



Leis justas e ajustadas no Direito ‘indiano’: algumas chaves para compreender alguns enunciados normativos integrados a uma cultura jurídica diferente*

Just and adjusted laws on Hispanic American Law: some keys for the understanding of some normative statements integrated to a different legal culture

Ezequiel Abásolo**

REFERÊNCIA

ABÁSULO, Ezequiel. Leis justas e ajustadas no Direito ‘indiano’: algumas chaves para compreender alguns enunciados normativos integrados a uma cultura jurídica diferente. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 47, p. 46-56, dez. 2021. DOI: <https://doi.org/10.22456/0104-6594.121035>.

RESUMO

Se o que se pretende fazer é História do Direito, resulta necessário deter-se a refletir previamente sobre o que compreende na realidade o direito pretérito. Vale dizer, determinar no que consistiu. Contudo, esse direito do passado – como também o do presente, diga-se de passagem – não se reduz a mera normatividade. Trata-se de algo mais complexo. Definitivamente, expressa uma *cultura*. Ou seja, o que o *âmbito jurídico* compreende é um conjunto compartilhado de conhecimentos, valores, princípios e ideologias que, vinculados ao Direito, imperam numa época e num lugar determinados.

PALAVRAS-CHAVE

História do Direito. Direito indiano (Hispano-americano). Cultura jurídica. Metodologia jurídica.

ABSTRACT

If what we intend on doing is Legal History, it is necessary to make a previous reflection on what we really understand to be the former Law – that is, to determine what it consisted of. Nevertheless, that which is past – as is the present one – is not restricted to mere normativity. It’s something more intricate. Definitively, it manifests a culture. What the “legal” comprehends is a plot of shared knowledges, values, principles, and ideologies which, when connected to the Law, reigns in a specific time and place.

KEYWORDS

Legal History. Hispanic American Law. Legal culture. Legal methodology.

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Implicações da presença do *ius commune*; 3. As leis justas e ajustadas; 4. Conclusão; Fontes; Referências bibliográficas; Dados da publicação.

* Texto original em língua espanhola: ABÁSULO, Ezequiel. *Leyes justas y ajustadas en el Derecho Indiano: algunas claves para comprender unos enunciados normativos integrados a una cultura jurídica diferente. Colección de las 1^{as} Jornadas de Historia del Derecho 2021: Período Pre-hispano*. Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA); Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino; Centro de Estudios de Historia Constitucional Argentina de Rosario – 23, 24 y 25 de agosto 2021. Buenos Aires: Universidad Católica Argentina, 2021. 10 p. Disponível em: < <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/12436> >. Tradução de Frederico Paganin Gonçalves (aluno de graduação em Ciências Jurídicas e Sociais – Faculdade de Direito, UFRGS). Revisão da tradução por Alfredo de J. Flores (Professor Permanente do PPGDir./UFRGS). Os tradutores agradecem ao autor do presente texto pela autorização da tradução e adaptações necessárias à edição brasileira. Ademais, os tradutores introduziram títulos, que não estão presentes no texto original, às divisões do texto, para efeitos da adaptação às normas brasileiras.

** Doutor em Direito (*Universidad de Buenos Aires*). Doutor em Ciência Política (*Pontificia Universidad Católica Argentina*). Professor de História do Direito e de outras áreas afins em várias instituições argentinas (UBA, UCA, *Universidad de Morón*). Diretor do *Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho* (Buenos Aires). Membro da *Academia Nacional de Historia* (Argentina).





