

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PEDRO FRANÇA AIRES

O DIREITO ENTRE A LEI E A LIBERDADE:
UMA DISSERTAÇÃO SOBRE O PROBABILISMO JURÍDICO

Orientador: Prof^o. Dr. Nelson Nery Junior

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

SÃO PAULO

2021

PEDRO FRANÇA AIRES

O DIREITO ENTRE A LEI E A LIBERDADE:
UMA DISSERTAÇÃO SOBRE O PROBABILISMO JURÍDICO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito parcial à obtenção do título de MESTRE em Direito – Núcleo Difusos e Coletivos.

Orientador: Profº. Dr. Nelson Nery Junior

Aprovado em: ____ de _____ de _____

Banca Examinadora

Professor Doutor Nelson Nery Junior

Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor Doutor Georges Abboud

Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor Doutor Henrique Garbellini Carnio

Instituição: Universidade Presbiteriana Mackenzie

Julgamento: _____

Assinatura: _____

SÃO PAULO

2021

DEDICATÓRIA

*In memoriam Maria Helena Figueiredo Souza
Martins e José Carlos Calçada Bastos Aires.*

EPÍGRAFE

“Incertidumbre” no es solamente una palabra que me gusta mucho, es un estado que me cumple¹.

“Incerteza” não é só uma palavra de que gosto muito; é o meu destino.

¹ BENET, Juan. *Sobre la Incertidumbre*, 1.ª ed., Barcelona: Ariel, 1982, p. 8.

AGRADECIMENTOS

À minha esposa, **Cristiana Rohrs Lembo**, a primeira revisora de tudo o que escrevo. A você – sempre a você –, que teve a paciência de lidar com minhas oscilações entre indisponibilidade e grosseria. Sem você ao meu lado, como parceira, cúmplice e testemunha, eu não teria por que viver.

A meu orientador, **Professor Nelson Nery Junior**, pelas críticas e sugestões feitas durante todo o trabalho. Modelo de seriedade, erudição e bom-humor, dentro e fora da sala de aula.

Ao mentor e amigo, **Georges Abboud**, meu exemplo de vida intelectual e profissional, que me chamou, em 2019, à pesquisa e à docência e com quem tanto conversei sobre esse tema. Sem você, eu não teria percebido a importância dessa pesquisa para nossas preocupações atuais.

À **Carmen Lígia Nery, Maria Carolina Nery e Ana Luíza Nery**, por terem me apoiado nessa empreitada acadêmica.

Ao mentor e “tio”, **Rafael Ruiz Gonzalez**, o eterno “Rafa”. O homem que me acendeu a centelha da fé católica, me ensinou o valor da filosofia e da literatura e me apresentou o Probabilismo.

À minha mãe **Maria Eugênia Figueiredo Souza Martins Aires**, pelo amor à verdade e à clareza, e por todas as conversas jogadas fora, ao telefone.

A meu pai, **Antônio Manuel França Aires**, pelo exemplo de honradez e bondade, pelo amor aos livros, aos estudos e à Língua Portuguesa. Sobretudo pelas valiosíssimas sugestões estilísticas.

A **ambos**, pelo amor e apoio incondicionais. Desculpem-me pela ausência em tantos almoços de sábado.

À minha sogra, **Patrícia Gipponi Rohrs Lembo**, que sempre torceu por mim, por todos os abraços, beijos e cafunés e tantos cafés de domingo.

Ao **Sérgio Calux**, meu melhor amigo, que tanto me influencia, me cobra e me alegra. O maior exemplo de disciplina e excelência intelectual que eu tenho.

Ao **Matthäus Kroschinsky**, por todas as críticas, sugestões e parceria profissional.

À **Maira Santos**, com quem aprendo, em todas as terças e n’alguns outros dias, a ser professor.

Ao **Professor Pedro Estevam Serrano**, pelas valiosas críticas feitas durante o Exame de Qualificação.

RESUMO

Esta dissertação consiste numa introdução ao Probabilismo Jurídico, corrente de pensamento teológico-moral vigente na Península Ibérica e na América Espanhola, entre séculos XVI e XVIII. Seu objetivo principal é partir das preocupações da Teoria do Direito contemporânea (em especial, a análise das consequências das decisões judiciais) e demonstrar como elas já estavam presentes em outro período histórico. Para tanto, o primeiro capítulo aborda os atuais desafios do direito, numa perspectiva histórica, valendo-se da noção de pós-modernidade. No segundo capítulo, delinea-se o contexto cultural dos Descobrimentos, com ênfase no projeto que os ibéricos traçaram para si, que contribuiu para o surgimento do Probabilismo Jurídico. No terceiro capítulo, explica-se como, na Teologia Moral dos séculos XVI-XVIII, preocupada com a solução de casos de consciência, surgiu o chamado Probabilismo Moral, que deu origem ao Probabilismo Jurídico. No quarto capítulo, organizam-se os principais elementos do Probabilismo Jurídico, à luz de três dos seus autores mais acessíveis, Bartolomé de Medina, Francisco Suarez e Juan de Caramuel y Lobkowitz, e de alguns casos concretos, a fim de caracterizá-lo como um pensamento marcado pelas noções de prognose, circunstância e prudência. No quinto capítulo, são comparados o consequencialismo pós-positivista e o Probabilismo Jurídico, no que diz respeito a como essas duas correntes de pensamento abordam os efeitos advindos das decisões judiciais. No sexto e último capítulo, são feitas algumas sugestões de como essa pesquisa poderia ser aprofundada no futuro.

Palavras-chave: Probabilismo Teológico – Probabilismo Moral – Probabilismo Jurídico – Teologia – Teologia Moral – Filosofia – Filosofia Moral – História do Direito – História do Direito Moderno – Séculos XVI-XVIII – Descobrimentos – Pensamento ibérico – Pós-modernidade – Pós-positivismo – Consequencialismo.

ABSTRACT

This dissertation is an introduction to Legal Probabilism, a branch of theological-moral thought that was influential in the Iberian Peninsula and in Spanish America, between the 16th and 18th centuries. Its main objective is to depart from the concerns of contemporary Theory of Law (in particular, the analysis of the consequences of judicial decisions) and demonstrate how they were already present in another historical period. Therefore, the first chapter addresses the current challenges of law, in a historical perspective, drawing on the notion of post-modernity. In the second chapter, the cultural context of the Great Discoveries is outlined, with emphasis on the project that the Iberians traced for themselves, which contributed to the emergence of Legal Probabilism. The third chapter explains how, in the Moral Theology of the 16th-18th centuries, concerned with the solution of cases of conscience, Moral Probabilism emerged, which gave rise to Legal Probabilism. The fourth chapter organizes the main elements of Legal Probabilism, in the light of three of its most accessible authors, Bartolomé de Medina, Francisco Suarez and Juan de Caramuel y Lobkowitz, and some concrete cases, in order to characterize it as a thought marked by the notions of prognosis, circumstance and prudence. In the fifth chapter, post-positivist consequentialism and Legal Probabilism are compared, with regard to how these two currents of thought approach the effects arising from judicial decisions. In the sixth and final chapter, some suggestions are made on how this research could be further developed in the future.

Keywords: Theological Probabilism – Moral Probabilism – Legal Probabilism – Theology – Moral Theology – Philosophy – Moral Philosophy – History of Law – History of Modern Law – 16th-18th Centuries – Discoveries – Iberian Thought – Post-Modernity – Post-Positivism – Consequentialism.

Sumário.

CAPÍTULO 1 – INTRODUÇÃO: POR QUE ESTUDAR O PROBABILISMO JURÍDICO?	9
1.1. PRIMEIRAS PALAVRAS.....	9
1.2. POR ONDE COMEÇAR? O JURISTA ENTRE OS CASOS E O SISTEMA.....	10
1.3. A RAIZ DA ENCRUZILHADA: LEI VERSUS DIREITO; ORDEM VERSUS NORMA	13
1.4. O MUNDO PÓS-MODERNO: COMPLEXIDADE E INCERTEZA	15
CAPÍTULO 2 – A DESCOBERTA DO OUTRO.....	20
2.1. AS PERGUNTAS DE ITALO CALVINO.....	20
2.2. “O EVENTO MAIS CALAMITOSO DE TODOS OS TEMPOS”	21
2.3. DESAFIOS INTELECTUAIS DAS GRANDES NAVEGAÇÕES.....	24
2.4. O EXEMPLO GEOGRÁFICO	26
2.5. O EXEMPLO ANTROPOLÓGICO.....	27
2.6. AS RAÍZES DO PROBABILISMO.....	30
CAPÍTULO 3 – O PROBABILISMO NA TEOLOGIA MORAL	32
3.1 AS ORIGENS RELIGIOSAS DO PROBABILISMO.	33
3.2. BARTOLOMÉ DE MEDINA, O FUNDADOR.....	37
3.3. FRANCISCO SUÁREZ: A VIDA MORAL NUM MUNDO COMPLEXO	38
3.4. JUAN DE CARAMUEL: SÓ SE PODE ESTAR CERTO DE QUE TUDO É INCERTO	40
3.5. O SALDO: BLAISE PASCAL, AS PROVINCIAIS E O FIM DO PROBABILISMO.....	41
CAPÍTULO 4 – O PROBABILISMO NO DIREITO.	44
4.1. O DIREITO AOS OLHOS DE UM PROBABILISTA.....	45
4.2 A CONSCIÊNCIA ENTRE A LEI E A JUSTIÇA: O <i>IUDEX PERFECTUS</i> E ÁRVORE DAS VIRTUDES.	47
4.3. <i>ARBITRIUM</i> : O CAMINHO DA CONSCIÊNCIA.....	49
4.4. A ADMINISTRAÇÃO PROBABILISTA DA JUSTIÇA.....	50
4.5. O PAPEL DO COSTUME.	52
4.6. EXEMPLOS	54
4.7. UM RESUMO DAS CARACTERÍSTICAS CONCRETAS DO PROBABILISMO JURÍDICO	57
CAPÍTULO 5 – PROBABILISMO, PÓS-POSITIVISMO E CONSEQUENCIALISMO.....	58
5.1. O PONTO DE VISTA PÓS-POSITIVISTA SOBRE O DIREITO E OS FATOS	58
5.2. COMO O DIREITO CONTEMPORÂNEO ANALISA AS CONSEQUÊNCIAS DAS DECISÕES JUDICIAIS	63
5.3. OS LIMITES (CONSTITUCIONAIS) DO CONSEQUENCIALISMO	65
5.4. CONSEQUÊNCIA E CIRCUNSTÂNCIA, DISCRICIONARIEDADE E <i>ARBITRIUM</i> : DIFERENÇAS, SEMELHANÇAS E APROXIMAÇÕES	66
CAPÍTULO 6 – CONCLUSÕES E SUGESTÕES.....	68
BIBLIOGRAFIA	71

CAPÍTULO 1 – INTRODUÇÃO: POR QUE ESTUDAR O PROBABILISMO JURÍDICO?

