

# O FUNDAMENTO CONSUETUDINÁRIO DO DIREITO 'INDIANO' (HISPANO-COLONIAL)<sup>1</sup>

## THE CUSTOMARY FOUNDATIONS OF 'INDIAN' (SPANISH COLONIAL) LAW

Víctor Tau Anzoátegui<sup>2</sup>

### RESUMO

O forte impacto que significou a expulsão do costume da ordem jurídica contemporânea, tal como se viu em textos anteriores, afetou profundamente a visão histórica dos estudiosos formados sob a crença de que as leis eram os componentes exclusivos do ordenamento social. Estando sob esta convicção, quem viesse a se aproximar do direito *indiano* [hispano-colonial], somente se interessaria por conhecer a imensa massa legislativa que reluzia em coleções impressas e manuscritas, lendo estes textos como se pertencessem ao positivismo de nosso tempo. Sem reflexão prévia, comparava-se a ordem *indiana* com os modelos sistemáticos atuais e se censurava seu estilo casuísta, exuberante e reiterativo, muitas vezes contraditório e com enormes lacunas normativas. Apesar do costume aparecer com frequência nestes textos, pouco ou nada dizia ao estudioso do assunto, mesmo depois do pioneiro trabalho de Rafael Altamira. O costume ficava fora dessa zona legal profusamente iluminada. Quando se reconhecia sua presença, sempre era em posição inferior à lei, ou em enfrentamento dramático com ela. A relação entre lei e costume merece uma atenção especial, na qual trataremos de mostrar distintas

---

1 Texto original publicado em língua espanhola: TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. El trasfondo consuetudinario del derecho indiano. In: TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. *El poder de la costumbre*: Estudios sobre el derecho consuetudinario en América hispana hasta la Emancipación. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2001. p. 41-81. Esta obra também pode ser encontrada (com distinta editoração e faltando algumas notas e trechos, publicada no ano de 2000) no repositório digital da Fundación Ignacio Larramendi, na página web <<https://www.larramendi.es/es/consulta/registro.do?id=1115>>. Tradução de Micael Leão Michaelsen (mestrando em Direito, PPGDir-UFRGS). Revisão de Alfredo de J. Flores (Professor Permanente PPGDir-UFRGS). Os tradutores agradecem a autorização dada pela direção do Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, bem como o apoio desta no contato com os familiares do professor Víctor Tau para autorizar a presente publicação. Foram feitas adaptações no texto para efeitos de adequação às regras de estilo da presente Revista.

2 Víctor Tau Anzoátegui (1933-2022) se formou advogado e obteve seu doutorado em Direito e Ciências Sociais pela *Universidad de Buenos Aires* (UBA). Foi Professor Titular de História do Direito Argentino (UBA), presidente da *Academia Nacional de Historia* da Argentina (1994-1999) e membro da *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales* de Buenos Aires. Foi igualmente Investigador Superior do *Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas* (CONICET) da República Argentina, diretor do *Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho* (INHIDE). Professor visitante das Universidades de Hamburgo, Oviedo e Carlos III de Madri. Recebeu o Prêmio Nacional de História e Antropologia. Fez pesquisas, por mais de quarenta anos, na área da História do Direito, com enfoque na História do Direito Argentino dos séculos XIX e XX, a criação e aplicação do Direito "Indiano", e o direito local e provincial.

operações de um jogo que se revela multiforme e aberto a uma infinidade de possibilidades. Em todo o caso, nossa intenção aponta para a busca do “fundamento consuetudinário do direito *indiano*”. Trata-se de um avanço conceitual a partir dos conteúdos mais “eruditos” de nossos estudos anteriores – que se reeditam neste mesmo volume – sem entrar em contradição essencial com estes.

**Palavras-chave:** Lei; Costume; Direito “indiano” (hispano-colonial).

#### ABSTRACT

*The strong impact made by the expulsion of customs from contemporary legal order, as seen in previous studies, had a deep effect in the historical vision from students forged in the belief that laws were the exclusive components of the social order. Under such a belief, whoever came close to ‘Indian’ [Spanish colonial] law, only would like to know the huge mass of legislation that shined on printed and handwritten digests, reasoning as if those texts belonged to our days’ positivism. Without previous reflection, this ‘Indian’ order has been compared with current systematic models, and its casuist, repetitive and exuberant style, in many moments contradictory and with big normative gaps, has been censored. Although customary law did appear frequently in those texts, it would not say much, if anything, for the student, even after the pioneering work of Rafael Altamira. Customary law has been left outside from the spotlights that were upon written norms. When its presence was recognized, it has always been as inferior to legislation, or in dramatic collision against it. The relation between legislation and customs deserves special attention, in which we will try to show different operations of an actually open and multi-faceted game, of endless possibilities. In any case, our intention aims the pursuit of the ‘customary foundation’ of Indian [Spanish colonial] law. It’s a conceptual breakthrough from the most ‘erudite’ contents of our previous studies – reedited in this volume – without any essential contradiction with them.*

**Keywords:** Legislation; Law; Customary law; “Indian” [Spanish-colonial] law.

## 1 NOSSO PROPÓSITO (INTRODUÇÃO)

O forte impacto que significou a expulsão do costume da ordem jurídica contemporânea, tal como se viu em textos anteriores, afetou profundamente a visão histórica dos estudiosos formados sobre a crença de que as leis eram os componentes exclusivos do ordenamento social. Estando sob esta convicção, quem viesse a se aproximar do direito *indiano* [hispano-colonial], somente se interessaria por conhecer a imensa massa legislativa que reluzia em coleções impressas e manuscritas, lendo estes textos como se pertencessem ao positivismo de nosso tempo. Sem reflexão prévia, comparava-se a ordem *indiana* com os modelos sistemáticos atuais e se censurava seu estilo casuísta, exuberante e reiterativo, muitas vezes contraditório e com enormes lacunas normativas. Apesar do costume aparecer com frequência nestes textos, pouco ou nada dizia ao estudioso do assunto, mesmo depois do pioneiro trabalho de Rafael Altamira. O costume ficava fora dessa

zona legal profusamente iluminada. Quando se reconhecia sua presença, sempre era em posição inferior à lei, ou em enfrentamento dramático com ela. Não se compreendia seu papel multiforme, nem se detectava a trama consuetudinária que estava aninhada nos próprios textos legais. Era uma visão externa, de superfície<sup>3</sup>.

Não é fácil superar este ângulo visual e alcançar uma ideia do Direito *índiano* mais próxima da realidade. Sobretudo se viermos a persistir em examinar o costume como sendo um mecanismo de legislação, que toma por empréstimo a aparência de uma fonte formal do Direito e segue os passos da operação geradora de normas<sup>4</sup>, ou ainda se pretendermos isolar uma norma consuetudinária da mesma maneira que o fazemos com uma norma legal<sup>5</sup>. Às vezes, também se aplicam ao costume esquemas próprios da lei – e os resultados são naturalmente desfavoráveis. Por exemplo, habitualmente não se leva em conta aquilo que, na lei positiva, haveria de incompleto, redutor e estático; em contrapartida, também não se aprecia no costume a encarnação de uma sabedoria que escapa ao legislador<sup>6</sup>. Também se censura o costume por mostrar-se esquivo a submeter-se a uma noção abarcadora e uniforme, o que, por outro lado, se poderia alcançar com a lei contemporânea. A variedade consuetudinária assume infinidade de formas – inclusive dentro de um mesmo ordenamento e de acordo com as matérias jurídicas – o que provocou juízos negativos, imputando-se ao costume carência de solidez, certeza, e até mesmo ilegitimidade<sup>7</sup>. Apesar destes inconvenientes, as análises que contrastam lei e costume – que foram clássicas já na literatura antiga – mantêm sua utilidade sempre que não se insista em um enfoque unilateral, nem se impeça um olhar sobre o costume mais além dessa relação assim delimitada.

Segundo Grossi, o costume “nasce de baixo e é a voz mesma das coisas”, pertencendo ao estrato profundo do Direito, inerente às estrutu-

---

3 Essa descrição pode parecer exagerada se tivermos em conta que os primeiros mestres da História do Direito *índiano*, como Altamira e Levene, já sinalizaram o caminho para a reação contra essa tendência, e que Ots Capdequi, em 1945, ao tratar das características do Direito *índiano*, oferece um panorama equilibrado, reconhecendo a importância do costume. Todavia, quando se vai destes enunciados ao desenvolvimento dos temas variados, as fontes de conhecimento utilizadas são quase todas legais e de caráter geral, com atenção muito escassa aos modos de aplicação locais.

4 HAGGENMACHER, Peter. Coutume. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, t. 35, p. 28, 1990.

5 DIEZ-PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. 3ª ed. Barcelona: Ariel, 1993. p. 143.

6 HAGGENMACHER, Peter. Coutume. cit. p. 39.

7 Sobre esta questão, convém ver desde a p. 06 em diante no texto: COMBACAU, Jean. La coutume. Ouverte: de la régularité à la règle. *Droits: Revue française de théorie juridique*, Paris, n. 3, p. 03-10, 1986.

ras mais íntimas da ordem sociopolítica, proporcionando uma cimentação sólida e estável à fragilidade e incerteza da vida cotidiana<sup>8</sup>. Glosadores e comentadores concordavam que o costume “é uma segunda natureza”<sup>9</sup>. A expressão se fez popular e recorreu o mundo. Um conhecido refrão hispânico o atesta<sup>10</sup>. Nesse mesmo sentido, é feliz a expressão de Joaquín Costa, que considera o costume como “uma forma da vida do Direito”<sup>11</sup>, e não somente como uma fonte formal.

Portanto, o costume se mostra exigindo um espaço de análise que não foi alcançado até agora em amplos setores da historiografia jurídica. Para enfrentar a questão, podemos começar com a teoria do “ilegalismo tolerado”, agudamente enunciada por Michel Foucault, segundo a qual durante o Antigo Regime a não-aplicação de determinados preceitos legais formava parte da vida política e econômica. Esse “ilegalismo” tinha sua própria coerência e integrava a ordem que regia os diferentes setores sociais. Consistia tanto em privilégios como em inobservâncias massivas de preceitos que jamais chegavam a ser aplicados. Ademais, comumente se percebia nos estratos populares “um espaço de tolerância” – conquistado pela força ou pela obstinação – e zelosamente defendido<sup>12</sup>. A tese de Foucault tem objetivos alheios a nosso tema e revela debilidades, caso se pretendesse generalizar sua aplicação. Ainda que não precise o conteúdo desse ilegalismo, caracteriza-o como “tolerado e necessário”.

O ordenamento oferecia amplas margens e infinitos interstícios fora do texto escrito da lei – e nesses espaços se inseriam usos, costumes e práticas que tanto ocupavam os vazios legais quanto se entremeavam com as leis no momento de sua aplicação. Assim, o fenômeno consuetudinário cumpria silenciosamente uma função significativa dentro dessa ordem, proporcionando estabilidade e continuidade substancial, enraizada e não-episódica. Esta observação escapa à sensibilidade dos historiadores aderentes ao legalismo; tampouco Foucault chega a sustentá-la expressamente. Por outro lado, tal observação é aprofundada por Fernando de Trazegnies quando sustenta que o século XVIII carece de “uma separação clara entre o legal e o ilegal”, campos que o positivismo se empenhará em separar mediante a cuidadosa elaboração da teoria das fontes formais em uma tarefa “condenada a um fracasso recorrente”. O Direito – agrega – se apresentava

---

8 GROSSI, Paolo. *El orden jurídico medieval*. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 90, 104-105.

9 *Ibid.* p. 90, 107.

10 GELLA ITURRIAGA, José. *Refranero jurídico español*. Madrid: Trivium, 1987. p. 94.

11 COSTA, Joaquín. *La vida del Derecho: Ensayo sobre el derecho consuetudinario*. Buenos Aires: Heliasta, 1976 [1876]. p. 20. (Coleção *Los Grandes Maestros del Derecho*, v. 3).

12 FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: [s. n.], 1989. p. 86 et seq.

imerso no real, mesclado com valores morais e religiosos, com costumes e convicções sociais que muitas vezes desempenhavam papel decisivo<sup>13</sup>.

Este patrimônio consuetudinário próprio das diversas ordens jurídicas anteriores ao século XIX, teve, a nosso juízo, uma maior espessura no Direito *indiano*, devido a suas peculiaridades originárias e evolutivas. Como já assinalado, esse Direito não se apresentava como “um rígido conjunto de leis de aplicação estrita, mas antes como uma reunião de preceitos de origem, natureza e alcance diversos, que eram invocados e aplicados conforme os casos e situações, segundo fosse a matéria, as pessoas, o tempo e as circunstâncias de cada caso”<sup>14</sup>. Trazegnies, por sua vez, percebe-o como “profundamente dinâmico, maleável, sujeito a compressões, expansões e distorções”<sup>15</sup>. Ademais, operava em uma sociedade de tipo estatal na qual existiam diversos poderes jurisdicionais e normativos, centrais e periféricos, com uma certa autonomia de cidades e províncias. Se bem que houvesse um órgão central que produzia normas gerais, estas não abarcavam todo complexo jurídico e estavam limitadas em sua efetiva aplicação por mecanismos institucionalizados de resistência que operavam nos lugares em que estas deveriam ser aplicadas<sup>16</sup>. Em tais condições, o costume ganha espaço como elemento de estabilidade e permanência da ordem local, bem como de equilíbrio no jogo dos poderes.

É tarefa lenta e cheia de obstáculos essa de descobrir esse patrimônio consuetudinário, dinâmico e multiforme. Por ora, só pretendemos levantar a ponta de um imenso véu que o cobre, e ajudar a novas reflexões e leituras a partir dos textos antigos. Para estes fins, é conveniente partir do Direito medieval europeu e castelhano, e observar sua projeção no Novo Mundo. Ali se encontram as raízes de um fenômeno que brota com fertilidade na variedade e diversidade das imensas terras americanas. A relação entre lei e costume merece uma atenção especial, na qual trataremos de mostrar distintas operações de um jogo que se revela multiforme e aberto a uma infinidade de possibilidades. Em todo o caso, nossa intenção aponta para a busca do “fundamento [*trasfondo*] consuetudinário do direito *indiano*”. Trata-se de um avanço conceitual a partir dos conteúdos mais “erudi-

---

13 TRAZEGNIES, Fernando de. *Ciriaco de Urtecho: Litigante por amor. Reflexiones sobre la polivalencia táctica del razonamiento jurídico*. 3ª ed. Lima: [s. n.], 1995. p. 197.

14 TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. Ordenes normativos y prácticas socio-jurídicas: la justicia. In: ACADEMIA NACIONAL DE LA HISTORIA. *Nueva Historia de la Nación Argentina*. t. 2. Buenos Aires: [s. n.], 1999. p. 286.

15 TRAZEGNIES, Fernando de. *Ciriaco de Urtecho*. cit. p. 198.

16 Coincide com a proposta de Bobbio (BOBBIO, Norberto. *Consuetudine: Teoria generale*. In: ENCICLOPEDIA del Diritto. v. 4. Milano: Giuffrè, 1961. p. 441).

tos” de nossos estudos anteriores – que se reeditam neste mesmo volume<sup>17(a)</sup> – sem entrar em contradição essencial com estes.

