

A Real Audiência da Prata e os fundamentos da justiça na América no século XVII¹

Mariângela Célia Ramos Violante

Aluna de História da Escola de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da UNIFESP

mari-crv@hotmail.com

RESUMO: O objetivo deste artigo está relacionado à análise dos procedimentos da Audiência da Prata a partir dos resultados obtidos com a pesquisa dos *Acuerdos de la Real Audiencia de la Plata de los Charcas*. Partimos da perspectiva de observação das especificidades jurídico administrativas locais da América no século XVII com a pretensão de discutir que o desenvolvimento de suas praxes esteve intimamente vinculado às noções mais amplas constituintes da esfera jurídica hispânica, em relação às quais destacamos a relação entre costume e lei como expressões da justiça. Esses aspectos, favorecidos pelo direito de Castela, condicionaram a relativa autonomia dos tribunais e sedes administrativas americanas, bem como a responsabilidade da atuação e da sentença de seus juízes.

PALAVRAS-CHAVE: América hispânica, justiça e administração local, casuísmo.

ABSTRACT: The aim of this article is concerned to the analysis of the La Plata Audience procedures obtained from the research of the *Acuerdos de la Real Audiencia de la Plata de los Charcas*. Based on the analytical perspective of the juridical and administrative local specificities in America in the seventeenth century with the intention of discussing that the development that the development of their praxes was closely related to broader notions of the Hispanic legal sphere, with respect to which was emphasized the relationship between custom and law as justice expressions. These aspects, favored by the Crown of Castile, conditioned the relative autonomy of the Americans courts and administrative seats, as well as the responsibility of acting and the sentence of their judges.

KEY-WORDS: Hispanic America, justice and local administration, casuistry.

Introdução

O estudo realizado a partir dos *Acuerdos de la Real Audiencia de la Plata de los Charcas*² e a experiência que se obteve com a verificação de alguns de seus procedimentos internos na aplicação da justiça, aliado ao debate acerca da influência de uma esfera jurídica abrangente e preceptiva, característica do século XVII contemplado por nossa pesquisa, auxiliam-nos a

¹ O presente artigo se relaciona ao Projeto de Renovação da Bolsa de Iniciação Científica, *Tomo V (1636-1660) dos Acuerdos de la Real Audiencia de la Plata de los Charcas*, concedido pela FAPESP e concluído em novembro de 2011. Essa pesquisa se vinculou ao projeto do meu orientador, Prof. Dr. Rafael Ruiz, *JP Direitos e Justiça nas Américas*, que caracteriza um grupo de bolsistas.

² *Acuerdos de la Real Audiencia de la Plata de los Charcas*. Sucre: Corte Suprema de Justicia de Bolivia; Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia; Embajada de España en Bolivia; Agencia Española de Cooperación Internacional, 2007. CD-ROM. Nossa fonte constitui um material digitalizado da coleção dos dez Tomos dos referidos *Acuerdos*, que compreendem os anos de 1561 a 1800, cujo CD-ROM foi disponibilizado pela Embaixada da Espanha na Bolívia em janeiro de 2011. Investigaram-se os anos de 1647 a 1658 como recorte, visando coincidir com os anos da pesquisa anterior para a qual se utilizaram como fonte as *Actas Capitulares de Corrientes*. Tomo II, años: 1647 a 1658. Buenos Aires: Guillermo Kraft LTDA, 1942.



compreender a responsabilidade sobre o processo de elaboração da sentença jurídica que recaía sobre seus artífices, os juízes ou governantes. Desse modo, nosso objetivo no presente artigo, é analisar em que medida esses procedimentos atribuíam um determinado peso decisório que a Audiência deveria avaliar antes de produzir uma sentença e, ainda, como esse mesmo peso poderia estar sujeito a diferentes ponderações fundamentando sentenças diversas de acordo com o juízo referente à disposição das circunstâncias, à qualidade dos envolvidos, dentre outros fatores, nos casos que se apresentavam.

Devemos ressaltar, antes de tudo, que o direcionamento da pesquisa realizada, conseqüentemente, da matéria aqui exposta, baseou-se na observação da prática da administração da justiça local americana. Não temos, pois, a pretensão de que nossas conclusões estabeleçam um quadro geral por meio do qual as diferentes instâncias coloniais da América hispânica devam ser entendidas. Ao contrário, trata-se de uma perspectiva de investigação baseada nas especificidades jurídico administrativas locais, com a finalidade de pôr em evidência que um estudo assim orientado deve conter reflexões sobre a vinculação e a influência variada com que os princípios que vigoraram na sociedade e pensamento hispânicos, ao longo dos séculos XVI até pelo menos a primeira metade do século XVIII, assumiram nos cenários locais.