1 INTRODUÇÃO

Se o que se pretende fazer é História do Direito, resulta necessário deter-se a refletir previamente sobre o que compreende na realidade o direito pretérito. Vale dizer, determinar no que consistiu. Contudo, esse direito do passado – como também o do presente, diga-se de passagem – não se reduz a mera normatividade. Trata-se de algo mais complexo. Definitivamente, expressa uma *cultura*. Ou seja, o que o *âmbito jurídico* compreende é um conjunto compartilhado de conhecimentos, valores, princípios e ideologias que, vinculados ao Direito, imperam numa época e num lugar determinados¹. Feito esse primeiro esclarecimento, também devemos advertir outra coisa. Referimo-nos a uma dimensão que se deixa transparecer nas palavras com as quais o mestre Ricardo Zorraquín Becú chamou à atenção sobre o caráter heterogêneo da normativa americana². Trata-se do fato de que a *lei indiana* dos dois primeiros séculos da Coroa castelhana na América não foi a *nossa* lei. Isso significa que não se enquadrou nos padrões racionalistas de abstração, uniformidade e imperatividade, próprios da Modernidade³. Assentado esse marco referencial, antecipamos que o que se pretende fazer a seguir é tornar compreensível ao leitor contemporâneo o sentido e o alcance das leis de Índias durante os primeiros duzentos anos da dominação castelhana. E por que razão não se ocupar do período bourbônico? Porque, durante o citado período, a lei transitou por rumos diferentes, aproximando-se bastante ao que atualmente entendemos como tal⁴. Cabe esclarecer, ademais, que, dada a inexistência de uma explicação formal de época, nossa tentativa de descriptar o passado àquilo que apontamos é para recriar uma mais ou menos rudimentar “teoria” da lei indiana. Em busca desse objetivo, recorreremos, principalmente, à consulta direta de algumas expressões normativas contidas na *Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias*, de 1680, e à consulta de duas consagradas expressões doutrinárias de meados do século XVII. Referimo-nos à *Política Indiana*, de Juan de Solórzano y Pereira^a – publicada primeiramente em 1647 –,

¹ Cf.: ABÁSULO, Ezequiel. *Bastante más que ‘degradantes andrajos de nuestra pasada esclavitud’*: fragmentos sudamericanos de la pervivencia de la cultura jurídica indiana durante el siglo XIX. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2014. p. 136.

² ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo. El sistema de fuentes en el derecho indiano. *Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano*, vol. VI, p. 03, 1980.

³ Eduardo Martiré destaca essa condição em sua obra: MARTIRÉ, Eduardo. *Las Audiencias y la Administración de Justicia en las Indias*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2005. p. 33.

⁴ Ver, a esse respeito, o que digo na obra: ABÁSULO, Ezequiel. *Animado Yo de los mismos deseos de mi Augusto Padre*: estudios y documentos sobre la fijación del derecho de la Monarquía española durante la época de Carlos IV. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2009. (passim).

^a *Nota de tradução*: a edição utilizada neste texto é a seguinte: SOLÓRZANO Y PEREIRA, Juan de. *Política Indiana*. t. 1-2. Madrid: Matheo Sacristán, e Imprenta Real de la Gazeta, 1736-1776.





e ao *Gobierno Eclesiástico Pacífico*, de Gaspar de Villaroel^b – publicado inicialmente em 1656. Pois bem, quanto ao que faz as *leis*, esclarecemos que aqui não se distinguirá entre as diferentes modalidades textuais possíveis, como pragmáticas, leis em sentido estrito, ordenanças ou cédulas reais⁵. Limitamo-nos a considerar como tais os mandatos assinados pelo Rei, ou, eventualmente, pelos integrantes de seu Conselho para o governo do Novo Mundo. Ou seja, que tomaremos o conjunto de diversas cédulas e ordens dispostas como “em forma de leis”, às quais se referia o jovem Solórzano⁶. Quanto ao papel assumido pelo dicastério aludido, tenha-se presente também que, como derivação da atribuição de competências sobre os negócios das Índias que “delas resultassem e dependessem” – conforme afirma a segunda das *Ordenanzas* aprovadas em 1571, incorporada em seguida à *Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias* de 1680 como lei 2, título 2, livro 2 – “para a boa governação delas, e administração de justiça”, este Conselho contava com atribuições para ordenar, e fazer, com consulta à Real pessoa, as leis, pragmáticas, ordenanças e provisões gerais e particulares, “que por tempo para o bem daquela república conviessem”⁷.

2 IMPLICAÇÕES DA PRESENÇA DO *IUS COMMUNE*

Enquanto que, tal como já antecipamos *supra*, a legislação hispano-americana dos séculos XVI e XVII somente pode ser compreendida quando emoldurada nos cânones da cultura jurídica de seu tempo, não devemos perder de vista que, mediante a adesão aos padrões e critérios de um onipresente *ius commune*⁸, o direito indiano se caracterizou, principalmente: (a) pela primazia de uma concepção técnica casuísta, atenta às manifestações concretas sensíveis das sociedades americanas; (b) pela admissão de um cenário policêntrico de potestades normativas; e (c) por um regime de fontes formais que não pretendia estruturar-se rigidamente e antecipadamente, de onde se presumiria como algo normal que, em cada ocasião

^b *Nota de tradução*: o autor utiliza a seguinte edição dessa obra: VILLARROEL, Gaspar de. *Gobierno eclesiástico pacífico, y unión de los dos cuchillos pontificio, y regio*. t. II. Madrid: Oficina de Antonio Marín, 1738.