1.1. Primeiras palavras.

Antes de começarmos, é preciso logo admitir: esta é uma dissertação *sui generis*. Trata do Probabilismo Jurídico, que é, para nós, mais do que um tema acadêmico; é uma visão de mundo à qual, por fascínio e afinidade, nos aproximamos durante os últimos anos. Escrever sobre essa teoria do direito, não deixa de ser, sob muitos aspectos, uma tentativa, uma prova, um experimento.

Para o italiano Alfonso Berardinelli “quem erra o gênero literário (...) comete erro sobre erro e desperdiça as próprias energias”². Logo, a esta forma dissertativa, juntamos um pensamento ensaístico, aproximativo.

De acordo com Robert Musil, essa maneira de pensar é legítima quando a meticulosidade científica for impossível.³ Isso não significa renunciar ao rigor, mas adequar a exposição ao caráter fugidio e, atualmente, indefinido do nosso objeto de estudo.

Veremos que o Probabilismo caiu em desgraça na história das ideias do ocidente, apesar de muito ter influenciado a administração da justiça, na Europa e na América ibéricas, entre os séculos XVI e XVIII.

O assunto está perdido na história e é, por isso, um ilustre desconhecido dos juristas de hoje, mais preocupados com o que se faz urgente em todos os tempos e especialmente no Brasil: os desmandos do poder e o arbítrio dos juízes.

Nesse inventário de desassossegos, parece haver pouco espaço para as curiosidades do passado. A pergunta chega fácil e inevitável: “em que é útil

² BERARDINELLI, Alfonso. A forma do ensaio e suas dimensões. *Remate dos Males*, Campinas: São Paulo, v. 31, n.1-2, pp. 25-33, 2012, p. 26.

³ MUSIL, Robert. Sobre livros de ensaios. *In: Ensaios de Robert Musil. 1900-1919*, Seleção, tradução, textos críticos e notas de Kathrin Rosenfield, 1.ª ed., São Paulo: Perspectiva, 2021, pág. 134.

ao homem do presente a consideração monumental do passado, o ocupar-se com os clássicos e os raros de tempos antigos?”⁴

Não precisamos respondê-la. Um dos nossos objetivos será mostrar que, tanto no passado, como no presente, tanto no Probabilismo Jurídico, como nas atuais teorias do direito, a incerteza e a complexidade da vida se fizeram presentes, seja pela descoberta do Novo Mundo, seja pela invenção do Mundo Digital e a Globalização. Eis o que une o conteúdo antigo à forma moderna, e justifica, em pleno século XXI, a volta às origens de uma tradição jurídica esquecida.

1.2. Por onde começar? O jurista entre os casos e o sistema.

Dito isso, de onde partiremos? Da nossa atual experiência jurídica. Vivemos, agora, sob a tensão de duas maneiras de se olhar e conceber o Direito e o papel de suas decisões. Ora pensamos em casos, ora no sistema, nos problemas da vida e nas soluções das leis e da Constituição.

Uma das obras mais famosas acerca desse impasse é o pequeno ensaio *História e Significado do Pensamento Sistemático na Ciência do Direito (Geschichte und Bedeutung des Systemgedankes in der Rechtswissenschaft)*⁵. Nela, Helmut Coing expõe o vai e vem errático e inconstante do Direito entre a aspiração ao sistema e a atenção à realidade dos casos; sua oscilação entre o empírico e o abstrato.

Como bem nota Coing, essa indecisão não é exclusiva dos juristas. É, antes, uma tendência natural do espírito humano, que ora nos faz voltar para os *problemas reais* e as *circunstâncias* que os tornam únicos, ora para um *único ponto de vista unificador* que, pairando alto, acima das contingências, *aplacasse a confusão do mundo*⁶.

⁴ NIETZSCHE, Friedrich. *Obras Incompletas*, 3.^a ed., São Paulo: Abril Cultural, 1983, Da Utilidade e Desvantagem da História para a Vida, § 2, p. 60.

⁵ Citado aqui a partir da edição mexicana: COING, Helmut. *Historia y Significado de la Idea del Sistema en la Jurisprudencia*, 1.^a ed., México: Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1959.

⁶ *Ibidem*. Pág. 22.

Apesar de não serem os únicos a sofrer com isso, os juristas deram uma cor peculiar à sua angústia. A ideia de *sistema jurídico* não compreende apenas uma tentativa de ordenar ou organizar o conhecimento que se tem sobre as regras de Direito. Implica, também, a descoberta de uma espécie de *conexão interna* entre as coisas, que nos permitisse *deduzir* a mais individual das normas das mais genéricas, numa formidável cadeia lógica.

Os empíricos, um pouco menos otimistas sobre as possibilidades do conhecimento humano, tomam a posição contrária e

negam que haja tal conexão interna entre as regras de Direito, ou que ela possa ser conhecida. Para eles, o Direito é mais um conjunto de regras originadas historicamente – e isso quer dizer, no presente contexto, de forma mais ou menos acidental –, cuja única conexão é precisamente a sua relação com um campo determinado da vida [...].⁷

A oposição entre os “empíricos” e os “abstratos”, longe de ser um embate sobre o sexo dos anjos, tem consequências práticas fundamentais. Assumir qualquer uma dessas posturas significa, antes de tudo, definir a *tarefa do jurista*, a *função da lei* e, em última instância, o *fim mesmo do Direito*, de forma radicalmente distinta.

Esse jogo de contrários pode ser encarado de forma ainda mais ampla, para muito além do direito. Vislumbrando-o a partir da história geral do pensamento ocidental, é possível encaixá-lo no esquema descritivo dos “analíticos *versus* continentais”.

Segundo Franca D’ Agostini, essa dicotomia opõe dois modos diversos de conceber a prática filosófica: “uma ‘filosofia científica’, fundamentada na lógica, nos resultados das ciências naturais e exatas, e uma filosofia de imposição ‘humanística’, que considera determinante a história e pensa a lógica

⁷ Ibidem. Pág. 23. No original: *niegan que haya tal conexión interna entre las reglas del derecho, o que sea conocible para nosotros. Para ellos, el derecho es más bien una suma de reglas originadas historicamente – y esto quiere decir, en el presente contexto, más o menos accidentalmente – cuya única conexión es precisamente su relación con un campo determinado de la vida [...]*

como ‘arte do *logos*’, ou ‘disciplina do conceito, mais do que como cálculo ou computação.’⁸

A antítese entre “empíricos” e “abstratos” reproduz, assim, no interior do direito, o embate entre “duas culturas”⁹ que se distanciam, constante e progressivamente.

Aproveitando ainda o ensaio de Coing, o jurista sistemático é um *lógico par excellence*. Sua tarefa consiste em solucionar um caso a partir do conjunto de regras abstratas do corpo do sistema, deduzindo delas uma regra individual que o resolva. Já o empírico é, ao contrário, um *investigador*. Toda a sua atividade gira em volta da busca pela compreensão mais completa possível das circunstâncias dos casos¹⁰. É esse o ponto de partida da procura por soluções entre tudo aquilo que foi antes decidido nos Tribunais.

Se a ferramenta principal daqueles que se ocupam do Direito é a *lei*, para cada um desses *tipos jurídicos* esta desempenha papel *próprio e antagônico*. Os sistemáticos, entusiastas dos códigos, atrevem-se a pensar que a totalidade do direito poderia ser capturada num conjunto de proposições gerais e abstratas, conectadas em harmonia. Os empíricos, céticos sobre a redução do Direito à lei, admitem apenas a possibilidade de regular certos problemas individuais, não se deixando levar pela ousada utopia de disciplinar todo um campo do Direito sem ter diante de si as circunstâncias do caso.

A consequência final da escolha por qualquer uma dessas visões é decidir pela *razão de ser do Direito*: ou ele serve à paz social, garantindo igualdade e segurança jurídica – se optarmos pelo sistema –, ou é a única ferramenta para encontrar a solução justa e adequada àquele determinado caso concreto – se formos empíricos.

Como se chegou a esse impasse tão doloroso? Se precisássemos indicar suas raízes na história europeia recente, chegaríamos logo ao

⁸ D’AGOSTINI, Franca. *Analíticos e Continentais*. Guia à filosofia dos últimos trinta anos. São Leopoldo: Editora da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 1997, p. 22.

⁹ A expressão foi tirada do título da famosíssima palestra de C.P. Snow, ministrada em Cambridge, durante o final dos anos 1950. Ver: SNOW, Charles Percy. *The Two Cultures*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

¹⁰ *Ibidem*, p. 23: *Para el empírico, en cambio, el peso de la actividad jurídica está en la comprensión plena de las circunstancias objeto de cada caso.*

acontecimento que deu fim à Idade Média e anunciou o começo da era Moderna: a criação do Estado Nacional.

1.3. A raiz da encruzilhada: lei versus direito; ordem versus norma¹¹.

O sistema não seria possível sem a encarnação moderna do *poder*¹². Na visão medieval, formada pela convivência pacífica e eficiente de organizações comunitárias, das companhias de ofício e da própria Igreja Católica, não há lugar para governantes onipotentes. Nessa realidade peculiar, o poder político não está nas mãos do *governo* – ineficiente e incompleto –, mas sim disperso nos braços da *sociedade*, que existe como que à sua margem.

Filhos do mundo Moderno e de uma pátria colonizada, é-nos realmente difícil compreender o Direito medieval. Desprendido de qualquer forma de autoridade centralizada e oficial, tem seu fundamento em mil e outras raízes: na colaboração humana, no credo católico e até mesmo no sangue. É autônomo, real, e existe em meio à história, ligado como nunca aos homens e à vida. Confunde-se com a própria sociedade por ele regulada, como se estivesse dentro da natureza das coisas, esperando por ser lido e descoberto¹³.

O Direito era, assim, parte da cosmologia medieval: exprimia uma ordem natural, projetada por Deus sob seus filhos. Essa *ordenatio* poderia ser compreendida por aqueles que, seguindo a lição de São Tomás de Aquino, tinham o conhecimento pelo maior ato de humildade diante do espetáculo do mundo¹⁴.

Com o advento do Estado Moderno, a disposição tranquila dos juristas medievais cederia lugar ao projeto político dos Príncipes: a imposição de uma

¹¹ Como ficará claro a partir da leitura, a palavra *norma* é utilizada no título da seção sem invocar o sentido kelseniano do termo, que muito deve a um período e uma noção muito posteriores ao Probabilismo Jurídico, a democracia pós-revolucionária e a ideia moderna de legalidade.