No que diz respeito, ainda, às particularidades do estudo dos referidos Acordos, é interessante pontuar alguns percalços para o seu exame que, a priori, parecem inviabilizar a realização de uma pesquisa aprofundada, contudo, revelam mecanismos internos da Audiência que, além de essenciais para o seu funcionamento, representam o vínculo a que aludimos sobre a esfera jurídica hispânica. Esses obstáculos decorrem da estruturação e do estabelecimento dos Acordos, precisamente relacionados à descrição dos posicionamentos finais dos licenciados³ da Audiência da Prata, isto é, seus votos a respeito dos casos apresentados. Tais casos foram em grande parte transcritos de modo breve e superficial, impossibilitando o conhecimento do conteúdo das demandas, requerimentos, licenças, dentre outros assuntos, bem como das petições envolvidas, em relação às quais se notificava apenas o recebimento, a leitura e, geralmente, o nome dos litigantes. Sendo assim, interessa-nos discorrer sobre as causas desses aspectos.

³ Modo pelo qual se designavam os juízes da Audiência da Prata nos Acordos. *Licenciado*: “[...] se toma por el que ha sido graduado en alguna facultad, dandole licencia y permiso para poder enseñarla.” *Diccionario Academia Autoridades (G-M)*. Real Academia Española, 1734. Captado em:

<<http://buscon.rae.es/ntlle/SrvltGUIMenuNtlle?cmd=Lema&sec=1.15.0.0.0.0>> Acesso em: 15/06/2012.



Os procedimentos da Real Audiência da Prata

Em consideração aos objetivos iniciais dessa pesquisa, foi fundamental investigar os processos de acomodação das determinações reais e de sua aplicação no âmbito colonial americano, buscando verificar o desenvolvimento de praxes nas instâncias locais, como também, a dinâmica variada da criação e do uso de costumes. Nesse sentido, é interessante destacar que a fundação da Real Audiência da Prata em 1559 na cidade de La Plata, Província de Charcas, – atual Bolívia – esteve relacionada ao interesse da Coroa espanhola e do Conselho das Índias em lograr a administração da justiça real nos novos domínios, de modo que, as Audiências constituíram altos tribunais⁴, cujo destaque nas Índias também serviu de motivação para a referida investigação.

A respeito da especificidade dos procedimentos da Audiência da Prata, como dissemos, é necessário compreender, em primeiro lugar, o modo pelo qual eram estabelecidos seus Acordos, cujas etapas são relevantes para ilustrar a rotina processual, capacitando-nos, ainda, a investigar a complexidade ligada às ponderações de seus ouvidores.⁵

Conforme os casos se apresentavam, estabelecia-se uma votação com a consulta das apreciações de cada um dos ouvidores presentes no intuito de se obter um comum acordo, ou seja, a unanimidade de votos sobre a sentença. Entretanto, essa deliberação, como se verificou, poderia resultar um longo processo instaurado pelas discórdias, para o desenvolvimento das quais bastava apenas uma proposta dissonante. Posteriormente, sua resolução poderia se confirmar pelo acordo entre os pareceres dos ouvidores ou pela solicitação do exame geralmente atribuído ao ouvidor mais antigo com capacidade para tal na ausência do presidente da Audiência. Outras vezes caberia ao fiscal⁶ de sua Majestade, membro da Audiência, a verificação do caso e a oportuna solicitação às partes envolvidas, como a consulta do Vice-rei ou do Conselho das Índias quando necessário, o que se estipulava por determinação de Reais Cédulas, por exemplo. Além disso, caso a demanda exigisse, a Audiência poderia solicitar o despacho de juiz encarregado de averiguação do caso no local de sua ocorrência, como da eventual requisição de provas às partes.

⁴ MARTIRÉ, Eduardo. *Las Audiencias y la Administración de Justicia en las Indias, del index perfectus al index solutus*. 2ª ed. Buenos Aires: Librería Histórica, 2009, p. 122-126.

⁵ Tratavam-se nos *Acuerdos*, de modo geral, dos juízes da Audiência da Prata. *Oidor*: “[...] cualquiera de los Ministros Togados, destinados, en los Conséjos, Chancillerias y Audiencias, para oír en justicia à las partes, y decidir, segun lo que unas y otras alegan.” *Diccionario Academia Autoridades (O-R)*. Real Academia Española, 1737.

⁶ *Fiscal*: “El ministro diputado para defender el derecho del Rey, en los pleitos civiles en que tiene algun interés, y en lo Criminál para poner la acusación de los reos que comenten qualesquiera delitos.” *Diccionario Academia Autoridades (D-F)*. Real Academia Española, 1732.



O cumprimento criterioso dessas etapas demonstra que a obtenção da justiça se dava após um intenso debate até que se chegasse ao devido consenso, caso contrário, postergavam-se as discórdias. Portanto, as sentenças resultavam de uma deliberação cuja lógica de procedimentos estava bem definida, de modo que, devemos advertir reservas sobre possíveis interpretações acerca de uma conveniência decisória com base nos interesses pessoais que poderiam se manifestar, a exemplo de abstenções dos ouvidores na votação em razão do parentesco ou proximidade de caráter variado com os litigantes, dentre outros fatores. Nesse caso, observou-se a possibilidade de abstenção concedida temporariamente pela Audiência a um de seus integrantes na votação a respeito de um caso envolvendo um padre que teria celebrado o batizado de seu filho, tendo o ouvidor justificado a notoriedade de seu impedimento em razão de sua consciência, abdicando de ser juiz nessa causa.⁷

