



Revista de História

ISSN: 0034-8309

revistahistoria@usp.br

Universidade de São Paulo

Brasil

Ruiz, Rafael

FORMAÇÃO DA CONSCIÊNCIA DO JUIZ NO VICE-REINADO DO PERU

Revista de História, núm. 171, julio-diciembre, 2014, pp. 317-350

Universidade de São Paulo

São Paulo, Brasil

Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=285032928012>

- Como citar este artigo
- Número completo
- Mais artigos
- Home da revista no Redalyc

redalyc.org

Sistema de Informação Científica

Rede de Revistas Científicas da América Latina, Caribe, Espanha e Portugal  
Projeto acadêmico sem fins lucrativos desenvolvido no âmbito da iniciativa Acesso Aberto

# FORMAÇÃO DA CONSCIÊNCIA DO JUIZ NO VICE-REINADO DO PERU

Contato  
Av. Monteiro Lobato, 679  
07112-000 - Guarulhos - SP  
E-mail: rafarui@hotmail.com;  
rafael.ruiz@unifesp.br

Rafael Ruiz\*

Universidade Federal de São Paulo

## Resumo

O presente artigo procura analisar, por meio da obra *Flores Summarum seu Alphabetum Morale*, do teólogo jesuíta peruano Juan de Alloza (1597-1666), os argumentos e as proposições utilizadas para formar a consciência dos juízes à hora de prolatarem as suas sentenças, tentando mostrar como a teologia moral exercia uma profunda influência nas questões jurídicas e nas decisões judiciais durante os séculos XVII e XVIII na América espanhola.

## Palavras-chave

Teologia moral – consciência – América espanhola.

\* O autor é doutor pelo Programa de Pós-Graduação em História Social do Departamento de História da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo e professor adjunto de História da América no Departamento de História da Escola de Filosofia, Letras e Ciências.

# THE JUDGE'S CONSCIENCE FORMATION IN THE VICEROYALTY OF PERU

Contato  
Av. Monteiro Lobato, 679  
07112-000 - Guarulhos - SP  
E-mail: rafarui@hotmail.com;  
rafael.ruiz@unifesp.br

Rafael Ruiz

Universidade Federal de São Paulo

## Abstract

This article will analyze, through the work *Flores Summarum seu Alphabetum Morale*, from the Peruvian Jesuit theologian Juan de Alloza (1597-1666), the arguments and propositions used to form the judges' consciences at the time of pronouncing their judgments, attempting to show how moral theology exerted a profound influence on legal issues and court decisions during the seventeenth and eighteenth centuries in Spanish America.

## Keywords

Moral theology – conscience – Spanish America.

## Introdução

A pesquisa parte da premissa de que analisar o papel dos teólogos moralistas e as suas obras doutrinárias é algo necessário para entender a forma de administrar a justiça no mundo ibérico durante os séculos XVII e XVIII, principalmente em tudo aquilo que diz respeito à própria consciência do juiz, âmbito reservado e privado, porém também público e decisivo no momento de sentenciar, pondo fim aos litígios.

O documento utilizado – *Flores Summarum seu Alphabetum Morale*, do teólogo jesuíta peruano Juan de Alloza (1597-1666) – situa-se dentro do gênero conhecido como “sumas de casos de consciência”, muito frequente na época, e permitir-nos-á adentrar no âmbito em que o moral e o jurídico estavam intimamente imbricados, permitindo uma pluralidade de interpretações, opiniões e soluções em torno de cada caso judicial. Procurarei mostrar como o papel dos moralistas tinha uma enorme importância no momento em que o juiz resolvia em consciência o que era justo ou injusto em cada caso concreto, e como a consciência do juiz se configurava como o último e decisivo critério sobre a justiça.

Discutirei primeiro até que ponto a consciência pode ser um objeto de estudo histórico, depois apresentarei a vida e a obra do teólogo peruano Juan de Alloza, para finalmente adentrar na análise da obra sob a perspectiva das questões mais diretamente ligadas às formas de raciocinar e de argumentar moralmente, com consequências jurídicas importantes, tendo em conta as questões relacionadas ao papel da consciência e dos seus diferentes estados (reta, errônea e opinativa), que configuravam o marco básico necessário para o estabelecimento de uma sentença justa.

Este artigo é resultado de uma pesquisa recente financiada pela Fapesp, em que procuro analisar as relações entre a teologia moral e o direito, entre a esfera da moral e do jurídico, na América dos séculos XVII e XVIII. A obra aqui apresentada é uma dentre muitas que estão sendo estudadas e que me parece poder servir como um bom exemplo, por tratar-se de uma obra representativa da teologia moral, publicada em 1666, atingindo, em pouco tempo, nove edições, sendo o seu autor um jesuíta nascido em Lima em 1597.

## A consciência do juiz como objeto historiográfico

Aproximadamente na última década, a historiografia tem realizado trabalhos sobre as relações entre a teologia moral e o direito, como configu-

radora das relações sociais, jurídicas, morais e políticas nas sociedades dos séculos XVI ao XVIII.

Numa obra sobre o moralista jesuítico Diego de Avendaño (1594-1688), Muñoz García<sup>1</sup> afirmava que seria muito difícil entender toda a época colonial se não se prestasse atenção aos debates suscitados em torno do "probabilismo".<sup>2</sup> Na mesma linha, outro autor peruano, Martel Paredes, escrevia que o "probabilismo" permitiu estabelecer as estreitas imbricações do sujeito e do seu livre arbítrio sobre as ações morais, jurídicas e políticas.<sup>3</sup> E ainda da mesma forma manifestava-se o historiador português Barbas Homem ressaltando "a importância da teologia e da filosofia moral na descrição dos regimes dos juízes" até o ponto de tornar-se "incompreensível este estudo sem uma referência pioneira a essa literatura".<sup>4</sup>

A primeira questão que deve ser respondida poderia ser formulada da seguinte forma: em que medida a consciência dos juízes dos séculos XVII e XVIII no Peru pode ser um objeto de estudo historiográfico? Para respondê-la, procurarei mostrar o âmbito contextual em que se desenvolvia a função jurisdicional e, especificamente, o momento final da sentença nos processos, a partir das obras de vários historiadores que trataram mais recentemente sobre o assunto.

Numa obra de 2008, Elena del Río, professora de literatura e história cultural da Idade de Ouro espanhola, refere-se, por um lado, ao elevado número de obras impressas e editadas, no começo da Idade Moderna, catalogadas dentro do gênero de "tratados de consciência" ou "sumas de casos de consciência" e, de maneira geral, classificadas dentro de um conceito mais amplo: "casuística". Eram respostas produzidas pela teologia moral às "inquietações que assaltavam os indivíduos dos séculos XVI e XVII"<sup>5</sup> e, por outro lado, lamenta o pouco interesse que tem despertado essa temática dentro da pesquisa historiográfica, destacando como um dos principais motivos o fato de essas obras "terem sido julgadas como inúteis e supérfluas devido às sutilezas deste gênero literário peculiar e considerar a teoria e a prática como

<sup>1</sup> MUÑOZ GARCÍA, Ángel. *Diego de Avendaño, 1594-1698: filosofía, moralidad, derecho y política en el Perú colonial*. Lima: UNMSM, Fondo editorial, 2005, p. 66.

<sup>2</sup> O "probabilismo" era um dos sistemas morais que foram elaborados pelos teólogos moralistas para resolver as dúvidas de consciência diante de uma decisão ou de um ato concreto.

<sup>3</sup> MARTEL PAREDES, Víctor Hugo. *El lugar del probabilismo en las ideas políticas del Perú*. Solar, nº 3, ano 3, Lima, 2007, p. 33.

<sup>4</sup> HOMEM, António Pedro Barbas. *Judex Perfectus. Função jurisdicional e estatuto judicial em Portugal, 1640-1820*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 710.

<sup>5</sup> DEL RÍO PARRA, Elena. *Cartografías de la conciencia española en la Edad de Oro*. México: Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 13.

incompatíveis, de maneira que o seu estudo como artefato cultural tem sido prejudicado”.<sup>6</sup> Contudo, ressalta que dentro da historiografia inglesa e norte-americana a análise e o estudo dessas questões têm sido sempre uma temática recorrente,<sup>7</sup> bem como em outros âmbitos historiográficos têm despertado interesse principalmente a partir da perspectiva da história do quotidiano, porque “os tratados acerca da consciência compartilham as lacunas e inseguranças características na história das mentalidades, mas permitem completar este panorama do cotidiano”.<sup>8</sup>

Dentro dessa ótica do quotidiano, parece-me que se pode destacar a obra de Ângela Mendes de Almeida<sup>9</sup> que procurava “reconstruir a mentalidade de homens e mulheres no Brasil, em relação à família e à sexualidade”<sup>10</sup> e destacava como nessas obras “o que é mais elucidativo a respeito das mentalidades são os procedimentos de raciocínio, os meandros que conduzem à solução proposta como norma”.<sup>11</sup>

São os procedimentos de raciocínio, especificamente o raciocínio e a argumentação moral e jurídica, feitas a partir da teologia moral, bem como os meandros que conduziam à sentença que procuro analisar neste trabalho e não propriamente as inúmeras derivações que, dentro da história do quotidiano, poderiam ser estudadas a partir dessas obras.

De certa forma, procuro neste trabalho seguir a trilha indicada pela obra *Direitos e justiças no Brasil*, em que as organizadoras referiam-se ao crescente interesse, para a história social, dos aspectos referentes “à definição e aplicação das leis, à composição e funcionamento das instituições judiciais, à atuação de profissionais da justiça (advogados, juízes), à definição de doutrinas” e –especificamente para o que diz respeito a este artigo – explicavam que “o direito, o justo, o legal e o legítimo (...) formam campos conflituosos, constitutivos das próprias relações sociais: campos minados pela

<sup>6</sup> Idem, p. 42.

<sup>7</sup> Idem, p. 15. Concretamente, destaca-se a obra organizada por LEITES, Edmund. *Conscience and casuistry in Early Modern Europe*. Cambridge–Paris: Cambridge University Press–Maison des Sciences de l’Homme, 2002.

<sup>8</sup> Idem, p. 13.

<sup>9</sup> ALMEIDA, Ângela Mendes de. *O gosto do pecado. Casamento e sexualidade nos manuais de confessores dos séculos XVI e XVII*. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

<sup>10</sup> Idem, p. 7.

<sup>11</sup> Idem, p. 10.

luta política, cujos sentidos e significados dependem das ações dos próprios sujeitos históricos que os conformam".<sup>12</sup>

O termo "consciência", mais ainda "consciência de um juiz", tem um sentido polissêmico. Entendo que possa causar estranheza quando se trata de considerá-lo como objeto historiográfico. Contudo, o sentido do termo neste trabalho não é aquele dado por Marie-Dominique Chenu,<sup>13</sup> quando, na introdução da sua obra, explica que

(...) por *consciência* entendemos, aqui, a compreensão total do termo, registrada na própria linguagem, a totalidade dos fenômenos psicológicos e morais, tais como se manifestam não apenas na sucessão, na mobilidade, na complexidade dos nossos atos, mas também em sua fonte viva, para além do visível, do mensurável, do analisável, no nível daquilo que chamamos hoje de inconsciente, o qual fecunda, como um rio subterrâneo, desde a menor de nossas ações até nossos maiores desejos.<sup>14</sup>

Não pretendo falar desse tipo de consciência, embora concorde com Chenu ao destacar Pedro Abelardo (1079-1142) como a grande figura que permitiu a descoberta do sujeito e a moral da intenção, trazendo para a esfera da moral e do jurídico uma nova perspectiva, mais subjetiva e menos legalista: a perspectiva da consciência individual.<sup>15</sup> Opinião também compartilhada pela intuição de Richard Morse,<sup>16</sup> quando destacava, como elemento configurador do mundo ibérico no começo dos tempos modernos, um modo de conhecimento caracterizado por dois elementos estruturais: de um lado, a partir do tomismo, uma racionalidade formal e objetiva e, por outro, a partir do trabalho elaborado pelos teólogos moralistas, um tribunal da consciência, que era sempre pessoal e íntimo, onde as questões morais eram elaboradas, processadas e deliberadas internamente, por meio da virtude da prudência e "de um processo de casuística em sentido técnico",<sup>17</sup> em que se aplicava a regra geral aos casos concretos e particulares nas suas próprias circunstâncias.