¹² A versão mais recente e sedutora dessa tese histórica encontra-se no pequeno grande livro do italiano Paolo Grossi, *Mitología Jurídica de la Modernidad*, Madrid: Editorial Trotta, 2003, cujas observações foram seguidas à risca nesta seção.

¹³ GROSSI. Paolo. Opus citatum, p. 27.

¹⁴ *Summa Theologica*. I-II, q-90, art.4.

vontade única sobre a vida dos súditos, isolada do mundo e indisposta a se humilhar na contemplação das coisas.

Esse novo propósito de governo suprimiria todo e qualquer outro ordenamento que estivesse acima da sociedade (como os feudos e a Igreja), ou abaixo dela (como as comunas e corporações de ofício), para centralizar o poder e a produção jurídica num único ponto¹⁵.

O Direito assumiria uma nova forma: o que importa agora é quem “manda” e o conteúdo organizado das suas vontades. Os juristas, que antes encontravam a solução para os casos levando em conta os detalhes de cada relação particular, agora a procuram na lei, manifestação perfeita e acabada da vontade soberana, que paira imóvel, longe das contingências.

Se no mundo medieval o Direito deveria se adequar à vida, descobrindo a ordem natural, na sua versão moderna reduz-se a uma atividade de interpretação. Para resolver um litígio, é preciso reconstruir a vontade do Príncipe inscrita naquele ou neste comando legal, inserido num sistema. A *ordem* dá lugar à *norma*, que, numa curiosa inversão, torna-se o eixo do pensamento jurídico e político da Modernidade. Os investigadores dos casos são convidados a se retirar, dando espaço aos lógicos.

Paolo Grossi chama a atenção para isso, ligando o nascimento da concepção moderna do direito – encarado como mera interpretação dos ditames do poder – à emergência do pensamento jurídico sistemático e à crescente separação entre vida e texto.¹⁶

Essa difícil transição modificaria para sempre a consciência europeia. O mundo fora lançando numa assustadora ebulição intelectual, que renderia inúmeros frutos para a posteridade, consagrados na opinião comum: a trindade revolucionária, o Estado Constitucional de Direito, a Democracia...

¹⁵ Ver BOBBIO. Norberto, *Teoria Geral do Direito*. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, Pág.23.

¹⁶ GROSSI. Paolo, Opus citatum. Pág. 48. No original: “*En suma, remitirse a la norma, se quiera o no, significa siempre y en todo caso conceber el derecho de modo potestativo, ligarlo estrechamente al poder (...). Remitirse a la norma y al sistema de normas significa también invocar el camino de una separación clara entre producción y aplicación del derecho entre mandato y vida, entre un mandato que se concluye y se agota en un texto y la vida que continúa y cambia, a pesar del texto y con frecuencia más allá del texto y contra el texto (...).*”

Contudo, a sombra dos casos ainda se projeta sobre o edifício do sistema jurídico moderno. Embora sejamos herdeiros dessa tradição, admitimos de pronto, após duas Guerras Mundiais, que “(a)s normas não são capazes de antecipar totalmente a multiplicidade de suas possibilidades de uso e aplicação”, permanecendo “incompletas ou, ao menos, carentes de interpretação”.¹⁷

Por isso, mais do que sobre a lei ou a ordem, a teoria do direito dos nossos tempos debruça-se sobre como devemos interpretar as normas jurídicas, para fazê-las valer “sempre de modo local e situacional”.¹⁸

É a partir dessa experiência que jogaremos luz sobre o passado. O Probabilismo muito tem a nos dizer sobre os problemas que enfrentamos hoje, porque há, entre eles e os que se propõem a enfrentar, mais proximidade do que distância. Expliquemos brevemente.

1.4. O mundo pós-moderno: complexidade e incerteza.

Hoje em dia, olhamos o direito a partir dos juízes e das suas decisões, situados entre o sistema e os casos, sob a pressão de resolver os problemas que lhes são trazidos no menor tempo possível.¹⁹

Nesse contexto, teóricos dos mais variados, franceses²⁰ e alemães²¹, têm se aventurado a afirmar que o direito do século XXI contém, em si próprio, algum elemento que escapa tanto à lógica (*sistema*) quanto à tradição e ao caso concreto. No lugar da justiça ou da previsibilidade, temos um mistério, “a

¹⁷ VESTING, Thomas. *Teoria do Direito: Uma Introdução*, São Paulo: Saraiva, 2015, p. 211.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ DERRIDA, Jacques. *Fuerza de Ley: El fundamento místico de la autoridad*, 2.^a ed., Madrid: Tecnos, 2008, p. 63.

²⁰ Por exemplo, além de Derrida, NANCY, Jean-Luc. *Juste impossible*, Paris: Bayard, 2007 e a coletânea editada por HUTCHENS, B.C. (ed.) *Jean-Luc Nancy: Justice, Legality and World*, London: Continuum Studies in Continental Philosophy, 2012.

²¹ LADEUR, Karl-Heinz e AUGSBERG, Ino. Auslegungsparadoxien. Zu Theorie und Praxis juristischer Interpretation. *Rechtstheorie* 36 (2005), pp. 143-184; LADEUR, Karl-Heinz. *Postmoderne Rechtstheorie. Selbstreferenz – Selbstorganisation – Prozeduralisierung*, Berlin: Dunker & Humblot, 1992.

experiência singular e em princípio desanimadora de que, em última instância, é impossível ‘decidir’ qualquer problema jurídico.”²²

A isso dá-se o nome de *complexidade*. Os problemas atuais são tão mais intrincados que, muitas vezes, não os conseguimos identificar ou muito menos compreender. Confrontados com esse desafio, o direito e os juristas ensaiam as grandes respostas do nosso tempo, dispondo-se, inclusive, a reconhecer que, em certos casos, é melhor que não se decida. Afinal, enquanto não temos o conhecimento necessário para apreender a realidade contemporânea, os “conflitos a serem regulados assumem a condição de verdadeiros paradoxos”, perguntas sem respostas.²³

A complexidade é uma das marcas do estado de coisas pós-moderno. Sabemos que o termo “pós-modernidade” é questionável e tem sido criticado.²⁴

Apesar disso, a expressão tem, a nosso ver, inegável valor descritivo, sobretudo no que diz respeito à desconfiança atual acerca das metanarrativas ou metarrelatos.²⁵ Estes, segundo Silvano Santiago, no pós-fácio à tradução brasileira do ensaio de Jean-François Lyotard, *A condição pós-moderna*:

(...) foram os grandes responsáveis pela constituição – nos tempos modernos – de grandes atores, grandes heróis, grandes perigos, grandes périplos e, principalmente, do grande objetivo sociopolítico e econômico, trazendo uma impossível mas almejada grandiosidade para um mundo que mais e mais dava como burguês e capitalista, baixo e decadente.²⁶

²² Editor, R. (2019). Crítica da violência: crítica do poder – WALTER BENJAMIN. *Revista Espaço Acadêmico*, 2 (21), p. 5.

Recuperado

de

<http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/46277>.

²³ ABOUD, Georges. *Direito Constitucional Pós-Moderno*, 1.ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil/Revista dos Tribunais, 2021, p. 567.

²⁴ Veja-se, por exemplo: HICKS, Stephen. *Explaining post-modernism: skepticism and socialism from Rousseau to Foucault*. Expanded Edition, Ockham’s Razor Publishing, 2011; LINDSAY, James e PLUCKROSE, Helen. *Cynical Theories: How Activist Scholarship Made Everything about Race, Gender, and Identity – And Why This Harms Everybody*, Pitchstone Publishing, 2020; e os bem mais clássicos e menos histriônicos SOKAL, Alan e BRICMONT, Jean. *Impostures intellectuelles*, Paris: Odile Jacob, 2013; e BOUVERESSE, Jacques. *Prodiges et vertiges de l’analogie: De l’abus des Belles-lettres dans la pensée*, Paris: Raisons d’agir éditions, 1999.

²⁵ LYOTARD, Jean-François. *La condition postmoderne: rapport sur le savoir*. Paris: Les Éditions de Minuit, 1979, p. 7.

²⁶ SANTIAGO, Silvano. Pós-fácio: a explosiva exteriorização do saber. In: LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*, Rio de Janeiro: José Olympo, 2009, p. 127.

Hoje em dia não se tem mais fé nesses discursos, o que faz com que a complexidade social aumente vertiginosamente. A sociedade contemporânea, como entende o alemão Thomas Vesting, está cada vez mais livre de qualquer finalidade prévia, seja porque não parece mais existir uma natureza humana, seja porque nos ensurdecemos à vontade divina. As hierarquias são criticadas, os valores são inúmeros e antagônicos, e as estruturas tradicionais são, aos poucos, substituídas pelo “autoestabelecimento de redes de comunicação autônomas e independentes”.²⁷

Pois bem. Enquanto os sistemas e os casos cedem hoje lugar à complexidade, e o direito vive às voltas com o que lhe escapa, há 500 anos, um embate muito similar era travado, guardadas as devidas proporções, no mundo ibérico. Em vez das sociedades das plataformas e dos efeitos da burocratização desenfreada, o Novo Mundo e a Modernidade, com todas as suas diferenças, colocavam os juristas na mais profunda *incerteza*.

O Probabilismo Jurídico representa, aos nossos olhos, uma notável tentativa de acolher a incerteza e indeterminabilidade no seio do direito. Não ignoramos todas as diferenças que nos separam do Portugal e da Espanha dos séculos XVI a XVIII, e que impedem uma comparação histórica automática sem qualquer ressalva²⁸. Afinal, uma das maiores tentações dos que se aventuram pela história – e pela história do direito em particular – é a de atribuir a uma época ou a um personagem as ideias, os valores e os sentimentos do presente.²⁹

Apesar disso, quando mencionamos a incerteza e a indeterminabilidade, queremos dizer que o Probabilismo ia além do textualismo e da subsunção, buscando, inclusive, objetivos semelhantes aos que animam a teoria do direito contemporânea. Enfatizá-lo nunca é demais, já que, em tempos como o nosso, pululam visões caricatas do passado pré-constitucional.

²⁷ VESTING, Thomas. The Network Economy as a challenge to create new Public Law (beyond the State). In: LADEUR, Karl-Heinz (org.). *Public Governance in the age of Globalization*. London: Routledge, 2017, p. 256-257.

²⁸ Trata-se, afinal, de um período em que o direito ainda não conquistara autonomia em relação à moral e à Igreja; a filosofia jurídica se confundia com a moral teológica e a justiça era, em todos os sentidos, Católica.

²⁹ STOLLEIS, Michael. *Escrever História do Direito: Reconstrução, Narrativa ou Ficção?*, São Paulo: Contracorrente, 2020, p. 46.