## 2 TRAÇOS CONSUETUDINÁRIOS NO DIREITO MEDIEVAL

As marcas que precederam o fenômeno consuetudinário americano são bem notórias. A Idade Média aparece – na observação de Paolo Grossi – como um vasto cenário em que a ordem consuetudinária se impõe com a vigência de normas particulares e flexíveis, aderentes ao corpo social, com menoscabo das bondades formais da generalidade, da abstração e da fixidez, próprias da lei moderna. Ainda que se enquadre a “oficina da práxis” nos séculos V a XI, a dimensão consuetudinária continua nos séculos da Baixa Idade Média, quando a ciência assume uma função central e ordenadora. Assim descreve: “costumes variadíssimos, com um conteúdo mais que diversificado, e procedentes dos produtores os mais diferentes, que poderiam ser uma grande comunidade cidadina ou uma minúscula comunidade agrária, que poderiam concretar-se tanto no uso universal do estamento mercantil, como no uso restrito em um espaço determinado, que poderiam estar imersos em redações escritas, ou que esperavam o instrumento de um pronunciamento judicial para aflorarem”. Em suma: “um patrimônio consuetudinário que continuava conformando, também em um panorama mais aberto e variado, uma decisiva e sentida fatualidade do Direito; um patrimônio consuetudinário que deve, portanto, ser contemplado como um grande sinal de continuidade”<sup>18</sup>.

O costume ocupa lugar central na ordem medieval, tanto na ordem mais primitiva, da época primeira, quanto na mais sábia, da última. Antes que pensado e articulado, é invocado instintivamente. Ligado às coisas, o Direito não existe como abstração, como fenômeno isolado dos homens<sup>19</sup>. Quando, com o refinamento dos estudos jurídicos, é elaborada a reflexão teórica, foi-se construindo lentamente uma doutrina explícita que, apesar de reconhecer plenamente o costume como modo de estabelecer o Direito, foi delimitando-o em um conjunto de condições, que, de fato, entorpeceu seu crescimento e provocou sua atrofia<sup>20</sup>.

17 <sup>(a)</sup> *Nota de tradução*: o autor aqui se refere ao conjunto da obra em que o presente texto em sua versão original foi publicado – TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. *El poder de la costumbre*: Estudios sobre el derecho consuetudinario en América hispana hasta la Emancipación. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2001.

18 GROSSI, Paolo. *El orden jurídico medieval*. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 78, 81, 186.

19 GURIÉVICH, Arón. *Las categorías de la cultura medieval*. Madrid: Taurus Ediciones, 1990. p. 202.

20 HAGGENMACHER, Peter. Coutume. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, t. 35, p. 36, 1990.

Os glosadores, repartidos entre legistas e canonistas, aportaram seus próprios textos e opiniões nem sempre coincidentes, mas chegaram a construir “a teoria romano-canônica do costume”, que é transmitida por séculos aos juristas. O Direito consuetudinário não aparece ali como um ordenamento inferior, mas antes igual em hierarquia àquele proveniente da lei. Esta comparação com a lei se fez desde então constante nas mais diversas teses e posturas. Os antigos textos romanos e canônicos permitem que leituras divergentes sejam feitas, indo desde um tratamento favorável até um restritivo. Legistas e canonistas – tanto os glosadores como depois os comentadores – se inclinaram a desenvolver em suas glosas e comentários algumas doutrinas apenas parcamente insinuadas naqueles textos. Estabeleceram-se assim os requisitos que um costume deveria cumprir para ser reconhecido: duração, frequência, uniformidade, constância etc. Justificou-se tanto sua validade como a autoridade mediante a figura da vontade tácita do povo, que depois se transformou – de forma sub-reptícia, com o nascimento do Absolutismo – no consentimento tácito do soberano<sup>21</sup>.

Foi no âmbito canônico onde o costume alcançou maior força. A Igreja, diz Grossi, “apropriou-se do costume, absorveu-o e, inclusive, modelou-o”<sup>22</sup>. Baseando-se nas Decretais, a doutrina adotou uma direção favorável ao desenvolvimento do costume, reconhecendo-se um vasto campo de atuação para ele. Foi na decretal *Quum tanto* de Gregório IX que se admitiu que o costume tivesse força de ab-rogar a lei, sempre que viesse a cumprir com os requisitos de racionalidade e legítima prescrição. Esta doutrina promovida pelos canonistas permitiu um equilíbrio quase perfeito na relação entre lei e costume na hierarquia das fontes. Em normas de mesmo grau se aplicava o critério cronológico: a posterior derogava a anterior. O costume revogador teve, com isso, um grande desenvolvimento, tal que, no começo do século XVII, foi expresso na obra fundamental do jesuíta espanhol Francisco Suárez, *De legibus*<sup>23</sup>.

Uma visão sociocultural e decididamente progressista é a que oferece Guriévich, ao sustentar que os costumes, e não as leis, por conservarem

---

21 BOBBIO, Norberto. *Consuetudine: Teoria generale*. In: ENCICLOPEDIA del Diritto. v. 4. Milano: Giuffrè, 1961. p. 429-430; HAGGENMACHER, Peter. *Coutume*. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, t. 35, p. 36-37, 1990; GROSSI, Paolo. *El orden jurídico medieval*. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 187-192.

22 GROSSI, *El orden jurídico medieval*. cit. p. 121.

23 BOBBIO, Norberto. *op. cit.* p. 439-440. Ademais, J. Gaudemet destaca também o significado da obra do Padre Suárez que marca uma etapa essencial da história do costume (GAUDEMÉT, Jean. *La coutume en droit canonique*. In : LA COUTUME. Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions. T. LII. Bruxelles : De Boeck-Wesmael, 1989-1990. p. 57).

“o cordão umbilical” com a sociedade, é que iam mudando gradualmente e se amoldavam às novas exigências. Com palavras adequadas, especifica esta ideia: “É evidente que o costume não se conservava na memória dos homens de forma invariável; mas antes eles próprios é que o forjavam, ainda que não fossem conscientes disso, de onde seguiam estando convencidos da sua ‘profunda antiguidade’. Neste caso, não se dava o ‘isolamento’ do Direito consuetudinário em relação à sociedade, e este conservava seu elemento criativo... Cada vez que se tinha que recorrer ao costume, interpretavam-no guiando-se inconscientemente não somente pelo que realmente conservavam na memória, mas também por aquilo que exigiam as necessidades vitais do momento e os interesses das partes”. Isto conduz o autor a considerar que “o Direito consuetudinário era o mais importante e o mais prático na vida corrente<sup>24</sup>”.

Dentro deste amplo horizonte espacial convém nos determos no Reino de Castela, ponto de partida do transplante da cultura jurídica para as Índias. Daquele recordado ensaio de Altamira, de 1903, ficaram ainda afirmações e interrogantes que não receberam até agora a necessária comprovação, nem as respostas esperadas. Apontava-se ali que o costume havia tido – e ainda mantinha – enorme importância nos diferentes âmbitos da vida local, e que havia mantido sua força nos séculos da Idade Moderna, apesar do robustecimento da autoridade real e das pretensões de unificação legal. Fortes e variados costumes locais – especialmente na ordem civil – subsistiam de modo mais notório ainda na vida dos pequenos vilarejos apartados dos grandes centros urbanos<sup>25</sup>. Se nos aproximarmos dos textos legislativos e da literatura teológica, jurídica e política – sobretudo dos séculos XVI e XVII – perceberemos uma valorização generalizada para com o costume enquanto elemento essencial da ordem jurídica, que excede largamente o enquadramento como fonte formal e inunda outros setores do ordenamento<sup>26</sup>.

---

24 GURIÉVICH, Arón. *Las categorías de la cultura medieval*. Madrid: Taurus Ediciones, 1990. p. 211-212.

25 ALTAMIRA, Rafael. La costumbre en la historia del Derecho español. In: ALTAMIRA, Rafael. *Historia del Derecho español*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1903. p. 96-99.

26 TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. La costumbre como fuente del derecho indiano en los siglos XVI y XVII. Estudio a través de los Cabildos del Río de la Plata, Cuyo y Tucumán. In: TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. *El poder de la costumbre: Estudios sobre el Derecho Consuetudinario en América hispana hasta la Emancipación*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2001. p. 163-169, 177-181 [1ª Parte, I e III]. Ver uma síntese no capítulo: TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. La costumbre jurídica en la América española (siglos XVI-XVIII). In: TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. *El poder de la costumbre*, cit. p. 92-101 [seção II – *Desarrollo histórico*].

Entre as novas propostas que abrem perspectivas de futuros trabalhos, cabe destacar as exposições e os debates do Simpósio Internacional de Barcelona, de 1994, centrado na relação dialética entre a lei e o costume<sup>27</sup>. A preocupação sobre o conceito de lei e o exercício da potestade legislativa em Castela na baixa Idade Média – as contribuições de González Alonso<sup>28</sup> e de Vallejo<sup>29</sup> merecem menção especial – permitem observar, no reverso da trama, o vasto e variado papel do costume, dada a dificuldade da lei em se impor como instrumento idôneo para responder às inumeráveis questões que surgiam na vida cotidiana das cidades e vilarejos de Castela. Neste sentido, é mais restrito o aporte de Francisco L. Pacheco, que expõe um conjunto de situações em que lei e costume se enfrentaram com resultados diversos, visando-se demonstrar a existência de uma luta na qual “o valor que se reconhece ao costume se determina por sua constante confrontação com a lei”<sup>30</sup>. Dentro de um campo muito mais delimitado, é bastante sugestivo o trabalho monográfico de Enrique Gacto sobre o lugar e o papel que teve o costume no funcionamento do Tribunal da Inquisição. Oferece Gacto um amplíssimo leque de situações e casos, em que se podem apreciar as distintas formas assumidas pelo elemento consuetudinário, fundido muitas vezes com outras normas e convergindo em um “costume judicial” ou “estilo e uso” do Tribunal, recolhido frequentemente em uma literatura de acesso restrito. Sua significação é considerável, se observarmos o caráter reduzido do *corpus* de normas escritas no que se refere às matérias penal e processual. Sua força é ainda mais decisiva nas questões de cerimonial<sup>31</sup>.

Em síntese, ainda quando, por vezes, se perceba a forte pressão do poder real para impor a lei ou conter a difusão do costume, o componente consuetudinário seguiu alojado em distintos setores do ordenamento. Ainda que faltem investigações mais integrais e decisivas a esse respeito, a comprovação disso está bem evidenciada. Isso porque tanto na época em que se

---

27 IGLESIA FERREIROS, Aquilino. (ed.). *El dret comú i Catalunya*. Barcelona: Fundació Noguera, 1995.

28 GONZÁLEZ ALONSO, Benjamín. De Briviesca a Olmedo (algunas reflexiones sobre el ejercicio de la potestad legislativa en la Castilla bajomedieval). In: IGLESIA FERREIROS, Aquilino (ed.). *El dret comú i Catalunya*. Barcelona: Fundació Noguera, 1995. p. 43 et seq.

29 VALLEJO, Jesús. *Ruda equidad, ley consumada*: Concepción de la potestad normativa (1250-1350). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. Veja-se o debate com participação de González Alonso e Vallejo [IGLESIA FERREIROS, Aquilino (ed.). *El dret comú i Catalunya*. cit. p. 148-150].

30 PACHECO, Francisco L. Ley, costumbre y uso en la experiencia jurídica peninsular bajomedieval y moderna. In: IGLESIA FERREIROS. *El dret comú i Catalunya*. Barcelona: Fundació Noguera, 1995. p. 75-76.

31 GACTO, Enrique. La costumbre en el Derecho de la Inquisición. In: IGLESIA FERREIROS. *El dret comú i Catalunya*. cit. p. 215 et seq.

produziu o transplante da cultura do Direito comum à América, como no período posterior de sua consolidação, o costume manteve uma presença jurídica notória em Castela, que não estava reduzida aos limites estreitos de uma fonte formal, encurralada pela lei. Texto central deste transplante cultural é o das *Partidas*. Rodeadas de autoridade e saber, estas alcançaram no Novo Mundo – é o que se tem sustentado – uma vigência ainda maior que aquela reconhecida em Castela<sup>32</sup>. Desde 1555, a glosa<sup>33(b)</sup> de Gregorio López reforçava o texto secular. Quanto ao costume, era preciso e sólido, dando-lhe lugar proeminente e favorecendo seu desenvolvimento, ainda que, de certo modo – a partir de uma perspectiva alto-medieval – delimitava-o sob definições e requisitos. Era, por excelência, a encarnação castelhana-*indiana* do costume; e muitas gerações de americanos se fundamentariam neste texto, ao menos até o século XIX<sup>3435(c)</sup>.

### 3 A REALIDADE INDIANA E A ORDEM LOCAL

#### 3.1 Variedade, casuísmo e flexibilidade

Ainda que o marco histórico no qual se insere o costume *indiano* fosse apresentado em trabalhos anteriores agora reeditados<sup>36</sup>, parece-me ne-

32 BRAVO LIRA, Bernardino. Vigencia de las Siete Partidas en Chile. In: BRAVO LIRA, Bernardino. *Derecho común y Derecho propio en el Nuevo Mundo*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1989. p. 89 et seq.

33 <sup>(b)</sup> *Nota de tradução*: é possível visualizar esse tema no Título II [Del Uso, e dela costumbre, e del fuero], da Primeira Partida: ALFONSO X. *Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el Nono nueuamente glosadas por el licenciado Gregorio Lopez...; con su Reportorio muy copioso, assi del Testo como de la Glosa*. Salamanca: Andrea de Portonaris, 1555. [p. 16?].

34 BRAVO LIRA, Bernardino. Vigencia de las Siete Partidas en Chile. In: BRAVO LIRA, Bernardino. *Derecho común y Derecho propio en el Nuevo Mundo*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1989. p. 104-106; ver, de modo especial, as páginas 42 e 48 do texto: GIBERT SÁNCHEZ DE LA VEGA, Rafael. Costumbre a partir de las Partidas. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, n. 9, Madrid, p. 35-68, 1985. Há estudo das distintas versões das *Partidas* sobre o tema: CUCCHI, Silvina; MORIN, Alejandro. El tratamiento de la costumbre en la Primera Partida de Alfonso el Sabio. *Anales de Historia Antigua, Medieval y Moderna*, Buenos Aires, v. 30, p. 107-121, 1997.