<sup>12</sup> LARA, Sílvia H. & MENDONÇA, Joseli Maria N. *Direitos e justiça no Brasil: Ensaios de história social*. Campinas: Unicamp, 2006, p. 11 e 13.

<sup>13</sup> CHENU, Marie-Dominique. *O despertar da consciência na civilização medieval*. São Paulo: Loyola, 2006.

<sup>14</sup> Idem, p. 13.

<sup>15</sup> Veja-se especialmente o capítulo "Abelardo. O primeiro homem moderno".

<sup>16</sup> MORSE, Richard. *O espelho de Próspero – Culturas e ideias nas Américas*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

<sup>17</sup> Idem, p. 45.

Também não pretendo seguir a linha de Giuseppe Marcocci, na sua obra extremamente sugestiva,<sup>18</sup> no sentido de analisar o processo histórico da formação de uma “tomada de consciência”, no seu caso, dentro do Império português, nem no sentido de outra obra do mesmo autor, igualmente interessante, sobre os casos de consciência acontecidos no Império português com relação à prática e recepção dos sacramentos católicos.<sup>19</sup>

Pretendo, sim, estudar a consciência a partir da perspectiva desenhada por Eduardo Martiré<sup>20</sup> e Mariluz Urquijo<sup>21</sup> que, ao tratar sobre a não motivação das sentenças judiciais, determinada pela legislação de Castela, lembravam que, já desde as *Siete partidas*, fazia-se referência a esse momento delicado de reflexão por parte do juiz que precedia as sentenças, que se elaboravam, em última instância, “na consciência do juiz, mundo fechado ao qual ninguém tinha acesso”.<sup>22</sup> Analiso, aqui, o termo “consciência” como um ato da razão prática sobre uma ação ou omissão, ou seja, como um juízo. Para expressá-lo nos termos do *Dicionário de autoridades*, na edição de 1729,

(...) ciência certíssima daquilo que está em nosso ânimo, bom ou mau. Encarregar a consciência a alguém: é torná-lo ciente e mandar-lhe que aja e proceda com conhecimento, com retidão e sem dolo, nem malícia, nem fraude. Em consciência: modo adverbial em que se dá a entender que alguma coisa é feita conforme o ditame da razão e da justiça.<sup>23</sup>

Consciência, portanto, deve ser entendida aqui, para utilizar uma definição de um teólogo moralista do século XVII, Paul Laymann, cuja obra foi editada pela primeira vez em 1626, como “o ato da razão prática sobre as

<sup>18</sup> MARCOCCI, Giuseppe. *A consciência de um Império: Portugal e o seu mundo (séculos XV-XVII)*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2012.

<sup>19</sup> MARCOCCI, Giuseppe. *Pentirsi ai Tropici. Casi di coscienza e sacramenti nelle missioni portoghesi del '500*. Bolonha: EDB, 2013.

<sup>20</sup> MARTIRÉ, Eduardo. *Las audiencias y la administración de justicia en las Indias. Del iudex perfectus al iudex solutum*. Buenos Aires: Librería Histórica, 2009.

<sup>21</sup> MARILUZ URQUIJO, José M. La acción de sentenciar a través de los apuntes de Benito de la Mata Linares. *Revista de Historia del Derecho*, n. 4. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1976.

<sup>22</sup> Idem, p. 141.

<sup>23</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de autoridades*, 1729. Disponível em: <http://ntlle.rae.es/ntlle/SrvltGUISalirNtlle>. Acesso em: 12/01/2014. No original: *Ciencia certísima de aquello que está en nuestro ánimo, bueno o malo. Encargar la conciencia a uno. Es apercibible y mandarle que obre y proceda con conocimiento, con rectitud y sin dolo, ni malicia, ni fraude. En conciencia. Modo adverbial en que se da a entender que alguna cosa se hace según el dictamen de la razón y justicia.*

ações particulares, deduzido por raciocínio dos princípios universais, e que nos faz entender o que é honesto e o que é desonesto".<sup>24</sup>

Para Paolo Prodi, Laymann seria "o primeiro a colocar o tratado sobre a consciência como base da teologia moral e, portanto, a separar sistematicamente o foro interno, atribuído apenas ao novo direito da consciência, da esfera jurídico-positiva".<sup>25</sup> Qualquer juiz deveria julgar em consciência e, ao fazê-lo, e somente se assim o fizesse, entender-se-ia que estava cumprindo bem a sua função, julgando honestamente.<sup>26</sup>

## Algumas explicações prévias necessárias

Gostaria de adentrar nesse mundo reservado da consciência do juiz – contando, é claro, com o que há de limitado nessa questão –, porque, como veremos, para os teólogos moralistas "o dictame da nossa consciência é verdadeiro, mesmo que o homem possa errar com erro vencível".<sup>27</sup> Desta forma, a consciência do juiz tornava-se o critério decisivo para indicar o que era ou não justo, mesmo que errasse na sua decisão, sendo a sua própria consciência o fundamento da sentença judicial.

Concordo com Paolo Prodi quando diz na sua obra que, durante os séculos XV e XVI, estava-se formando "o esboço de uma divisão já completa entre o foro da lei e o foro da justiça divina: a única ligação está na consciência do juiz".<sup>28</sup> Poderia ser objetado que os juízes prestavam juramento de decidir conforme a lei, o alegado e provado, o qual é verdadeiro. Contudo, também prestavam juramento de cumprir "o seu dever de decidir segundo a justiça",<sup>29</sup> e era precisamente nesse intervalo entre a lei e a justiça que a questão se colocava para a consciência de um juiz reto, justo e honesto. Para um juiz do século XVII, à diferença de hoje, o fato de uma lei ter sido editada e publicada não significava que fosse justa. Existia uma distância entre a lei

<sup>24</sup> LAYMANN, Paul. *Theologiae morali in quinque libros partitae*. Ed. Venetiis, 1710, t. I, p. 1.

<sup>25</sup> PRODI, Paolo. *Uma história da justiça*. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 398.

<sup>26</sup> VALLEJO, Jesús. Acerca del fruto del árbol de los jueces. Escenarios de la Justicia en la cultura del "ius commune". *AFDUAM* 2, 1998, p. 35.

<sup>27</sup> CONCINA, Daniel. *Theologia christiana dogmático-moral, compendiada en dos tomos*. Traduzida para o idioma español y acrecida en muitas partes das obras do mesmo autor pelo p. d. Joseph Sánchez de la Parra. Madri: Tercera Impresión, en en la oficina de la viúda de Manuel Fernández, 1773, p. 6.

<sup>28</sup> PRODI, Paolo, op. cit., p. 182.

<sup>29</sup> HOMEM, António Pedro Barbas, op. cit., p. 176.

e a justiça, o legal e o justo e era esse espaço que deveria ser preenchido por meio da sua consciência.

Nesta altura, talvez seja necessário dar uma explicação, embora breve, para quem não esteja familiarizado com o universo jurídico próprio da primeira Modernidade. Uma fórmula feliz que, de certa forma, retrata e define este período pode ser a encontrada no texto do historiador Carlos Garriga quando descreve esse período como um mundo em que a justiça dependia dos homens e não das leis, “porque concentrava a garantia na pessoa e não na decisão dos juízes”.<sup>50</sup> Mais do que um sistema orgânico em que imperasse a lei – tal como o entendemos hoje – e do qual fosse deduzida a sentença justa, encontramo-nos com um pluralismo de ordenamentos formados por cédulas reais, ordenações, provisões, regimentos, leis forais, juntamente com as normas próprias do direito canônico, com os costumes, com o direito romano (redescoberto e reestruturado na Idade Média), bem como com os princípios derivados da lei natural e do *ius gentium*, e de um enorme número de glosas, comentários e interpretações dos mesmos, que compunham um arcabouço em que a principal função dos juristas e dos juízes era dar uma forma harmônica a todo esse entrelamado moral e jurídico para encontrar o direito de cada um. Poder-se-ia dizer que, ao contrário do que costuma acontecer hoje, quando se presume a existência de uma hierarquia de leis, em que não pode haver contradição e das quais se deve deduzir o direito, na primeira Modernidade toda essa pluralidade de ordenamentos tinha efetividade cogente e cabia ao juiz julgar em consciência, encontrando a solução justa e adequada a cada caso concreto.

Num livro relativamente recente, o historiador Luque Talaván<sup>51</sup> deixa estampado no título, *Un universo de opiniones*, aquilo que me parece mais significativo e peculiar da cosmovisão jurídica da primeira Modernidade. Na sua obra, Talaván recolhe mais de 1.250 obras jurídicas, cuja finalidade é interpretar, glosar ou comentar, introduzindo nuances e questões teóricas de relevo, não só as leis promulgadas, mas os principais conceitos teóricos e jurídicos que configuravam a própria legislação régia. Nesse sentido, o que me parece importante destacar é a necessidade – por parte do historiador – de conhecer não apenas a vasta legislação, mas principalmente as obras de

<sup>50</sup> GARRIGA, Carlos. Los límites del reformismo borbónico: a propósito de la administración de la justicia en Indias. In: BARRIOS PINTADO, Feliciano (coord.). *Derecho y administración pública en las Indias hispánicas*. Cuenca: Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 2002, vol. I, p. 792.

<sup>51</sup> LUQUE TALAVÁN, M. *Un universo de opiniones. La literatura jurídica india*. Madri: C.S.I.C., 2003.

teologia moral e de doutrina jurídica que matizavam e tornavam concretas as cédulas reais, as provisões, os decretos etc.

Um juiz, qualquer juiz, deveria sempre julgar conforme o alegado e provado. Sobre esse assunto não haveria dúvida e parece-me que é um consenso entre os historiadores. Contudo, o que nem sempre é levado em consideração é que, mesmo com uma aparência e exigência de objetividade – afinal, o que era alegado e provado em juízo sempre tinha uma base documental ou de testemunhos orais – a função do juiz estava marcada e sustentada pela intimidade da consciência que, em termos morais e jurídicos, manifestava-se pelo arbítrio. O arbítrio não era um elemento acidental, fruto ou resultado da “arbitrariedade”<sup>52</sup> do juiz, mas processual, regulado pelo ordenamento precisamente porque se entendia que só assim, com o arbítrio do juiz na hora da sentença, podia ser realizada e concretizada a justiça do caso que estivesse sendo julgado.<sup>53</sup>

O termo “arbítrio” estava relacionado semanticamente a termos como “consciência”, “juízo” e “discriminação”, expressões que indicavam que o seu exercício não estava determinado nem era possível de ser definido *a priori*.<sup>54</sup> Dessa forma, o seu conteúdo também ficava indeterminado, tendo como garantia de legitimidade o fato de que fosse realizado conforme a equidade, a justiça e a razão.<sup>55</sup> Como Meccarelli afirma, uma das principais características desse sistema jurídico era precisamente que o arbítrio tornava concreto todo o processo,<sup>56</sup> permitindo a necessária atenção ao caso e às circunstâncias do mesmo, realizando, de fato, o direito.