Nesse sentido, esta Dissertação coloca-se contra um espantalho que já se tornou muito comum, pelo menos em setores mais alheios às investigações do nosso passado jurídico: entender que o que haveria de melhor e mais interessante na história do direito teria surgido apenas depois das constituições.

Como exemplo contemporâneo dessa tendência, poderíamos citar a “reconstrução” de Robert Alexy do direito praticado no século XIX como um sistema fechado, regido inteiramente pelo método silogístico. Essa caracterização do direito decimonônico como uma “máquina de subsunção”, não passa de, segundo Karl-Heinz Ladeur e Ricardo Campos, uma estratégia falaciosa, que ignorou, deliberadamente, os esforços intelectuais dos juristas da época em, justamente, abrir o sistema jurídico para mantê-lo coerente.³⁰

Para contornar essas dificuldades, precisaremos dividir esta dissertação nas seguintes três seções: *história* (Capítulo 2), *religião* (Capítulo 3) e *direito* (Capítulo 4). A tríade foi inspirada pelo ensaio *Toward an Integrative Jurisprudence*, do jurista e historiador do direito Harold Berman, que propunha vislumbrar o direito como um fenômeno triplo, composto pela religião, pela história e pelo propriamente jurídico.³¹ Na primeira, trataremos do contexto cultural dos Descobrimentos, com ênfase no *projeto* que os ibéricos traçaram para si. Na segunda, explicaremos como, na Teologia Moral da Modernidade, preocupada com a solução de *casos de consciência*, surgiu o chamado *Probabilismo Moral*, pai da teoria de que nos ocupamos. Por fim, na terceira, tentaremos organizar os principais elementos do *Probabilismo Jurídico*, à luz de alguns dos seus autores mais acessíveis, e de alguns casos concretos, a fim de caracterizá-lo como uma sabedoria das incertezas aplicada ao direito: um pensamento marcado pelas noções de prognose, circunstância e prudência.

Uma vez fixadas as características essenciais do Probabilismo Jurídico, faremos uma comparação com os postulados do chamado consequencialismo pós-positivista, para ilustrar como algumas das

³⁰ LADEUR, Karl-Heinz e CAMPOS, Ricardo. Entre Teorias e Espantalhos – Deturpações constitutivas na teoria dos princípios e novas abordagens. In: CAMPOS, Ricardo (org.): *Crítica da Ponderação*. Método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social. São Paulo: Saraiva 2016, pp. 97-131, p. 103.

³¹ BERMAN, Harold. *Toward an Integrative Jurisprudence*. In: *Faith and Order: The Reconciliation of Law and Religion*, Michigan: Emory University Press, 1993, pp. 289-310, p. 307.

preocupações dessa teoria contemporânea do direito já estavam presentes no período compreendido entre os séculos XVI e XVIII, ainda que sob outras formas.

CAPÍTULO 2 – A DESCOBERTA DO OUTRO

2.1. As perguntas de Italo Calvino

Em 1976, foram reunidos, no *Grand Palais* de Paris, mais de 350 quadros, gravuras e objetos relacionados à imagem que os europeus faziam do Novo Mundo. Entre as perguntas que vieram à mente de Italo Calvino, enquanto passeava pela exposição *A América vista pela Europa*, destacam-se as seguintes: se um novo mundo fosse descoberto agora, saberíamos vê-lo? Conseguiríamos descartar da nossa mente todas as imagens que associamos à ideia de um mundo diverso, para enxergar a “verdadeira diversidade que se apresentaria aos nossos olhos?”³²

São válidas e urgentes, mesmo no século XXI. A nós, impõem-se com uma carga especial, pois tratamos, neste trabalho, de uma teoria do direito que, além de ter raízes nas obras de Teologia Moral dos dominicanos e jesuítas, já caiu em desuso há pelo menos quatrocentos anos. Isso implica um duplo desafio.

A dificuldade está, por um lado, em apreender o Probabilismo no contexto em que surgiu, com o mínimo de distorção. Só por isso, o objeto já é *exótico*, não no sentido corrente, mas naquele dado à palavra por Victor Segalen: o Probabilismo Jurídico provoca, com força, nossa curiosidade por algo cuja distância – espacial e temporal – só nós, que vivemos em 2021, conseguimos perceber.³³

Por outro, é preciso também entender que essa teoria do direito nasceu em resposta a uma crise intelectual a que não costumamos dar muita atenção. Trata-se do impacto *mental* do descobrimento da América, que foi decisivo para a configuração da modernidade. Diante do Novo Mundo, a Europa se viu confrontada com uma realidade complexa que lhe escapava por entre os dedos, colocando-se além de todas as referências tradicionais sobre a forma do

³² CALVINO, Italo. Como era novo o Novo Mundo. In: *Coleção de areia*, São Paulo: Companhia das Letras, 2010, pp. 17-24, p. 17.

³³ SEGALLEN, Victor. *Essay on Exoticism: An Aesthetics of Diversity*, Durham & Londres: Duke University Press, 2002, p. 21.

globo e a natureza humana. E é ao longo desse embate, dessa troca de projeções mútuas, distorções e tentativas de assimilação, que se encontram as sementes do Probabilismo. Não é à toa que o mesmo Calvino, no final de sua crônica sobre a mostra parisiense, admita não haver mais

uma Europa que possa olhar a América do alto de seu passado, de seu saber e de sua sensibilidade. A Europa já traz em si tanto de América – não menos que a América leva em si a Europa – que o interesse em observar-se – não menos forte e jamais frustrado – assemelha-se cada vez mais ao que se sente diante de um espelho: um espelho dotado do poder de revelar-nos alguma coisa do passado ou do futuro.³⁴

Este capítulo tratará, portanto, do contexto intelectual imediatamente anterior ao surgimento do Probabilismo. Exemplificaremos como a descoberta da América transformou certos aspectos da mentalidade europeia, trazendo à tona uma nova sensibilidade à incerteza das coisas humanas.

2.2. “O evento mais calamitoso de todos os tempos”.

Ninguém põe em dúvida que o descobrimento da América foi um dos acontecimentos mais importantes da história mundial. Principalmente nós, que lhe devemos tanto a língua portuguesa, o catolicismo e o direito, como a morte, a violência e a destruição dos povos nativos.

Balanços como esse são comuns no século atual e não têm nada de chocante ou inesperado. A crítica à barbárie da colonização já se tornou um lugar comum. Seria mentira, no entanto, dizer que constituem uma novidade típica do nosso tempo, um avanço da pós-modernidade.

Apenas trezentos anos depois da primeira viagem de Cristóvão Colombo ao continente americano, o jornalista e escritor Guillaume-Thomas Raynal já oferecia um prêmio a quem melhor respondesse às seguintes perguntas: “a descoberta da América foi útil ou nefasta para a humanidade? Se

³⁴ Ibidem, p. 24.

útil, como se poderiam explorar suas vantagens? Se nefasta, como diminuir seus malefícios?”³⁵

Questões como essas ainda são feitas, só que agora aos nossos vestibulandos, e não mais à opinião pública. O passar do tempo e as exigências da educação contemporânea já as “solucionaram”, por assim dizer, transformando séculos de discussão em frases prontas.

Um dos sinais mais claros desse engessamento mental é a oposição infrutífera entre a colonização europeia e as civilizações indígenas, da qual parece se ocupar boa parte do debate público. A empatia pelas vítimas locais da conquista ultramarina não nos retira o fardo, igualmente pesado, de tentar entender o que pensavam os europeus, de representar e explorar suas dúvidas e incertezas. Afinal, compreender os “algozes” da história pode nos revelar muito sobre nós próprios, herdeiros que somos, ainda que a contragosto, de passados sangrentos.

Antes que se pudesse chegar a essas frases prontas, muito se falou e se escreveu, na Europa, entre os séculos XVI e XVIII, sobre a importância e os riscos dos Descobrimentos. Contudo, o impacto das grandes navegações foi, ao mesmo tempo, tão monumental e confuso, que o concurso do “Abade”³⁶ não teve vencedores.³⁷

Em 1792, a *Académie Française* inaugurou uma nova competição do mesmo gênero. Dessa vez, os aspirantes eram provocados a examinar “a influência da América na política, no comércio e nos costumes da Europa.” O ensaio ganhador, de autoria anônima, começa com um suspiro muito familiar, uma exasperação comum a todos pesquisadores de todos os tempos: “(q)ue assunto vasto e inesgotável! Quanto mais se estuda, mais ele aumenta; um

³⁵ ELLIOTT, John Huxtable. *The Old World and The New, 1492-1650*, Canto Edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1992, p. 1.

³⁶ *Abbé Raynal* era seu irônico *nom de plume*, com o qual assinou todas as suas obras, mesmo depois de ter concluído sua educação jesuítica e renunciado aos seus votos eclesiásticos.

³⁷ ELLIOTT, John Huxtable. Opus citadum, p. 2 e ECHEVERRIA, Durand. *Mirage in the West: A History of the French Image of American Society to 1815*, Princeton: Princeton University Press, 1968, p. 173.

grande pensamento dá origem a outros maiores ainda e não há limites para a meditação.”³⁸

A tarefa, no entanto, foi cumprida. Oitenta e seis páginas de vários elogios aos avanços econômicos e benefícios políticos que a América trouxera à Europa, e algumas críticas aos impactos morais, que o autor julgava terem sido, em geral, muito perniciosos e degradantes. Admite, como prova, que os nativos foram as “vítimas infelizes de nossa avareza e atrocidade”, as quais, se pudessem ver a Europa entregue “às garras do luxo”, sentir-se-iam vingadas.³⁹

Talvez seja por isso que o estudo termina com uma crítica aos europeus que, tomados pelo *despotismo dos ricos*⁴⁰, eram fascinados pela América e indiferentes à Europa, cujos recursos naturais eram deixados à míngua⁴¹.

Neste capítulo, não nos interessa tratar dos custos e benefícios da exploração do continente americano, muito embora esse cálculo, pelo que vimos acima, já fascinasse os intelectuais do Século das Luzes.

Para melhor compreender a importância do Probabilismo na consciência europeia, é preciso ter ideia de algo distinto dos impactos políticos, morais e econômicos da descoberta do Novo Mundo. Algo que só poderíamos aferir séculos mais tarde, depois de importantes avanços historiográficos: as transformações *intelectuais* e *culturais* provocadas pelo contato com a América.