Para melhor elucidar os Acordos, ainda, há um exemplo contido no Acordo de 1654⁸ sobre o recebimento de uma demanda da Vila de Oruro que se manifestava contra a utilização do ofício de tenente⁹ geral, pois, conforme se descreveu, o encarregado era vizinho da região. O parecer da Audiência, sem outros detalhes, confirmou a reivindicação da Vila. Entretanto, seguiu um comunicado com o intuito de regular a aprovação de tenentes de governador¹⁰ e corregedores¹¹ do distrito da Audiência da Prata, devido às nomeações que foram trazidas. Desse modo, os ouvidores da Audiência propuseram que para a aprovação de quaisquer tenentes fosse recebida informação do ouvidor mais antigo no sentido de que não correspondessem àqueles previstos nas proibições das Reais Cédulas, assim como, teriam de constatar que nos locais para onde os cargos fossem destinados ser costume haver tenentes. Por fim, acordaram que as nomeações deveriam ser notificadas ao fiscal que, reconhecendo a boa fé e a ausência de inconvenientes, designasse os ofícios emitindo despacho conforme o estilo da Audiência, isto é, sua prática. Porém, havendo contradição, deveria ser encarregado um dos ouvidores que, com recato e sigilo, averiguasse o caso tomando a resolução mais apropriada. Tais resoluções propostas deveriam, ainda, ser guardadas para o futuro.

⁷ *Acuerdos de la Real Audiencia de la Plata de los Charcas*, Acordos 17 e 18, respectivamente, sábado e segunda-feira, dias 2 e 4 de março de 1647.

⁸ *Acuerdos de la Real Audiencia de la Plata de los Charcas*, Acordo 42 de quinta-feira, 16 de julho de 1654.

⁹ *Teniente*: “[...] el que ocupa, y exerce el cargo, ò ministerio de otro, y es como substituto suyo.” *Diccionario Academia Autoridades (S-Z)*. Real Academia Española, 1739.

¹⁰ Nas Atas do Cabildo de Corrientes representava um cargo de chefia da jurisdição do Cabildo que se designava, geralmente, lugar tenente de governador. *Lugar teniente*: “Hombre que tiene autoridad para hacer las veces de otro en un cargo o empleo.” *Diccionario de la lengua española*.

¹¹ *Corregidor*: “El que rige y gobierna alguna Ciudad ò Villa de la Jursidicción Real, representando en su Ayuntamiento y territorio al Rey.” *Diccionario Academia Autoridades (C)*. Real Academia Española, 1729.



Nesse Acordo, apesar da informação de que algumas nomeações tinham sido trazidas à Audiência, é impossível saber de onde se tratavam ou quem eram os encarregados desses ofícios em função da dificuldade que abordamos. Contudo, podemos nos valer de boa parte do que está descrito para compreender como se orientava o arbítrio na Audiência da Prata. Desse modo, destacamos a possibilidade de que a Audiência tenha considerado ser costume na Vila de Oruro nomear tenentes que não fossem vizinhos, deferindo a reivindicação. Ainda que não tenhamos o conhecimento dos interesses motivadores de tal requerimento por parte da Vila, tampouco acesso às ponderações dos ouvidores, pode ser que de fato se tratasse de um costume. Dizemos isso em relação à nossa pesquisa anterior sobre o Cabildo de Corrientes, cujos casos mais significativos caracterizaram a contrariedade em aceitar tenentes forasteiros, diferente da Vila de Oruro, situação que merece ser brevemente discorrida.

Em maio 1648, o Cabildo de Corrientes recebeu uma provisão da Real Audiência da Prata que continha uma Real Cédula datada de 1627 descrevendo que se teria atestado por experiência os danos e inconvenientes que resultariam às cidades que tivessem um forasteiro como lugar tenente, uma vez que eles contribuiriam mais para o prejuízo em função de seu próprio sustento do que para o enriquecimento das cidades, acordando-se, mediante a referida provisão, adotar as medidas necessárias para que o atual governador do Rio da Prata e os futuros pudessem nomear tenentes vizinhos de suas respectivas cidades. Todavia, em julho, compareceu ao Cabildo de Corrientes um encarregado, vizinho da cidade de Santa Fé, com a nomeação para o ofício de lugar tenente concedida pelo governador e capitão geral das províncias do Rio da Prata. O Cabildo negou o recebimento do nomeado em cumprimento da Real Cédula acima e solicitou ao governador uma nova nomeação e à Audiência da Prata a resolução do caso, além disso, escreveu à sua Majestade relatando os danos que seriam causados com o recebimento desse oficial. No final do ano, porém, o Cabildo recebeu uma intimação do governador que ordenava o recebimento do lugar tenente em questão sob a alegação de que a proibição contida na Real Cédula era válida apenas para Santa Fé. Outras declarações do governador recebidas pelo Cabildo são significativas como a de que a Real Cédula de 1627 não havia sido praticada em nenhuma cidade da Província e que Corrientes já teria admitido forasteiros como lugar tenentes, como também a de que a Audiência da Prata teria permitido a nomeação de tenentes forasteiros em 1645 e, por fim, um auto do governador confirmou a conveniência do costume de eleger tanto vizinhos quanto forasteiros nas cidades¹².

