu Julian Hurtado apresentou uma apelação sobre o atual estado em que se encontrava. Ele estava preso mais 6 meses na real carcel de corte, mesmo com a causa conclusa. O réu pediu para que se considerasse a sua dilatada prisão e sua condição de índio miserável.⁶⁰

Não consta no processo o nome do procurador que representou o réu. A resposta do imputado continha muitos detalhes jurídicos e exemplificações das situações sociais e cotidianas vividas entre os indígenas. Respondendo à acusação, o réu argumentou que deveria ser absolvido porque não lhe correspondia pena alguma, nem ordinária e nem arbitrária uma vez que o corpo de delito não tinha sido qualificado.⁶¹ Acrescentou ainda que a acusação foi feita tendo como base a informação sumária, e que os pais da vítima não o identificaram como o autor do crime, apenas confirmaram o relacionamento ilícito que ele, e Geronimo de la Rosa, mantinham com a vítima.⁶² Alegou também que havia um defeito na informação inicial, considerando apenas testemunhas que ouviram dizer sobre o assunto e não as que presenciaram o fato. O réu tentou desqualificar as provas contra ele atacando também as declarações dos pais da vítima afirmando que estas foram produzidas com dor ou vingança, justamente por serem parentes de Maria Mercedes, e por isso, desmedidas, sem o uso da razão.⁶³ Estes, segundo o réu em sua contestação:

⁵⁸ AGN, L.20, C.230, Ano:1760, f.14r.

⁵⁹ AGN, L.20, C.230, Ano:1760, f.18v.

⁶⁰ AGN, L.20, C.230, Ano:1760, f.19v.

⁶¹ AGN, L.20, C.230, Ano:1760, f.20r.

⁶² AGN, L.20, C.230, Ano:1760, f.20r.

⁶³ AGN, L.20, C.230, Ano:1760, f.20v. “Esta Ynformacion sumaria tiene el defecto de ser testigos de oida refiriéndose a la declaración del mismo pariente que llevado de su dolor, o de su bengansa no havia de medir con la razón sus expresiones, y aunque, a ella por otro motibo le hubiere sobrevenido algún accidente le seria mas eficaz su bengansa si complicaba por los asotes (...)”.

Tiene a mas de este defecto el grabisimo en derecho de ser declaracion de los actores no puede dudarse que los Padres son parte legitima para acusar los ofensores de sus hijos y en estos términos sus deposiciones no deben tener la mas segura aceptación (...).⁶⁴

Continuando o discurso da defesa, o réu apontou a imperfeição da sumária, assegurando que a verdade continuava obscura e que sem a certeza dos fatos não se poderia castigar os delitos e nem determinar a pena. Disse também que realizou a sua confissão, mediante juramento, muitos anos após o acontecimento, quando as circunstâncias eram outras, e sem instrução alguma.⁶⁵ Ele reforçou que foi coagido por Geronimo a açoitar a vítima e que este estava cegamente empenhado em castigá-la, com a intenção de violentá-la:

De este resulta la ninguna Criminalidad de mi acción lo primero porque fui coacto y presionado con las amenazas de un hombre que ciegamente estaba empeñado en todo lo que condujese aquel delito y yo entonces hera menor de veinte sinco (...) yo me persuadiese a que un hombre que havia hecho descubrir su selo y que me considerava su ribal me maltratase si yo no condesendiese con su gusto.⁶⁶

Julian Hurtado também afirmou que uma testemunha havia mencionado que viu, com pouca distância, se era Geronimo ou Julian quem estava perto da vítima, ocasionando uma dúvida no processo em sua fase probatória. Segundo o réu, era Geronimo quem alimentava um “*fervoroso amor y selo*”⁶⁷ por Maria Mercedes a ponto de cometer o crime com a intenção de saber a qual dos dois ela gostava mais, e ele poderia ter voltado no meio da noite e a açoitado até a morte por ela não lhe responder a quem preferiria mais.⁶⁸

Julian alegou que os 6 açoites dados na vítima não seriam suficientes para matá-la, sendo Geronimo o causador dos demais açoites e violências que efetivamente levou a índia a óbito.⁶⁹

⁶⁴ AGN, L.20, C.230, Ano:1760, f.20v.

⁶⁵ AGN, L.20, C.230, Ano:1760, f.21r.

⁶⁶ AGN, L.20, C.230, Ano:1760, f.21v.

⁶⁷ AGN, L.20, C.230, Ano:1760, f.22r. “(...) fervoroso amor y selo que tenia a la dicha Mercedes pues no hera otro el motivo que le fomentava la aberiguasion para saber quien de los dos hera el elegido en aquella virtud no puede dudarse que prosederia a nuevo examen multiplicando los castigos”.

⁶⁸ AGN, L.20, C.230, Ano:1760, f.22v.

⁶⁹ AGN, L.20, C.230, Ano:1760, f.23r. “Aora pues no se orgulla otra culpa contra mi sinceridad sino a ver consumido con seis asotes de los que sin duda no pudo a ver muerto y quando en los delitos no se mira el excito sino es la voluntad como podrá creerse que la mia fuera matarla con seis asotes”.

Além de dizer não ter tido vontade e nem intenção em seus atos, Julian enfatizou a importância da apuração do delito e da vontade de agir muito mais que o êxito do próprio ato. A defesa indicou Geronimo como o criminoso, o ciumento, o que excedeu na violência praticada contra a vítima. Com dificuldades em provar a autoria do crime, ou na tentativa de uma atenuação da pena, Julian utilizou como argumento a seu favor, a prática costumeira entre os indígenas de açoitar as mulheres como uma forma de castigo lícito em benefício da Santidade do Matrimônio, dizendo que o marido tinha permissão de castigar sua esposa.⁷⁰ Terminando sua defesa, o réu enfatizou não ter sido culpado da morte de Maria Mercedes, comentou sobre a duração de sua prisão e apelou para a miserabilidade de sua condição social de indígena, solicitando a benignidade de vossa alteza.⁷¹

O pedido de revisão da sentença e de prolongamento da fase probatória foi concedido e consta no processo. Contudo, não temos a sentença definitiva. Não sabemos se esta foi revisada ou mantida, e se o réu aguardou o final do processo preso ou se foi liberto, nem sabemos se a pena de desterro foi executada. O último ato processual ocorreu em 27 de maio de 1762 permitindo a prorrogação da apresentação das provas pela defesa.

O que este expediente judicial nos revelou pelo seu assunto e desenvolvimento apresentados no processo, foi o conflito social ocasionado entre índios e o apelo ao costume indígena de castigar as mulheres como um respaldo jurídico para validar a ação do réu, que não era esposo da vítima, mas um de seus amantes. Serviu também para analisarmos o meio de prova considerado válido nessa época, assim como a refutabilidade das provas e o apelo à conduta delitativa, à intenção e a vontade de agir como maneiras mais eficazes de atestar a autoria do crime. Foi apontada, novamente, a miserabilidade da casta indígena como causa de diminuição do rigor penal.

Em vários processos vemos sendo questionada as declarações das testemunhas⁷² como um meio de prova eficiente e juridicamente válido na identificação do crime e do

⁷⁰ AGN, L.20, C.230, Ano:1760, f.23-23v. “(...) llevada de la costumbre entre los Yndios y yente de plebe aun en aquello en quien es licito el comercio con las mujeres por la Santidad del Matrimonio de Castigar con asotes qualquiera culpa sin que por eso se discurra hacer tan rigoroso castigo que ponga lo que se a mia en los términos de la muerta”.

⁷¹ AGN, L.20, C.230, Ano:1760, f.24.

⁷² Levaggi mencionou que o número e a qualidade das testemunhas dependiam do peso probatório de suas declarações. Segundo este autor: “Em principio, dos testigos idóneos y contestes, que no eran tachados por sus personas o sus dichos, hacían plena prueba. Esta regla admitió varias excepciones: a veces bastó

criminoso. O grau probatório das testemunhas, que apenas ouviram dizer, era menor do que as que afirmaram terem visto o acontecimento ou o autor do crime, e menor ainda que a própria confissão do réu. O problema deste caso foi causado pelo sumiço do outro envolvido no crime, Geronimo de la Rosa. Todo o discurso da defesa se baseou em desqualificar as provas apresentadas e em indicar como culpado o outro réu que não compareceu no processo.

Não sabemos se Julian Hurtado seria condenado apenas pelos 6 açoites, permitidos pelo costume indígena, ou se ele teria se beneficiado da ausência do segundo criminoso para imputar-lhe a culpa do ato e a intenção de agir, reforçando que ele próprio foi coagido a participar, sem ter a vontade de fazê-lo, ou se ele foi condenado pelo homicídio. O caso foi desenvolvido em cima de uma dúvida fática e de direito e não sabemos a sua resolução. Entendemos que a dúvida provocada pela defesa foi eficiente ao conseguir que os alcaides, também em dúvida, dilatassem a fase probatória, reconhecendo uma obscuridade no processo.

Como Maria Mercedes, outras tantas mulheres sofreram violência. O argumento sobre o costume de açoitar as mulheres podia soar muito persuasivo, em uma cultura que reconhecia amplo espaço aos costumes locais y que reconhecia também o poder marital de castigar à esposa com parte das potestades dos pais de família.⁷³

Um outro ponto a ser ressaltado neste processo é o fato de o processo continuar mesmo com a ausência de um dos réus – Geronimo de la Rosa. Aberlardo Levaggi

con uno; otras veces fueron necesarios más de dos. Como garantía de veracidad, los testigos debían prestar juramento antes de declarar. En el proceso criminal, los de la sumaria tenían que ratificarse en el plenario. LEVAGGI, Abelardo. *Aspectos del procedimiento judicial indiano según la doctrina de los fiscales José Márquez de la Plata y Manuel Genaro de Villota (1784-1810)*. En: **Estudios en honor de Alamiro de Ávila Martel**. Anales de la Universidad de Chile, 20 (1989), Santiago de Chile, 1990, pp. 367-389, p.379.

⁷³ Há muitos estudos sobre a violência contra as mulheres, como por exemplo: ALTONAGA BEGOÑA, Bakarne. *Mujeres viriles en el siglo XVIII: la construcción de la feminidad por el discurso foralista de Manuel de Larramedí*. **Historia Contemporánea**, v. 52, pp. 9-42. A relação entre os sexos e as capacidades e modos intelectuais das mulheres respondiam a uma lógica social própria do Antigo Regime, na qual a misoginia e a hierarquização por estamentos era a norma e as desigualdades eram legitimadas como uma ordem natural da sociedade. Ver também: AGUIRRE, Carlos. *Mujeres delincuentes, prácticas penales y servidumbre doméstica en Lima, 1862-1930*. In: O'PHELAN, Scarlett y ZEGARRA, Margarida. **Família y vida cotidiana en América Latina, siglos XVIII-XX**. Lima: IFEA, Instituto Riva Agüero, Pontificia Universidad Católica, 2003, pp. 203-226. Sobre a pátria potestade dos homens, ver: PREMO, Bianca. *Quejas ilustrada. Litigios en la historia de España e Hispanoamérica (siglo XVIII)*. In: Revista **Memoria y civilización**, 14 (2011), pp. 155-173. ISSN:1139-0107.

ressaltou que a causa deveria continuar até o pronunciamento da sentença mesmo com a ausência do réu ou quando este estivesse foragido.⁷⁴

Passaremos a um caso envolvendo escravos negros.

c) Escravo mata mulher espanhola, é sentenciado à forca, esta se rompe e a Igreja tenta assumir a causa libertando o acusado de sua pena, em 1761.

O escravo Julian, acusado de ter matado a Luísa, mulher espanhola, em 1756 no povoado de Tarata, estava foragido. Em janeiro de 1761 o encontraram e iniciaram o processo criminal.⁷⁵

Uma testemunha, Francisco Xavier Baldivia de 40 anos, afirmou que viu a menina Luísa esfaqueada e ensanguentada, deitada em sua cama em seu quarto. Disse que o escravo Julian havia entrado no quarto da vítima por volta das oito horas da noite, portando uma faca e que ele a teria matado e depois buscado refúgio na Igreja. Segundo a testemunha, o motivo do crime foi um mal entendido entre a esposa do escravo e a menina. As duas teriam se desentendido, a menina Luísa reclamou para o padre e o negro teria se vingado da vítima, matando-a.⁷⁶

Outra testemunha, Don Diego Copaja, alcaide maior do povoado de Tarata, testemunhou que há cinco anos, em 1756, o escravo Julian, escravo do Padre deste mesmo povoado, tinha matado a menina Luísa a facadas. O motivo segundo a testemunha, foi a desavença entre ela e a esposa do escravo.⁷⁷ Foram ouvidas mais duas testemunhas e ambas confirmaram os relatos anteriores. Em fevereiro de 1761, estando o réu preso, foi lhe nomeado Dom Juan de Mora Velasquez como seu defensor.⁷⁸

A confissão do réu ocorreu no dia 04 de fevereiro do mesmo ano. Quando lhe foi perguntado como se chamava, disse que o seu nome era “Manuel” e que as pessoas o

⁷⁴ LEVAGGI, Abelardo. *Aspectos del procedimiento judicial indiano según la doctrina de los fiscales José Márquez de la Plata y Manuel Genaro de Villota (1784-1810)*. En: **Estudios en honor de Alamiro de Ávila Martel. Anales de la Universidad de Chile**, 20 (1989), Santiago de Chile, 1990, pp. 367-389, p.370.

⁷⁵ AGN, L.23, C.260, Ano:1761, f.1r.

⁷⁶ AGN, L.23, C.260, Ano:1761, f.1v.

⁷⁷ AGN, L.23, C.260, Ano:1761, f.2r. “(...) que habia tratado mal de palabras a la dicha niña y que esta le dio la queja al cura quien le había repreendido (...) se adentro dicho negro y le dio con uno cuchillo muchisimas eridas hasta la dejo muerta y se auxilio en la Iglesia (...)”

⁷⁸ AGN, L.23, C.260, Ano:1761, f.4r.

apelidavam de “Julian”, aparentava ter mais de 20 anos e que fora escravo de Dom Francisco de Caserey, Padre do povoado de Tarata.⁷⁹

Julian confessou ter assassinado a menina Luísa e utilizado de uma faca para cometer o crime.⁸⁰ Admitiu ser o único autor do delito.⁸¹ Dom Pedro Castillo foi nomeado promotor desta causa para seguir com a acusação do réu.⁸² A acusação, atendendo ao provado no processo e à confissão do réu, pediu em julho de 1761 a pena ordinária de morte com qualidade de aleivosia. Don Pedro Castillo afirmou que o delito estava qualificado, o réu era convicto e confesso, e possuía intenção e ânimo de matar.⁸³

O defensor do réu, Don Juan Mora Velasquez, respondeu a acusação desqualificando as testemunhas como provas da autoria do crime, como aconteceu nos outros dois casos citados. Disse que tais declarações foram feitas por pessoas que não viram o acontecimento, apenas ouviram sobre ele. Isto, segundo o defensor, era uma presunção e não qualificava o refúgio do escravo à Igreja como uma confissão de culpa. Mencionou também, que, provavelmente, a sua parte não teria cometido o crime e que a ação criminal estava prescrita porque o fato delituoso ocorreu há mais de 6 anos, e a pena deveria ser moderada.⁸⁴ Dom Juan Mora contestou as provas apresentadas pela acusação e colocou em dúvida o direito de se julgar essa ação criminal pelo crime ter prescrito. Nada disso foi considerado no processo e a sentença foi apresentada logo depois da contestação.

Nesta causa criminal, seguida de ofício pela Real Justiça de Lima, o corregedor de justiça nomeado pronunciou sentença em 27 de março de 1761, condenando o réu à pena de morte. A sentença estabelecia que o réu deveria ser tirado da prisão na qual estava, ser amarrado a um cavalo e arrastado pelas ruas públicas até se chegar ao local onde seria enforcado até a sua morte natural.⁸⁵

⁷⁹ AGN, L.23, C.260, Ano:1761, f.4v.

⁸⁰ AGN, L.23, C.260, Ano:1761, f.4v.

⁸¹ AGN, L.23, C.260, Ano:1761, f.5r.

⁸² AGN, L.23, C.260, Ano:1761, f.5v.

⁸³ AGN, L.23, C.260, Ano:1761, f.6-f.6v.

⁸⁴ AGN, L.23, C.260, Ano:1761, f.7v.

⁸⁵ AGN, L.23, C.260, Ano:1761, f.14r. “Hallamos atento a los autos y méritos de la dicha Causa y a lo que de ella resulta, contra el dicho Julian que le devemos condenar y condenamos a la prisión a que de la prisión en que esta sea sacado arrastado atado de un Caballo y levado (con vos de pregonero que manifieste su delito) a las calles publicas de esta Ciudad, donde estara puesta una Horca de tres palos y en ella será preso y ahorcado hasta que naturalmente muera, y por esta nuestra sentencia de juramento juzgando así lo pronunciamos y mandamos y que se execute sin embargo de suplicacion y de la calidad del sin embargo con costas Vsas.”

Em 15 de julho de 1761 a sentença seria executada pelo *alguacil* maior. Contudo, a soga onde Julian estava amarrado caiu, a corda se rompeu, e a sentença não foi executada. Diante dessa situação, a população ficou agitada e os religiosos acreditaram ter presenciado um milagre, levando o réu para a Igreja da Catedral.⁸⁶

O fiscal da acusação afirmou que, no momento da execução da sentença, quando o executor levantou o réu para ser amarrado, a escada ficou pendente à soga e esta caiu, e mediante tais circunstâncias, os religiosos levaram o réu para a Igreja, onde se encontrava até o momento. Para o fiscal, este acontecimento era:

(...) escandaloso que tiene en espectacion al publico y puede influir en su animo que son semejantes lances tiene facultad es para sacar los reos de la mano y Jurisdicción de V.A. poniendolo en sagrado para que así (...) de compasión consiga la impunidad de los delinquentes (...).⁸⁷

Dom Pedro Castillo, fiscal da acusação, pediu que fosse dada a providência conveniente para o caso, e que mediante caução juratória, o réu voltasse a ser preso, com a licença do Governador do Arcebispado.⁸⁸ Neste instante, o processo havia se convertido a uma outra coisa que não era a busca pela confirmação da autoria do crime e nem a fixação da pena e estabelecimento do castigo. Interessava ao processo executar a sentença que havia sido interrompida, e validar, ou não, a ação da Igreja na interrupção da pena de morte do acusado. Com o objetivo de desqualificar o apoio da Igreja ao réu, o processo retoma os motivos da causa criminal.

O fiscal fundamentou sua opinião em manter a sentença pronunciada pela Real Sala de justiça, impedindo que o réu se beneficiasse da caução juratória e da imunidade oferecida pela Igreja Católica. Os fundamentos apresentados foram: a) o delito cometido não era passível de imunidade por sua gravidade. O fiscal alegou que o réu não deveria receber a imunidade porque a sentença estava pronunciada e iniciada a sua execução; b) o réu executou a morte de Luísa com ânimo premeditado e deliberado, e esta era uma pessoa desprevenida e indefesa; c) o réu escolheu o dia e o horário que lhe parecesse melhor para cometer o delito, aproveitando da fragilidade da vítima; d) o réu confessou o crime, então não merecia imunidade eclesiástica,⁸⁹ e por último, e) a Igreja defendia a

⁸⁶ AGN, L.23, C.260, Ano:1761, f.15v.

⁸⁷ AGN, L.23, C.260, Ano:1761, f.16r.

⁸⁸ AGN, L.23, C.260, Ano:1761, f.16v.

⁸⁹ AGN, L.23, C.260, Ano:1761, f.17r.

imunidade dos réus quando estes, livremente, se refugiavam nela, e não quando eram trazidos a ela de maneira forçada.⁹⁰

Neste momento, a causa criminal que condenou o negro e escravo Julian à pena de morte por enforcamento, por ter assassinado a menina Luísa, tomou um outro rumo e passou a incluir um conflito de jurisdição com a interferência da Igreja no resultado da execução da punição. Os foros civil e eclesiástico mantinham controvérsias sobre o mesmo caso. O processo continuou para que se provasse qual jurisdição prevaleceria em fase de execução da sentença, chegando à ação mais razoável e justa no caso concreto.

O fiscal citou a Bula do Santo Padre Benedito de 1725 para reafirmar que o agressor e homicida que age com ânimo deliberado não era digno de imunidade.⁹¹ E continuou:

Por lo decidido en el Derecho Canonico, y declarado por la Santidad del Señor Vicario la defendían muchos Autos para a solo el homicida casual le valía la Iglesia, para que no podían dejar de ser insidioso, el industrioso el homicidio quando se tomaba tiempo para executar lo y se premeditaba el hacerlo (...).⁹²

Para a acusação, as circunstâncias da morte da vítima manifestavam a deliberação e o ânimo do réu, e pelo disposto no Direito Canônico e na Bula referida, Julian deveria ser entregue livremente para que se procedesse a justiça, sem a interferência da Igreja.⁹³ Dom Pedro Castillo afirmou ainda que os sacerdotes regulares e seculares, juntamente com outras pessoas leigas, tomaram o réu e o colocaram na Igreja sem saber o que sucedia, reagindo à força, contra os soldados e alcaides ali presentes.⁹⁴

⁹⁰ AGN, L.23, C.260, Ano:1761, f.18r. “El otro fundamento es que la Iglesia defiente la inmunidad de los reos quando libremente se refugian a ella, no quando otros violentamente los meten en el sagrado, o ellos mismos resistiendo la fuerza de los nuestros Reales, las prisiones, o ligazones con que estuviesen atados toman el asilo, quando que en estos casos no entran con libertad en la Iglesia, que es la que ha de tener para conservarla: en el caso presente como consta de la certificación del escrivano que alega, el reo estaba tan ligado, y attado, como que tenia los cordeles de la horca al gusto, y estaba colgado quando se caio el armazón, custodiado de soldados y Alcaldes (...).”

⁹¹ AGN, L.23, C.260, Ano:1761, f.17v.

⁹² AGN, L.23, C.260, Ano:1761, f.17v.

⁹³ AGN, L.23, C.260, Ano:1761, f.18r.

⁹⁴ AGN, L.23, C.260, Ano:1761, f.18r. “Consta también, que el mismo reo para que si ni tomó ni pudo tomar el sagrado por estar medio ahogado, y impedido con la atadura de los cordeles; consta que los soldados, y ministros lo querían mantener custodiado, y en el lugar profano donde se hallaba sujeto a la jurisdicción Real; pero que no pudieron resistir a la fuerza con que los sacerdotes regulares y seculares con otros laicos, que se hallaron en el lanze, arrebataron el reo, y lo pusieron en la Iglesia sin saber lo que le sucedía. En cuio hecho se nota lo uno de parte del reo, que el no se acoge a la inmunidad, ni podía

O fiscal apresentou um panorama do acontecido e reforçou que a interferência dos religiosos na punição do negro quase causou uma tragédia entre estes e os soldados que o defendiam.⁹⁵ Indagou sobre quais seriam as penas para os raptores do réu, e como seriam reparados os danos causados por estes. Segundo ele, todo este tumulto foi ocasionado para evitar a morte de um réu já condenado justamente e tal situação era prejudicial e escandalosa para a República.⁹⁶

Acrescentou ainda que, se pelo motivo da violência executada se deixasse de enforcar o réu, outros pensariam que a Igreja poderia livrar os delinquentes e livrá-los da pena pronunciada em sentença, abrindo um precedente. O fiscal também fundamentou sua oposição citando a Lei 6, livro 1., da *Recopilación de Castilla*, que proibia aos eclesiásticos retirar os presos da justiça, dos cárceres e afirmou que, ao se assegurar imunidade eclesiástica ao réu, estaria deixando de punir os que transgrediram as leis.⁹⁷

O Dr. Dom Alfonso Carrion y Morsillo, alcaide do crime da Real Audiência, recebeu o pronunciamento do Sr. Dr. Dom Francisco Herbos, canônico da Santa Igreja da Catedral e vigário geral do arcebispado, respondendo às alegações do fiscal. O religioso disse que a referida causa pronunciou sentença de morte por o réu ter matado a Luísa, uma menina espanhola. E que no dia da execução da sentença, 15 de julho, já na forca e preso pelo ministro executor, a soga quebrou e vários sacerdotes, bem como parte da plebe, desconsiderando os soldados e ministros da justiça Real, raptaram o réu e o levaram para dentro da Igreja Catedral.⁹⁸ Depois de analisar os fundamentos apresentados, o vigário concordou com o fiscal e declarou não existir razão para a imunidade do negro Julian. Ele mandou, em 20 de julho de 1761, que a caução juratória fosse cancelada e o réu fosse entregue à jurisdição Real.

Não há mais informações sobre este processo. Todavia, acredita-se que a sentença foi executada como havia sido pronunciada antes. Esta causa é interessante por

pensar en ella, y el asilo vale a los que voluntariamente lo toman. Lo otro parte de los raptores, que perturbaron la jurisdicción Real, impidiendo la ejecución de la sentencia, atropellando a los nuestros, y Alcaldes, y dando ocasión a una sedición, y tumulto, que pudiera aver ocasionado muchas muertes, y los innumerables daños que acarrea una sedición”.

⁹⁵ AGN, L.23, C.260, Ano:1761, f.18r.

⁹⁶ AGN, L.23, C.260, Ano:1761, f.18v.

⁹⁷ AGN, L.23, C.260, Ano:1761, f.18v. “Si se declarasse la inmunidad a favor del reo, no solo se dejaban de castigar los transgresores de estas leyes, sino que se premiaba su osadía, y temeridad consiguiendo el fin de libertad al reo del suplicio, que es lo que intentaron”.

⁹⁸ AGN, L.23, C.260, Ano:1761, f.19r.

mostrar como a sociedade reagiu à essa situação inusitada, considerando ser um milagre, e como recorreram à religiosidade para invalidar uma sentença definitiva e pronunciada na via civil.

O caso em questão é interessante também porque mostra a persistência de antigas crenças populares que os juristas tinham desacreditados já.⁹⁹ Abelardo Levaggi tratou sobre um caso parecido a este, discutindo a possibilidade da atenuação e até cancelamento da pena de morte, mediante algo inusitado, considerado um milagre.¹⁰⁰

Assim como neste processo exemplificado por nós, no caso encontrado por Levaggi, a justiça foi cumprida conforme a sentença, sem atenuá-la ou cancelá-la em virtude do ocorrido. Este autor acrescentou ainda que, como tal situação causava uma agitação na sociedade, Carlos V chegou a ordenar que por nenhum caso e situação se impediria a execução da pena de morte, que deveria ser executada ainda que a soga quebrasse¹⁰¹, retirando assim, o caráter religioso da ação, mesmo que a sociedade ainda persistisse numa crença e intervenção religiosa.

Para além da reação social, o discurso elaborado pelo fiscal, com a finalidade de comprovar que o escravo condenado não merecia a imunidade religiosa, e que a interferência da Igreja atrapalhava e tumultuava a aplicação da justiça, elucidou os limites de atuação dos poderes e jurisdições em matéria de direito penal e canônico.

d) Índio mata esposa em 1798, alega loucura e é condenado à morte.

Este processo criminal consiste em uma causa seguida de ofício contra o índio Santiago Paulino pelo assassinato de sua esposa, Dominga Manuela, no ano de 1798 no Partido de **Yauyos**. A denúncia-crime foi feita em 23 de outubro do mesmo ano. Os denunciantes, parentes da vítima, levaram o corpo da defunta Dominga Manuela até o alcaide Agustin Domingo demonstrando que esta tinha a cabeça dividida em três

⁹⁹ Abelardo Levaggi cita um exemplo deste caso no artigo: LEVAGGI, Abelardo. *Las penas de muerte y aflicción en el derecho indiano rioplatense* (Primera Parte). **Revista de Historia del Derecho**, n.03, Buenos Aires, 1975, pp.81-164, p.109: “Dentro de las normas de Derecho, de naturaliza legal o consuetudinaria, las había en uso y en desuso; en uso: la conmutación de la pena por las cualidades estimables del reo, o para prestar servicio de verdugo, y la suspensión de la ejecución por preñez de la que iba a ser ajusticiada o para cumplir con el deber de rendir cuentas; en desuso: el perdón por rotura de la horca o por casamiento del reo con meretriz. (...)”.

¹⁰⁰ Idem, p. 111.

¹⁰¹ Idem, p. 112.

partes.¹⁰² Foi estabelecida a prisão preventiva do réu, e este conduzido ao povoado vizinho por não haver em sua localidade um escrivão, um juiz e até mesmo uma prisão. Na ocasião da prisão, o alcaide mencionou que Santiago Paulino havia manifestado sinais de loucura.¹⁰³

Com o réu preso, iniciou-se o processo com a outiva das testemunhas. Poucas pessoas testemunharam e logo passou-se para o pronunciamento do suspeito. Em seu discurso, Santiago Paulino afirmou que havia matado a sua mulher a golpes, utilizando uma pedra. Contudo, durante a sua declaração ele alterou o que fora anteriormente dito, foi considerado contraditório e alertado sobre a reconvenção.¹⁰⁴

Santiago Paulino confirmou que matou a sua legítima mulher em casa, num domingo – 20 de outubro-, por volta da meia noite, por ciúmes e suspeita de traição ao encontrá-la conversando com outro homem, neste mesmo domingo, às duas horas da tarde. Além desse motivo, reforçou a existência de outros antecedentes, sem explicar quais eram, e afirmou ter ficado cego de cólera.¹⁰⁵

Diante do juiz real, os familiares apresentaram formalmente a queixa-crime e alegaram que as circunstâncias do homicídio derivavam da crueldade de Santiago. Segundo os familiares da vítima, o réu “destrozó de tal manera toda la Cabeza, y la cara de su nominada esposa, que la dejó sin figura humana, y le deshizo en pequeños trozos todo el casco de la cabeza, arrojando enteramente de él los uestos (...)”.¹⁰⁶

Em seu pronunciamento sobre o crime, o juiz real relatou que estava impressionado com tamanha violência, e que esta afetava à segurança do matrimônio, a sociedade e o próprio direito. Não se tinha dúvidas de que o assassino havia agido com dolo e malícia. Para o juiz, o réu alegou “loucura” como uma tentativa de obtenção de redução da pena. Para o magistrado não havia dúvidas de que Santiago Paulino era culpado da atrocidade, e merecedor da maior pena prevista nas leis, considerando a gravidade do delito.¹⁰⁷ A autoria e a materialidade estavam provadas, a busca era pelo motivo do crime e a fixação da pena.

¹⁰² AGN, L.86, C.1067, Ano:1798, f.1r.

¹⁰³ AGN, L.86, C.1067, Ano:1798, f.3r.

¹⁰⁴ AGN, L.86, C.1067, Ano:1798, f.9v. “(...) aquella sangre era la de su muger Dominga Manuela, que disse haverla muerto de la noche pues se manifiesta la variedad com que declara faltando a la verdade y religion del juramento que há presentado. Responda com apercibimiento (...)”.

¹⁰⁵ AGN, L.86, C.1067, Ano:1798, f.9v.

¹⁰⁶ AGN, L.86, C.1067, Ano:1798, f.11r.

¹⁰⁷ AGN, L.86, C.1067, Ano:1798, f.26r-26v.

Nunca tal vez se habra presentado un Crimen como el precedente quedan a todas luces se manifieste la malicia y dolo con que este agresor se condujo a perpetrarlo contra la seguridad del matrimonio, contra la sociedad, contra el derecho de los representantes que todos conspiran al escarmiento. El en suma se halla convicto y confeso (...) sin embargo de la inútil excepción de locura de que se acoge queriendo figurar confinamientos de que el omicidio lo ejecutó en su consorte a influjos, ya de haverla supuesto un foro que le acometió feroz y rindió muerto a sus pies a puñaladas (...) En su confesión muda de este medio como tan aventurado, y solo adapta el de locura suponiendo sin duda que es el mas propio para exonerarse de pena y quedar impone.¹⁰⁸

O réu teve como defensor e curador a Don Francisco Yturri. Este solicitou como meio de prova processual que fosse aplicado às testemunhas um questionário a respeito da vida de Santiago, com a finalidade de, segundo o advogado, “llamar a su favor la equidad de los Juezes, y para que se exercite debidamente, se ha de servir sin antes de responder al traslado, mandar se recivan los testigos que presentase y sean examinados al tenor de las siguientes preguntas”.¹⁰⁹ As perguntas elaboradas pelo defensor diziam respeito à vida matrimonial de Santiago, características de sua personalidade, se era dócil, religioso, se apresentou em algum momento acessos de loucura, transtorno de juízo e se tinha um caráter sossegado. Buscava-se conhecer a conduta, comportamento e personalidade do réu como circunstâncias judiciais que pudessem afastar ou justificar o ato tão cruel. O interrogatório elaborado pelo defensor objetivava encontrar circunstâncias favoráveis ou extintivas de punibilidade. Contudo, as testemunhas não responderam à maior parte das perguntas.

A defesa, buscando uma diminuição da pena, alegou faltar conhecimento sobre o delito. Havendo dúvidas sobre como o delito fora cometido, não se poderia estipular a pena com exatidão. Faltava certeza quanto à conduta para presumir a culpabilidade.

La falta de conocimiento disminuye según muestran las LL el delito y disminuye también la pena por deber ser esta conmensurada por aquel: la intención y la malisia de los delinquentes para la medida de su castigo empeñen la mayor atención los Magistrados para no excederse, pues si la sociedad se interesa en la punición de los crimines, se interesa igualmente en el modo con que se ejecutan, y en la vida de los hombres. (...).¹¹⁰

O argumento do defensor era: se a sociedade, interessada na punição do crime, não entendesse qual delito era punido, sua malícia e intenção, e a vida pregressa do

¹⁰⁸ AGN, L.86, C.1067, Ano:1798, f.26r-26v.

¹⁰⁹ AGN, L.86, C.1067, Ano:1798, f.30r.

¹¹⁰ AGN, L.86, C.1067, Ano:1798, f.38r.

acusado, a pena perderia a sua finalidade. Reforçando a tese de que o homem e sua vida também devem ser considerados na deliberação da pena, o advogado de defesa citou, sem especificar a lei, as *Siete Partidas*¹¹¹ prevendo que:

(...) quando las acciones del hombre no estan en su poder según se explica una Ley de Partida, carece escarnimiento y claramente se infiere de este proceso que mi parte no tubo deliberación, juicio ni culpa quando ensangrentó sus manos en su misma Esposa, a quien amaba (...).¹¹²

Pensamos que, tentando convencer o juiz de que o réu não estava em sua normalidade quando cometeu o crime, ou seja, não era consciente do ato, o defensor buscava uma saída, por meio da moral, que justificasse a redução da pena. Se se considerasse que o criminoso era louco e histérico, ele seria incapaz de premeditar o crime, sentir culpa, dolo e malícia, e isso diminuiria a pena. Nesse raciocínio, o louco estaria impune e sem correção porque não admitiria a sua culpa e nem teria consciência do seu ato. Sem ter tido a vontade de agir, ele, mesmo punido, não reconheceria a punição e nem sentiria culpa. Se convencesse o juiz, as circunstâncias psicológicas do acusado poderiam atenuar a conduta delitativa e reduzir a pena.

Além do argumento do não conhecimento sobre o crime, Don Francisco apontou que entre os índios era costume tratar a mulher como uma escrava. Esta alegação foi fundada na “miséria” da classe social indígena que sofria muitos males desconhecidos, como as demências.¹¹³ Terminando sua defesa, o advogado ressaltou que a insanidade do réu o tornava incapaz de refletir e de sentir temor sobre o ato e por isso não mereceria a pena capital. Segundo ele, aplicava-se a pena de morte quando havia malícia, maldade, serenidade e deliberação no crime. Alegou que: “(...) al contrario el que lo hace afitado de alguna pasión, o enfermedad es menos impelido, mas inocente, y menos merecedor de la pena de que debe pagar la malicia que daña à la sociedad y particulares”.¹¹⁴

¹¹¹ Nas *Siete Partidas*. Lei 1, título 31, Partida 7: “Que cosa es pena, e porque razones se deve mover el juez a dar la”, encontramos que a pena era uma emenda ou escarmento dado segundo a lei a alguns erros feitos. Esta mesma lei menciona os pensamentos maus vindos dos corações dos homens: “Pensamientos malos vienen muchas vezes em los coraçones de los omes: de manera, que se afirman em aquello que piensan para lo cumplir por fecho (...)”.

¹¹² AGN, L.86, C.1067, Ano:1798, f.39r.

¹¹³ AGN, L.86, C.1067, Ano:1798, f.39r.

¹¹⁴ AGN, L.86, C.1067, Ano:1798, f.39v.

O juiz não ficou convencido com o discurso do advogado do réu e condenou a Santino Paulino à pena ordinária de morte por forca. Esta seria executada na Praça do Partido de Yauyos, depois do condenado sair da prisão onde se encontrava preso, com as mãos e pés atados a uma mula e arrastado pelas ruas públicas da cidade, até à praça na qual seria enforcado, e morreria naturalmente. A sentença foi dada em 13 de setembro de 1799 e contou com o parecer do licenciado Don José Antônio Navarrete, advogado da Real Audiência de Lima. Ao que tudo indica, a sentença foi executada.

Este caso nos exemplificou, através do discurso da defesa, como a moral e o costume eram utilizados como fontes e estratégias normativas no processo e como meio probatório para o convencimento do juiz. O advogado fundamentou seus argumentos em três fontes do direito: na lei,¹¹⁵ ao citar as *Siete Partidas*; nos costumes que os índios tinham de tratar as mulheres como escravas, deixando a entender que era habitual bater na mulher indígena, e, portanto estava agindo como qualquer outro, sem que isso o levasse a ser culpado; e no peso da moral, ao tentar desviar o foco da crueldade do crime para a incapacidade do criminoso de sentir culpa, dolo, malícia e temor, e conseqüentemente, não ser responsabilizado por seu ato involuntário. Embora a abrangência de fontes citadas, o juiz priorizou, neste caso, a norma e aplicou a sentença prevista.

Tratando-se de aspectos sociais, esse caso mostrou uma sociedade que tratava a mulher de maneira violenta,¹¹⁶ mesmo com a suspeita de traição. Entre o casal, o “suposto” adultério era um crime que afetava a honra do homem a ponto de este repará-la com violência.

¹¹⁵ Em alguns processos encontramos a leis citadas, especificando o número e o título, mas na grande maioria, não. Isso se deve porque os advogados ou as partes, não necessitavam especificar qual era a lei em concreto porque se presumia que o juiz deveria conhecê-las de ofício, segundo o princípio *iura novit cúria*.

¹¹⁶ Sobre este assunto: LAVALLÉ, Bernad. “El argumento de la notoria desigualdad en la relación de pareja (Lima y Quito, siglos XVII y XVIII)”, In: O’PHELAN GODOY, Scarlett (dir); et al. **Familia y vida cotidiana en América Latina siglos XVIII-XX**. Lima. Institut français d’études andines, 2003, pp.231-252, p.236. Segundo Lavalle, “más allá de los prejuicios étnicos, estos expedientes son también interesantes en la medida en que, tomando en cuenta la mediatización de los alegatos por la pluma de los abogados, surge sin embargo en ellos la voz de mujeres que, a pesar de todo trataban, desde una situación con muchos puntos difíciles, de conseguir que es escuchase lo que consideraban como su derecho. Si bien no es posible cuantificar los resultados de tales trámites, esas demandas de mujeres no dejan de ser significativas, entre otras cosas por lo siguiente. Les parecía que ya las diferencias, inclusive étnicas, podían ser superadas, lo prohibido y las incapacitaciones ya no tenían sino un sentido relativo, y se podían argüir y contrarrestar”.

e) Escravo mata amante por traí-lo com outro homem, é processado por seu dono em 1792 na Cidade de Yca e condenado à morte.