O Novo Mundo transformou o Velho e vice-versa. Separar a história das ideias entre Europa e América só nos dá uma imagem espiritual incompleta, fadada ao simplismo e à má-compreensão. Afinal, Cornelius de Pauw, também ele um dos grandes nomes do Iluminismo, podia afirmar, sem exagero que,

³⁸ No original: “*Quel vaste & inépuisable sujet! Plus on l'étudie, plus il s'agrandit; une grande pensée en fait naître de plus grandes, & il n'est point de limites pour la méditation.*” ANÔNIMO. *Discours composé en 1788, qui a remporté le prix sur la question: quelle a été l'influence de l'Amérique sur la politique, le commerce, et le moeurs de l'Europe?*, Paris, 1792, p.8.

³⁹ Ibidem, p. 57: “*Malheureuses victimes de notre avarice & de notre atrocité, voyez l'Europe en proie au luxe, & apprenez que vous êtes vengés.*”

⁴⁰ Ibidem., p. 56: “*Là règne un genre de despotisme sordide & corrompueur, le despotisme du riche*”.

⁴¹ Ibidem, pp. 77-78.

juntos, os feitos dos espanhóis e portugueses deram origem ao “o evento mais calamitoso de todos os tempos.”⁴²

2.3. Desafios intelectuais das Grandes Navegações.

As Grandes Navegações propuseram à Europa uma série de desafios intelectuais que foram decisivos para história da modernidade. Segundo o historiador inglês J.H. Elliott, desde 1492 o Novo Mundo sempre fez parte do Velho, embora sua forma e presença variassem conforme a época.⁴³ Durante boa parte da era moderna, a América representou um fenômeno *totalmente novo*, que se colocava, de forma violenta, além dos limites da experiência empírica e da sabedoria dos livros. Já em 1560, o advogado parisiense Etienne Pasquier surpreendia-se pelo fato de nenhum dos clássicos, seja grego ou latino, ter dito qualquer coisa sobre o continente americano ou seus nativos.⁴⁴⁻⁴⁵

Os obstáculos mentais à absorção da complexidade do Novo Mundo eram vários e formidáveis: cronológicos, geográficos, ambientais e linguísticos. Os esforços de incluir a América no horizonte intelectual europeu envolviam, pelo menos, quatro processos simultâneos, em parte dificultados pela distância, em parte pela novidade: *observar* (“comparar e classificar”⁴⁶), *descrever* (“relatar o desconhecido de tal forma que fosse entendido por aqueles que o não tinham visto”⁴⁷), *dissecar* (difundir “novas informações, novas imagens e novas ideias, de forma a que elas se tornassem parte do material mental aceite”⁴⁸), e *compreender* (“aceitar o inesperado, o não familiar”, olhá-lo “como fenômeno de

⁴² DE PAUW, Cornelius. Recherches Philosophiques sur les Américains. In: *Oeuvres Philosophiques*. Paris, 1794, vol. I, p. ii.

⁴³ ELLIOT, John Huxtable. Opus citadum, p. 7.

⁴⁴ PASQUIER, Etienne. *Les Oeuvres d'Etienne Pasquier*, vol. II, Amsterdam, 1723, liv. III, carta III, p. 55.

⁴⁵ A natureza dos asiáticos e africanos era conhecida, pelo menos de maneira geral.

⁴⁶ ELLIOT, John Huxtable. *O velho mundo e o novo: 1492-1650*, Lisboa: Editorial Quercus, 1984, p. 29.

⁴⁷ Ibidem, p. 29.

⁴⁸ Ibidem, p. 29.

pleno direito” e “alargar as fronteiras do pensamento de forma a que ele lá tivesse lugar”⁴⁹).

Ocorre que, como bem diria o Frei Thomas de Mercado, na *Summa de Tratos y Contratos* (1571), aconselhando os comerciantes de Sevilha: no Ultramar, “tudo é diferentíssimo: o talento dos nativos, a disposição da coisa pública, o método de governo e até a capacidade de serem governados.”⁵⁰ A maior dificuldade, entre os quatro processos que marcariam o encontro entre Europa e América, mesmo depois do contato generalizado de ambos os continentes, seria o *desafio da compreensão*.

A essa “questão do outro”, surgida com o descobrimento do Novo Mundo, Tzvetan Todorov dá uma importância paradigmática. Somos todos filhos de Colombo, daquele que tornou possível dar face ao que antes não era se conhecia, fechando o desenho da esfera terrestre.⁵¹

É a partir dela que surgirão as reações intelectuais mais diversas, formando, aos poucos, o cenário espiritual do Probabilismo. Não pretendemos, contudo, enumerá-las todas nesta dissertação.

De modo geral, gostaríamos de chamar atenção aos esforços que, partindo da *forma mentis* europeia tradicional, tentaram encaixar o que se passava no continente americano. Tais ensaios permitem afirmar que os europeus tinham, em algum grau, a noção de que a complexidade do Novo Mundo lhes escapava, fazendo-os repensar não só os limites da geografia, como as fronteiras da condição humana.

Daremos dois exemplos, um geográfico, e outro antropológico.

⁴⁹ Ibidem, p. 30.

⁵⁰ No original: “*Que en aquellos reynos son tan distintos de los de aca, quase en todo, quanto las tiertas son distantes. Todo es diferentissimo el talento de la gente natural, la disposicion de la republica, el modo de gobernar, y aun la capacidad para ser gobernados.*” MERCADO, Fray Thomas de. *Summa de Tratos, y Contratos. Compuesta por el muy Reverendo Padre Fray Thomas de Mercado de la Orden de los Predicadores, Maestro em sancta Theologia. Dividida em seys libros*, Sevilha: Hernando Diaz Impresor de Libros, en la calle dela Sierpe, 1571, p. 91.

⁵¹ TODOROV, Tzvetan. *A Conquista da América: a questão do outro*, 5.^a ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019, p. 7.

2.4. O exemplo geográfico.

Em 1537, Pedro Nunes, grande matemático português, traduz para nossa língua o *Tractatus de Sphaera (Tratado da Esfera)*, composto por Johannes de Sacrobosco, durante a primeira metade do século XIII. Trata-se de um pequeno texto didático, obrigatório para os estudantes de Astronomia, que sobreviveu, como introdução básica e elementar, até o final do XVII.⁵²

O Tratado da Esfera descreve, num estilo claro, simples e didático, a estrutura geral do mundo no ocaso da Idade Média. Foi adotado em Paris, Viena, Oxford, Bolonha, Bourges e Praga. A cada século, novas observações eram acrescentadas a esse volume. O tempo das conquistas marítimas (séculos XV e XVI) exigia, por exemplo, que os navegantes tivessem conhecimentos astronômicos mais detalhados e precisos da superfície do globo. Daí a necessidade *prática* não de só atualizar o texto, como de vertê-lo em Língua Portuguesa.

Nunes era ptolomaico⁵³; seu pensamento, aristotélico. Os problemas impostos pelas Grandes Navegações foram resolvidos pelo cálculo, suscitando, inclusive, a crítica de alguns de seus contemporâneos, que não partilhavam da crença na ordenação matemática da natureza.⁵⁴ Em sua tradução do texto de Sacrobosco, o matemático português ilustra e corrige, às margens do original, algumas passagens, para que refletissem as notícias que lhe chegavam das viagens ultramarinas.⁵⁵

Nunes também traduziu e emendou, de maneira ainda mais explícita, o *Livro da Geographia*, de Ptolomeu, no qual se acrescentou todo um capítulo a

⁵² THORNDIKE, Lynn. *The Sphere of Sacrobosco and Its Commentators*, Chicago: University of Chicago Press, 1949, p. 1.

⁵³ CAMENIETZK, Carlos Ziller. Introdução, pp. XXIII e XVI, In: SACROBOSCO, Johannes de. *Tratado da Esfera*, tradução Pedro Nunes, atualização para o português contemporâneo Carlos Ziller Camenietzk, 2.ª ed., São Paulo: Editora Unesp, 2011, pp. 48-56.

⁵⁴ ALBUQUERQUE, Luís de. e Diogo de Sá. In: *As navegações e sua projeção na ciência e na cultura*, Lisboa: Gradiva, 1987, p. 57-79.

⁵⁵ SACROBOSCO, Johannes de. *Tratado da Esfera*, tradução Pedro Nunes, atualização para o português contemporâneo Carlos Ziller Camenietzk, 2.ª ed., São Paulo: Editora Unesp, 2011, pp. 48-56.

tratar das suas incongruências, à luz do que “se sabe pelas Historias de nosso tempo.”⁵⁶

Eis o primeiro exemplo que escolhemos para ilustrar o impacto intelectual dos Descobrimentos. Os limites do mundo conhecido foram “processados” por uma mente brilhante e acrescidos ao esquema geral do conhecimento herdado da Idade Média.

A ele, poderíamos somar as discussões havidas entre os intelectuais europeus acerca da natureza do Novo Mundo e o estatuto moral e jurídico dos seus habitantes.

2.5. O exemplo antropológico.

Ao final do medievo, durante todo o século XV, a Cristandade ocidental estava muito insatisfeita consigo própria e desejava escapar da corrupção e decadência reinantes na Europa. Assim, não é por acaso que, na América, tenham se projetado os sonhos de um paraíso terrestre⁵⁷, de uma pátria virgem e exuberante, cheia de seres inocentes, à espera da vinda dos justos.

Na alta Idade Média, persistiu a convicção de que o jardim do Éden não havia desaparecido da Terra, mas se tornado inacessível. Como afirma Jean Delumeau, “a esta crença acrescentava-se uma outra que incitou às grandes descobertas: se o paraíso terrestre se achava doravante inédito, subsistiam, mais ou menos próximas dele, ou algures ao longe, regiões ditosas e maravilhosas.”⁵⁸

⁵⁶ NUNES, Pedro. *Tratado da Sphera; Astronomici introductorii de spaera epitome*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pp. 70-71 e 121.

⁵⁷ BAUDET, Ernest Henri Philippe. *Paradise on Earth: Some thoughts on European Images of Non-European Man*, New Haven-Londres: Yale University Press, 1965, pp. 34-35.

⁵⁸ DELUMEAU, Jean. *Uma história do Paraíso: o jardim das delícias*. Lisboa: Terramar, 1992, p. 51.

O cultivo dessa imagem idílica, o culto ao “jardim das delícias” (*hortus deliciarum*, segundo Santo Isidoro de Sevilha⁵⁹), tornou possível aos europeus criticar, de modo ferrenho, os valores de uma civilização em crise, prática essa que consagraria, para além do martírio, o Santo inglês Tomás Morus⁶⁰.

A essa visão foi-se aos poucos contrapondo a realidade do Novo Mundo. Muito embora, no início, o mesmo lugar-comum tenha servido para denunciar a violência dos *conquistadores*⁶¹, ao final, não resistiu ao contato com os povos nativos. Já em meados do XVI e durante todo o século seguinte, as discrepâncias entre o sonho e a vigília não podiam mais ser ignoradas.