¹² *Actas Capitulares de Corrientes*, Atas do Cabildo de Corrientes de 1648.



O lugar tenente forasteiro nomeado para Corrientes permaneceu no ofício até que um reverendo em 1649 compareceu ao Cabildo e intimou uma Real Cédula de 1619, a qual notificava que o ofício de lugar tenente não deveria ser recebido sem antes ter sido examinado e comprovado pela Real Audiência da Prata. Cabe destacar que essa reivindicação do reverendo acompanhou denúncias em relação ao prejuízo causado pelo uso que o tenente fazia de seu ofício. O Cabildo por sua vez, acatou a Real Cédula apresentada e suspendeu o ofício do tenente, informando o governador e sua Majestade. Contudo, no mesmo ano chegou a resposta acerca do protesto do tenente com a manifestação do governador de que a Audiência da Prata não aprovou a suspensão do tenente empreendida pelo Cabildo, que agiu de forma maliciosa e sem justificativa, valendo-se de um frei que não teria licença particular para tratar dos assuntos da República. O governador, portanto, restituiu o lugar tenente no cargo¹³ do qual apenas foi deposto em função da continuidade das demandas em 1650 e da chegada de um ouvidor e visitador¹⁴ geral da Audiência da Prata à Corrientes que confirmou a atuação do Cabildo no intuito de cumprir o que sua Majestade ordenava, conferindo-lhe a responsabilidade de nomear um tenente de acordo com as Reais Cédulas e depois notificar o governador¹⁵. Entretanto, os anos subsequentes evidenciaram tanto a continuidade da prática de nomear tenentes forasteiros segundo os méritos dos serviços prestados pelos encarregados, quanto à tendência do Cabildo de iniciar novas demandas contra esses oficiais a partir de reivindicações específicas¹⁶.

O importante é destacar com o nosso exemplo do Acordo de 1654 a necessidade de verificar quais eram os costumes das localidades em direção às quais se encaminhavam as decisões da Audiência, como também, a responsabilidade do ouvidor mais antigo em conhecer o conteúdo das Reais Cédulas para avaliar se as condições dos casos estavam em conformidade com as ordenações de sua Majestade. Além disso, responsabilizar o fiscal pelo reconhecimento da boa fé e da ausência de inconvenientes acerca do nomeado é um elemento muito expressivo, pois confere uma ampla margem de aspectos a serem considerados em relação ao indivíduo encarregado, os quais poderiam ser de caráter profissional e/ou moral. Caberia também ao fiscal realizar o despacho segundo o estilo da Audiência, o que nos leva a crer que o procedimento da Audiência também representava um costume, aumentando sua complexidade deliberativa.

¹³ *Actas Capitulares de Corrientes*, Atas de 1649.

¹⁴ *Visitador*: “Se llama tambien el Juez, ò Ministro, que tiene à su cargo el hacer la visita, ù reconocimiento en qualquier línea.” *Diccionario Academia Autoridades (S-Z)*. Real Academia Española, 1739.

¹⁵ *Actas Capitulares de Corrientes*, Atas de 1650.

¹⁶ *Actas Capitulares de Corrientes*, Atas referentes aos anos de 1653 a 1656.



Em segundo lugar, por conseguinte, interessa-nos pontuar essa questão a respeito do estilo presente no mesmo Acordo, isto é, das práticas internas da Audiência que foram consagradas pela experiência adquirida com a resolução de determinados casos recorrentes, transformando-se em costume. Tal verificação foi possibilitada pela pesquisa a partir da observação de exemplos como esse em que a Audiência da Prata acordou em emitir despachos conforme seu estilo. Além disso, destacou-se o fato de uma licença não ter se efetivado devido à constatação de um dos ouvidores de que ela estava em contrariedade com o conteúdo das Reais Cédulas e em razão de sua pretensão ser de estilo novo¹⁷. Já em um Acordo de 1647, observa-se uma resolução que propôs seguir o estilo da Audiência de Lima e Panamá¹⁸.

A partir desse procedimento referente ao estilo, temos a oportunidade de inferir sobre uma das maneiras pelas quais poderiam se fundamentar os recorrentes desacordos administrativos entre as instâncias locais em decorrência de suas respectivas naturezas de atuação, como fica evidente acerca das demandas envolvendo o Cabildo de Corrientes. Também é significativo o fato acerca da inviabilidade de se ponderar uma pretensão cujo protocolo era novo, sugerindo que a deliberação dos membros da Audiência, em geral, devesse seguir um conjunto de preceitos validados pelo seu costume, podendo sentenciar, contudo, conforme o estilo de outra Audiência.

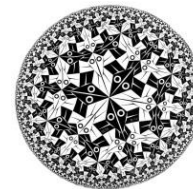
Em terceiro lugar, destacamos a questão a respeito do sigilo de que também disserta o Acordo de 1654, evidenciando, desde já, que o referido desafio de interpretação no desenvolvimento da pesquisa dos Acordos caracterizava a implicância desse outro procedimento da Audiência de enorme importância para nossa investigação.