O crime de homicídio de Maria do Rosário, negra e escrava, foi cometido em 23 de outubro de 1791. O proprietário dos escravos envolvidos no caso, Sr. Don Alonzo del Valle y Apestequia, que vivia na Cidade de Yca, povoado de Molino, procurou o alcaide de índio do povoado, Don Juan José de Mendoza e apresentou uma queixa-crime acusando o seu escravo Ygnacio Jauregui, sambo, natural de Trujillo, de matar a Maria do Rosario e ferir gravemente a outro escravo seu, Adriano Tayo.

A queixa-crime foi feita no mesmo dia em que o crime ocorreu e o alcaide passou a verificar, acompanhado das testemunhas, as feridas provocadas em Adriano Tayo e tomar sua declaração.¹¹⁷ Por ausência de ministros da justiça neste povoado, o próprio alcaide mandou prender o réu em 23 de outubro de 1791. No dia seguinte, Don Juan José de Mendoza foi até a Igreja reconhecer o cadáver de Maria do Rosário e afirmou ter encontrado o corpo cheio de feridas, tendo no peito três delas muito profundas no pescoço e garganta, feitas com o uso de uma faca.¹¹⁸ A fim de confirmar o observado e dar mais segurança ao procedimento da causa, o alcaide mandou que o cirurgião Don Pedro José Frias desse seu parecer sobre as feridas de Adriano Tayo e de Maria do Rosario. O cirurgião relatou em sua perícia que Maria do Rosário morreu pelas feridas inferidas na cavidade vital, peito e coração, e muitas outras facadas na garganta, clavícula, pescoço e demais partes do corpo, confirmando ter sido a faca a arma do crime.¹¹⁹

O alcaide concedeu à vítima Maria do Rosario uma sepultura eclesiástica e em 26 de outubro de 1791, o caso foi transferido para o alcaide Ordinário da cidade de Yca, Don Manuel José de A. Manrique, e levado à Real Audiência. Foi feita a oitiva das testemunhas, todos homens negros entre 10 e 40 anos, e estes confirmaram ter sido o réu o autor dos crimes imputados.

O réu Ygnacio Jauregui, negro de aproximadamente 52 anos, escravo, confessou ter matado a sua companheira, a negra escrava Maria do Rosário porque esta se encontrava em amizade ilícita com o negro Adriano Tayo, também agredido por ele,

¹¹⁷ AGN, L.74, C.900, Ano: 1792, f.1v.

¹¹⁸ AGN, L.74, C.900, Ano: 1792, f.2r.

¹¹⁹ AGN, L.74, C.900, Ano: 1792, f.2v-3r.

enquanto eles estavam juntos.¹²⁰ Explicou que Maria do Rosário havia deixado seu esposo, o negro Manuel, para ficar com ele, e que depois o largou para estar com Adriano Tayo.¹²¹

O motivo do crime teria sido o concubinato de Maria do Rosario com o negro Adriano Tayo. Sentindo-se traído, Ygnácio decidiu agredi-los, ocasionando a morte de sua amante e ferindo gravemente Adriano. No dia do crime, Ygnácio esperou Maria do Rosario terminar seus afazeres na cozinha, a seguiu em todo o caminho já munido da faca, esperou a mulher se encontrar com seu amante e os atacou de surpresa:

(...) y entrando mui lentamente para dentro, disse los encontro uno sobre de outro, y hechando mano al cuchillo, le tiro la primera puñalada al negro Adriano, y en su seguida outra a la negra Maria del Rosario; y la tercera fue al negro (...) este confesante la siguio y la hallo caída en el suelo, en donde la acabó de matar (...).¹²²

A acusação pediu a sentença de morte do réu com seus membros separados do corpo. Esta punição visível tinha como finalidade satisfazer e intimidar o público. A exposição da violência coibiria a repetição de crimes desse tipo e serviria como um aprendizado. A sentença de morte foi recomendada por não se acreditarem na segurança das prisões e para que os delinquentes não fugissem e ficassem impunes.¹²³

Em 29 de novembro de 1791, a acusação alegou ter havido dolo, malícia e premeditação no crime cometido por Ygancio justificando a penalidade máxima.¹²⁴

Foi nomeado um defensor para o negro acusado, Don Baltasar Quevedo. Este pediu a ratificação do alegado pelas testemunhas e vistos os autos concluiu que o réu agiu por ciúme, e este o fez perder a sua prudência. Afirmou que os negros eram, naturalmente, ignorantes e que esta deveria ser dispensada na análise das motivações que o levaram a cometer o crime. Pediu uma pena arbitrária, apelou para a clemência do juiz e sugeriu a redução da pena a um desterro:

¹²⁰ AGN, L.74, C.900, Ano: 1792, f.13r.

¹²¹ AGN, L.74, C.900, Ano: 1792, f.13r.

¹²² AGN, L.74, C.900, Ano: 1792, f.13v.

¹²³ AGN, L.74, C.900, Ano: 1792, f.15r.

¹²⁴ AGN, L.74, C.900, Ano: 1792, f.15v. “A Vm pido y suplico que en vista de la justificación del alevoso homicidio y de la notoria repetición de estos infames echos, se sirva Vm declarar al Reo incurso en la pena Capital y mandarla executar con las circunstancias de separarle la Cabeza y brazos y ponerlos en el lugar donde se cometió el delito y en otros sitios públicos para que quede satisfecho en Publico y escarmentados los yniquos de cometer semejantes excesos que así es de Justicia”.

(...) dimanado de un celo, que de continuo a los hombres mas cuerdos los hace extraher de aquella reflexion prudente que tanto se nos recomienda. Parece conforme que la ignorancia de semejantes castas debe ser em parte dispensada usando de las determinaciones de la Real Clemencia y aplicandole una pena arvitrarria de destierro por los años que la justificación que huviere por conveniente.¹²⁵

A apresentação da defesa não foi longa e foi solicitada a opinião e o parecer do Dr. Don Jose Mantilla, advogado da Real Audiência.¹²⁶ Em seu parecer, o advogado consultado mostrou haver convicção no delito e nenhuma dúvida substancial, sugerindo a pena de morte.¹²⁷

O fiscal do crime afirmou ter havido dolo formal, premeditação e prévia intenção de matar. Explicou que, uma vez que a vítima Maria do Rosario estava caída ao chão gravemente ferida, e ainda assim foi degolada pelo acusado, estava provado o dolo e a intenção de matar.¹²⁸ Reforçou ainda que havia cometido, além do homicídio, o crime de adultério, já que Maria do Rosario era casada com o negro Manuel, e estava em concubinato com Ygnacio.¹²⁹

Os ministros da justiça, na Real Audiência de Lima, discordaram dos votos. A causa se estendeu até 1792 por conta da dúvida dos magistrados, e, em março os ministros Calderon Garcia de la Plata, Pino Manrique e Arnaiz decidiram pela sentença de morte. A sentença definitiva culpou o réu pelo crime de homicídio e estabeleceu a pena de morte por força na maior praça da cidade, depois de o corpo ter sido arrastado por uma besta desde a prisão até a citada praça.¹³⁰ Consta nos autos que a sentença foi executada em 26 de maio de 1792.¹³¹

¹²⁵ AGN, L.74, C.900, Ano: 1792, f.19r.

¹²⁶ AGN, L.74, C.900, Ano: 1792, f.19v.

¹²⁷ AGN, L.74, C.900, Ano: 1792, f.20r. “El Reo sehalla plenamente convencido del delito a mas de la categoria confecion que haze del y la causaseguida por todos sus terminossin la menor falta em su sustanciasion; Bajo de estos Principios doy mi parecer se pronuncie sentencia de muerte contra el Reo Ygnacio Jauregui del temor siguiente”.

¹²⁸ AGN, L.74, C.900, Ano: 1792, f.22v. “(...) que huyendo ambos alcanzando à Maria del Rosario que se hallaba caída a certa distancia la degolló quase em el todo hasta acabarla de matar (...)”

¹²⁹ AGN, L.74, C.900, Ano: 1792, f.22v.

¹³⁰ AGN, L.74, C.900, Ano: 1792, f.20v. “Fallo atento a los Autos, y méritos de la dicha causa y a lo que de ello resulta que debo condenar y condeno al Reo Ygnacio Tauregui a que sea sacado de la Real cárcel aeastrado su cuerpo por una vestia de Albarda; y conducido [f.20v] a la Plaza Mayor de esta Ciudad; donde estaran puesta una orca de tres palos; Sera aorcado por el Berdugi Ministro executor con una Soga de esparto hasta, que naturalmente, muera, sin que nadie osse quitarle pena de la vida, y por esta mi Sentencia definitivamente jugsando assi lo pronuncio y mando, sin embargo de suplica (...)”.

¹³¹ AGN, L.74, C.900, Ano: 1792, f.24v.

Este caso demonstra, outra vez, o crime de homicídio motivado pelo de adultério, e a estratégia de explicar a conduta ciumenta como meio de diminuir a intenção ou o dolo no ato. Nessa situação, ambos os amantes foram vítimas da agressão do traído, mas a mulher acabou sendo mais violentada e morta. O defensor do réu apenas afirmou em seu discurso a “ignorância” típica dos negros, como uma estratégia de redução da pena. Contudo, não contestou o dolo e nem a malícia, pelo contrário, os justificou como sendo “normais” aos homens traídos. Mais uma vez, o homem movido por seus impulsos e ciúmes cometera homicídio e fora culpado. Devemos lembrar que esta causa foi à juízo porque o proprietário do escravo condenado o denunciou, mas quantos outros casos não chegavam à justiça?

Interessante observar que o querelante desta causa criminal, o proprietário dos escravos em juízo, perdeu com a decisão final, outro escravo, já que a negra Maria do Rosario havia sido assassinada, e não reclamou, pelo menos nestes autos, da decisão de pena de morte de seu outro escravo. O dano que o dono teve não representou uma perda maior do que a violência cometida contra a vida de Maria do Rosario e Adriano Tayo. O bem patrimonial, os escravos, não foram privilegiados no tribunal em comparação com a realização da punição e execução da sentença do condenado.

Em um outro processo encontrado neste período, a proprietária do escravo em litígio apelou da decisão judicial em prol do seu prejuízo civil, na perda do bem, equiparando o dano civil ao criminal. Em mais um caso semelhante a este, envolvendo homicídio entre escravos, a proprietária destes, uma marquesa, apelou da sentença alegando o seu prejuízo pessoal, convertendo o caso criminal a uma reparação no âmbito civil. A resposta judicial não era previsível, certa e esperada mesmo quando se julgava o mesmo crime. As circunstâncias do caso, as provas apresentadas, e, principalmente, a retórica dos defensores e interesse das partes alteravam a decisão do juiz convencendo-os de outra situação provável.

Salientamos que na segunda metade do século XVIII havia uma maior pressão para que executassem as penas segundo as leis, mas ainda existiam resquícios do modelo penal que valorizava o arbítrio judicial e doutrinal. Antonio Manuel Hespanha ressaltou que, antes do iluminismo, a diversidade de justificação que os juízes podiam dar, ao usarem o arbítrio para adequarem a pena às circunstâncias do delito e do delinquente, correspondiam ao segredo da eficácia do sistema penal do Antigo Regime.

Segredo este que, segundo o autor, estava justamente na inconsequência de “ameaçar sem cumprir”, de se fazer “temer”, ameaçando e de se fazer “amar”, não cumprindo.¹³² Para Hespanha, era a flexibilidade e equilíbrio entre o amor e o temor que legitimava o poder real no exercício do poder coercitivo que garantia a obediência e o consenso para disciplinar a sociedade.¹³³

Contudo, em meados do século XVIII, a estratégia de poder e punição da coroa alterou-se para um rigorismo normativo e maior racionalização do sistema penal com limitação do arbítrio doutrinal e judiciário. Tal redefinição respondia a um novo conceito de *delito*, que, para Hespanha, equivalia aos fatos que ofendiam a ordem *externa* da sociedade, “entendida como a soma da utilidade pública com a utilidade dos particulares”.¹³⁴ O crime estava se distanciando da noção moral de pecado, e o sistema judiciário atuava nos casos, realmente, relevantes na perspectiva da instauração da ordem social.¹³⁵

f) Escravo é acusado de homicídio em 1800 e prova sua inocência.

A causa criminal acusando o mulato Ignacio Morón Guayaquil de homicídio da escrava Maria del Carmen Ramirez foi seguida de ofício pelo alcaide Don Feliz Lozano em 1800 na cidade de Lima, e o processo correu na Real Audiência.

Segundo a informação sumária, o crime teria ocorrido no dia 5 de janeiro de 1800 às 21h30 num beco da rua Rastro nº 277.¹³⁶ O médico cirurgião do Real Hospital

¹³² HESPANHA, Antonio Manuel. *Da “iustitia” à “disciplina”. Textos, poder e política penal no antigo regime. Anuario de Historia del Derecho Español*, ISSN 0304-4319, N.º 57, 1987, págs. 493-578, p.518. “Ora, para que este duplo efeito se produza, é preciso que a ameaça se mantenha e que a sua não concretização resulte da apreciação concreta e particular de cada caso, da benevolência e compaixão suscitadas ao aplicar a norma geral a uma pessoa em particular. Por isso, qualquer solução que abolisse “em geral” a pena de morte – v.g., por meio de uma interpretação genérica dos termos da lei – comprometia esta estratégia dual de intervenção do direito penal da cora (...)”.

¹³³ HESPANHA, Antonio Manuel, *op. cit.*, p.526.

¹³⁴ Idem, p.532.

¹³⁵ Idem, p.533. “O crime é, agora, nitidamente distinguido do pecado ou do vício. Assim, tende-se para uma descriminalização das ofensas à religião, desde que não consubstanciassem uma ofensa externa à religião *estabelecida* (não à religião *verdadeira*), o mesmo acontecendo a outros actos, viciosos ou censuráveis, mas não socialmente perturbantes, como a embriaguez, a masturbação, a usura, o jogo, o ‘maquiavelismo’, a maledicência ou o suicídio. Do ponto de vista da implantação efectiva da ordem penal real, esta restrição do seu campo de intervenção evitava a dispersão de esforços dos aparelhos de justiça na punição de factos que, para além de dificilmente averiguáveis, eram irrelevantes na perspectiva da instauração da ordem social (...)”.

¹³⁶ AGN, L.90, C.1113, Ano:1800, f.2r.

de San Bartolomeo analisou o cadáver e relatou que a vítima havia falecido de uma ferida mortal na artéria feita por um instrumento cortante.¹³⁷

A proprietária da escrava assassinada Dona Cayetana Ramirez de Olmedos realizou uma queixa-crime acusando o escravo Ignacio Guayaquil, um negro boçal de ofício *borriquero*, de homicídio, e buscava pela reparação de seu dano, uma vez que teve prejuízo ao perder a escrava que lhe prestava serviços auxiliando em seu sustento.¹³⁸ Ela solicitou em seu pedido que se entregasse o agressor como forma de compensação pelo prejuízo ou o amo da escrava deveria lhe pagar o preço que ela valia.¹³⁹

A acusação apresentou um outro pedido muito comum: uma demanda civil de reparação interposta dentro do processo criminal para que, uma vez apresentados os fatos, além da pena, se dispusessem sobre a reparação no âmbito civil.¹⁴⁰

A dona da escrava assassinada procurava a justiça com a finalidade de reparar o bem que havia perdido, e não tinha a intenção de entender, pelo processo criminal, quem cometeu o crime e por quais motivos, e nem de buscar justiça para a vítima. Ao contrário do caso anterior, embora a ação fosse da esfera criminal, e a causa do pedido uma consequência de um crime, o pedido era civil e prevalecia a preservação do patrimônio material. Os âmbitos civis e criminais se misturavam, e, dando-se por certa de que o agressor fora indicado, sem dúvida de autoria, Dona Cayetana Ramirez preocupou-se pelo ressarcimento de seu bem, a escrava, cobrando do amo do escravo acusado por ela o custo da sua perda, ou a entrega do agressor a seu domínio. Além dos âmbitos jurídicos se interconectarem, aproveitando-se do processo criminal, a parte

¹³⁷ AGN, L.90, C.1113, Ano:1800, f.3r.

¹³⁸ AGN, L.90, C.1113, Ano:1800, f.4r.

¹³⁹ AGN, L.90, C.1113, Ano:1800, f.4v. “(...) o se me entrega el Agresor como nota para compensar la perdida que hé sufrido, ó el Licenciado Don Gabriel Ororvio amo de el me exhibe el importe del precio de la Esclava que hoy hace un mes entró a mi dominio”.

¹⁴⁰ PAZ ALONSO ROMERO, María. *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, p. 202. “El proceso penal buscaba condenas, buscaba la actualización de la pena en una persona concreta, con nombres y apellidos, diana del poder de castigar hacia la que se apuntaba desde varios frentes coincidentes en ese mismo objetivo, pues en el ámbito de la justicia penal moderna los intereses en conflicto iban mucho más allá del interés de la víctima por la venganza y compensación del daño causado y el interés de la sociedad por la aplicación del orden jurídico penal vigente. ¿Quiénes se alineaban en esa dirección? Su referencia nos servirá para fijar las diferentes funciones del proceso, bien entendido que con él no sólo se persiguió la realización del Derecho penal lesionado y que, por consiguiente, no sólo desempeñó esa primaria función de mantenimiento del orden jurídico que le es consustancial”.

autora apresentou dois pedidos que pareciam condenar dois réus distintos: o autor do crime e o seu dono.

Parece-nos que a justiça pleiteada pela declaração de Dona Cayetana possuía um sentido individual de reparação, e não coletivo. O bem jurídico lesado era o seu patrimônio, e não interessava a vida da escrava assassinada. Desse modo, o processo criminal tinha vários pontos de vistas que se misturavam, e a finalidade entendida como justa variava de acordo com quem recorria à justiça. Ela afirmou em sua segunda declaração que era uma mulher infeliz e que o delinquente não deveria ficar impune de seus crimes, e nem que o amo lucrasse com o delito.¹⁴¹

Foi feita a oitiva das testemunhas, aproximadamente 11 pessoas – 7 homens e 4 mulheres e em 14 de agosto de 1800 o juiz de justiça Don Manuel Maria del Valle, juntamente com o tenente coronel, Don Manuel Rubio, prenderam o suposto agressor Ignacio Guayaquil.¹⁴²

Durante a confissão do réu, este alegou ser casado, com 25 anos de idade e escravo do Dr. Don Gabriel de Orobio.¹⁴³ Quando lhe foi perguntado sobre o dia do crime, o réu respondeu que a imputação era falsa porque ele esteve, nesse dia e horário, na Chácara da Molina onde estava trabalhando naquela semana.¹⁴⁴ O escravo negou todas as acusações e respondeu negativamente a todas as perguntas relacionada ao crime, data, local, modo como foi executado, relações e afinidades com a vítima, e disse nunca ter estado preso.¹⁴⁵ Havia dúvidas sobre a autoria do crime e o réu se via obrigado a provar a sua inocência.

Mediante tal negativa, o juiz solicitou novamente o comparecimento das testemunhas, apenas os escravos que haviam declarado ter reconhecido o agressor, para confirmarem o alegado. Nessa segunda declaração as testemunhas afirmaram que não puderam distinguir e reconhecer o criminoso, ressaltando que estava de noite, as 21h30, e apenas tinham ouvido falar que o responsável era o escravo Ignacio Guayaquil.¹⁴⁶

¹⁴¹ AGN, L.90, C.1113, Ano:1800, f.7v. “(...) no há de permitir que à su vista, y con su noticia se cometan tan criminales excesos. Que un delito tan atróz quede impune; Que una infeliz Muger como yo pierda todo su bien en un momento. Que el Delinquente continúe en sus crímenes, y que el Amo de el lucre del mismo Delito”.

¹⁴² AGN, L.90, C.1113, Ano:1800, f.22r.

¹⁴³ AGN, L.90, C.1113, Ano:1800, f.23r.

¹⁴⁴ AGN, L.90, C.1113, Ano:1800, f.24v.

¹⁴⁵ AGN, L.90, C.1113, Ano:1800, f.25r.

¹⁴⁶ AGN, L.90, C.1113, Ano:1800, f.26, f.26v, f.27 e f.27v.

Diante dessa situação, na fase probatória, o fiscal do crime pediu que se qualificasse o fato de que o réu não estava presente no dia, horário e local do crime, mas trabalhando como peão em outra Chácara distante dali.¹⁴⁷ Buscando confirmar o dado, chamou-se para o processo novas testemunhas que afirmaram a localidade do réu, a Chácara da Molina, e não no local onde o crime havia acontecido.¹⁴⁸

O fiscal do crime, mesmo após a introdução de novas testemunhas, decidiu pela condenação do réu explicitando que este cometeu perjúrio em sua confissão, negando a autoria do crime, e que para ele estavam provados o dolo e a premeditação na ação criminosa. O fiscal sugeriu a pena ordinária de morte com a satisfação da vindicta pública.¹⁴⁹ Para ele, a sentença estava dada e o acusado era culpado. O réu foi preso preventivamente em 25 de novembro de 1800, tendo que trabalhar na obra da Ilha de São Lourenço¹⁵⁰ até a decisão definitiva.

Em 23 de março de 1801, passado um ano do ocorrido, Diego de Gorostisaga foi nomeado procurador do réu na causa criminal.¹⁵¹ Este defensor solicitou que as testemunhas que haviam apontado Ignacio como autor do crime, respondessem a novas perguntas e que fosse chamado ao processo o seu proprietário, Don Gabriel Orobio.¹⁵²

Don Gabriel confirmou em sua declaração que eram verdadeiros os dados pessoais informados pelo réu em sua confissão, e que este estava trabalhando na Chácara de Molina no dia 05 de janeiro de 1800.¹⁵³ Com a declaração de Don Gabriel, mais a resposta das testemunhas confirmando a presença do réu na Chácara, o caso teve uma reviravolta. O defensor de Ygnacio apresentou uma defesa extensa e cheia de detalhes nas 10 folhas escritas. Ele pediu a absolvição do réu mediante a alegação de que ele não era o assassino do crime discutido e passou a provar isso. Faltava, no seu entender, a prova de autoria e não de materialidade do crime. O agressor fora violento, cruel e o corpo de delito estava provado, o crime aconteceu de fato, o que não se sabia era o seu autor. Vale reforçar que o defensor era um homem leigo, e que este trabalhou muito neste processo e apresentou um discurso retórico muito bom. Em suas palavras:

¹⁴⁷ AGN, L.90, C.1113, Ano:1800, f.29v.

¹⁴⁸ AGN, L.90, C.1113, Ano:1800, f.30v, f.31, f.32.

¹⁴⁹ AGN, L.90, C.1113, Ano:1800, f.33r.

¹⁵⁰ AGN, L.90, C.1113, Ano:1800, f.32r.

¹⁵¹ AGN, L.90, C.1113, Ano:1800, f.40r.

¹⁵² AGN, L.90, C.1113, Ano:1800, f.42r. “(...) conviene al derecho del Reo que se tome declaracion al dicho Licenciado para que estando llano declare si Ygnacio Moran que en los autos tambien se llama Guayaquil (...) si sabe donde existia el dia cinco de Enero de dicho año próximo pasado”.

¹⁵³ AGN, L.90, C.1113, Ano:1800, f.42r.

No tenemos para esto que tratar del cuerpo del delito ni de la calidad de alevosia con que se perpetró, ni de su justificación y demás circunstancias que enuncia la acusación fiscal, y que convienen justísimamente al agresor que executó el homicidio en la Negra Maria del Carmen. Lo que hay que averiguar es si ese agresor es el Reo, cuya defensa se me ha encomendado, y V.A. vira que no solo no hay calificación desto, sino que no fue, ni pudo ser mi Parte.¹⁵⁴

O defensor do réu desqualificou algumas testemunhas, dizendo que viviam embriagados e que faltava segurança em suas alegações, além do fato de terem mencionado sobre o fato criminoso por ouvirem dizer, sem terem visto realmente, e citou especificamente a negra Hipolita. A conduta e a fama das pessoas eram discutidas e interferiam na análise processual, ainda mais se as testemunhas fossem escravas ou indígenas.

Esta negra, Hipolita, esteve presa durante o processo e testemunhou de dentro da prisão que Ignacio era o assassino, realizando o que seria uma prova de careação. O advogado refutou o uso dessa prova, por ser contra a Lei de Partida, e pela gravidade do delito.¹⁵⁵ Uma suspeita presa poderia facilmente reconhecer outro indivíduo como o criminoso e o defensor levantou essa questão, bem como questionou a qualidade da prova rebatendo o argumento de que, mesmo sendo a fala de um escravo, não continha elementos probatório suficientes para indicar o réu como autor:

Un solo testigo, muger vil y esclaba que declara en prisión, cuyas falsedades se han convencido incontinente, aun sin solicitud de mi Parte, bastara para el menor gravamen? Si de las personas sin tacha, y de otra esfera tenemos el axioma legal de que el dicho de uno es de ninguno, que diremos de Hipolita?(...) aunque fuese digna de toda fe, nada sacamos de su declaración para persuadir que mi Parte fue autor del homicidio Esto es lo que lleva demás asombro: qual es el hecho positivo que declara Hipolita? Dice que vio que mi parte mató a Maria del Carmen? No, ni lo puede decir por que absolutamente no se hallo presente (...).¹⁵⁶

As provas não estavam conclusas e deviam ser apreciadas segundo as circunstâncias do caso, considerando todas as probabilidades possíveis. O defensor rebateu a força das provas, questionou-as e evidenciou que a dúvida permanecia. Ele foi incisivo.

¹⁵⁴ AGN, L.90, C.1113, Ano:1800, f.44r.

¹⁵⁵ AGN, L.90, C.1113, Ano:1800, f.47r.

¹⁵⁶ AGN, L.90, C.1113, Ano:1800, f.48r.

O defensor do réu ainda lembrou que este estava preso a um ano e dois meses trabalhando na Ilha de São Lourenço sem que se fosse provada a sua culpa. Essa medida cautelar, a prisão processual, havia perdurado demais. Pediu que fosse manifestada a sentença afastando a pena corporal ou afliativa, e que pusesse o suspeito em liberdade, ou ao menos o tirassem do trabalho forçado e o colocassem na prisão.¹⁵⁷

O fiscal do crime rebateu os argumentos da defesa explicitando que ainda que a prova de contada tenha sido produzida pela parte do réu, esta não concluía positivamente acerca da localização deste no dia do fato, nem esclarecia a identidade da pessoa do agressor. Mencionou que, excluindo o alegado por Don Gabriel, as outras testemunhas não confirmaram com exatidão a residência do escravo negro Ignacio Guayaquil, e por isso, manteve a acusação.¹⁵⁸

Em doze de agosto de 1802, mais de dois anos do fato, foi pronunciada a sentença definitiva pelos ministros Manuel Pardo Francisco Xavier Moreno, Manuel María y Postigo, Tomas Ygnacio Palomeque e Jose Baquijano:

Fallamos atento a los autos y méritos del processo y por lo que dellos aparecer devemos absolver y absolvemos a Ygnacio Moran (alias Guayaquil) de la instancia de esta Causa y mandamos se ponga en libertad. Y por esta nuestra Sentencia definitivamente Jugada así lo pronunciamos mandamos y firmamos.¹⁵⁹

O réu foi preso preventivamente e colocado para trabalhar por mais um ano sem ter sido provado, substancialmente, que ele era o verdadeiro assassino. O escravo foi punido de um crime pelo qual foi inocentado. A defesa do procurador de pobres fez toda a diferença no processo e a proprietária da vítima, Dona Cayetana Ramirez, não foi mais citada, não tendo mérito o seu pedido de reparação. O processo criminal seguiu o que lhe era previsto: analisar o caso e defender, pelo viés das leis e normas, o acusado.

Podemos perceber que a justiça tardou muito para Ignacio Guayaquil, que no final foi absolvido, e nem foi realizada para Maria del Carmen, a vítima morta, e sua proprietária que acabou sem a indenização desejada. De qualquer forma, este processo criminal nos indicou que era fácil culpar um escravo negro de homicídio e mantê-lo sob

¹⁵⁷ AGN, L.90, C.1113, Ano:1800, f.49v.

¹⁵⁸ AGN, L.90, C.1113, Ano:1800, f.50r. “(...) indica el Proceso para que em lugar de la pena ordinária se le subrogue la arbitraria que corresponde y a que se há de servir V.A. condenarlo para satisfacion de la vindicta publica ô como fuere mais conforme à Justicia”.

¹⁵⁹ AGN, L.90, C.1113, Ano:1800, f.54r.

castigo até a resolução do caso aproveitando de seu trabalho. Se não fosse pela defesa do procurador de pobres a solução teria sido outra. Levantar e reforçar a dúvida sobre a autoria do crime convenceu os magistrados de que o réu não era culpado pelo crime e exerceu, de fato a justiça, ainda que tardia.

O defensor do réu, Diego de Gorostisaga, provou estar certo em seu discurso porque ele questionou a falta de segurança e eficiência das provas levantadas no processo. Salientou a insegurança jurídica ao assumir como verdadeira a confissão de uma escrava presa, envolvida no caso, a falta de concretude nas declarações das testemunhas e a falha na identificação do agressor. Nem sempre a decisão mais rápida cumpria o objetivo de se chegar à verdade real do caso e à aplicação da justiça. O processo demorou, mas atingiu o seu fim. A discussão sobre a questão fática, onde estava o réu no dia do homicídio, e de direito, a firmeza da fala de uma testemunha, foram suficientes para aumentar a dúvida fundamental do processo criminal: quem de fato cometeu o crime de homicídio de Maria del Carmen? Sem essa resposta o processo não podia confirmar a autoria e nem a culpa, nem fixar a pena, assim como impossibilitava a reparação buscada pela proprietária da escrava morta. No final o réu foi inocentado e sua prisão justificada, em grande medida, por sua condição de escravo.

Nestes exemplos sobre o delito de homicídio percebemos o reconhecimento e questionamento do costume indígena em açoitar suas mulheres, e que os defensores destes réus se apegavam à “miserabilidade” de suas castas, na intenção de obter um benefício penal, solicitando a piedade judicial. Dentro de uma ordem social desigual e religiosa, as mulheres estavam atreladas à educação, ao grupo social, às severas normas de conduta e de comportamento, e a uma subordinação ao poder masculino,¹⁶⁰ além de serem mais vulneráveis à violência.

Pilar Gonzalbo Aizpuru apontou que as mulheres, independente da casta e do grupo social a que pertenciam, compartilhavam entre si os princípios religiosos e morais de submissão à hierarquia e à crença em preceitos indiscutíveis na teoria, mesmo que frequentemente discutíveis na prática, principalmente em relação ao homem. Para a

¹⁶⁰ Sobre este assunto: GONZALBO AIZPURU, Pilar. *Las mujeres en la Nueva España: educación y vida cotidiana*. 1ª ed. - El Colegio de México, 1987, p. 43. Pilar Gonzalbo ressaltou que era tão impossível como inútil descrever a mulher hispana como ente abstrato, com características próprias. Havia diferenças profundas entre os grupos e as castas e a diversidade regional. A autora mencionou também que, para além dos prejuízos étnicos, eram as considerações sociais que regulavam as relações matrimoniais, representando um obstáculo.

autora, as leis previam certo tipo de educação para as mulheres; as corporações religiosas tinham suas próprias normas educativas e, em definitiva, o que imperava era a educação doméstica transmitida pelas gerações e se perpetuavam as virtudes, frustrações e prejuízos em relação ao trato feminino.¹⁶¹ Como no exemplo, preservavam-se, ou se insistiam, pelas tradições nas quais as mulheres eram consideradas e tratadas como inferiores em relações aos homens, valorizando o costume de açoite como algo normal e justificável dentro do ambiente familiar. Ao mesmo tempo em que as mulheres tinham seus comportamentos controlados pela Igreja, pelo Direito e pela sociedade como todo, elas também discutiam tal modelo social pleiteando por seus direitos e apresentando seus conflitos.

Pilar Pérez Cantó também ressaltou o espaço das mulheres em um modelo social excludente, patriarcal, cujo pilar era a família, e onde imperava a desigualdade dos sexos, reservando às mulheres um espaço de submissão aos homens. “A regulação da família e o matrimônio estiveram a cargo da Igreja e do Direito. A literatura moralista reforçou e divulgou o modelo fixados pelas instâncias superiores”.¹⁶²

Luis Bustamante Otero, ao tratar do “patriarcado jurídico”, mencionou que desde uma perspectiva jurídica, era relativamente fácil, perceber a situação de submissão da mulher em relação ao homem. Para este autor, as normas estabeleciam limites dentro dos quais, se supunha, as mulheres podiam atuar, além de refletir ideologicamente qual era o rol de atividades que elas desempenhavam e suas vinculações com os homens.¹⁶³

g) Homicídio entre escravos da Marquesa de Torrehermosa

¹⁶¹ GONZALBO AIZPURU, Pilar. *Las mujeres en la Nueva España: educación y vida cotidiana*. 1ª ed. - El Colegio de México, 1987, p.61.

¹⁶² PÉREZ CANTÓ, María Pilar. Las mujeres en los espacios ilustrados. *Signos Históricos*, núm. 13, enero-junio, 2005, pp.43-69, p.45.

¹⁶³ BUSTAMANTE OTERO, Luis. “*Y porque comense a irle a la mano*”. *La violencia conyugal en Lima durante las postrimerías coloniales (1795-1820)*. Tesis para optar el grado de Magíster en Historia – PUC- Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, 2014, p.50. “Se ha afirmado con frecuencia que la legislación española consideraba a las mujeres como seres débiles e indefensos necesitados de protección. La “imbecilidad” del sexo, expresión común en el lenguaje jurídico y prescriptivo, justificaba el que se le negaron ciertos derechos y ocasionaba que las mujeres serán consideradas por la mayoría de tratadistas como menores de edad, totalmente subordinadas a sus padres o a sus maridos e incapaces de acceder a las actividades públicas por su estado de dependencia legal”.

No ano de 1788¹⁶⁴ um escravo negro matou sua mulher, também escrava e negra, e foi levado a julgamento na Cidade de Lima. O processo criminal, sobre o homicídio de Maria Concepcion cometido por seu esposo José Antonio Escarola, negro de casta Congo, escravo da Marquesa de Torrehermosa, de ofício carpinteiro, com mais de 40 anos, apresentou várias reviravoltas. Além de ambos, assassino e vítima, serem escravos da mesma ama, a Marquesa, esta interferiu no processo para pleitear por seus interesses econômicos como proprietária de escravos.

Jose Antonio Escarol havia cometido o crime de homicídio e fugido. A Marquesa solicitou que o encontrassem e o entregassem ao juiz para ser preso e receber o castigo merecido, servindo de exemplo para os demais. Segundo as testemunhas da Sumária, o motivo do crime teria sido o ciúme do réu ao ver que sua esposa o traía. As testemunhas afirmaram que o réu suspeitava que sua esposa mantinha relações ilícitas com um moço chamado “Mariano”, e que esse relacionamento não era recente.

Em sua confissão,¹⁶⁵ o réu admitiu que matou sua esposa com o cabo de uma “lampa” golpeando-a na cabeça até a morte. O fiscal do crime o acusou de homicídio, este foi preso em fevereiro de 1788 e o juiz de primeira instância o sentenciou a seis anos de desterro nas Ilhas de Juan Fernandes.¹⁶⁶

O fiscal do crime, como parte acusadora, não concordou com a decisão judicial, alegou que o réu possuía antecedentes criminais e pediu que se reformulasse a pena, agravando-a. O criminoso já havia matado uma outra mulher no passado, – Dominga Palomino -, e fora condenado por este delito a uma pena perpétua de desterro às Ilhas de Juan Fernandez, em sentença pronunciada em 08 de agosto de 1769 pelo corregedor Don Juan Feliz de Encalada. Porém, desta sentença definitiva, Jose Antonio Escarol cumpriu apenas 6 anos porque seu amo neste período, Don Jose Ybarbuengoitia, interpôs uma apelação solicitando a restituição de seu escravo, o que foi concedido¹⁶⁷.

Deste modo, para o fiscal do crime, o réu era reincidente no mesmo tipo criminal, estava sem punição porque não havia cumprido a sentença anterior dada, a justiça tinha sido falha e a repetição do delito reagravava a pena, qualificando-o para o crime de parricídio. E, segundo o direito, tal crime era passível de pena ordinária de

¹⁶⁴ AGN, L.62, C.721, Ano:1788.

¹⁶⁵ AGN, L.62, C.721, Ano:1788, f.14r.

¹⁶⁶ AGN, L.62, C.721, Ano: 1788, f.28v.

¹⁶⁷ AGN, L.62, C.721, Ano: 1788, f.30v.

morte com qualidade de “aleivosia”.¹⁶⁸ A parte acusadora alegou que os juízes territoriais remeteram imaturamente os processos, sem consultarem as sentenças em relação à gravidade dos fatos, e que caberia ao juiz resolver e graduar conforme a justiça e segundo os fatos expostos.

Felipe Useda, procurador de pobres, foi nomeado defensor do réu Jose Antonio Escarol em junho de 1788. Na apresentação de sua defesa, argumentou que o réu, por ser escravo, era uma pessoa miserável e que por esta sua condição social, gozava do privilégio da restituição, tendo o direito de um prazo probatório maior.¹⁶⁹ O que ele obteve. Continuando a defesa, Useda alegou que não se deveria atentar apenas para o homicídio, mas para as circunstâncias que motivaram o crime. O réu não teria tido a intenção de matar porque, como apontou a defesa, no calor do momento, não conseguia discernir o certo do errado, o ato justo do injusto.¹⁷⁰

O processo criminal seguiu seu rito. Houve a ratificação da confissão das testemunhas e a certificação de dois cirurgiões peritos comprovando que a ferida provocada pelo réu levou Maria Concepcion à morte. Houve discordância de votos entre os juízes da segunda instância sobre o que deliberar, e, em 05 de fevereiro de 1789 condenaram o réu à pena ordinária de morte por força, na Praça Mayor da Cidade de Lima, com a qualidade de parricida, como previa a lei.¹⁷¹

Fallamos atento a los autos y méritos de la expresada causa y a lo que de ellos resulta que debemos condenar y condenamos al indicado Jose Antonio Escarol a que de la Real Cárcel de Corte donde se halla preso sea sacado arrastado(sic) a la cola de una bestia de Albarda y conducido con vos de Pregonero que publique su delito hasta la Plaza Mayor de esta Capital en la que con la que con anticipación estaría fixada una Horca f.80v de tres Palos y en ella será puesto y colgado del Pesqueso(sic) con una soga de Exparto hasta que naturalmente muera sin que persona alguna ose bajarlo (...) según lo prevenido por la Ley contra los parricidas: Y por esta nuestra Sentencia definitivamente juzgamos assi(sic) le pronunciamos y mandamos y firmamos con costas en que igualmente condenamos al referido Jose Antonio Escarol = Ambrosio Zerdan y Pontero, Francisco Antonio Moreno, Jose de Rezabal y Ugarte, Manuel Garcia de la Plata.¹⁷²

¹⁶⁸ AGN, L.62, C.721, Ano: 1788, f.31r.