Os europeus estavam em contato diário com uma realidade complexa, que se colocava além do que eles podiam imaginar, a respeito da qual suas velhas categorias mentais entraram em crise. A complexidade da América transformou a Europa, e a resposta europeia modificou o perfil do Novo Mundo.

É curioso notar, entretanto, que esse embate entre realidade e projeção, não parece ter implicado, como no caso do Tratado da Esfera, que a velha mentalidade fosse substituída, sem mais nem menos, por uma nova.

Em 1607, o Dominicano espanhol Gregorio García, publicou um enorme apanhado sobre as origens da América e dos índios, reunindo e ordenando as hipóteses até então discutidas.

A maior dificuldade que a mente do século XVII enfrentava ao se debruçar sobre o Novo Mundo era a *incerteza*. Recorrendo a Aristóteles, García, no Primeiro Capítulo do Livro Primeiro da *Origen de los Indios de el Nuevo Mundo, e Indias Occidentales*, afirma que “o que sabemos é por uma de quatro

⁵⁹ “O paraíso é um lugar do Oriente cujo nome traduzido do grego deu em latim *hortus*. Além disso, em hebreu chama-se *Éden*: o que na nossa língua significa *deliciae*. A junção das duas palavras dá *hortus deliciarum*. Este acha-se plantado de todas as espécies de árvores, em particular de árvores frutíferas, e contém também a árvore da vida: ali o frio e a canícula são desconhecidos, o ar é sempre temperado. No meio dele surge uma nascente que irriga inteiramente e que, ao dividir-se, dá origem a quatro rios. Depois do pecado, o acesso a este lugar é proibido ao homem. Está com efeito rodeado de todos os lados por uma chama semelhante a uma espada de folha dupla, isto é, por uma parede de fogo cujas labaredas se elevam ao céu.” ISIDORO. *Etymologiae: Patr. Lat.*, t. 82, 2, c. 496.

⁶⁰ O cliché é explorado no livro *A Utopia*.

⁶¹ Por exemplo: PEREZ DE OLIVA, Fernán. *Historia de la invención de las Yndias*, Instituto Caro y Cuervo, 1965, pp. 94-95, 104-110.

vias, ou modos: ciência, opinião, fé divina e fé humana.”⁶² A ciência (explicação de um fenômeno por suas causas⁶³) e a fé divina (revelada pelas Escrituras⁶⁴) eram infalíveis. Já a fé humana, apoiada somente na autoridade das fontes⁶⁵, e a opinião, que procede de fundamentos apenas *prováveis*⁶⁶, não podem nos oferecer a certeza que tanto desejamos.

Ocorre que, a respeito da América, a indagação sobre a origem dos índios se colocava, por inteiro, nessa última via. Tudo o que se tinha eram opiniões, e todo o conhecimento era relativo, probabilístico. Afinal, o tema não era discutido nas Escrituras, e nem havia autoridades “graves e fidedignas” a quem recorrer.

Isso levou a discussões acaloradas, mantidas durante anos, sobre o estatuto moral e jurídico dos índios: são homens como os europeus, ou animais? Podem ser convertidos à Igreja, ou devem perecer, em danação eterna? São livres, ou podem ser escravizados? O que fazem, na inocência do pecado, é certo ou errado?

Têm destaque, nesse contexto, as contribuições da hoje chamada *Escola Ibérica da Paz*, o grupo de estudiosos conimbricenses e da Universidade de Salamanca que, nos debates ético-jurídicos travados acerca dos direitos

⁶² No original: “(...) *todo lo que sabemos es por una de quatro vias, o modos, conviene a saber, ciência, opinion, fe divina, y fe humana.*” GARCÍA, Gregorio. *Origen de los Indios de el Nuevo Mundo, e Indias Occidentales – Averiguado con discuto de opiniões por el Padre Presentado Fray Gregorio Garcia de la orden de Predicadores*, Valencia: casa de Pedro Patricio Mey, 1607, p. 17.

⁶³ *Ibidem*, p. 17: “*Lo que sabemos por ciência es certo, verdadero, y evidente: porque, como dize Aristoteles, lo sabemos por su causa.*”

⁶⁴ *Ibidem*, p. 17: “*Lo que sabemos por Fe divina es certo, y verdadero, y que no puede averse de otra manera, sino que necessariamente há de ser assi: porque el medio por donde lo sapimos, es la autoridade de la Iglesia Catolica, a quien Dios nuestro Señor lo reveló, que es la primera verdad, la qual ni puede enganar, ni ser engañada.*”

⁶⁵ *Ibidem*, p. 17-18: “*Lo que sabemos por fe humana, no tiene mas fundamento para su verdade, que el autoridade de quien lo dixo: de manera, que si quien lo dize es hombre grave, fidedigno, y de autoridad, le damos crédito, y lo tenemos por verdadero; y sino lo es, antes de poca, o ninguna autoridad, tenemos por falso lo que nos dixo, o alomenos dudamos si es verdad.*”

⁶⁶ *Ibidem*, p. 17: “*Lo que sabemos por opinion, es dudoso, e incierto, porque procede de fundamentos provables, que pueden ser, y no ser verdaderos, o falsos, o estimados por tales: y assi cada uno sigue la opinion que le parece verdadeira, conforme a las razones en qu se funda, que vee, juzga, y conoce, o le parece verdaderas, y que tienen probabilidad.*”

indígenas, tomavam o lado das soberanias locais, contra Portugal e Espanha, propondo que se limitasse a extensão do poder civil das metrópoles.⁶⁷

A cada uma dessas posições acudiam os diversos fundamentos, tirados da tradição, dos livros antigos, dos relatos que aos poucos chegavam à Europa, sem que houvesse, para o mundo recém-saído da estabilidade medieval, uma hierarquia clara entre as várias alternativas.

2.6. As raízes do Probabilismo.

Aos poucos, esse contato com o outro gerou modificações na consciência europeia, sensibilizando-a para a diversidade das circunstâncias em que o homem pode se encontrar no mundo, as quais influenciam, sobretudo, nos juízos morais. É a raiz tanto do relativismo, como do Probabilismo Teológico e Jurídico.

Assim, não seria estranho, mesmo em 1580, lermos, num dos mais famosos ensaios de Montaigne (liv.I, cap. XXXI), sobre os relatos de canibalismo na América, que ele, o fidalgo aposentado, não via “nada de bárbaro ou selvagem no que dizem daqueles povos; e, na verdade, cada qual considera bárbaro o que não se pratica em sua terra. E é natural, pois que só podemos julgar da verdade e da razão de ser das coisas pelo exemplo e pela ideia dos usos e costumes do país em que vivemos.”⁶⁸

No próximo capítulo, trataremos do contexto intelectual mais próximo do Probabilismo, e explicaremos as linhas centrais dessa vertente da Teologia Moral.

Por mais firmes que estejamos nesse propósito, é preciso reconhecer e ressaltar as dificuldades de se traçar essa “história”. O Probabilismo tem muitas causas: justifica-se pelos Descobrimientos, pela Contrarreforma, pelos avanços nas ciências naturais, e por mudanças ocorridas dentro da própria Escolástica.

⁶⁷ Ver por todos: CALAFATE, Pedro (org). *A Escola Ibérica da Paz nas Universidades de Coimbra e Évora (Século XVI)*, Lisboa: Almedina, 2v., 2005.

⁶⁸ MONTAIGNE, Michel de. *Ensaio*, 1.ª ed., São Paulo: Editora 34, 2016, pp. 236-237.

Para garantir unidade interna ao próximo capítulo, isolamos, em alguns autores, o tema da *incerteza*. Foi uma necessária escolha metodológica, sem a qual nos perderíamos em meio a um jardim de veredas que se bifurcam a cada dois passos.

CAPÍTULO 3 – O PROBABILISMO NA TEOLOGIA MORAL

No Capítulo 2, tentamos demonstrar o impacto intelectual das Grandes Navegações na mentalidade europeia. A partir de alguns exemplos, estudamos as mudanças provocadas pela descoberta da América na visão de mundo medieval.

Vimos, também, como essas transformações se operaram sem que se fizesse *tabula rasa* do passado. O Novo Mundo provocou, de certo modo, a atualização e a correção do Velho, sem que este abandonasse, de forma total, as ideias e crenças que o definiram por tantos séculos. Com isso, as velhas fronteiras intelectuais do ocidente foram expandidas até o limite, ficando a um passo de se desfazerem por completo, inaugurando o jogo de tensões da “Crise da Consciência Europeia”, na feliz expressão de Paul Hazard. Como num passe de mágica revolucionário, “ontem, os franceses pensavam todos como Bossuet. Hoje, raciocinam como Voltaire”.⁶⁹

De acordo com essa perspectiva, o Probabilismo pode ser encarado como um entre tantos esforços intelectuais no enfrentar da complexidade do Mundo Moderno a partir da atualização e do aproveitamento de certas ideias muito mais antigas, presentes no Mundo Medieval.

Nossa intenção, neste Capítulo, é descrevê-lo em linhas gerais, no contexto em que ele surgiu, antes de influenciar a administração da justiça no mundo ibérico. Trataremos, portanto, do Probabilismo na Teologia Moral católica, para só depois encontrá-lo, mais adiante, nos foros e processos do direito.

⁶⁹ HAZARD, Paul. *The Crisis of the European Mind: 1680-1715*. New York: New York Review of Books, 2013, pág. 3. No original: “One day, the French people, almost to a man, were thinking like Bossuet. The day after, they were thinking like Voltaire. No ordinary swing of the pendulum, that. It was a revolution.”

3.1 As origens religiosas do Probabilismo.

Em 28 de maio de 1924, a *Real Academia Española* (“RAE”) elegeu, para uma de suas cadeiras, o escritor José Martínez Ruiz, que assinava seus livros, desde 1901, com o pseudônimo Azorín.

Segundo Ortega y Gasset, Azorín era um ser fora do tempo, “ancorado no pretérito”. Sua única preocupação eram as pequenas coisas do dia a dia, que conservariam, na clareza evocativa da sua prosa, os ecos dum tempo perdido.⁷⁰

O discurso de ingresso de Azorín na RAE se chama *Una hora de España*. Nele, encontramos várias personagens do *Siglo de Oro*, “revividas”, por assim dizer, em 41 micro relatos biográficos, um para cada capítulo.

No vigésimo primeiro, *A Casuística*, o escritor espanhol retrata a vida de *Don Manuel Rodríguez*, “o lusitano”, catedrático de Teologia na Universidade de Salamanca e autor de uma eruditíssima e interminável *Summa de casos de consciencia*⁷¹.