⁵ Sobre a variedade de expressões normativas que compreende a genérica referência a leis, ver: GARCÍA-GALLO, Alfonso. La ley como fuente del derecho en Indias en el siglo XVI. *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. XXI-XXII, p. 618, 1951-1952.

⁶ Cf. o memorial dirigido ao Rei por Juan de Solórzano y Pereira, datado de 8 de abril de 1618. Transcrito na obra: ALTAMIRA, Rafael. El primer proyecto de Recopilación de Indias, hecho por D. Juan de Solórzano Pereyra. *Bulletin Hispanique*, t. 42, n. 2, p. 105, 1940.

⁷ Ver também: SOLÓRZANO Y PEREIRA, Juan de. *Política Indiana*. cit.: libro V, cap. XVI, § 1, p. 401.

⁸ MARILUZ URQUIJO, José María. *Ius commune* y Nuevo Mundo. In: CONDORELLI, O. [ed.]. *Panta rei*: Studi dedicati a Manlio Bellomo. Roma: Il Cigno Edizioni, 2004. p. 513.





específica, viesse a aplicar-se uma conjuntura normativa plural e flexível⁹, característica tal que, conforme feliz imagem do memorável professor António Manuel Hespanha, resultava numa “geometria variável”¹⁰.

Pois bem, se na legislação indiana confluíram importantes expressões prescritivas, isso não significa necessariamente que elas tivessem sido concebidas para aplicar-se com critério imperativo. Pelo contrário, e como acertadamente o advertiu em seu momento Alfonso García-Gallo, era mais próprio da diferente natureza dessas leis dos séculos XVI e XVII, quanto às atuais, o persuadir e o convencer, antes do exigir¹¹. Disso se deduz, por exemplo, que um Solórzano viesse a reprovar – enquanto manifestação de um pretense “mau estilo” – que as normas legais ordenassem a seu cumprimento com palavras “ásperas” e “severas”¹². Tampouco se pode perder de vista que, não poucas vezes, o desenho normativo se reduzia, simplesmente, a orientar os funcionários a adotar um certo caminho, e não muito mais. Tal classe de prescrições conferia aos obrigados a cumpri-las com a liberdade suficiente para fazer com o ordenado como “lhes parecesse” e fosse conveniente¹³.

Recordemos, também, que os enunciados legais indianos se articulavam de acordo com uma *textura aberta*¹⁴. Consequentemente, seu entendimento somente se tornava compreensível em vista da intervenção de alguns operadores jurídicos que se debruçavam sobre eles conforme as orientações do *ius commune*¹⁵. Do afirmado anteriormente resulta que, para poder chegar à autêntica compreensão destas leis, requer-se bastante mais que sua mera leitura individual. Em termos efetivos, “entender” as leis indianas supunha integrá-las a um variado conjunto de expressões normativas, não somente civis, mas também canônicas. Sem pretensão de enumerá-

⁹ ABÁSULO, Ezequiel. *Bastante más que ‘degradantes andrajos de nuestra pasada esclavitud’*: fragmentos sudamericanos de la pervivencia de la cultura jurídica indiana durante el siglo XIX. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2014. p. 162.

¹⁰ HESPANHA, António Manuel. Porque é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 35, t. I, p. 70, 2006.

¹¹ GARCÍA-GALLO, Alfonso. La ley como fuente del derecho en Indias en el siglo XVI. *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. XXI-XXII, p. 671, 1951-1952.

¹² SOLÓRZANO Y PEREIRA, Juan de. *Política Indiana*. t. 1-2. Madrid: Matheo Sacristán, e Imprenta Real de la Gazeta, 1736-1776: libro V, cap. XVI, § 25, p. 407.

¹³ Ver, como um exemplo dentre muitos outros possíveis, deste tipo de mandatos, o texto da lei 6, título 4, livro 3, da *Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias*, ditada por Felipe II em 1563, e relativa aos espanhóis desobedientes. Antecipo que estas cláusulas – às quais podemos identificar genericamente com a expressão “*como mejor pareciere*” – ainda não têm sido detidamente estudadas. Pretendemos ocupar-nos delas em outro trabalho específico.

¹⁴ TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. *Casuismo y sistema*: indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992. p. 316.