¹⁶⁹ AGN, L.62, C.721, Ano: 1788, f.61v.

¹⁷⁰ AGN, L.62, C.721, Ano: 1788, f.68r-68v. “(...) esta muerte esta revestida de las circunstancias de otra plena deliberación y animo reflego(sic) de hacerla, porque aquella que es puramente casual, no es f.68v mirada por las Leyes con tanto horror, por la defectibilidad del ser del hombre, por la que no pudiendo siempre querer, y hacerlo recto, se engaña en el pronto no pudiendo discernir en aquel acto lo justo de lo injusto”

¹⁷¹ AGN, L.62 C.721, Ano: 1788, f.79v.

¹⁷² AGN, L.62 C.721, Ano: 1788, f.80v.

Nesta sentença, os juízes decidiram conforme a lei e o condenaram a pena de morte pela forca, contudo, o defensor do réu interpôs um recurso de apelação para reformá-la, retirando a pena de morte. Felipe Useda alegou que a pena de parricida não cabia ao caso concreto porque a lei que a definia não servia para o vice-reinado do Peru. Tal lei deveria ser compreendida como uma Lei de Castilla, dentro de seu contexto de criação, e que o delito cometido por Jose Antonio corresponderia ao “espírito” de outra lei. Numa tentativa de moderar a pena estabelecida, ele confrontou a vigência de duas leis distintas, dentro das especificidades do caso, interpretou-as segundo o que mais favorecia a sua parte e explorou o fato de que o réu havia reagido ao crime de traição cometido pela mulher. Para ele, refletindo sobre a forma como o réu procedeu no momento do crime, antes deste ser um homicida, ele era um homem traído levado pela ira. Nesta perspectiva, para a defesa, o crime de homicídio ocorreu em resposta ao crime de traição e esse ponto não havia sido explorado pelos juízes.¹⁷³

Continuando sua defesa, reforçando a reação humana impensada à traição, Felipe Useda apelou para a “piedade das leis, que fundadas na equidade e moderação tinham sempre à vista a grande defeituosidade do homem”.¹⁷⁴ Enquanto os juízes apoiavam-se na lei, estritamente, estabelecendo a pena prevista, o procurador do réu interpelou pela *equidade, piedade e moderação* previstas nas leis, interpretando-as para que tivessem o *sentido* que lhe convinha. Afirmou que as normas consideravam os sentimentos da humanidade e estas eram adaptáveis justamente por seu caráter humano.¹⁷⁵ Useda considerou também em seu recurso o argumento de que nos Superiores Tribunais de quase toda a Europa se observava e praticava a adaptação das leis aos casos. “Ainda que não se devesse julgar pelos fatos, e sim pelas leis, não era

¹⁷³ AGN, L.62 C.721, Ano: 1788, f.83v. “Se halla prevenido por una Ley de Castilla que el Esposo pueda necesitar à los adulteros hallándolos en uno, y por otra Ley de Partidas esta dispuesto que en este Caso el Marido no tenga pena ninguna. Es verdad, que en el presente caso no se verifica el sentido literal de la Ley; pero al menor la mente de esta favorece bastante à Escarol mas claro ya que Escarol no tubo por motivo executar(sic) el uxoricidio, por a ver encontrado a su mujer unida con el adultero, ubo à lo menos una confesión clara del adulterio hecha por la misma Muger(sic) lo que en sentir de un mui recomendable criminalista, hace lo mismo, y produce los propios efectos de la aprehensión física”.

¹⁷⁴ AGN, L.62 C.721, Ano: 1788, f.84r. “Tales son ellos en si; pero la piedad de las Leyes, que fondadas todas en equidad y moderación tiene siempre mui a la vista lagrande defectibilidad del hombre, per que el trastorno del ornde, que en el establecio el Supremo Legislador no se halla con bastante exfuerso para reprimir los ataques de el enemigo que contra su razón, se rebela, y le insulta.”.

¹⁷⁵ AGN, L.62 C.721, Ano: 1788, f.84v. “Esta extencion como favorable, y conforme a los sentimientos de humanidad de que no esta agena la misma Ley le es mui adaptable y propia”.

estranho que um juiz procedesse do mesmo modo quando encontrava as mesmas circunstâncias e conforme seu ditame ao determinado por outro, principalmente se aquele outro juiz fosse dotado de conhecimentos científicos”.¹⁷⁶ Com este argumento ele defendia a autonomia da decisão judicial introduzindo a jurisprudência e indicando os precedentes como uma estratégia legal para a interpretação dos casos. Ele buscava por uma solução provável dentro das possibilidades existentes.

A intenção do defensor era a de apresentar aos juízes uma variedade de possibilidades na análise e resolução do caso, para além da lei. Explorando o *modus operandi* do crime cometido pelo réu, Felipe Useda trouxe outras perspectivas jurídicas sobre a pragmática judicial. Pela demora em estabelecer a sentença, por conta da discordância de votos na decisão colegiada, Useda percebeu que havia dúvidas a respeito das questões de direito e desenhou uma outra linha de raciocínio com a finalidade de provocar estas inquietações e convencer os juízes. Ele, aproveitando da dúvida posta, manifestou uma sugestão de como a justiça poderia funcionar para este caso expondo a pluralidade jurídica pela *interpretação, dúvida, equidade, jurisprudência e adaptação* das leis.

A acusação respondeu ao recurso de apelação em 31 de março de 1789 reforçando a tipicidade do crime de parricida citando uma reforma ocorrida na legislação. A reforma que prescrevia a lei 46, título 13, Livro 8 da *Nueva Recopilacion de Castilla*, confirmava a condenação dada ao crime de parricídio previsto na lei 12, título 8 da 7ª Partida.¹⁷⁷ O fiscal do crime argumentou que “o dolo se suponha em todo homicídio, sem a necessidade de prová-lo porque como ato interno se arguia da execução do mesmo delito que horrorizava a natureza, e no caso presente se convencia com a repetição dos golpes que deu até deixar a vítima morta”,¹⁷⁸ transparecendo a intenção de matá-la, mesmo reagindo à traição.

Novamente, os juízes do tribunal de segunda instância discordaram em seus pareceres. Não chegaram a uma votação unânime ou necessária para aprovar a decisão e foram necessárias cinco sessões para se estabelecer um ditame. Em meio a estas

¹⁷⁶ AGN, L.62 C.721, Ano: 1788, f.84v. No original “(...) y aunque no se debe juzgar por los echos(sic) sino por las Leyes, no es ajeno de un Juez proceder del mismo modo quando(sic) hallándose en iguales circunstancias, y quala(sic) y conforme su dictamen a lo determinado por otro; principalmente si aquel otro Juez era dotado de conocimiento científicos.”

¹⁷⁷ AGN, L.62 C.721, Ano: 1788, f.86r.

¹⁷⁸ AGN, L.62 C.721, Ano: 1788, f.86v.

reuniões de deliberação, Felipe Useda, procurador de pobres atuando em nome do réu, pediu indulto a este. Sua justificativa era a de que Jose era muito habilidoso em seu ofício de carpinteiro e que então poderia ser mais útil trabalhando nas obras de Sua Majestade do que morto. Para embasar sua solicitação, Useda alegou a existência de um precedente sobre indulto:

Por esta Causa, V.A. hiso este beneficio no hace muchos días a un Reo nombrado Pablo Armijo, Maestro de Albañojenia, aumentandole, con la calidad de que se mantenga en esta Real Cárcel, mientras en ellas se hayan algunas obras de esta Clase. La causa de este Reo fue de homicidio, por la que merecía por pena ordinaria, como lo podrá informar à V.A. presente Relator y si aquel logró de V.A. indulto por su habilidad, este que en nada cede al otro sino por su pena obtener la misma **gracia de la Piedad** de V.A. (...).¹⁷⁹

Após o recurso, a sentença foi reformada em 26 de março de 1791 condenando o réu a dez anos de desterro nas Ilhas de Juan Fernandez, servindo nas obras reais, sem pagamento. Cumprido este termo, o condenado deveria ser levado ao presídio de Callao e entregue à sua ama, a Marquesa de Torrehermosa, para que o vendesse fora da Cidade, umas vinte léguas de distância.¹⁸⁰ O juízo reformado voltou à decisão anterior de desterro. Porém, como foi imposto ao réu o trabalho forçado nas Ilhas por dez anos, a sua proprietária moveu uma petição refutando a nova deliberação.

A determinação de 1791, ocorrida em resposta à apelação interposta pela defesa do réu, moderou o castigo e ocorreu dois anos após a decisão de pena ordinária de morte. Contudo, valendo-se do mesmo argumento da habilidade e utilidade do réu em seu ofício de carpinteiro, sua proprietária, Marquesa de Torrehermosa, representada por Gregorio Guido, recorreu da segunda sentença em 23 de dezembro de 1791. O advogado da Marquesa entrou com um pedido, ao que chamamos hoje, de sub-rogação da pena, e não de comutação, mitigação, remição ou indulgência.

Esta solicitação se justificava pelo argumento da *utilidade* dos serviços do escravo Jose Antonio. Ele era o único carpinteiro que a Marquesa tinha na Hacienda e, de acordo com esta, o castigo estabelecido judicialmente não correspondia ao delito perpetrado pelo escravo e nem satisfazia o esperado por ela quando o entregou à Real

¹⁷⁹ AGN, L.62 C.721, Ano: 1788, f.92v.

¹⁸⁰ AGN, L.62 C.721, Ano: 1788, f.93r.

Justiça.¹⁸¹ Dito de outra forma, a expectativa que a marquesa tinha sobre a o *sentido* de justiça esperado para este caso não foi atingida e ela se sentiu prejudicada.

Por outro lado, vale ressaltar o argumento da utilidade do ofício exercido pelo escravo como critério para atenuação da pena. Abelardo Levaggi reforçou que os juízes, por seus arbítrios, podiam atenuar as penas e existiam meios legais e lícitos para demorar ou até cancelar a execução de uma pena capital, e um deles era pela utilidade do ofício realizado. O auto reforçou que este era um ponto de vista social de valorização do trabalho em função dos interesses da comunidade.¹⁸²

Para a proprietária do escravo, o castigo de desterro era mais brando do que trabalhar para ela. E com esta condenação, seu escravo permaneceria vivo, mas ela seria lesionada porque ficaria sem seus serviços por dez anos. A Marquesa de Torrehermosa iria perder dois bens: a escrava Maria Consepacion, assassinada pelo então réu, o escravo Jose Antonio Escarol, e este, por dez anos. Deste modo, ela moveu uma ação apelando da sentença pela preservação de seu patrimônio e prestação de serviços.

O interesse deste processo criminal é perceber os vários *sentidos* da justiça para as mais variadas pessoas envolvidas na ação. Cada um observava a justiça por um viés particular, e os juízes, mediadores na ação, deveriam encontrar a solução mais prudente, razoável e justa segundo vários critérios, além dos apresentados pelas partes. Na perspectiva da Marquesa, enquanto proprietária de escravos, ela tinha sido lesionada e recorria judicialmente buscando uma reparação legal do seu direito lesado, uma vez que perderia dois escravos, e o que cometera o crime não seria de fato punido.

(...) V.A. sin duda consideró que este castigo era el que correspondía al delito perpetrado por dicho esclavo: **pero en realidad es muy opuesto a las intenciones de V.A. y al fin que se propuso mi parte en su entrega a la Real Justicia** para precaberse iguales susesos; por que el destierro à las Yslas en los esclavos es menos trabajoso que el del servicio en las mismas Haciendas ú obras vaxo de prisión. (...) Si se destienen a reflexionar, que de cometerlos han de lograr el regalo de que se les destierra a las Ylas de Juan

¹⁸¹ AGN, L.62 C.721, Ano: 1788, f.97r. “Que luego que tubo noticia que su Esclabo(sic) Jose Antonio Escarol había dado muerte a su mujer(sic) Maria Consepacion, igualmente esclaba(sic) lo entregó a la Real Justicia sin embargo de ser el único carpintero que tenia la Hazienda para que hasiendose un exemplar castigo sirbiese de freno a los demás esclavos para no cometer iguales exesos (...)”.

¹⁸² LEVAGGI, Abelardo. *Las penas de muerte y aflicción en el derecho indiano rioplatense* (Primera Parte). **Revista de Historia del Derecho**, n.03, Buenos Aires, 1975, pp.81-164, p.98-110. Dentre as situações previstas para a atenuação das penas, Levaggi destacou o ofício, a gravidez e o perdão. Neste caso que analisamos, o juiz considerou a utilidade do ofício realizado pelo escravo. Levaggi cita em este artigo o exemplo do carpinteiro, no qual a pena foi reformada pela valorização social do trabalho em função do interesse da comunidade.

Fernandes ó Presidio de Baldivia, no dude V.A. que padieran los Hasendados perjudiciales resultas. Los mas de esta Casta, son propensos al vicio, y es premio conciliar la satisfacción de la vindicta publica, con el interés de los dueños, en un País en que es presiso balerse de sus manos¹⁸³.

Gregório Guido, representante legal da Marquesa, afirmou que os dez anos da condenação tinham que contar desde janeiro de 1788, ano que o escravo foi preso e iniciou os serviços nas obras da Real Carcel de Corte. Em resposta ao pretendido pela ama do réu, o fiscal do crime respondeu em 05 de janeiro de 1792 que muitos proprietários, com a perda de escravos fugitivos, adotaram um meio de castigá-los remetendo-os às expressadas Haciendas, ou outras igualmente penosas, “explorando-os conforme o espírito verdadeiro da legislação penal e arbítrio dos superiores”.¹⁸⁴ Para a acusação, tal pedido não alterava a última sentença – a do desterro por dez anos, apenas cumpria com o costume “plausível” que existia entre os proprietários de escravos na correção de semelhantes delinquentes. O fiscal do crime discordou com o pedido interposto pela Marquesa porque o réu estaria no mesmo estado que se encontrava antes de cometer o crime, pelo qual deveria ser escarmentado, abrandando somente a curta mortificação das prisões.¹⁸⁵

Em 04 de fevereiro de 1792 os juízes declararam não ter lugar a solicitude interposta pela Marquesa de Torrehermosa, e em consequência mandaram que o réu Jose Antonio Escarol cumprisse os dez anos de desterro nas Ilhas de Juan Fernandez como foi sentenciado.¹⁸⁶ Gregório Guido interpelou duas solicitações à Real Audiência de Lima para reformar o alegado pelos juízes, contudo, sem sucesso. A sentença foi executada e, em 30 de abril de 1801, passados oito anos em desterro, o réu Jose Antonio Escarol, negro escravo da Marquesa de Torrehermosa, foi libertado e entregue a ela.¹⁸⁷

¹⁸³ AGN, L.62 C.721, Ano: 1788, f.97v.

¹⁸⁴ AGN, L.62 C.721, Ano: 1788, f.99r. “(...) V.A. de este intimo y verdadero conocimiento é igualmente de la suerte de los Amos que generalmente quedaban deteriorados con la perdida se sus esclavos fujitivos(sic) adoptó el laudable medio de castigarlos remitiéndolos a las espresadas Aciendas(sic), ú otras igualmente penosas, grabándolos con las enunciadas consultas conforme al espíritu verdadero de la legislacion penal, y al arbitrio que en su superioridad recide(sic) para alterarla en casos semejantes (...)”.

¹⁸⁵ AGN, L.62 C.721, Ano: 1788, f.100v. “(...) Há expuesto sus Ministros que combiene en parte con la pretensión de la Marquesa porque ella abraza a mas de lo propuesto otros extremos coo son los de los dos años de Precidio al Callao f.100v y designación a su Hacienda, a los que no debe diferirse, porque en el primero servir incidia en el mismo inconveniente que se procura salvar y en el segundo se dejaría al reo en el mismo estado que tenia antes de cometer el crimen de que debe ser escarmentado, abrandando solamente la corta mortificación de las prisiones. En cuya atención V.A. resolvera como estime ser mas conforme a Justicia. Enero 05 de 1792”.

¹⁸⁶ AGN, L.62 C.721, Ano: 1788, f.101r.

¹⁸⁷ AGN, L.62 C.721, Ano: 1788, f.105r.

Transcorrido o julgamento e executada a sentença, houve justiça para quem? A reparação do direito lesionado, a morte da escrava, os interesses da proprietária, qual era a justiça para o caso concreto? O conceito de reparação civil equivalia ao castigo do crime no direito penal? Se pensarmos em relação à vítima assassinada, Maria Consecpcion, a pena fixada era equivalente ao crime de homicídio? A interposição da marquesa alterou a interpretação sobre o delito e suas consequências.

As decisões judiciais buscavam um bom senso, uma justa medida entre os meios opostos para dar a cada um o que lhe pertencia, mas era difícil encontrar um parâmetro adequado. Todo o discurso construído pela defesa e acusação auxiliaram no juízo final. Percebemos neste processo que não foi fácil chegar a um veredito. Nada estava decidido até o processo ser encerrado e acabarem todas as possibilidades de apelação e revisão da sentença. O juiz poderia ser convencido sobre a justiça do caso até o último recurso.

No final do processo não se discutia mais o crime de homicídio e o castigo previsto em lei. Debatia-se a *utilidade* do escravo e quem a aproveitaria pelos seus serviços: era a Marquesa, sua dona, remetendo-o a Hacienda, ou a república, nas obras de sua Majestade? Deste modo, neste caso em concreto, a pena determinada em julgamento respondeu aos interesses e utilidades apresentados no processo, adaptando e moderando o castigo prescrito legalmente, interessando à República. Houve uma autonomia judicial moldada pela retórica jurídica processual. Também temos que considerar a capacidade de influência de uma pessoa de alto nível social, com a Marquesa, na flexibilidade judicial.

Quando o réu foi poupado da morte, prevaleceu-se o interesse econômico sobre o escravo em detrimento do castigo do assassino. Pressupôs-se o valor da propriedade sobre a norma jurídica. Já para a Marquesa de Torrehermosa, o castigo da perda da sua propriedade por dez anos, foi considerado maior do que o crime que ele cometeu. Na sua perspectiva, o delito de homicídio não foi devidamente reparado com o castigado estipulado, e ela, cumprido o tempo, recuperou seu bem. A justiça, como uma virtude moral, que tinha como objeto a igualdade e a obrigação de dar e de reparar a cada um com o que lhe fosse merecido, revelou um outro *sentido* equitativo neste processo criminal, desvendando que cada caso era um caso, único em suas situações e resoluções.

De certa maneira, houve um procedimento de negociação e resolução da disputa. Os autores José Carlos de la Puente e Renzo Honores afirmaram que tais formas de

soluções de controvérsias mostrava como, a partir de um processo de seleção baseado em saberes e entendimentos comuns, e às vezes implícitos, os atores legais em disputa ativavam certas opções normativas enquanto decidiam por manter outras inativas ou subjacentes, dependendo dos interesses e destinatários em jogo.¹⁸⁸

A posição social da marquesa foi relevante para o caso, bem como os interesses apresentados pelos serviços prestados pelo escravo, réu na ação. Cada caso revelava em si a criação, recepção, aplicação e inscrição da lei e demais fontes normativas na busca pela resolução dos conflitos, traduzindo e exemplificando modelos sociais e práticas culturais, transmitindo e discutindo saberes étnicos e legais, considerando as condições específicas na recriação de marcos normativos.

5.1.2 Casos de rapto e estupro de mulheres

Passaremos a analisar os casos de delito de rapto e estupro de mulheres com o intuito de entendermos quais eram as suas motivações, conflitos e resoluções. As fontes demonstraram que o estupro e o rapto envolviam questões da esfera do poder pátrio, da conduta, fama e interesses patrimoniais, como o dote e o matrimônio. Como é sabido, no processo, as relações religiosas, sociais, culturais, econômicas e jurídicas se entrelaçavam.

h) Mulher branca acusa homem mestiço de raptar sua filha em 1742. O réu é absolvido e a filha da demandante é presa.

Em quatro de julho de 1742 o alcaide do crime da Real Audiência de Lima, Don Alfonso Carrion y Morillo, recebeu a queixa de Dona Lorenza de Cisneros acusando um homem mestiço chamado Pedro Alvarado, barbeiro, arpista, com 24 anos de idade e casado, de raptar e estuprar sua filha donzela, Micaela Hernandez. Para fundamentar sua querela, a demandante entregou ao alcaide um papel afirmando que o réu tinha escrito

¹⁸⁸ PUENTE LUNA, José Carlos; HONORES, Renzo. *Guardianes de la real justicia: alcaldes de indios, costumbre y justicia local en Huarochirí colonial*. **Histórica**, v. 40, n. 2, p. 11-47, 14 dez. 2016, p. 16.

algo que provasse um relacionamento amoroso com sua filha, mesmo este sendo casado¹⁸⁹.

Aceitando a informação sumária, o alcaide expediu um mandado de prisão para Pedro Alvarado em 21 de julho de 1742¹⁹⁰ e iniciou a oitiva das testemunhas. Das 8 testemunhas chamadas ao processo pela acusação, 07 eram mulheres entre 14 e 50 anos, e destas, 03 eram escravas e 04 brancas. Todas as testemunhas apresentadas pela acusação afirmaram terem visto o réu conversando com a suposta vítima e lhe entregando um papel¹⁹¹ confirmando o alegado por Dona Lorenza.

O réu foi chamado a prestar declarações em 21 de agosto de 1742, ainda mantido preso. Pedro Alvarado negou a acusação, disse que a letra do papel utilizado como prova não era sua e que nunca havia raptado a filha da acusante, nem tido relações amorosas com ela, apenas a conhecia licitamente.¹⁹²

Por conta de o réu ser considerado menor de idade, nomeou-se um curador *ad litem*, o procurador Francisco Davila y Torres.¹⁹³ Acompanhado de seu procurador, o réu confessou e negou qualquer relação amorosa com Micaela, confirmando apenas ter recebido por escrito um recado de Micaela reclamando de sua mãe e lhe pedindo emprestado um poncho.¹⁹⁴

O advogado de Dona Lorenza de Cisneros, utilizando apenas como prova as declarações das testemunhas, imputou o estupro ao réu Pedro Alvarado, bem como o crime de rapto e injúria.¹⁹⁵ Afirmou que tais crimes são difíceis de provar e que os indícios configuravam presunções graves, sendo suficientes para qualificar o réu como culpado.¹⁹⁶

Com a finalidade de reforçar a gravidade do delito, a acusação tentou explorar a desigualdade social entre as partes evidenciando os privilégios de casta, reforçando a importância do “lugar social” como um critério de interpretação e validação dos fatos e dos direitos em benefício próprio. Dona Lorenza relatou ser uma mulher honesta, casada

¹⁸⁹ AGN, L.9 C.79, Ano: 1742, f. 1r.

¹⁹⁰ AGN, L.9 C.79, Ano: 1742, f. 1v.

¹⁹¹ AGN, L.9 C.79, Ano: 1742, f. 4r.

¹⁹² AGN, L.9 C.79, Ano: 1742, f. 4r. “(...) le a escrito nunca Papeles ni echo otras solicitudes, y que el conocimiento lo tubo el declarante por que la dicha Michaela y su Made tenia entrada y amistad en una Casa donde el declarante iba a enseñar a una Niña a tocar Arpa, y que esta es la verdad (...)”.

¹⁹³ AGN, L.9 C.79, Ano: 1742, f. 10r.

¹⁹⁴ AGN, L.9 C.79, Ano: 1742, f. 12r.

¹⁹⁵ AGN, L.9 C.79, Ano: 1742, f. 14r.

¹⁹⁶ AGN, L.9 C.79, Ano: 1742, f. 14v.

com Don Juan Lucas Hernandez, um espanhol empregado no real serviço, homem de boa fama e opinião, pai de Micaela, e que, em contrapartida, Pedro era mestiço e humilde, circunstâncias que por si só bastavam para graduar e qualificar os crimes e as injúrias cometidas.¹⁹⁷

O advogado da parte acusadora acrescentou, citando de maneira geral, as leis régias, o direito comum e doutrinas práticas que afirmavam que, mesmo havendo dúvida da conduta criminal do estuprador, se usou força ou não, merecia ser gravemente castigado.¹⁹⁸

A estratégia retórica do advogado era a de, conhecendo da fragilidade das provas desse tipo de delito, o estupro, se aproveitar da dúvida existente, explorar a presunção e a diversidade social entre as partes e pedir a condenação do réu com o pagamento do dote.

A esposa do imputado, Pedro Alvarado, apresentou-se juridicamente e solicitou a soltura de seu esposo, uma vez que a querelante não se manifestava mais no processo e por não haver prova alguma que justificasse a permanência dele preso. Alegou ainda que Dona Lorenza utilizou testemunhas falsas manipulando o inquérito e as resoluções.¹⁹⁹ Diante dessa situação levantada, o procurador de Pedro Alvarado pediu que se ratificassem as testemunhas e reforçou a falta de provas suficientes para a condenação.²⁰⁰

Foi realizada a ratificação das testemunhas e duas afirmaram não ter certeza do alegado anteriormente. O defensor do réu solicitou como parte da prova que lhe convinha de direito, que a vítima, Michaela Hernandez, declarasse, em juramento, a verdade sobre os fatos.²⁰¹

¹⁹⁷ AGN, L.9 C.79, Ano: 1742, f.14v. “De cuyo crimen e injuria crece la gravedad a vista de ser yo Persona onesta casada con el dicho Don Juan Lucas Hernandez, natural de los Reinos de España empleado noblemente en el Real Servicio de Buena opinión y fama y la dicha Michaela Hernandez mi hija legitima y del suo dicho y recogida y serel dicho Pedro Alvarado mestizo de humilde esfera que son las circunstancias que según derecho gradúan y califican los crímenes y las injurias”.

¹⁹⁸ AGN, L.9 C.79, Ano: 1742, f.15v. “(...) y que aun en caso de duda, se presume que hubo induccion y se tiene siempre por tal delito, y por la menor pena, que por Derecho se impone a tales delincuentes (principalmente, quando como en el presente caso son casados o mui pobres) es la de destierro quinquenal a alguna Ysla (...) y dotar en lo posible segun sus bienes a la dicha mi hija Michaela (...)”.

¹⁹⁹ AGN, L.9 C.79, Ano: 1742, f.16r.

²⁰⁰ AGN, L.9 C.79, Ano: 1742, f.17v. “(...) que atendidas las circunstancias con que maliciosamente se a precedido de contrario y a la entidad del delito que se le imputa se le conceda soltura vajo de la fianza de As, (...) mi parte de ser un hombre de buena reputacion pobre cargado de mujer hijos hermanas y un pobre Padre de cresida edad enfermo (...)”.

²⁰¹ AGN, L.9 C.79, Ano: 1742, f.21r.

Em 16 de outubro de 1742 Michaela, de 18 anos, apresentou sua versão da história. Ela afirmou não ter tido nenhum envolvimento com o réu. Segundo ela, Pedro não a havia procurado, nem a forçou a sair de casa, e eles nunca estiveram em uma relação amorosa ou ilícita. De acordo com a declaração da suposta vítima, ela saiu de casa e foi ao monastério por causa dos maus tratos e agressões que recebia de sua própria mãe. Michaela também alegou nunca ter escrito ou recebido de Pedro um bilhete ou algo do tipo. Ela apenas havia respondido a ele sobre um poncho emprestado.²⁰²

Todas as alegações da querelante, mãe de Michaela, foram rebatidas pela própria filha. O defensor do réu argumentou que o pleito movido por Lorenza Cisneros não tinha motivo algum de existir e nem queixa crime para seguir a diante. Ela apenas estava manifestando, juridicamente, o seu ódio pelo réu e conseguiu, injustamente, testemunhas falsas compradas para corroborarem com o argumento que ela criou para sustentar o rapto e o estupro.²⁰³

A defesa apresentou duas testemunhas que confirmaram ter recebido dinheiro de Dona Lorenza para testemunharem contra Pedro Alvarado sem ao menos ter conhecimento da causa. Essas testemunhas eram as mulatas Rosa Mogollon, de 25 anos, e Rosa de Barrera com mais de 40 anos.²⁰⁴ Além delas, que cometeram falso testemunho, o defensor Francisco Davila Torres apresentou como prova a declaração de Thomas de Agüero. Thomas confirmou que a demandante pretendia gastar 200 pesos para ver preso a Pedro Alvarado apenas por ódio, e que a autora da ação era mestiça e de vida pública.²⁰⁵ Desse modo, desqualificava-se o privilégio da casta que beneficiava a querelante.

Depois dessa reviravolta na fase probatória, Francisco Davila pediu que condenassem a Lorenza por falsidade e às custas processuais. Argumentou sobre a inocência do réu afirmando que não fazia sentido o rapto se fosse para levar a amada ao convento. Para a defesa, faltava no entendimento do crime o nexo de causalidade para imputar a culpa e a intenção de agir.

²⁰² AGN, L.9 C.79, Ano: 1742, f.21r.

²⁰³ AGN, L.9 C.79, Ano: 1742, f.23-23v. “Y si saven que por conseguir injustamente el intento de su empeño a solicitado testigos falsos corrompiendoles con plata y ofertas para que declaren contra el dicho de la verdad. (...) la dicha Lorenza es de mala condicion y ardiente natural (...) dijo públicamente que gastaria 200 pesos por conseguir su intento (...)”.

²⁰⁴ AGN, L.9 C.79, Ano: 1742, f.25-26.

²⁰⁵ AGN, L.9 C.79, Ano: 1742, f.28v.

(...) constando publicamente y por la declaración de dicha Michaela que luego que salió de su Casa se fue al convento donde se halla se desvanese el cargo que se le intenta hacer pues si por amores la saco no fuera para depositarla en un convento onde no había de lograr el fruto dellos sino la tuviera conseguido se manifiesta que siendo esto publico y evidente y estandole a dicha Lorenza Gervario la teatralidad de este echo a sido tenas empeño de la mala voluntad que a mi parte tiene el imputarle Calumnia (...).²⁰⁶

Francisco Davila acusou Dona Lorenza de escandalosa, de faltar com o respeito à justiça, e sem temor a Deus em fazer uma acusação fomentada por paixão e grave excesso como se não tivesse obrigações a zelar.²⁰⁷ Pediu, em novembro de 1742, que ela fosse presa e que o réu fosse absolvido e liberto da prisão que se encontrava desde julho do mesmo ano.

A sentença foi deliberada em 07 de dezembro de 1742. Pedro Alvarado foi absolvido do crime de rapto e estupro, liberto da prisão preventiva, mas condenado às custas processuais. Miguel Carrasco, mulato que afirmou ter recebido de Dona Lorenza dinheiro para mentir em sua declaração, foi condenado à prisão juntamente com Michaela, a filha de Dona Lorenza, suposta vítima na causa.²⁰⁸

Dona Lorenza, após ter ciência da sentença, consentiu com o mandado de prisão da sua filha: “(...) despachasse mandamento de Prision contra la dicha mi hija cuia sentencia en el todo consiento conformandome con el Superior dictamen de V.A.(...)”.²⁰⁹

Em 10 de janeiro de 1743, Pedro Alvarado obteve ciência da sentença, foi absolvido e liberto da prisão. No pronunciamento da decisão judicial, o réu inocentado foi alertado de não passar pela casa da contraparte sob pena de voltar a ser preso. Além de Pedro não ter cometido o crime pelo qual foi acusado, de ter ficado preso por aproximadamente 6 meses, ainda foi advertido pelo juiz e condenado às custas processuais. Por outro lado, a querelante que forjou um crime inexistente, movimentou todo o aparato jurídico nesta causa criminal sem haver necessidade, cometeu perjúrio e subornou as provas apresentadas, passou impune.

²⁰⁶ AGN, L.9 C.79, Ano: 1742, f.32v.

²⁰⁷ AGN, L.9 C.79, Ano: 1742, f.33r.

²⁰⁸ AGN, L.9 C.79, Ano: 1742, f.34r.

²⁰⁹ AGN, L.9 C.79, Ano: 1742, f.35r.

De consentimiento de las Partes declarase por consentida y pasada en Autoridad de Cosa juzgada la sentencia de f. pronunciada en estos Autos y se entregara a esta Parte el mandamiento de Prisión mandado despachar y se notifique a Pedro Alvarado no pase por la casa de esta parte ni tenta ynterbension con ella con apersevimiento que sera reducido a Prisión.²¹⁰

A justiça é acionada para resolver questões sociais. Um homem inocente, mulato, ficou preso por 6 meses sem ter cometido crime algum simplesmente por capricho e má fé de uma senhora que se dizia honesta e esposa de homem espanhol. Na verdade, o conflito real era entre a filha e sua mãe, e não um caso de estupro ou violação.

O processo penal causou uma mácula, um estigma nos envolvidos e foi usado como uma ferramenta jurídica a serviço de uma sociedade tendenciosa que testava, constantemente, os lugares sociais e os direitos individuais determinados. O processo revelou os conflitos sociais e as intenções dos envolvidos, bem como a validação do tribunal do poder da mãe sobre a filha, que aceitou esta ser presa mesmo quando era ela quem a colocou naquela situação. Quando a demanda foi apresentada, a acusação se serviu do argumento da casta social para reforçar o estigma do homem negro criminoso que corrompia a mulher branca inocente, com a finalidade de conseguir o dote para a filha “estuprada”.

Este caso nos mostrou, mais uma vez, a importância e a competência dos defensores de pobres e procuradores. No início da causa, a tendência do discurso da acusação era a de desqualificar o réu e incriminá-lo por rapto e estupro, levando em consideração suas condições sociais, econômicas e raciais como se fossem pré-requisitos ou justificativas do delito. Mas Francisco Davila foi persistente e eficiente em sua defesa. Com conhecimento jurídico, ele ganhou a causa, comprovou a inocência do réu, demonstrou o vício das provas apresentadas, escancarou a realidade de uma sociedade enferma, confusa e teatral, nos termos de Maravall,²¹¹ e encontrou, para o caso concreto, alguma justiça.

Por outro lado, este e tantos outros casos envolvendo acusações de “supostos” estupro, revelam o padrão ideal de comportamento social e sexual esperado para as

²¹⁰ AGN, L.9 C.79, Ano: 1742, f.35v.

²¹¹ MARAVALL, José Antonio. *La cultura del Barroco: análisis de una estructura histórica*. Editorial Ariel, Madrid, 1975.

mulheres, e como elas usavam desse imperativo como um meio estratégico de obtenção de vantagem econômica.

Ann Twinam afirmou que os três documentos mais importantes na vida colonial eram: a ata do nascimento, a ata matrimonial e o testamento. Eles registravam a história pessoal das gerações passadas ao mencionar se o indivíduo era legítimo ou não²¹². Estes documentos eram utilizados nos processos criminais com provas de circunstâncias judiciais favoráveis por atestarem condutas e personalidades. Desse modo, toda prova de honra, honestidade, linhagem e hierarquia social eram formas de distinção social e jurídica, e forma de afirmação dos comportamentos socialmente esperados para cada lugar social.

i) Mulher branca move ação contra homem branco por rapto e estupro de sua filha. Réu foi absolvido.

Dona Rosa Calderon apresentou queixa contra Don Luis de Landabere por supostamente haver estuprado sua filha Dona Manuela Quiroga de quatorze anos na cidade de Lima. Explicou que um escravo seu estava envolvido no rapto de sua filha, e que esta tinha sido raptada e levada a uma tenda onde teria sido embriagada e abusada por Don Luis com a ajuda de outros dois negros.²¹³

A informação sumária foi aceita e ouvida as testemunhas no dia 21 de janeiro de 1797. Dona Rosa Calderon trouxe muitas testemunhas, entre elas homens brancos espanhóis comerciantes, um padre, uma proprietária de escravos, e 3 escravos.

Don Ramon de Torres, mestre do grêmio de timoneiros, homem branco, espanhol e comerciante, testemunhou ter visto a menina chegar na casa de sua escrava, Alfonza Pozo, por volta das 19h da noite. A negra havia negado o ocorrido, mas encontraram em sua casa uma peça de roupa feminina com manchas de sangue.²¹⁴

²¹² Sobre este assunto, ver: TWINAM, Ann. *Vidas públicas, secretos privados: género, honor, sexualidad e ilegitimidad en la Hispanoamérica colonial*. 1ª ed. – Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009.

²¹³ AGN, L.84 C.1034, Ano: 1797, f.1v.

²¹⁴ AGN, L.84 C.1034, Ano: 1797, f.3v. “(...)una camisa de muger, con mancha de sangre en las faldas, y dichole a testigo que aquella camisa la había encontrado entre la cama de la misma Negra, reconvenida el testigo haciéndole cargo de lo mismo, y aun que desde luego intentó negra al fin bino a confesar ser cierto haber dormido en su tienda una Niña la noche antes con un cavallero”.

As demais testemunhas confirmaram o fato de a menina ter passado a noite na casa da escrava, de terem visto chegar um colchão nesta casa e que nela dormiram Don Luis acompanhado da menina e um negro escravo.²¹⁵

Dona Rosa Calderon solicitou, mesmo após as declarações das testemunhas, que fosse incluído no interrogatório perguntas sobre sua educação, linhagem e casta. A demandante utilizou como estratégia o privilégio social de ser espanhola, educada nos princípios cristãos e enfatizando que sua filha era donzela²¹⁶ como prova da sua qualidade social e da denúncia feita. Chamou como testemunha o frei Martin Molero Padre agostiniano que disse conhecer a Dona Manuela e sua mãe, e que todos da família eram espanhóis, que Don Manuela foi criada e educada nos princípios cristão e que não via a entrada de homens e mulheres livre na casa de Dona Rosa Calderon.²¹⁷

Don Anselmo Luiz de Landaveri, réu nesta causa, respondeu a acusação interposta por Dona Rosa Calderon em 26 de janeiro de 1797. Mencionou estar surpreso com a querela e admirado por imputar-lhe tais delitos. Reforçou que Dona Rosa Calderon vivia com seu amante, Don Jose Antonio Alzamora, quem, segundo ele, seria o verdadeiro autor da intriga provocada. Don Luiz de Landaveri explicou que a querelante era uma prostituta escandalosa que vivia em adultério por mais de 7 anos e que não servia de exemplo para sua filha, nem reconhecia a educação e o amor maternal de uma mãe para sua filha.²¹⁸

Don Anselmo Luiz acrescentou em sua resposta à acusação o previsto na lei de partida que privava os pais de sua potestade sobre os filhos quando os prostituía, alegando que além de ser prostituta, Dona Rosa Calderon também usava de sua filha.²¹⁹ Disse também que esta senhora possuía apenas um escravo como bem e que não trabalhava, não tinha comércio nem qualquer meio de renda para se sustentar e sustentar sua filha, tendo por isso, que se prostituir.²²⁰ Dessa forma, segundo o réu em sua

²¹⁵ AGN, L.84 C.1034, Ano: 1797, f.8r.

²¹⁶ AGN, L.84 C.1034, Ano: 1797, f.11r.

²¹⁷ AGN, L.84 C.1034, Ano: 1797, f.15v- f.16r.

²¹⁸ AGN, L.84 C.1034, Ano: 1797, f.17r. “No es el honor, ni la conciencia, tampoco el amor natural, lo que inspira el recurso de querellas. Todos estos sentimientos son y han sido siempre extraños a D^a. Rosa que ha pasado toda su vida en la prostitución y subsiste en ella bajo de un adulterio que cuenta hoy siete años, el mas publico y escandaloso, pues vive y mantiene en su Casa en adulterio Alzamora casado en los Rynos de Chile con hijos (...) Un semejante plan de vida desconoce toda hieida de honor, no existe estimulo alguno de conciencia y es el mas opuesto a la educación y verdadero amor natural por que quales lesiones mas perniciosas podrá ministrar una madre a su hija”.