Apegado a uma rotina imutável, esse religioso passava os dias entregue aos estudos. Tudo, em sua vida, era solidão e silêncio. Os dias corriam iguais, um após o outro. O passado era confundido com o presente, a vigília com o sonho, o esquecimento com a memória.

Nessa existência fantasmagórica, os detalhes mais fugazes ganhavam uma importância descomunal: “a nuance”, pensava Rodríguez, “é tudo na vida. Na trama do mundo moral, um pormenor quase imperceptível é suficiente para dar este ou aquele valor a um ato”.⁷²

Se pudéssemos resumir em uma frase essa sensibilidade talvez excessiva para o particular e o concreto, seria esta: “(...) *estimar e apreciar, na*

⁷⁰ ORTEGA Y GASSET, José. Primores de lo vulgar. In: *Ensayos sobre la generación del 98*. Madrid: Alianza Editorial, 1981, pág. 212.

⁷¹ RODRÍGUEZ, Manuel (El Lusitano). *Summa de casos de consciencia con aduertencias muy prouechosas para Confesores: co[n] vn Orden Iudicial a la postre, en la qual se resuelue lo mas ordinario de todas las materias Morales*. Barcelona, 1597.

⁷² AZORÍN. *Una hora de España*. Madrid: Alianza Editorial, 2011, pág. 111. No original: “*El matiz lo es todo en la vida. En la trama del mundo moral, un pormenor casi imperceptible basta para dar un valor u outro valor a un acto.*”

*vida, essas variações, esses matizes, essas cores nos vários e variadíssimos casos, é fazer uma obra de humanidade e de tolerância.*⁷³

Eis Manuel Rodríguez: o homem fixado num mundo em que nada acontece, e ao redor do qual tudo parece mudar. Eis, também, o mundo ibérico: recém-saído da estabilidade medieval, e tentando apreender, de um jeito ou de outro, a complexidade do Mundo Moderno.

Valendo-nos dessa imagem, trataremos, agora, de apresentar o ambiente teológico no qual o Probabilismo surgiu.

Durante os séculos XVI e XVII, a Teologia católica, cedendo às pressões da Modernidade, tirou os olhos de Deus e os voltou aos Seus filhos: os *homens*. Muitos dos maiores nomes da “ciência divina” se dedicaram, inclusive, a questões jurídicas e morais de máxima importância. O direito e a justiça eram, então, consagrados como os principais objetos de estudo do braço *moral* da Teologia, uma das suas doze divisões internas⁷⁴.

Nada disso é por acaso. As investigações da Teologia Moral nasceram a partir do século XIII, em plena Idade Média. O embate entre o bem e o mal e a busca pela conduta certa foram se afirmando como questões tão fundamentais quanto a essência de Deus e a natureza de Jesus Cristo. O objetivo da então recente cultura escolástica não se limitava apenas à edificação dos fiéis: os estudiosos de teologia ambicionavam formar um saber vasto e completo, que pudesse responder a todos os problemas do seu tempo.

Aprofundando essa tendência e fiel ao mesmo objetivo, a Teologia Moral dos séculos XV e XVI se afastaria cada vez mais do caminho da mística cristã em direção aos “casos de consciência”: as ocasiões reais e concretas em que o homem católico precisaria distinguir e optar entre o bem e o mal revelados nas circunstâncias.⁷⁵

⁷³ Ibidem, p. 112. No original: “(...) *estimar y justipreciar em la vida esas variantes, esos matices, esos colores en los diversos y variadísimos casos, es hacer obra de humanidad y de tolerância.*”

⁷⁴RUIZ, Rafael. *O Sal da Consciência: Probabilismo e Justiça no Mundo Ibérico*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência Raimundo Lúlio (Ramon Llull). 2015, pág. 40.

⁷⁵ PINCKAERS, Servais. *Las Fuentes de la Moral Cristiana*. Su método, su contenido, su historia. Pamplona: Eunsa, 2000, pág. 315. Ver, também: DELUMEAU, Jean. *A Confissão e o Perdão: A confissão católica nos séculos XIII a XVIII*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 100.

Aos poucos, a Teologia Moral assumia independência dos demais ramos do conhecimento e se afirmava como uma maneira autônoma de estudar a ação humana. Como não há mudança sem consequências, a relação da Igreja com os seus fiéis passaria por uma transformação fundamental.

Na filosofia moral dos católicos modernos, o homem era colocado numa encruzilhada agônica entre a *lei* e a *liberdade*. Enquanto esta era a raiz voluntária de todos os atos humanos, aquela, com seus mandamentos e proibições, exercia sobre a vida dos fiéis uma irrefreável pressão exterior. O homem católico, no auge da Modernidade, sentia-se quase sempre em equilíbrio instável, inclinando-se às vezes para o lado da lei e do seu rigor, às vezes para o lado da liberdade e da frouxidão⁷⁶.

À vontade do fiel opunha-se a do legislador, primeira fonte formal da moralidade. Noutra inversão inusitada do espírito medieval, a dimensão interior dos atos humanos desaparece das considerações dos moralistas. Cada ato agora é visto como uma unidade distinta e autossuficiente, separado das intenções que o motivaram e do homem de *carne e osso* por detrás delas. Agir bem não é mais uma questão de virtude; é antes uma escolha entre contrários.

Como bem observa o padre dominicano Servais-Thomas Pinckaers, nesse período peculiar da história da Igreja, a relação do fiel com as *leis civis* e *divinas* era colocada nos seguintes termos, que em muito lembram e antecipam o que se verificaria no direito:

A questão essencial em moral será determinar exatamente o alcance da lei, o limite preciso do permitido e do não permitido, do obrigatório, do proibido e do que é livre. O que se pode fazer? O que não se pode fazer? Toda a moral parece se resumir nessa questão⁷⁷.

⁷⁶ PINCKAERS, Servais. Opus citatum, pág. 324.

⁷⁷ Ibidem, pág. 325. No original: *La cuestión esencial en moral será determinar exactamente el alcance de la ley, el límite preciso de lo permitido y de lo no permitido, de lo obligatorio, de lo prohibido y de lo que es libre. Qué es lo que se puede hacer? Qué es lo que no se puede hacer? Toda la moral parece resumirse en esta cuestión.*

Essa pergunta fez nascer mil e um sistemas morais, que circulavam entre os católicos numa novíssima forma literária: os *manuais*. A pretensão desses livros? Despertar a *consciência* nos filhos de Deus, que seria a faculdade responsável por intermediar a lei e a liberdade, ligando a vontade abstrata da primeira aos aspectos concretos do caso. Em plena posse desse hábito mental, os católicos poderiam seguir as leis de acordo com as suas coordenadas vitais e divisar, entre as inúmeras possibilidades de ação humana, a mais correta e adequada. No entanto,

como a matéria dos atos humanos é diversa, variável e singular, segundo as circunstâncias e as situações, ao passo que a lei é fixa e geral, a consciência deve assumir também o papel de intérprete da lei a fim de determinar com precisão qual é a fronteira entre o permitido e o proibido⁷⁸.

Enuncia-se, dessa forma, o grande problema da moral no Mundo Moderno: como estabelecer os critérios que permitem distinguir os limites entre o certo e o errado? A consciência não pode se guiar somente pelas impressões interiores do homem; deve também recorrer à autoridade externa dos moralistas, cujas soluções propostas para os inúmeros casos de consciência formavam como que uma jurisprudência moral católica. Certa seria a ação defendida pelo maior número de doutores da Igreja ou por alguns dos mais eminentes, dentro da Tradição.

A Idade Média clássica utilizou às vezes os termos “provável” e “probabilidade” no domínio moral, mas jamais se debruçou sobre a legitimidade da opinião menos provável. Para os teólogos medievais, a probabilidade não tinha um valor em si mesma. Sua utilidade e importância dependiam sempre do quão próxima ela estava da verdade, do seu grau de verossimilhança.

É nesse mundo dividido entre a *lei* e a *liberdade* que se insere a disputa do *Probabilismo*. Que poderia fazer um fiel quando confrontado por um

⁷⁸ Ibidem. *Idem.* pág. 328. No original: *Sin embargo, como la materia de los actos humanos es diversa, cambiante y singular, según las circunstancias y las situaciones, mientras que la ley es fija y general, la conciencia debe asumir también el papel del intérprete de la ley a fin de determinar con precisión cuál es la frontera entre lo permitido y lo prohibido.*

caso *duvidoso*, aparentemente sem solução, dentro dessa moral de manuais? Como agir no silêncio das opiniões dos sábios? Como optar pela conduta certa, quando nada, nem ninguém, parece fundamentá-la?

3.2. Bartolomé de Medina, o fundador.

Um monge dominicano, o frei espanhol Bartolomé de Medina, chegou, em 1580, a uma solução simples e de sutileza revolucionária para esse impasse: “*mihi videtur quod si est opinio probabilis, licitum est eam sequi, licet opposita probabilior est*” (“me parece que se uma opinião for *provável*, é permitido segui-la, mesmo se a opinião oposta for *mais provável*”).⁷⁹

A escolha pela opinião apenas provável em nome da liberdade, só poderia ser entendida dentro de uma moral casuísta. Dentro dessa concepção da vida moral, que encarava os dilemas como *casos* a serem resolvidos, eram admitidas, além do *Probabilismo*, quatro outras posturas. O *probabiliorismo* pregava seguir a opinião mais provável, com o maior número de razões em seu favor. O *tuciorismo* se voltava à opinião mais conforme à lei, para afastar o risco de a infringir. Nos extremos entre o *Probabilismo* e o *tuciorismo*, temos tanto a liberdade desenfreada do *laxismo*, quanto a dureza inflexível do *rigorismo*.

Segundo Medina, as opiniões poderiam ser prováveis, se confirmadas por sólidos argumentos e pela autoridade dos sábios.⁸⁰ Nisto, o religioso segue Aristóteles, para quem as opiniões prováveis têm notável importância em três campos da vida humana: na lógica, na retórica e na moral. Na lógica, as opiniões prováveis são as “recebidas por todos ou pela maioria, ou pelos sábios, e, entre estes últimos, pelos mais notáveis e pelos mais ilustres”⁸¹. Na retórica, elas representam o cerne da arte de argumentar e convencer, a

⁷⁹ MEDINA, Fray Bartolomé de. *Expositio in Primam Secundae Angelici Doctoris D. Thomae Aquinatis*, Veneza: Apud Petrum Mariam Bertanum, 1607, p. 179.