Dessa forma, o desconhecimento acerca das razões que levavam os ouvidores a sentenciar as demandas, estava relacionado à noção de que uma sentença justa, que se pronunciava em nome do rei, deveria surgir através do recôndito da Audiência e de que a anotação dos votos em um livro sem expressar seus fundamentos bastaria para identificar os ouvidores com o sentido de seu voto¹⁹. Em relação a esse aspecto, ainda, deve-se destacar que uma das principais características do estilo judicial dos reinos da Coroa de Castela, cujo império orientou a colonização da América hispânica, constituía a prática de não motivar as sentenças, mecanismo que se manteve por meio de dispositivos da Monarquia que favoreceram o sigilo

¹⁷ *Acuerdos de la Real Audiencia de la Plata de los Charcas*, Acordo de 1651 que se seguiu após o de número 83 com data de 20 de dezembro, quarta-feira.

¹⁸ *Acuerdos de la Real Audiencia de la Plata de los Charcas*, Acordo 14 de quinta-feira, 21 de fevereiro de 1647.

¹⁹ MARTIRÉ, Eduardo. *Las Audiencias y la Administración de Justicia en las Indias, del index perfectus al index solutus*, p. 234.



judicial com expressa proibição em argumentar seu sentido, o que resultou a não obrigatoriedade do juiz em manifestar as causas de sua decisão²⁰.

A doutrina que se construiu pelos juristas a partir dessa base e a defesa em não fundamentar as sentenças partiram de uma razão central acerca da qual se tratava de resguardar o juiz diante da possibilidade de falhas presentes em sua sentença, ao passo que era impossível certificar os motivos de sua fundamentação. Dessa maneira, a prática da manutenção do sigilo era tal que concentrava a garantia da sentença na pessoa do juiz e não na sua decisão, em consequência disso caberia a ele, por meio de sua conduta, alicerçar a estrutura jurídica, afastando-a de suas próprias contradições, incertezas e carências, que caracterizavam o Direito “jurisprudencial” do Antigo Regime. Portanto, o “modelo jurisdiccional castellano” não se objetivava na sentença, mas, na imagem e atuação de seus artífices, os quais representavam a justiça real, principalmente, na ausência da lei. Além desses fatores que pesavam sobre a conduta dos oficiais promotores da justiça, havia a preocupação em evitar que eles fossem movidos em função de seu próprio benefício²¹. Isso reforça o que dissemos a respeito dos interesses pessoais, ou seja, é preciso cautela na hora de avaliá-los, pois, a princípio, tratava-se de um compromisso moral por parte dos juízes em alcançar uma sentença justa que, portanto, estivesse acima de quaisquer ímpetos pessoais.

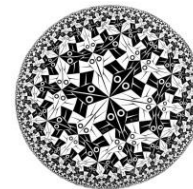
As relações do costume com a lei e com as realidades locais

Em nossa pesquisa buscamos enfatizar a amplitude da dimensão jurídica que percorria desde a ação dos juízes até o cotidiano regional americano, contrapondo-nos à restrição do entendimento das praxes administrativas no sentido de evitar interpretações enganosas acerca de seus fundamentos, como já advertimos sobre a influência de interesses pessoais. Dessa forma, nosso estudo exigiu uma atenção voltada aos costumes e à sua relevância social no desenvolvimento e na manutenção das referidas praxes, por um lado, em relação às especificidades que foram se constituindo com a experiência local americana e, por outro, pela percepção adquirida, conforme bibliografia sobre o assunto²², de que os costumes faziam parte de um entendimento mais amplo a respeito da justiça, cujas raízes medievais e a íntima relação que

²⁰ GARRIGA, Carlos; LORENTE, Marta. El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1489 – España, 1855). *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, n. 1, p. 97-142, 1997, p. 101-103.

²¹ GARRIGA, Carlos; LORENTE, Marta. El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1489 – España, 1855), p. 104-107.

²² Principalmente TAU ANZOÁTEGUI, Victor. *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.



desenvolveram com a lei obtiveram um relativo vigor no pensamento jurídico hispânico moderno. É fundamental, portanto, discorrer sobre esses aspectos.

A princípio, pode parecer evidente para um estudioso recém introduzido às fontes de caráter administrativo colonial que o desenvolvimento dos costumes orientando, de modo geral, a sociedade e a sua gestão, tenha encontrado enorme impulso a partir da experiência com a América devido à sua vastidão, peculiaridade, bem como à sua tendência a ocupar os vazios normativos da organização social como um todo²³, fatores que de fato encontram procedência e relevância nessas fontes, mas, que não se explicam apenas como consequência da experiência com a América. Além disso, ao longo dos séculos XVI e XVII, principalmente, verifica-se na literatura de matéria jurídica, por exemplo, a profusão do costume enquanto elemento essencial da ordem jurídica, com destaque para a sua transcendência em relação às fontes formais. Ligava-se ao costume nesse período, ainda, a influência da noção de variedade, também com respaldo nas Índias, cuja estima esteve intimamente relacionada à proeminência dos costumes na sociedade e na positividade de mantê-los²⁴.