²¹⁹ AGN, L.84 C.1034, Ano: 1797, f.18v.

²²⁰ AGN, L.84 C.1034, Ano: 1797, f.18v.

contestação, a demandante pretendia garantir-se economicamente por meio de sua filha, buscando ofuscar a sua má fama, e utilizava o sistema judiciário como uma forma de conseguir dinheiro.²²¹

Don Anselmo Luiz interpôs uma contra querela contra a autora Dona Rosa Calderon no curso processo. O réu reconvinte pediu que se mandasse receber informação jurada de todas as coisas mencionadas e ouvida a declaração de Dona Manuela. Pediu que se mandasse prender Dona Rosa Calderon e embargassem seus bens, ou a colocassem no convento por estar grávida. Quanto a Don Jose Antonio, pediu que tomasse sua confissão e o colocasse preso.²²²

A suposta estuprada prestou declarações e pediu ao senhor juiz que, para mediar a honra de sua mãe, se eximisse de dar mais declarações sobre o conteúdo das perguntas, solicitou sigilo ao magistrado e afirmou que não tinha nada a demandar contra Don Anselmo.²²³

Don Anselmo Luiz apresentou como testemunhas quatro homens europeus, espanhóis e o próprio irmão da demandante, Don Damian Calderon. Ele elaborou um questionário sobre a vida de Dona Rosa Calderon, sua reputação e a de sua filha.²²⁴ Esse outro meio de prova, o interrogatório, tinha como finalidade atestar a vida pregressa dos sujeitos no processo, bem como fazer prova da honra, fama e caráter das pessoas envolvidas. Numa sociedade teatral, a aparência, a imagem e a ilusão atestavam a inocência ou a culpa e o interrogatório, das partes e das testemunhas, eram relevantes no convencimento do juiz.

Dona Rosa Calderon respondeu que a contra querela apresentada pelo réu “atrasava e entorpecia” o progresso da causa e servia como uma estratégia de encobrir o delito cometido contra sua filha.²²⁵

O processo estava na fase probatória e em 14 de fevereiro foi nomeado como procurador de Don Anselmo Luiz, Baltazar de los Reyes da Real Audiência de Lima

²²¹ AGN, L.84 C.1034, Ano: 1797, f.19 - f19v. “Ya esta descubierta la verdadera alma de esa criminal queixa estampada contra mi en grave descredito de mi Persona, y mayor ruina de mis facultades. Pues bien sabe D^a. Rosa y Alzamora que yo no he f.19v. iniciado los desordenes de su hija, verdad es que le ministre auxilios en su salida y que en la primera noche hube de visitarla en el lugar de su asilo, pero no Yo influí en este proyecto, ni tampoco soy el Autor que se me supone de la situacion(sic) de D^a. Manuela solo en la mira de empeñarme en que le prezuada a buelta a su Casa”.

²²² AGN, L.84 C.1034, Ano: 1797, f.20r-20v.

²²³ AGN, L.84 C.1034, Ano: 1797, f.21r.

²²⁴ AGN, L.84 C.1034, Ano: 1797, f.24r.

²²⁵ AGN, L.84 C.1034, Ano: 1797, f.26r

para ajudá-lo em sua defesa.²²⁶ Pudemos observar na leitura de outros processos, que Baltazar de los Reyes apresentava defesas muito bem fundamentadas e com argumentos elaborados nas doutrinas, autoridades e opiniões de criminalistas e leis.²²⁷ Ele era frequentemente convocado nas ações e defendia com rigor legal.

Em sua defesa, o procurador rebateu a ofensa feita por Dona Rosa Calderon contra a classe de seu cliente fundamentando-se na lei da honra dos cidadãos expondo:

(...) y aunque sea permitido explicar libremente sus ofensas bien sean reales o imaginadas ante la magistratura publica, no lo es adelantarse a los respetables juicios de esta pronunciando contra el demandado. A que se agrega que punto pueda acusarse devidamente a mi parte, no le roga la infamia y desconcepto que aquellos le imputan. Sobre todo sus injurias verbales son tanto mayores, quanto mas visibels es la diferencia que hay entre mi parte y los injuriantes. Así los apercibimientos pedidos **f.44**. son conformes al tenor de la Ley.

Analisando os autos, o defensor contestou a validade da prova apresentada pela acusação e reforçou a declaração inconclusa da vítima. Solicitou que a Madre superiora, do convento onde Dona Manuela se encontrava, proibisse a comunicação desta com sua mãe para não interferir no andamento do processo por induzir o pronunciamento da filha pela constante comunicação com a parte interessada, e por sua malícia.

Los criminalistas y la Ley nada aprecian el testimonio posterior por Suponerse obra del artificio, del cohecho, de la sugestion, y otros vicios que concurren en el presente caso, à vista de la comunicación de D^a. Rosa con su hija. Con que esta nueva declaración es una diligencia defectuosa, ilegal y de ningún merito que no puede no debe admitirse.²²⁸

Com a finalidade de convencer o juiz sobre a má conduta da demandante como mãe da suposta estuprada, o procurador Baltazar de los Reyes apresentou antecedentes da vida amorosa desta, descobrindo que o relacionamento com o pai da menina era ilegal e que em anos anteriores ela havia se relacionado com outros homens.²²⁹

Uma boa parte dos procedimentos processuais visaram rebater e reafirmar condutas das partes com a intenção de evidenciar, por meio das testemunhas – uma garantia pública do alegado sobre as formas de vida das partes-, a afirmação de viver

²²⁶ AGN, L.84 C.1034, Ano: 1797, f.41r.

²²⁷ Os processos nos quais Baltazar de los Reyes atuou foram: AGN, R.A. causas criminais, L.56 C.651, Ano: 1785; L.56 C.680, Ano: 1786; L.71 C.853, Ano: 1791; L.75 C.916, Ano: 1793; L.84 C.1034, Ano: 1797;

²²⁸ AGN, L.84 C.1034, Ano: 1797, f.44r.

²²⁹ AGN, L.84 C.1034, Ano: 1797, f.44v.

honestamente, dentro das regras sociais e princípios cristão aceitos como corretos socialmente e juridicamente. Era importante para o processo que a sociedade validasse a informação sobre a conduta da pessoa, aprovando seus atos publicamente, e, também, visualizasse a punição quando os atos eram desviados e pecaminosos.

No contexto estudado, o modo como se “aparentava” viver possuía relevância jurídica porque a sociedade se autorregulava e controlava as condutas atestando e reprovando comportamentos. Antonio Manuel Hespanha afirmou que o direito não se limitava a um sistema de normas destinadas a regular as relações sociais, e a criar a paz e a segurança. O direito criava, e cria também, os “próprios valores sobre os quais essa paz e segurança se estabelecem”.²³⁰ Desse modo, o direito é uma atividade cultural e social criativa porque antes de organizar a sociedade, como se estivesse distante e afastado dela, ele a imagina, criando vínculos e relações políticas e jurídicas a partir desse imaginário.

Podemos ver esse espaço criativo do direito, apontado por Hespanha, nas estratégias retóricas das alegações dos sujeitos processuais sobre os comportamentos, condutas, costumes e valores culturais nas relações vividas e julgadas. Claro que havia uma orientação dentro do processo penal, dos delitos, das provas e das penas, mas a justificativa argumentativa explicando as condutas e intenções tomadas também criavam uma forma específica de *imaginar* e *criar* o direito.

A veracidade sobre o modo de vida da pessoa dependia das alegações das demais pessoas e de suas reputações, por isso Dona Rosa Calderon chamou para o processo um frei, uma autoridade eclesiástica, para confirmar sua honestidade, ascendência espanhola e educação. A honra de alguém era medida pelo “teatro social” criado por ela para reafirmar a imagem criada conforme o considerado justo e a provado socialmente.

A garantia da justiça dependia, algumas vezes, de como a parte apresentava a sua reputação e a confirmava por meio da escolha das testemunhas, principalmente se

²³⁰ HESPANHA, Antonio Manuel. *A Cultura Jurídica Europeia: síntese de um Milénio*. Almedina, 2012, p.99. Hespanha menciona nesta obra que o direito cria modelos mentais sobre os homens e as coisas, dos vínculos sociais, das relações jurídicas e políticas. E, posteriormente, aos poucos, o direito dá corpo institucional a este imaginário, criando também, os instrumentos conceituais adequados, como por exemplo, “pessoas”, “coisas”, “contrato”, “Estado”, “soberania”. “(...) O “facto” não existe antes e independentemente do “direito”. Os “casos jurídicos” têm realmente muito pouco a ver com os “casos da vida”, como aliás se torna evidente logo que se transpõem as portas de um tribunal ou do escritório de um advogado”.

havia alguma distinção social que trazia algum tipo de privilégio legal. A publicidade dos atos processuais e da sentença cumpria a função de regular a sociedade. Embora fosse pedido o sigilo da ação, não se sabe se foi concedido. Pelos procedimentos do processo, parece que se manteve pública a causa.

Quando o defensor do réu reconvinde demonstrou que a parte autora não era uma pessoa honesta, nem educada ou de princípios cristãos, isso pesou contra ela e conferiu uma vantagem à defesa.

Em 25 de fevereiro Manuel Suarez foi apresentado como advogado de Dona Rosa Calderon e apresentou, em grau de apelação, a nulidade e agravo do fato alegado por Don Domingo condenando a autora por adultério e amancebamento.²³¹

A causa se estendeu muito e uma decisão foi tomada em 02 de março:

(...) resolvera lo que estime por mas correspondiente a Justicia, y a las facultades que en particular estan concedidas à sus Ministros para la formacion de las Sumarias, hasta que tengan estado de librar contra los reos el Mandamiento de prision prevenido en las leyes.²³²

Em quatro de março os ministros ouvidores receberam a causa e decidiram colegiadamente pela devolução do processo ao juiz que instruiu a causa para que ele continuasse atuando e providenciando conforme parecesse justo.²³³

No andamento do processo foi liberado o mandado de prisão de Don Anselmo Luiz em 26 de março do mesmo ano. Don Luiz apresentou-se voluntariamente à prisão.²³⁴ Ele foi chamado a confessar e apresentou-se como espanhol nascido em Navarra, homem solteiro, comerciante e com mais de 23 anos.²³⁵ Acompanhado de seu procurador, negou as acusações feitas contra ele e ainda afirmou que Dona Manuela não era virgem a mais de um ano.²³⁶ Apontou também que a suposta vítima saiu de sua casa e solicitou ao confessante sua ajuda e patrocínio para libertar-se dos “*padecimentos que experimentava de su Madre*”²³⁷ e Don Anselmo Luiz a ajudou providenciando habitação para que passasse a noite e um colchão.²³⁸

²³¹ AGN, L.84 C.1034, Ano: 1797, f.53r.

²³² AGN, L.84 C.1034, Ano: 1797, f.54r.

²³³ AGN, L.84 C.1034, Ano: 1797, f.54v.

²³⁴ AGN, L.84 C.1034, Ano: 1797, f.68v.

²³⁵ AGN, L.84 C.1034, Ano: 1797, f.70r.

²³⁶ AGN, L.84 C.1034, Ano: 1797, f.74r.

²³⁷ AGN, L.84 C.1034, Ano: 1797, f.77v.

²³⁸ AGN, L.84 C.1034, Ano: 1797, f.77v.

Em 08 de abril o juiz concedeu liberdade sob fiança ao réu, que passou a acompanhar o processo em liberdade.²³⁹

Manuel Suarez, em nome de Rosa Calderon afirmou que o réu havia enganado a vítima e que deveria ser punido com a morte e dotar de bens a mulher “forçada” e que os juízes vissem com “equidade” o demonstrado pela acusação. Citou, portanto, as leis 1ª, título 19 da partida 7, e a lei 3ª e título 20 também da partida 7²⁴⁰ e a lei 18, título 18 da partida 4.²⁴¹ Manuel Suarez apontou uma má interpretação na lei e inadequação:

Todavía ofrece la contraquerella margen para discurrir la mala fe contraria, y es nada menos la vulneración que se hace al honor de mi parte suponiéndole un concubinato embejecido, y un mal exemplo escandaloso, todo con la mira de fundar que en su virtud no puede poner esta acusación según la Ley, con que quiere hacer hasta la estupracion delas Vírgenes que son hijas de Muger viúda, o soltera, como si el estado no se interesara con la conservación de ella. El pensamiento a la verdad es extraordinario: porque yo se que la ley únicamente encargada de este Caso es la 18 título 18 partida 4ª, pero ó esta mal entendía, o se quiere sorprender a Dona Rosa (...).²⁴²

Complicando ainda mais a resolução do pleito, Dona Manuela Quiroga prestou declaração confessando que Don Anselmo Luiz foi quem iniciou as desordens da declarante e, também, o responsável pela perda de sua virgindade.²⁴³

Baltasar de los Reyes pediu em sua réplica a equidade e arbítrio do juiz deliberando conforme o teor da lei de Castela.²⁴⁴ Respondendo a acusação, esse defensor alegou:

(...) por derecho tenemos entendido con los mas ilustrados tratadistas, que el principal y primero requisito que en los juicios de esta classe debe atenderse, es la constancia positiva de aquel exceso que se acusa, y esto de tal modo, que si no precede su calificación, el negocio no puede llevarse adelante, ni pasar a algún otro ato”.²⁴⁵

²³⁹ AGN, L.84 C.1034, Ano: 1797, f.85v-f.86r.

²⁴⁰ AGN, L.84 C.1034, Ano: 1797, f.108r.

²⁴¹ AGN, L.84 C.1034, Ano: 1797, f.109r.

²⁴² AGN, L.84 C.1034, Ano: 1797, f.109r.

²⁴³ AGN, L.84 C.1034, Ano: 1797, f.122r.

²⁴⁴ AGN, L.84 C.1034, Ano: 1797, f.128r.

²⁴⁵ AGN, L.84 C.1034, Ano: 1797, f.155v.

Fundamentou sua retórica nas leis 1^a e 2^a, título 14 da partida 3.²⁴⁶ Citou a lei 13, título 16 da partida 3 desqualificando o escravo como prova e testemunha no processo.²⁴⁷

A defesa acrescentou o entendimento doutrinário sobre a qualificação do “rpto”. Segundo o entendido por ele, o “rpto” qualificava-se quando o homem extraía a mulher da casa de seus pais, ou de outros responsáveis, violentamente, com uso da força, conduzindo-a a um lugar distinto, com ânimo determinado de torpeza, em cuja situação implicaria em pena ordinária. Contudo, não seria rpto quando semelhante crime se executava em meretrizes e mulheres de conduta duvidosa, não honestas.²⁴⁸ Concluiu seu argumento sobre a desqualificação do tipo criminal citando a lei 1^a, título 19 da partida 7, que prevê a sedução.²⁴⁹

A defesa continuou sua alegação afirmando que, segundo o direito comum, bastava como prova geral da falta de honestidade da mulher, os testemunhos simples que demonstrassem que a mulher permitia a entrada de homens em sua casa²⁵⁰.

Baltazar de los Reyes questionou a validade das provas apresentadas e trouxe dúvidas sobre o delito de estupro. Ele indagou se o juiz, por todo o alegado, teria mesmo “segurança” para apontar a sua parte como autora do crime, levando em conta que, em caso de dúvida, era mais seguro agir em favor do réu. Salientou que deliberar com dúvida era o negócio mais delicado e grave que poderia existir em um Tribunal tão sério e respeitável.²⁵¹ Questionou o próprio tribunal e a qualidade de suas decisões ao afirmar o quão difícil era valorar as provas e proporcionar uma decisão justa utilizando as disposições sábias do direito. Para ele, qual seria a utilidade do processo senão encontrar a verdade dos fatos e apontar um culpado ou absolvê-lo? Quais eram os pré-requisitos?

²⁴⁶ AGN, L.84 C.1034, Ano: 1797, f.156r.

²⁴⁷ AGN, L.84 C.1034, Ano: 1797, f.157v. “(...) para que en ningun pleito puedan ser admitidos por testigos, y mas quando el uno es esclavo de la querelante, cuyo hecho bsata para creer declarasse, quanto ella le hubiese sugrido, apercibiendole de castigo, y el outro no se ratifico en el Plenario, como era forzoso”.

²⁴⁸ AGN, L.84 C.1034, Ano: 1797, f.158r. “Personas para quienes, por qualquiera deshonna que se les infiera, nos eles dá acción, mayormente por lo que respecta a liviandad, por ser el comercio con que giran; pues la vindicación procede en beneficio de las inocentes vírgenes, viudas recatadas y otras cuyo honor es constante”.

²⁴⁹ AGN, L.84 C.1034, Ano: 1797, f.158r.

²⁵⁰ AGN, L.84 C.1034, Ano: 1797, f.159v.

²⁵¹ AGN, L.84 C.1034, Ano: 1797, f.163r.

A defesa de Baltazar de los Reyes foi brilhante e elucidou os seus conhecimentos jurídicos em sentido amplo. Ele continuou afirmando que a parte autora, ao indicar o réu como autor do crime de estupro, questionava este em sua consciência, uma vez que o acusado negava, enfaticamente, ter cometido o crime, e que, mesmo diante de tais imputações, não conseguia colocá-lo contra a sua própria consciência.²⁵² O advogado deixou claro que Don Anselmo Luiz não tinha a sua consciência pesada simplesmente porque estava convicto em seu íntimo de não ter praticado o crime. Ou seja, ela não tinha sentimento de culpa. Essa alegação reforçou a importância da teologia moral como demonstração da conduta justa e boa do imputado, e aumentou a dúvida razoável sobre a participação do imputado no crime denunciado. Livrando a consciência deste, ao apontar que estava convicto em sua inocência, o advogado transpassava tal peso para o juízo íntimo da consciência do juiz. Como afirmou Paolo Prodi, a única ligação entre o for da lei e o foro da justiça divina era a consciência do juiz²⁵³.

Y habrá aliento para instar a presencia de tantos convencimientos, sobre que se declare incurso en el delito de estupro a D. Luiz Anselmo de Landabere? Son pruebas y adminículos los que se han recogido que testifiquen la cosmovisión de delito, y hagan aquel lleno de prueba bastante que requiere el asunto? Podrá por ellas V.A. juzgar la causa, declarando con total seguridad que mi parte fue autor de este daño; que el lo perpetró, y que no se presenta razón alguna de dudar? No es este el negocio mas delicado y grave que puede controvertirse en un Tribunal tan serio y respetable como el presente, tanto mas delicado, quanto sus pruebas por no ser fácil proporcionar otras oculares ni positivas, consta y se compone por disposiciones sabias del derecho, de conjeturas, sospechas y otros indicios sujetos à la equivocación e incertidumbre? Concorre en las pque se versan en el Proceso esa vehemencia tan prerrequisita, que solo por ella puede hacerse útiles? (...) en los casos dudosos es mas seguro el favor del reo. Contextada baxo este plan la temeraria acusación puesta a mi parte, parece que no restaba otra cosa que implorar contrala querellante todo el castigo y severidad a que por sus calumniosas sindicaciones está ceñida; pero a fin de documentar por todos lados su precipitación astucia, y poner en claridad que ella nunca tubo principio para avanzarse a perseguir criminalmente a D. Luiz contra el testimonio de su conciencia y lo improbable del fingido reclamo, yo adelantaré mas la materia para purificar aun así al que se tiene por delincente.²⁵⁴

Ao mesmo tempo em que pretendia convencer o juiz da inocência do réu, Baltasar dedicou-se em provar que o crime, segundo as circunstâncias fáticas

²⁵² AGN, L.84 C.1034, Ano: 1797, f.163r.

²⁵³ PRODI, Paolo. *Uma história da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 211.

²⁵⁴ AGN, L.84 C.1034, Ano: 1797, f.163r.

apresentadas, não correspondia ao pedido pela parte autora. Discutindo sobre os requisitos do crime de estupro, o advogado demonstrou que não era compatível com o caso concreto:

Se há dicho que aun siendo constante la perpetracion del estupro, mi parte no merecía alguna pena, porque según lo fundado habiendo sido por voluntad de la menor, y con su consentimiento, la cosa no sale de la esfera de una simple fornicación, pues como sabemos por general principio de derecho scienti et consentienti nulla fit injuria.²⁵⁵

Baltasar de los Reyes afirmou que a doutrina comum, os moralistas e a opinião dos autores concordavam que a dúvida de responsabilidade e consciência, habitada no foro interno,²⁵⁶ eram mais bem demonstradas no externo, e que tal conduta não se observava no réu.²⁵⁷ Nessa perspectiva, podemos considerar que a publicidade dos atos revelava e condenava a conduta interna, da mesma forma que a garantia e a preservava. O âmbito público denunciava o privado e representava no processo uma prova que servia tanto para a acusação quanto para a defesa. O modo de vida era uma prova plena da intenção das pessoas e rebatia-se essa prova com mais demonstrações da vida cotidiana. Ninguém conseguiria fingir tão bem o que a própria consciência afirmava.

Paolo Prodi afirmou que a Igreja controlava a consciência das pessoas ao regular a estrutura interpretativa das coisas. Esforçava-se para se construir um sistema normativo da consciência dentro do limite problemático da relação e embates entre a consciência e a lei.²⁵⁸ Se era interessante à Igreja controlar a consciência, também era relevante juridicamente afirmar que esta se encontrava livre de toda culpa e pecado. Ainda mais porque se entendia a culpa como um ato livre e voluntário, enquanto no pecado tinha-se implícita a infração a uma norma.²⁵⁹

O comportamento das pessoas manifestava a natureza e os valores dela. Uma pessoa honesta, verdadeira, honrada e bondosa deveria se comportar como tal, como lhe era pedido pela sua natureza. Nesse sentido, Antonio Manuel Hespanha acrescentou que

²⁵⁵ AGN, L.84 C.1034, Ano: 1797, f.163v.

²⁵⁶ PRODI, Paolo, *op. cit.*, p. 358: “A norma: o direito da moral”, o seguinte: “A tradição herdada da Idade Média havia organizado duas instâncias: o juiz do foro interno (por conta de Deus) e o juiz do foro externo (por conta da sociedade). Unindo estreitamente essas duas instâncias, um vasto sistema de interpretações, mantido firmemente nas mãos da escolástica universitária (tanto nos países da Reforma Protestante quanto naqueles da Contrarreforma), produziu uma casuística muito refinada e colocou em circulação as grandes noções em torno da ação ilegal, do conceito de culpa, dos casos de isenção da responsabilidade. (...)”.

²⁵⁷ AGN, L.84 C.1034, Ano: 1797, f.163v.

²⁵⁸ PRODI, Paolo, *op. cit.*, p. 365.

²⁵⁹ PRODI, Paolo, *op. cit.*, p.369.

“o comportamento justo era o que guardava a proporção, equilíbrio, modo (moderação) ou a verdade do mundo, das pessoas, das coisas”.²⁶⁰

O defensor contestou o pedido da acusação, que desejava que o réu dotasse a suposta vítima com bens, apoiando-se nas leis canônicas que previam como castigo o casamento quando o estupro fosse cometido violentamente e não consentido.²⁶¹

Discutindo sobre a generalidade das normas, e reforçando a importância de interpretá-las segundo as circunstâncias específicas do caso, Baltasar atacou a aplicação da lei em sentido restrito, e o rigorismo da pena não proporcionada ao considerar que a suposta vítima de estupro não era virgem e que nem havia ali um ato violento. A fixação da pena dependia da compreensão da conduta criminosa e a estratégia retórica era provar a boa fama e intenção do réu:

(...) las mismas leyes que declamaron contra este delito, las que fulminaron penas y los que se propusieron desterrable de las Republicas, son las que contienen la excepción, limitando su generalidad. Así vemos que en la 2ª al final título 19 de la partida 7, en que advirtiendo la mas o menos gravedad con que se ha de punir semejante crimen, con proporción à las Personas que reciben el daño, y à la calidad y estado de las que lo executan, ordena que si la Muger, que algún hombre corrompirse, no fuese religiosa, virgen, viuda, ni de buena fama, sino alguna otra vil, entonces por el hecho **f.164.** se le debe aplicar pena, à menos que no le haya conocido con fuerza expresión la primera que no perdieron de vista todas las demás leyes, que trataron del asunto, recomendando siempre que el castigo recaea, quando hubo violencia en Personas de recato. Resta pues a hora contraermos a nuestra joven, para hacerle la perfecta aplicación de la ley, sin ella encontramos la vileza que señala. Y antes de entrar en este examen, será preciso hacer ocurso à la **interpretación que sobre este particular nos hacen los Autores**, quando inquieten en caso igual al presente, baxo qual respecto deba considerarse vil una Muger para que por la corrupción inferida sufra escarmiento el estuprante (...).²⁶²

Para desqualificar o comportamento de Dona Rosa Calderon, o advogado do réu fundamentou-se nas doutrinas legais sobre as mulheres prostitutas. Tais doutrinas entendiam como prova da desenvoltura deste tipo de mulher apenas os testemunhos simples sobre a leviandade e o concubinato público. Entre as mulheres casadas, aquelas que se encontravam com outro homem que não fosse o seu legítimo marido, eram classificadas como meretrizes. Nessa perspectiva, no entender do defensor, estaria provada a má conduta da parte autora, e conseqüentemente, a irresponsabilidade na

²⁶⁰ HESPANHA, Antonio Manual, *op. cit.*, 2012, p. 104.

²⁶¹ AGN, L.84 C.1034, Ano: 1797, f.163v.

²⁶² AGN, L.84 C.1034, Ano: 1797, f.163v -f.164r.

educação e trato de sua filha.²⁶³ Provada a prostituição de Dona Rosa Calderon, ela perdia a sua potestade como mãe, conforme expressado na lei 18, título 18 da partida 4,²⁶⁴ e em outras leis trazidas por Baltazar, como a lei 7, título 19, livro 8 de Castela, e a lei 17, título 9 da partida 7.²⁶⁵

Tal situação nos remete ao dito por Hespanha de que a linguagem corrente das sociedades de Antigo Regime era rica em classificar, hierarquizar e distinguir as pessoas pelas formas de tratamento, com o intuito de tornar aparente a ordem essencial das coisas e das pessoas.²⁶⁶ Os títulos e tratamentos colocavam as pessoas e as coisas em seus devidos lugares e funções sociais, evidenciando hierarquias, precedências e privilégios. Estas classificações eram condenáveis ou garantidoras das ações como reflexo e prova dos atos no âmbito jurídico. Por isso, apontar que a parte autora da ação era uma prostituta ou vivia nessa situação, por si só a condenava, social, religiosa e penalmente.

Tendo como base as leis citadas, o defensor apresentou elementos e indícios que, se não provassem a má vida da demandante, ao menos questionavam a sua reputação e a sua capacidade de cuidar da honra da filha, uma vez que, não mantendo uma vida regrada para si, não zelaria pela da própria filha. A mãe já tinha sido infamada e apontada como leviana no passado.²⁶⁷

Apareceu no processo uma testemunha, Don Lucas de Areseurreraga, afirmando ter se encontrado com Michaela duas vezes em sua casa.²⁶⁸ Ao que parece, a menina teria perdido a sua virgindade com ele antes de conhecer a Don Anselmo Luiz e o caso se estendeu por mais alguns meses.

Em primeiro fevereiro de 1799 os juízes da Real Audiência de Lima deliberaram e decidiram pela absolvição do réu Don Anselmo Luiz de Landabere, considerando-o inocente do crime de estupro e rapto. Os juízes advertiram Dona Rosa Calderon ordenando para que moderasse seus procedimentos e que desse bom exemplo e educação para sua filha. A negra que ofereceu sua casa como lugar de abrigo da menina, foi sentenciada a dois meses de trabalho em uma das casas de *abasto* escolhida pelo seu

²⁶³ AGN, L.84 C.1034, Ano: 1797, f.165r.

²⁶⁴ AGN, L.84 C.1034, Ano: 1797, f.165v.

²⁶⁵ AGN, L.84 C.1034, Ano: 1797, f.165v.

²⁶⁶ HESPANHA, Antonio Manual, *op. cit.*, 2012, p. 105.

²⁶⁷ AGN, L.84 C.1034, Ano: 1797, f.165v -f.166r.

²⁶⁸ AGN, L.84 C.1034, Ano: 1797, f.185v.

amo. Don Jose Antonio Alzamora, amante de Dona Rosa, foi condenado a reintegrar o matrimônio com sua esposa no Chile e a embarcar na primeira viagem para o Porto de Valparaíso.²⁶⁹ E por fim, que cada parte arcasse com as custas processuais dividindo-as na metade.²⁷⁰

Os juízes que deram o veredicto foram: Lucas Muñoz y Cubero, Francisco Xavier Moreno, Manuel Maria del Valle y Postigo, Thomas Ygnacion Palomeque. Os quatro magistrados pertenciam ao Conselho de sua majestade e ouvidores da real audiência de Lima.²⁷¹

Em três de fevereiro de 1799, a Madre Superiora do convento de Amparadas da Cidade de Lima peticionou no processo a cobrança de 300 pesos pelo período em que hospedou e cuidou da menina Michaela. Ela pediu para que o tribunal superior determinasse quem arcaria com a dívida pendente,²⁷² uma vez que não havia sido incluída como custas do processo. Não encontramos documento algum que determinasse quem pagou ou como foi solucionada essa pendência.

Esse processo criminal levou dois anos para ser encerrado e teve a maior quantidade de folhas encontrados para o crime de estupro – 174. Quando comparamos ações criminais de estupro envolvendo pessoas brancas, negras e indígenas, notamos que o volume do processo responde à condição econômica e social dos representados na causa. Temos a impressão de que as pessoas brancas podiam pagar por um processo mais cuidadoso, com uma fase probatória maior, mais recursos e procedimentos que as demais classes sociais. Contudo, não significa dizer que os processos representados pelos defensores de pobres eram ruins. Pelo contrário. Como mencionamos anteriormente, tais defensores possuíam uma retórica muito elaborada, com fundamentos em variadas fontes normativas.

Este expediente judicial evidenciou características interessantes sobre os conflitos sociais e familiares existentes em Lima no século XVIII. A demandante desejava do demandado um dote e casamento para sua filha ao acusá-lo de rapto e estupro. O defensor do réu buscou argumentos para desqualificar o crime de estupro e convencer que a finalidade da causa não era a honra da menina desflorada e nem a da

²⁶⁹ AGN, L.84 C.1034, Ano: 1797, f.195r.

²⁷⁰ AGN, L.84 C.1034, Ano: 1797, f.198v.

²⁷¹ AGN, L.84 C.1034, Ano: 1797, f.199r.

²⁷² AGN, L.84 C.1034, Ano: 1797, f.203.

sua mãe, como mulher honesta e espanhola, mas uma reparação de bens ou o casamento. Visava um fim patrimonial.

Para atacar o objeto da causa, o crime de rapto e estupro, a defesa provou que a conduta da autora e seu modo de vida, acusações de prostituição e concubinato, não condiziam com a queixa apresentada. Fundamentando seu raciocínio com as diversas leis, o procurador do réu elaborou uma linha de raciocínio que convenceu os juízes da inocência de Don Anselmo Luiz ao provar que a demandante não respeitava a moral cristã e não agia segundo os princípios da educação religiosa, esperados para uma mulher honesta e espanhola. Se ela mesma não era o que dizia, como buscava por esse tratamento perante a justiça e a sociedade acusando a outro de má conduta?

O caso mostra também a forma de pensamento em uma sociedade fundada sobre o princípio patriarcal e o lugar subordinado da mulher na cultura católica.

A resposta judicial, com a fixação das penas e o mérito da causa, foi maior que o pedido inicial da ação porque os juízes olharam para cada assunto trazido no processo. Eles encontraram um sentido de justiça mais adequado ao caso concreto e às circunstâncias específicas e interpretaram a justiça pela apreciação das provas e seguindo o debate jurídico dos advogados sobre as condutas sociais. Os juízes se convenceram pela retórica jurídica mais qualificada e consistente.

O direito não se esgotava na lei. Os preceitos legais serviam como parâmetros de regulação da sociedade, mas não a exauriam em todos os seus sentidos e nem eram capazes de regulá-la integralmente. Interpretar as leis e as demais fontes normativas ao caso específico significava, no século XVIII, dar atenção aos detalhes sociais relevantes para o julgamento. Considerar as especificidades de cada caso e interpretá-las garantia o efetivo exercício da justiça para além da mera aplicação da norma.

Neste caso apresentado, questionou-se o crime de estupro, identificado nas leis e denunciado pela acusação, porque tal tipo penal não condizia com as circunstâncias específicas do caso evidenciadas pela vida pública e privada da família da vítima. O erro de tipo excluía o dolo. Nesse sentido, provar a falta de moralidade das ações das demandantes fez com que se duvidasse do crime de estupro e se duvidasse da própria queixa da autora da ação. A comprovação da conduta reta do réu foi importante para o sucesso do processo porque comprovou a falta de causalidade do delito. Tornar aparente aquilo que estava oculto, e fazer revelar, pelas atitudes, a natureza da pessoa,

comprovava, em juízo, as suas ações e o seu devido lugar social. Como dito por Hespanha, a *dissimulação* era condenável, bem como a cultura do simulacro.²⁷³

Neste processo, julgou-se os comportamentos dos homens e das mulheres e comprovou-se o quanto a justiça compunha um papel moral na sociedade. A moralidade era um dos parâmetros de observação e de julgamento dos comportamentos sociais, da adaptação e interpretação das leis. O justo era moral. Se as relações humanas não refletissem a moral cristã, então, neste contexto colonial, não eram justas.

5.1.3 Casos de agressões e injúrias

j) Índia agredindo a uma escrava.

A causa criminal²⁷⁴ seguida de ofício contra a índia Tomasa Aramburu, conhecida como *pintadilla*, por escândalos e agressões à escrava de D. Victor Angulo, Juana Angulo de dezesseis anos, ocorreu no ano de 1795.

A índia Tomasa Aramburu foi acusada de ferir a escrava de Don Victor Ângulo, Juana Ângulo, e de ser escandalosa. O caso se passou em Callao, cidade de Lima. Em 04 de setembro Tomasa foi apreendida pela patrulha por ter ferido o braço de uma escrava. No dia 07 do mesmo mês um grupo de homens, entre as 21h e 22h, renderam o *mayordomo*, colocando armas em seu peito e deram fuga à índia presa.²⁷⁵ Foi solicitado, novamente, um mandado de prisão para Tomasa, e reforçado que está já havia sido retida outras vezes, e inclusive, encaminhada a trabalhar no Hospital da caridade como a doutrina cristã ensinava.²⁷⁶

Com o processo iniciado, em 14 de novembro o proprietário da escrava agredida por Tomasa desistiu da causa contra ela. Para ele, a índia não agiu com má intenção e a ferida tinha sido leve não tendo motivo para continuar com a demanda. Don Victor

²⁷³ HESPANHA, Antonio Manual, *op. cit.*, 2012, p. 107.

²⁷⁴ Archivo General de la Nación: AGN L.80 C.985, Ano: 1795.

²⁷⁵ AGN, L.80 C.985, Ano: 1795, f.1r.

²⁷⁶ AGN, L.80 C.985, Ano: 1795, f.1r.

Ângulo afirmou que a índia era uma moça sem sorte, infeliz, pobre de humanidade e de caridade levando-o a renunciar a propositura da ação criminal.²⁷⁷

Contudo, o processo contra a índia Tomasa continuou de ofício, uma vez que ela era reincidente no ato e tinha fugido da prisão. Tomasa foi capturada e levada presa em 15 de setembro.²⁷⁸

A escrava ferida, Juana Angulo, prestou declarações ao senhor tenente governador afirmando ter sido agredida por Tomasa no braço direito por uma navalha no dia 04 de setembro entre seis e sete da noite. Juana disse que Tomasa a xingava de “*gran puta, indigna Chicharrona*”²⁷⁹ e que tinha vontade de lhe cortar a cara. A escrava reforçou que Tomasa havia agredido anteriormente, atirado pedras nas pessoas, injuriando-as pelas ruas e que era escandalosa, tanto no modo de viver quanto nas palavras pronunciadas.²⁸⁰

Foi feita a oitiva das testemunhas, 4 mulheres e 4 homens. Em todos os testemunhos foi ressaltada a vida escandalosa de Tomasa, a falta de bons costumes, de vergonha, afirmaram ser uma mulher provocante, desobediente à sua mãe, prostituta e que se ocupava como corsária.²⁸¹

Diante das declarações da sumária o fiscal do crime considerou o insulto cometido pela escrava plenamente justificado. Alegou, segundo o declarado pelas testemunhas, que a índia, mesmo com pouca idade, vivia contra os bons costumes, servia de mal exemplo para a sociedade, não agia com temor à Deus e nem respeito à justiça e à prisão e sugeriu a pena de desterro.²⁸²

²⁷⁷ AGN, L.80 C.985, Ano: 1795, f.4r. “Que constandome haver sido casual a herida, no haver precedido de mala intencion, hallarse ya buen mi esclaba; y que no resultaría contra la referida Tomasa mas castigo que el de ser condenada a curación y costas que causase el Proceso que Yo como amo debería seguir, atendiendo a la infelice suerte y demaciada pobreza de esta, a la humanidad, y caridad que como tal merece Tomasa, cedo renuncio, y desistome de la acción que me corresponde a cuyo efecto hago esta presentación ante V.A. para que en atención a lo expuesto, y a mi desistimiento se sirva mandar poner en libertad a la predicha Tomasa”.

²⁷⁸ AGN, L.80 C.985, Ano: 1795, f.5v.

²⁷⁹ AGN, L.80 C.985, Ano: 1795, f.6v.

²⁸⁰ AGN, L.80 C.985, Ano: 1795, f.7r.

²⁸¹ Declaração de Maria del Carmen Villavicencio, Francisca Garcia, D^a Maria Asuncion de Cazerres; AGN, L.80 C.985, Ano: 1795, f.7v; f.8v, f.9r.

²⁸² AGN, L.80 C.985, Ano: 1795, f.13v. “(...) violència, soberbia, altivez, y mal exemplo de vida (...) bastante claridade lo velicoso de ella, el ningun temor à la Real Justicia, à la Carcel (...) ningun respeto, amenazas y inobediencia a su Madre (...) se le pondra imponer destierro a la Ysla de Juan Fernandez para que enmiende su Vida, ò a outro destino que V.E. halle por conveniente para que sirva de exemplo a las que se ande igual naturaleza”.

No momento de sua confissão, Tomasa afirmou ser natural da cidade de Lima, livre, solteira, costureira e ter 14 anos de idade.²⁸³ Por conta de sua minoridade, foi-lhe nomeado um curador, o Procurador Manuel Suares.²⁸⁴ Acompanhada do procurador, Tomasa confirmou as ofensas destinadas a Juana Ângulo mas negou outras alegações e foi alertada sobre sua reconvenção e insistente negativa, faltando com a verdade dos fatos, comprovando ser insolente e atrevida, e negando conhecer os que a retiraram da prisão.²⁸⁵

A causa teve seu progresso interrompido no estado em que se encontrava em 20 de dezembro de 1795 e os magistrados, Garcia, Plata e Arsaiz decidiram condenar a índia Tomasa a seis meses de reclusão no convento de amparadas para que a Madre Superiora lhe aplicasse o que fosse conveniente, sendo colocada em liberdade restritiva.