¹⁵ A respeito deste, ver: BARRIENTOS GRANDÓN, Javier. *Historia del Derecho Indiano. Del descubrimiento colombino a la codificación. I. Ius Commune – Ius Proprium en las Indias Occidentales*. Roma: Il Cigno Galileo Galilei, 2000. p. 283.





las todas, entre elas caberia ter em conta a *opinio doctorum*, sustentada na literatura profissional e sintetizada em uma variedade de brocados; o arbítrio judicial; o costume; os “exemplares”; e uma pluralidade de critérios teológicos e morais¹⁶. Além disso, no momento de enfrentar a sua aplicação funcional, os enunciados legais indianos voltavam a desnudar a sua falta de autonomia e sua insuficiência estrutural. Isso era assim porque, quando postos em prática, complementavam-se com a *epiqueia* – a qual não deve ser traduzida sem mais como *equidade*, mas, tal como a Real Academia espanhola continua defendendo em nossos dias, como uma “interpretação moderada e prudente da lei, segundo as circunstâncias de tempo, lugar e pessoa”. Desse modo, as leis somente alcançavam um sentido operativo pleno uma vez “aperfeiçoadas” mediante a intervenção dessa epiqueia, a partir da qual sofriam uma verdadeira metamorfose. Definitivamente, e como resultado das aludidas interações com elementos externos, os enunciados legais adquiriam algumas dimensões normativas às quais não resultaria possível que fossem assim inferidas, isso a partir de uma leitura restrita ao conteúdo que unicamente contemplavam em seus textos¹⁷.

Tenhamos presente agora que a capacidade de legislar – onde importava adentrar em “matérias graves de governo”, para proporcionar-lhe “seus olhos” à “República”, e “maior defesa e proveito que as armas”¹⁸ – era ponderada por Solórzano como algo “concernente às supremas e maiores Regalias dos Príncipes, Reis e Imperadores”¹⁹. Conforme Villarroel, de sua parte, não se poderia discutir que os príncipes contavam com atribuições para fazer normas civis, nem o fato de que as cédulas reais fossem “verdadeiras leis”, comparadas “às Epístolas, ou Reescritos dos Imperadores Romanos”²⁰. Não obstante, o reconhecimento destas competências na pessoa do príncipe não supunha consagrar uma liberdade ilimitada para encarar o desenho normativo. E ainda que, durante os séculos XVI e XVII, resulte perceptível o paulatino incremento das pretensões legiferantes régias, o certo é que durante esse período

¹⁶ TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. La noción de ley en América hispana durante los siglos XVI a XVIII. In: TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. *La ley en América Hispana: del descubrimiento a la emancipación*. Buenos Aires: Academia Nacional de la Historia, 1992. p. 32.

¹⁷ Sobre esta dimensão, chama à atenção com agudeza: CUENA BOY, Francisco. Teoría y práctica de la ley. Apuntes sobre tres juristas indianos. *Cuadernos de Historia del Derecho*, n. 13, p. 19, 2006.

¹⁸ Cf. SOLÓRZANO Y PEREIRA, Juan de. *Política Indiana*. t. 1-2. Madrid: Matheo Sacristán, e Imprenta Real de la Gazeta, 1736-1776: libro V, cap. XVI, § 8, 19 e 28, p. 402, 405 e 407. Ley 2, tít. II, libro II, *Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias*.

¹⁹ SOLÓRZANO Y PEREIRA, Juan de. *Política Indiana*. t. 1-2. Madrid: Matheo Sacristán, e Imprenta Real de la Gazeta, 1736-1776: libro V, cap. XVI, § 2, p. 401.

²⁰ VILLARROEL, Gaspar de. *Gobierno eclesiástico pacífico, y unión de los dos cuchillos pontificio, y regio*. t. II. Madrid: Oficina de Antonio Marín, 1738: t. II, n. 25 e 42, p. 72 e 75.





ainda nos encontraríamos muito distantes de um exercício legislativo de caráter absoluto²¹. No mote do explica, Alfonso García-Gallo demonstrava que as exposições de motivos das leis indianas não respondiam a uma exigência de estilo, nem eram uma mera formalidade, senão que constituíam “partes essenciais da lei”, enquanto justificavam ante os súditos a oportunidade e necessidade dos mandatos legais²². De outra parte e enquanto o sustento da força normativa das leis continuasse se direcionando à *autoridade*, antes que ao *imperium*²³, instava-se aos governantes que afrontassem o ditado da legislação “com muito acordo e deliberação”, de onde:

estando primeiro muito informados e certificados do que antes foi provido nas matérias sobre as quais houverem de dispor, e precedendo à maior notícia e informação que se possa das coisas e negócios, e das partes para onde se provenham, com informação e parecer dos que governarem, ou puderem dar delas alguma luz, se na dilação de pedir informação, não houver algum inconveniente²⁴.