Entretanto, é menos evidente atribuir uma conexão dos costumes na composição de uma lógica que estruturava a sociedade e marcava a íntima relação entre o direito da Idade Moderna e o direito comum medieval e pós-medieval da Europa Continental²⁵, considerando-se este último como uma “constelação aberta e flexível de ordens cuja arquitetura só podia ser fixada em face de um caso concreto”²⁶. A relevância em discorrer sobre essa relação se justifica não em salientar uma vinculação pontual do aspecto consuetudinário, mas, em estabelecer um aprofundamento sobre a coerência entre a postura peninsular e os desdobramentos na gestão da América, com base em uma cultura jurisdicional que encontrou enormes efeitos durante o Antigo Regime. A partir dessa cultura, a manifestação do poder político era concebida, essencialmente, como “lectura y declaración de un orden jurídico asumido como ya existente y que debe ser mantenido”. Essa noção jurisdicionalista do poder político se relacionava, ainda, a uma “cosmovisión de base religiosa”, que se expressava na ideia de ordem, com implicações para o

²³ TAU ANZOÁTEGUI, Victor. *El poder de la costumbre, Estudios sobre el Derecho Consuetudinario en América hispana hasta la Emancipación*, p. 52.

²⁴ TAU ANZOÁTEGUI, Victor. *El poder de la costumbre, Estudios sobre el Derecho Consuetudinario en América hispana hasta la Emancipación*, p. 50, 52.

²⁵ GROSSI, Paolo. *Mitología jurídica de la modernidad*. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 17.

²⁶ HESPANHA, António Manuel. Direito comum e direito colonial. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 3, p. 95-116, nov. 2006, p. 105.



entendimento do jurídico e político²⁷. Discussão que não aprofundaremos para não desviar o foco deste artigo.

Nesse sentido, enfatizamos o respeito e a relativa autonomia referente a uma ampla dimensão jurídica concebida em conjunção com a realidade social e seus condicionantes espirituais, culturais e econômicos, cuja variedade de forças influenciava o direito. Este, por sua vez, também não se separava da ordem objetiva expressa na natureza das coisas que deveria ser apreendida. Portanto, sua função era regular a vida cotidiana ao passo que se abria ao desenvolvimento dos costumes e à interpretação necessária de uma comunidade de juristas que construíam o direito com base na validade formal do repertório de textos autorizados “(romanos y canonicos)” e na observância concreta da realidade²⁸. Por isso as condições segundo as quais o direito se aplicava não poderiam ser iguais em decorrência da variedade com que eram compostas as áreas centrais e periféricas de um reino em termos de sociedade, hierarquia política e economia²⁹.

As consequências dessa dimensão jurídica no entendimento da lei também a estruturavam em termos de leitura da realidade, porém, apenas no que diz respeito ao seu conteúdo objetivo preexistente, não se tratando, portanto, de criar leis. Aquilo que era justo deveria se configurar como lei e não o contrário, de modo que, o seu conteúdo se relacionava a “un modelo que ni el Príncipe ni el pueblo ni el estamento de los juristas crean, sino que son llamados simplemente a descubrir en la ontología de lo creado. Aquí, la *lex*, que tiene una dimensión cognoscitiva prevalente sobre la volitiva, no puede ser sólo forma y mandato [...]”³⁰.

Sem a realização dessas ressalvas, que pretendem estabelecer uma breve comparação entre os períodos medieval e moderno sem desrespeitar seus devidos caracteres distintivos, torna-se difícil compreender a importância da justiça e de seus juízes ao longo do Antigo Regime, sobretudo, no sentido de que estes deveriam conservar e garantir os equilíbrios e os papéis estabelecidos na sociedade dentro da referida cultura jurisdicional³¹. Sobre as tais distinções que apontamos, gostaríamos de destacar que em ambos os períodos houve uma intensa participação

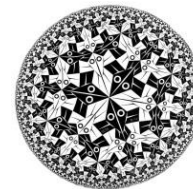
²⁷ GARRIGA, Carlos. Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen. *Istor*, Año IV, n. 16, p. 1-21, 2004, p. 11-12.

²⁸ GROSSI, Paolo. *Mitología jurídica de la modernidad*, p. 26-27.

²⁹ TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. *El poder de la costumbre, Estudios sobre el Derecho Consuetudinario en América hispana hasta la Emancipación*, p. 53.

³⁰ GROSSI, Paolo. *Mitología jurídica de la modernidad*, p. 23, 28.

³¹ LLAMOSAS, Esteban F. Probabilismo, Probabiliorismo y Rigorismo: la teología moral en la enseñanza universitaria y en la praxis judicial de la Córdoba tardocolonial. *Cuadernos del Instituto Antonio Nebrija*, v. 14, n. 2, p. 281-294, 2011, p. 283.



do direito como vimos, todavia, o extremo respeito à dimensão jurídica durante o medievo, relacionava-se à sua enorme instrumentalização que ganhou espaço na modernidade³².

Retornando às implicações que os costumes adquiriam no período moderno, deve-se ressaltar que fazia parte do ofício dos juristas a percepção do constante ajuste às novas situações, de modo que, a manutenção do costume não deveria se sobrepor à flexibilidade de que o direito era passível no sentido de obter da particularidade dos casos a dinâmica de um processo de renovada criação. Por isso, ainda no período moderno havia certa equivalência entre o costume e a lei devido à tendência do costume em se converter em lei e desta última em modificar-se por meio de sua flexibilidade. Ainda assim, mesmo essa consideração não pode se estabelecer como regra e ambos os termos não devem se confundir, principalmente, porque o costume se relaciona a um múltiplo movimento que se estabelecia no dinamismo social das comunidades³³.