35 <sup>(c)</sup> *Nota de tradução*: o texto acima, dos autores citados, Silvina Cucchi e Alejandro Morin, está disponível em: < <http://repositorio.filo.uba.ar/handle/filodigital/16734> >. Acesso em: 11 dez. 2023

36 Faça aqui referência a meus estudos: TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. La costumbre como fuente del derecho indiano en los siglos XVI y XVII. Estudio a través de los Cabildos del Río de la Plata, Cuyo y Tucumán. In: TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. *El poder de la costumbre: Estudios sobre el Derecho Consuetudinario en América hispana hasta la Emancipación*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2001. p. 170-181 [1ª Parte, II e III]; TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. La costumbre jurídica en la América española (siglos XVI-XVIII). In: TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. *El poder de la costumbre*. cit. p. 92-115 [seções II, III e IV].

cessário especificar alguns aspectos e ideias complementares que não aparecem expostos naquelas páginas e que me parecem úteis para uma melhor compreensão dessa nossa matéria.

Seria característica marcante do costume nas Índias a sua franca expansão com relação aos precedentes europeu e castelhano, dada a vastidão e peculiaridade da “Terra nova” e a tendência natural do costume de ocupar os espaços normativos vazios de toda organização social, ainda mais quando esta for incipiente. Não estamos em condições de realizar uma análise comparativa com Castela, por falta de estudos fundamentais tanto sobre o reino peninsular como sobre um número considerável de províncias *indianas*, mas ainda assim Margadant avança com firmeza ao sustentar o maior desenvolvimento consuetudinário no Novo Mundo, dizendo que a “realidade *indiana* se converteu no paraíso dos costumes”<sup>3738(d)</sup>.

Vários fatores pesam em favor desta ideia. A noção de variedade aparece como componente da realidade e suporte da concepção jurídica. Sua valorização surge no Renascimento, mas se aprofunda na época do Barroco. Como disse Maravall, “a consciência da variedade, como um dado positivo enriquecedor da experiência e condicionante dos comportamentos humanos, informa a concepção barroca da política e da sociedade<sup>39</sup>. Variados eram os caracteres, ânimos e gostos dos homens. Os povos e raças ofereciam infinita variedade. O Novo Mundo era imenso e variado, nos lugares, nas terras e nas províncias; nas gentes e nas línguas; nos ânimos, nas opiniões e nas relações. É Juan de Solórzano quem capitaliza estas características, considerando-as como sustentáculos da vida social e da concepção jurídica. Esta mesma noção o leva a admitir que as regiões, províncias e cidades tinham seus próprios costumes, e que era preciso mantê-los.<sup>40</sup> A variedade era critério orientador para o legislador e para o jurista, manifestando-se reiteradamente ainda na etapa final da dominação espanhola, quando os ares uniformizantes pressionavam com enorme força. Até mesmo um refrão hispano dava vigência social para esta noção: “Todo mundo é uno, mas

---

37 MARGADANT, Guillermo Floris. La consuetudo contra legem en el Derecho indiano a la luz del Ius commune. (Análisis del pensamiento de Francisco Carrasco y Saz, jurista indiano sobre este tema), *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, v. 2, p. 178, 1990.

38 <sup>(d)</sup> *Nota de tradução*: texto disponível em: < <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-mexicano-historia-der/article/view/29431/26554> >. Acesso em: 11 dez. 2023.

39 MARAVALL, José Antonio. *La cultura del Barroco*. Barcelona: Planeta Pub Corp, 1980. p. 379.

40 TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. La variedad indiana, una clave de la concepción jurídica de Juan de Solórzano. In: CONGRESO DE ACADEMIAS IBEROAMERICANAS DE LA HISTORIA, 2., 1992. Madrid: Real Academia de la Historia, 1993. p. 475-488.

em cada parte há seu uso”<sup>4142(e)</sup>.

Outra noção convergente com a anterior é a de casuísmo. O Direito não consistia em regras gerais com a pretensão de alcançar uma uniformidade abarcadora de todos reinos e províncias. O caso, o lugar e o tempo moderavam essa pretensão fortemente. Os juristas não deixavam de apontar o perigo de se atentar somente às regras gerais. Era preciso ajustar-se constantemente às novas situações e casos particulares, num processo dinâmico de renovada criação. Tratava-se de uma crença social arraigada e nas Índias esse casuísmo é perceptível como mais intenso e diversificado<sup>43</sup>.

Um Direito em constante ajuste exigia uma dose alta de flexibilidade e, neste sentido, como diz Grossi, “o costume jamais abdica diante desse requisito, já que aparece geralmente como uma sedimentação aluvial em movimento e em permanente modificação, permanentemente incerta, vez que destinada a variar de lugar em lugar, de tempo em tempo<sup>44</sup>”. Margadant mostra um exemplo adequado de flexibilidade no Direito novo-hispano com a regulação do uso das águas. A matéria era regida por “um conjunto flexível, realista e multifacetado de normas e costumes, além de princípios dogmáticos e usos administrativos”, aplicados equitativamente nas decisões, tendo-se em conta a necessidade proposta, e modificados à luz de novas circunstâncias<sup>4546(f)</sup>. Não havia nem um rigor legalista, nem uma fossilização do costume.

As condições de aplicação do Direito não eram iguais para toda a Monarquia. Havia áreas centrais e periféricas, com distinta hierarquia política, composição social e atividade econômica, nas quais eram também variáveis a presença e o influxo dos juristas e de sua cultura letrada. Para Margadant, nas regiões periféricas do México até bem começado o século XIX, o Direito esteve baseado nos costumes locais, ainda que o Direito escrito fosse considerado – quando chegavam a conhecê-lo – como um guia importante que convinha seguir, a menos que existissem fortes razões em

41 GELLA ITURRIAGA, José. *Refranero jurídico español*. Madrid: Trivium, 1987. p. 95.

42 <sup>(e)</sup> Nota de tradução: no original – “Todo el mundo es uno, pero en cada parte hay su uso”.

43 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. 40-138.

44 GROSSI, Paolo. *El orden jurídico medieval*. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 78.

45 MARGADANT, Guillermo Floris. El agua a la luz del Derecho novohispano. Triunfo de realismo y flexibilidad. *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, v. 1, p. 139-145, 1989.

46 <sup>(f)</sup> Nota de tradução: texto disponível em: < <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-mexicano-historia-der/article/view/29399/26522> >. Acesso em: 11 dez. 2023.

contrário<sup>4748(g)</sup>.

A ordem legal escrita se adaptava às diferentes regiões da Monarquia, em contínuos e variados exercícios de flexibilidade, chegando-se a construir, em cada uma delas, expressões peculiares de governo e justiça. Neste aspecto, parece que o costume cumpria um papel vital, seja como norma única, seja acompanhando a lei nas distintas modalidades que serão examinadas mais adiante. Além disso, pode-se observar um jogo convergente entre lei, doutrina, costume e equidade que Charles Cutter colocou em evidência mediante exemplos e reflexões que eram adequados no norte da Nova Espanha<sup>49</sup>. Este é um rico filão para futuros trabalhos de investigação que busquem apreciar a modalidade e a diversidade destes exercícios de flexibilidade em que o costume está incluído.

### 3.2 A ordem local como laboratório consuetudinário

Os costumes se formam e se consolidam melhormente em âmbitos estritos. Ainda que às vezes sejam invocados alguns costumes gerais ou universais, seu molde adequado é a ordem local, mais precisamente dentro de uma cultura urbana. Assim se entendia que cada cidade, província ou diocese deveria ser regida por leis e costumes particulares, ajustados a suas necessidades e peculiaridades.

A visão que Paolo Grossi oferece em relação ao particularismo jurídico medieval nos ajuda no enfoque da questão. Dado que o patrimônio de índole consuetudinária nasce de baixo, é voz intacta do real e conserva uma qualidade autenticamente ordenadora: o Direito “não pode deixar de ter uma dimensão consuetudinária, pois o costume é, por sua própria natureza, a normativa da coisa, isto é, é derivado da coisa”. A extremada fragmentação especial do Direito encontra sua justificação nesta “descontrolada frondosidade consuetudinária”, que expressa sua normativa particular e vai criando uma ordem própria da região, do lugar, da terra, do fundo<sup>50</sup>. Já na Baixa Idade Média, a cidade se converte em “um extraordinário laboratório consuetudinário, atívisimo, eficientíssimo”. O costume urbano é

---

47 MARGADANT, Guillermo Floris. La consuetudo contra legem en el Derecho indiano a la luz del Ius commune. (Análisis del pensamiento de Francisco Carrasco y Saz, jurista indiano sobre este tema). *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, v. 2, p. 175, 178, 1990.

48 <sup>(g)</sup> Nota de tradução: texto disponível em : < <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-mexicano-historia-der/article/view/29431/26554> >. Acesso em: 11 dez. 2023.

49 CUTTER, Charles R. *The Legal Culture of Northern New Spain, 1700-1810*. Albuquerque: University of New Mexico Press, 1995. p. 31 et seq.

50 GROSSI, Paolo. *El orden jurídico medieval*. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 109-110.

mais que um instrumento para regular as relações jurídicas: é também um instrumento político que demarca a relativa autonomia dentro da estrutura imperial e as tentativas de consolidar o patrimônio consuetudinário em redações escritas, que constituirão a densa trama do *ius proprium*. Vai-se concedendo cada vez mais espaço ao costume na obra dos glosadores tardios<sup>51</sup>.

Na mesma direção encontramos Arón Guriévich, que segue a marca desta questão a partir de uma visão sociocultural. O autor observa que o costume dominava toda a vida local, chegando a ser distinto, até mesmo, em povoações vizinhas; e ia mudando gradualmente – mantendo às vezes o aspecto de invariabilidade – enquanto se adequava às novas exigências ou necessidades. Face a essa plasticidade do costume, situa-se a imutabilidade da lei, que conduzia a um certo isolamento dos que a criaram, convertendo-se em monopólio exclusivo dos poderes, e não da sociedade<sup>52</sup>.

Estas noções não podem ser trasladadas inteiramente a um tempo e lugar distintos, como é o Novo Mundo a partir do século XVI, mas oferecem uma interessante possibilidade de aproximação metodológica a uma situação que é sempre difícil de captar. A cidade como “laboratório consuetudinário” não encontra, porventura, semelhanças nas urbes americanas da Idade Moderna? Não seriam, aqueles glosadores, os que transmitem normas e critérios? Certas manifestações de fragmentação consuetudinária não são parecidas?

Nas Índias, o costume mostra também seu enraizamento local. Era-lhe aplicável o dito de Cervantes: “em cada terra, seu costume; cumpramos o próprio desta”<sup>5354(h)</sup>. Em nossos estudos anteriores, destacamos estas características com diversos testemunhos e exemplos<sup>55</sup> – não cabendo

51 *Ibid.*, p. 185, 186, 192.

52 GURIÉVICH, Arón. *Las categorías de la cultura medieval*. Madrid: Taurus Ediciones, 1990. p. 210-212.

53 CERVANTES, Miguel de. Rinconete y Cortadillo. In: CERVANTES, Miguel de. *Novelas ejemplares*. [S. l.]: Thomas Nelson, [201?]. p. 123.

54 <sup>(h)</sup> *Nota de tradução*: no original – “en cada tierra su uso, guardemos nosotros el de ésta”.

55 Faço referências aos seguintes textos: TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. La costumbre como fuente del derecho indiano en los siglos XVI y XVII. Estudio a través de los Cabildos del Río de la Plata, Cuyo y Tucumán. In: TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. *El poder de la costumbre*: Estudios sobre el Derecho Consuetudinario en América hispana hasta la Emancipación. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2001. p. 182-187 [2ª Parte, I]; TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. La costumbre en el siglo XVIII: doctrina jurídica y praxis rioplatense a través de los cabildos. In: TAU ANZOÁTEGUI, V. *El poder de la costumbre*. cit. p. 261-265 [2ª Parte, I]; TAU ANZOÁTEGUI, V. Elementos consuetudinarios en la *Política indiana* de Solórzano. In: TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. *El poder de la costumbre*. cit. p. 328-330 [seção VI, 1]; TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. La costumbre jurídica en la América española (siglos XVI-XVIII). In: TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. *op. cit.* p. 130-134, 148-153 [seções V, 7; VIII, *in fine*].

aqui reiteração disso, como tampouco extensão com novas comprovações. Nesse momento, gostaria de mostrar como esse elemento consuetudinário se apresenta nas situações conflitivas locais, quando as partes envolvidas acudiam à Coroa em defesa dos interesses controvertidos. Nessas ocasiões, percebe-se com frequência que a Coroa encontra no costume um instrumento idôneo para manter ou reestabelecer a paz social, e para buscar a harmonia na relação entre as partes conflitantes, sejam essas particulares, corporações, autoridades ou órgãos de governo. O recurso ao costume se faz mediante o entendimento que este é um bem apreciado pela comunidade e privativo desta mesma comunidade, sendo inclusive alheio ao conhecimento da Coroa. E o comum seria que, nessas situações, as respostas do rei fossem favoráveis a que se mantivesse o costume observado até aquele momento, em uma clara referência a uma ordem conhecida e apreciada pela comunidade local.

Quando o próprio costume é matéria de discussão, é comum que a Coroa requeira mais informações; todavia, insta a que se guarde o costume existente como sinal da confiança que o rei tinha neste como instrumento de manutenção da ordem nas terras distantes. Esta referência ao costume, que por vezes pode parecer uma fórmula de rotina nos documentos reais, retira todo seu valor sociojurídico da percepção da Coroa de que a harmonia social poderia resultar alterada, vindo a cuidar, portanto, das formas de mantê-la. Entre outros exemplos, assim foi o ocorrido em 1639, diante de uma pretensão da igreja metropolitana de La Plata em cobrar os dízi-mos das moagens, bem como dos legumes e de outras sementes. A Coroa percebe que é um assunto delicado, e nesta matéria o costume tinha papel decisivo. Por este motivo, manda ao vice-rei do Peru que envie relação sobre qual costume se observa no pagamento de ditos frutos da terra, e pergunta que inconvenientes resultariam se fosse disposto que a *Audiencia* viesse a conhecer e determinar as causas e demandas<sup>5657(i)</sup>. A cautela é enorme: busca-se saber qual era a norma consuetudinária e conhecer seguramente as possibilidades de a *Audiencia* poder dar uma solução harmônica e aceitável para a comunidade e as autoridades eclesiásticas.

### 3.3 Um mosaico consuetudinário

Outro caso nos ajuda a fixar tais conceitos, caso muito representativo, em nossa opinião, do modo de pensar o fenômeno consuetudinário

---

56 Real Cédula de 3 de noviembre de 1639 (C. Ch., IV, 4500 e 4501).

57 <sup>(i)</sup> Nota de tradução: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, *Libros registros cedularios de Charcas (1563-1717)*. Catálogo, 5 v. Buenos Aires, 1992-1999.

debatido nas altas esferas do poder central. Trata-se da proposta feita, em 1777, pelo *oidor* José Antonio de Urizar, da *Audiencia* de Santo Domingo, encarregado do juizado do tributo da *media anata*. Em tempos de urgências fiscais, quando os requerimentos se dirigiam a todos os rincões da Monarquia, Urizar propôs que o uso do título “*Don*” fosse submetido a um regime que proporcionasse ingressos para a Coroa, através do pagamento da *media anata*. Tal tratamento ficava proibido a quem não o adquirisse por esta via, ressalvados os casos dos que ocupavam ofícios hierárquicos nos principais *cabildos* eclesiásticos e seculares, e os sacerdotes que eram párocos [*curas párrocos*]. As *Audiencias* deveriam providenciar uma matrícula de todos os sujeitos que poderiam usar tal título, segundo os requisitos e trâmites estabelecidos na proposta.