Para deixar ainda mais clara a diferença de conteúdo semântico entre o “arbítrio” dos séculos XVII e XVIII e o “arbítrio” do momento presente, pode ser esclarecedor consultar o *Dicionário de autoridades* da Real Academia de la Lengua Española, de 1726:

ARBITRIO. s. m. (...) do latim *Arbitrium*. Esta palavra usa-se pouco neste sentido, porque habitualmente se diz “albedrío”. Também significa deliberação, eleição, disposição e ato

<sup>52</sup> Utilizo aqui o termo “arbitrariedade” no seu sentido atual, significando uma vontade absoluta ou soberana do juiz para praticar atos jurisdicionais conforme o seu bel-prazer. Penso que dessa forma entender-se-á melhor a diferença semântica com relação ao “arbítrio” dos séculos XVII e XVIII.

<sup>53</sup> Sobre toda essa questão, parece-me indispensável a leitura da obra de MECCARELLI, Massimo. *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*. Milão: Giuffrè, 1998.

<sup>54</sup> MECARELLI, M., op. cit., p. 35.

<sup>55</sup> Idem, p.36.

<sup>56</sup> Idem, p. 37.

facultativo para resolver e agir. ALBEDRÍO. Significa também a sentença conforme a razão e o direito, que dá o juiz árbitro no juízo que corre perante ele.<sup>37</sup>

Exigia-se do juiz que escutasse as partes, que prestasse atenção às testemunhas e aos documentos apresentados e que julgasse em consciência conforme o alegado e provado e não conforme o que bem lhe parecesse. Ora, esse é o ponto em que se estabelece a questão principal deste artigo. Julgar em consciência era não apenas julgar de acordo com a verdade (dos fatos provados e alegados em juízo), sem deixar-se levar pelos sentimentos ou paixões de ira, ambição, inveja, interesse...<sup>38</sup> mas também estabelecer o que era relevante ou não ao caso na hora de selecionar as testemunhas e os documentos e quando pesava ou ponderava o seu valor probatório – se o convenciam ou não no seu íntimo, na sua consciência –; decidir se aceitava ou rejeitava circunstâncias atenuantes ou agravantes; ponderar se moderava ou não a pena estabelecida e, principalmente, quando, na hora de elaborar e formar a sua própria opinião sobre o caso, seguia – ou não – uma das muitas opiniões prováveis que poderia encontrar entre os doutores teólogos e juristas.

Para que tudo isto fosse realizado de forma harmônica e conforme a justiça, o ordenamento jurídico estabelecia precisamente o arbítrio do juiz como o elemento necessário para que todos esses procedimentos chegassem ao fim desejado: a elaboração de uma sentença final justa e adequada. Como afirma Tau Anzoátegui, “o arbítrio delegava ao juiz ou ao ministro a faculdade de decidir sobre uma situação determinada de acordo com a apreciação que realizasse das circunstâncias, das coisas e das pessoas”<sup>39</sup> E, no mesmo sentido, Meccarelli aponta que “o pressuposto que justifica o uso do arbítrio é que a lei é um instrumento insuficiente para definir de forma exaustiva a norma”<sup>40</sup> e, por isso mesmo, o juiz, por meio do seu arbítrio, realizava uma obra hermenêutica a partir da norma determinada para julgar o caso con-

<sup>37</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario Academia Autoridades (A-B)*, 1726. Disponível em: <http://ntlle.rae.es/ntlle/SrvltGUISalirNtllle>. Acesso em: 09/07/2013. No original: *Es tomado del Lat. Arbitrium. En este sentido tiene poco uso esta palabra, respecto de que comunmente se dice Albedrío.*” Sobretudo: “*Arbitrio. Tambien vale deliberación, elección, disposición y acto facultativo para resolver y obrar.*” “ALBEDRIO. Significa tambien la sentencia arreglada à razon y derécho, que dá el Juez árbitro en el juicio que ante él passa. Lat. Arbitrium judicis.

<sup>38</sup> VALLEJO, J. Acerca del fruto del árbol de los jueces. Escenarios de la cultura del “ius comunne”. *AFDUAM*, 2, 1988, p. 19-46.

<sup>39</sup> TAU ANZOÁTEGUI, V. *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del derecho indiano*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992, p. 534.

<sup>40</sup> MECCARELLI, M., op. cit., p. 320.

creto nas suas específicas circunstâncias, de maneira que a sua tarefa era entendida como a de ser “um instrumento de *moderatio* ou *temperamentum*, tendo em conta um conflito entre a equidade e o rigor da lei”.<sup>41</sup>

## A formação da consciência do juiz a partir da teologia moral

Diante de tudo isso, talvez se possa entender melhor o papel que a teologia moral representava para o universo jurídico da primeira Modernidade. De acordo com Prodi, durante os séculos XVI e XVII, estabeleceu-se um embate entre a Igreja e o Estado sobre o controle das consciências. Por um lado, “o Estado tende a criminalizar o pecado para fazer dessa criminalização um instrumento de poder”.<sup>42</sup> Por outro, a Igreja disciplinou melhor, principalmente depois do Concílio de Trento, a prática do sacramento da penitência em que, também diante de um tribunal formado pelo juiz-sacerdote, eram confessados os pecados, reivindicando o “papel autônomo da consciência e a construção de um universo de normas subtraído ao direito positivo, mas submetido ao magistério da Igreja”.<sup>43</sup>

Será nesse contexto que surgirão obras como a do jesuíta Juan de Alloza, configurando um

(...) misto de teologia, jurisprudência e devoção, que preenche todas as bibliotecas da época pós-tridentina, e define-se com um neologismo então criado como “*theologia practica*” e compreende muitos subgêneros interligados entre si e às vezes dificilmente distinguíveis: manuais para confessores e penitentes, manuais para juízes (seculares e eclesiásticos), coletâneas de casos, manuais para o ensino universitário da teologia moral, livros destinados à mais ampla divulgação.<sup>44</sup>

A teologia nos séculos XIII e XIV foi estabelecendo cada vez mais claramente um campo de estudo que destacava a importância da consciência e do livre arbítrio das pessoas para poderem realizar um ato bom, justo e adequado.<sup>45</sup> A esse novo campo de estudo, pelo seu conteúdo prático e não teórico, foi sendo reservado o nome de teologia moral e, a partir principalmente da edição da obra *Institutiones morales* do jesuíta Juan Azor (1536-1603),

<sup>41</sup> Idem, p. 321.

<sup>42</sup> PRODI, P., op. cit., p. 232.

<sup>43</sup> Idem, p. 234.

<sup>44</sup> Idem, p. 365.

<sup>45</sup> PINCKAERS, Servais. *Las fuentes de la moral cristiana. Su método, su contenido, su historia*. Pamplona: EUNSA, 2000, p. 269-271.

em que o autor procurava “abrir todo o conjunto da matéria moral a partir do ponto de vista da consciência que realiza a separação entre o bem e o mal”,<sup>46</sup> a teologia moral passou a adquirir autonomia, configurando-se como uma disciplina diferente da teologia, por vezes considerada como extremamente importante porque dizia respeito à conduta prática dos fiéis. Proliferaram, então, os manuais e as questões de “casos de consciência”, principalmente aqueles casos em que existia ou podia existir uma dúvida razoável, nos quais não era fácil saber como viver ou aplicar uma lei concreta. Prodi destaca a obra do jesuíta Antonino Diana, *Resolutionae morales*, publicada em inúmeras edições, com ampliações e correções, e traduzida para vários idiomas a partir de 1629 até o final do século. A sua obra estudava e analisava cerca de 20.000 casos de consciência.<sup>47</sup>

A teologia moral pretendia “determinar exatamente o alcance da lei, o limite preciso do permitido e do não permitido, do obrigatório e do proibido e do que é livre. O que é que se pode fazer? O que é que não se pode fazer? Toda a moral pareceu resumir-se nessas questões”.<sup>48</sup>

Esse esforço e trabalho por parte das ordens religiosas – embora um grande número de autores seja jesuíta, encontram-se também muitas obras de franciscanos, dominicanos e agostinianos – pode ser visto a partir de diferentes perspectivas. Parece-me que a perspectiva mais comum pode ser tipificada pela obra de Maravall, em que o autor entende que toda essa tarefa é sintoma da tentativa de controlar e manipular as consciências das pessoas e de impor um único tipo de solução para cada um dos diferentes impasses ou dúvidas em que essas mesmas pessoas se encontravam: “Essa preocupação pelo conhecimento, domínio e manipulação sobre os comportamentos humanos levava a uma identificação entre aqueles e os costumes, entre a conduta e a moral”.<sup>49</sup>

Parece-me que a opinião de Maravall teria de ser um pouco matizada porque penso que podem ser encontradas obras, como é o caso do pe. Alloza, em que os seus autores procuravam não propriamente controlar ou formatar a consciência, mas apenas formá-la, aconselhando as pessoas para que pensassem e decidissem de acordo com uma ou com outra das várias

<sup>46</sup> Idem, p. 315.

<sup>47</sup> PRODI, P., op. cit., p. 401.

<sup>48</sup> PINCKAERS, S., op. cit., p. 325.

<sup>49</sup> MARAVALL, José A. *La cultura del Barroco. Análisis de una estructura histórica*. 4<sup>a</sup> ed. Barcelona: Ariel, 1986, p. 138.

opiniões possíveis. Nesse sentido, concordo com Elena del Río quando afirma que toda essa tarefa “não foi apenas uma forma de controlar a população – essa seria uma leitura excessivamente política e reducionista –, mas representa um esforço sincero de servir de guia”<sup>50</sup>.

Não fosse assim, não faria sentido (trago esse exemplo agora, mesmo antes de adentrar na análise da obra de Alloza, para explicar melhor a minha opinião) que o autor jesuítico afirmasse que o confessor – ou seja, o juiz-sacerdote que administrava o sacramento da penitência – “pode, em contra da sua própria opinião, acomodar-se à opinião provável do penitente”<sup>51</sup>. Não parece que se possa pretender controlar ou manipular a consciência do indivíduo que recorre à confissão se, ao mesmo tempo, pensa-se que esse mesmo indivíduo pode ter razão e, então, deveria o confessor, mesmo tendo uma opinião diferente sobre o assunto tratado, suspender o seu próprio juízo, aceitando a opinião do penitente e absolvê-lo de culpa. Estamos, como procurarei mostrar a seguir, num momento histórico em que há um verdadeiro universo de opiniões e de interpretações com relação ao que é certo e errado, honesto e desonesto, justo e injusto. E, em muitas situações e em diferentes circunstâncias, o grau de certeza que se poderia ter com relação às ações praticadas não era absoluto e, sim, provável. Tudo isso afetava, e muito, a consciência dos juízes e, portanto, as suas sentenças.

## O autor e a sua obra

O pe. Juan de Alloza nasceu na cidade de Lima em 1597 e aos vinte anos entrou para a Companhia de Jesus, adquirindo já em vida fama de santidade que aumentou ainda mais com a sua morte.<sup>52</sup> Há um episódio da sua vida que dá conta dessa fama: durante um sermão, o pe. Alloza fez severas críticas ao vice-rei do Peru por não assistir com regularidade às funções eclesiásticas. O acontecimento despertou certa apreensão na Companhia de Jesus, temendo a reação do vice-rei, que, numa mesma situação e perante a crítica de um dominicano, exigiua a expulsão do mesmo do Peru. Contudo, com relação

<sup>50</sup> DEL RÍO PARRA, Elena, op. cit., p. 19.