Nesta ordem de coisas, Solórzano recomendava ademais que, à hora de desenhar e aplicar as leis, os governantes tivessem em conta “o que é lícito, segundo a razão, e justiça, e o que será decente, e bem parecido conforme à honestidade, e conveniente, e expediente à pública utilidade, [por]que nem todas as leis podem adaptar-se a todas Nações, e Regiões”²⁵. Em termos definitivos, pois, as leis deveriam ser expressão acabada da prudência²⁶.

Ademais, durante nossa época, o reconhecimento da força normativa das leis ainda continuava dependendo de sua justiça intrínseca²⁷. Como também de sua adequação a uma poderosa ordem normativa superior, indisponível ao legislador régio. A julgar por estes critérios, com alguns séculos de antecipação à experiência colombina, Alfonso, o Sábio^c, já se havia referido à perda de vigência de uma norma régia por opor-se à lei de Deus ou ao “direito senhorio”; por dar-se de bruços com o “*pro comunal da terra*”; ou por colidir com alguma

²¹ TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. La noción de ley en América hispana durante los siglos XVI a XVIII. In: TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. *La ley en América Hispana: del descubrimiento a la emancipación*. Buenos Aires: Academia Nacional de la Historia, 1992. p. 38 e 39.

²² GARCÍA-GALLO, Alfonso. La ley como fuente del derecho en Indias en el siglo XVI. *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. XXI-XXII, p. 670, 1951-1952.

²³ Remete-se a esta ideia em: SOLÓRZANO Y PEREIRA, Juan de. *Política Indiana*. t. 1-2. Madrid: Matheo Sacristán, e Imprenta Real de la Gazeta, 1736-1776: libro V, cap. XVI, § 20, p. 405.

²⁴ *Recopilación de Leyes de Indias*, ley 12, título 2, libro 2.

²⁵ SOLÓRZANO Y PEREIRA, Juan de. *Política Indiana*. cit.: libro V, cap. XVI, § 18, p. 405.

²⁶ *Ibidem*: libro V, cap. XVI, § 4, 17 e 21, p. 402 e 405

²⁷ GARCÍA-GALLO, Alfonso. La ley como fuente del derecho en Indias en el siglo XVI. *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. XXI-XXII, p. 671, 1951-1952.

^c *Nota de tradução*: a edição da renomada obra do rei Alfonso, o Sábio, adotada no texto original deste artigo é a seguinte: *Los códigos españoles concordados y anotados*. t. 2, Código de las Siete Partidas. Madrid: La Publicidad, 1848.





“bondade conhecida”²⁸. Por sua vez, conforme Solórzano as leis se faziam “comendáveis, e respeitáveis, pela razão em que se fundamentam”, desautorizando-as “quem – não somente insistindo na extensão presumida de suas palavras, mas também na curteza do expressamente disposto por ela – obra contra o que pede sua intenção e vontade”²⁹. Atendendo a considerações análogas, o corpo normativo alfonsino preconizava nesta ordem de coisas que, antes de ditar as leis, o Rei consultasse elevados operadores jurídicos, e “aos melhores homens que pudesse haver, e de mais terras, porque sejam muitos de acordo”, de onde o Direito, “quanto mais acordado é, e mais examinado, tanto melhor é, e mais firme”³⁰. Além disso, os juristas indianos consideravam que, na ponderação da legislação, deveria ter-se em conta “a vontade do povo”, algo muito em concordância com o que sustentara durante o século II o jurista romano Sálvio Juliano – em uma reflexão sua, posteriormente incorporada ao *Digesto* de Justiniano como número 32, título III, livro I –, de onde “por nenhuma outra causa” as leis obrigavam³¹.

3 AS LEIS JUSTAS E AJUSTADAS

Em sua complexa trama, resultava que o tecido normativo indiano se entretecia em torno de uma pluralidade de soluções casuístas e particulares, que evocavam as aspirações de um mundo alheio à rigidez legal da Modernidade. Assim, enquanto para Juan de Solórzano y Pereira, as leis não eram aptas para “compreender todos os casos e pontos, que oferece sua prática”³², para Gaspar de Villarroel, dava-se “assento a sentença de Doutores, quando se há de conformar a lei com o tempo, com a condição do súdito, com as circunstâncias, e as ocasiões, e com os humores da Região”³³. Em concordância com isso, por aqueles dias se tinha como factualmente impossível uma lei “que em tudo se ajuste, e seja uniforme a todo o gênero humano”³⁴. Em sentido semelhante viria a manifestar-se, dentre outros, o Vice-Rei peruano Francisco de Toledo, ao assegurar a Felipe II que, sendo “a terra, costumes, temperamento, e

²⁸ *Los códigos españoles concordados y anotados*. t. 2, Código de las Siete Partidas. Madrid: La Publicidad, 1848: ley 18, título 1, libro I.