Vistos cortaron el progreso de esta Causa en el estado en que se halla y administrando Justicia condenaron à la reo Tomasa a seis meses de reclusion en el Beaterio de Amparadas para que se le aplique por su Madre Superiora en lo destino que tuviese por convenientes, los que cumplidos mandaron se ponga en libertad apercibida, y con su calidad de que no vuelva al Precidio del Callao, y que se egecute con constas.²⁸⁶

Em virtude do conflito entre a índia Tomasa e a escrava Juana Ângulo, o processo considerou os antecedentes da ré como critérios para a condenação e sentença. A desistência da causa pelo proprietário da agredida demonstrou um reconhecimento da vulnerabilidade da condição social da agressora, mas não bastou para encerrar a ação. A causa não foi encerrada porque Tomasa ameaçava a ordem pública e os bons costumes sociais e cristão. O bem jurídico defendido não era mais a vida da vítima agredida, ou o patrimônio do proprietário da escrava agredida pela índia, mas a moral católica defendida pela sociedade e esperada por ela. O processo continuou para cumprir seu papel como ordenar das condutas e comportamentos sociais.

O fato de ela ter escapado da prisão indiciou a falta de temor à Deus e à justiça. Nesse sentido, a ação criminal, que fora iniciada pela da facada dada por Tomasa no braço da escrava Juana, acabou tomando outras proporções. A índia, ao repetir os atos delinquentes e a afrontar a segurança pública fugindo da prisão, insultava mais do que a

²⁸³ AGN, L.80 C.985, Ano: 1795, f.18r.

²⁸⁴ AGN, L.80 C.985, Ano: 1795, f.19r.

²⁸⁵ AGN, L.80 C.985, Ano: 1795, f.21v.

²⁸⁶ AGN, L.80 C.985, Ano: 1795, f.23v.

escrava agredida e seu amo. Ela agredia a própria sociedade que parecia incapaz, pelos meios punitivos eleitos, de controlar a conduta da delinquente e educá-la, já que a condenada era reincidente em vários delitos. O sistema jurídico, bem como os meios de controle da sociedade foram questionados. No final das contas, o processo tinha como parte a índia escandalosa, agressora e má vida, versus a sociedade e seus modelos de comportamento e regramentos orientados aos bons costumes e à ordem pública.

Essa ação criminal representou a fragilidade do sistema jurídico e dos mecanismos de controle social. Era importante que Tomasa fosse repreendida e que a sociedade a visse sendo punida. O exercício da justiça, controlando as ações da índia, precisava de uma demonstração pública da punição para ser eficaz na prevenção de novos delitos e para propagandear o sucesso do sistema criminal. Dessa vez, a punição aplicada foi a de reclusão em um convento com a intenção de controlar os ânimos da agressora, demonstrando uma individualização da pena e uma conduta delitativa específica: a falta de moralidade regrado e controlando os ânimos e vontades agressivas.

Pela sentença dada, o sentido de justiça estabelecido para a ré Tomasa estava ligado a um doutrinamento cristão católico. Entendeu-se que a motivação para as ações violentas e agressivas da índia encontrava-se na falta de um disciplinamento moral e de ensinamentos religiosos. Decidir mandá-la a um Convento valorizava social e juridicamente a conduta moral religiosa como uma correção legalmente válida.

A pena reforçou o peso conferido à moralidade católica, bem como a validou como uma correção aceita para a reintegração social da ré. A prisão, que ela já havia estado, não lhe educaria para uma convivência social saudável e respeitosa. O convento sim. O pensamento era a de que uma mulher religiosa, fiel à Deus e com temor divino, não agiria de modo tão vergonhoso e desprezível perante a sociedade. A doutrina católica educava a conduta das pessoas para agirem corretamente. Controlava seus anseios e impulsos estabelecendo um limite na ação social.

Importava mais para a boa administração da justiça, para o bem comum de todos, que a índia fosse levada ao convento e aprendesse a doutrina cristã, sua disciplina e valores morais católicos, do que a prisão ou o desterro. A solução para o problema era moral, religiosa, ainda mais considerando a pouca idade da ré - 14 anos. O regramento e correção da sociedade se deu pela disciplina católica. Nesta perspectiva, podemos

afirmar que o juiz agiu com prudência em seu veredicto. Analisando as circunstâncias do caso, considerando a pobreza da índia e o desinteresse do proprietário da escrava agredida em continuar com ação, o juiz encontrou uma solução interrompendo o processo e economizando em suas custas.

5.2 O sentido de justiça revelado na prática processual da Real Audiência de Lima, no vice-reinado do Peru

Escolhemos os casos com maior fundamentação jurídica por citarem um rol variado de fontes normativas do direito colonial na América hispânica, e por evidenciarem estratégias argumentativas interessantes para o mesmo delito em análise.

A retórica dos defensores foi muito bem feita em todos os expedientes citados, contrariando qualquer pensamento equivocado sobre a qualidade jurídica das defesas realizadas nos tribunais americanos. Reconhecemos que há mais para se escrever e contar sobre esses e outros processos criminais levados à Real Audiência de Lima. Esta pesquisa, por suas limitações, não esgota todos os assuntos, e nenhuma pesquisa histórica seria capaz disso. Sempre há elementos a se discutir, rever, questionar e apontar como novidades metodológicas nas mais distintas perspectivas.

O direito era dialético e experimental, e se mantinha assim pelas contradições da sociedade. O que essa pesquisa, mesmo pequena, pode afirmar, é que o contraditório, o debate e as discussões embasadas pelas normas reconhecidas pela sociedade, sempre almejam um sentido de justiça. O instigante em se estudar o período colonial é justamente descobrir, e redescobrir, os variados sentidos da justiça, caracterizado em sua pluralidade, complexidade, imprevisibilidade e casuística típicas de uma sociedade artística e “teatral” de Antigo Regime.

Nos casos apresentados percebemos a cultura jurídica que assumia com naturalidade a ampla margem de ação dos juízes, como no processo citado em que o magistrado solicitou o parecer do advogado da Real Audiência de Lima e não o acatou, julgando de acordo com a sua interpretação da lei e do caso, agravando a pena prevista para aquela situação específica.

Notamos que havia um acúmulo de normas e uma concorrência entre os elementos normativos considerados pelos juízes e pelas partes no desenvolvimento dos atos processuais. Ainda que frequentemente as leis, normas recompiladas e cédulas

fossem citadas, não se recorriam apenas a elas como critério de tipificação e individualização da conduta ou do objeto do processo.²⁸⁷

As partes utilizavam dos costumes, da fama, do privilégio social e da prática religiosa como justificativa para aplicar ou não uma determinada pena, solicitando a arbitrária, apelando para a miserabilidade e pobreza dos réus e piedade da justiça.

Apontar a miserabilidade dos indígenas e solicitar caridade e piedade para mulheres, pobres, pessoas miseráveis, viúvas, órfãos, rústicos e indígenas é explicado por Antonio Manuel Hespanha como um meio de proteção jurídica que incluía uma tutela especial. Um foro especial, um tratamento jurídico mais favorável perante o direito penal, de prova, de presunção de inocência ou de boa fé. Hespanha afirmou que o tratamento discriminatório no plano social, na natureza do direito, era acompanhado de uma “profunda solicitude no plano espiritual, no plano da graça, da caridade, da misericórdia”.²⁸⁸ Nesta perspectiva, destacamos que o estatuto processual dos considerados “miseráveis” era mais favorável aos índios que às outras castas, embora reforcemos o caso da marquesa que conseguiu alterar a pena de morte de seu escravo em desterro alegando a sua utilidade.

Este autor explica tal característica da cultura jurídica como uma relação entre a humildade e a dignidade dominantes no pensamento social e político da Europa medieval e moderna. Segundo ele, o humilde devia ser mantido na posição subordinada e de tutela que lhe correspondia, mas a “aparente insignificância escondia uma dignidade igual à do poderoso”.²⁸⁹

Essa cultura jurídica também foi exemplificada no modo como se qualificavam os delitos e se buscavam um comportamento social que os justificassem, ou um costume que os legitimassem antes de citarem as leis. As normas eram parâmetros, mas não alcançavam a especificidade dos casos em suas particularidades, sendo necessário recorrer a outras fontes normativas do direito, como a consciência e o arbítrio judicial.

²⁸⁷ Esta percepção também foi apontada por Alejandro Agüero ao estudar a justiça penal de Córdoba de Tucumán. A sua obra é uma grande referência para a feitura desta pesquisa pelo seu rigor metodológico e brilhante discussões historiográficas. O trecho que nos inspirou nesta conclusão está na obra: AGÜERO, Alejandro. *Castigar y perdonar cuando conviene a la Republica. La justicia penal de Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p.240-243.

²⁸⁸ HESPANHA, Antonio Manuel, *op. cit.*, 2012, p. 110.

²⁸⁹ HESPANHA, Antonio Manuel, *op. cit.*, 2012, p. 110.

Entre esse pluralismo normativo que orientava o direito, encontramos exemplos da valorização dos comportamentos e hierarquias como reafirmação do lugar social e do tratamento jurídico diferenciado.²⁹⁰

Os comportamentos e condutas sociais também serviam como parâmetros para a fixação das penas, refletindo como os juízes pensavam a justiça, analisavam as relações, reprovando ou aprovando, dentro do que entendiam ser o justo.

As provas²⁹¹ dos delitos e sua valoração eram constantemente questionadas. O sistema probatório do processo penal no século XVIII dava margem ao juízo e arbítrio dos juízes configurando uma autonomia no uso ou não de uma prova apresentada. O meio de obtenção e produção das provas também eram avaliados e debatidos nos processos. Vimos a compra de testemunhos falsos; a importância da fama e do modo de vida; a constante fiscalização social em torno da vida privada e íntima das pessoas; e a confissão.

Este meio probatório era controverso porque, como demonstrado nestes exemplos, muitos réus confessavam os crimes, mas, com o andamento do processo, alegavam que tal confissão era obtida por coação. A grande prova esperada pelo processo carregava em si o desejo pela “verdade”, pela celeridade processual e maior segurança e certeza nas decisões. Contudo, o meio de obtenção dessa prova era a repressão. A tortura como modo de se conseguir a verdade por meio da coação processual para a obtenção da confissão, era, ao mesmo tempo, prova e castigo para a suspeita sobre o réu.²⁹²

María Paz Alonso mencionou que a confissão livre, chamada *regina probationum*, a rainha das provas, era desejada por todos os juízes porque lhes conferia total desengano de suas consciências, e, quando precedida de meios coercitivos e violentos, desvirtuava a garantia da obtenção da verdade.²⁹³ A confissão refletia também

²⁹⁰ Ibidem.

²⁹¹ Aprofundamos o tema das provas e os meios de obtenção e valoração no capítulo 04. Salientamos aqui algumas referências: Alessi Palazzolo, *Prova legale e pena*; J. Langbein, *Torture and the Law of Proof*, e o clássico de María Paz Alonso, e também trabalhos de Abelardo Levaggi, como *Historia de la prueba en el proceso indiano*.

²⁹² Alejandro. *Castigar y perdonar cuando conviene a la Republica. La justicia penal de Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p.367.

²⁹³ PAZ ALONSO ROMERO, María. *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, p. 212. “(...) Podía ir precedida del tormento (un tormento lícito, regulado por el Derecho y rodeado de ciertas garantías referentes al cuándo, al cómo e quién y al cuántas veces), podía haber sido arrancada por dolor, fía como prueba, la mejor de las pruebas, si veinticuatro horas des orturado, lejos de su vista el verdugo y los instrumentos de tortura, "libre y

um sentido religioso em confessar a culpa confirmando ter cometido o ato delituoso na busca pela salvação da alma e remissão dos pecados.

Paolo Prodi pensou diferente. Para este autor, neste período que estudamos, era importante para a construção do Estado moderno, resolver o problema do controle dos comportamentos, mas sobretudo, e para se chegar a isso, o controle das consciências. Nessa perspectiva, para Prodi, era inútil considerar a confissão apenas como um instrumento de terror e de tortura ou como causa de ansiedade espiritual. Claro que a confissão intimidava e consolava, ao mesmo tempo, o cristão comum, mas, para Prodi:

(...) a prática da confissão provoca uma ânsia cada vez maior porque não é capaz de resolver o problema do dualismo entre o direito positivo, eclesiástico e civil, e a consciência; diante da pressão do poder para transformar todo pecado em delito e todo delito em pecado, a prática tradicional do sacramento torna-se impotente. O problema é que o instrumento da confissão mostra-se cada vez mais incapaz de conciliar as duas obediências diversas, à consciência e à lei, em proporção ao crescimento do direito positivo da Igreja e do Estado.²⁹⁴

Controlar os comportamentos e as consciências, controlando as estruturas interpretativas, significava interferir no arbítrio e no espaço de flexibilidade e autonomia dos juízes para deliberarem segundo suas consciências e conforme as especificidades do caso concreto. Dito de outra forma, o cerceamento das interpretações e das consciências limitava o arbítrio judicial, ao mesmo tempo que o orientava pela teologia moral.

Reforçamos também, o exercício do arbítrio judicial no estabelecimento das penas arbitrarias. Em vários processos os defensores e procuradores pediam a pena arbitrária numa tentativa de explorar o que Antonio Manuel Hespanha salientou como “temor e amor” para se buscar a obediência e a disciplina em um equilíbrio entre o perdão e a punição.²⁹⁵ Para além desse jogo de poder do modelo de punição, como característica e estratégia política da coroa, havia também, na ação dos juízes, a faculdade de fixar a pena não seguindo o determinado pela doutrina dominante.

espontáneamente", bajo juramento y requerido por el juez, la ratificaba, declarando ser verdad lo confesado en el potro. Podía también reiterarse el dolor cuando las veinticuatro horas sin él hubiesen bastado para olvidarlo y el reo se negara a la ratificación, y podía también dejarse en suspenso el tormento y continuar con él en diferentes sesiones ficticiamente consideradas una sola hasta vencer su resistencia. Pero la confesión a las veinticuatro horas era prueba plena, garantía óptima de la verdad”.

²⁹⁴ PRODI, Paolo, *op. cit.*, p.233-234.

²⁹⁵ HESPANHA, Antonio Manuel, *op. cit.*, 1987, p. 528.

A correção, pela competência judicial, era realizada pela equidade. Hespanha nomeou tal atitude como “correção casuística da lei”, que era normal no Antigo Regime. Nessa perspectiva, reforçamos, outra vez, o arbítrio judicial no exercício do direito e aplicação da justiça conforme o caso concreto e suas especificidades, inclusive na fixação das penas.

Antonio Manuel Hespanha mencionou essa nossa percepção quando afirmou que o arbítrio era na fixação da pena, somado ao arbítrio no desencadear da ação penal; no estabelecimento e valoração dos fatos; no decretar a prisão; consumando-se na possibilidade de aplicação de penas arbitrárias na ausência de provas suficientes.

Este enorme âmbito do arbítrio de juízes – e juristas, pois na teoria do direito comum, o juiz devia conformar-se, no uso dos seus poderes arbitrários, com a *ratio iuris* desvendada pela doutrina – transformava os operadores jurídicos nos titulares de um poder de decisão (de punição, de ilibação) muito importante. A estratégia de desenvolvimento deste poder não exigia, seguramente, que o discurso jurídico fosse socialmente “praticável”, adequado ou “legível”. Em contrapartida, ganhava se ele tivesse uma lógica circular de fundamentação; i.e., se se fechasse sobre si, fundamentando-se na tradição textual dos juristas, tomando-se a si próprio como referência autoritária e, mesmo, assumindo-se, orgulhosamente, como desligado da realidade e da racionalidade comum.²⁹⁶

Em meados do século XVIII, a estratégia política de punição da coroa se alterou e passou-se a um rigorismo no sistema penal. Como apontou Hespanha, se antes a punição cumpria uma função quase simbólica, agora, ela passava a desempenhar um papel normativo prático. “Ao punir, pretendia-se, de facto, controlar os comportamentos, dirigir, instituir uma ordem social e castigar as violações a esta ordem”.²⁹⁷ O crime distanciava-se da noção moral de pecado e, segundo o autor, “a nova política penal da coroa deste período reagia a todas as formas de, pelo arbítrio judicial ou pelas delongas processuais, se eximir o criminoso às sanções previstas na lei, reagindo contra o *probabilismo* da ciência penal”.²⁹⁸

De acordo com Alejandro Agüero, castigava-se e perdoava-se como um mecanismo de governo que considerava as diversas circunstâncias de oportunidades e conveniência vinculadas aos casos debatidos, assim como as inúmeras possibilidades

²⁹⁶ Idem, p. 530.

²⁹⁷ HESPANHA, Antonio Manuel, *op. cit.*, 1987, p. 531.

²⁹⁸ Idem, p. 533.

encontradas para justificar uma solução alternativa à pena legal ou arbitrária quando a conjuntura assim o exigia.

Este modo de actuar, lejos de acusar localismo, formaba parte de la propia concepción institucional de la justicia de la cultura jurídica de la Monarquía católica, para la cual los magistrados cumplían su misión “*castigando y perdonando cuando conviene a la república*”.²⁹⁹

Cada processo revelava um *sentido* próprio de justiça marcado pela cultura jurídica, pelo arbítrio judicial e pela incerteza, uma das mais importantes características da administração da justiça no Antigo Regime. Estabelecer a justiça consistia em ter dúvidas e falta de certeza, o que valorizava o arbítrio, a interpretação e a consciência judicial na percepção e atenção às circunstâncias específicas do caso concreto para uma decisão equitativa e prudente. Das atitudes dos juízes, defensores, procuradores, fiscais e demais funcionários jurídicos tínhamos refletidas, ou não, as virtudes da justiça. Eram das ações destes homens, do modo como eles viam e entendiam cada conflito e cada relação social que o direito era dito e a justiça exercida.

Em alguns momentos, a prática forense revelava um processo penal cinza, frio, distante de toda a espontaneidade. María Paz Alonso Romero afirmou: “en los papeles estaba la verdad del juicio, pero esa verdad no siempre coincidía con la verdad de la vida”.³⁰⁰ Se juntarmos essa característica do processo penal como a obrigação do juiz de julgar sempre segundo o alegado e provado, mesmo que este alegado e provado fosse pelo próprio juiz, ainda assim, em todo caso, julgar de acordo com elementos de convicção presentes no processo, o ajuste entre eles e a sentença era algo que permanecia no interior da consciência do juiz.³⁰¹ Desse modo, conhecer todo o

²⁹⁹ Alejandro. *Castigar y perdonar cuando conviene a la Republica. La justicia penal de Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p.457-458.

³⁰⁰ PAZ ALONSO ROMERO, María. *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, p. 211.

³⁰¹ Idem, p.212. “Y sin explicaciones, porque en Castilla, no se olvide, las sentencias no eran motivadas, con lo que se desvirtuaba aún más la garantía de verdad judicial que había tratado de asegurar aquella sacralización del principio de la escritura y la obligación para el juez de juzgar siempre *secundum allegata et probata*, aunque fueran hechos alegados y probados por él mismo, pero, en todo caso, de acuerdo con los elementos de convicción presentes en el proceso. El ajuste entre ellos y su fallo era algo que permanecía en el interior de su conciencia (...) el sistema probatorio vigente, con el que también en sus orígenes se había tratado de rodear de cautelas la actividad del juez, obligándole a aceptar, independientemente de su convencimiento personal, una determinada verdad, la resultante de la reunión de aquellos medios de prueba a los que el Derecho atribuía de antemano plena convicción. Si esos medios se conseguían, debía absolverlo. Con esa limitación se trataba de compensar las amplias facultades concedidas al juez en el proceso inquisitivo, por lo que en textos como las Partidas se prescribía que la

processo, no sentido de Paz Alonso, não era saber de tudo o que se passava na sociedade e nas vidas das pessoas.

condena del reo sólo podía fundarse sobre pruebas “ciertas y clares como la luz”: confesión libre, dos testigos idóneos y documentos ajustados a determinados requisitos.

CAPÍTULO 6

**ABUSO DE AUTORIDADE OU CUMPRIMENTO DO EXERCÍCIO
JUDICIAL? A RESPONSABILIDADE JUDICIAL NUM RECURSO DE
APELAÇÃO EM LIMA, 1800**

Este capítulo apresenta a discussão trazida no recurso de apelação entre um juiz inferior que decidiu castigar um homem sem fazer um juízo prévio e nem o acusar processualmente. Ele teria abusado de sua autoridade e excedido nos castigos propinados ao homem, ou estava cumprindo as atribuições de sua função judicial ao seguir o costume? Quais eram os limites do cargo de um magistrado?

Narraremos e analisaremos a ação criminal movida por D^a Ana Marticorena e Don Jose Santos Soto contra o governador e juiz do Povoado de Olaya, do Partido de Huarochiri, vice-reinado do Peru, Don Juan Ramires, por agressões contra ambos.¹ A causa foi apresentada à Real Audiência de Lima em novembro de 1800, no tribunal superior, e representa um recurso de apelação condenando a gravidade da ação do juiz inferior em violentar Don Jose Santos Soto.

O nosso objetivo é compreender, na prática, como funcionava o recurso de apelação levado à Real Audiência de Lima no final do século XVIII e início do XIX. Buscamos analisar a apelação, esta forma institucional muito característica do Antigo Regime, como um mecanismo de responsabilidade judicial e de imposição de limites às ações judiciais. Esse texto irá tratar do recurso de apelação e verificará como este “remédio” do direito era aplicado contra os juízes que não faziam a justiça. Esta causa criminal apresenta para nós alguns elementos discutidos processualmente nos tribunais e um exemplo do modelo jurídico existente nos séculos XVIII e início do XIX.

A causa criminal contra o juiz do Povoado de Olaya, Don Juan Ramires, levada à Real Audiência, o obrigou a explicar-se perante o Tribunal Superior. Diante disso, exploraremos nessa documentação os seguintes pontos: a) como o juiz fundamentou a sua sentença; b) quais argumentos utilizou para convencer os juízes colegiados de que a sua decisão foi a mais equitativa entre todas; c) Quais tipos normativos foram utilizados

¹ Archivo General de la Nación: AGN L.91 C.117.

no embasamento de sua decisão; d) Como os suplicantes se defenderam; e por último, e) qual foi a procedência do pedido de recurso.

Por meio dessa análise documental e da discussão bibliográfica, pretendemos entender como os diferentes tipos normativos, os costumes, as leis e as doutrinas, aliadas ao arbítrio judicial, a prudência e a interpretação, eram utilizados e justificados na prática processual, configurando uma dinâmica que respondia, ou não, a interesses locais, sociais e relações de poder. Partimos de questionamentos como: Qual era o limite da ação judicial? Quem regulava e controlava as decisões judiciais? Qual era o alcance do recurso de apelação no final do século XIX? Quais castigos ainda eram justificados por meio dos costumes? Este processo criminal é emblemático porque nos permite entender as explicações do juiz, réu na causa recursal, sobre suas motivações, e o que ele considerava por justo quando deliberou, bem como conhecer os argumentos da acusação rebatendo, o que segundo eles, era um exercício arbitrário e desproporcional do juiz, réu analisado no tribunal superior.

Dividimos o capítulo em quatro partes. Primeiro explicaremos o recurso de apelação utilizado como um mecanismo de responsabilidade judicial no âmbito jurídico-processual. Depois, apresentaremos o caso que motivou essa temática, explorando os detalhes do expediente judicial. Analisaremos os argumentos do processo à luz da bibliografia sobre o assunto, e, por fim, faremos uma conclusão desse exemplo da prática jurídica.

6.1 Breves apontamentos sobre o recurso de apelação como um mecanismo de responsabilidade judicial

O recurso de apelação servia como uma ferramenta processual contra juízes que não faziam justiça, apontando a responsabilidade do mau juiz. Esse “remédio” processual atuava como mecanismo de responsabilidade judicial servindo como uma garantia do exercício da justiça imparcial, sem interferências pessoais e subjetivas. A responsabilidade judicial servia como a última e mais extrema forma de garantir a justiça contra os juízes que atuavam de maneira informal. Carlos Garriga salientou que o recurso de apelação servia como um instrumento de garantia da imparcialidade e da

justiça, tanto em matéria civil quanto penal, vinculado à responsabilidade comum, típica do universo conceitual do *ius commune*.²

O caso analisado apresenta uma dúvida sobre a atitude do juiz. Ele teria ou não abusado de sua autoridade judicial impondo a pena de açoite sem o devido processo legal? Alejandro Agüero explicou que as penas eram deliberadas segundo a concepção que os juízes tinham sobre o que vinha a ser a sua função e missão social na atividade jurisdicional, e que muitos juízes justificavam os castigos informais como sendo parte do costume.³ O juiz territorial que decidiu castigar sem a necessidade de Audiência, considerava que agia corretamente e que cumpria a sua função, uma vez que lhe cabia manter a ordem.⁴

Carlos Garriga salientou que o modelo judicial castelhano deveria ser compreendido considerando a incerteza jurídica, característica do direito de Antigo Regime, bem como do direito jurisprudencial, e que os juízes tinham uma dupla função enquanto magistrados e tratadistas.⁵ Como a certeza legal não era fácil de se adquirir no direito jurisprudencial, porque não aparecia objetivada no *fallo*, era fundamental que os juízes motivassem suas sentenças. Nesse caso específico que estamos analisando, a parte autora do recurso de apelação contra a decisão judicial, pediu, por meio dos tribunais, que o magistrado fundamentasse a sua decisão, expondo as suas razões, uma vez que não houve Audiência, e nem sentença escrita. Buscar essa explicação nos tribunais superiores, através do consenso dos juízes colegiados, era entendido como uma garantia de justiça.⁶

O recurso de apelação é entendido pela bibliografia como um “remédio” para a se cobrar a responsabilidade do magistrado, tido como uma garantia do exercício e limite do bom governo, e do exercício imparcial da justiça. Protegendo a justiça das

² GARRIGA ACOSTA, Carlos. *La recusación judicial: del derecho indiano al derecho mexicano*. In: **La supervivencia del Derecho Español en Hispanoamérica durante la época independiente**. Cuadernos de Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, n. 02, 1998, pp. 203-240, p.209.

³ AGÜERO, Alejandro. *Castigar y perdonar cuando conviene a la Republica. La justicia penal de Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p.256.

⁴ Analisaremos no próximo tópico as razões apresentadas pelo juiz, justificando a sua decisão.

⁵ GARRIGA ACOSTA, Carlos. *La recusación judicial: del derecho indiano al derecho mexicano*, 1998, *op. cit.*, p.207.

⁶ “Como la justicia no aparecía objetivada en el fallo, sino que permanecía encerrada en la conciencia del juzgador, la única garantía de certeza posible era una garantía moral, que se exteriorizaba en el comportamiento justo del juez o los jueces del pleito, cuando buscaba asegurarse el consenso entre cierto número de ellos (...)”. GARRIGA ACOSTA, Carlos. *La recusación judicial: del derecho indiano al derecho mexicano*, 1998, *op. cit.*, p.207.

interferências pessoais e subjetivas, e cobrando uma governação eficaz, a apelação de uma sentença forçava o sistema judiciário a repensar os direitos envolvidos, a explicar suas ações e compreender sua função no sistema colonial. Segundo Barrientos, a apelação em matéria de governo e de justiça, “constituiu-se num remédio eficaz para a proteção dos direitos das pessoas no Estado indiano contra as ações dos governantes”.⁷ A apelação tinha a função de reparar a confiança entre os pleiteantes e o aparato da justiça.⁸

As Audiências americanas eram defensoras do direito e da justiça. A elas competia resguardar a justiça do monarca e assegurar a justiça dos vassallos.⁹ Na falta da Audiência, como se podia garantir que o magistrado não excedia no exercício da sua função e garantia a justiça? Na ausência da Audiência, e mediante suspeita da imparcialidade do juiz e da justiça de sua decisão, o recurso de apelação cumpria o papel de defensor do direito, protegendo as pessoas dos abusos ocorridos¹⁰. Passaremos a analisar o recurso de apelação contra o juiz e governador de Huarochiri.

6.2 Utilidade, segurança e conveniência: um recurso de apelação levado à Real Audiência de Lima em 1800

Os termos *utilidade*, *segurança* e *conveniência* apareceram citados pelos querelantes na petição inicial da causa recursal destinada ao tribunal de segunda instância em 1800. Os autores da ação de apelação, D.^a Ana Marticorena e seu esposo, Don Jose Santos Soto, acusaram no recurso o excesso e a gravidade da pena aplicada pelo então Governador e juiz inferior do povoado, Don Juan Ramires, imposto a Don Jose Santos, o açoitando sem ter transcorrido o processo judicial. Segundo os suplicantes, faltou ao magistrado, em sua decisão de punir: “*utilidade, conveniencia* e

⁷ BARRIENTOS GRANDON, Javier. *La apelación en materia de gobierno y su aplicación en la Real Audiencia de Chile (siglos XVII, XVIII, XIX)*. **Revista Chilena de Historia del Derecho**, Universidad de Chile, n. 16, 1990, pp. 343-382, p. 343.

Disponível em: <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/126749>

⁸ GARRIGA ACOSTA, Carlos. *La recusación judicial: del derecho indiano al derecho mexicano*, 1998, *op. cit.*, p.212.

⁹ BARRIENTOS GRANDON, Javier. *La apelación en materia de gobierno y su aplicación en la Real Audiencia de Chile (siglos XVII, XVIII, XIX)*, 1990, *op. cit.*, p.345.

¹⁰ Javier Barrientos Grandon acrescentou ainda, citando fray Gaspar de Villaroel, que “sin Audiencia todo fuera dehetría. Sin Odores burláranse las leyes”. BARRIENTOS GRANDON, Javier. *La apelación en materia de gobierno y su aplicación en la Real Audiencia de Chile (siglos XVII, XVIII, XIX)*, 1990, *op. cit.*, p. 346.

segurança”,¹¹ desprezando, portanto, as orientações dos sábios regulamentos, leis e ordenações, sendo acusado de abusar de sua autoridade enquanto juiz.

O caso que foi apelado era o seguinte: os autores da ação da apelação, demandaram verbalmente uma queixa ao governador e juiz territorial do Partido de Huarochiri, Don Juan Ramires, contra seus vizinhos, Yldefonso Nuñez e sua esposa Petronila. O motivo inicial da causa foi a invasão do cachorro de Yldefonso Nuñez na propriedade de Don Jose Santos Soto. O animal tinha comido os ovos, espantado as galinhas e causado muita bagunça na casa de Don Jose. Revoltado com a situação, ele agrediu o animal. Durante a agressão, os donos do cachorro reagiram e iniciou-se uma briga entre eles, envolvendo violência física. Por causa dessa invasão do cachorro, os vizinhos se desentenderam e no meio da confusão, D.^a Ana Marticorena, grávida de sete meses, afirmou ter sido agredida e sofrido um aborto.

Os querelantes procuraram o magistrado do povoado, que também assumia o cargo de governador, e reclamaram verbalmente, expondo o fato ocorrido, todos os envolvidos, as brigas e o suposto aborto. O juiz não deu relevância ao assunto, não aceitou a queixa juridicamente, e sem dar andamento à questão, considerou o caso trivial e sem nenhuma urgência que merecia a sua atenção.¹²

Em uma tentativa de solucionar rapidamente o desentendimento entre os vizinhos, o juiz ordenou que ambos comparecessem e buscassem resolver o problema e manter a tranquilidade, sem, portanto, dar mérito jurídico ao caso. Os querelantes não concordaram com a decisão judicial e verbalizaram que se o magistrado não castigasse os donos do cachorro, que eles entrariam com um recurso de apelação contra o juiz, afirmando que não houve justiça.¹³ O juiz considerou tal ato um desacato, um atentado à

¹¹ “(...) En vano fue el que la solicitase, por que en vez de entrar al Examen que pedía por su naturaleza los dos exesos, se desentendió enteramente de los sabios Reglamentos por Leyes, y Ordenanzas, y los que se prescriben la seguridad, utilidad y conveniencia en proceder al castigo de semejantes Malhechores”. AGN, L.91, C.117, 1800: f.1v.

¹² “Ympuesto yo de esta demanda, y conociendo la ninguna atención que se merecía por lo tribal de ella, y con animo de ponerlos en pas mande que compareciesen antemí, y según (páginas quemada), le proponeste sagazmente a la quietud y tranquilidad en que deven vivir como buenos vecinos. Por esto, y sin atener a mis mandatos levantaron la voz el Marido Santos Soto y su Muger, diciéndome que si Yo no les hacia justicia castigando a los dueños del Perro, ocurrirían a esa capital contra mí. (...)”. AGN, L.91, C.117, 1800: f.4v.

¹³ Ibidem.

sua autoridade como pessoa pública, chamou os querelantes de “subalternos ridículos” e decidiu castigá-los pela insolência.¹⁴

O magistrado deu ordem para açoitar Don Jose Santos Soto, -a parte alegou terem sido 50 açoites, mas o juiz defendeu que foram apenas 05-, seguidos de dois dias na prisão. O homem foi amarrado em um “*zepo de dos pies*”, açoitado em praça pública por um negro, golpeado no rosto e colocando na prisão.¹⁵ Segundo o juiz, tal castigo foi considerado “suficiente” e necessário.¹⁶

Por causa dessa agressão, o ofendido e sua esposa, interpuseram uma ação criminal contra o juiz Don Juan Ramires na Real Audiência de Lima em novembro de 1800. A parte autora alegou que faltou ao juiz examinar, segundo sua função e conforme o regulado pelas leis e ordenanças, a *utilidade, segurança e conveniência* em proceder com o castigo aplicado, bem como faltou dar a devida importância ao Crime de aborto, decorrente do direito natural.¹⁷ Alegaram também que o governador abusou de sua autoridade enquanto juiz, e foi vingativo quando soube que os querelantes entrariam com uma ação contra ele pelo excesso e gravidade cometidos na pena, arbitrária, de açoite. A acusação chamou o juiz de “adicto” porque aliviava as penas, e de “vingativo” por voltar-se contra eles.¹⁸

Os querelantes pediram que os juízes superiores, em “testemunho de sua consciência”, graduassem e sobrepesassem cada ponto apresentado por eles. Que examinassem a decisão de Don Juan Ramires, ao silenciar-se diante do crime ocorrido (aborto), que repensassem a violência aplicada, e solicitassem ao réu que apresentasse

¹⁴ “Atendiendo a mi Persona (...) con tantos desacatos por unos subalternos los mas ridículos mi indispuise a regular, y heche mano a una cana que fue la primera que se me puso a la vista se inclino de descargala en el insolente Pando a este amargo hiso fuga, y porque no quedase sin pronto castigo semejante atentado, mande a dos hombres que lo condujesen a mi presencia, como a ese lo cumplieron, o mande enterar en el suelo para castigarlo con asostes, como era costumbrada en todas las Provincias de la sierra, em cuya virtud se le aplicaron cinco asostes y después lo manutbo aretado en la cárcel dos días (...).” AGN, L.91, C.117, 1800: f.5-5v.

¹⁵ AGN, L.91, C.117, 1800: f.2r.

¹⁶ AGN, L.91, C.117, 1800: f.5v.

¹⁷ AGN, L.91, C.117, 1800: f.1v.

¹⁸ “(...) Y por solo haver proferido de que en ese caso haría sus Representaciones a esta Superioridad à fin que se efectuasen esos legales designos, y que se desindase la materia en todos sus extremos; entonces, **juntando sus fuerzas, precipitado, ò ya valiéndose del peso de su Autoridad violó las obligaciones mas sagradas, deliberando que su Marido fuese constituido en un Zepo de dos pies (...)**”. AGN, L.91, C.117, 1800: f.2r.

as suas razões e motivações para não ter dado atenção ao caso e nem levado à Audiência:¹⁹

(...)Siempre le queda un medio de alibiar sus penas, y detrimentos con quel esta Superior Magistratura en el testimonio de su Conciencia gradue cada punto en su clase, e infiera que de dar al silencio la más seria resolución contra estos Criminales, (...) por eso mismo sera oportuno el que con las reflexiones que ha hecho ver, se sirva su Justificación e integridad en Decreto que sirva de bastante Despacho de proveer que el citado Gobernador informe con la Causa que se haya promovido para executar los atentados de que hace mención en lo tocante à su Marido; y sin perjuicio de esto, **quales las razones para haber dado ninguna audiencia a la Suplicante en continuación de la sinceridad** y buena fee(sic) con que se ha expedido (...).²⁰

O juiz inferior e, também Governador, réu nesta causa, cumprindo com o Decreto Superior de 11 de novembro de 1800, respondeu à acusação explicando a sua versão da história e esclarecendo sobre seus motivos.

Ramires iniciou a sua defesa justificando que o agredido era um homem pardo, livre e que o castigo de açoite aplicado a esse tipo de gente era algo costumeiro entre as Províncias da Serra.²¹ Ele confirmou ter ordenado os açoites e mandado Santos para a prisão por 02 dias. Após o castigo, Ramires restitui o cargo de Ministro que Don José Santos possuía. O magistrado reivindicou a informação de que o castigo compreendido foi de 05 açoites e não 50, e voltou a usar o argumento do *costume* como fundamento da sua decisão.²² Nessa perspectiva, conforme explicou o réu, Don Jose Santos era pardo e, sendo desta casta, era um “bom costume” açoitá-lo, não necessitando de um julgamento anterior. Na sua concepção, ele teria agido corretamente e licitamente.

Afirmou ainda, que a melhor correção para esse tipo de gente era a agressão ao invés da prisão pelo tempo de seis meses. O juiz, enquanto réu no processo, relatou que, com base nos princípios – como o respeito que se deveria dar aos magistrados, principalmente os juízes subalternos-, para se preservar tal respeito de seus súditos, os juízes poderiam agir como considerassem melhor, podendo proceder com açoites em demandas criminais. Para ele, se os padres castigavam, prontamente, os índios com açoites quando estes faltavam com a doutrina religiosa, e esta decisão cumpria com o previsto pelo “Concílio Limense”, ele também podia. Na sua percepção, a sua atitude

¹⁹ AGN, L.91, C.117, 1800: f.2v.

²⁰ AGN, L.91, C.117, 1800: f.2v-3r.

²¹ “(...) lo mande enterar en el suelo para castigarlo con asotes, como pena acostumbrada en las Provincias de la Sierra (...)” AGN, L.91, C.117, 1800: f.5v.

²² Ibidem.

foi *justa* em proceder com os açoites nas demandas verbais, já que o delito não era grave e nem requeria de um júizo criminal:²³

(...) Para cortar estos abusos y que sus Jueces subalternos sean respectados de los súbditos en la manera que corresponde para su mejor arreglo serviendose estimar por bastante anterisado este Juzgado para proceder a asotes en demandas criminales, verbalmente interpuestos y es la que no siendo justo atenta su poca monta guardar el orden de los juicios criminales, cuyo fruto no sería otro que modificarlos, y aun perjudicarlos con la prisión y demás gestiones indispensables, es por tanto **muy buena costumbre** determinar las dichas demandas verbales en el modo expuesto que sirve a esta gente de mejor giro y subsistencia, salvo ya se ve quando el delito por su gravedad requiere la seriedad de las Leyes.²⁴

Seguindo o seu raciocínio, entendemos que se os padres/religiosos podiam açoitar, então, ele, no exercício de sua função e autoridade como juiz e governador, também poderia, sem que fosse necessária uma Audiência para julgar a reclamação de Don Jose Santos. A explicação para esta atitude era a de que, tanto a cor do agredido, quanto o costume do castigo, bem como a falta de gravidade no delito, justificavam os açoites e violência imposto a um homem pardo. Para Ramires, o castigo de açoite era legitimado pelo costume e correspondia a uma resposta judicial rápida para o problema, sem a necessidade de uma Audiência.