<sup>51</sup> ALLOZA, Juan de. *Flores Summarum seu Alphabetum morale*. Lugduni, sumptibus H. Boissat et G. Remeus, 1666. O texto em latim diz: *Confessarius contra suam opinionem tenetur se accommodare poenitentis opinioni probabili*, p. 580, 24.

<sup>52</sup> COELLO DE LA ROSA, Alexandre. *Conciencia criolla y espiritualidad en Lima colonial. Vida del extático y fervoroso padre Juan de Alloza (1597-1666)*. INSTITUTO DE ESTUDIOS PERUANOS. *Documento de Trabajo 119*. Lima, 2002. (Serie Historia, 22)

ao pe. Alloza, a sua reação foi diferente. Diante do pedido de desculpas feito pelo superior dos jesuítas, não o aceitou porque considerou que Alloza tinha razão, já que era santo e as suas palavras deviam considerar-se santas.<sup>53</sup>

O fato é relatado no esboço de biografia de Alloza escrita pelo reitor do Colégio de São Paulo, de Lima, o padre Garavito de León (1591-1679), por volta de 1675. A partir desse texto, o padre Irrizarri<sup>54</sup> escreveu a única biografia que se conhece de Alloza. O relevante do acontecimento se deduz do fato de que, nesse período, havia um forte receio, não apenas na Companhia de Jesus, mas nas outras ordens e mesmo entre os bispos, com relação aos *criollos* e sua inserção como membros da Companhia (ou de outras ordens, ou padres) já que eram considerados como negligentes, invejosos, indolentes e fracos. Tanto era assim que o geral da Companhia, Acquaviva, tinha dado indicações para não receber *criollos*, a não ser que a pessoa apresentasse segurança humana de que poderia perseverar na sua vocação.<sup>55</sup>

O pe. Alloza foi professor de latim e de retórica, dedicando-se ao trabalho pastoral com os indígenas, porque conhecia bem o quéchua. Trabalhou em Huamanga (Ayacucho), Huancavelica, famosa pelas suas minas, Huánuco e Ica, e foi vice-reitor do Colégio São Paulo, de Lima.<sup>56</sup> A sua obra, *Flores Summarum seu Alphabetum Morale*, foi editada em latim pela primeira vez em Lyon (1666) e pouco tempo depois em Colônia (1669), atingindo em muito pouco tempo nove edições. A primeira edição, ao contrário das seguintes, não traz nenhum índice. Nas edições posteriores, consta um índice de 395 verbetes, do A até o U, em que são tratados todos os assuntos possíveis da vida quotidiana: pecados e crimes, vida religiosa, vida civil, relações econômicas, obrigações por parte dos religiosos, dos reis, dos juízes, dos médicos...

A obra de Alloza parece procurar a simplicidade e a clareza. Na “aprovação” do livro – como era de praxe – feita pelo pe. Martim de Jauregui, professor de Teologia Moral do mesmo Colégio São Paulo do qual Alloza fora vice-reitor –, recomendava-se que “todos os candidatos de Teologia Moral o lessem e

<sup>53</sup> Idem, p. 12-13.

<sup>54</sup> IRRIZARRI, F. *Vida admirable, y heroicas virtudes del seraphin en el amor divino, devotísimo hijo, y capellán amante de María Santísima, el V. P. Juan de Alloza, de la Compañía de Jesús, natural de Lima*. Madri: Diego Martínez Abad, 1715.

<sup>55</sup> COELLO DE LA ROSA, Alexandre, op. cit., p. 8.

<sup>56</sup> O’NEILL, Ch. e DOMÍNGUEZ, Joaquín María. *Diccionario histórico de la Compañía de Jesús*. Madri: Universidad Pontificia de Comillas, 2001.

estudassem"<sup>57</sup> deixando patente o seu caráter pedagógico. O próprio Alloza, na dedicatória que faz à Virgem Imaculada, explica que quis seguir o tom breve e simples do jesuíta português Manuel de Sá (1528-1596) na sua obra *Summa seu Confessariorum Aphorismi*.<sup>58</sup> De fato, cada verbete contém uma série de sentenças breves – aforismos – ordenadas numericamente, recolhendo uma posição ou opinião nos assuntos, principalmente os mais debatidos ou duvidosos, que corresponderiam a cada voz ou termo. Como o próprio Alloza explicava, “decidi recolher essas breves resoluções e princípios morais num alfabeto moral para o meu uso e utilidade”<sup>59</sup> para que “as trevas das dúvidas morais desapareçam com a luz meridiana mais clara do que os raios de luz”.<sup>60</sup>

## Como julgar em consciência?

Como tentei explicar, dentro dessa lógica jurídica, a pessoa do juiz e a sua função eram algo muito diferente do que atualmente se pensa. Não havia propriamente uma distinção entre a esfera privada e a pública. Mais ainda, de certa forma, poderíamos dizer que o seu comportamento privado deveria ser tão elevado moralmente que todos vissem refletidos na sua pessoa a imagem de Deus e do rei “para realizar a justiça”, como afirmava o jurista castelhano Castillo de Bobadilla nos começos do século XVII.<sup>61</sup>

Essa forma de entender a função de administrar justiça produziu, ao longo de todo o período da primeira Modernidade, uma extensa bibliografia em que se procurava delinear a figura do “juiz perfeito” (*iudex perfectus*). Os seus autores, juristas e teólogos, apresentavam extensas listas de virtudes e qualidades que, agora, depois da separação dos âmbitos do público e do privado, do moral e do jurídico, poderíamos dizer que misturavam critérios tanto morais como jurídicos, mas que, naquele momento, representavam o conjunto de todas as qualidades, de forma indistinta, que se esperava e se requeria de qualquer juiz. Assim como, no começo do XVII, Castillo de

<sup>57</sup> ALLOZA, Juan de. *Flores Summarum seu Alphabeticum Morale*. Lugduni, sumptibus H. Boissat et G. Remeus, 1666. *Approbatio*.

<sup>58</sup> A obra foi editada em Antuérpia, em 1599, e teve várias edições, uma delas em Tóquio em 1603. A estrutura é similar à obra de Alloza: verbetes ordenados alfabeticamente, com sentenças breves recolhendo uma opinião ou ensinamento moral.

<sup>59</sup> ALLOZA, Juan de, op. cit., *Ratio operis et Dedicatio*.

<sup>60</sup> *Ibidem*.

<sup>61</sup> CASTILLO DE BOBADILLA, Jerónimo. Política para corregidores y señores de vasallos en tiempos de paz y de guerra. Medina del Campo: Christoval Lasso e Francisco García, 1608, p. 349.

Bobadilla tratava na sua obra das virtudes do corregedor, quase no fim do XVIII, *Guardiola y Sáez*<sup>62</sup> também escrevia sobre essas mesmas qualidades, fazendo referência a Bobadilla e ampliando enormemente o número de qualidades exigidas. Essa continuidade reforça a ideia de que a garantia da justiça encontrava-se na própria pessoa, sagrada, do juiz, e não na decisão.<sup>63</sup>

Há também uma extensa bibliografia analisando as normas régias sobre a conduta dos juízes, as suas obrigações no desempenho da sua função, as atitudes que deveriam ser adotadas nos seus locais de residência, as visitas e juízos de residência que eram realizados para fiscalizar o seu cumprimento,<sup>64</sup> mas o que me interessa analisar neste artigo é precisamente como a teologia moral participava e contribuía em todas essas esferas de relações, adentrando num espaço privado e fechado como o da consciência, de maneira a formar ou controlar a função do juiz que deveria deliberar e elaborar um juízo no seu foro íntimo, da consciência pessoal e, por dever de ofício, declará-lo publicamente no foro externo, no processo, por meio da sentença.

Na sua obra, Castillo de Bobadilla, por um lado, queixava-se das dificuldades que toda essa lógica jurídica estava produzindo: “é de dar dó e de exclamar o muito que é usado o arbítrio dos juízes contra ou fora da disposição das leis”,<sup>65</sup> mas, por outro lado, entendia que não havia nenhuma solução melhor do que essa, porque a tentativa de elaborar leis gerais e únicas para todos os casos possíveis seria inútil, devido ao fato de que o justo era algo que precisava ser encontrado pelo juiz diante do caso concreto, aqui e agora, porque “o direito e a lei são de cera e variam as suas formas como Proteu”<sup>66</sup> e, portanto, a forma mais acertada de realizar a justiça seria permitir, como

<sup>62</sup> O título da obra de *Guardiola* dá uma noção clara de tudo o que se esperava de alguém com função de administrar a justiça: *El corregidor perfecto y juez exactamente dotado de las calidades necesarias para el buen gobierno económico y político de los pueblos y la más recta administración de justicia en ellos, y avisado, entre otras cosas, de las muchas cargas y obligaciones de su oficio: conforme a las leyes divinas, derecho real de España, y reales resoluciones hasta ahora publicadas sobre la nueva planta y escala admirable de los corregimientos y alcaldías mayores de estos reynos*. Madri: en la Imprenta y Librería de López, 1785.

<sup>63</sup> MARTIRÉ, Eduardo. *Las audiencias y la administración de justicia en las Indias. Del “iudex perfectus” al “iudex absolutus”*. Buenos Aires: Librería Histórica, 2009, p. 79.

<sup>64</sup> Vejam-se, por exemplo, as obras de MARTIRÉ, Eduardo, op. cit., p. 77 ou de URQUIJO, J. M. Mariluz. *Ensayos sobre juicios de residencia indianos*. Sevilha: Escuela de Estudios Hispano-Americanos, 1952, ou as obras já citadas de Carlos Garriga e Jesús Vallejo.

<sup>65</sup> CASTILLO DE BOBADILLA, J., op. cit., p. 465.

<sup>66</sup> Idem, p. 471.

até aquele momento, que os juízes julgassem por presunções e conforme a sua consciência e arbítrio".<sup>67</sup>

Como a teologia moral se relacionava com essa forma de pensar e de exercer a justiça? Se, por um lado, a legislação procurava regulamentar o que poderíamos denominar de manifestações externas na vida pública do juiz, por outro lado, a teologia era a única capaz de adentrar na própria esfera da sua consciência e delimitar ou determinar as condições e as formas para que essa mesma consciência fosse reta, justa e honesta.

Como disse, o termo "lei" e a sua finalidade eram muito diferentes do que habitualmente entendemos pelas mesmas. Para Alloza, "a lei é uma sанção santa que manda o que é honesto e proíbe o contrário",<sup>68</sup> sendo que havia muitas formas de lei e apenas uma delas era a lei humana, feita pelos príncipes ou reis, já que, antes de tudo, cabia falar em "lei eterna", que era "a Providência divina, com a qual Deus governa todas as coisas"<sup>69</sup> e "lei natural", que era "uma luz dada por Deus a todos os homens para conseguir o seu fim natural e discernir o bom e o mau".<sup>70</sup>

Não se tratava, portanto, de uma legislação ou uma determinação de condutas, propriamente falando, mas de uma ordenação, uma forma de dirigir ou de fazer com que as coisas se encaminhassem para a finalidade que Deus deu, na criação, a todas e cada uma das coisas. Essa explicação parece-me necessária porque com frequência tende-se a pensar na lei eterna e na lei natural como um conjunto de regras que permitiriam ou proibiriam determinadas atitudes. Essa função cabia ao legislador e à "lei humana", que determinavam e concretizavam as condutas permitidas ou proibidas.<sup>71</sup>

Lei eterna e lei natural não eram, portanto, normatizações de conduta, leis reguladoras da ação humana, mas ordenação ou direcionamento para o fim natural das coisas criadas – também dos homens – e luz que permitia que os homens descobrissem esse mesmo direcionamento. Essas definições e distinções não eram meramente formais, mas carregadas de sentido que nos permitem entender a cosmovisão teológico-jurídica do século XVII. A metáfora da luz é adequada, porque uma luz não obriga nem coage necessa-

<sup>67</sup> Idem, p. 465.