²⁹ SOLÓRZANO Y PEREIRA, Juan de. *Política Indiana*. t. 1-2. Madrid: Matheo Sacristán, e Imprenta Real de la Gazeta, 1736-1776: libro III, cap. XXIII, § 27, p. 355.

³⁰ *Los códigos españoles concordados y anotados*. t. 2, Código de las Siete Partidas. Madrid: La Publicidad, 1848: ley 17, título 1, libro I.

³¹ Francisco Cuena Boy recorda a remissão ao pensamento de Sálvio Juliano por parte de Frei Miguel – ver: CUENA BOY, Francisco. *Teoría y práctica de la ley. Apuntes sobre tres juristas indianos. Cuadernos de Historia del Derecho*, n. 13, p. 15, 2006.

³² SOLÓRZANO Y PEREIRA, Juan de. *Política Indiana*. cit.: libro III, cap. XX, n. 22, p. 338.

³³ VILLARROEL, Gaspar de. *Gobierno eclesiástico pacífico, y unión de los dos cuchillos pontificio, y regio*. t. II. Madrid: Oficina de Antonio Marín, 1738: t. II, parte II, q. XII, art. IV, n. 80, p. 79.

³⁴ SOLÓRZANO Y PEREIRA, Juan de. *Política Indiana*. cit.: libro V, cap. XVI, § 3, p. 402.





nações e províncias” do distrito a seu encargo “tão variadas”, não era “possível que, pela ordem de uma lei ou ordenança se possam todas governar, porque o que a uns fosse muito proveitoso, a outros será danoso”³⁵. Este sentimento comum, que replicava velhas características da sensibilidade jurídica medieval, desponta, por exemplo, nas concepções de um Solórzano, quem – ao mesmo tempo em que pregava que os magistrados deveriam julgar mediante leis escritas, permanecendo “atados a elas, e que somente em coisas de pouca consideração, e importância se lhes deixe livre o arbítrio”³⁶ –, mantinha sua adesão ao ideal conforme o qual era melhor “o bom Rei, que a boa lei”³⁷. Com esse panorama como pano de fundo, entende-se por que razão durante os séculos XVI e XVII se assumisse que as leis, ademais de *justas*, deveriam ser *ajustadas*³⁸. Consequentemente, instava-se a que a legislação satisfizesse o que “fora pedindo o tempo, e a utilidade, e conveniência daquelas Províncias, e Repúblicas”, e se tinha por altamente provável que “aquilo que hoje se estabeleceu de forma salutar”, viesse a resultar conveniente “mudar amanhã”³⁹. Na mesma toada desse tipo de perspectiva, para o Frei Gaspar de Villarroel, de Quito, resultava simplesmente inconcebível “que neste Novo Mundo seja firme, e fixo o governo, e que as leis humanas sejam duradouras: porque sobre ser tão inúmeros os casos particulares, a cujo remédio assistem as leis, é o homem animal tão variado, que hoje lhe turva a saúde a medicina que a sanava ontem”⁴⁰. Assim sendo, entende-se como e por que se impôs nas Índias o particularismo normativo. A esse respeito, enquanto se admitia como normal que toda sociedade contasse com legislação própria, alcançou a condição de critério dominante que as Américas viessem a requer urgentemente de uma normativa específica:

porque tudo, ou o mais, é novo nelas, ou digno de inovar-se a cada dia, sem que nenhum direito, fora do natural, possa ter firmeza, e consistência, nem os costumes, e exemplos que achamos introduzidos sejam dignos de se continuar, nem as leis de Roma, ou Espanha, se adaptem ao que pede a variedade de seus naturais, além de outras mudanças, e variedades, que cada dia ocasionam os inopinados sucessos, e repentinos acidentes que sobrevêm⁴¹.

³⁵ Carta de Francisco de Toledo, datada em Los Reyes em 8 de fevereiro de 1570. Disponível em: LEVILLIER, Roberto. *Gobernantes del Perú: Cartas y papeles. Siglo XVI. Documentos del Archivo de Indias*. t. III. Madrid: Sucesores de Rivadeneyra, 1921. p. 353. (Colección de Publicaciones Históricas de la Biblioteca del Congreso Argentino)

³⁶ *Ibid.*, § 8, p. 402.