O secretário José de Gálvez remeteu o assunto à *Cámara de Indias*, onde se iniciavam as diligências habituais dos expedientes, com pareceres da *Contaduría General* e do *fiscal*, isso antes da deliberação e consulta da Câmara. A Contadoria se absteve de opinar, porque, ainda que admitisse que a proposta poderia significar “um substantivo ingresso” para o fisco [a *Real Hacienda*], a delicada natureza do assunto “exigia a mais séria atenção”, não se dando por idônea para emitir juízo nos entremeios do tema. Em contrapartida, o parecer do *fiscal* é peça determinante do resultado do trâmite. Sustentou que “o *costume* é o que deve servir de regra para sua decisão”, e que neste “há notável variedade, não somente de reino a reino, mas também entre províncias sob o mesmo domínio, e notadamente na Espanha”. Este mosaico consuetudinário – que se impunha como regra – merecia tal apreço do *fiscal* que considerava que “alterar este *uso* pode trazer consequências tão perniciosas que não seja de proveito algum a utilidade” buscada com o pretense recurso fazendário. Ao examinar a situação nos distintos reinos da Monarquia, advertia que em Castela e nas Índias “pratica-se titular-se ‘*Don*’ com muita frequência” – coincidindo com Urizar nesta constatação – de modo tal que “estando já tão estabelecido aqui o *uso* ou método, bem como nas Índias, poder-se-ia causar um grande transtorno e prejuízo alterar-se esta *prática*, não existindo, como não existe, lei que o proíba”. Em outras palavras, uma lei proibitiva ou reguladora sobre a matéria seria muito pouco conveniente e o melhor seria manter o mosaico consuetudinário existente. Não é nada frequente encontrar estas ideias nas penas dos fiscais setecentistas do Conselho, que comumente aparecem muito cingidos aos padrões legais. Está claro que, nesta ocasião, a ausência de lei proibitiva o liberava de tal sujeição.

A Câmara, em julho de 1779, adotou esta ideia do *fiscal*, de tal modo que resolveu incluir a parte pertinente do texto no próprio parecer ao rei, porque – diz – ali são expressos “com razões e autoridades convincentes”

(com duas citações da obra “*Política indiana*” de Solórzano) os inconvenientes que a proposta do *oidor* Urizar oferece. Admitir tal proposta, para a Câmara, “seria perturbar a boa ordem que deve haver entre os particulares, causando dissensões e conflitos prejudiciais ao Estado, cuja principal máxima é conservar entre seus indivíduos a boa harmonia que é a origem da tranquilidade pública”. Aconselhou, portanto, o rechaço da proposta, e o rei, convergente, assentiu “como parece”<sup>58</sup>.

O costume, o uso ou a prática – os três vocábulos são utilizados na trama consuetudinária do discurso – desempenham um papel central e decisivo, neste caso em ausência de lei, embora se rechaçasse toda pretensão de estabelecimento de regras proibitivas ou reguladoras, deixando-se que o costume seguisse ocupando seu espaço num contexto social caracterizado pela diversidade, em que seria impossível e inconveniente uma uniformização. Esta solução se manifesta nas instâncias mais elevadas do poder central com o consenso de seus principais agentes, e isto precisamente numa época em que o discurso político teórico se radicalizava tanto em enaltecer uma absoluta potestade normativa do rei quanto em buscar a uniformidade legislativa. De outra parte, nesse documento brilha uma solução na qual seus autores depositam toda sua confiança não numa hipotética regulação legal, mas na manutenção de um regime de regras consuetudinárias de “notável variedade”, segundo os reinos e províncias. Era isto mesmo que assegurava a paz e harmonia de uma Monarquia tão vasta e complexa como a espanhola. O caso apontado, para além de suas próprias circunstâncias, permite que se vislumbre toda uma mentalidade enraizada que servia para dar subsídios de argumentação consuetudinária às respostas emitidas da própria cúspide do poder. Não obstante, isto não significa que tal fosse a única alternativa existente, pois – insistimos – o Direito se apresentava imerso na realidade, e esta, com sua variedade infinita, conduzia a uma constante acomodação das soluções jurídicas.

### 3.4 Costumes populares

Podem-se distinguir vários estratos dentro do costume local. Serão sempre de difícil apreensão. Quando este se desenvolve em certos níveis altos ou médios de uma cidade, seus rastros comumente são encontráveis em diversas peças documentais. Dá-se uma constância da escrita mais ou menos direta, inclusive com a intervenção de letrados. Em grau menor isto

---

58 KONETZKE, Richard. *Colección de documentos para la historia de la formación social de Hispanoamérica, 1493-1810*. v. 3. Madrid: C.S.I.C., 1953-1962 [1975]. p. 454-459 [III, 1º]. Agradeço a indicação do dado feita pelo Dr. Eduardo Martíre.

também é visível no mundo rural, onde uma intensa regulamentação se exterioriza, a qual, além de normas gerais, compõe-se de uma nutrida quantidade de preceitos particulares, recolhidos sobretudo em *bandos*<sup>59(i)</sup>. Assim, com referência ao Rio da Prata, Carlos Storni destacou os conflitos e demarcações de terras destinadas à agricultura e à pecuária em um embate secular entre *chacareros* e *estancieros*<sup>60</sup>. Cabe que se pergunte em que medida esta regulamentação legal esconde uma trama consuetudinária, sendo notório que é exatamente isso que ocorre nas variadas atividades da agropecuária<sup>61</sup>.

É muito mais difícil recuperar aquelas formas consuetudinárias que escapam a esta esfera mais definida da vida jurídica. Tais são os denominados costumes populares, que talvez se reflitam melhor no âmbito rural, através de protagonistas nos setores mais pobres e marginalizados de uma comunidade. Lá, o costume atua dentro de um contexto de normas e tolerâncias sociais, em que, frequentemente, a subsistência dessas pessoas está em jogo. O historiador inglês Thompson, num enfoque social, penetrou bem neste problema utilizando como campo de análise o costume agrário inglês. Definiu este como “um entorno vívido que abrange práticas, expectativas herdadas, regras que determinam os limites dos usos ao mesmo tempo que revelam possibilidades, normas e sanções, tanto da lei como das pressões da vizinhança”. Tratava-se de uma economia de subsistência para os pobres, dentro de um mundo natural que não estava excessivamente restringido pela apropriação privada absoluta que chegaria com os tempos mais modernos. Os usos mudavam de um lugar a outro segundo fatores socioeconômicos, culturais e até políticos, não deixando de mostrar sua face conflitiva. Por esse meio, o homem comum desfrutava da possibilidade de caçar animais, pescar, acessar os campos sazonalmente, aproveitar os montes, pastos e pedreiras com finalidades extrativas<sup>62</sup>.

59 <sup>(i)</sup> Nota de tradução: “*bandos de buen gobierno*” são documentos emitidos pelos governantes da América colonial para a regulamentação do convívio em vários âmbitos (jogos, festas, pesos e medidas, preços de itens, crimes etc.) com força executiva de decretos para público conhecimento.

60 STORNI, Carlos M. Una relación conflictiva: chacareros-estancieros. In: STORNI, Carlos M. *Investigaciones sobre Historia del Derecho rural argentino: españoles, criollos, indios y gauderios en la llanura pampeana*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1997. p. 401 et seq.

61 STORNI, Carlos Mario. La costumbre en el derecho agrario. In: STORNI, Carlos M. *Investigaciones sobre Historia del Derecho rural argentino*, cit. p. 271; PUGLIESE LA VALLE, María Rosa, Las fuentes del Derecho a través de los expedientes judiciales en el virreinato del Río de la Plata. In: CONGRESO DEL INSTITUTO INTERNACIONAL DE HISTORIA DEL DERECHO INDIANO, 11., 1995, Buenos Aires. *Actas y Estudios [...]*. v. 1. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1997. p. 162-163.

62 THOMPSON, E. P. *Costumbres en común*. Barcelona: Crítica, 1995. p. 122-127.

Este modelo metodológico de Thompson pode servir de estímulo para se transplantar à América espanhola uma indagação análoga. Trata-se de um costume situado na área de fricção entre a lei, o poder político e a prática agrária local, e mais particularmente entre o proprietário ou possuidor e as pessoas comuns. Para a América hispânica e especialmente o Rio da Prata, Mariluz Urquijo, por meio de estudo pioneiro, demonstrou a evolução variada e ziguezagueante quanto ao aproveitamento comunitário de montes, pastos e dos restolhos uma vez realizada a colheita, ponto em que os usos e costumes aparecem de modo explícito, embora mais frequentemente se escondam por meio de leis, *bandos* e resoluções<sup>63</sup>.

Neste contexto, não deve surpreender que, em vez de um costume reluzente, só possamos detectar um fundamento consuetudinário que se esconde num texto legal ou em um discurso jurídico. Permito-me introduzir como exemplo um documento interessante do plano local. No *bando de buen gobierno* do governador intendente de Salta del Tucumán, *don Rafael de la Luz*, de 1806, há um preceito sobre os direitos do “público” – o homem comum do povo – de prover-se da madeira, ramos, lenha, pedra, lajes e peixes que necessite, acessando para tanto os montes, pedreiras, rios ou mananciais, situados dentro de *estancias* ou *chacras*. O costume não é mencionado aqui, e todas as referências se dirigem a providências do governo local em diferentes tempos, e ainda a declarações superiores – sem nenhuma especificação – de cujo cumprimento, se diz, os donos dessas propriedades se esquivaram. Por outro lado, o texto escorre um fundamento consuetudinário baseado na “necessidade”. No entanto, nesta ocasião o preceito incorpora uma argumentação jurídica para apoiar esse direito, já que alega que nas mercês reais os terrenos foram concedidos em usufruto e não em domínio absoluto, o qual não poderia ser outorgado “com prejuízo do Senhorio real e do interesse público”, e os sucessivos possuidores não puderam adquirir título melhor que o primeiro. Também invoca a falta de montes próprios ou comuns que pertencessem à cidade. O *bando* revela a existência de um certo clima conflitivo, dada a negativa dos donos em possibilitar o acesso a suas posses, alegando danos provocados por pessoas comuns. Isto é o que precisamente levou o governador-intendente a estabelecer certa limitação ao uso indiscriminado, regulamentando esse antigo direito do comum. Daí que estabelecesse que aquele que quisesse se prover “destes urgentes artigos” deveria avisar ao dono e entrar e sair pela porta caso o terreno estivesse cercado, sem causar dano algum, ficando reservadas para o dono as duas

---

63 MARILUZ URQUIJO, José María. La comunidad de montes y pastos en el Derecho indiano. In: MARILUZ URQUIJO, José María. *El régimen de la tierra en el Derecho indiano*. 2ª ed. Buenos Aires: Perrot, 1978. p. 97-137.

quadras do monte mais próximo da casa de habitação, quanto à provisão de madeira, ramos e lenha. Estabeleceram-se multas e castigos para os que, deste ou daquele lado, alterassem esta harmonia<sup>64</sup>. Este preceito surge em um contexto em que os direitos comunitários à propriedade decaíam e os terrenos ou propriedades cercadas passaram a aparecer mais frequentemente, como exteriorização desse domínio absoluto do dono. Não obstante, aqui se impõe a necessidade popular de obtenção dos “urgentes artigos” para a subsistência cotidiana. Parece-me que este texto é um dos que permite abrir uma linha de indagação sobre o costume dentro desta economia de subsistência das pessoas comuns.

#### 4 O COSTUME E A LEI: O JOGO DOS ESPELHOS

A relação entre lei e costume pode ser contemplada de distintos ângulos, segundo os propósitos buscados e a própria posição do observador. De qualquer modo, parece que há um consenso no sentido de que a lei e o costume só podem ser percebidos de modo íntegro quando considerados de forma relacionada, tal como o demonstram os exercícios intelectuais atuais ou as propostas de se mostrar uma história paralela de ambos. Entre essas duas ordens de regras – diz Haggemacher – há, simultaneamente, uma relação de complementação e conflito, o que implicaria, sobretudo, uma função de equivalência. Quanto à sua atuação geral, estão ambas as ordens no mesmo plano, e cada uma contribui a seu modo na formação do Direito objetivo. O costume é modo de produção de regras comparáveis à legislação<sup>65</sup>, cuja força e vigência dependem tanto da evolução histórica quanto dos diversos ordenamentos existentes no mundo<sup>66</sup>.

As considerações de Paolo Grossi sobre a ordem medieval lançam luz nesse processo de aproximação ao tema. Este autor sustenta que entre *lex* e *consuetudo* não existia outrora “esse fosso conceitual e formal que o voluntarismo moderno levantou entre ambos; a *consuetudo* é uma *lex* em potência, e a *lex* é um costume certificado e sistematizado; uma e outra em contínua osmose”. Enquanto a tendência natural do costume é a de se converter em *lex* – agrega – a da *lex* é a de flexibilizar-se e se modificar, aparecendo “sempre propensa a novos movimentos consuetudinários, em

64 TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. El auto de buen gobierno de 1806 del Gobernador Intendente don Rafael de la Luz. In: TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. *La ley en América hispana: del Descubrimiento a la Emancipación*. Buenos Aires: Academia Nacional de la Historia, 1992. p. 407-430.

65 HAGGENMACHER, Peter. Coutume. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, t. 35, p. 27-28, 1990.

66 Sobre isso, ver: BOBBIO, Norberto. *Consuetudine: Teoria generale*. In: ENCICLOPEDIA del Diritto. v. 4. Milano: Giuffrè, 1961. p. 436 et seq.

uma mudança permanente que garante o devir harmônico do Direito como vestimenta do social”. Percebe-se isso tanto quando o monarca acolhia a regra consuetudinária no texto legislativo, ainda que não compartilhasse seu conteúdo, como quando o jurisconsulto admitia o desuso da norma régia<sup>67</sup>. O Direito consuetudinário não era, portanto, “um ordenamento de qualidade inferior”, mas um modo de ser do jurídico, que tinha uma dignidade absolutamente parecida ao outro modo de ser, encarnado no *ius scriptum*<sup>68</sup>. Em consonância com esta opinião, Jesús Vallejo resgata, dentro de uma jurisprudência polêmica, uma equiparação, no substancial, entre lei e costume, ainda que resultasse difícil constatá-la expressamente<sup>69</sup>. Equiparação ou osmose não significa que lei e costume se confundam. Deste modo, cabe destacar que o costume aparece distinto da lei e não se converte necessariamente nesta como um modo de afirmar sua força<sup>70</sup>, o que pode verificar-se tanto nos exemplos antigos como nos modernos. Essa questão é, precisamente, de muito difícil compreensão por parte do jurista atual, que só vê a força vinculante de um preceito no texto legal.