<sup>68</sup> ALLOZA, Juan de, op. cit., p. 458, 1. *Lex est sanctio sancta iubens honesta, prohibens contraria.*

<sup>69</sup> ALLOZA, Juan de, op. cit., p. 459, 6. *Lex alia aeterna id est providentia divina, qua Deus omnia gubernat.*

<sup>70</sup> ALLOZA, Juan de, op. cit., p. 459, 6. *alia naturalis, quae lumen a Deo cunctis hominibus inditum ad finem naturalem consequendum et discernendum inter bonum et malum.*

<sup>71</sup> ALLOZA, Juan de, op. cit., p. 459, 11. *Actus virtutum secundum, quod sunt rationi conformes, sunt de legi naturale, sed secundum proprias species, aliqui spectam ad legem humanam positivam.*

riamente, mas permite ver. Ver o quê? O plano de Deus para que o mundo, as coisas e os homens atingissem a perfeição da sua natureza.

Dentro desse marco “divino”, tanto o legislador quanto o juiz deveriam ver e atuar conforme sua consciência e, ao procurarem a justiça, deveriam legislar e sentenciar de forma justa, mas seria sempre o juiz quem, por meio da sentença, determinava de forma concreta, aqui e agora, atendendo às circunstâncias de cada caso, o que era justo numa relação determinada, porque, como explicava Castillo de Bobadilla, a arte do direito – ou seja, a arte de estabelecer o que é justo – deveria seguir uma flexibilidade que uma lei fixa e igual para todos não possuiria e, por isso, o ideal seria que as leis fossem como “a regra de Lesbos” que se adaptava perfeitamente a todas as irregularidades do terreno.<sup>72</sup> Era o juiz quem deveria adaptar a legislação às diferentes “irregularidades” dos casos concretos.

A lei humana, afirmava Alloza, “nada mais é do que uma certa ordem da razão e um preceito em vista do bem comum, promulgada por aquele que tem o cuidado do bem da República”.<sup>73</sup> Portanto, na tarefa legislativa e na jurisdicional, tanto o legislador quanto o juiz, porque tinham livre arbítrio e luz da razão, podiam seguir ou não, acertar ou enganar-se ao tentar distinguir entre o bom e o mau, o honesto e o desonesto. Não se tratava de uma relação necessária nem de uma equação matemática. Existia a possibilidade do erro e do engano, porque uma coisa era a “luz” e outra os preceitos contidos na mesma: “A lei natural, nos seus primeiros princípios, é a mesma para todas as nações, mas não com relação às conclusões particulares”.<sup>74</sup>

Isso significava, em primeiro lugar, que as “leis humanas” deveriam estar dentro do marco divino e natural do justo e honesto, contudo, dependendo das circunstâncias, poderia haver várias leis – como de fato havia – e, inclusive, poderia haver leis erradas, porque, embora não pudesse haver erro com relação aos primeiros princípios naturais, poderia, sim, havê-lo “das conclusões derivadas deles, porque podem acontecer circunstâncias em que os

<sup>72</sup> CASTILLO DE BOBADILLA, J., op. cit., p. 386. A citação completa é: “como todos os fatos dos homens não se podem medir por uma regra de ferro, que não se pode torcer, conforme dizem o Filósofo e Egídio Romano, e isto devido às circunstâncias, e pelas mudanças que há nos fatos, que são sem número e sem medida, por isso não podem ser regados por uma lei reta e igual, que é como regra de ferro (...) convém que os negócios sejam regados pela regra lesbiana, de chumbo, que se pode torcer e aplicar às circunstâncias das ações”.

<sup>73</sup> ALLOZA, Juan de, op. cit., p. 458, 1. *Lex nihil alliud est quam quaedam rationis ordinatio et praeceptio in commune bonum ab eo, qui curam reipublicae gerit promulgata.*

<sup>74</sup> ALLOZA, Juan de, op. cit., p. 459, 12. *Lex naturalis quod prima principia eadem est apud omnes nationes, sed non quoad conclusiones particulares.*

doutos também duvidam"<sup>75</sup> e, em segundo lugar, significava que, mesmo na hipótese de os legisladores não terem errado, ou seja, na hipótese de a lei estar dentro desse marco divino e natural, os juízes deveriam julgar,<sup>76</sup> conformato-se com elas e adaptando-as ou tornando-as concretas, no aqui e agora de cada caso julgado e, nesse sentido, poderia haver várias soluções diferentes e até contrárias, contudo justas e honestas. Como fazer diante da dificuldade de encontrar em consciência o que seria justo, já que "as leis admitem interpretações e as civis, entendimento, mas muitos erram facilmente nisto"?<sup>77</sup>

Diante disso, e tendo em conta que existiam opiniões, interpretações e comentários diversos e opostos com relação aos diferentes tipos de leis, um juiz, portanto, poderia seguir uma opinião, numa ação proposta, e outra opinião diferente, em outra ação semelhante ou análoga, dando sentenças diferentes, porém justas. Ou poderia seguir uma opinião provável, embora não segura, e sentenciar contra da lei. Também poderia adotar a mesma opinião para casos semelhantes e sentenciar da mesma forma para todos os casos. E, é claro, poderia seguir uma opinião que lhe permitisse dar uma sentença em conformidade com a lei. O leque de possibilidades era bastante amplo e, para garantir a retidão da consciência dos fiéis e também dos juízes, a teologia moral explicava as condições e os limites dentro dos quais poderiam ser seguidas as diferentes opiniões dentro de uma certeza provável.

Do ponto de vista da teologia moral, o juízo prático da razão – a consciência – seria o encarregado de realizar essa tarefa de conhecimento e, por isso, Alloza distinguirá vários estados de consciência. A consciência – explicava o jesuíta – "é o ditame prático e atual de fazer ou não fazer uma coisa".<sup>78</sup>

Nessa situação, o juiz poderia encontrar-se em diferentes graus de certeza e poderia ou não agir de forma honesta, deliberando ou não sem dolo, sem engano e sem malícia, seguindo a decisão que considerasse mais acertada. A teologia moral olhava para a real intenção do juiz, interior e subjetiva, e não propriamente para seu erro ou acerto objetivos. O que importava era que o juiz não pecasse e, para isso, era necessário que a sua decisão estivesse de acordo com a sua própria consciência, pois, caso contrário, estaria

<sup>75</sup> Idem, p. 459, 13. *Non potest dari ignorantia invencibilis primorum principiorum naturalium, bene tamen conclusionum deductarum ex illis, quia tales possunt occurrere circumstantias ut docti etiam dubitent.*

<sup>76</sup> ALLOZA, Juan de, op. cit., p. 460, 28. *Iudices debent observare leges civiles, quae deducuntur a iure naturali et secundum illas iudicare.*

<sup>77</sup> Idem, p. 463, 67. *Leges admittunt interpretationes et civiles intellectus, sed multi in hoc facillime falluntur.*

<sup>78</sup> ALLOZA, Juan de, op. cit., p. 132, 1. *Est dictamen practicum actuale de re facienda vel non facienda.*

colocando a sua alma em risco de condenação eterna.<sup>79</sup> Essa coação moral reforçava ainda mais a coação legal que o ordenamento jurídico estabelecia atendendo principalmente a conduta externa dos juízes.

Se o juiz estivesse completamente certo e seguro da sua decisão, Alloza entendia que estaria agindo com “ciência”, sem risco de se enganar ou, como diríamos hoje, com certeza absoluta. Mas, habitualmente, tendo em conta que a maior parte das questões era contingente e, portanto, carecia desse nível de certeza, os juízes atuavam dentro de um tipo de certeza que era aquele formado pela “opinião” ou, ainda num nível mais incerto, o da “dúvida”. O juízo sobre o justo e o injusto era sempre uma deliberação que não se realizava na ordem especulativa, ou seja, não se tratava de decidir sobre “o que é certo”, nem sobre “o que é justo”, mas sobre o justo “aqui e agora, de maneira que seja feito de acordo com as circunstâncias”.<sup>80</sup>

Dependendo do grau de certeza, Alloza estabelecia distinções com relação à própria consciência, de forma que, dependendo do tipo de consciência que o juiz tivesse na hora de julgar, e dependendo da sua atitude, cometaria ou não pecado, estaria ou não salvando a sua alma.

Alloza considerava que haveria duas situações que não apresentariam muitos problemas: no caso em que o juiz tivesse uma consciência reta, “que é quando dicta o que é verdadeiro”,<sup>81</sup> e no caso em que a sua consciência fosse invencivelmente errônea, ou seja, quando o juiz errava e se enganava na sua sentença, mas sem culpa, pelo fato de estar numa situação ou condição tal que não fosse possível perceber ou tomar consciência do seu engano ou erro. Nesses dois casos, o juiz cometaria um pecado grave se votasse contra sua consciência. Alloza defendia, portanto, o papel decisivo e autônomo da consciência na hora da decisão.

O respeito à consciência e à sua autonomia não era algo contemplado apenas do ponto de vista moral, mas também do jurídico. Solórzano Pereira, o reconhecido jurista peruano do século XVII, determinava na sua obra que o ouvidor deliberasse e votasse de forma livre e conforme ao seu parecer em consciência,

(...) embora saiba que não conseguirá nem prevalecerá o seu voto e sentença, ficando provavelmente só e singular no seu voto, porque quem vota não deve olhar para o que será resolvido pela maior parte, mas deve apenas olhar para o que ele, em Deus,

<sup>79</sup> GARRIGA, Carlos, op. cit., p. 790.

<sup>80</sup> ALLOZA, Juan de, op. cit., p. 152, 3. *vel practice id est hic et nunc ut oportet fieri secundum circumstantias.*

<sup>81</sup> ALLOZA, J., op. cit., p. 153, 4. *Recta est quae verum dictat.*

na sua consciência e prudência deverá votar e aconselhar, informado o seu dictame por uma boa e desapaixonada razão.<sup>82</sup>

O que importava, portanto, tanto para a esfera moral como para a jurídica, era que o juiz agisse com retidão, e não que o juiz acertasse ou não com a solução justa. Todo o sistema baseava-se na confiança na pessoa do juiz.<sup>83</sup> E não apenas na confiança, mas na certeza e na experiência de que, sendo humanos, os juízes podiam errar e muitas vezes as sentenças tinham muito de azar ou de sorte:

Não ignoro nem nego que em todas as partes e Tribunais costuma acontecer muitas vezes que as sentenças e resoluções têm muito de caso fortuito, porque, de fato, quem decide são homens, como o reconhecem muitos textos e Autores. E porque conforme acrescentam outros autores, seguindo o célebre dito de Baldo, os nossos pecados ocasionam que não saibamos acertar com o mais conveniente e justificado. E como advertiu Quintiliano, há casos em que os juízos saem errados e tortos, mesmo sem culpa nem imperícia dos que julgam e resolvem.<sup>84</sup>

Portanto, o juiz deveria ser perito na ciência jurídica, conhecedor das leis, tanto civis como canônicas, e dos costumes, mas a capacidade de sentenciar de forma justa não estava propriamente nesse tipo de conhecimento doutrinal e jurídico, mas na qualidade moral do mesmo. Como apontava Jesús Vallejo, entendia-se que, para que o juiz sentenciasse com justiça, era preciso que fosse um homem “nobre, temeroso a Deus, caritativo, de boa fama, conhecedor do Direito, íntegro, magnânimo, desprendido, imparcial, suspicaz, corajoso, sereno, paciente, humilde, cortês, constante, fiel, discreto, eloquente e prudente”.<sup>85</sup> Esse conjunto de qualidades, como o próprio Vallejo explicava, não definia o “juiz ideal”, mas elencava o que se esperava ou se exigia de quem pretendia esse cargo, porque “devido precisamente a essas qualidades, poderá-se-á ser um bom magistrado e a árvore [do juiz] dará o fruto da justiça”.<sup>86</sup>

<sup>82</sup> SOLÓRZANO Y PEREIRA, Juan. *Política indiana dividida en seis libros*. Libro V, cap. VIII, n. 42. Corrigida e ilustrada pelo licenciado d. Francisco Ramiro de Valenzuela. Madri: en la Imprenta Real de la Gazeta, 1776, p. 325.