A manutenção do costume também se justificava pela sua atribuição enquanto fator de estabilidade e equilíbrio enraizadores diante da fragilidade de uma ordem social instável e das incertezas do cotidiano, bem como da presença variável do complexo de poderes com capacidades normativas e jurisdicionais em função da relativa autonomia de que desfrutavam cidades e províncias em relação aos órgãos centrais³⁴, panorama extremamente válido para a América. Nesse sentido, compreende-se, ainda, que a abrangência da norma e o conseqüente espaço produzido pelas lacunas do texto da lei propiciavam seu preenchimento pelas conjunturas sobre as quais incidiam práticas e costumes que, por sua vez, mesclavam-se com a lei no processo de sua efetivação³⁵.

No período estudado, portanto, a indissociabilidade dos sistemas jurídicos com aspectos culturais de extrema relevância para a sociedade derivava a especificidade da ampla margem de interpretação, elaboração e aplicação legal tocante à atuação dos juízes no sentido de avaliar a concretude dos casos frente à abrangência da lei. A lógica presidida pelo estabelecimento das questões caso a caso se instaurava pela compreensão da desigualdade entre as pessoas que envolviam uma relação, tratava-se da noção de equidade entendida, nesse caso, como uma medida precisa que deveria se estabelecer entre as relações sociais. Por isso caberia a uma autoridade arbitrar a medida justa dessa relação, o que implicava no fato da lei ser distintiva e

³² GROSSI, Paolo. *Mitologia jurídica de la modernidad*, p. 24.

³³ TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. *El poder de la costumbre, Estudios sobre el Derecho Consuetudinario en América hispana hasta la Emancipación*, p. 53, 62.

³⁴ TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. *El poder de la costumbre, Estudios sobre el Derecho Consuetudinario en América hispana hasta la Emancipación*, p. 45-46.

³⁵ TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. *El poder de la costumbre, Estudios sobre el Derecho Consuetudinario en América hispana hasta la Emancipación*, p. 45.



correspondente à qualidade e à disposição dos envolvidos dentro de um “princípio de justiça distributivo”. Portanto, havia uma “pluralidade de equidades”, as quais consistiam na “própria raiz de um sistema jurídico que aspira organizar uma sociedade estratificada, porém móvel, na qual convivem muitos sistemas normativos no esforço de conhecer o que é justo para cada um”³⁶. Nessa arbitragem, recaía sobre os magistrados a responsabilidade sobre o processo de adaptação a partir do qual a norma se tornaria compatível com a realidade das circunstâncias concretas.

Administração da justiça local e ordenamentos reais

Para que possamos discutir, a partir dos resultados de nossa pesquisa, em que medida é possível atribuir uma autonomia em relação às práticas das instâncias coloniais, às especificidades locais e à grande variedade de seus pleitos, aspectos que favoreceram a renovação dos costumes, é preciso advertir de antemão que – apesar de verificarmos oposições de interesses em decorrência da diversidade de agentes envolvidos nas contendas buscando um acordo em benefício de seus encargos e reivindicações – não se trata de sobrepor a ocorrência de interesses particulares imediatos aos regulamentos na suposição de que predominava uma obediência formal característica da inadequação das ordenações reais.

Nesse sentido, um dos fatores acerca da multiplicidade de ordenamentos, associados às particularidades normativas e às diversas jurisprudências dos tribunais, configurava-se devido à presença dos poderes políticos dos círculos sociais regionais do império³⁷, entretanto, sem prescindir dos caracteres gerais prescritos pela esfera jurídica como abordamos acima. Quanto ao equívoco em supor que as ordenações reais eram inadequadas, uma vez que demasiadamente genéricas, deve-se ressaltar a existência de uma noção adquirida pelo monarca, característica do reconhecimento de que a possibilidade de estar mal informado acerca das condições presentes nas Índias resultaria em erro e prejuízo. Desse modo, as normas reais pressupunham a impossibilidade de preencher com suas disposições as especificidades da administração local e a variedade dos casos possíveis. Portanto, caberia ao governante local o recurso da súplica, correspondente ao Direito de Castela, por meio da qual se obteria uma decisão mais precisa a partir do momento em que o rei estivesse melhor informado, pois se tratava de alcançar uma ordem justa para os súditos³⁸. Tomamos aqui por justo aquilo que encontrava aplicação efetiva,

³⁶ LEVI, Giovanni. Reciprocidade Mediterrânea. In: ALMEIDA, Carla Maria Carvalho de; OLIVEIRA, Mônica Ribeiro de (orgs.). *Exercícios de micro-história*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009, p. 58-59, 62-63.

³⁷ MARTIRÉ, Eduardo. *Las Audiencias y la Administración de Justicia en las Indias, del index perfectus al index solutus*, p. 13.