Estas considerações aconselham que se observe essa relação com uma liberdade maior que aquela derivada de definições e classificações estreitas. Assim, a visão de lei e costume como duas fontes formais distintas, ainda que possa oferecer esclarecimentos atraentes, não deixa de ser um esforço de índole dogmática, uma proposta que tem seus limites. O costume está imerso num movimento múltiplo, esquivo a esquemas e precisões de ordem racional, e somente é possível apreendê-lo no dinamismo da vida social de cada comunidade. Não seria errado representá-lo como um jogo de espelhos em movimento que refletem diferentes rostos e posturas, engrandecendo, apequenando ou distorcendo as imagens segundo seja o seu posicionamento. Se, por um lado, podemos nos aproximar de uma imagem mais integral, talvez mais fiel do costume, por outro nos afastamos de uma mais ordenada e uniforme.

Diante da ideia estereotipada de um costume imóvel, estável, expresso numa ordem tradicional, rotineira, oposta a todas as mudanças – ideia, em boa parte, criada pelo racionalismo – pode-se contrapor um costume em movimento, fundido na realidade cotidiana, que se transforma e é portadora de tendências renovadoras. Mais que aceitar de pleno uma ou outra visão, é necessário um constante exercício de contraposição e integração.

67 GROSSI, Paolo. *El orden jurídico medieval*. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 103-105.

68 *Ibid.* p. 187.

69 VALLEJO, Jesús. *Ruda equidad, ley consumada*: Concepción de la potestad normativa (1250-1350). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 281 et seq.; p. 371 et seq.

70 BOBBIO, Norberto. *Consuetudine: Teoria generale*. In: ENCICLOPEDIA del Diritto. v. 4. Milano: Giuffrè, 1961. p. 437.

É isto que leva a se considerar como insatisfatórias até mesmo classificações antigas, como a clássica do costume “*praeter legem*”, “*secundum legem*”, e “*contra legem*”, ao menos para serem adotadas como esquema historiográfico. Se bem que, de fato, neste esquema pode ser encontrada a maior parte das possibilidades existentes numa relação lei-costume, não deixa de ser um fechamento feito dentro de parâmetros legais, sobretudo quando se refere somente à lei do príncipe, uma das categorias legais. O fenômeno consuetudinário sobrepassa essa classificação e, ainda que possa constituir um instrumento aproximativo para o conhecimento do costume – sobretudo por sua antiga utilização – não é inteiramente abarcadora de todas as conexões e tem o perigo de mostrar facetas deformadas dessa relação. Quando Bobbio encontra a lei e o costume como “dois momentos dialéticos do fenômeno complexo da produção jurídica”<sup>71</sup>, antes que diversos canais de formação do Direito; ou quando Grossi intui o costume como fenômeno de fundamento [*trasfondo*] jurídico – ambos estão, a meu ver, expressando essa mesma sensação de fracasso ante toda pretensão racional em apreender e submeter o costume a uma delimitação dogmática. Assim, o costume aparece, no dizer de Grossi, com múltiplas capacidades para incidir na ordem jurídica, o que já expressava o glosador Azzo ao sustentar que ele construía, interpretava e modificava o Direito, inclusive caso se tratasse de uma *lex romana*<sup>72</sup>.

Uma abundante e variada quantidade de brocados que se estendem pelos séculos seguintes demonstra a inserção desta ideia em amplos setores hispânicos. Tenhamos aqui algumas amostras: “os costumes fazem leis”, “o costume é o melhor intérprete da lei”, “os costumes completam as leis”, “os costumes derogam as leis”, “as leis são escravas do costume”<sup>7374(k)</sup>. No arcabouço desse conjunto de brocados, estas e outras expressões convivem, é claro, com algumas que lhes são contraditórias, e mesmo assim aquelas se prestam a mais de uma interpretação ou adequação às circunstâncias, mas

71 BOBBIO, Norberto. *Consuetudine: Teoria generale*. In: ENCICLOPEDIA del Diritto. v. 4. Milano: Giuffrè, 1961. p. 442.

72 GROSSI, Paolo. *El orden jurídico medieval*. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 189-190. Por sua vez, Gaudemet sustenta que a distinção entre “*secundum*”, “*praeter*” e “*contra legem*”, ainda que conhecida na doutrina clássica, adquire com Francisco Suárez e expositores seguintes o caráter de marco que determina o papel do costume e conduz ao conceito de costume controlado (GAUDEMET, Jean. *La coutume en droit canonique*. In : LA COUTUME. Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions. T. LII. Bruxelles : De Boeck-Wesmael, 1989-1990. p. 57).

73 GELLA ITURRIAGA, José. *Refranero jurídico español*. Madrid: Trivium, 1987. p. 93-94.

74 <sup>(k)</sup> Nota de tradução: no original – “*costumbres hacen leyes*”, “*la costumbre es el mejor intérprete de la ley*”, “*costumbres completan leyes*”, “*costumbres derogan leyes*”, “*las leyes son esclavas de la costumbre*”.

somente sua circulação evidencia a difusão e penetração de uma linguagem consuetudinária, em nada submissa ao império legal, e muito menos a um critério racional rigoroso.

Nesse sentido expressado, propomo-nos a oferecer alguns exemplos e casos que podem mostrar essas múltiplas possibilidades de observação desta relação lei-costume, na qual, ainda que muitas vezes exista um conflito aberto entre ambas, é mais frequente perceber uma trama menos visível na prática cotidiana do Direito. Outros muitos exemplos podem ser encontrados em anteriores trabalhos nossos sobre o tema, agora reproduzidos nesta coletânea<sup>75(1)</sup>, os quais, naquelas ocasiões, não foram suficientemente destacados para fins de apontar na direção que agora nos interessa oferecer ao leitor. Uma leitura dos estudos IV e V, à luz destas novas considerações, pode sustentar mais firmemente a linha dessa exposição<sup>76(m)</sup>.

#### 4.1 Conflitos entre leis novas e práticas observadas

Um episódio ocorrido em Lima em 1685, quando chegavam à capital do Vice-Reinado os primeiros exemplares da *Recopilación de Leyes de Indias* de 1680, permite articular esta questão através de uma exposição geral. Do expediente onde constam estes dados ocupei-me em outro trabalho<sup>77</sup>. Agora trazemos à colação somente o que estaria ligado aos fins que aqui nos interessam.

O vice-rei Duque de la Palata era, ninguém menos, quem tomava ciência do problema e o transmitia ao próprio rei. Tratava-se do desconcerto que muitas das leis contidas na flamante *Recopilación* provocavam, alterando a prática [anterior] diferente introduzida com o tempo e com “observância qualificada pelos Tribunais”. A opinião dos letrados e juizes estava dividida entre os partidários da nova lei “escrita e tão moderna”, e os que se inclinavam pela prática observada até então na jurisdição em Lima. Esta dualidade de critérios não se resolve com a imposição da lei nova e o deslocamento da prática existente – como teria sido segundo uma aplicação do

---

75 <sup>(1)</sup> *Nota de tradução*: o autor aqui se refere ao conjunto da obra em que o presente texto em sua versão original foi publicado – TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. *El poder de la costumbre*: Estudios sobre el derecho consuetudinario en América hispana hasta la Emancipación. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2001.

76 <sup>(m)</sup> *Nota de tradução*: São os capítulos IV (*O costume como fonte do direito ‘indiano’ nos séculos XVI e XVII*) e V (*O costume no século XVIII*) do livro original em espanhol, já mencionado anteriormente.

77 TAU ANZOÁTEGUI, V. La Recopilación de 1680: dificultades para su aplicación. In: TAU ANZOÁTEGUI, V. *La ley en América hispana*: del Descubrimiento a la Emancipación. Buenos Aires: Academia Nacional de la Historia, 1992. p. 235-248.

modelo legalista moderno –; mas sim se dá pela composição de ambas as partes num nível de equiparação. O vice-rei sustenta que a observância dessas leis era difícil “pela diversa prática que se tem tanto nos Tribunais, como no Governo”, sendo, portanto, necessário “atentar a essas contradições para que sua Majestade as declare e as componha com lei nova nos pontos que parecer convir”. Buscava-se uma solução integrada de leis e práticas que desembocasse numa “declaração” do rei.

Quando o *fiscal do Consejo de Indias*, Francisco Trellez, apresenta seu parecer no expediente, apoia a proposta do Duque, e reconhece, entre os defeitos que encontra na *Recopilación*, “as muitas leis que estão sem uso”. O caso ficou truncado, sem alcançar resolução do Conselho, ou do rei. Ainda assim, em razão dos protagonistas que atuam entorno ao caso, pode-se dizer que é bem revelador de um modo de sentir admitido nos altos níveis do governo *indiano*. De uma parte, o reconhecimento desde o vice-rei de uma ordem local, de uma prática jurídica, que pode sustentar sua diferença ante as novas leis em alguns, ou muitos, pontos. De outra, a admissão que existem muitas leis que são sem uso. Ou seja, emerge naturalmente o reconhecimento de um âmbito consuetudinário que opera com força não-inferior ao mundo das leis, e que deve ser considerado cuidadosamente, por constituir um setor importante da ordem jurídica viva.

Este documento ilumina somente um episódio, mas, em nossa opinião, tem peso para sustentar a tese que estamos alinhavando, e faz surgir algumas questões impossíveis de serem resolvidas agora. Dado que a questão exposta era revestida de aparente gravidade, e não foi expressamente solucionada, cabe perguntar-se: Como as soluções jurídicas foram arbitradas no futuro? A lei nova ou a prática existente triunfou? Houve um processo de convergência, talvez conduzido pela própria prática, na falta da buscada declaração do rei? Se tivermos em conta o observado em outros lugares e situações, não é temerário supor que as soluções não definiram estas possibilidades alternativas em absoluto, mas, mais propriamente, se apoiaram em uma e em outra segundo os casos, ou também buscaram afirmar uma trama entre ambas. De outra parte, pode-se apontar que os rigorosos preceitos que encabeçavam a *Recopilación*, dando força de lei às normas ali contidas, não puderam abater as práticas, usos e costumes locais, tanto no significado destes para efeitos de gerar normas novas, como para produzir o desuso daqueles textos escritos.

#### 4.2 O costume diante de uma lei compilada contrária

Convém dar um passo além nesta indagação e propor que se observe o que ocorria com o texto de uma lei que fosse incorporado a uma

compilação oficial, seja de Castela ou das Índias. Até onde chega a força do costume? Poderia o costume derrogar esta lei?

Há um caso que parece esclarecedor. Ocupei-me deste mesmo num texto anterior<sup>78</sup>, e é necessário voltar a considerá-lo desde o ponto de vista que agora interessa afirmar. Ocorreu no final do século XVIII – época em que a relação lei-costume parecia fortemente tendente, ao menos na teoria, em favor da lei – e participam em seu deslinde os mais altos organismos do governo e da justiça nas Índias. Não interessa destacar somente a resolução final, mas também atentar às distintas possibilidades que foram se insinuando através do trâmite processual. E a impressão que a leitura dos documentos nos transmite é clara: o costume joga estando lado a lado com a lei – não há subordinação alguma, e a inclinação em favor do costume se torna patente quando a outra alternativa é a aplicação rigorosa de um preceito legal não utilizado.

As alternativas deste caso se desenvolvem principalmente em torno de uma lei das Índias de 1609 (*Recopilación de Leyes de los reinos de las Indias*, 1680, IX, XLVI, 72) que proibia mercadores de fazer escrituras de empréstimo de dinheiro quando a operação fosse de venda de mercadorias, sob pena de perda da quantidade em questão. Também estavam em apoio disso uma lei castelhana (*Nueva Recopilación de Leyes del reino de Castilla*, 1567, V, XI, 4) e, sobretudo, uma última Cédula Real de 16 de setembro de 1784 (incorporada na *Novísima Recopilación de Leyes de España*, 1805, X, VIII, 3). O aparato legal era, portanto, uniforme e contundente quanto à proibição, sendo mais antigo nas Índias que em Castela.

Na execução judicial que Pablo Beruti promoveu contra Inocencio Agrelo e José Vidal por cobrança de pesos, descobriu-se que a dívida escriturada não provinha de um empréstimo, embora se alegasse isso, e sim da venda de mercadorias; então, a *Audiencia* de Buenos Aires, invocando os preceitos legais mencionados, resolve aplicar a quantia em tela à *Real Cámara*. Recorre Beruti da sentença, e, com o auxílio de vários documentos, expõe que “o costume na América entendia sem uso e exercício” as leis proibitivas; que a *Audiencia* de Charcas havia autorizada tais escrituras e revalidado a prática nas cidades sob sua jurisdição; e que, por conseguinte, “o costume imemorial o liberta da pena de *comiso* [confisco]”. Parece que o recurso de Beruti tomou de surpresa os *oidores* de Buenos Aires, que integravam um novo tribunal e eram recém-chegados de terras peninsulares. Percebem,

---

78 TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. Consideraciones sobre la aplicación de la Recopilación de 1680. In: TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. *La ley en América hispana: del Descubrimiento a la Emancipación*. Buenos Aires: Academia Nacional de la Historia, 1992. p. 221-223. Documentação: *Archivo General de Indias*, Buenos Aires, 294.

então, que o próprio *Consejo de Castilla* não invalidava nem tratava dos contratos anteriores à disposição castelhana de 1784 – o que parecia lógico para aquele reino – e confessam estar batalhando entre aquelas considerações e o espírito, letra e justificação do que era ordenado na legislação, para encontrar finalmente uma via, sem revogar o *auto* baixado, para levar o caso ao rei, informando-lhe da situação ocorrida. Expressam que seria útil que mandasse “observar com toda escrupulosidade” a lei *indiana* citada, mas que a mesma não poderia ser aplicada com total rigor neste litígio, dado que não houve “malícia de direito” nos sujeitos envolvidos. O ano 1790 passa. A *Audiencia* então publica estas considerações, que não são desperdiçadas – admitindo que, ainda que por erro, a observância da lei estava em suspenso. E continua dizendo que “sendo o fundamento de toda lei a justiça e a equidade, todo que se opõe à lei deveria se presumir iníquo, ou ao menos irrazoável; mas, na verdade, nem todo que se opõe à lei deve, imediatamente e sem posterior exame, reputar-se injusto”. O delicioso discorrer dos *oidores* não termina aí: “é comumente recebido, sem embargo de várias decisões que parecem resisti-lo, que se possa introduzir *costume* contra a própria lei, pois as circunstâncias do tempo podem variar, fazendo o que hoje seria razoável, que amanhã não o seja; e refletindo sobre os modos de se introduzir o *costume*, inclinando-se esta *Audiencia* ao de proceder com sinceridade no trato com causas urgentes, que não existiam, ou não se tinham presentes no tempo da lei, consultamos à suprema Potestade para o remédio e resolução”, invocando para isso as antigas leis de Alcalá e Toro que previam recurso ao rei diante de qualquer dúvida na interpretação das leis. O tom do discurso da *Audiencia* é cauteloso, medindo as consequências que sua inclinação em favor de uma ou da outra solução poderia provocar. Longe de proclamar uma hegemonia absoluta da lei – ideia que circulava então em letra impressa – a *Audiencia* busca aproximar-se de uma postura de equilíbrio mediante afirmações, contrastadas com ressalvas oportunas, que enaltecem tanto a lei como o costume num plano de complementariedade recíproca. Todavia, não decide dar a solução que parece inclinada a tomar, e prefere a via da consulta ao rei. Sua posição diante do trono parece protegida por mostrar-se partidária de que se observe, no futuro, a lei *indiana* existente.