Consideramos que esta explicação e embasamento do réu não fazia sentido. Como ele mesmo afirmou, os padres/religiosos podiam açoitar os índios se estes desobedecessem a doutrina religiosa, mas, Don Jose Soto, homem identificado como pardo, não estava contrariando a Igreja. Como que o argumento do juiz se encaixava nessa situação, se não pela cor da pele, pela distinção do lugar social e pelo desacato? A causa não era eclesiástica e o motivo não era uma desobediência à doutrina católica. Tratava-se de uma reivindicação contra a decisão do juiz. Contudo, os mesmos juristas que explicavam o procedimento secular aceitavam que uns poucos açoites eram um corretivo que se podia dar sem a necessidade de processo, equiparando a ação do juiz a de um pai que corrige seu filho.

Dito de outra forma, Ramires puniu Don Jose Soto porque achava que sua autoridade e função lhe garantia tal possibilidade e que o costume religioso o

²³ AGN, L.91, C.117, 1800: f.7r.

²⁴ AGN, L.91, C.117, 1800: f.7r.

legitimava. Ele não considerou necessária uma Audiência porque, ao seu entender, o querelante era pardo e lhe havia insultado, tornando-se merecedor da punição por açoite. Desse modo, o *costume* e a *autoridade* judicial, legitimavam o castigo ao homem pardo. Mas e se o agredido não fosse pardo? Veremos mais abaixo.

Reforçando o seu argumento nesta comparação, o juiz-réu continuou seu esclarecimento fundado no costume equiparando os poderes da jurisdição judicial com a eclesiástica e na especificidade das circunstâncias. Relatou que, “(...) conforme o bom costume, na falta de um Juiz Real nestes povoados tão distantes, os Padres não seriam respeitados pela população se não tivessem a faculdade/permissão para açoitar, e que isto conferiria a eles uma superioridade mais eficaz na ausência deste”.²⁵ Este argumento utilizado no processo era respaldado por teólogos e juristas.

O problema da distância e da falta de juízes régios, por ser um local mais afastado da capital, segundo o apresentado pelo governador Ramires, era amenizado pela permissão que os religiosos tinham de açoitar os desobedientes, e esta prática havia se convertido em um costume não questionável. Onde as leis e os operadores do direito não chegavam, tinha-se presente a força do costume, e este conferia autoridade legítima para castigar sem a necessidade de um julgamento.

O réu Don Juan Ramires reforçou o quanto era doloroso a um juiz ser desacatado por pessoas perversas, como o “pardo queixoso”, e que a população desse povoado não via a Justiça como sagrada porque “viviam em desordem e liberdade, necessitando de um juiz “sagaz e prudente” que zelaria pelo cumprimento da Justiça, castigando de maneira correspondente, os que causassem desordens”.²⁶ Essa atitude do juiz, segundo ele, significava agir com “prudência”.

O réu reforçou a situação delicada dos juízes subalternos afirmando que estes eram obrigados a agir de maneira diferente da dos juízes superiores. Estes magistrados de instâncias diferentes se desentendiam nos assuntos referente a castigo severos, e se viam, diante das circunstâncias, na precisão de deixar impune alguns acontecimentos de

²⁵ AGN, L.91, C.117, 1800: f.7v.

²⁶ “El Superior (...) se dignara considerar quan doloroso lo es a un Juez verse desacatado por unos sujetos viles, y perversos después de a ver sido respectado, y estimada por sujetos de otra consideración y yerarquia en la brillante carrera de las Armas, por lo que se seguirá V. Ex. mandar que en esa capital se les aplique el castigo correspondientes a los representantes para excarmiento de los otros muchos que de la misma condición havian en esta Provincia, con quienes me vere precisado en iguales casos a manejarne (...) que con el Pardo quejoso (...) que no veían a la Justicia con todo el sagrado que corresponde llevados de la libertad, y desorden en que han visto por lo que el precisa y necesario de forma sagas y prudente”. AGN, L.91, C.117, 1800: f.6v.

“pronto remédio”. O juiz enfatizou que os “juízes subalternos sofriam abusos de Procuradores perversos da Capital, que sindicavam qualquer calúnia e que a sua classe merecia respeito dos súditos como corresponde à boa administração da justiça”.²⁷

Para nós, o juiz, estrategicamente, fundamentou sua decisão alegando: a distância do povoado, reforçando a especificidade da jurisdição local e sua autonomia; a cor parda do réu e, portanto, o costume religioso de açoitar esse tipo de gente; a imposição do respeito dos subalternos, como um princípio que protege a justiça da desordem; a prudência dos juízes em agir como correspondesse; e os desentendimentos jurisprudências entre os tribunais sobre os casos concretos.²⁸

Conforme mencionado anteriormente, o juiz inferior Don Juan Ramires, em sua resposta ao Decreto Superior, classificou Don Jose Santos Soto como pardo e de ofício registrador e “Ministro de Juez del Alcalde Yndio” do Povoado de Santa Olaya. Entretanto, após perderem alguns documentos dos Autos por quase dois anos, e a parte autora ter tido acesso ao Decreto de Don Juan Ramires apenas em outubro de 1802, Don Jose Santos escreveu uma outra petição em 15 de dezembro de 1802 esclarecendo que não era pardo, e sim espanhol, natural da Província de Cruz, filho de cavalheiros distinguidos da República, pessoas de respeito e de qualidade.²⁹ Nesta nova petição, dois anos após a primeira, Soto voltou a questionar a decisão do governador em deixar impunes os delinquentes, Yldefonso Nuñez e sua esposa Petronila, e questionou o erro na sua classificação étnico-social.

A estratégia do réu, em classificar o querelante como pardo e usar o costume como respaldo jurídico, não servia se o agredido fosse espanhol. Santos alegou o privilégio da sua casta para reafirmar que o juiz Ramires cometera um erro sobre a sua condição étnica, desqualificando a sua autoridade.

²⁷ AGN, L.91, C.117, 1800: f.7r.

²⁸ “(...) Procuradores perversos de esa capital, sindicando ya se be cualesquiera calumnia de modo que sorprenden la Justificación de los Superiores, y se glorian de estos hechos sobre todo la venionidad de V.Ex. se dio sumaria con su Poderosa mano, poner los medios mas eficaces para cortar estos abusos y que sus jueces subalternos sean respetados de los súbditos en la manera que corresponde para su mejor arreglo sirviendose estimar por bastante anterisado este Juzgado para proceder a asotes en demandas criminales, verbalmente interpuestos (...)” AGN, L.91, C117, 1800: f.6v-7r.

²⁹ “(...) interpuso queja en esta Superioridad contra el Gobernador por los atentados que cometió en mi persona del Suplicante maltratándolo en su Rostro y Cuerpo con crueles golpes, y seguidamente darle sinquenta asotes por manos de un Negro, su esclabo, sin embargo de tener las consideraciones de ser un Hombre español como lo hará costar con personas de respeto que tienen conocimiento de su familia (...)”. AGN, L.91, C.117, 1800: f.9r.

Continuando o desenvolvimento do processo, no documento de 03 de novembro de 1802 Don Jose Santos Soto respondeu ao traslado do informe do réu, juiz e governador Don Juan Ramires de 27 de novembro de 1800. Em sua resposta encontramos argumentos importantes que indicam a compreensão do que se entendia por *justo e justiça* e os mencionares abaixo.

Jose Santos tentou garantir para si o privilégio de ser espanhol demonstrando não ser merecedor de tal castigo, nem dos açoites e nem da prisão, e afirmou que os atos do juiz foram arbitrários,³⁰ acusando também de despótico, mais que o próprio Soberano.³¹ Aliás, Don Jose Soto era espanhol e, portanto, merecia gozar de tais benefícios, inclusive previstos pelas leis.

O procurador do querelante apresentou como prova de sua alegação contra o réu e a veracidade do crime, o próprio informe do governador Don Juan Ramires respondendo ao Superior Decreto. Neste documento, o acusado confessa haver açoitado Don Jose Santos porque o classificara como pardo e que esse castigo era costume frequente nas Províncias da Serra e entre os índios.³²

Portanto, com tal declaração confessando o ato, o procurador do suplicante acusou o réu de ter agido com dolo, e que na condição de juiz, desprezara o fato de sua esposa ter abortado.³³

Está citado neste mesmo documento interposto por Soto que não se discutiam a justiça ou injustiça da demanda do Suplicante sobre o aborto resultante das agressões e insultos de Ydelfonzo Nuñez e sua esposa Petrolina. Essa não era a questão. O que interessava era saber se a pena de açoite aplicada pelo juiz governador estava conforme o previsto na Lei Real de Partida.³⁴ O objeto discutido no recurso era o excesso do castigo de açoite propinado no autor, e se esta decisão seguia os critérios de *utilidade, segurança e conveniência*.

³⁰ AGN, L.91, C.117, 1800: f.16v-17r.

³¹ AGN, L.91, C.117, 1800: f.17v-18r.

³² “ (...) con tantos desacatos por unos subalternos los mas ridículos me indispuse, ha regular y heche mano a una cana que fue la primera que se me puso a la vista inclino a descargarla en el insolente pardo (...) lo mande enterar en el suelo para castigarlo con asotes(sic), como pena acostumbrada en todas las f.5v. Provincia de la Sierra, en cuya virtud se aplicaron cinco asotes y después lo mantuvo arestado en la cárcel dos días, donde mande ponerlo en libertad, para escarmentar a mayor pena (...) cuya ocurrencia a pasado a interponer su recurso a V. Ex^a (...)”. AGN, L.91, C.117, 1800: f.5v.

³³ AGN, L.91, C.117, 1800: f.17r.

³⁴ AGN, L.91, C.117, 1800: f.19v.

O advogado da acusação reforçou que o próprio juiz em seu escrito, injuriava os Procuradores do Tribunal Superior e os subalternos da Real Audiência com serenidade e ânimo. Para ele, o fato de o juiz menosprezar a qualidade dos suplicantes, afirmar que discordava das autoridades jurídicas e injuriar seus superiores, abria margens para questionar a conduta moral e profissional do juiz, além de levantar dúvidas sobre suas decisões judiciais. O advogado acusou o juiz Don Juan Ramires de injúria e de ter agido arbitrariamente. Dessa forma, atuando além de suas faculdades como magistrado, este se converteu em réu pelo mesmo processo que julgou. Don Jose Santos Soto e seu procurador buscaram provar isso, e o argumento que baseou tal afirmação foi o seguinte:

Nótese las expresiones con que se figura desacatado solo por el recurso verbal de la apelación verbarando(sic) siempre la calidad del Suplicantes, y el odio con que mira que los agraviados ocuran a esta Superioridad que dize ser fomentados por tinterillos y Procuradores perberzos(sic) de esta Capital: Quien así injuria sin merito alguno a los subalternos de esta Real Audiencia con tanta cerenidad de animo presta Margen a que se crea f.20, con quanta [parte borrada] Castigo al Suplicante revestido de las facultades de Juez siendo que el recurso le privaba su mal entendida facultad de poder azotar (...).³⁵

Alegaram que a legislação em 1800 equiparava o castigo de açoites à uma questão de tortura, e ³⁶que várias leis municipais proibiam tal prática.

Nuestra sana legislacion abisto con tanto orror(sic) el Castigo de azotes que lo equipara a la cuestión de tormento, y si se considera el Governador con facultad de flagelar con que motivo pide a V.E. de clase ser le licito proceder con azotes al modo que los Parrocos por las faltas de Doctrina con los Yndios quando a estos Vicarios se le priva de esta facultad, por las Synodales del Arzobispado, y a los Juezes Reales por las Leyes Municipales. **Por que no estandole declarada esta facultad se avanzó a estropear y verberar** f.20v. al Suplicante como lo hizo? Luego excedió las facultades que conocía no

³⁵ AGN, L.91, C.117, 1800: f.19v-20r.

³⁶ É certo que no final do século XVIII tem-se uma nova sensibilidade penal que começa a ter um outro olhar sobre o tema dos castigos. Sobre os açoites especificamente, se manifesta Lardizábal y Uribe “*Discurso sobre las penas*” de 1782. A pena de açoites, considerada uma pena corporal aflitiva, foi muito usada para castigar certos delitos das pessoas “inferiores”. Lardizábal y Uribe criticou a pena de açoite, e pediu que ela fosse praticada com muita prudência e discernimento, porque não era útil e podia ser muito pernicioso. “Por regla general, em una nacion honrada y pundonorosa, qual es la Española, toda pena de vergüenza usada con prudencia, y haciendo distinción en el modo de imponerla, según la distinción de clases y de personas, puede producir muy saludables efectos. Pero debe siempre observarse la máxima de no imponer jamás pena, que pueda ofender el pudor y la decencia, pues esto seria destruir las costumbres por las mismas leyes que deben introducirlas y conservarlas (...)”. LARDIZÁBAL Y URIBE, Don Manuel. *Discurso sobre las penas – contraído à las leyes criminales de España para facilitar su reforma*. Madrid, 1782, p. 195, ítem 10.

estarle concedidas, y se ha hecho Reo digno de las penas à que lo condena la Ley.³⁷

Um outro argumento presente nesse processo judicial que nos chamou a atenção, foi referente ao “lugar social” ocupado por Don Jose Santos Soto. Para o procurador, o juiz governador, quando classificou Soto como pardo livre em seu informe, mesmo quando este se afirmava ser espanhol, utilizou esse lugar social para justificar a pena de açoite que lhe havia imposto erroneamente. Ou seja, o juiz classificou o querelante em uma casta que não lhe pertencia para usar isso como um *subterfúgio* para disfarçar e encobrir o erro de ter injuriado um espanhol, sujeito de direito e privilégios. Nas palavras do procurador do suplicante:

Este subterfugio de que lo concideró Yndio por exercer las obligaciones comunes y estar empadronado como tal no lo excusan de la pena porque aun a los Yndios no tiene facultad Juez alguno de maltratarlos y sobre la matéria son repetidos los encargos del Soberano fuera de que el Suplicante no es Yndio, sin Cavallero distinguido como he expuesto (...).³⁸

Mas, e se não fosse nem índio e nem pardo? E se fosse um espanhol, era lícito açoitá-lo sem a devida Audiência?

A noção de *justo* e de *justiça* alterava com a mudança do lugar social do réu. Muitas obras sobre direito penal de Antigo Regime ensinam que era um princípio básico da justiça penal que a pena variasse em função da condição social do réu. Inclusive, para esta sociedade desigual, havia uma *Lei de Partida* que indicava isso, e era a Ley.8, tit., 31, Partida 7. Havia sim, uma diferença entre a noção de justiça e a forma de castigo aplicado de acordo com o lugar social ocupado pelas partes litigantes.

Contudo, contrariando este dispositivo, o procurador rebateu tal alegação. A questão levantada pelo procurador e pelo próprio Don Jose Santos Soto em seu escrito era a de que não fazia diferença. Sendo índio ou branco espanhol, o juiz não tinha o direito de punir com açoites a quem quer que fosse, não importando o seu lugar social e a casta. A questão social não resolvia o caso e não estabelecia os limites da justiça concedendo privilégios. Não neste processo criminal. Não resolvia, segundo o procurador, classificar um homem como espanhol e outro como índio. O problema era que os açoites foram impostos sem um processo formal escrito, mesmo havendo uma

³⁷ AGN, L.91, C.117, 1800: f.20r-20v.

³⁸ AGN, L.91, C.117, 1800: f.20v.

real cédula dispondo, precisamente, que não se aplicariam açoites sem proceder o juízo.³⁹ Temos uma contradição entre a norma e a prática dos tribunais que será tratada com mais detalhes no próximo item. A discussão atingiu outros patamares.

Para o procurador do suplicante, não era da faculdade do juiz açoitar e maltratar as pessoas, principalmente aquelas que o buscavam para o exercício da Justiça. O juiz governador excedeu em suas obrigações legais e injuriou a parte, algo proibido pela *Lei de Partida*.⁴⁰

A acusação também pediu que o juiz fosse castigado arbitrariamente, em juízo de residência, que perdesse o cargo de governador, não possuindo mais o tratamento de “dom”, que fosse considerado “inábil” para ocupar o cargo de juiz, e enviado a uma Ilha.⁴¹ O procurador afirmou que o crime de injúria e de agressão a um homem de uma classe prestigiável, era uma infâmia e causava um enorme dano.⁴² Em sua perspectiva, os autores criminalistas e as doutrinas recomendavam que a pena de açoites fosse precedida de muita *prudência* e *discernimento*, o que faltou ao juiz, e que longe de ser *útil*, era perniciososa, causava infâmia e maior dano que o causado pelo delito que motivou a causa de recurso.⁴³

A causa demorou cinco anos para ser resolvida pelo Tribunal Superior. A justificativa dada sobre a morosidade processual foi a de que havia *incerteza sobre os fatos* e que tal assunto era da incumbência de um juiz territorial, não o desautorizando sobre as agressões, segundo a Lei Real do Reino.⁴⁴

³⁹ Lardizábal y Uribe, analisando as penas corporais de açoites, mencionou as Cédulas de 06 de outubro de 1768, que mandava inserir no corpo legal, derogando todos os foros privilegiados em matéria criminal e de polícia, cuja providência se estendeu depois por outra cédula de 13 de agosto de 1769. Ver: LARDIZÁBAL Y URIBE, Don Manuel. *Discurso sobre las penas*, op. cit., 1782, p.193, ítem 8.

⁴⁰ “Pues la Ley Real de Partida expresamente prohíbe a los Juezes que digan palabras injuriosas a las partes, y que si estas en voz alta sin el debido respecto las dijeren los multen con pena pecuniaria, a que ha contravenido el Gobernador atropendo y verberano al Suplicante, solo porque protexto ocurrir a V.E. de modo que la injuria inferida al Exponente es una de las que el Derecho conoce por la mas atroz y enorme (...)”. AGN, L.91, C.117, 1800: f.21r-21v.

⁴¹ AGN, L.91, C.117, 1800: f.21v.

⁴² AGN, L.91, C.117, 1800: f.22r.

⁴³ “Sinceramente mas el Crime perpetrado por el Gobernador, por ser la injuria enermisima en haber flagelado a hombre de la clase del exponente. Uno de los encargos de los Autores Criminalistas, es que para la pena de azotes, preceda mucha prudencia y discernimiento, que lejos de ser útil, es pernicioso, inominoso, causa infamia y mayor dano que el que causó el delito, u que se observe la máxima de no imponerla cuyas Doctrinal recomienda el Exponente para que se le deniegue de esa declaración que solicita (...)”. AGN, L.91, C.117, 1800: f.22r.

⁴⁴ “El Fiscal del Crime en vista de este expediente movido por Jose Santos Soto, solicitando el recibo de una informacion al tenor de los hechos que deduce, Dice: que la misma morosidad con que ha procedido en la contextacion del traslado que se le confirió de lo informado por el GObernador de Huarochiri desde de 4 de mayo de este año está indicando la **incertidumbre de los referidos hechos**, y lo poco que le ha

O tribunal teve dúvidas e incertezas provocadas pela retórica do procurador da acusação, dificultando a tomada de decisão. O procurador da parte autora apresentou um discurso muito elucidativo rebatendo e provocando as alegações da defesa. Ele apelou, principalmente, para a consciência e a prudência dos magistrados de segunda instância e contestou o argumento concreto usado neste caso pelo juiz de primeira instância sobre o suposto costume, questionando a força do costume e a necessidade da reforma na norma.

No final da história, o processo foi resolvido pela decisão do fiscal promotor, que julgou melhor expulsar o querelante Don Juan Santos Soto e sua família do Partido de Huarochiri porque eles, com suas ideias, causavam alterações entre os índios e outras condições sociais. Aparentemente, o fiscal não acreditou que Santos fosse um espanhol pois o tratou como gente de casta: “(...) se le mande salir de sus confines, afin de evitar las alteraciones que se irrogan a los Yndios con el Domicilio de diversas castas en sus reducciones, según se halla dispuesto por otra Ley Real Municipal”.⁴⁵

Podemos supor pela resposta apresentada a esta apelação que o fiscal não acreditou que Jose Santos era mesmo um espanhol, ou que, pelas incertezas e inseguranças surgidas na resolução desse caso, preferiu castigar aos homens que ao juiz, e com isso preservar a paz comunitária. O réu ganhou a causa e os agredidos tiveram que se retirar do povoado.

O juiz-governador, em deliberação de 10 de Junho de 1805, passou por um juízo de residência. Não temos a documentação e nem a decisão tomada neste juízo, mas temos a comprovação de que estas ideias incomodaram e atiçaram a sociedade desse pequeno povoado, provocando respostas e mudanças para comportamentos que não eram mais aceitos pela sociedade e nem pelos costumes.

Por essa decisão colegiada do tribunal superior temos que, talvez, fosse melhor expulsar Don Jose Santos e sua esposa do que castigar publicamente o juiz, que ainda era governador. Deste modo, o processo não transcenderia seu espaço jurídico e não repercutiria socialmente abrindo brechas para mais contestações. Mais do que encontrar

interesado a esta parte el agitarlos en atención a que conforme a lo dispuesto por la Ley Real del Reyno las acciones de esta clase deben recervarse para la oportunidad en que los Jueces territoriales produzcan su recida (...)”. AGN, L.91, C.117, 1800: f.23r.

⁴⁵ AGN, L.91, C.117, 1800: f.23r-23v.

a *justiça* prezou-se pela paz comunitária, uma forma de dissimular a situação e controlar os rumores. Seria este um outro *sentido* de justiça cabível na América de antigo regime.

Passaremos a analisar alguns argumentos à luz da historiografia, reforçando a aproximação entre o direito e a teologia moral.

6.3 Arbítrio na decisão judicial: uma questão jurídica e moral

6.3.1 A consciência e a prudência

Os autores do recurso de apelação, realizado contra a decisão do juiz inferior Don Juan Ramires, em 1800, pediram que o caso fosse revisto pelo tribunal superior, graduando cada ponto, em testemunho de sua *consciência*.⁴⁶ Inferindo e sobrepesando cada ponto levantado na petição, os magistrados da Real Audiência de Lima teriam que, a pedido das partes, cobrar do réu, o juiz apelado, as razões que o motivaram⁴⁷ em sua decisão e analisar se foram justas. Passaremos a analisar, pela historiografia, a *consciência* e a *prudência* como virtudes fundamentais na prática judiciária.

De acordo com Rafael Ruiz, o que realmente era decisivo no momento da deliberação dos juízes sobre a sentença, não eram as leis, ou os costumes locais e opiniões dos diferentes juristas e doutores, mas a *interpretação*.⁴⁸ A deliberação em *consciência*, significava que o juiz formava a sua decisão no foro interno, circunscrita pela teologia moral.⁴⁹

Apelar para a “consciência” do juiz, como um testemunho de suas ações, significava usar o peso da moralidade cristã como uma estratégia para influenciar o comportamento do magistrado e buscar uma decisão mais justa e equitativa. Constituía em cobrar do juiz a sua responsabilidade moral, atrelando às suas atividades jurídicas, os deveres impostos pelas normas morais.⁵⁰ Quando um conceito da teologia moral era citado num processo criminal, neste caso, pela parte acusadora, num processo no qual o

⁴⁶ “Siempre le queda um médio de alibiar sus penas, y detrimientos con quel esta Superior Magistratura en el testimonio de su Conciencia gradue cada punto en su clase, e infiera que de dar al silencio la más seria resolución contra estos Criminales (...)”. AGN, L.91, C.117, 1800: f.2v.

⁴⁷ Ibidem, AGN, L.91, C.117, 1800: f.2v.

⁴⁸ RUIZ, Rafael. *O sal da consciência: probabilismo e justiça no Mundo Ibérico*. Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência “Raimundo Lúlio”, São Paulo, 2015, p. 109.

⁴⁹ RUIZ, Rafael. *O sal da consciência: probabilismo e justiça no Mundo Ibérico*. Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência “Raimundo Lúlio”, São Paulo, 2015, p. 109.

⁵⁰ Sobre esse assunto, ver: VIDAL, Marciano – *Historia de la teología moral*, vol.04: Madrid, 2005.

juiz era o réu, solicitando que o próximo magistrado agisse conforme a sua consciência, vemos a teologia em sua dimensão pragmática atrelada à prática judicial. Há que salientar que neste contexto, religião, moral, teologia, direito (secular e canônico) são campos que se interconectam de maneira inextricável.⁵¹

Conforme apontou Carlos Garriga, a justiça dependia mais da decisão dos juízes do que das leis. “No es preciso garantizar la aplicación de las “leyes” sino el comportamiento de los jueces”.⁵² Nesta perspectiva, Rafael Ruiz, também apontou, analisando a função do juiz e a prática judiciária, que não havia como separar a moral do direito, “nem como querer que um juiz que não fosse um homem justo pudesse ditar sentenças justas apenas aplicando as leis aos casos concretos”.⁵³

A imagem do juiz perfeito era construída num enfrentamento entre as virtudes, vícios e paixões do homem versus a figura pública do juiz. Os juízes deveriam ser firmes para não se deixarem levar pelos interesses econômicos, familiares, pessoais e não corromper o *fruto* da justiça.⁵⁴ Eles deveriam manter a salvo as suas virtudes porque a justiça dependia deles.⁵⁵ Nessa perspectiva, o juiz Don Juan Ramirez teve suas paixões e sentimentos extrapolando o seu dever enquanto figura pública. Ele deixou se levar pela ira e açoitou Don Jose, quando este lhe disse que entraria com recurso contra a sua decisão, como um ato vingativo. Por tal atitude, foi chamado de “despótico” e “vingativo”, e virou réu no recurso de apelação.

Garriga esclareceu que o enfrentamento das virtudes com as paixões se dava na consciência do juiz, resultando em um exercício interminável de dilemas morais convertendo os magistrados em obstáculos, instrumentos e meios da política real.⁵⁶

⁵¹ Sobre esse assunto, ver: AGÜERO, Alejandro. “Las penas impuestas por el Divino y Supremo Juez”. *Religión y justicia secular en Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII*. Revista de la Junta Provincial de Historia de Córdoba, 2007, pp. 203-230.

⁵² GARRIGA ACOSTA, Carlos. “*Los límites del reformismo borbónico: a propósito de la administración de la justicia en Indias*” em Feliciano Barros (coordinador), **Derecho y Administración Pública en las Indias hispánicas**, Cuenca, 2002, vol. I, pp.781-821, p.792.

⁵³ RUIZ, Rafael. *O sal da consciência: probabilismo e justiça no Mundo Ibérico*. Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência “Raimundo Lúlio”, São Paulo, 2015, p.105.

⁵⁴ Sobre este assunto, ver as obras: VALLEJO, Jesús. *Acerca del fruto del árbol de los jueces. Escenarios de la Justicia en la cultura del “ius commune”*. *La justicia en el derecho privado y en el derecho público*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, n. 2, 1998, pp. 19-46, e, RUIZ, Rafael. *O sal da consciência: probabilismo e justiça no Mundo Ibérico*. Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência “Raimundo Lúlio”, São Paulo, 2015.

⁵⁵ VALLEJO, Jesús. *Acerca del fruto del árbol de los jueces. Escenarios de la Justicia en la cultura del “ius commune”*. *La justicia en el derecho privado y en el derecho público*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, n. 2, 1998, pp. 19-46, p.32.

⁵⁶ GARRIGA ACOSTA, Carlos. “*Los límites del reformismo borbónico*, 2002, *op. cit.*, p.793.

O papel do juiz era extremamente importante para se estabelecer a justiça. O Padre Daniel Concina definiu a justiça como uma virtude que tinha como objeto a igualdade que se devia ter entre o direito de um e a obrigação de outro.⁵⁷ Mesmo a justiça sendo uma virtude moral, a moralidade que decidia para um lado ou outro, que pesava e considerava todos os termos, buscando uma razão proporcional e igualitária, estava na consciência do juiz. Ele decidia o justo, conscientemente.

Contudo, decidindo mal, o juiz pecava. Juízos injustos de juizes eram considerados por Concina como vícios que levavam à injustiça, e esta, pela sua natureza, era um pecado mortal.⁵⁸ Deste modo, a decisão, para não ser errada, deveria seguir os critérios morais.

Além do mais, o juiz não deveria julgar o caso rápido demais, de maneira precipitada. Uma das virtudes fundamentais para o ofício da magistratura, era a *paciência*. O juiz precipitado indicaria que a instrução não estava completa. De acordo com Jesús Vallejo, o tempo era o pai da verdade e constituía a *medula* da árvore das virtudes dos juizes.⁵⁹ Ao que parece, o juiz Ramires julgou o caso tão rápido, decidindo que não havia mérito na questão. Faltou a ele, as virtudes de um juiz perfeito.

Miriam Turrini, estudando os teólogos morais e suas definições sobre a *consciência*, afirmou que esta correspondia a um ato derivado da virtude da prudência.⁶⁰ Luis Bacigalupo apontou que a decisão em torno da ação correta ou incorreta se baseava em uma crescente atenção sobre as intenções e motivos da ação.⁶¹ Era a *prudência*, a mãe de todas as virtudes, que discernia entre o bem e o mal. A prudência e o discernimento deviam guiar as ações, principalmente no momento de castigar alguém. Era mediante à prudência que a justiça sabia o que se devia a cada um.⁶² Desta forma, conhecer-se a si mesmo como um sujeito moral, sendo “testemunha da própria consciência”, supunha conhecer o que acontecia em seu íntimo, considerando o livre

⁵⁷ CONCINA, question III, f.214r. “A justiça é entendida como uma virtude moral especial, que inclina a vontade a dar a cada um o que é seu”. Tal definição reproduz uma expressão que já estava no direito romano e que foi assumida pela tradição cristã.

⁵⁸ Ibidem, CONCINA, question III, f.214r. “La injusticia es por su naturaliza pecado mortal, y será venial por parvidad de materia, ò por indeliberación”.

⁵⁹ VALLEJO, Jesús. *Acerca del fruto del árbol de los jueces*, 1998, *op. cit.*, p. 33.

⁶⁰ TURRINI, Mirian. *La coscienza e leggi. Morale e diritto nei testi per la confessione dell'ap rima Età moderna*. Annali dell' Istituto storico italo-germanico. Società editrice il Mulino, Bologna, 1991, p. 185.

⁶¹ BACIGALUPO, Luis. *Intención y Conciencia en la Ética de Abelardo*, Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial, Lima, Perú, 1992, p.34.

⁶² Idem, p. 77.

arbítrio e a prudência. “La relación entre el saber de la norma y el conocimiento del propio acto volitivo constituye lo que llamamos conciencia moral”.⁶³

Nesta perspectiva, Bacigalupo afirmou que para a vontade ser qualificada moralmente e para se verificar se o desejo intencional era lícito ou não, fazia-se indispensável ter uma compreensão prévia sobre o que era correto ou não. Isso indicava uma dependência da vontade em relação ao livre arbítrio e a prudência.⁶⁴ A prudência como uma virtude moral orientava as ações humanas, e se esta fosse corrompida pelas paixões, a vontade perdia sua retidão.⁶⁵

Constatamos, por esse processo criminal levado à Real Audiência de Lima em 1800, que, em pleno início do século XIX, nos tribunais superiores da América, ainda se exigiam a motivação das sentenças como uma forma de conhecimento da procedência da ação judicial. Ainda temos neste período, na construção da imagem de um juiz perfeito, a relevância da *consciência*, *prudência*, da *intenção* e da *motivação* na compreensão dos juízos.⁶⁶

Relacionando o disposto pela bibliografia com o exemplo do processo criminal em sede de recurso de apelação, percebemos que quando os autores do recurso entraram com uma ação contra a decisão do juiz em primeira instância, confrontando a legalidade da pena de açoite aplicada, verificou-se um exemplo da interferência da sentença, como um ato jurídico do foro externo, influenciando sobre a aplicação da pena no âmbito do foro interno.⁶⁷ Havia espaço para o arbítrio do juiz, mas este deveria ser regado pela moral e legalmente condicionado. E uma maneira de desqualificar o juiz, era demonstrando que este não agia conforme as virtudes morais.

⁶³ Idem, p. 165.

⁶⁴ Idem, p. 166.

⁶⁵ VEREECKE, Louis. *Conscience Morale et Loi Humaine*. Selon Gabriel Vazquez S.J. Bibliothèque de Théologie. Série II, **Théologie Morale**, sous la direction de Ph. Delhayé – J.C. Didier – P. Anciaux, Vol. IV, Desclée & Cie, Éditeurs, 1957, p.100.

⁶⁶ Sobre esse assunto, ver MARTA LORENTE SARIÑENA. “*Del iudex perfectus hispanico al magistrado constitucional español*”. RUIZ, Rafael. *O sal da consciência: probabilismo e justiça no Mundo Ibérico*. Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência “Raimundo Lúlio”, São Paulo, 2015. CASTILLO DE BOBADILLA, J., *Política para corregedores y señores de vasallos en tiempos de paz y de guerra*, Medina del Campo, por Christoval Lasso e Francisco Garcia, 1680. HOMEM, António Pedro Barbas, *Judex Perfectus. Função jurisdiccional e estatuto judicial em Portugal, 1640-1820*, Almedina, Coimbra, 2003.

⁶⁷ TURRINI, Mirian. *La coscienza e leggi*, 1991, *op. cit.*, p. 284.

6.3.2 O arbítrio e a interpretação

Quando o defensor da acusação, representando Dona Ana Maticonera e seu esposo Don Jose Santos Soto, afirmou que o juiz foi *arbitrário e vingativo*, ele estava esclarecendo que as motivações do magistrado foram fracas, e que ele abusou do seu poder, da sua autoridade e obrigações, produzindo um resultado jurídico questionável. Este seu apontamento foi reforçado quando o próprio réu alegou que discordava de magistrados superiores e que agia diferente. Passaremos a analisar os conceitos *arbítrio* e *interpretação* para compreendermos sua aplicação no processo analisado.

Os juízes deliberavam interpretando as leis e adequando-as às circunstâncias e necessidades locais, e esta prática não dizia respeito à América e nem apresentava uma eficácia maior na atividade jurisdicional. O modelo jurídico era esse. A ordem jurídica de Antigo Regime configurava-se apoiando-se na prudência dos juízes e em sua capacidade para determinar em cada caso o que era justo. Os juízes não eram pensados como simples aplicadores de leis. Esta interpretação, fruto da atividade autônoma do juiz, encaminhava, pelo arbítrio, a decisão segundo o determinado pela consciência e pela vontade. O arbítrio era muito útil no mundo jurídico hispânico. Contudo, agir segundo o arbítrio, no sentido que propomos aqui, não significava fazer o que desse vontade, sem refletir sobre isso e sem considerar as doutrinas, as leis e a experiência jurídica.⁶⁸ Consideramos neste capítulo, o conceito de *arbítrio* conforme definido por Massimo Meccarelli, Rafael Ruiz, entre outros, e explicitaremos esse conceito abaixo.

Massimo Meccarelli definiu o arbítrio como uma manifestação da equidade, como uma medida do juízo, ou um parâmetro de credibilidade.⁶⁹ Cabia à equidade conferir ao arbítrio uma função normativa. O arbítrio fazia parte da função jurisprudencial, assim como atentar-se para os costumes existente. Rafael Ruiz

⁶⁸ Nos inspiramos na obra de Rafael Ruiz, “*O Sal da Consciência*”, quando este apresenta a definição para arbítrio: “O arbítrio do juiz estava relacionado semanticamente a termos como “vontade”, “juízo”, “consciência” ou “discriminação”, expressões todas que indicavam que o seu exercício não estava determinado nem era possível de ser definido *a priori*; conseqüentemente, o conteúdo do mesmo também ficava indeterminado, tendo como garantia de legitimação que fosse realizado conforme à equidade, à justiça e à razão (...)”, RUIZ, Rafael. *O sal da consciência: probabilismo e justiça no Mundo Ibérico*. Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência “Raimundo Lúlio”, São Paulo, 2015, p.112.

⁶⁹ MECCARELLI, Massimo. *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 17.

conceitualizou *arbitrio* como sendo o instrumento que conferia a concretude necessária para se atentar ao caso e às circunstâncias, realizando, de fato, o direito.⁷⁰

Como explicou Joaquín García e Rafael Ruiz, “a equidade está muito longe de significar uma espécie de governo de juízes, e unicamente tem sentido num esquema doutrinal onde a lei tem primazia. A equidade não pretende substituir a lei, mas assegurar que se cumpra o sentido último da mesma”.⁷¹

Já António Manuel Hespanha, numa perspectiva da administração governamental, considerou a justiça, para além de uma virtude moral, como defendiam os teólogos moralistas, como uma virtude do governo político. A força atrativa da justiça e do *iudicium*, correspondiam a um poder administrativo, decorrente de um *exame* ou *deliberação* ocorrido sob requisitos processuais ou metodológicos postos. “O *iudicium* opõe-se a *arbitrium* tal como a *ratio* se opõe à *voluntas*. E assim, se existia uma ciência do governo, ela não pode ser senão a jurisprudência”.⁷² O juiz, réu no recurso de apelação, exercício tanto a função de magistrado quanto acumulava a função de governador. Dessa forma, a sua atitude, questionada na ação recursal, criticava a justiça e a prática desses dois âmbitos da sociedade. O recurso era uma garantia para o exercício correto e justo dos governadores e juízes, e, portanto, muito importante para a defesa da justiça contra abusos e interesses pessoais, controlando os poderes públicos.

Quando se pediu, na apelação, pela explicação e justificativa da decisão do juiz, tratava-se de uma reflexão sobre a própria consciência e equidade do magistrado no cumprimento de sua função na sentença dada. A equidade era muito importante para a administração da justiça na América colonial, bem como para a prática da fundamentação das sentenças judiciais. Quando se tem a justificativa do porquê tais razões foram eleitas para se chegar a um juízo, desprezando outras também prováveis, tem-se confrontadas as várias possibilidades normativas estabelecidas dentro do espaço do arbítrio judicial, e se conhece o valor atribuída à justiça dentro da mentalidade dominante.

⁷⁰ “(...)Por meio do arbítrio, uma das principais características desse sistema jurídico era a de tornar-se concreto, permitindo a necessária atenção ao caso e às circunstâncias do mesmo, realizando, de fato, o direito”, RUIZ, Rafael. *O sal da consciência*, 2015, *op. cit.*, p. 112.

⁷¹ GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín; RUIZ, Rafael. *Dupla equidade em sentenças do Vice-Reinado do Prata no final do século XVIII*. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, Vol. 08, N.2, 2017, p.1203-1223, p. 1219.

⁷² HESPANHA, Antonio Manuel. *Justiça e administração entre o Antigo Regime e a Revolução*. In: **Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales**. Atti dell incontro di studio -Firenze -Lucca 25, 26, 27 maggio 1989. Tomo I, p.146.

Não pretendemos juridicizar a teologia moral ao trazer estes conceitos para a análise do processo criminal, mas reforçar a sua importância na *práxis* jurídica, na interpretação dos tipos normativos mais adequados à solução dos conflitos sociais não governados por meio de regras claras e bem definidas.

Analisando a historiografia neste caso específico do recurso de apelação em 1800, percebemos que o caminho argumentativo tecido pelo juiz em sua defesa, o Don Juan Ramires, levou ao debate muitas questões sobre o ordenamento jurídico indiano e seu valor social, governativo e normativo. Tau Anzoátegui apontou que a lei, o costume ou a doutrina dos autores respondiam às demandas sociais e ao “jogo dos distintos poderes jurisdicionais e normativos existentes”⁷³. Este capítulo pretendeu exemplificar um exemplo dessa percepção do embate entre o poder jurisdicional e as normas.