<sup>83</sup> GARRIGA, C. Los límites del reformismo borbónico: a propósito de la administración de justicia en Indias. In: BARRIOS, Feliciano (coord.). *Derecho y administración pública en las Indias hispánicas*, vol. I. Cuenca: Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 2002, p. 791.

<sup>84</sup> SOLÓRZANO PEREIRA, Juan, op. cit., libro V, cap. VIII, n. 59, p. 328.

<sup>85</sup> VALLEJO, Jesús, Acerca del fruto del árbol de los jueces: escenarios de la justicia en la cultura del ius commune. *AFDUAM*, 2, 1988, p. 35.

<sup>86</sup> Ibidem.

## A consciência perante as opiniões prováveis

A questão tornava-se mais problemática quando se entrava no terreno da opinião e do provável, em que a consciência não tinha plena certeza para acolher uma das várias opiniões possíveis, visto que o estado de “opinião” era precisamente aquela situação em que a consciência da pessoa entendia algo como verdadeiro, porém com medo de que o contrário também fosse verdadeiro.<sup>87</sup>

A teologia moral entendia que, nas questões contingentes, ou seja, aquelas que não eram necessariamente de uma única e determinada forma, não se podia chegar a uma certeza, mas apenas a uma opinião. Essa forma de entender também se verificava no campo da doutrina jurídica, em que, apenas para citar um exemplo representativo, Carrasco del Saz – um jurista do século XVII, que em 1604 foi nomeado assessor do vice-rei do Peru, conde de Moterrey, entre 1613 e 1614, fora reitor da Universidade de São Marcos, em Lima, e, em 1615, foi nomeado ouvidor da Audiência do Panamá – fazia referência ao teólogo Bartolomé de Medina para explicar que, quando há pelo menos duas opiniões prováveis, “pode ser seguida uma delas, mesmo que a sua verdade não seja certa”, porque em muitos casos a certeza que se pode atingir e que poderá ser exigida do juiz era uma “certeza prática”.<sup>88</sup>

A questão que foi colocada para os juízes ao longo dos séculos XVII e XVIII era, portanto, como ter uma consciência segura diante de opiniões múltiplas e contrárias.

A historiografia tem elaborado as categorias de “casuística” e de “probabilismo” para referir-se a todo este fenômeno. No século XVII, uma das questões mais relevantes no âmbito da teologia moral católica era a discussão em torno do probabilismo. Na hipótese de um indivíduo encontrar-se na dúvida com relação a duas ou mais possibilidades de como agir de forma certa, a teologia moral oferecia várias soluções, uma delas sendo a solução probabilista.

O termo “probabilismo” surgiu dentro de um debate na Igreja católica entre teólogos e moralistas. Tanto Martel Paredes<sup>89</sup> quanto Théodore Pinckaers<sup>90</sup> afirmam que o probabilismo surgiu na teologia com um comentário de Bartolomé de Medina, escrito por volta de 1580, feito sobre uma

<sup>87</sup> ALLOZA, Juan de, op. cit., p. 576, 1. *Opinio est assensus cum formidine de opposito.*

<sup>88</sup> CARRASCO DEL SAZ, Francisco. *Interpretatio ad aliquas leges Recopilationis Regni Castellae*, cap. III. Sevilha: Hironimum Contreras, 1620, n. 10.

<sup>89</sup> MARTEL PAREDES, op. cit., p. 14.

<sup>90</sup> PINCKAERS, S. *Las fuentes de la moral cristiana*. Pamplona: EUNSA, 2000.

passagem da *Summa Theologiae*, de Tomás de Aquino, na qual dizia que lhe parecia permitido seguir uma opinião provável mesmo que houvesse outra mais provável. Esse comentário irrompeu de tal forma que dividiu a Igreja católica e ocasionou uma crise moral no seio da mesma durante os séculos XVII e XVIII.<sup>91</sup> A partir daí, foram sendo formados diferentes sistemas morais que representavam “posições diferentes sobre os critérios de juízo em casos incertos”.<sup>92</sup> Sendo assim, cada sistema moral possuía uma forma distinta de proceder em casos de dúvida, porém sempre tendo em vista a questão da probabilidade da afirmação. A tendência que seguia a mais provável das opiniões era chamada de “probabiliorismo”; a que apenas seguia a opinião favorável à lei era chamada de “tuciorismo”; e, por fim, aquela tendência que aceitava que uma opinião apenas provável pudesse ser a correta mesmo havendo uma mais provável era chamada de “probabilismo”.

Não é aqui o lugar para entrar mais profundamente na discussão sobre o probabilismo, mas, para entender melhor o significado da obra do pe. Alloza parece-me necessário mostrar em que lugar se colocava a crítica a esse sistema moral, de maneira que se torne mais fácil perceber a influência exercida pelo probabilismo ao longo do século XVII.

Muitos historiadores consideram que a publicação anônima das *Provinciales* de Pascal, entre 1656 e 1657, “provocou um antes e um depois no lugar e no modo do debate moral”.<sup>93</sup> Pascal acusava os teólogos católicos, e principalmente os jesuítas, de terem inventado um método – o probabilismo – por meio do qual se relaxava a consciência do indivíduo, oferecendo-lhe um leque de argumentos e motivos por meio dos quais se sentiam autorizados a praticar qualquer ato, bom ou mau, honesto ou perverso, desde que se apoiassem numa opinião provável.

Na Igreja católica, a maioria dessas obras destinava-se, direta ou indiretamente, aos confessores, “consolidando a sua função de juízes de consciência, de profissionais de um mundo em que o sacerdote-juiz ainda podia criar um direito sobre o pecado”,<sup>94</sup> mas, como disse, nem todos estavam de acordo nem pensavam da mesma forma, principalmente a partir do momento em que a crítica ficou claramente estabelecida. Alguns defendiam a necessidade dessas

<sup>91</sup> Idem, p. 329-333.

<sup>92</sup> Idem, p. 329.

<sup>93</sup> O'REILLY, Francisco. Duda y opinión. La conciencia moral en Soto y Medina. *Cuadernos de Pensamiento Español*, nº 32. Pamplona: Ediciones de la Universidad de Navarra, 2006, p. 7.

<sup>94</sup> PRODI, P., op. cit., p. 401.

obras tendo em vista que, no cotidiano da vida, a certeza era impossível de ser atingida e, mesmo assim, o fiel católico precisava distinguir o bem do mal.

As tipologias dessas obras eram variadas, mas seguiam certa forma comum: tratados mais ou menos elaborados e sistemáticos sobre a consciência, ensinando a distinguir o bem do mal e as dificuldades que o indivíduo encontrava para isso; uma relação detalhada dos dez mandamentos com as suas aplicações práticas e as dúvidas mais frequentes; as relações entre lei divina, lei natural e lei humana e em que medida essas leis obrigavam ou não em consciência aos indivíduos; e há tratados que, como o de Alloza, organizam alfabeticamente todos os casos possíveis concernentes à vida pessoal, familiar e social, elencando sentenças, aforismos e casos duvidosos.<sup>95</sup>

As implicações de todo esse repertório de doutrina moral e jurídica não eram sentidas apenas no mundo católico, mas também no protestante e no anglicano. A recepção inglesa da crítica de Pascal aos jesuítas e ao seu probabilismo levou ao convencimento de que a Companhia de Jesus utilizava esse método para servir aos seus próprios interesses, que eram contrários aos da Inglaterra.<sup>96</sup> A Companhia de Jesus defendeu-se, por meio das obras de alguns dos seus representantes, tentando mostrar que, conforme Aristóteles, existia uma grande diferença entre a certeza matemática e o raciocínio prático ou probabilístico, no qual somente se podia chegar a uma certeza “provável: uma opinião baseada e sustentada por alguém com uma autoridade considerável ou por sólidos fundamentos”<sup>97</sup> Contudo, os argumentos não foram suficientes para convencer os pensadores ingleses, pastores ou juristas que, de maneira geral, salvo raras exceções, viram a doutrina do probabilismo como “uma monstruosidade” porque bastaria afirmar que o que se pretende fazer é algo que parece provável para que qualquer atrocidade possa ser cometida.<sup>98</sup>

Dentro do mundo católico, o percurso da “casuística” e do “probabilismo” também foi bastante accidentado. Muitos religiosos, principalmente de outras ordens, como dominicanos ou franciscanos, procuraram escrever seus tratados numa perspectiva crítica das obras dos jesuítas<sup>99</sup> e tentaram que o papa

<sup>95</sup> Idem, p. 401.

<sup>96</sup> SAMPSON, Margaret. Laxity and liberty in seventeenth-century English political thought. In: LEITES, Edmund (ed.). *Conscience and casuistry in Early Modern Europe*. Cambridge-Paris: Cambridge University Press-Editions de la Maison des Sciences de l'Homme, 2002, p. 75.

<sup>97</sup> Idem, p. 78.

<sup>98</sup> Idem, p. 84.

<sup>99</sup> Essa afirmação é bastante geral, apenas para dar uma ideia abrangente da problemática aberta pelo debate. No detalhe, é fácil encontrar também jesuítas contrários ao “probabilismo” ou

ou os bispos ou os concílios condenassem essas doutrinas que, do seu ponto de vista, provocavam uma prática relaxada e perversa na esfera moral. Contudo, a doutrina não foi condenada, porém algumas sentenças, resoluções e aforismos concretos foram condenados pelos papas Alexandre XVII e Inocêncio XI por serem considerados heréticos ou contrários à moral católica.<sup>100</sup>

Como exemplo, em 1773, publicou-se em Madri a obra do italiano Daniel Concina, traduzida para o castelhano e contando com o apoio do papa Benedicto XIV, *Theologia Christiana Dogmático-Moral, compendiada en dos tomos*. No prólogo dessa edição, o autor da tradução, pe. José Sánchez de la Parra, explicava a importância da difusão dessa obra, em castelhano e para os reinos da Espanha, precisamente porque fora criticada por muitos juristas e teólogos que defendiam a interpretação probabilística da lei.<sup>101</sup> O tradutor deixava manifesta a sua preocupação quando dizia, entre parênteses, que a doutrina que pretendia atacar com a publicação do livro tinha inundado toda a terra<sup>102</sup> e se tinha convertido em um dos grandes males que assolava o mundo ibérico, porque o probabilismo provocava a corrupção dos costumes e da consciência uma vez que induzia as pessoas a pensarem que se podia decidir de forma acertada seguindo opiniões prováveis e, dessa forma, se tinha chegado a uma situação em que se podia afirmar que "os séculos de ouro já passaram e foram sucedidos pelos de barro e corrupção".<sup>103</sup>

Para Concina, um dos maiores males que poderiam ser identificados na sociedade e que, de certa forma, era o responsável pela grave situação em que se encontravam tanto o mundo religioso quanto o político, era o fato de existirem muitos moralistas, teólogos e juristas que aceitavam as soluções probabilistas e os responsáveis por toda essa situação eram os teólogos que, durante o século XVI, dividiram-se em "escolásticos" e "moralistas" e foram esses últimos os que se dedicaram a introduzir na praxe judicial "sutilizações e distinções ineptas",<sup>104</sup> na tentativa de suavizar os rigores da Lei.