³⁷ SOLÓRZANO Y PEREIRA, Juan de. *Política Indiana*. t. 1-2. Madrid: Matheo Sacristán, e Imprenta Real de la Gazeta, 1736-1776: libro V, cap. XVI, § 6, p. 402.

³⁸ SOLÓRZANO Y PEREIRA, Juan de. *Política Indiana*. cit.: libro V, cap. XVI, § 11, p. 403.

³⁹ *Ibidem*: libro V, cap. XVI, § 3, p. 402.

⁴⁰ VILLARROEL, Gaspar de. *Gobierno eclesiástico pacífico, y unión de los dos cuchillos pontificio, y regio*. t. II. Madrid: Oficina de Antonio Marín, 1738: t. II, parte II, q. XII, art. IV, n. 14, p. 71.

⁴¹ SOLÓRZANO Y PEREIRA, Juan de. *Política Indiana*. cit.: libro V, cap. XVI, § 4, p. 402.





Constituía lugar comum, pois, reconhecer que os casos novos e mutáveis eram “inumeráveis, e [que] o que hoje importa à conservação de um Reino, pode prejudicá-lo amanhã, e mudar as leis ... quando importa, não é inconstância”⁴². Sobre esse último particular, o mestre Mariluz Urquijo explica que, a princípio, a atitude dos indianos era de não as substituir, isso enquanto fossem consequências de “situações estáveis, decantadas com o correr do tempo”⁴³, princípio do qual derivava o ter por característica própria de um mau governante o “fazer a cada passo uma lei”⁴⁴. Não obstante, também se admitia que, à medida que fosse necessário, a variação normativa não deveria ter por inconstância, mas por providência⁴⁵.

4 CONCLUSÃO

Digamos, por fim, que casuísmo e particularismo indianos respondiam a uma matriz comum de pensamento normativo tópico. Entretanto, não compreendiam nem abarcavam exatamente o mesmo. Ao calor do casuísmo, que resolvia com bastante acerto os desafios propostos por uma sociedade simultaneamente estamental e mutável, o que se ofereciam eram soluções próprias de uma ordem normativa móvel, em permanente construção e reconstrução. Para explicar a sua essência, Solórzano acudiu a uma fábula sobre a lua – previamente cunhada pelo clérigo inglês Edward Weston⁴⁶ –, conforme a qual o astro noturno “pediu a sua mãe um vestido” ao que esta se negou, “[terminando] por dizer que, como perpetuamente mudava de tamanho, não sabia de que medida se lhe poderia fazer, [uma vez] que se enquadrava com tantas formas”⁴⁷. O particularismo, por sua parte, ainda que também se dirigisse a satisfazer o desafio de situações que não eram iguais entre si, não se preocupava no que se refere ao circunstancial e momentâneo. O que pretendia era oferecer uma resposta a outro tipo de diferenças, mais ou menos permanentes e estruturais, derivadas, em sua maior parte, da variável geografia

⁴² VILLARROEL, Gaspar de. *Gobierno eclesiástico pacífico, y unión de los dos cuchillos pontificio, y regio*. t. II. Madrid: Oficina de Antonio Marín, 1738: t. II, parte II, q. XII, art. IV, n. 66, p. 77.

⁴³ MARILUZ URQUIJO, José María. El concepto de tierra nueva en la fundamentación de la peculiaridad indiana. In: *Memoria del IV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1976. p. 330.

⁴⁴ VILLARROEL, Gaspar de. *Gobierno eclesiástico pacífico, y unión de los dos cuchillos pontificio, y regio*. cit.: t. II, parte II, q. XII, art. IV, n. 4, p. 70.

⁴⁵ *Ibid.*, n. 71, p. 78.

⁴⁶ WESTONO LONDINENSI, Edovardo. *Theatrum vitae civilis ac sacrae sive de moribus republicae christianae comentaria in quinque libros distributa*. Amberes: Gulielmum Tongris, 1626: livro 4, capítulo 12, n. 3, p. 413.

⁴⁷ SOLÓRZANO Y PEREIRA, Juan de. *Política Indiana*. t. 1-2. Madrid: Matheo Sacristán, e Imprenta Real de la Gazeta, 1736-1776: libro V, cap. XVI, § 5, p. 402.





continental. O reconhecimento destas especiais circunstâncias se plasmou em fórmulas alusivas à qualidade e à novidade da terra⁴⁸.