Discutiremos, pela bibliografia, um outro argumento usado pelo réu no recurso de apelação, os *costumes*. O juiz territorial justificou, em sua defesa, o castigo de açoites, alegando seguir os costumes. Apresentaremos a discussão que compara esta pena corporal ao *tormento*, conceitualizando a tortura e discutindo o valor dos costumes como fonte normativa do direito.

6.3.3 Os costumes e o castigo de açoitar

O juiz Don Juan Ramires, réu na causa criminal analisada, justificou sua decisão de castigar a Don Jose Santos Soto no *costume* existente entre os religiosos de açoitarem os índios e os pardos. Na ausência de leis, ele buscou um outro tipo normativo para embasar sua decisão. Escolheu o costume e o justificou pela cor parda do homem agredido, considerando a *pessoa* e a *coisa*, como afirmou Tau Anzoátegui.

Víctor Tau Anzoátegui, analisando as leis na América hispânica, afirmou que o complexo ordenamento jurídico indiano se integrava, principalmente, a três fontes: a lei, o costume e a doutrina dos autores.⁷⁴ O direito, enquanto uma ciência, somente se realizava por meio da solução adequada dos casos, considerando as circunstâncias do

⁷³ TAU ANZOATEGUI, Vícto. *El poder de la costumbre. Estudios sobre el Derecho Consuetudinario en América hispana hasta la emancipación*. Instituto de Investigación de Historia del Derecho, Buenos Aires, 2001.

⁷⁴ TAU ANZOATEGUI, Víctor. *La ley en América Hispana. Del descubrimiento a la emancipación*. Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires, 1992, p. 08.

tempo, lugar, pessoa, matéria e coisa. “Las normas acudían em apoyo de la misma y no eran éstas las que daban la solución anticipada de las situaciones. Excepciones, privilegios, dispensas, tolerancias eran mecanismos que convergían en esa ocasión”.⁷⁵

Buscando entender qual era o uso da noção de justiça na *práxis*, Tau Anzoátegui, partindo da obra “Política Indiana de Solórzano”, a definiu como uma virtude que “servia para alcançar soluções mais adequadas”.⁷⁶ Contudo, ele nos advertiu da necessidade de se ter preceitos rígidos dentro do ordenamento para se apreciar determinadas noções, como a de justiça, tendo uma função chave como guia, meta e limite judicial.⁷⁷

Os *costumes* eram uma outra opção de escolha no momento de dúvida. Eles eram uma outra maneira de interpretar a lei, visando o bem comum.⁷⁸ Os costumes eram inseridos na sociedade, não pelo particular ou pelo Príncipe, mas pela comunidade, como uma cidade ou uma Província.⁷⁹ As condições necessárias, segundo Daniel Concina, um autor que teve um papel importante no campo teológico depois da expulsão dos jesuítas,⁸⁰ para criar um costume eram: que o costume fosse razoável; que procedesse de uma frequência de atos livres; que durasse por um tempo conveniente; que fosse introduzido com ânimo de obrigar-se e que fosse conveniente e útil ao bem comum.⁸¹ Esse religioso advertiu, bem como aparece no direito secular nas *Siete Partidas*, e era repetido por juristas seculares, que se o costume fosse contra a lei natural ou divina, não poderia prevalecer. Isto porque o costume legítimo possuía força de lei e nenhuma lei deveria contrariar a lei natural ou divina. O próprio costume consistia numa interpretação da lei.

Martel Paredes reforçou a ideia de que mesmo com os esforços unificadores dos espanhóis, as instituições e os costumes locais permaneceram e substituíram, em grande

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ TAU ANZOATEGUI, Víctor. *La noción de justicia en la Política Indiana de Solórzano*. **Homenaje a Ismael Sanchez Bella**, 1992, pp. 602-619, p. 611.

⁷⁷ Idem, p. 609.

⁷⁸ Daniel Concina explicitou que o costume era um certo direito introduzido na sociedade quando a lei faltava. “Es necesario que la costumbre sea razonable, como la ley, porque ambas deven (sic) mirar al bien publico de la comunidad. Por lo qual (sic) ninguna costumbre puede obtener fuerza de ley si es contra el bien común de la sociedad (...)”. CONCINA, question XV, Libro Octavo, Capítulo X, *De la cesación, interpretacion, dispensación de la Ley, y de la costumbre*.

⁷⁹ Ibidem.

⁸⁰ Sobre este asunto ve: LLAMOSAS, Esteban F. *Un teólogo al servicio de la corona: las ideas de Daniel Concina en la Córdoba del siglo XVIII*. **Revista de Historia del Derecho**, n. 34, 2006, pp. 161-189.

⁸¹ CONCINA, question XVII, Libro Octavo, Capítulo X, *De la cesación, interpretacion, dispensación de la Ley, y de la costumbre*.

medida, as disposições legais existentes, a ponto de os costumes locais representarem uma exceção às leis.⁸²

Entretanto, no processo criminal levado à Real Audiência de Lima em 1800, o costume defendido pela defesa como uma norma de direito vigente e eficaz para justificar o ato de castigar Don José de Santos Soto, foi rebatido pela acusação, o equiparando ao tormento. Nesse sentido, o costume deixava de ser um intérprete da lei quando contrariava as leis, e permanecia um hábito utilizado pelos poderosos quando lhes convinha. Os magistrados colegiados tinham que decidir se o costume dos religiosos em açoitar os indígenas e pardos, ao desobedecerem à doutrina católica, também servia para o juiz, e se este teria agido corretamente ou não.

O costume de açoitar os índios e homens pardos foi questionado e comparado à tortura. O defensor da acusação expôs a sua ilegalidade, deslegitimando-o como um tipo normativo. Para nos ajudar nestas questões, recorreremos à obra intitulada “*Libro de indícios y tormentos*” escrito pelo Licenciado D. Antonio de Quevedo y Hoyos, Abogado de los Reales Consejos y Corte, no ano de 1632.

Esta obra menciona alguns dos limites dos juízes nos processos criminais. Quevedo estabeleceu uma diferenciação entre a tortura e o interrogatório, e analisou as situações em que eram lícitos aplicá-los pelo juiz.

Quevedo escreveu no Capítulo Segundo questão 4 que, no foro exterior o juiz que atormentasse, torturasse o réu sem indícios, deveria ser condenado por pena capital, não apenas quando a tortura era aplicada na pessoa livre, mas também no servo e no escravo.⁸³ Reforçando essa afirmação, Quevedo salientou que nem mesmo os juízes em seu livre arbítrio tinham a faculdade de tomar a decisão de torturar alguém e desprezar as leis e demais disposições legais para isso.⁸⁴

Decidir segundo o livre arbítrio era uma capacidade permitida e reconhecida como necessária para a função judicial colonial. Contudo, as leis limitavam esse espaço, aparentemente, enorme de decisão. Agir conforme o livre-arbítrio não significava desprezar as normas e nem sair impune de suas decisões. Muitos juízes coloniais

⁸² MARTEL PAREDES, Víctor Hugo. *La filosofía moral: el debate sobre el probabilismo en el Perú siglos XVII y XVIII*. Instituto Francés de Estudios Andino. Lluvia Editores, Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2007, Lima, Perú, p. 34.

⁸³ QUEVEDO, Capítulo Segundo, questão 4, f.5r.;

⁸⁴ QUEVEDO, Capítulo Segundo, questão 13, f.7v.

abusavam de seu espaço de flexibilidade e se viam confrontados pelas leis e pela própria consciência.

Citando Covarrubias, Quevedo afirmou que o juízo para se determinar a prática da tortura a alguém deveria seguir o alegado e provado, e não apenas baseado no que um indivíduo soube particularmente em sua consciência.⁸⁵ Isto porque a punição para o juiz que praticasse a tortura erroneamente era a de pena capital e perda da alma.

Quevedo definiu a tortura como um “remédio subsidiário” e um meio de prova “amador” usado para se descobrir a verdade dos delitos e conhecer os delinquentes quando nenhum outro meio provatório servisse.⁸⁶ Quevedo considerou a definição dada pelas *Siete Partidas*, título 30, Partida 7.

Alejandro Agüero, analisando o uso da tortura na justiça criminal Indiana dos séculos XVII e XVIII nos esclareceu que, segundo o definido pelas *Siete Partidas*, não se devia aplicar castigo algum se o delito não fosse devidamente provado. “Se pretendía una condena em base a evidencia objetiva y, em consecuencia, no se admitía que la convicción del juez pudiera decidir. Por eso los indicios no eran suficiente, porque ellos sólo producían “cierta inclinación del ánimo” en el juez, lo que no servía para fundar una decisión sobre la vida de un hombre”.⁸⁷

Esta definição nos mostra o quanto esse meio de prova vinha sido criticado no processo judicial como forma de se buscar a verdade dos fatos. Agüero mencionou que a tortura tinha uma dupla função do processo penal: a sua natureza mista permitia que fosse utilizada como coação processual, servindo para obter uma prova (a confissão), e para castigar a suspeita.⁸⁸

Vimos essa discussão apresentada ao superior tribunal de justiça no processo ocorrido em 1800 movido por D^a. Ana Marticorena e Don José Santos Soto, querelantes na ação contra o governador e juiz territorial Don Juan Ramires. A queixa era a de que Ramires, em sua função jurisdicional no Pueblo de Santa Olaya, excedeu-se na pena de

⁸⁵ QUEVEDO, Capítulo Segundo, questão 6, f.6r.

⁸⁶ QUEVEDO, Capítulo Primero, questão 7, f.3r.

⁸⁷ AGÜERO, Alejandro. *Sobre el uso del tormento en la Justicia Criminal Indiana de los siglos XVII y XVIII. (con especial referencia a la jurisdicción de Córdoba del Tucumán)*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Instituto de Historia del Derecho y de las ideas políticas Roberto I. Peña. **Cuadernos de Historia**. N. 10. Córdoba – República Argentina, 2000, pp.195-253, p.203.

⁸⁸ AGÜERO, Alejandro. *Castigar y perdonar cuando conviene a la Republica. La justicia penal de Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 363.

çoite estabelecia ao suplicante, sem lhe dar o devido processo criminal. Tal atitude foi comparada pelo ofendido como um ato de tortura. A discricionariedade judicial, aliada à falta do processo com um sistema probatório, e garantidor do direito e da justiça, confirmando o delito e o castigo imposto, leva a crer que foi feita a opção por uma justiça da economia e do baixo custo processual. Não é novidade que a qualidade e a condição social do réu eram decisivas em relação à pena atribuída. A surpresa trazida neste expediente é a de que o juiz errou em qualificar Don Jose Santos Soto como pardo e açoitá-lo por isso, confiando na distinção dada pela qualidade da condição social como um respaldo jurídico válido. Como muito bem colocou Alejandro Agüero, não é de se estranhar que os operadores jurídicos abriam mão em seus argumentos de uma ou outra alternativa jurídica segundo as circunstâncias de cada caso.⁸⁹

De acordo com o juiz de primeira instância, na ação de agressão envolvendo os litigantes Don José Santos Soto e seus vizinhos, ocorrida em 1800, era legítimo e de “bom costume” proceder com açoites nas demandas criminais, principalmente como um meio corretivo e uma repreensão rápida visando evitar a impunidade. Este juiz acreditava que a prisão prejudicava e modificava a causa criminal. Alegou também que agindo assim sabia que discordava de outros magistrados e doutrinas neste assunto sobre os castigos, mas defendia seu posicionamento apoiando-o na prática costumeira dos padres que castigavam os índios que faltassem à doutrina da Igreja Católica ou que cometessem outros delitos do gênero.

Como vimos, quando o réu se declarou espanhol, não sendo pardo nem indígena, parece, que o argumento do juiz sobre o “bom costume” perdeu força e ficou evidente o abuso de autoridade, o erro de responsabilidade e a ilegalidade da sua decisão, principalmente porque o processo demorou para ser analisado e foi dado como motivo a dúvida dos magistrados colegiados sobre os fatos ocorridos. Entretanto, como citamos na apresentação do processo, foi decidido que o juiz era competente para castigar os subalternos. Embora nós consideremos que a atitude do juiz representava um abuso de autoridade e falta de responsabilidade, essa não foi a compreensão do tribunal, que

⁸⁹ AGÜERO, Alejandro. Sobre el uso del tormento en la Justicia Criminal Indiana de los siglos XVII y XVIII. (con especial referencia a la jurisdicción de Córdoba del Tucumán). Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Instituto de Historia del Derecho y de las ideas políticas Roberto I. Peña. Cuadernos de Historia. N. 10. Córdoba – República Argentina, 2000, pp.195-253, p. 239.

mesmo afirmando ter dúvidas, preferiu decidir em benefício do réu, o juiz territorial e governador do povoado, e punir os querelantes.

No final do século XVIII, por efeito da mestiçagem, era muito comum qualificar as pessoas como pardas mesmo elas não sendo, ou ao contrário, que alguns pardos afirmassem ser espanhóis ou índios, e não era fácil resolver estas questões. Mas, o procurador do querelante afirmou que não fazia diferença definir o agredido como pardo, índio ou branco espanhol porque não se deveria castigar a nenhum deles com açoite.

Dessa forma, ampliando o assunto desta causa criminal para além do castigo de açoite ser lícito ou não, dependendo de quem o recebera, o advogado de Don Jose Santos levantou uma outra questão beneficiando os povos indígenas: denunciou a ilicitude da prática de açoites nas populações indígenas, considerando-a uma grande injustiça. Ele observou que, para se aplicar uma pena de açoite, exigia-se de um juiz muita prudência e discernimento.⁹⁰ A legislação, segundo o procurador de Don Jose Santos Soto, já entendia pelos anos de 1800, o açoite como um castigo terrível e equiparado ao tormento.⁹¹

O argumento levantado era o seguinte: “si se considera o governador com faculdade de flagelar alguém por qualquer motivo, como V. Ex.^a declarará ser lícito proceder com açoites o modo como os padres açoitavam os índios que faltavam à Doutrina Religiosa?”

Para o procurador da acusação, havia uma contradição. A resposta a este argumento constituiria num precedente que rebatia o costume de açoite, independente da casta, ampliando a resolução, caso fosse benéfica para os autores, para os indígenas e demais populações consideradas inferiores. O procurador foi ainda mais incisivo e enfatizou o fato de os padres não terem, nesse período do início do século XIX, permissão para açoitar os índios, rebatendo a alegação do juiz acusado. Os Sínodos do Arcebispado os proibiam. Os juízes reais também não podiam açoitar porque as Leis Municipais não o permitiam.⁹² Portanto, se não era uma faculdade do juiz e, também não era dos religiosos, por que ele agiu como agiu e ainda fundamentou seu feito num costume antigo exercido por religiosos?

⁹⁰ AGN L.91 C.117, F.22r.

⁹¹ AGN L.91 C.117, F.20r.

⁹² AGN L.91 C.117, F.20r.

Consideramos que o magistrado e governador Don Juan Ramires cometeu o delito de injúria e, principalmente, julgou errado a sociedade. Ele cometeu uma falta ao agredir a um homem, especialmente espanhol. Errou em achar que sendo um juiz poderia deliberar como bem entendesse e justificar seus excessos diminuindo e desclassificando o querelante ao considerá-lo como um índio. O lugar social importava na decisão judicial? Parece, neste caso, que fez toda a diferença. E ainda abriu espaço para a discussão de qual justiça era feita segundo a classe social.

6.3.4 Os limites e as responsabilidades judiciais

A acusação argumentou que o réu cometeu injúria ao chamar os procuradores de perversos, e que tal atitude abria margem para se discutir e duvidar da conduta moral do magistrado que não entendia qual era a sua função enquanto juiz, abusando de sua autoridade e passando dos limites da sua responsabilidade judicial.

Procuradores perberzos(sic) de esta Capital: Quien así injuria sin merito alguno a los subalternos de esta Real Audiencia con tanta cerenidad de animo presta Margen a que se crea f.20, con quanta [parte borrada] Castigo al Suplicante revestido de las facultades de Juez siendo que el recurso le privaba su mal entendida facultad de poder azotar (...).⁹³

Tal argumento, questionando o comportamento e a conduta moral do réu, nos fez pensar sobre quais eram as responsabilidades do juiz e os critérios exigíveis de um homem nessa função pública na América colonial. Quais atribuições faziam parte da faculdade de um magistrado? Em quais circunstâncias eles podiam agir com autonomia, dentro dos limites de sua função?

Temos visto por este processo criminal, que o juiz não fez um juízo prévio e não acusou a Jose Santos, não dando mérito ao seu pedido e tudo o que isso implicava juridicamente, para decidir segundo o que lhe parecesse mais conveniente e justo. O próprio açoitado acusou o seu agressor de injúria e de arbitrário. Contudo, o que o juiz não previa era a revelação de que o ofendido fosse um homem espanhol, desmanchando o argumento da força do costume – o que no final do processo pareceu não fazer diferença dentro da incumbência dada ao juiz. Então, independente da casta, sendo

⁹³ AGN, L.91, C.117, 1800: f.19v-20r.

homem pardo, espanhol ou indígena, qual era o limite da flexibilidade dada aos juízes em virtude das circunstâncias específicas do caso, como a distância, os costumes e o desacato? Como medir esse limite? A teologia moral propunha uma solução: a consciência, a prudência, o arbítrio e a interpretação, como abordado anteriormente.

O juiz é importante e imprescindível no processo. Sem ele não há juízo. Como ofício público, no campo jurídico, a magistratura cumpria a função de solucionar a controvérsia litigiosa através da sentença, e, no âmbito governativo, de personificar o poder real.⁹⁴

Jesús Vallejo, ao se indagar sobre o conceito de *justiça* na cultura jurídica, analisando a obra de Juan de Matienzo, um jurista do século XVI, apresentou uma outra função do juiz ao compará-lo a um sacerdote. Como este, o magistrado também exercia um ministério. Seu ministério era dedicado à lei e à justiça. Dessa maneira, o juiz tinha autoridade para aplicar a lei e determinar o direito valendo-se das virtudes, condições e requisitos necessários para desempenhar o ofício. Neste pensamento, a garantia da firmeza da decisão judicial provinha de virtudes como a caridade a experiência e o temor à Deus.⁹⁵ O juiz tinha que ser firme porque a justiça dependia dele, e era ele quem determinava o direito para o caso concreto.⁹⁶

Sánchez Rubio reforçou que a relevância do juiz no Antigo Regime estava na compreensão de que as suas decisões refletiam na legislação e na criação do direito.⁹⁷ Nesta perspectiva, fazendo uso do recurso de apelação, analisar as decisões judiciais, fundadas os não nas virtudes, consistia num exercício de observação e garantia de tais requisitos necessários à prática jurídica e à criação do direito. Na apelação, colocava-se à prova a potestade jurisdicional e a responsabilidade do juiz.

A análise desta documentação nos permitiu várias considerações. Passaremos a elas.

Esta causa criminal de 1800 levantou vários questionamentos sobre: igualdade e privilégio social; a legitimação e adequação de tipos normativos eficazes e justos; a

⁹⁴ SÁNCHEZ RUBIO, Javier. *Del gobierno de los jueces al poder judicial. El tránsito del modelo jurisprudencial del IUS COMMUNE al poder judicial del constitucionalismo*. Boletín de la Facultad de Derecho, n. 18, 2001, pp. 51-79, p.59.

⁹⁵ VALLEJO, Jesús. *Acerca del fruto del árbol de los jueces*, 1998, op. cit., p. 31.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ SÁNCHEZ RUBIO, Javier. *Del gobierno de los jueces al poder judicial*, 2001, p.59.

arbitrariedade e a motivação das decisões; a jurisprudência e o governo do direito; a não aprovação da violência cometida contra uma casta; a autoridade e o poder jurisdicional.

Num primeiro momento, quando o querelante se afirmou espanhol, foi revoltante perceber que ele se apegou à sua condição social para obter privilégios próprios de seu lugar social, sua origem, como uma forma de, apenas o branco espanhol, não merecer o castigo de açoite ou de isso justificar a pena aplicada aos índios e pardos. Mesmo sabendo que havia essa diferença entre índios, escravos, negros, mulatos e brancos espanhóis, e que tal diferenciação constava nas leis, a justiça parecia pequena e reduzida à cor e à condição social. Era como se a desigualdade racial e social levasse para o tribunal uma desvantagem jurídica anunciada pela cor da pele, e legitimada por normas arcaicas e carregadas de interesses econômicos e territoriais.⁹⁸

Este recurso de apelação nos evidenciou o quanto a justiça, aplicada em lugares mais remotos à Capital, julgava os que dela necessitava sem a garantia de um processo legal, apegando-se em distinções sociais definidas pelo sistema colonial, justificadas pela distância, pela especificidade local, e pelo grau de jurisdição, conferindo autonomia aos magistrados. A cor da pele, a falta de títulos e de patrimônio apontava uma desvantagem jurídica. Uma disparidade pré-anunciada.

Quando o querelante, um homem espanhol, e seu procurador, desafiando um juiz e governador, no Tribunal Superior, afirmaram que não fazia diferença a casta e nem o lugar social da pessoa julgada, o juiz deveria sempre agir com prudência para com todos, eles alteraram a esfera processual do interesse individual para o público. O defensor de Don José Santos Soto disse que, independentemente de qualquer categoria, fosse ela racial, social ou econômica, um magistrado deveria agir com prudência e discernimento para com todos, sem distinções. Esse argumento criou em nós um alento de felicidade e fez com que esse processo fosse escolhido como um exemplo, inicial, do paradigma jurídico e social para o início do século XIX. Tanto que esse discurso de defesa de si e de igualdade jurídica para com os outros, índios, pardos e de outras castas,

⁹⁸ Tomás Mantecón Movellán afirmou que a justiça do Antigo Regime tratava desigualmente os condenados segundo o estado, género, qualidade e etnia. “(...) Podrá expresarse con extremada y descarnada dureza según las circunstancias aconsejaban, pero no era una justicia necesariamente más despiadada que la que emergía en el seno de las sociedades liberales; sencillamente, era distinta (...), la justicia encontraba medios para hacer visible cotidianamente a las gentes también su lado más riguroso. (...) La autoridad del rey, y su prudencia paternal para decidir sobre el castigo y el perdón, ejercida a través de todo un conjunto del arte del buen gobierno de la casa”. MANTECÓN MOVELLÁN, Tomás A. *La economía del castigo y el perdón el tiempo de Cervantes*. Universidad de Cantabria, pp.70-97, p.93.

trouxe um incômodo para esta sociedade provocando dúvidas sobre verdades que, aparentemente, estavam consolidadas. Nesse ponto argumentativo, percebemos o quanto o recurso de apelação servia como um “remédio” de defesa da justiça e controle das ações dos magistrados.

Criou-se uma incerteza sobre quem tinha razão e qual era a justiça nesse caso, e se cabia, juridicamente, usar esse costume anunciado como um tipo normativo válido para proteger a aplicação da violência exercida a Don Jose Santos. O pequeno Pueblo de Olaya, do Partido de Huarochiri, ficou agitado. Deu-se lugar a dúvidas importantes social e juridicamente.

Este processo criminal foi escolhido para ser objeto de análise porque traz uma perspectiva jurídica coletiva pela parte que moveu a ação recursal, bem como a exemplificação prática do recurso de apelação sobre uma decisão judicial. A justiça do caso foi discutida. Como anteriormente dito, bastava, pela compreensão que se tinha de justiça, alegar que o réu era pardo e com isso confirmar e legitimar o velho costume de açoitar índios e pardos desobedientes à doutrina cristã, e o caso estaria encerrado. Contudo, tal perspectiva foi provocada pelo recurso e discutida a responsabilidade do juiz e a vigência de tal costume.

Nesta perspectiva, precisamos diferenciar os termos que nos propusemos a analisar. A motivação de sentenças consistia em expressar no *fallo* os fundamentos usados pelo juiz em sua decisão. Na tradição castelhana, segundo alguns autores, os juízes não faziam isto e inclusive existiam normas que o proibiam, como a Real Cédula de Carlos III, del 23 de junio de 1768. Outro ponto a salientar é o de que um juiz de primeira instância devia explicar, perante um Tribunal Superior, as razões de sua sentença e isto ocorria porque nos recursos de apelação se colocava em jogo a responsabilidade do juiz. Esta defesa da decisão, feita pelo juiz de primeira instância perante o superior, não é “motivação de sentença” em sentido técnico, mas a apresentação das razões eleitas.

A explicação das razões que levaram à sentença, exigida no tribunal de segunda instância, da decisão tomada pelo juiz inferior, nos levou a conhecer as diversas categorias argumentativas pensadas para legitimar um juízo e contestá-lo. Este expediente criminal elucida um discurso jurídico que rebate a eficácia de tipos normativos, discutindo a vigência das leis, dos costumes e da autoridade dos

magistrados no exercício de suas funções, bem como uma leitura social preconceituosa sobre as pessoas e seus direitos. O processo criminal, como uma fonte documental que exemplifica a *práxis* jurídica, ao ser movido contra o veredito do juiz territorial, agiu como um limitador deste, cobrando as razões de sua sentença.

Para além de uma garantia do exercício da justiça, o recurso de apelação como mecanismo de controle da responsabilidade judicial, limitava as arbitrariedades e imparcialidades dos juízes, bem como expunha as contrariedades e incertezas sociais.

A grande questão desta ação criminal partiu da fundamentação da sentença judicial. O magistrado tinha autoridade para decidir castigar um homem sem o devido julgamento? A sua decisão de açoitar a parte autora na causa inicial, foi legítima? Ele excedeu em sua pena? Qual era o limite da atuação judicial? O *costume* de açoitar os índios, escolhido como base para o veredito do juiz, era mesmo um tipo normativo válido e conveniente para a solução da lide no século XVIII ou representava um abuso de autoridade ao decidir castigar sem uma Audiência que protegesse os direitos do agredido?

A função jurisdicional, com seu espaço autônomo e flexível para deliberar o justo nos casos concretos, não foi discutida judicialmente. Ao contrário. A sentença da apelação reafirmou a competência do juiz. Segundo ela, o juiz possuía tal autonomia para decidir castigar. Contudo, a justificativa da violência, fundamentada pelos costumes, foi rebatida e passível de análise. O juiz abusou de sua autoridade? O argumento do juiz utilizando um costume para conter às pessoas de casta, ainda que discutido pelos querelantes e levado ao tribunal de segunda instância, parece que de alguma maneira teve êxito, pois finalmente o fiscal castigou os querelantes com a pena de desterro. Nesse sentido, ficou entendido que o juiz não abusou de sua autoridade, mas que exerceu a sua autonomia, agindo conforme lhe parecesse mais conveniente.

Dentro do que se entendia por *equidade* em sentenças judiciais, a casuística apresentava uma solução capaz de amenizar as contradições postas. Todavia, pela exibição das motivações do juiz inferior, pudemos perceber o quanto era necessário limitar esse espaço de autonomia judicial, equilibrando-o e certificando-o de garantias normativas e morais importantes para a segurança jurídica da decisão. Sem um controle dessas ações jurídicas, e o processo civil ou criminal também se prestava a isso, como o próprio juízo de residência, a muito bem-vinda casuística colonial poderia se converter

em tirania e capricho. Por isso era importante relacionar o arbítrio às normas para não se criar à imagem de uma justiça vingativa, desproporcional, caprichosa e parcial.

Conforme apontou Mannori, “o *ius dicere* era, em sua própria definição teórica, uma atividade criativa, fundada na capacidade natural do *iusdicente* de investigar livremente a solução mais equitativa para os interesses sociais sobre quem ele deveria decidir”⁹⁹. Neste exemplo trazido, embora possamos pensar que faltou ao juiz analisar melhor a sociedade e enxergar os interesses sociais acima dos privados, apontando que a solução dada não foi equitativa e nem atendeu ao *bem comum*, essa é apenas a nossa opinião. Processualmente, para o fiscal da Audiência não pareceu ser o mais importante na ação criminal, uma vez que a sua decisão prejudicou aos querelantes e assim convalidou o ditame de Ramires.

Conhecer e analisar este recurso de apelação, envolvendo assuntos como as normas, os costumes, a responsabilidade e a arbitrariedade judicial, bem como o abuso de autoridade destes nos permitiu conhecer a prática dos tribunais coloniais e a defesa pelos direitos confrontando-os e discutindo-os enquanto fontes normativas válidas na administração jurídica colonial na passagem do século XVIII ao XIX.

⁹⁹ MANNORI, L. *Justicia y Administración entre Antiguo y nuevo Régimen*. Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid, n.15, 2007, p. 139.

Considerações finais

Esta pesquisa é resultado de um trabalho de cinco anos de pesquisa em arquivos, bibliotecas e leituras sobre a administração da justiça nos tribunais de Lima, vice-reinado do Peru, ao longo do século XVIII. A leitura dessas fontes teve um objetivo: descobrir como eram julgados os casos que envolviam violência feminina na Real Audiência de Lima e em tribunais menores.

O meu interesse pelo desenvolvimento e pela prática da justiça na América colonial surgiu desde a graduação em História. A busca pela compreensão do Direito aplicável nas colônias e o sentido de justiça criado em meio às especificidades locais vem sendo estudado a muito tempo, despertado novos olhares e perspectivas e me levado a diversos caminhos interessantes.

Durante o mestrado, me dediquei à análise da doutrina teológica e da lei, pela leitura da Real Cédula de 1604 e os pareceres do Padre Frei Miguel Agia para o vice-reinado do Peru no século XVII. Após entender o papel da teologia moral nas decisões governativas e jurídicas, e explorar o embate entre a consciência e a lei, por meio da retórica, passei a observar a prática dos tribunais e seus julgados em casos que envolviam violência feminina, especialmente os crimes contra a pessoa e a dignidade sexual, como injúrias, agressões, maus-tratos, rapto, estupro, aborto e assassinato de indígenas, escravas e brancas, com o intuito de conhecer a atuação da justiça nos tribunais.

No *Archivo General de la Nación*, foram catalogados 247 processos criminais, lidos mais de 173 e selecionados e transcritos 49 expedientes judiciais com a intenção de entender como estava estabelecida a relação jurídico-social, e como a dinâmica social alimentava o processo e este refletia os conflitos trazidos pela sociedade.

Os processos lidos e transcritos foram organizados em uma planilha pelo ano, delito cometido, agentes envolvidos, ofícios exercidos, provas, argumentos, nomes de juízes, defensores e procuradores, penas estabelecidas, sentenças dadas e recursos, anotando se houve apelação ou não da decisão judicial. Desse modo, concluímos que muitas mulheres recorriam aos tribunais limenhos durante o século XVIII, buscando pela via jurídica, uma reparação social pelos crimes sofridos ou danos provocados de alguma forma. Essas mulheres eram, em sua grande maioria, mulheres brancas ricas,

proprietárias de escravas que acessavam a justiça representando suas escravas nas agressões ou abusos de outros escravos homens. Os homens recorreram aos tribunais menos que as mulheres no mesmo período.

É importante salientar que, dentro de nosso recorte, provamos que a hipótese de que as mulheres não utilizavam o âmbito jurídico para resolverem seus conflitos, estava equivocada. As mulheres utilizavam o meio jurídico para buscar um efetivo espaço de direito. Espaço este que não lhes era garantido pelas relações familiares. O fato de as mulheres acessarem a justiça evidenciou como elas utilizavam a instituição jurídica como um recurso social de defesa de direitos e reconhecimento de liberdade individuais e sociais.

Constatamos também que para um mesmo delito ou crime, a decisão judicial não era a mesma e nem seguia um padrão. Embora houvesse uma orientação legal em como decidir e analisar os crimes, esta não era seguida à risca e, também, não era a única margem de Direito e critério de Justiça para a resolução das lides. Nesse sentido, ficou clara a autonomia dos magistrados e juízes locais para decidirem os conflitos conforme a sua interpretação, arbítrio, consciência e de acordo com as especificidades e circunstâncias de cada caso.

Nessa perspectiva, os argumentos dos defensores e procuradores de pobres eram muito bem elaborados, com claro conhecimento legal e desenvolvimento de conceitos doutrinários. Ainda que os casos das pessoas brancas tivessem maior repercussão e financiamento, conformando longos processos criminais com defesas bem fundamentadas e extensas, os defensores leigos não ficaram atrás. Estes realizaram um belíssimo trabalho de defesa e conseguiram provar a inocência de alguns indígenas e escravos, e quando não a provavam, pela dificuldade do sistema probatório e jurídico, ou pela convicção de que eram realmente culpados, eles reafirmavam a dúvida, apelavam para a “miserabilidade” dos mais pobres e pleiteavam por penas mais proporcionais, arbitrárias e leves.

De fato, como os pareceres do Padre franciscano Frei Miguel Agia demonstraram, a teologia moral influenciava nas decisões judiciais e se considerava a prudência, a intenção, a malícia, o dolo e a consciência no momento de punir alguém, analisando a sua conduta pública, seu caráter, fama e comportamento em sociedade. Tais elementos da vida comunitária serviam de indícios probatórios sobre os

comportamentos, condutas judiciais e personalidades dos envolvidos nas ações, bem como serviam para validar ou reprovar declarações e depoimentos, visto que a testemunha e a confissão eram as espécies de provas mais utilizadas nesse período.

A resposta judicial para um conflito social era dada pelos juízes após finalizado o processo e terminado todos os procedimentos processuais estabelecidos para se chegar à justiça. Vimos nas defesas dos procuradores e nas alegações dos fiscais do crime as suas retóricas para embasar e provar os raciocínios e teses defendidas. Constatamos pelos processos como eles articulavam os conceitos em debate, debatiam sobre as controvérsias de fato e de direito utilizando as doutrinas, as leis, os costumes, a teologia moral e os pareceres de autoridades no assunto.

No século XVIII se discutiam questões morais no processo judicial, e importava para o juiz em seu julgamento, entender se houve intenção, malícia, deliberação no ato, consciência e culpa para poder decidir com mais segurança a pena e a sentença e não incorrer em erro e pecado, do mesmo jeito que se analisava e julgava as ações dos juízes e se condenava seus excessos. O arbítrio judicial foi uma ferramenta muito útil e fundamental na prática judicial e o elemento capaz de diminuir as lacunas do processo penal no século XVIII. Através dele, os juízes interpretavam e ligavam os fatos às questões morais e de direito aplicáveis ao caso concreto. Nesse sentido, era na retórica, na construção dos argumentos, peça principal do processo, em que tais pontes eram feitas.

Defensores, procuradores e fiscais debatiam a validade e eficácia de leis antigas, muitas vezes consideradas desatualizadas e inadequadas para o caso concreto, defendendo o espaço autônomo e flexível de deliberação dos juízes para interpretar e adequarem, quando fosse o caso, a lei ao fato julgado, ou até mesmo, desprezar a lei se orientar por outra fonte normativa, como a própria consciência e arbítrio.

Percebemos que as sentenças estabelecidas não respondiam, diretamente, ao lugar social do réu no processo. Os escravos ou os indígenas não eram sempre os culpados perante os homens e mulheres brancos ricos. Havia sim, e isso é claro na historiografia e na legislação da época, uma punição mais severa a essa gente, respondendo a uma desigualdade social e a um interesse de poder, do mesmo jeito que tal legislação também previa um tratamento diferenciado aos chamados “miseráveis e rústicos”. Observamos casos em que mulatos pobres venceram ações judiciais contra

mulheres brancas que o acusavam de rapto e estupro de suas filhas donzelas, quebrando o “suposto paradigma” de que escravos e indígenas eram sempre culpados por suas índoles e comportamentos. E situações em que uma marquesa poderosa não teve o seu pedido aceito e a decisão judicial prevaleceu, condenando o criminoso ao castigo mais adequado para a utilidade do escravo julgado.

Encontramos ações judiciais que tiveram a interferência da Igreja Católica, revelando um conflito jurisdicional no qual a esfera secular obteve vantagem. Ainda no século XVIII as pessoas se apegavam ao religioso, ao milagre e à providência divina como uma possibilidade de salvação e absolvição da pena por meio do perdão, do indulto, da graça e da imunidade eclesiástica. Como ficou claro na causa criminal que relata o acolhimento dado pela igreja ao condenado que teve a soga rompida, onde seria executado enforcado, e considerado tal situação um milagre.

Os processos criminais, como fonte de investigação, demonstraram uma complementariedade entre todos os assuntos. É pela compreensão do funcionamento e organização das audiências que entendemos que as leis muitas vezes não se aplicavam e que os costumes, muitas vezes e para o caso específico, cumpria o papel de dispositivo legal mais adequado à resolução da lide. Pela leitura da prática dos tribunais e com o entendimento de seu funcionamento burocrático, conhecemos como o âmbito jurídico interpretava e julgava a sociedade, estabelecia a legalidade e determinava os direitos individuais para o estabelecimento do *bem comum*, a punição dos crimes, a reparação social e o convívio entre homens e mulheres, brancos, indígenas, mulatos, libertos e escravos pela análise da dinâmica processual.

Acredito que evidenciamos nessa pesquisa que o direito era dialético, plural e experimental em resposta às contradições da sociedade. Era o contraditório, o debate e as discussões sobre as normas reconhecidas pela sociedade e a sua necessária atualização em relação à prática jurídica, e com a aprovação ou reprovação de certos costumes indígenas discutidos sob a perspectiva doutrinária católica, que se almejava, pelo discurso, um *sentido de justiça* que encaixasse melhor ao caso concreto. O instigante em se estudar o período colonial é justamente descobrir e redescobrir, os variados sentidos da justiça, a sua capacidade de ser plural, complexa, imprevisível e teatral, nessa sociedade casuística e artística de Antigo Regime.

Algumas conclusões dessa pesquisa confirmam e reforçam alguns estudos e complementam outros ao explorar uma fonte documental pouco acessada pelos historiadores brasileiros: os arquivos históricos peruanos. Desse modo, esta tese dialoga com a cultura jurídica colonial e o direito indiano da América Iberoamericana. O trabalho aqui feito levou muito tempo, esforço e dedicação para a ida ao arquivo, seleção das causas criminais, leitura, transcrição e análise das mesmas à luz da bibliografia sobre o tema. Há sempre o que se estudar, pontos de vista a explorar e novos casos e conflitos a se descobrir quando se vai aos arquivos. Espero que este meu trabalho ajude aos pesquisadores da História e do Direito e contribua com a rica pesquisa na área da História do Direito e da Justiça no século XVIII.