³⁸ MARTIRÉ, Eduardo. *Las Audiencias y la Administración de Justicia en las Indias, del index perfectus al index solutus*, p. 50-51.



caso contrário, não se praticava. Por outro lado, quando se tratava da avaliação acerca dos costumes, a Coroa não costumava solicitar maiores informações, contudo, insistia em guardá-los, tendo em vista sua importância como um instrumento capaz de garantir a harmonia social, sobretudo, nos distantes domínios³⁹. A esse respeito, ainda, podemos observar que, a despeito da predominância do pluralismo jurídico, durante o período moderno o monarca passou a se assegurar de uma postura mais vigilante, no entanto, uma atitude mais invasiva em termos de sua direta participação na criação normativa percorreu um longo caminho até se estabelecer de fato⁴⁰, além disso, até “meados do séc. XVIII, as próprias leis reais podiam ser embargadas - ou seja, não apenas não obedecidas, mas ainda positivamente impugnadas na sua validade [...]”⁴¹.

No que diz respeito aos Acordos da Real Audiência da Prata, a súplica se confirmou enquanto um dever de seus ouvidores que pressupunha o ato de informar o monarca no intuito de obter um regulamento voltado à disposição do caso apresentado, como também, constatou-se no exemplo do Acordo de 1654 a necessidade de verificar a correspondência de determinados casos com o conteúdo ou proibições de Reais Cédulas. Além disso, é fundamental destacar que, no período referente à pesquisa, a lei real prescrevia o estabelecimento da justiça com base na particularidade dos casos, isto é, um casuísmo a partir do qual, sobretudo nas Índias, caberia aos juízes e aos governantes locais tomar a iniciativa acerca de um caso, ao passo que solicitavam a resolução definitiva da norma real⁴², mas, como vimos a respeito dos costumes, por exemplo, muitas vezes a atitude segundo a qual se sentenciava já prescrevia sua devida adequação dentro das expectativas da Coroa. Nesse sentido, abria-se uma autonomia de gestão dos casos em suas particularidades que não contrariava o projeto central da administração real.

Dessa forma, nosso estudo possibilitou o entendimento de que as propostas dos agentes administrativos coloniais, contrárias ou não ao conteúdo das Reais Cédulas emitidas, não configuravam um desacordo, ao contrário, possuíam um caráter de mediação favorável tanto à autoridade do monarca quanto à obtenção de uma resolução adequada.

Conclusão

Sem o recurso de uma perspectiva de análise abrangente, inviabiliza-se a compreensão da lógica a partir da qual se estruturavam a justiça e a autonomia das Audiências e demais tribunais e sedes administrativas americanas. Nesse sentido, foi fundamental investigar as

³⁹ TAU ANZOÁTEGUI, Victor. *El poder de la costumbre, Estudios sobre el Derecho Consuetudinario en América hispana hasta la Emancipación*, p. 56.

⁴⁰ GROSSI, Paolo. *Mitología jurídica de la modernidad*, p. 29-33.

⁴¹ HESPANHA, António Manuel. *Direito comum e direito colonial*, p. 100.

⁴² MARTIRÉ, Eduardo. *Las Audiencias y la Administración de Justicia en las Indias, del index perfectus al index solutus*, p. 43.



influências da esfera jurídica hispânica e da ação variada que seus consequentes mecanismos puderam assumir de acordo com a proporção de sua avaliação por parte de governantes e juízes, bem como da disposição dos casos a que se relacionavam. Contudo, um estudo assim direcionado deve se pautar segundo as especificidades locais e a maneira pela qual seus costumes dinamizavam, intensificavam ou até mesmo passavam por cima de determinados caracteres presentes na norma quando seus preceitos eram considerados injustos diante de um determinado caso.

Foi possível perceber, a partir da complexidade do envolvimento desses fatores, que a prática da justiça, apesar de conter procedimentos bem definidos, seja os da Audiência como àqueles esperados para se lidar com os ordenamentos reais, resultava em sentenças únicas, ao passo que a coerência entre a qualidade dos casos apresentados e a sentença final era dada pelo juiz, no nosso caso pelo conjunto de ouvidores. Suas ponderações judiciais poderiam contar com diferentes pesos decisórios que diziam respeito ao arranjo específico das circunstâncias com que os casos se apresentavam e da relação também específica das instâncias em termos de experiência, costumes, procedimentos, normas reais, dentre outros fatores.

Não é trivial, pois, insistir sobre a interpretação do direito pelo viés de uma ampla conjunção de elementos estruturantes da flexibilidade das práticas sociais que condicionavam o entendimento sobre a aplicação da justiça, isto é, os caracteres que compunham a sociedade hispânica e em relação aos quais se vinculavam muitas das práticas americanas, configurando a maleabilidade das relações sociais que garantiam a manutenção dos costumes locais como um dos fatores que impulsionaram a relativa autonomia decisória de que desfrutavam as Audiências americanas. A partir dessa reflexão, ainda, pudemos inferir brevemente a respeito do aumento da responsabilidade sobre o arbítrio dos juízes em função de sua autonomia na escolha sobre o procedimento a ser adotado, cujo processo deliberativo dependia estritamente de sua reflexão. Discussão essa que, entretanto, permanece como um campo aberto às pesquisas.

Recebido em: 14/05/2012
Aprovado em: 18/06/2012