O problema não estava colocado apenas no campo moral e eclesiástico porque, em 1769, o rei Carlos III, preocupado com as doutrinas jurídicas e

---

dominicanos, franciscanos e agostinianos que eram favoráveis. Era uma questão metodológica e de teoria do conhecimento, que tinha resultados práticos e morais concretos.

<sup>100</sup> Em concreto, Alexandre XVII escreveu dois decretos condenando a doutrina laxista, e Inocêncio XI condenou 75 proposições. Cf. O'REILLY, F., op. cit., p. 7.

<sup>101</sup> CONCINA, D., op. cit., p. VIII.

<sup>102</sup> Idem, p. VI.

<sup>103</sup> Idem, p. II.

<sup>104</sup> Idem, p. 100.

morais que prevaleciam na Monarquia espanhola, convocou concílios eclesiásticos em todos os reinos das Índias.<sup>105</sup> O rei mostrava-se preocupado ao verificar que os seus vassalos não manifestavam mais nem amor nem respeito pelos seus superiores e pretendia que a Igreja examinasse essas doutrinas para recordar ao povo as suas obrigações, que não eram apenas de âmbito religioso ou eclesiástico, mas também civil e político.<sup>106</sup>

Portanto, um século depois da obra do pe. Alloza ter sido publicada, o “probabilismo” encontrava grandes resistências tanto na esfera moral como na jurídica, tanto por parte dos eclesiásticos como dos juristas. A ideia de que não apenas a consciência correta, mas também a errônea deveria ser seguida e, mais ainda, a ideia de que a consciência podia seguir uma opinião que considerasse provável, mesmo que essa opinião fosse errada, abalava as relações sociais, econômicas, políticas e religiosas. Como assinala Prodi, estava aberta a discussão entre a consciência subjetiva e a lei.<sup>107</sup>

Para dar uma orientação no uso do que poderíamos denominar “método opinativo”, os teólogos foram estabelecendo correspondências entre os diferentes graus de certeza que uma opinião poderia ter e as formas de agir ou de não agir a partir dessas opiniões. Haveria, portanto, opiniões mais seguras, seguras, menos seguras, mais prováveis, prováveis e menos prováveis numa escala de certeza de maior a menor, tendo em conta que essa certeza nunca seria firme ou, se quisermos, do teor que poderia ser dado pela certeza científica. Era uma certeza contingente ou, como se dizia, provável. Uma certeza prática, conforme enunciara Carrasco del Saz.

Tornava-se necessário esclarecer os diferentes graus de certeza que as opiniões poderiam ter. O pe. Juan de Alloza, na seção única dedicada à opinião, sob o item “Várias resoluções”,<sup>108</sup> começava tratando “sobre a eleição das opiniões” e esclarecia, antes de tudo, que a opinião era entendida como um estado da mente que, tendo formulado um juízo, podia assentir ao contrário com igual força de convicção.<sup>109</sup> Tendo isso em conta, isto é, que nem uma opinião, nem a sua contrária tinha uma força maior de convencimento ou de certeza, não era necessário, explicava o jesuítico, seguir sempre a opinião mais segura, bastando “agir de acordo com os costumes e com o que se entende

<sup>105</sup> MARTEL PAREDES, op. cit., p. 12.

<sup>106</sup> Ibidem.

<sup>107</sup> PRODI, P., op. cit., p. 209.

<sup>108</sup> ALLOZA, Juan de, op. cit., p. 578.

<sup>109</sup> Ibidem, p. 578, 1. *Opinio est assensus cum formidine de opposito.*

como seguro".<sup>110</sup> Alloza estabelecia uma distinção importante entre "opinião mais segura (*tutior*)" – que significava seguir o preceito legal – e "o que se entende como seguro", que permitiria adaptar e flexibilizar a lei e o seu rigor dependendo das circunstâncias porque, como indicava logo a seguir, "seguro na consciência" era "seguir a opinião daquele que é tido como idôneo pelo seu mérito"<sup>111</sup> e era isso precisamente o que configurava o nó górdio de todo o universo jurídico: qualquer teólogo ou jurista minimamente qualificado pelo seu mérito podia dar embasamento à decisão judicial, porque o juiz que agisse dessa forma agia em consciência e de forma segura, isto é, não deveria ter medo de ter agido mal nem de ter cometido um pecado; pelo contrário, considerava-se que estaria agindo prudentemente.<sup>112</sup>

Para o jesuíta Alloza, a consciência, também no terreno do opinativo e do provável, continuava tendo a sua primazia e autonomia. E diante das diferentes probabilidades e graus de certeza, o jesuíta defendia a solução provável:<sup>113</sup> "quando uma opinião é provável, o juiz pode seguir a que preferir",<sup>114</sup> mesmo que essa opinião seja menos segura.<sup>115</sup> E, no caso de que a sua opinião tivesse uma probabilidade muito pequena de estar certa – a menos provável – Alloza entendia que não havia como se posicionar com certeza nessa situação porque alguns doutores afirmavam uma coisa e outros a contrária, tornando a questão toda provável.<sup>116</sup> Portanto, o juiz deveria seguir a sua própria consciência "opinativa" e, se agisse contra ela, tanto em questões de direito como em questões de fato, "porque o que se diz como opinião com relação ao fato, também se deve dizer como opinião com relação ao direito",<sup>117</sup> estaria cometendo pecado, como disse acima, e colocando-se em risco de perder a sua alma.<sup>118</sup>

<sup>110</sup> Idem, p. 579, 5. *Non tenemur tutiorem semper partem eligere, sufficit quae in his ad mores, et fidem spectant tutam sequi.*

<sup>111</sup> Ibidem, 6. *Tutus est in conscientia qui sequitur opinionem illius quem merito idoneum credit.*

<sup>112</sup> Ibidem, 8. *quia prudenter agit, qui ex opinione probabili agit.*

<sup>113</sup> Alloza não se definia como probabilista, aliás, ninguém assim o fazia. Dava as suas soluções para os diferentes casos e estados de consciência e, mais tarde, outros teólogos foram classificando as suas soluções dentro das diferentes categorias já enunciadas de "tuciorismo", "probabiliorismo" e "probabilismo".

<sup>114</sup> ALLOZA, Juan de, op. cit., p. 432, 23. *Cum utraque opinio est probabilis, potes iudex sequi quam maluerit.*

<sup>115</sup> Idem, p. 432, 29. *Potest iudex sequi opinionem, quam iudicat magis probabilem, licet minus tuta.*

<sup>116</sup> Idem, p. 432, 28. *An vero absolute sequi opiniones minus probabiles, alii aiunt, alii negant probabilius.*

<sup>117</sup> Idem, p. 432, 26. *Quod dictum est cum sunt opiniones ex parte facti, dicendum etiam est cum sunt est parte iuris.*

<sup>118</sup> Idem, 133, 6. *Qui operatur contra conscientiam opinativam peccat.*

Os argumentos utilizados pelo jesuíta não deixam de ser instigantes porque relativizavam fortemente qualquer pretensão de objetividade: “quem age prudentemente, age conforme a opinião provável”<sup>119</sup> e “pode haver em si uma opinião mais provável, mas não para mim, cujas razões conheço intimamente”<sup>120</sup>.

Como se sabe, por um lado, do ponto de vista do ordenamento régio, as sentenças não eram fundamentadas, bastando um simples “absolvo” ou “condeno”, sem necessidade de maiores explicações nem argumentos. Contudo, presumia-se que essa sentença fosse feita de acordo com a prudência. E do ponto de vista teológico, Alloza estabelecia, por um lado, uma relação de causalidade entre “agir prudente” e “opinião provável” e uma distinção entre um teórico “em si” e um prático “para mim”, cujas razões e motivos o juiz conhecia no íntimo da sua consciência, e que o jesuíta nem exigia nem esclarecia que precisasse ser dito nem sequer ao confessor.

No terreno das probabilidades e das opiniões possíveis, o certo e o justo seriam sempre aquilo que aparecia como certo e justo para o juiz, aqui e agora, sem indagar se existiria algo assim como um “mais justo em si”. Era algo que o juiz só decidiria se, de fato, fosse prudente. Todos os tratados sobre essa temática eram unâimes em considerar a prudência como a virtude mais necessária para que a decisão prolatada fosse justa. Um exemplo ilustrativo é o do jurista e humanista Cerdán de Tallada, amigo do filósofo e também humanista espanhol Luis Vives, que exemplificava e dividia essa “prudência” em oito partes: memória, providência, razão, diligência, docilidade, experiência e sensatez, especificando que essa experiência fosse retirada “das coisas particulares nos casos semelhantes, considerando em todas as coisas o tempo, a ocasião e o lugar em que se encontrarem”<sup>121</sup>. Tratava-se, portanto, de ser prudente tendo em conta as circunstâncias concretas de cada caso e, como nessas situações, o único que se poderia ter era uma certeza provável; o juiz prudente seria aquele que agisse seguindo uma opinião provável.

Tudo isso não significava que o juiz, uma vez tendo deliberado e decidido, não pudesse mudar de opinião antes de sentenciar, porque “o juiz pode seguir a opinião dos outros, deixando de lado a sua própria, se a julgar mais

<sup>119</sup> Idem, p. 579, 8. *Quia prudenter agit, qui ex opinione probabili agit.*

<sup>120</sup> Idem, p. 579, 13. *Potest in se opinio probabilior esse, sed non mihi, qui eius rationes intime calleo.*

<sup>121</sup> CERDÁN DE TALLADA, Thomás. *Veriloquium en reglas de Estado, según derecho divino, moral, canónico y civil y leyes de Castilla, endereçado a la conservación de la auctoridad del católico don Phelipe Tercero*. Valencia: en casa de Iuan Chrysostomo Garriz, 1604, p. 34.

provável".<sup>122</sup> Nos tribunais superiores, formados por vários ouvidores, deliberava-se livremente e em consciência, como explicava Solórzano Pereira, e o juiz, precisamente porque

(...) tem o desejo de acertar, se, depois de ter votado, perceber que outros são de melhor e mais bem fundada opinião ou que têm uma melhor solução para o negócio de que se trata, está obrigado em consciência a afastar-se da sua própria opinião e conformar-se com a deles.<sup>123</sup>

É o mesmo critério, dito de outra forma, que utilizava o pe. Alloza. Mesmo assim, o critério continuava sendo o mesmo: a autonomia da consciência de um homem bom e honesto. Partia-se do pressuposto, tanto moral quanto juridicamente, de que o juiz poderia ter formulado uma opinião no seu foro íntimo, e então deveria segui-la e formulá-la na sentença. Contudo, se durante a deliberação no tribunal, esse mesmo juiz fosse convencido de que haveria outra opinião melhor ou mais abrangente do que a própria para o caso em discussão, então, deveria desistir da sua e acolher a opinião formulada pelos outros juízes, porque, em consciência, tinha visto que era melhor ou que estava mais solidamente fundamentada.