FONTES

Los códigos españoles concordados y anotados. t. 2, Código de las Siete Partidas. Madrid: La Publicidad, 1848.

LEVILLIER, Roberto. *Gobernantes del Perú: Cartas y papeles*. Siglo XVI. Documentos del Archivo de Indias. t. III. Madrid: Sucesores de Rivadeneyra, 1921. (Colección de Publicaciones Históricas de la Biblioteca del Congreso Argentino).

Recopilación de leyes de los Reynos de Indias. Prólogo por Ramón Menéndez y Pidal. Estudio preliminar de Juan Manzano Manzano. Madrid: Ediciones Cultura Hispanica, 1973.

SOLÓRZANO Y PEREIRA, Juan de. *Política Indiana*. t. 1-2. Madrid: Matheo Sacristán, e Imprenta Real de la Gazeta, 1736-1776.

VILLARROEL, Gaspar de. *Gobierno eclesiástico pacífico, y unión de los dos cuchillos pontificio, y regio*. t. II. Madrid: Oficina de Antonio Marín, 1738.

WESTONO LONDINENSI, Edovardo. *Theatrum vitae civilis ac sacrae sive de moribus republicae christianae comentaria in quinque libros distributa*. Amberes: Gulielmum Tongris, 1626.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABÁSULO, Ezequiel. *Animado Yo de los mismos deseos de mi Augusto Padre: estudios y documentos sobre la fijación del derecho de la Monarquía española durante la época de Carlos IV*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2009.

ABÁSULO, Ezequiel. *Bastante más que 'degradantes andrajos de nuestra pasada esclavitud': fragmentos sudamericanos de la pervivencia de la cultura jurídica indiana durante el siglo XIX*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2014.

ALTAMIRA, Rafael. El primer proyecto de Recopilación de Indias, hecho por D. Juan de Solórzano Pereyra. *Bulletin Hispanique*, t. 42, n. 2, 1940.

BARRIENTOS GRANDÓN, Javier. *Historia del Derecho Indiano. Del descubrimiento colombino a la codificación. I. Ius Commune – Ius Proprium en las Indias Occidentales*. Roma: Il Cigno Galileo Galilei, 2000.

⁴⁸ Cf.: MARILUZ URQUIJO, José María. El concepto de tierra nueva en la fundamentación de la peculiaridad indiana. In: *Memoria del IV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1976. p. 330. Também se debruça sobre esta categoria, adicionando valiosas contribuições: BARRIERA, Darío. La tierra nueva es algo libre y vidriosa. El delito de 'traición a la coronal real': lealtades, tiranía, delito y pecado en jurisdicción de la Real Audiencia de Charcas (1580-1581). *Ley, Razón y Justicia – Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales*, a. 8, n. 11, jul. 2006/mar. 2010, p. 283 et seq.





BARRIERA, Darío. La tierra nueva es algo libre y vidriosa. El delito de ‘traición a la coronal real’: lealtades, tiranía, delito y pecado en jurisdicción de la Real Audiencia de Charcas (1580-1581). *Ley, Razón y Justicia – Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales*, a. 8, n. 11, jul. 2006/mar. 2010.

CUENA BOY, Francisco. Teoría y práctica de la ley. Apuntes sobre tres juristas indios. *Cuadernos de Historia del Derecho*, n. 13, 2006.

GARCÍA-GALLO, Alfonso. La ley como fuente del derecho en Indias en el siglo XVI. *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. XXI-XXII, 1951-1952.

HESPANHA, António Manuel. Porque é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 35, t. I, 2006.

MARILUZ URQUIJO, José María. *Ius commune* y Nuevo Mundo. In: CONDORELLI, O. [ed.]. *Panta rei: Studi dedicati a Manlio Bellomo*. Roma: Il Cigno Edizioni, 2004.

MARILUZ URQUIJO, José María. El concepto de tierra nueva en la fundamentación de la peculiaridad indiana. In: *Memoria del IV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1976.

MARTIRÉ, Eduardo. *Las Audiencias y la Administración de Justicia en las Indias*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2005.

TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. *Casuismo y sistema: indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992.

TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. La noción de ley en América hispana durante los siglos XVI a XVIII. In: TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. *La ley en América Hispana: del descubrimiento a la emancipación*. Buenos Aires: Academia Nacional de la Historia, 1992.

ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo. El sistema de fuentes en el derecho indiano. *Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano*, vol. VI, 1980.

DADOS DA PUBLICAÇÃO

Categoria: artigo de autor convidado.

Recebido em: 20/09/2021.

Aceito em: 13/12/2021.