Referências bibliográficas

Fontes primárias e acervo consultado

Archivo General de la Nación – AGN –

Fondo: Real Audiencia de Lima - sección: Causas Criminales

- AGN - Legajo 04 Cuaderno 24 Ano 1728 – Pueblo de Azángaro
- AGN – Legajo 04 Cuaderno 28 Ano 1729 – Província de Canta
- AGN – Legajo 04 Cuaderno 31 Ano 1729 – Pueblo de Lachaqui
- AGN – Legajo 03 Cuaderno 18 Ano 1730 – Provincia de Huarochiry
- AGN – Legajo 05 Cuaderno 40 Ano 1732 – Ciudad de Yca
- AGN – Legajo 09 Cuaderno 79 Ano 1742 – Ciudad de Lima
- AGN – Legajo 09 Cuaderno 80 Ano 1742 – Ciudad de Lima
- AGN – Legajo 13 Cuaderno 135 Ano 1750 – Pueblo de Concepcion de Taufa
- AGN – Legajo 15 Cuaderno 161 Ano 1752 – Vila de Chancay
- AGN – Legajo 18 Cuaderno 209 Ano 1756 – Ciudad de Lima
- AGN – Legajo 20 Cuaderno 230 Ano 1758 – Villa de Chancas
- AGN – Legajo 23 Cuaderno 260 Ano 1761 – Pueblo de Tarata
- AGN – Legajo 41 Cuaderno 486 Ano 1778 – Ciudad de Lima
- AGN – Legajo 42 Cuaderno 495 Ano 1779 – Ciudad de Yca
- AGN – Legajo 49 Cuaderno 572 Ano 1781 – Ciudad de Lima
- AGN – Legajo 51 Cuaderno 590 Ano 1782 – Pueblo de Lurin
- AGN – Legajo 56 Cuaderno 652 Ano 1785 – Ciudad de Lima
- AGN – Legajo 57 Cuaderno 669 Ano 1785 – Ciudad de Lima
- AGN – Legajo 56 Cuaderno 651 Ano 1785 – Ciudad de Lima
- AGN – Legajo 56 Cuaderno 680 Ano 1786 – Ciudad de Lima
- AGN – Legajo 60 Cuaderno 698 Ano 1787 – Ciudad de Lima
- AGN – Legajo 62 Cuaderno 721 Ano 1788 – Ciudad de Lima
- AGN – Legajo 63 Cuaderno 739 Ano 1788 – Ciudad de Lima
- AGN – Legajo 65 Cuaderno 759 Ano 1789 – Ciudad de Lima
- AGN – Legajo 65 Cuaderno 761 Ano 1789 – Pueblo de Surco

AGN – Legajo 68 Cuaderno 810 Año 1790 – Pueblo de San Luis Huari
 AGN – Legajo 71 Cuaderno 853 Año 1791 – Ciudad de Lima
 AGN – Legajo 71 Cuaderno 862 Año 1791 – Ciudad de Lima
 AGN – Legajo 72 Cuaderno 877 Año 1792 – Ciudad de Lima
 AGN – Legajo 74 Cuaderno 900 Año 1792 – Ciudad de Yca
 AGN – Legajo 75 Cuaderno 916 Año 1793 – Ciudad de Lima
 AGN – Legajo 76 Cuaderno 925 Año 1793 – Ciudad de Lima
 AGN – Legajo 77 Cuaderno 944 Año 1793 – Ciudad de Lima
 AGN – Legajo 79 Cuaderno 978 Año 1794 – Ciudad de Lima
 AGN – Legajo 80 Cuaderno 980 Año 1795 – Ciudad de Truxillo
 AGN – Legajo 80 Cuaderno 983 Año 1795 – Ciudad de Lima
 AGN – Legajo 80 Cuaderno 985 Año 1795 – Ciudad de Lima
 AGN – Legajo 81 Cuaderno 1002 Año 1795 – Ciudad de Lima
 AGN – Legajo 81 Cuaderno 1003 Año 1795 – Partido de Huanuco
 AGN – Legajo 84 Cuaderno 1032 Año 1797 – Ciudad de Lima
 AGN – Legajo 84 Cuaderno 1034 Año 1797 – Ciudad de Lima
 AGN – Legajo 85 Cuaderno 1051 Año 1797 – Ciudad de Lima
 AGN – Legajo 85 Cuaderno 1058 Año 1797 – Ciudad de Lima
 AGN – Legajo 86 Cuaderno 1067 Año 1798 – Pueblo de Santiago
 AGN – Legajo 86 Cuaderno 1070 Año 1798 – Ciudad de Lima
 AGN – Legajo 89 Cuaderno 1093 Año 1799 – Pueblo de Chorrillos
 AGN – Legajo 90 Cuaderno 113 Año 1800 – Ciudad de Lima
 AGN – Legajo 91 Cuaderno 117 Año 1800 – Pueblo de Santa Olaya

Manuais teológicos e doutrinários

ÁLVAREZ POSADILLA, Juan. *Practica criminal por principios, ó Modo y forma de instruir los procesos criminales en sumario y plenario de las causas del oficio de justicia contra los abusos introducidos*, Madrid, en la imprenta de la viuda de Ibarra, 1796. Disponible en: <https://bibliotecadigital.jcyl.es/es/consulta/registro.cmd?id=32260>
 Biblioteca Digital de Castilla y León.

BUENAVENTURA, P. Fr. Manuel de San. *Exámenes generales de la theologia moral*. Tercera parte [Manuscrito]. País Vasco, Pamplona, 1734. Disponible em: <http://bdh.bne.es/bnearch/CompleteSearch.do?showYearItems=&field=todos&advanced=false&exact=on&textH=&completeText=&text=teologia+moral&pageSize=1&pageSizeAbrv=30&pageNumber=7> Acceso em 31/05/2021.

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

CONCINA, Daniel. *Manual o Epítome de la teología cristiana dogmático-moral* [Manuscrito]. S. XVIII, 2 v. (II, 272 h.; I, 185 h.) Biblioteca Digital Hispánica. Inventario General de Manuscritos. Disponible em: <http://bdh.bne.es/bnearch/detalle/bdh0000014866>

CONCINA, Daniel. *Theologia Christiana dogmático-moral, compendiada em dos tomos*. Traduzida para o idioma espanhol e acrescida em muitas partes das obras do mesmo autor pelo P. D. Joseph Sánchez de la Parra: Madri: Tercera impresión en la oficina de la viúda de Manuel Fernández, 1773.

ELIZONDO, D. Francisco Antonio de. *Práctica Universal Forense de los Tribunales de España, y de las Indias*. Tomo I, Por la viuda de Ibarra, Madrid, 1786.

ELIZONDO, D. Francisco Antonio de. *Práctica Universal Forense de los Tribunales de España, y de las Indias*. Tomo IV, Por la viuda de Ibarra, Madrid, 1786.

HEVIA BOLAÑOS, Juan de. *Curia Philipica*, Primero e segundo tomo. Madrid, em la oficina de Pedro Marroquín, 1771.

LARDIZABAL Y URIBE, Manuel. *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*. Imp. Ibarra, Madrid, 1782.

Papeles referentes al probabilismo moral [Manuscrito]. De la teología moral y persecución que padece. De calumniis quibus haeretici theologiam moralem obscurare satagunt. Notas en latín contra el probabilismo de los dominicos Amat de Gravesson, Vicente Conteson y Concina. Nota crítica del libro "Memorias históricas sobre el uso del chocolate en tiempo de ayuno". Edición entre 1701 y 1800, S. XVIII. Biblioteca Digital Hispánica – Inventario General de Manuscritos. Disponible em: <http://bdh-rd.bne.es/viewer.vm?id=0000100543&page=1>

QUEVEDO y HOYOS, Antonio. *Libro de indicios y tormentos*. Imprenta de Francisco Martínez, Madrid, 1632.

SOLÓRZANO PEREIRA, Juan de. *Política Indiana*. Breviarios del pensamiento español. Editora Nacional, 1947.

SOLÓRZANO PEREYRA, Juan. *Política Indiana. Libro V, Capitulo III. De las Audiencias, o Chancillerías Reales de las Indias, y que cosas particulares tienen mas que la de España*, Madrid, por Gabriel Ramirez, 1739. Disponible em: [Política indiana - Juan de Solórzano Pereira - Google Livros](#)

VILLALOBOS, Padre Fr. Henrique de, *Summa de la Theologia moral y canonica*, 1637. Tratado Primero de la Conciencia.

VILANOVA Y MAÑES, Doctor Don Senen. *Materia Criminal Forense, ó tratado universal teórico y práctico, de los delitos y delinquentes en género y especie para la segura y conforme expedición de las causas de esta naturaleza*: obra útil y precisa a jueces de todas clases, fiscales, abogados, asesores, escribanos y demás, que versan sus facultades en el foro. Tomo tercero. Madrid: en la Imprenta de Don Tomás Alban, año de 1807.

Referências bibliográficas

ACOSTA AUCCAYLLA, Marisol; MAMANI ESPEZUA, Frans Wilter. *Género y criminalidad en la Ciudad del Cusco, siglo XVIII (1730-1799)*. Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales – Escuela Profesional de Historia. Cusco, Perú, 2019.

AGÜERO, Alejandro. *Sobre el uso del tormento en la Justicia Criminal Indiana de los siglos XVII y XVIII*. (con especial referencia a la jurisdicción de Córdoba del Tucumán). Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Instituto de Historia del Derecho y de las ideas políticas Roberto I. Peña. **Cuadernos de Historia**. N. 10. Córdoba – República Argentina, 2000, pp.195-253.

AGÜERO, Alejandro. *Clemencia, perdón y disimulo en la justicia criminal de Antiguo Régimen: su praxis en Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII*. In: **Revista de Historia del Derecho**, n. 32, Buenos Aires, Argentina, 2004, pp. 33-82.

_____. “*Las penas impuestas por el Divino y Supremo Juez*”. *Religión y justicia secular en Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII*. **Revista de la Junta Provincial de Historia de Córdoba**, 2007, pp. 203-230.

_____. *Castigar y perdonar cuando conviene a la Republica. La justicia penal de Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

_____. *Acusaciones e Inquisiciones (DCH) (Accusations and Inquisitions (DCH)*. Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series n. 2017-06.

AGUIRRE, Carlos. *La historia social del Perú republicano (1821-1930)*. **Histórica**, v. 26, n. 2, p. 445-501, 6 out. 2002.

_____. *Mujeres delincuentes, prácticas penales y servidumbre doméstica en Lima, 1862-1930*. In: O'PHELAN, Scarlett y ZEGARRA, Margarida **Familia y vida cotidiana en América Latina, siglos XVIII-XX**. Lima: IFEA, Instituto Riva Agüero, Pontificia Universidad Católica, 2003, pp. 203-226.

ALTONAGA BEGOÑA, Bakarne. *Mujeres viriles en el siglo XVIII: la construcción de la feminidad por el discurso foralista de Manuel de Larramedí*. **Historia Contemporánea**, v. 52, pp. 9-42. ISSN:1130-2402.

ANDAZABAL CAYLLAHUA, Rosaura Petronila. *Criminalística peruana en el siglo XVIII*. (Ensayo de interpretación estadística en torno a la causal de homicidio), Seminario de Historia Rural Andina, Lima-Perú, 2007.

BACIGALUPO, Luis. *Intención y Conciencia en la Ética de Abelardo*”, Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial, Lima, Perú, 1992.

BARRANTES, Maribel Arrelucea. *Sobreviviendo a la esclavitud. Negociación y honor en las prácticas cotidianas de los africanos y afrodescendientes. Lima, 1750-1820*. IEP – Instituto de Estudios Peruanos.

BARRIENTOS GRANDON, Javier. *La apelación en materia de gobierno y su aplicación en la Real Audiencia de Chile (siglos XVII, XVIII, XIX)*. **Revista Chilena de Historia del Derecho**, Universidad de Chile, n. 16, 1990, pp. 343-382.

Disponível em: <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/126749>

_____, Javier. *El derecho común ante la Real Audiencia de Chile en un alegato del siglo XVIII*. Universidad de Chile.

BARRIERA, Darío G., “Entre el retrato jurídico y la experiencia en el territorio”, Caravelle [Online], 101 | 2013, Online since 26 August 2014, connection on 28 July

2022. URL: <http://journals.openedition.org/caravelle/608>; DOI: <https://doi.org/10.4000/caravelle.608>.

_____, *Justicias rurales: el oficio de alcalde de la hermandad entre el derecho, la historia y la historiografía (Santa Fe, Gobernación del Río de la Plata, siglos XVII a XIX)*. **Andes**, vol. 24, Instituto de Investigaciones en Ciencias Sociales y Humanidades, Salta, Argentina, 2013, pp. 17-61.

BEHAR, Ruth. “Brujería sexual, colonialismo y poderes femeninos: opiniones del Santo Oficio de la Inquisición en México”, In: **Sexualidad y matrimonio en la América hispánica siglos XVI-XVIII**, Editorial Grijalbo, México, 1991, pp. 55-83.

BERNÚDEZ AZNAR, Agustín, *La abogacía de pobre en Indias*. Anuario de Historia del Derecho Español, Tomo L. Madrid, 1980. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, pp. 1039-1054.

BOLUFER PERUGA, Mónica (dir.), MORANT DEUSA, Isabel, PASCUA SÁNCHEZ, María José de la, ESPIGADO TOCINO, Gloria, URZAINQUÉ MIQUELEZ, Inmaculada, GOMIS COLOMA, Juan. *Mujeres y modernización: estrategias culturales y prácticas sociales (siglos XVIII- XX)*. Madrid, Gobierno de España – Instituto de la Mujer, 2008.

BURKHOLDER, Mark e D.S. CHANDLER. *De la impotencia a la autoridad. La Corona española y las Audiencias en América 1687-1808*. Traducción de Roberto Gómez Ciriza. Fondo de Cultura Económica. México, 1984

BUSTAMENTE OTERO, Luis. “*Y porque comense a irle a la mano*”. *La violencia conyugal en Lima durante las postrimerías coloniales (1795-1820)*. Tesis para optar el grado de Magíster en Historia – PUC- Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, 2014.

CASTAÑEDA G., Carmen. "VIOLACION, ESTUPRO Y SEXUALIDAD EN LA NUEVA GALICIA, 1790-1821." In *La Investigación Sobre La Mujer: Informes En Sus Primeras Versiones*, edited by Vania Salles and Elsie McPhail, by Citlali Aguilar H. et al., 1st ed., vol. 1, Colegio De Mexico, México, D.F., 1988, pp. 700–715.

CHARTIER, Roger. *A história cultural entre práticas e representações*. Trad. de Maria Manuela Galhardo. Lisboa: Difusão Editora, 1988.

COOK, Noble David. *La catástrofe demográfica andina. Perú 1520-1620*. Colección Estudios Andinos. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, Lima, Perú.

DI GRESIA, Leandro A. *De los expedientes judiciales a las fuentes judiciales: reflexiones sobre las posibilidades y limitaciones de su uso en la investigación histórica*. Actas de las **III Jornadas de Investigación en Humanidades**. Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, 1 al 3 de octubre de 2009, pp.91-96.

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.

_____. *Literatura Normativa Pragmática e a Produção de Conhecimento Normativo nos Impérios Ibéricos do Início da Idade Moderna (séculos XVI-XVII)*. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n.42, p.3-44, abr. 2020. Tradução de Gregório Schroder Sliwka e revisão por Alfredo de J. Flores.

FISHER, John R. *Redes de poder en el Virreinato del Perú, 1776-1824: los burócratas*. **Revista de Indias**, 2006, vol. LXVI, núm. 236, págs. 149-164, ISSN: 0034-8341.

GÁLVEZ MONTERO, José Francisco. *La Real Audiencia y su configuración en el virreinato*. BIRA, Lima, 17: 325-346, 1990.

GARCÍA-GALLO, Concepción. Sobre el ordenamiento jurídico de la esclavitud en las Indias españolas. Anuario de Historia del Derecho español. Instituto Nacional de Estudios jurídicos. Tomo L, Madrid, 1980

GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín; RUIZ, Rafael. *Dupla equidade em sentenças do Vice-Reinado do Prata no final do século XVIII*. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, Vol. 08, N.2, 2017, p.1203-1223.

GARCIA MARÍN, José María. “INDIOS Y JUECES ANTE UN PROCESO CRIMINAL ESPECIAL DEL SIGLO XVIII.” *Romance Philology*, vol. 53, no. 2, 2000, pp. 509–525.

GARRIGA ACOSTA, Carlos. *La Audiencia y las Chancillerías castellanas (1371-1525)*. *Historia política, régimen jurídico y practica institucional*. Colección: **Historia de la Sociedad Política**, Madrid, 1994.

_____. *La recusación judicial: del derecho indiano al derecho mexicano*. In: **La supervivencia del Derecho Español en Hispanoamérica durante la época independiente**. Cuadernos de Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, n. 02, 1998, pp. 203-240.

_____. “Los límites del reformismo borbónico: a propósito de la administración de la justicia en Indias” en Feliciano Barros (coordinador), **Derecho y Administración Pública en las Indias hispánicas**, Cuenca, 2002, vol. I, pp.781-821.

_____. *Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen*. **Istor: Revista de historia internacional**, año IV, número 16, 2004.

_____. “Sobre el gobierno de la justicia en Indias (Siglos XVI-XVII)”. **Revista de historia del derecho**, n. 34, 2006, pp. 67-160. ISSN-e 1853-1784

GARRIGA ACOSTA, Carlos; LORENTE SARIÑENA, Marta María. “El juez y la Ley: La motivación de las sentencias (Castilla, 1489-España, 1855). Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, n.1, 1997, pp. 97-144.

GONZALBO AIZPURU, Pilar. *Las mujeres en la Nueva España: educación y vida cotidiana*. 1ª ed. - El Colegio de México, 1987.

_____. Los muros invisibles. Las mujeres novohispanas y la imposible igualdad. 1ª ed. – Ciudad de México: El Colegio de México, 2016.

GROSSI, Paolo. *El orden jurídico medieval*. Traducción de Francisco Tomás y Valiente, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, S.A. Madrid, 1996.

_____. *A ordem jurídica medieval*. Tradução de Denise Rossato Agostinetti; revisão técnica de Ricardo Marcelo Fonseca. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2014.

GUTIÉRREZ RIVAS, Patricia. *Villarrobledo y el Perú en el siglo XVIII: los Morcillo Rubio de Auñón y su actuación en el Perú Borbónico*. BIRA n. 32, Lima, 2005, Universidad Católica San Antonio de Murcia (España), pp. 89-99.

_____. *José Antonio de Areche y la Visita General a la Audiencia de Lima*. Tesis doctoral, Universidad de Murcia, España, Departamento de Historia Moderna, Contemporánea y de América, 2016.

_____. *Poder y corrupción en la Audiencia de Lima en el siglo XVIII. Aproximación al estudio de un grupo dirigente colonial*. **Revista de la SEECI**, n. 12, noviembre, Año IX, páginas 55-83. ISSN: 1576-3420.

HARTOG, François. *Evidência da História: o que os historiadores veem*. Coleção História e Historiografia. Editora Autêntica, 2011.

HERRERA, Carol Arcos. "Sujetos De Controversia: Aportes Para Una Bibliografía Sobre Las Mujeres En El Siglo XVIII y La Ilustración." *Revista De Crítica Literaria Latinoamericana*, vol. 34, no. 67, 2008, pp. 111–122.

HERZOG, Tamar. *La administración como un fenómeno social: la justicia penal de la Ciudad de Quito (1650-1750)*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

_____. *Sobre la cultura jurídica de la América colonial (siglos XVI-XVIII)*. **Anuario de historia del derecho español**, ISSN 0304-4319, n°65, 1995 (Ejemplar dedicado a: Los orígenes del constitucionalismo español entre 1808 y 1812), pp. 903-912.

HESPANHA, Antonio Manuel. *Da "iustitia" à "disciplina". Textos, poder e política penal no antigo regime*. **Anuario de Historia del Derecho Español**, ISSN 0304-4319, N.º 57, 1987, págs. 493-578.

_____. *Sábios e rústicos: a violência doce da razão jurídica*. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 25/26, Dezembro 1988, pp. 31-60.

_____. *Justiça e administração entre o Antigo Regime e a Revolução*. In: **Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales**. Atti dell incontro di studio -Firenze -Lucca 25, 26, 27 maggio 1989. Tomo I.

_____. *A Cultura Jurídica Europeia: síntese de um Milénio*. Almedina, 2012.

HILARIO PAUCAR, Viviana Paola. *Administración de justicia: la discrecionalidad de los Alcaldes del Crimen en la Real Audiencia de Lima, siglo XVIII*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2015: XXV Coloquio Internacional de Estudiantes de Historia PUCP. Facultad de Letras y Ciencias Humanas.

HONORES, Renzo. *El uso de las probanzas de testigos en los litigios sobre curacazgos ante la Real Audiencia de Lima, 1550-1610*. Este texto se presentó en Lima en las Primeras jornadas de historia del Derecho Procesal, entre el 12-14 de julio de 2000. Instituto Riva-Agüero.

_____. *La asistencia jurídica privada a los señores indígenas ante la Real Audiencia de Lima, 1552-1570*. Florida International University, Latin American Studies Association. Dallas, 27-29 de marzo del 2003.

HOMEM, António Pedro Barbas, *Judex Perfectus. Função jurisdiccional e estatuto judicial em Portugal, 1640-1820*, Almedina, Coimbra, 2003.

KLUGER, Viviana. *El expediente judicial como fuente para la investigación histórico-jurídica*. Su utilidad para el estudio de la historia de la familia colonial iberoamericana **Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, vol. 1, núm. 1, enero-junio, 2009. Universidade Federal Fluminense Rio de Janeiro, Brasil.

KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Tradução do original alemão Wilma Patrícia Maas, Carlos Almeida Pereira; Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006.

LATASA VASSALLO, Pilar. “La corte virreinal peruana: perspectivas de análisis (siglos XVI y XVII)”, *El gobierno de un mundo: virreinos y audiencias en la América Hispánica*, Feliciano Barrios Pintado (ed.),. Cuenca: Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, 2004, pp.341-374.

LAVALLÉ, Bernard. “El argumento de la notoria desigualdad en la relación de pareja (Lima y Quito, siglos XVII y XVIII)”, In: O’PHELAN GODOY, Scarlett (dir); et al. **Familia y vida cotidiana en América Latina siglos XVIII-XX**. Lima. Institut français d’études andines, 2003, pp.231-252.

_____. *Los virreinos de Nueva España y del Perú (1680-1740). Un balance historiográfico*. Casa de Velázquez, Madrid, 2019.

LEVAGGI, Abelardo. *La fundamentación de las sentencias en el derecho indiano*. **Revista de Historia del Derecho**, n. 6, Buenos Aires – Argentina, 1978, pp. 45-73.

LEVAGGI, Abelardo. *Las penas de muerte y aflicción en el derecho indiano rioplatense* (Primera Parte). **Revista de Historia del Derecho**, n.03, Buenos Aires, 1975, pp.81-164.

_____. *Aspectos del procedimiento judicial indiano según la doctrina de los fiscales José Márquez de la Plata y Manuel Genaro de Villota (1784-1810)*. En: **Estudios en honor de Alamiro de Ávila Martel**. Anales de la Universidad de Chile, 20 (1989), Santiago de Chile, 1990, pp. 367-389.

_____. *Tratados entre la Corona y los indios del Chaco*. **Homenaje a Ismael Sanchez Bella**, 1992.

_____. *Doctrinas de la Segunda Audiencia de Buenos Aires (1785-1810)*. **IUSHISTORIA – Revista Electrónica**, n.º 2 - octubre de 2005, Buenos Aires, Argentina, págs. 1- 22.

_____. *El derecho común en la jurisprudencia de los tribunales de Buenos Aires en la segunda mitad del siglo XIX*. Universidad de Buenos Aires – Argentina.

LEVENE, Ricardo. *En el tercer Centenario de “Política Indiana” de Juan de Solórzano Pereira*. **Instituto de Historia del Derecho Argentino**, Facultad de Derecho y Ciencias de la Universidad de Buenos Aires, Conferencias y comunicaciones, n. XX, Ed. Imprenta de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1948

LLAMOSAS, Esteban F. *Un teólogo al servicio de la corona: las ideas de Daniel Concina en la Córdoba del siglo XVIII*. **Revista de Historia del Derecho**, n. 34, 2006, pp. 161-189.

LOHMANN VILLENA, Guillermo. *Los ministros de la Audiencia de Lima en el reinado de los Borbones. Esquema de un estudio sobre un núcleo dirigente*. Sevilla, Escuela de Estudios Hispano Americanos, 1974.

_____. *El Corregidor de Indios en el Perú bajo los Austrias*. Pontificia Universidad Católica del Perú, PUCP, Fondo Editorial, 2001.

LORENTE SARIÑENA, Marta. *Del iudex perfectus hispánico al magistrado constitucional español*. Reflexiones sobre la dimensión constitucional de una historia de la justicia entendida como historia de los modelos de juez. In: **Storia della giustizia e storia del diritto**.

_____. *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Madrid, Consejo General del poder judicial - Centro de documentación judicial, 2006.

MACINTYRE, Alasdair. *Tras las Virtud*. Traducción castellana para España y América del original "After Virtue de 1984, Critica. S.L., Diagonal, Barcelona, 2004.

MANNORI, L. *Justicia y Administración entre Antiguo y nuevo Régimen*. Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid, n.15, 2007.

MANTECÓN MOVELLÁN, Tomás A. *La economía del castigo y el perdón el tiempo de Cervantes*. Universidad de Cantabria, pp.70-97.

MARAVALL, José Antonio. *La cultura del Barroco: análisis de una estructura histórica*. Editorial Ariel, Madrid, 1975.

MARILUR URQUIJO, José María. *La Real Audiencia de Buenos Aires y la administración de justicia en lo criminal en el interior del virreinato*. In: Primer Congreso de Historia de los Pueblos de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, Ministerio de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, 1952, Tomo II.

_____. *Pósitos e ilustración en el virreinato del Rio de La Plata*. **Revista de Historia del Derecho**, n. 6, Buenos Aires – Argentina, 1978, pp.87 – 108.

MARTEL PAREDES, Víctor Hugo. *La filosofía moral: el debate sobre el probabilismo en el Peru siglos XVII y XVIII*. Instituto Francés de Estudios Andino. Lluvia Editores, Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2007, Lima, Perú.

_____. *La filosofía moral: el debate sobre el probabilismo en el Perú*: Instituto Francés de Estudios Andinos, fondo editorial Universidad Nacional Mayor de San Marcos, colección Biblioteca Andina de Bolsillo – IFEA n. 28, Colección Alasitas – Lluvia Editores, Lima, 2007. Disponible: http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/2679/Martel_pv%28a%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y

MARTIRÉ, Eduardo. *Las Audiencias y la administración de justicia en las Indias*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2005.

MATA Y MARTÍN, Ricardo M. Delitos y penas en el nuevo mundo. *Revista de Estudios Colombinos*. Junio de 2010, n.06, p.65-81, p.67.

MATEOS SANTIAGO, José Francisco. *Las penas en el Antiguo Régimen Español*. Trabajo fin de grado en Derecho. Universidad de Valladolid. Facultad de Derecho. Julio de 2014.

MECCARELLI, Massimo. *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1998.

MELO FLÓREZ, Jairo Antonio, *La cara oculta de la justicia. El perdón en la justicia y el gobierno de la monarquía hispánica en el virreinato del Nuevo Reino de Granada, 1739-1808*. El Colegio de Michoacán, A.C., Centro de Estudios Históricos- Doctorado en Historia, Zamora, Michoacán, 2020.

MELOSSI, Dario. *Controlar el delito, controlar la sociedad: Teorías y debates sobre la cuestión criminal, del siglo XVIII al siglo XXI*. 1ª ed. – Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2018.

MÉNDEZ GASTELUMENDI, Cecilia. *De indio a serrano: nociones de raza y geografía en el Perú (siglos XVIII-XXI)*. **Histórica**, Revistas PUCP, vol. 35(1), 2011, pp.-53-102. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/historica/article/view/2812>

MORENO CEBRIÁN, Alfredo. *El corregidor de indios y la economía peruana del siglo XVIII (los repartos forzosos de mercancías)*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto G. Fernandez de Oviedo, Madrid, 1977.

Google books <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=LbvZtFzbZ9MC&oi=fnd&pg=PR9&dq=Alfredo+Moreno+Cebri%C3%A1n&ots=Uq2qMUXzvF&sig=oQLAwyj-6ekG1dHtxcgh5voeWLo#v=onepage&q=Alfredo%20Moreno%20Cebri%C3%A1n&f=false>

_____. Cuarteles, barrios y calles de Lima a fines del siglo XVIII.

_____. *El regalismo borbónico frente al poder vaticano: acerca del estado de la iglesia en el Perú durante el primer tercio del siglo XVIII*. **Revista de Indias**, 2003, vol. LXIII, núm. 227, pp. 223-274, ISSN: 0034-8341.

MORENO CEBRIÁN, Alfredo. SALA IVILA, Núria. *El “premio” de ser virrey: los intereses públicos y privados del gobierno vireinal en el Perú de Felipe V*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Biblioteca de Historia de América, Madrid, 2004.

MUÑOZ GARCÍA, Ángel. *Diego de Avendaño. Filosofía, moralidad, derecho y política en el Perú colonial*¹⁰⁰. Fondo Editorial Universidad Nacional Mayor de San Marcos -UNMSM – Lima-Perú, set. 2003.

O'PHELAN, Scarlett y ZEGARRA, Margarida. *Mujeres, familia y sociedad en la historia de América Latina, siglos XVIII-XXI*, Lima, PUC.

ORREGO GONZÁLEZ, Francisco, *La administración de la conciencia. Cultura escrita, confesión e ilustración en el mundo católico hispano a fines del Antiguo Régimen*. Universidad Complutense de Madrid – Facultad de Geografía e Historia – Departamento de Historia Moderna, Tesis Doctoral, Madrid, 2014.

Disponível em: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/29637/1/T35970.pdf>

ORTEGO GIL, Pedro. *Sentencias criminales em Castilla: entre jueces y abogados*. Clío & Crimen. Revista del Centro de Historia del Crimen de Durango. Durango, n.10, 2013, pp. 359-372.

PAZ ALONSO ROMERO, María. *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1982.

PÉREZ CANTÓ, María Pilar. *La población de Lima en el siglo XVIII*. **Boletín Americanista**, n. 32. 1982, pp. 383-407. ISSN 0520-4100.

_____. *Las mujeres en los espacios ilustrados*. **Signos Históricos**, núm. 13, enero-junio, 2005, pp.43-69.

_____. *Señoras y bachilleras: un debate en el mercurio peruano a fines del siglo XVIII*. **90**, pp.1283-1294.

¹⁰⁰ <https://fondoeditorial.unmsm.edu.pe/index.php/fondoeditorial/catalog/view/18/25/63-1>

PÉREZ CANTÓ, María Pilar, MÓ ROMERO, Esperanza. *La sociedad patriarcal en el discurso ilustrado: el caso del virreinato peruano: en la familia en la historia*. Ediciones Universidad de Salamanca, 2014.

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

_____. *La moral católica*. RIALP, Alcalá, Madrid, 2001.

POLANCO ALCÁNTARA, Tomás, *Las Reales Audiencias en las provincias americanas de España*, Madrid, Mapfre, 1992

PREMO, Bianca. *Pena y protección: delincuencia juvenil y minoridad legal en Lima virreinal, siglo XVIII*. *Histórica* XXIV.1, 2000, pp.85-120.

PROATTI, Elaine Godoy. *Consciência e lei no Tratado jurídico do Padre Fr. Miguel Agia*. Universidade Federal de São Paulo – UNIFESP, Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós Graduação em História, 2015.

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

PUENTE BRUNKE, José de la. *Los oidores en la sociedad limeña: notas para su estudio (siglo XVII)*. *Revista Temas americanistas*, número 7, 1990, pp. 21-35.

_____. *Los jueces en la Vida Limeña del siglo XVII*. *Revista Derecho y Sociedad*, n. 12, 1997, pp.196-202.

_____. *Codicia y bien público: los ministros de la Audiencia en la Lima seiscentista*. *Revista de Indias*, vol. LXVI, n.º 236, Madrid – España, pp. 133-148.

_____. *Juez y justicia en el mundo moderno: el juez ante la codificación*. Coloquio Interdisciplinario de Humanidades, organizado en agosto de 2007 por el Departamento de Humanidades de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

_____. *La cultura jurídica en el Perú virreinal*. Allpanchis, núm. 71 (2008), pp.45-75.

_____. *Las reales audiencias del Perú*. Conferencia impartida en el Curso *Rey, selo y representación. Audiencias y Chancillerías en el gobierno de las Indias*. Sevilla, 24, 25 e 26 de 2010. Facultad de Geografía e Historia. Facultad de Derecho Universidad de Sevilla.

_____. “*Las estrellas solo lucen cuando el sol se pone*”. *Los ministros de la Audiencia de Lima en el siglo XVII y sus expectativas*, In: **Isles e Imperiis**, 14, 2012, p. 49-67.

_____. *La Real Audiencia de Lima, el sello real y la garantía de la justicia*. **Revista de Humanidades**, n. 22, p.227-241, ISSN 1130-5029.

_____. “El virreinato peruano en el primer siglo XVIII americano (1680-1750). Organización territorial y control administrativo.”; In:

PUENTE LUNA, José Carlos; HONORES, Renzo. *Guardianes de la real justicia: alcaldes de indios, costumbre y justicia local en Huarochirí colonial*. **Histórica**, v. 40, n. 2, p. 11-47, 14 dez. 2016.

PREMO, Bianca. *Pena y protección: delincuencia juvenil y minoridad legal en Lima virreinal, siglo XVIII*. **Histórica**, v. 24, n. 1, p. 85-120, 8 mar. 2000.

_____. *Quejas ilustrada. Litigios en la historia de España e Hispanoamérica (siglo XVIII)*. In: **Revista Memoria y civilización**, 14 (2011), pp. 155-173. ISSN:1139-0107.

QUEVEDO y VILLEGAS, Francisco de. Los sueños. *El Mundo por dentro*. Alianza Editorial, Madrid, 1998.

REBAGLIATI, Lucas. “Estratégias retóricas y cultura jurídica en el Buenos Aires virreinal: los defensores de pobres en procesos criminales (1776-1809)”. **Revista de Historia del Derecho**, n. 51, INHIDE, Buenos Aires, enero-junio, 2016, pp.127-163.

_____. “Um honorífico empleo”. Apuntes para el estudio de los defensores de pobres en el Río de la Plata (siglos XVIII-XIX). **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 62, n. 3, p. 157-186, dez. 2017. ISSN 2236-7284.

RODRIGUEZ ARROCHA, Belinda. *Fundamentos del derecho penal en Indias: el Cursus de Murillo Velarde*. **IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla**, México. Nueva Época, vol.13, nº43, Enero-Junio 2019, pp. 9-31.

ROSONI, Isabella. *Quae singula non prosunt collecta iuvant. La teoría della prova indiziaria nell' età medievale e moderna*, Milano, Giuffrè, 1995.

RUIZ, Rafael. *Os espaços de ambiguidade: os poderes locais e a justiça na América espanhola do século XVII*. **Revista de História**, São Paulo, n. 163, p. 081-101, jul./dez. 2010.

_____. *Probabilismo e Teologia moral na prática judiciária na América espanhola do século XVII*. **Revista Brasileira de História & Ciências Sociais**, vol. 4 nº 8, dezembro de 2012.

_____. *O sal da consciência: probabilismo e justiça no Mundo Ibérico*. Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência “Raimundo Lúlio”, São Paulo, 2015.

_____. *Direito Canônico e teologia moral: em torno a uma outra historiografia para a História da América*. In: MENEZES, Jeannie (Organizadora), **A**

Praxis judicial em Tempos Coloniais. Construções teóricas e práticas de poder e autoridade nas dinâmicas da justiça nos mundos americanos (séculos XVI-XIX).

Editora Universitária da UFRPE, Recife, 2019.

_____. *Pruebas* (DCH), Max Planck Institute for European Legal History, n. 2019-09. ISSN 2699-0903 – Frankfurt am Main.

_____. *Argumentos retóricos y elementos de prueba en los procesos criminales en la Real Audiencia de Lima a finales del siglo XVIII*. **Revista jurídica digital UANDES 4**, n. 1, 2020. Universidad de los Andes, Chile.

RÜSEN, Jörn. *Razão histórica: teoria da história - os fundamentos da ciência histórica*. Tradução de Estevão de Rezende Martins. Brasília: Ed. UnB, 2001.

SANCHEZ BELLA, Ismael. *Derecho Indiano Estudios II. Fuentes. Literatura Jurídica. Derecho Público Colección jurídica*. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona, 1991.

SÁNCHEZ RUBIO, Javier. *Del gobierno de los jueces al poder judicial. El tránsito del modelo jurisprudencial del IUS COMMUNE al poder judicial del constitucionalismo*. Boletín de la Facultad de Derecho, n. 18, 2001, pp. 51-79.

TARUFFO, Michele. *Consideraciones sobre la prueba judicial*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo- Madrid, 2009.

TAU ANZOATEGUI, Víctor. *Los orígenes de la jurisprudencia de los tribunales en la Argentina*. **Revista de Historia del Derecho**, n. 6, Buenos Aires – Argentina, 1978, pp. 319 - 352.

_____. *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano*. **Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho**, Buenos Aires, 1992.

_____. *La ley en América Hispana. Del descubrimiento a la emancipación.* Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires, 1992.

_____. *La noción de justicia en la Política Indiana de Solórzano.* Homenaje a Ismael Sanchez Bella, 1992, pp. 602-619.

_____. *El poder de la costumbre. Estudios sobre el Derecho Consuetudinario en América hispana hasta la emancipación.* Instituto de Investigación de Historia del Derecho, Buenos Aires, 2001.

_____. *La disimulación en el Derecho Indiano.* In: **Derecho y Administración Pública en las Indias hispánicas. Actas del XII Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano**, Coordinador: BARRIOS PINTADO, Feliciano. Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha, Cuenca, 2002, vol. II, pp. 1733-1752.

_____. *El jurista en el Nuevo Mundo. Pensamiento. Doctrina. Mentalidad. La disimulación en el Derecho Indiano.* **Global Perspectives on Legal History**, Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt am Main, 2016, pp. 223-243.

_____. *La jurisprudencia civil en la cultura jurídica argentina (s. XIX-XX).* **Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno.** ISSN 0392-1867, vol. 40, n. 1, 2011, pp. 53-110.

_____. *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano.* Athenaica Ediciones e, Max Planck Institute, **Historia del derecho 98**, Univ. Carlos III, Sevilla, España, mayo de 2021, ISSN: 2255-5137.

TEJEDA, Nelson Osorio. *Consideraciones preliminares para el estudio del siglo XVIII en el Mundo Andino.* In: **Revista de Crítica Literaria Latinoamericana**, Año XXXIV, nº 67, Lima-Hanover, 1º Semestre de 2008, pp.9-27.

TURRINI, Mirian. *La coscienza e leggi. Morale e diritto nei testi per la confessiones dell'ap rima Età moderna*. Annali dell' Istituto storico ítalo-germanico. Società editrice il Mulino, Bologna, 1991.

TWINAM, Ann. *Vidas públicas, secretos privados: género, honor, sexualidad e ilegitimidad en la Hispanoamérica colonial*. 1ª ed. – Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009.

VALLEJO, Jesús. *Acerca del fruto del árbol de los jueces. Escenarios de la Justicia en la cultura del "ius commune"*. **La justicia en el derecho privado y en el derecho público**. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, n. 2, 1998, pp. 19-46.

VIDAL, Marciano. *Historia de la teología moral*, IV, (La moral práctica en el siglo XV). Madrid, 2005.

VENEGAS, Juan Carlos Torres. "Poder y justicia penal en Lima: 1761-1821". In: **Investigaciones sociales**. Año XII, nº20, pp.249-279. [UNMSM / IIHS, Lima, 2008].

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

YANNAKAKIS, Yanna. Indigenous People and Legal Culture in Spanish America. *History Compass* 11/11, 2013, pp. 931-947

ZAPATA DE BARRY, Ana Maria. *El defensor de pobres como defensor de esclavos (1722 a 1839)*. 1ª ed., - Bahía Blanca: Editorial de la Universidad Nacional del Sur. Ediuns, 2013.