Mais delicada ainda era a situação do caso em que o juiz soubesse, por uma via que não a judicial, que o acusado era inocente, ou seja, quando o juiz tivesse uma certeza em consciência que ia contra aquilo que estava alegado e provado em juízo. Para esses casos, o jesuíta dava como critério geral o que o juiz deveria na medida do que podia inocentá-lo e liberá-lo da culpa e da pena.<sup>124</sup> Estando provado o delito, e não conseguindo inocentá-lo, o juiz deveria remeter a causa ao superior e, não podendo liberá-lo de nenhuma outra forma, o jesuíta perguntava-se se deveria condená-lo apenas conforme o alegado e provado. Contudo, Alloza explicava que essa última solução não era unânime e que havia doutores que a defendiam e outros que a negavam,<sup>125</sup> portanto, era uma opinião que poderia ser considerada como provável. Fechava-se, dessa forma, o círculo em que prevalecia

<sup>122</sup> ALLOZA, Juan de, op. cit., p. 432, 27. *Potest iudex sequi aliorum opinionem magis receptam relicta propria, quam iudicat magis probabilem.*

<sup>123</sup> SOLÓRZANO Y PEREIRA, J., op. cit., p. 324, 37.

<sup>124</sup> ALLOZA, Juan de, op. cit., p. 441, 17. *Cum iudex scit aliquem esse innocentem tenetur in quantum potest illum liberare.*

<sup>125</sup> ALLOZA, Juan de, op. cit., p. 441, 18. *An posset eum condennare secundum allegata et probata, alii negant, alii probabilius affirman.*

a consciência do juiz para determinar qual seria a sentença justa diante das opiniões prováveis.

Era a consciência do juiz, portanto, o critério último em que se apoiava a sentença. Uma sentença que seria entendida como justa não pelo fato de se ajustar às leis ou àquilo que tivesse sido alegado e provado no processo, mas pelo fato de ter sido pronunciada por um juiz justo – *index perfectus* – “que tem um amplo *arbitrium* para, se for o caso, criar normas ajustadas ao problema jurídico que fosse apresentado pelas partes, modificando dessa maneira, se fosse necessário, o direito vigente”<sup>126</sup>

## Considerações finais

Em artigos anteriores publicados mais ou menos recentemente procurei mostrar como a teologia moral configura-se como um amplo campo de pesquisa para os estudos de história da América da primeira Modernidade. Neste trabalho, tentei adentrar em uma das obras representativas desse período e dessa temática, focalizando de que maneira se poderia falar de uma formação ou configuração da consciência dos juízes, orientando a elaboração do seu juízo diante de um universo jurídico em que as interpretações e opiniões com relação ao sentido e aplicação das leis eram extremamente vastas e heterogêneas.

Os juízes deveriam julgar tendo presente o alegado e provado em juízo. Contudo, a última instância do seu julgamento encerrava-se na própria consciência, entendida como o juízo da razão prática diante do caso concreto, nas específicas circunstâncias em que o mesmo se dava. Esse juízo deveria ser formado prudentemente, tendo em conta não apenas as determinações legais, mas as interpretações e opiniões dos diferentes teólogos e juristas que, com os seus comentários e pareceres, davam vida à letra da lei e concretizavam o seu sentido e aplicação, bem como os fatos e as circunstâncias que caracterizavam os casos.

Perante uma multiplicidade de opiniões possíveis e prováveis, dentre as quais o que se poderia esperar eram diferentes graus de certeza moral ou provável, a teologia moral foi desenhando um conjunto de obras que indicavam a todos, também aos juízes, como proceder para não correr o risco de errar, epistemologicamente falando, nem de pecar em termos morais. A obra

<sup>126</sup>MARTIRÉ, Eduardo, op. cit., p. 79.

do padre Alloza, uma dentre muitíssimas, dava as pautas para que não apenas os juízes, mas qualquer fiel ou súdito da Coroa pudesse acertar na hora de decidir sobre o justo e o injusto, o certo e o errado, o honesto e o desonesto.

Como procurei mostrar, a teologia moral tinha uma enorme força de persuasão e de influência nas sentenças finais prolatadas pelos juízes e, ao mesmo tempo, permitia uma grande relativização das leis, precisamente ao considerar que a maior parte das situações e relações tratadas pelas mesmas estava inserida na esfera do contingente e, portanto, não se poderia esperar uma certeza maior do que a propiciada pela certeza prática ou provável, consolidando, assim, a autonomia da consciência do juiz à hora de sentenciar.

## Referências bibliográficas

ALLOZA, Juan de. *Flores Summarum seu Alphabetum morale*. Lugduni, sumptibus H. Boissat et G. Remeus, 1666.

ALMEIDA, Ângela Mendes de. *O gosto do pecado. Casamento e sexualidade nos manuais de confessores dos séculos XVI e XVII*. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

AUBENQUE, Pierre. *A prudência em Aristóteles*. Tradução de Marisa Lopes. São Paulo: Discurso editorial, 2003.

CARRASCO DEL SAZ, Francisco. *Interpretatio ad aliquas leges Recopilationis Regni Castellae*. Sevilha: Hironimum Contreras, 1620.

CASTAÑEDA DELGADO, Paulino. *Los memoriales del padre Silva sobre la predicación pacífica y los repartimientos*. Madri: C.S.I.C., 1983.

CASTILLO DE BOBADILLA, Jerónimo. *Política para corregidores y señores de vasallos en tiempos de paz y de guerra*. Medina del Campo: Christoval Lasso e Francisco García, 1608.

CERDÁN DE TALLADA, Thomás. *Veriloquium en reglas de Estado, según derecho divino, moral, canónico y civil y leyes de Castilla, enderezado a la conservación de la auctoridad del católico don Phelipee Tercero*. Valencia: en casa de Iuan Chrysostomo Garriz, 1604.

CHENU, Marie-Dominique. *O despertar da consciência na civilização medieval*. São Paulo: Loyola, 2006.

COELLO DE LA ROSA, Alexandre. *Conciencia criolla y espiritualidad en Lima colonial. Vida del extático y fervoroso padre Juan de Alloza (1597-1666)*. INSTITUTO DE ESTUDIOS PERUANOS. *Documento de Trabajo* 119, Lima, 2002. (Serie Historia, 22)

CONCINA, Daniel. *Theologia christiana dogmático-moral, compendiada en dos tomos*. Traduzida para o idioma espanhol e acrescida em muitas partes das obras do mesmo autor pelo p. d. Joseph Sánchez de la Parra. Madri: Tercera impresión en la oficina de la viúda de Manuel Fernández, 1773.

DEL RÍO PARRA, Elena. *Cartografías de la conciencia española en la Edad de Oro*. México: Fondo de Cultura Económica, 2008.

DICCIONARIO DE AUTORIDADES, 1726. Disponível em: <http://buscon.rae.es/ntlle/SrvltGUIMenuNtlle?cmd=Lema&sec=1.2.0.0.0>.

GARRIGA, Carlos. Los límites del reformismo borbónico: a propósito de la administración de la justicia en Indias. In: BARRIOS PINTADO, Feliciano (coord.). *Derecho y administración pública en las Indias hispánicas*, vol I. Cuenca: Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 2002.

GROSSI, Paolo. *Mitología jurídica de la Modernidad*. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madri: Ed. Trotta, 2003.

GUARDIOLA Y SÁEZ. *El corregidor perfecto y juez exactamente dotado de las calidades necesarias para el buen gobierno económico y político de los pueblos y la más recta administración de justicia en ellos, y avisado, entre otras cosas, de las muchas cargas y obligaciones de su oficio: conforme a las leyes divinas, derecho real de España, y reales resoluciones hasta ahora publicadas sobre la nueva planta y escala admirable de los corregimientos y alcaldías mayores de estos reynos*. Madri: en la Imprenta y Librería de López, 1785.

GUZMÁN, Alejandro. *Decisión de controversias jurisprudenciales y codificación del derecho en la época moderna*. Madri: Anuário de Historia del Derecho español, 1980.

HOMEM, António Pedro Barbas. *Judex perfectus. Função jurisdicional e estatuto judicial em Portugal, 1640-1820*. Coimbra: Almedina, 2003.

IRRIZARRI, F. *Vida admirable, y heroicas virtudes del seraphin en el amor divino, devotísimo hijo, y capellán amante de María Santísima, el V. P. Juan de Alloza, de la Compañía de Jesús, natural de Lima*. Madri: Diego Martínez Abad, 1715.

LARA, Silvia H. & MENDONÇA, Joseli Maria N. (org.). *Direitos e justiças no Brasil*. Campinas: Unicamp, 2006.

LAYMANN, Paul. *Theologiae morali in quinque libros partitae*. ed. Venetiis, 1710.

LEITES, E. (ed.). *Conscience and casuistry in Early Modern Europe*. Cambridge-Paris: Cambridge University Press-Maison des Sciences de l'Homme, 2002.

LUQUE TALAVÁN, M. *Un universo de opiniones. La literatura jurídica indiana*. Madri: C.S.I.C., 2003.

MARAVALL, José A. *La cultura del Barroco. Análisis de una estructura histórica*. 4<sup>a</sup> ed. Barcelona: Ariel, 1986.

MARCOCCI, Giuseppe. *A consciência de um Império: Portugal e o seu mundo (séculos XV-XVII)*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2012.

MARCOCCI, Giuseppe. *Pentirsi ai Tropici. Casi di coscienza e sacramenti nelle missioni portoghesi del '500*. Bolonha: EDB, 2013.

MARILUZ URQUIJO, J. M. La acción de sentenciar a través de los apuntes de Benito de la Mata Linares. *Revista de Historia del Derecho*, n. 4, Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1976.

MARTEL PAREDES, Víctor Hugo. El lugar del probabilismo en las ideas políticas del Perú. *Solar*, n° 3, año 3, Lima, 2007.

MARTIRÉ, E. *Las audiencias y la administración de justicia en las Indias. Del iudex perfectus al iudex solutus*. Buenos Aires: Librería Histórica, 2009.

MECCARELLI, Massino. *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comunne*. Milão: Giufré, 1998.

MORSE, Richard. *O espelho de Próspero – Culturas e ideias nas Américas*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MUÑOZ GARCÍA, Ángel. *Diego de Avendaño, 1594-1698: filosofía, moralidad, derecho y política en el Perú colonial*. Lima: UNMSM, Fondo editorial, 2003.

O'NEILL, Ch. y DOMÍNGUEZ, Joaquín María. *Diccionario histórico de la Compañía de Jesús*. Madri: Universidad Pontificia de Comillas, 2001.

O'REILLEY, Francisco. Duda y opinión. La conciencia moral en Soto y Medina. *Cuadernos de Pensamiento Español*, nº 32. Pamplona: Ediciones de la Universidad de Navarra, 2006.

PINCKAERS, Servais Théodore. *Las fuentes de la moral cristiana. Su método, su contenido, su historia*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2000.

PRODI, Paolo. *Uma história da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SAMPSON, Margaret. *Laxity and liberty in seventeenth-century English political thought*. In: LEITES, Edmund (ed.). *Conscience and casuistry in Early Modern Europe*. Cambridge-Paris: Cambridge University Press-Editions de la Maison des Sciences de l'Homme, 2002.

SOLÓRZANO Y PEREIRA, Juan. *Política indiana dividida en seis libros*. Corrigida e ilustrada pelo licenciado d. Francisco Ramiro de Valenzuela. Madri: en la Imprenta Real de la Gazeta, 1776.

TAU ANZOÁTEGUI, V. *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho indiano*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992.

\_\_\_\_\_. *El poder de la costumbre. Ensayos sobre el derecho consuetudinario en América hispana hasta la Emancipación*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2001.

VALLEJO, J. Acerca del fruto del árbol de los jueces. Escenarios de la cultura del "ius communne". *AFDUAM*, 2, 1988, p. 19-46.

Recebido: 29/10/2013 – Aprovado: 02/07/2014