A atitude nas duas *Audiencias* referidas nesta questão é diversa. A de Charcas, de vasta tradição judicial, e composta por *oidores criollos* e peninsulares enraizados, convalidou o costume. A de Buenos Aires, novíssima e integrada por letrados diretamente oriundos da Espanha, somente advertiu do erro em que se incorrera quando Beruti apresentou o recurso de súplica. A atitude de Charcas coincide com a consolidação de uma ordem *criolla*, mais propensa a admitir o costume local. Já a de Buenos Aires pare-

ce evoluir de um rigor inicial (seria produto, talvez, do desconhecimento?) para um certo equilíbrio que transmite a consulta ao rei, porventura temerosa de dar uma resolução discrepante do pensamento das altas esferas do poder.

O parecer do fiscal é o que abre as ações no *Consejo de Indias*. Apesar de aceitar que as partes pudessem ter atuado de boa-fé, e que a escritura fora outorgada segundo a “prática comum” autorizada pela *Audiencia* de Charcas, opina que caberia impor o texto categórico da lei e manter a pena de *comiso* [confisco], sem que para isso obstasse o uso ou o costume que se alegava. Quanto ao primeiro, dizia que todas as leis do reino deveriam ser observadas literalmente, sem se admitir a escusa do não-uso, segundo disposições reiteradas que encontravam sua última e terminativa confirmação na Real Cédula de 12 de junho de 1714, dada no âmbito castelhano. Com relação ao segundo, sustenta que no costume alegado não se cumpriam os requisitos exigidos de duas sentenças em juízo e do consentimento do legislador. Desta forma, “em termos de justiça”, a primeira sentença da *Audiencia* de Buenos Aires era correta e cabia destinar o dinheiro em questão à Câmara Real. Restava somente em aberto – a seu juízo – a via para que o rei, “usando de sua soberana potestade real”, pudesse dispensar a pena imposta pela lei, atendendo às considerações formuladas pela *Audiencia* de Buenos Aires. Todavia, neste caso, convinha emitir nova Cédula encarregando observância estrita [*puntual*] da lei citada. O fiscal, seguindo o critério imponente entre os que exercem esse ofício nesse século, opera em termos quase exclusivamente legais, pois considera que na lei reside a rigorosa justiça, e exclui toda possibilidade de dar margem ao não-uso, neste caso também rejeitando o costume.

Ao considerar o assunto, a segunda sala do Conselho das Índias mostra uma postura mais matizada e, com um critério amplo, “atentadas todas as circunstâncias deste caso”, resolve que se devolvam as quantidades sequestradas a quem coubessem, segundo disposição da *Audiencia*; e, quanto a nova Cédula pedida pelo fiscal, determina que isso passasse por resolução do Conselho pleno. Meses depois, este dispôs pedir informações aos tribunais de Charcas e Buenos Aires sobre “o motivo de não estar em observância em seus respectivos distritos” a lei *indiana* motivadora desta questão.

Buenos Aires responde dez anos depois, Charcas nunca o fez. O Conselho não voltou a se ocupar do assunto. Em sua resposta, a *Audiencia* de Buenos Aires trouxe como elemento novo a opinião emitida pelo Consulado local, a qual fez constar que “a prática de se outorgar escrituras em negócios mercantis no modo e forma do caso de Beruti trazia sua origem da prática

observada nas principais praças comerciais, e especialmente na de Cádiz”, onde os comerciantes de cidade adquiriram seus conhecimentos, e também “o método que nela é habitual, ignorando as disposições das Leis Municipais”. Ao transmitir este informe, a *Audiencia* insistiu na importância de se observar a lei.

O caso exposto não é de menor relevância e contém muitas chaves. As leis proibitivas eram claras e contundentes. À lei *indiana* antiga se somava a mais recente castelhana. Frente a esta se alegava um costume que se supunha americano, convalidado por uma *Audiencia*, que joga um papel decisivo na solução do caso, resolvido conforme o costume, e não de acordo com as leis. É muito sugestivo que, quanto à aplicação futura da lei a outros casos eventuais, o Conselho se mostre remisso em insistir no cumprimento das leis proibitivas, preferindo averiguar os motivos pelos quais não se observava tal lei nos distritos de Charcas e Buenos Aires, terminando por não modificar uma situação, em que o costume se mostra triunfante. Passaram-se muitos anos até que chegasse a resposta de Buenos Aires, e esta revelou que a origem do costume estava em Cádiz, de onde ao menos os comerciantes de Buenos Aires teriam incorporado. Assim, o costume difundido por distintos setores do mundo hispânico reinava sem opositores aparentes.

Este não é um caso excepcional. Há outros de índole igual<sup>79</sup>, e sobretudo expressões muito claras em favor da proeminência do costume local sobre a lei compilada nos debates nos *cabildos*, que não deixam dúvida sobre o sentir geral nesta matéria<sup>80</sup>. Este sentir naturalmente se apoia nas doutrinas que alguns juristas desenvolveram, como Francisco Carrasco del Saz, que, no século XVII, defendia a tese que um costume poderia ir contra disposições das *Partidas* ou da *Nueva Recopilación*, chegando a interpretar restritivamente uma pragmática de 1611<sup>81</sup>.

Aqui vale inserir outro testemunho de época tardia que converge com esta proeminência do costume e mostra essa maior exuberância com que a florava nas Índias. Quando o governador intendente de Potosí, *don* Francisco de Paula Sanz, visita as famosas minas de uma jurisdição, em 1790, escreve: “Com muito pouco tempo de observação, comecei a reconhecer que a economia que havia regido até agora o manejo das minas era

79 TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. Consideraciones sobre la aplicación de la Recopilación de 1680. In: TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. *La ley en América hispana: del Descubrimiento a la Emancipación*. Buenos Aires: Academia Nacional de la Historia, 1992. p. 210-212.

80 *Ibid.* p. 224-231.

81 MARGADANT, Guillermo Floris. La consuetudo contra legem en el Derecho indiano a la luz del *Ius commune*. (Análisis del pensamiento de Francisco Carrasco y Saz, jurista indiano sobre este tema). *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, v. 2, p. 180-181, 185-186, 1990.

inteiramente primitiva, e que a *prática* já havia tomado uma força tão poderosa que, fazendo concorrência com as *Reales Ordenanzas*, acreditava-se que o *uso* era de maior valor que o Direito<sup>82</sup>. O testemunho tem fulgor próprio e quase não necessita de comentários. O tom é de surpresa diante de uma situação inesperada, e de crítica diante da forma atrasada da exploração. Subjacente a esta impressão negativa, está a expressão que convém destacar: a crença generalizada de atribuir maior valor ao uso, prática, costume, que as às *reales ordenanzas*, que seriam, propriamente, o direito. Sanz, como governante ilustrado, não parecia estar de acordo com a situação e a crença descritas<sup>83</sup>. A oposição apresentada entre uso e Direito parece ter um certo sabor modernizante. Enquanto as *reales ordenanzas* são o Direito, o direito escrito, a prática ou uso parecem como externos ao próprio Direito. Neste registro literário, reflete-se uma mentalidade positivista em germen.

Uma densa trama consuetudinária vai se configurando a partir de distintas áreas, tecida de variadas experiências, exigindo relevância própria para que se alcance uma equiparação com a lei, sem que necessariamente apareça em confronto com esta, ou em permanente oposição de interesses.

### 4.3 O costume ou o uso dando força à lei

Em feliz expressão, Bobbio disse que “o costume, mais que interpretar a lei, mantém-na em vida”<sup>84</sup>; ou seja, a lei necessita do costume para alcançar a plenitude de sua força vinculante. Esta é uma questão os historiadores não têm em conta de forma habitual, seguramente porque a teoria moderna da lei rechaça essa possibilidade. Em contrapartida, os juristas de épocas anteriores tinham aí uma viva e constante preocupação. O “não-uso” ou “desuso” da lei *indiana* aparece com frequência nos documentos *indianos* e não somente naqueles em que se debatem casos pontuais e conflitivos.

Quando, em “*Casuísmo e sistema*”<sup>85</sup>, ocupei-me da interpretação e da aplicação das leis dentro de uma ordem casuísta, o “não-uso” da lei é um interessante recurso para compreender esse tipo de ordem. Agora, a partir

---

82 *Real Academia de la Historia*. Biblioteca (Coleção Mata Linares). Madrid, 10, 132.

83 Outras expressões no mesmo sentido: TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. La costumbre en el siglo XVIII: doctrina jurídica y praxis rioplatense a través de los cabildos. In: TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. *El poder de la costumbre*: Estudios sobre el Derecho Consuetudinario en América hispana hasta la Emancipación. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2001. p. 255-257 [1ª Parte, III, 1].

84 BOBBIO, Norberto. Consuetudine: Teoria generale. In: ENCICLOPEDIA del Diritto. v. 4. Milano: Giuffrè, 1961. p. 442.

85 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. 527-529.

de outro ponto de vista, a mesma ideia reaparece para mostrar a exigência de que as leis, para serem consideradas vigentes, deveriam estar em uso. Existem dois brocardos que concorrem em favor dessa afirmação. O mais conhecido é: “O costume é o melhor intérprete da lei”, que parece alcançar seu sentido principal nesse contexto. O outro: “As leis são escravas do costume”<sup>86</sup>, talvez menos difundido, reforça com maior vigor esse sentido da participação consuetudinária no exercício da lei.

Que este fosse o modo de pensar de juristas e ministros da época podemos constatá-lo em variados testemunhos, particularmente do século XVII. Recordar que *don Antonio* de León havia estabelecido como pauta de seu trabalho compilador não incluir “as leis que não estão em uso” tem seu peso próprio, ainda que reconhecesse a dificuldade de estabelecê-lo em cada uma das *audiencias indianas*. Nem León foi inovador na matéria, nem tal pauta foi esquecida por aqueles que aplicaram a *Recopilación*<sup>87</sup>. Consoantes com tal critério, dois importantes vice-reis do Peru deste mesmo século aconselhavam a seus sucessores que tivessem mais em conta o “uso” da lei que o seu próprio texto<sup>88</sup>. Neste entorno se pode entender que Ferrer de Valdecebro – fino escritor político do Barroco – viesse a dizer que as melhores leis eram “as que recebem o costume e o uso”, porque “são filhas da experiência e da prudência”, chegando inclusive a que se as considere como no nível de “leis naturais”<sup>89 90(n)</sup>.

Alguns exemplos reforçam mais o exposto, desde outro ângulo de visão. Numa cédula de 1627 se ordenou à *Audiencia* de Charcas que indicasse as causas pelas quais o presidente e o *oidor* mais antigo não observassem o costume de levar o pendão e o estandarte na procissão de Corpus Christi,

86 GELLA ITURRIAGA, José. *Refranero jurídico español*. Madrid: Trivium, 1987. p. 93-94.

87 TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. Consideraciones sobre la aplicación de la Recopilación de 1680. *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, n. 8, p. 213-216, 1980.

88 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. 527-528.

89 FERRER DE VALDECEBRO, Andrés. *El superior*: política para todo linaje de prelados. Alcalá de Henares: Juan Valdés, 1663. p. s/n. [seção “Argumentos y apología”].

90 <sup>(n)</sup> *Nota de tradução*: esta nota de rodapé 89 somente está presente na versão impressa do livro de 2001, e não na versão digital de 2000 – que foi mencionada nas primeiras notas desta tradução – assim como esta última frase do parágrafo do corpo do texto que fala de Ferrer de Valdecebro. Por outro lado, ao consultar-se a edição deste mesmo autor, mas de 1664 [justamente a que tivemos o acesso, os tradutores], é possível reconstituir todo o período: “Las que tiene recibidas la costumbre, y el uso, son las mejores, porq. son hijas de la experiencia, y la prudencia. La costumbre es otra naturaleza, con que la ley de costumbre será como Ley natural, y la deformidad que fuera romper los fueros de la Ley natural, lo será siempre quebrantar las del uso, y costumbre en los gobiernos” (FERRER DE VALDECEBRO, Andrés. *op. cit.* ed. 1664. p. s/n.).

conforme o disposto na ordenação do vice-rei Toledo<sup>91</sup>. Aqui estava em jogo o cumprimento de um costume sustentado em um preceito escrito, mas o requerimento real fazia referência ao primeiro. Em vez de impulsionar para a execução de uma disposição legal, indagava os motivos de não se guardar o costume. A formalidade dada a este comando é por si indicativa quanto à escala normativa que se tinha em conta. Desenvolver um costume a partir de um preceito legal – convém esclarecer – é uma técnica usada por relevantes juristas<sup>92</sup>. Sem fugir do exemplo que estamos acompanhando, cabe acrescentar que, na disposição final do despacho, ordena-se que enquanto se faça referência à informação requisitada, que se siga observando o costume guardado até o momento. Este novo recurso ao costume [*apelación consuetudinaria*] tem um significado adicional que já destacamos em páginas anteriores: a confiança das autoridades reais no costume como um meio para se manter a harmonia numa situação local conflitiva.

A preferência da Coroa por invocar o costume e não a lei anterior também se evidenciou quando, em 1621, foi ordenado ao vice-rei e à *Audiencia* de Lima que observassem o poder do *cabildo* da cidade de nomear anualmente um *regidor* como juiz de águas e de eleger *alcaldes de hermandad*. O *cabildo* possuía essa faculdade por costume, que o vice-rei anterior não havia conhecido, mas a origem da mesma remontava a uma concessão do vice-rei de 1556, que acaba confirmada pelo rei<sup>93</sup>. Contudo, o que reluz neste episódio é o costume, e não o antigo *mandato* real. Esta mesma situação se repete em relação à faculdade deste mesmo *cabildo* de conhecer as apelações de assuntos de menor quantia em sentenças ditadas pelos fiéis executores<sup>94</sup>.

O fio condutor destes exemplos leva à busca da marca consuetudinária no relativo à execução das leis, sob o entendimento de que sem o costume não era possível a existência da norma viva.

#### 4.4 A força do costume canônico

Uma das obras mais salientes da literatura jurídica *indiana*, o “*Gobierno eclesiástico pacífico*” do bispo Gaspar de Villarroel, de meados do século

91 Real Cédula de 2 de mayo de 1627 (C. Ch., IV, 4222). [ver nota de tradução “i” acima].

92 Veja-se uma interessante perspectiva de Solórzano em: TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. La costumbre jurídica en la América española (siglos XVI-XVIII). In: TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. *El poder de la costumbre*: Estudios sobre el Derecho Consuetudinario en América hispana hasta la Emancipación. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2001. p. 119 [seção V, 1, nota 79].

93 Real Cédula de 22 de noviembre de 1621 (*Archivo General de Indias* [AGI, Sevilla], Lima, 583, Libro 17, 291 v. -292v.).

94 Real Cédula de 22 de noviembre de 1621 (AGI, Lima, 583, Libro 17, 294 v. -295).

XVII, oferece um exemplo de argumentação consuetudinária, ampla e prolixa, para embasar um discurso jurídico em favor de um costume antigo, cuja vigência se põe em dúvida ante um novo preceito legal. Como veremos, é valioso pelo conjunto de razões e citações que fortalecem o texto<sup>95</sup>.

O caso tratado é a proibição canônica geral de comer ovos e laticínios nos dias de Quaresma. Este preceito, por costume antigo, não se cumpria nas Índias desde a época do Descobrimento. Uma Bula da lavra de Urbano VIII veio, nos dias de Villarroel, a semear a dúvida sobre eventual ab-rogação do costume existente. Entre uma bula – que não é lei, mas privilégio – e um costume, o bispo se inclina claramente em favor deste último por considerar que, sendo um costume assentado, não poderia ser derogado por um privilégio. Para isso, formulou uma extensa argumentação, plena de opiniões e textos que davam “autoridade” a seu discurso, estruturado em onze *pressupostos* e três *conclusões*, que convém seguir em seus enunciados principais.

O primeiro era o fato. Considerava como muito credível que desde os primeiros tempos existira esse costume nas Índias, dado que os “mantimentos eram precários”, os primeiros conquistadores eram soldados mais valentes que letrados, e as Índias ardiam em guerras. Se esse costume de se comer, na Quaresma, manjares proibidos, começou por soldados e gente ignorante, houve também entre eles nobres e muitos entendidos, prologando-se depois entre os religiosos e letrados, que, ao atentarem que faltava o necessário para a prática do jejum, levaram adiante a prática iniciada com expresso consentimento de todos. Seus próprios escrúpulos, quando chegou como bispo em Santiago do Chile, serviam a Villarroel para afiançar o discurso. Foi ali que percebeu a impossibilidade de se cumprir com o preceito canônico: “em minha casa se cozinha em tempos quaresmais com azeite; mas em terra tão pobre, onde azeite vale tanto dinheiro, quem poderia custeá-lo, senão um bispo?”, se interrogava. E confessa, então, ter cedido em seu propósito de reformar este costume na sua jurisdição. O costume não era, portanto, um capricho, mas filho da necessidade: eis o primeiro ponto em favor de sua admissão.

Além disso, tinha mais de cem anos de vigência, diante dos quarenta exigidos pelos doutores, fundamentando-se no que fora afirmado por um autor e em outros cálculos. Para Villarroel, era ponto claro entre os doutores que o costume tinha força de derogar a lei. Ainda que seja esta geral para toda a Igreja, pode prevalecer contra essa lei o costume de uma província, ainda quando nas demais esta lei seja cumprida. Exige-se que seja um

95 VILLARROEL, Gaspar de. *Gobierno eclesiástico pacífico: concordia y unión de los dos cuchillos, Pontificio y Regio...* Madrid: [s. n.], [1656?]. p. 273-285 [Parte I, q. 3, art. II].

costume racional, não oposto à lei divina ou natural, e introduzido por atos voluntários, sem ser proveniente de ignorância ou erro, não sendo requisito a existência prévia de atos judiciais em seu favor, nem que o príncipe tenha notícia dele. Tudo isso vem apresentado, argumentado e apoiado por uma doutrina frequentemente controvertida, da qual Villarroel comumente extrai as opiniões mais favoráveis ao livre desenvolvimento do costume, quase sempre apoiado por autoridades reconhecidas, entres as quais se destaca o padre Francisco Suárez.

Ao examinar a bula de Urbano VIII sustenta que não é lei pontificia, mas sim um privilégio para certas pessoas, que inclui prelados e clérigos seculares das províncias do Peru e Terra Firme, e não os religiosos regulares. O costume, firme e legítimo, não seria derogável por privilégio, nem prejudicado por esta bula. Um costume “tão antigo e assentado”, como este aqui descrito, não pode ser ab-rogado sem lei expressa do superior.

Em suas *conclusões*, Villarroel retoma as ideias e opiniões dispostas nas extensas páginas anteriores, e oferece, com nova ênfase, uma doutrina que não deixa margem alguma de dúvida. Sustenta que o costume, introduzido nas Índias, de comer laticínios, ovos e manteiga de porco nos dias da Quaresma “foi poderoso para ab-rogar a lei eclesiástica da proibição”. Neste costume concorrem os requisitos exigidos pelos “Direitos e os Doutores”, isto é, que seja racional e que esteja prescrito, sendo necessário – o que era notório, existindo também o consentimento comum, sem erro ou ignorância – que seria o mesmo que o tácito consentimento do Papa.

Por consequência, os religiosos, clérigos e bispos das Índias que “comeram, na Quaresma, ovos, laticínios e manteiga, apesar de não serem os privilegiados na Bula de Cruzada, não pecaram mortalmente. Disto foram escusados pelo *costume*”. Ainda agrega como outra *conclusão* que “os que comeram e comem os referidos manjares, ainda depois do novo privilégio, sem tomar conhecimento da bula em que se lhes concede o privilégio, não pecam mortalmente”. No parágrafo final, Villarroel reforça essa postura ao expressar que, ainda que alguns bispos – entre eles, o próprio Villarroel – receberam e leram a bula, nem por isso o costume fica ab-rogado, pois, sendo honesto e prescrito pelo “comum consentimento de reinos tão dilatados, não o podem ab-rogar tampouco”. Assim, aquele que uso o privilégio numa predicação, pode não o usar em outra, pois dos privilégios pessoais se goza ou se renuncia quando se quiser.

O exemplo, na pena de um bispo letrado, publicado numa obra jurisprudencial de ampla difusão e de autoridade notória, mostra o costume com força tal que derroga uma proibição e faz frente a uma bula papal. No discurso jurídico que serve de fundamentação do costume, há um

desencadeamento de opiniões e autores que coloca seus resultados para muito além do assunto concreto debatido, constituindo o núcleo de uma doutrina extensível a outros casos e situações eventuais. Traduz-se em suas páginas uma valoração própria da situação *indiana*, e sobressaem-se o valor da experiência jurídica e as necessidades que surgem da vida cotidiana. Villarroel se encarrega de recriar as origens deste costume e o consenso que foi adquirindo tanto entre a gente comum como entre nobres, religiosos e letrados. Deu-se, desse modo, força e continuidade a um costume que começou de maneira rudimentar<sup>96 97(o)</sup>.

Outro caso, narrado pelo mesmo autor, apresenta o costume mostrando as possibilidades de sua utilização no jogo entre os poderes. Trata-se da formalidade de incensar o governador em alguns atos religiosos. Enquanto o cerimonial dos bispos permitia esta prática, alguns bispos haviam suprimido tal ato, entre os quais estava o predecessor de Villarroel na diocese de Santiago. Uma Real Cédula de 1618 intimou tal prelado a fazê-lo, salvo se houvesse costume em contrário. O bispo, sem ser lerdo ou preguiçoso, produziu informação sobre a existência do costume de não se incensar o governador e mandou que assim se praticasse. Morto o prelado, voltou-se a tratar do assunto, e, com a sede vacante, os votos ficaram empatados, e a questão sem decisão, até que Villarroel tomou posse da diocese e dispôs o reestabelecimento do incenso<sup>98</sup>.

Não se pode supor que tenha sido uma questão em abstrato. Em seu entorno, acumulam-se relações de poder, interesses e conflitos pessoais. As razões utilizadas por cada envolvido não são conhecidas por nós, mas é altamente provável que foram decisivas nas variações que este caso foi sofrendo pelo tempo. Pode-se crer que a decisão do bispo Villarroel veio a reestabelecer um critério que se ajustava a certas normas correntes nessa matéria. O que cabe ressaltar, como apontamento final, é a força com que opera o costume neste caso, permitindo a alteração de uma importante regra de cerimonial.

96 A força deste costume fica patente um século depois, quando a questão volta a ser suscitada com alcance geral, precisamente pela preocupação da Coroa ante a escassa arrecadação resultante da Bula da Santa Cruzada. Da consulta que se faz em 1763 aos Prelados das Índias, surge a situação de que a imensa maioria dos arcebispos e bispos asseguram a vigência de dito costume em suas respectivas jurisdições, assim como a racionalidade e legitimidade da mesma (*Archivo General de Indias* [AGI, Sevilla], Indiferente 2994).

97 <sup>(o)</sup> *Nota de tradução*: esta nota de rodapé 96 somente está presente na versão impressa do livro de 2001, e não na digital de 2000, mencionada nas primeiras notas desta versão traduzida.

98 VILLARROEL, Gaspar de. *Gobierno eclesiástico pacífico: concordia y unión de los dos cuchillos*, Pontificio y Regio... Madrid: [s. n.], [1656?]. [II, XII, VI, 17].

## 5 OS USOS E COSTUMES INDÍGENAS

O campo consuetudinário se abre de maneira ampla quando abordamos os denominados “direitos indígenas”, dada a variedade de formas jurídicas, a complexidade de sua trama e as dificuldades apresentadas por este estudo. O próprio vocábulo *costume* adquire, aqui, um matiz distinto, pois é usado num processo de refração conceitual do pensamento europeu. O costume é a voz com que os hispânicos designam a organização dos *naturales* por mera aplicação das noções conhecidas no Direito comum, mas é também a voz que seria imposta definitivamente para a sua denominação, ainda em nossos dias, tal como vimos em estudo anterior<sup>99(p)</sup>. Aqui é onde, mais que um “fundamento” [*trasfondo*] consuetudinário, haveria uma “aparência” consuetudinária que, em boa parte, integra-se à cultura jurídica de procedência europeia.

Um estudioso [Jorge Alberto González Galván] define o direito consuetudinário indígena como “a manifestação da intuição de uma ordem social fundamentada em regras não-escritas concebidas em conexão com as forças da natureza e transmitidas, reproduzidas e ab-rogadas de maneira essencialmente oral”, ainda que nos povos da Mesoamérica pré-hispânica estivessem representadas em escrituras pictográficas<sup>100</sup>.

São regimes jurídicos que têm sua peculiaridade, alheia às definições, estruturas e categorias conceituais do Direito de procedência europeia, ainda que faça as suas vezes na organização dos povos aborígenes. É uma ordem estritamente conectada e justaposta – com crenças religiosas, mitos e tradições – e que organiza a vida social e familiar, o exercício da autoridade, o uso da terra etc., e que não se concebe como estrutura intelectual separada dessa vida, ainda que existam “uma concepção e práticas da ordem comunitária”<sup>101</sup> que permanecem ocultas e cuja redescoberta é necessária. É onde, precisamente, o fenômeno consuetudinário reluz com força

---

99 <sup>(p)</sup> *Nota de tradução*: o texto que o autor comenta aqui seria o de título “O costume entre a dogmática jurídica e a história”, texto imediatamente anterior na sequência de capítulos da mesma publicação original em espanhol, cuja tradução ao português está no prelo, sob nossa responsabilidade: TAU ANZOÁTEGUI, V. *La costumbre entre la dogmática jurídica y la historia*. In: TAU ANZOÁTEGUI, V. *El poder de la costumbre: Estudios sobre el Derecho Consuetudinario en América hispana hasta la Emancipación*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2001. p. 17-39.

100 GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto. *El derecho consuetudinario indígena em México*. In: JORNADAS LASCACIANAS. COSMOVISIÓN Y PRÁCTICAS JURÍDICAS DE LOS PUEBLOS INDIOS, 4., 1994, México. *Actas* [...]. México: UNAM, 1994. p. 74-75.

101 GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto. *El derecho consuetudinario indígena em México*. In: JORNADAS LASCACIANAS. COSMOVISIÓN Y PRÁCTICAS JURÍDICAS DE LOS PUEBLOS INDIOS, 4., 1994, México. *Actas* [...]. Org. José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes. México: UNAM, 1994. p. 74.

sem igual e incomparável com os outros componentes do Direito *indiano*. Um Direito apegado às coisas, à terra, mais próximo do que, *mutatis mutandis*, Grossi visualiza no medievo europeu.

O componente consuetudinário dos direitos indígenas é objeto de enfoque multidisciplinar, de pontos de vista discordantes, de interesses políticos e ideológicos e de permanentes justaposições com o Direito positivo, primeiramente o da Monarquia espanhola e depois o dos Estados nacionais. Mesmo quando desde cedo se tenha produzido um processo de “mestiçagem jurídica” – ao serem incorporados instituições e estilos de procedência europeia – também se mantiveram alguns usos e costumes anteriores em estado de maior pureza, embora submetidos sempre a uma constante evolução e transformação. Nestas condições, até agora foram realizados poucos estudos esclarecedores<sup>102</sup>; alguns ajudam a aprofundar o tema<sup>103</sup>, que exige o inteligente trabalho de cooperação com antropólogos e etnohistoriadores.

Dentro da pluralidade de ordens jurídicas aborígenes, o grupo mais importante se integra à Monarquia espanhola, ainda que permaneça regendo-se por seus usos e costumes. Outras comunidades coexistem em vida paralela ou à margem do Direito hispânico. Em ambos os casos, o costume é observado como o núcleo – ou a totalidade – desses ordenamentos: são direitos inteiramente consuetudinários e, neste sentido, diferenciam-se dos que chegaram à América por via do transplante jurídico castelhano.

Que os espanhóis tenham captado a essência consuetudinária nesses direitos pressupõe uma mentalidade aberta. Vale recordar a *Ordenanza 15 de Poblaciones* de Felipe II: “Aqueles que forem a descobrimentos por mar e terra busquem levar alguns índios e intérpretes das partes onde fossem mais pertinentes, dando-lhes todo bom tratamento, e através deles falem e tratem com os da Terra, *procurando entender seus costumes, qualidades, e formas de viver*, bem como os da comarca, informando-se da religião que têm, quais Ídolos adoram, e com quais sacrifícios e modos de culto; se há entre eles alguma doutrina ou gênero de letras; como se regem e governam, se têm Reis

102 Para uma exposição da questão a partir da História do direito indiano: TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. *Nuevos horizontes en el estudio histórico del Derecho indiano*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1997. p. 97-106.

103 Por exemplo, Cordero de Avendaño [CORDERO DE AVENDAÑO DE DURAN, Carmen. El derecho consuetudinario indígena. In: JORNADAS LASCACIANAS. COSMOVISIÓN Y PRÁCTICAS JURÍDICAS DE LOS PUEBLOS INDIOS, 4., 1994, México. *Actas* [...]. Org. José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes. México: UNAM, 1994. p. 33-43] e González Galván (este último com boa bibliografia) [GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto. El derecho consuetudinario indígena en México. In: JORNADAS LASCACIANAS. COSMOVISIÓN Y PRÁCTICAS JURÍDICAS DE LOS PUEBLOS INDIOS. cit. p. 73-94].

e se tais o são por eleição, ou por direito de sangue; ou se observam uma forma de República, ou linhagens; que rendas ou tributos dão, ou pagam, e de que maneira e a quais pessoas; quais são as coisas que eles mais valorizam e quais que, tendo por estimadas, trazem de outras partes ou têm na Terra...”. Deste trecho pode ser coletada, em primeiro lugar, a preocupação da Coroa em conhecer as normas que regiam essas comunidades. O propósito era, por certo, ambicioso, e muito difícil de satisfazer com a profundidade e variedade requeridas. Não se aludia à existência de preceitos escritos, mas se tratava de procurar “entender seus costumes, qualidades e formas de vida”. A questão era conhecer como viviam, como eram governados, que relação havia entre governantes e governados, quais eram suas inclinações e qualidade de vida; qual seu contato e comércio com os povos da comarca; como era o meio natural, vegetal e animal, quais suas riquezas em metais e pedras preciosas. O texto transcrito se assenta numa experiência de várias décadas e se converte em um dos mais representativos da política adotada pela Coroa nesta matéria. De textura sociojurídica e de trama aberta, o costume parecia ostentar um papel diretivo. Sua posterior incorporação à *Recopilación* de 1680 (IV, I, 9) assegura essa representatividade. Por sua vez, esta política conduz à produção de volumosa informação que, ao menos parcialmente, atende a esse ânimo inquisitivo, levando a que os usos e costumes indígenas sejam incorporados formalmente no orbe *indiano*<sup>104</sup>.

## 6 UM ESPAÇO INTELECTUAL PARA O COSTUME

A busca e o enquadramento de determinadas normas concretas que possam ser catalogadas como costume, e sua relação com a lei e a jurisprudência dos autores ou dos juízes, é um exercício positivista, que resulta útil para uma avaliação inicial sobre o papel desempenhado pelo costume em uma determinada ordem jurídica. Em todo caso, satisfaz a curiosidade constatar, comparativamente com o Direito atual, a maior utilização desse modo de criação do Direito.

É necessário, porém, a nosso juízo, olhar para mais longe nesse imenso conjunto de dados que podemos acumular seguindo este método, para chegar a desvelar esse “fundamento [*trasfondo*] consuetudinário” que

---

104 Sobre isso, neste mesmo volume [n.t.: a versão original do livro, em espanhol]: TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. La costumbre jurídica en la América española (siglos XVI-XVIII). In: TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. *El poder de la costumbre*: Estudios sobre el Derecho Consuetudinario en América hispana hasta la Emancipación Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2001. p. 134-143 [seção VI]; TAU ANZOÁTEGUI, V. Elementos consuetudinarios en la *Política indiana* de Solórzano. In: TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. *El poder de la costumbre*. cit. p. 330-336 [seção VI, 2].

nos empenhamos em mostrar, com exemplos e casos, nestas páginas. Estamos muito longe de crer que o costume esteja presente em todas as soluções jurídicas, mas, sim, consideramos que ele apareça de modo visível ou oculto em um número considerável de situações, favorecido por uma ordem jurídica muito intrincada onde reinava a variedade, o casuismo e a flexibilidade. O jurista *indiano* praticava uma operação intelectual distinta da que usa o contemporâneo. Construía seu discurso considerando, em primeiro lugar, a situação concreta, os fatos tais como se apresentavam, e buscava apoio em normas de tipo distinto – umas pertencentes ao Direito positivo, outras a ordenamentos superiores – em que se deveria fazer uma combinação e compor, segundo fossem aplicáveis ao caso. Essas normas – em especial as leis – apareciam como “elementos porosos ou multiformes, de textura plástica”, que se modelavam através da interpretação<sup>105</sup>. Nestas circunstâncias, o costume favorecia a transformação e a adaptação das normas às exigências de cada momento, impedindo-se que viesse a ocorrer uma cristalização. O costume também apoiava a vigência de certas disposições legais que continuavam regendo, em que pese seu texto escrito estivesse extraviado ou definitivamente desaparecido. Nestes casos, o preceito era invocado e transmitido, às vezes pela menção da lei, outras pela menção do costume. Não deve causar estranheza que, como em toda transmissão oral, se perdesse a fidelidade ao texto primitivo em favor de um ajuste às necessidades dos tempos ou aos interesses dos alegantes.

Através deste estudo, foram expostas várias questões que fazem refletir sobre a existência desse “fundamento consuetudinário” [*trasfondo consuetudinario*], que ostenta a deliciosa imprecisão do modo de pensar problemático. Se bem que tendo firme ancoragem em uma investigação erudita – com alguns dados certos e outros esquivos – ainda requer exames atentos. Em síntese, exige um espaço historiograficamente criativo.

## REFERÊNCIAS

- ALTAMIRA, Rafael. La costumbre en la historia del Derecho español. In: ALTAMIRA, Rafael. *Historia del Derecho español, cuestiones preliminares*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1903. p. 81-99.
- BOBBIO, Norberto. Consuetudine: Teoria generale. In: ENCICLOPEDIA del Diritto. v. 4. Milano: Giuffrè, 1961. p. 426-443.
- BRAVO LIRA, Bernardino. Vigencia de las Siete Partidas en Chile. In: BRA-

105 Esta última ideia em: TRAZEGNIES, Fernando de. *Ciriaco de Urtecho: Litigante por amor. Reflexiones sobre la polivalencia táctica del razonamiento jurídico*. 3ª ed. Lima: [s. n.], 1995. p. 201-202.

- VO LIRA, Bernardino. *Derecho común y Derecho propio en el Nuevo Mundo*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1989. p. 89-145.
- CERVANTES, Miguel de. Rinconete y Cortadillo. In: CERVANTES, Miguel de. *Novelas ejemplares*. [S. l.]: Thomas Nelson, [201?]. p. 109-160.
- COMBACAU, Jean. La coutume. Ouverte: de la régularité à la règle. *Droits: Revue française de théorie juridique*, Paris, n. 3, p. 03-10, 1986.
- CORDERO DE AVENDAÑO DE DURAN, Carmen. El derecho consuetudinario indígena. In: JORNADAS LASCACIANAS. COSMOVISIÓN Y PRÁCTICAS JURÍDICAS DE LOS PUEBLOS INDIOS, 4., 1994, México. *Actas [...]*. Org. José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes. México: UNAM, 1994. p. 33-43.
- COSTA, Joaquín. *La vida del Derecho: Ensayo sobre el derecho consuetudinario*. Buenos Aires: Heliasta, 1976 [1876]. (Coleção *Los Grandes Maestros del Derecho*, v. 3).
- CUCCHI, Silvina; MORIN, Alejandro. El tratamiento de la costumbre en la Primera Partida de Alfonso el Sabio. *Anales de Historia Antigua, Medieval y Moderna*, Buenos Aires, v. 30, p. 107-121, 1997. [Disponível em: < <http://repositorio.filo.uba.ar/handle/filodigital/16734> >. Acesso em: 11 dez. 2023].
- CUTTER, Charles R. *The Legal Culture of Northern New Spain, 1700-1810*. Albuquerque: University of New Mexico Press, 1995.
- DIEZ-PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. 3ª ed. Barcelona: Ariel, 1993.
- FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: [s. n.], 1989.
- GACTO, Enrique. La costumbre en el Derecho de la Inquisición. In: IGLESIA FERREIRÓS, Aquilino (ed.). *El dret comú i Catalunya*. Barcelona: Fundació Noguera, 1995. p. 215-262.
- GAUDEMET, Jean. La coutume en droit canonique. In : LA COUTUME. Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions. T. LII. Bruxelles : De Boeck-Wesmael, 1989-1990. p. 41-61.
- GELLA ITURRIAGA, José. *Refranero jurídico español*. Madrid: Trivium, 1987.
- GIBERT SÁNCHEZ DE LA VEGA, Rafael. Costumbre a partir de las Partidas. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, n. 9, Madrid, p. 35-68, 1985.
- GONZÁLEZ ALONSO, Benjamín. De Briviesca a Olmedo (algunas reflexiones sobre el ejercicio de la potestad legislativa en la Castilla bajomedieval). In: IGLESIA FERREIRÓS, Aquilino (ed.). *El dret comú i Catalunya*.

- Barcelona: Fundación Noguera, 1995. p. 43-74.
- GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto. El derecho consuetudinario indígena en México. In: JORNADAS LASCACIANAS. COSMOVISIÓN Y PRÁCTICAS JURÍDICAS DE LOS PUEBLOS INDIOS, 4., 1994, México. *Actas [...]*. Org. José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes. México: UNAM, 1994. p. 73-94.
- GROSSI, Paolo. *El orden jurídico medieval*. Madrid: Marcial Pons, 1996.
- GURIÉVICH, Arón. *Las categorías de la cultura medieval*. Madrid: Taurus Ediciones, 1990.
- HAGGENMACHER, Peter. Coutume. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, t. 35, p. 27-41, 1990.
- IGLESIA FERREIROS, Aquilino. (ed.). *El dret comú i Catalunya*. Barcelona: Fundación Noguera, 1995.
- KONETZKE, Richard. *Colección de documentos para la historia de la formación social de Hispanoamérica, 1493-1810*. v. 3. Madrid: C.S.I.C., [1975] 1953-1962.
- MARAVALL, José Antonio. *La cultura del Barroco*. Barcelona: Planeta Pub Corp, 1980.
- MARGADANT, Guillermo Floris. El agua a la luz del Derecho novohispano. Triunfo de realismo y flexibilidad. *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, Ciudad de México, v. 1, p. 113-146, 1989. [Disponível em: < <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-mexicano-historia-der/article/view/29399/26522> >. Acesso em: 11 dez. 2023].
- MARGADANT, Guillermo Floris. La consuetudo contra legem en el Derecho indiano a la luz del Ius commune. (Análisis del pensamiento de Francisco Carrasco y Saz, jurista indiano sobre este tema), *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, Ciudad de México, v. 2, p. 169-188, 1990. [Disponível em: < <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-mexicano-historia-der/article/view/29431/26554> >. Acesso em: 11 dez. 2023].
- MARILUZ URQUIJO, José María. La comunidad de montes y pastos en el Derecho indiano. In: MARILUZ URQUIJO, José María. *El régimen de la tierra en el Derecho indiano*. 2ª ed. Buenos Aires: Perrot, 1978. p. 97-137.
- PACHECO, Francisco L. Ley, costumbre y uso en la experiencia jurídica peninsular bajomedieval y moderna. In: IGLESIA FERREIRÓS, Aquilino (ed.). *El dret comú i Catalunya*. Barcelona: Fundación Noguera, 1995. p. 75-146.
- PUGLIESE LA VALLE, María Rosa, Las fuentes del Derecho a través de los expedientes judiciales en el virreinato del Río de la Plata. In: CONGRE-

- SO DEL INSTITUTO INTERNACIONAL DE HISTORIA DEL DERECHO INDIANO, 11., 1995, Buenos Aires. *Actas y Estudios* [...]. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1997, v. 1, p. 135-182.
- STORNI, Carlos Mario. Notas acerca de la costumbre en el derecho agrario. *Revista de Historia del Derecho*, n. 14, p. 499-526, 1986.
- STORNI, Carlos Mario. Una relación conflictiva: chacareros-estancieros. In: STORNI, Carlos Mario. *Investigaciones sobre Historia del Derecho rural argentino: españoles, criollos, indios y gauderios en la llanura pampeana*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1997. p. 401-422.
- TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. Consideraciones sobre la aplicación de la Recopilación de 1680. *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, n. 8, p. 213-216, 1980.
- 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. El auto de buen gobierno de 1806 del Gobernador Intendente don Rafael de la Luz. In: TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. *La ley en América hispana: del Descubrimiento a la Emancipación*. Buenos Aires: Academia Nacional de la Historia, 1992. p. 407-430.
- TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. Elementos consuetudinarios en la *Política india* de Solórzano. In: TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. *El poder de la costumbre: Estudios sobre el Derecho Consuetudinario en América hispana hasta la Emancipación*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2001. p. 307-340.
- TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. La costumbre como fuente del derecho indiano en los siglos XVI y XVII. Estudio a través de los cabildos del Río de la Plata, Cuyo y Tucumán. In: TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. *El poder de la costumbre: Estudios sobre el Derecho Consuetudinario en América hispana hasta la Emancipación*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2001. p. 157-233.
- TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. La costumbre en el siglo XVIII. Doctrina jurídica y praxis rioplatense a través de los cabildos. In: TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. *El poder de la costumbre: Estudios sobre el Derecho Consuetudinario em América hispana hasta la Emancipación*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2001. p. 235-305.
- TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. La costumbre entre la dogmática jurídica y la

- historia. In: TAU ANZOÁTEGUI, V́ctor. *El poder de la costumbre: Estudios sobre el Derecho Consuetudinario en Aḿrica hispana hasta la Emancipación*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2001. p. 17-39.
- TAU ANZOÁTEGUI, V́ctor. La costumbre juŕdica en la Aḿrica española (siglos XVI-XVIII). In: TAU ANZOÁTEGUI, V́ctor. *El poder de la costumbre: Estudios sobre el Derecho Consuetudinario en Aḿrica hispana hasta la Emancipación* Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2001. p. 83-156.
- TAU ANZOÁTEGUI, V́ctor. La Recopilación de 1680: dificultades para su aplicación. In: TAU ANZOÁTEGUI, V́ctor. *La ley en Aḿrica hispana: del Descubrimiento a la Emancipación*. Buenos Aires: Academia Nacional de la Historia, 1992b. p. 235-248.
- TAU ANZOÁTEGUI, V́ctor. La variedad indiana, una clave de la concepción juŕdica de Juan de Solórzano. In: CONGRESO DE ACADEMIAS IBEROAMERICANAS DE LA HISTORIA, 2., 1992. Madrid: Real Academia de la Historia, 1993. p. 475-488.
- TAU ANZOÁTEGUI, V́ctor. *Nuevos horizontes en el estudio hist́rico del Derecho indiano*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1997.
- TAU ANZOÁTEGUI, V́ctor. Ordenes normativos y pŕcticas socio-juŕdicas: la justicia. In: ACADEMIA NACIONAL DE LA HISTORIA. t. 2. *Nueva Historia de la Naci3n Argentina*. Buenos Aires: [s. n.], 1999. p. 283-316.
- THOMPSON, E. P. *Costumbres en común*. Barcelona: Cŕtica, 1995. p. 122-127.
- TRAZEGNIES, Fernando de. *Ciríaco de Urtecho: Litigante por amor. Reflexiones sobre la polivalencia táctica del razonamiento juŕdico*. 3ª ed. Lima: [s. n.], 1995.
- VALLEJO, Jeśs. *Ruda equidad, ley consumada: Concepci3n de la potestad normativa (1250-1350)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- VILLARROEL, Gaspar de. *Gobierno eclesiástico pacífico: concordia y uni3n de los dos cuchillos, Pontificio y Regio...* Madrid: [s. n.], [1656?].