⁸⁰ Ibidem, p. 178. No original: “*sciendum est, quod opiniones sunt in duplici differentia, quaedam sunt probabiles, quae confirmantur magnis argumentis & sapientium autoritate (...) aliae sunt opiniones omnino improbabiles, quae nec firmantur argumentis, nec maiorum autoritate.*”

⁸¹ ARISTÓTELES. *Organon V: Tópicos*, Lisboa: Guimarães Editores, 1987, pág. 10.

matéria prima dos bons argumentos.⁸² E, por fim, na moral, as opiniões prováveis são o norte necessário do agir correto, já que, para tomar esta ou aquela ação, não disporíamos do tempo para analisar todas as opiniões possíveis acerca da sua legitimidade, sendo-nos “suficiente examinar as opiniões mais correntes ou as que parecem ter algum sentido”⁸³.

Retomando Medina, as opiniões apenas prováveis estão em consonância com a reta razão, afastando-se do erro.⁸⁴ Ao contrário dos medievais, que apenas lhes atribuíam um grau de verossimilhança, este teólogo espanhol parece lhes conferir, segundo Stefania Tutino, um *papel epistemológico autônomo*, ainda que de forma embrionária, fazendo as vezes, diante das múltiplas incertezas da vida moral, de um guia cada vez mais confiável e *verdadeiro*.⁸⁵

Inaugura-se, assim, o domínio da probabilidade nas questões morais. As contribuições de Medina causaram, na comunidade acadêmica europeia, um impacto grande e imediato. Já em 1580, a hipótese probabilista era discutida, extensamente, na Universidade de Salamanca.⁸⁶ O primeiro passo na direção da incerteza não passara despercebido.

3.3. Francisco Suárez: a vida moral num mundo complexo.

A jornada continua, ainda no século XVI, por um jesuíta, Francisco Suárez, famoso expoente do tomismo espanhol. Nos seus escritos, a análise das probabilidades das opiniões morais é encarada menos como um problema a ser resolvido, ou uma vereda a ser trilhada, e mais como uma expressão da *incerteza radical* que caracterizaria a condição humana.⁸⁷

⁸² Idem. *Retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, pág. 12-13.

⁸³ Idem. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Atlas, 2009, pág. 20.

⁸⁴ MEDINA, Opus citatum, p. 179.

⁸⁵ TUTINO, Stefania. *Uncertainty in Post-Reformation Catholicism: A History of Probabilism*, Oxford: Oxford University Press, 2018, pág. 45.

⁸⁶ BIBLIOTECA APOSTOLICA VATICANA. Quaestio 4 quodlibetica cum argumentis utrum liceat in moribus opinionem sequi probabilem probabiliori praetermissa, In: *Ottoboniani Latini 999*, fls. 259r-2633r.

⁸⁷ TUTINO, Stefania. Opus citatum, p. 61.

Para Suárez, o fato de uma opinião ser mais provável do que outra, no sentido de ser defendida por autores mais confiáveis, ou seguir mais à risca as leis e dogmas da Igreja, ou estar em maior consonância com o que a maioria dos homens defende, não a dota, por assim dizer, de uma certeza intrínseca, quando a consideramos à luz das circunstâncias de uma pessoa específica, as quais podem variar infinitamente.⁸⁸

Ele próprio chegaria a admitir que há casos em que duas opiniões podem ser, do ponto de vista epistemológico, igualmente prováveis, mas variar no grau de segurança. Às vezes, a opinião menos provável pode ser a mais segura, para um propósito específico, e o mesmo valeria para a mais provável.⁸⁹

Envolto nesse emaranhado de variáveis e variações, Suárez nos oferece uma única regra geral, a ser usada em casos duvidosos, nos quais a incerteza corre o risco de nos paralisar: depois de considerarmos todas as circunstâncias, devemos agir de forma a provocar o menor dano possível.⁹⁰

Mas como fazer isso? Eis que, nesse ponto, o Velho Mundo ainda se faz presente, ao menos na filosofia de Suárez. Para ele, os dilemas da incerteza moral só podem ser resolvidos pela *prudência*, a virtude que tornaria possível fazer a escolha certa, *hic et nunc*, reduzindo, miraculosamente, a complexidade reinante.⁹¹ É a *phronêsis* aristotélica, aquela espécie de *intuição moral* adquirida pelo hábito, marca distintiva do homem maduro (*spoudaios*).⁹²

Trata-se de uma saída honrosa, clássica. Contudo, a pressão da Modernidade se fazia sentir na Teologia Moral. Num mundo cada vez mais complexo, cheio de indivíduos cada vez mais atordoados pela variedade da vida e as exigências da vida moral, tornava-se difícil falar em prudência. E se ela

⁸⁸ SUÁREZ, Francisco. *Tractatus Quinque Theologici*, Lyon, 1628, p. 325.

⁸⁹ Ibidem.

⁹⁰ Ibidem, p. 323: “*igitur regula haec generalis assignari posse videtur in unquaque actione, quae pendet ex huiusmodi dubitatione: id esse agendum, quod iuxta materiae exigentiam & negotii qualitatem minora habet incommoda omnibus pensatis.*”

⁹¹ Ibidem, p. 324: “*Hoc inde patet, quia iudicium practicum conscientiae, ut supra dixi, prudentiale est, sed proprium prudentiae principium est in singulis actionibus id esse agendum, quod minus habet incommodi, atque hoc modo hic etiam verum habet illud principium: in dubiis tutior pars est eligenda; applicare vero hanc regulam ad singulos actus minus est potius prudentiae quam scientiae, pendet enim ex singularibus contingentibus, quae non cadunt sub scientiam.*”

⁹² Ver, sobre o tema: AUBENQUE, Pierre. *A Prudência em Aristóteles*, São Paulo: Discurso Editorial, Paulus, 2008.

estivesse fora de jogo? E se a incerteza fosse tal que essas soluções gregas e medievais não fizessem mais sentido e – pior – fossem inúteis? Chegamos ao século XVII.

3.4. Juan de Caramuel: só se pode estar certo de que tudo é incerto.

De todos os teólogos probabilistas, Juan de Caramuel y Lobkowitz, é o que parece ter ido mais fundo na investigação dos seus impactos e possibilidades. E, de longe, é o que deu ao Probabilismo um dos seus tratamentos teóricos mais interessantes. Em alguns sentidos, Caramuel é um *pós-moderno plus avant la lettre*: um homem que abraçou a incerteza de todas as coisas, de forma a identificá-la como a essência da natureza humana. A nosso ver, esse teólogo do século XVII parece prefigurar a *vocação dos naufragos* que, séculos mais tarde, tornaria famoso José Ortega y Gasset. Viver é se sentir perdido: “(o) homem suspeita disso, mas tem pavor de se encontrar cara a cara com essa realidade terrível, e procura ocultá-la com uma cortina fantasmagórica, onde tudo está muito claro.”⁹³

Anacronismos à parte (e é difícil não incorrer neles quando um autor tão estranho ao nosso tempo intitula um de seus últimos livros de *Dialexis de Non-certitudine*⁹⁴), Caramuel conferiu à incerteza um papel epistemológico fundamental. Diante da complexidade do mundo, todo conhecimento humano seria incerto. O Probabilismo, nas mãos deste teólogo, toma como ponto de partida o caráter provisório e incompleto do conhecimento moral⁹⁵, para explorar, de maneira alucinante, os infinitos graus de verdade contidos em cada opinião,

⁹³ ORTEGA Y GASSET, José. *La rebelión de las masas*, Buenos Aires: Ed. Espasa-Calpe, Colección Austral, 1951, p. 157. No original: “El hombre lo sospecha; pero le aterra encontrarse cara a cara con esa terrible realidad, y procura ocultarla con un telón fantasmagórico, donde todo está muy claro.”

⁹⁴ CARAMUEL Y LOBKOWITZ, Juan. *Dialexis de Non-Certitudine*, Lyon: Anisson, 1675.

⁹⁵ FLEMING, Julia A.. *Defending Probabilism: The Moral Theology of Juan de Caramuel*, Washington: Georgetown University Press, 2006, p. 144.

pouco importando a autoridade de quem a defende ou o número de pessoas que a ela adere.⁹⁶

Agora, a incerteza, longe de forçar-nos à inação, provoca a criatividade no sopesar das várias soluções aos problemas práticos da Mundo Moderno. Não é por acaso que, na obra de Caramuel, encontram-se várias menções aos hábitos, ritos, costumes e dificuldades do Novo Mundo. Segundo ele, graças a Cristóvão Colombo, algo que todos negavam (a existência da América), tornou-se, de um dia para o outro, uma certeza que ninguém ignora.⁹⁷

Tanto o navegador como o teólogo acabaram por avançar *plus ultra*, alargando os horizontes da mentalidade europeia, redefinido suas fronteiras. Contudo, só um deles seria lembrado nos volumes didáticos, e logo entenderemos a razão deste esquecimento.

3.5. O saldo: Blaise Pascal, As Provinciais e o fim do Probabilismo.

Não demorou muito para que o Probabilismo fosse associado, na consciência dos seus detratores, como um convite ao laxismo, à permissividade absoluta em matéria de moral.

Embora saibamos não ser esse o caso – e a história do Probabilismo contém muito mais nuances e autores do que mencionamos acima – fato é que essa teoria fascinante caiu em desuso tão rapidamente quanto entrou em voga.

Já em 1656, Blaise Pascal publicaria suas *Provinciales*. O conjunto de 18 cartas escritas em defesa do jansenista Antoine Arnauld, expulso da Sorbonne pelos jesuítas de Paris. Nelas, encontramos uma crítica virulenta ao Probabilismo e à Sociedade de Jesus. Pascal acusa os jesuítas de, acudindo à “doutrina das opiniões prováveis”, agir de maneira “obsequiosa e adaptável”,

⁹⁶ CARAMUEL Y LOBKOWITZ, Juan. *Theologia Moralis Fundamentalis, Praeterintentionalis, Decalogica, Sacramentalis, Canonica, Regularis, Civilis, Militaris*, Frankfurt: Impendio Ioan-Gottfridi Schonvvetteri, 1652, p. 190.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 137.

estendendo os braços para o mundo, oferecendo tudo para todo tipo de gente.
Os jesuítas

(r)espondem tão bem ao que lhes pedem, que quando se acham num país em que um Deus crucificado é tido como loucura, suprimem o escândalo da cruz e só pregam Jesus Cristo glorioso e não o Jesus Cristo sofredor (...).⁹⁸

Sob a pressão dos franceses, que cresceu depois da tradução das *Provinciais* para o latim, os Papas Alexandre VIII, em 1665-6, e Inocêncio XI, em 1679, condenaram as teses probabilistas.⁹⁹

A condenação papal, contudo, não apagou os efeitos que esta tradição teológica esquecida causou na administração da justiça, possibilitando a adaptação do direito do Velho Mundo às circunstâncias do Novo. Trataremos disso no próximo capítulo desta Dissertação.

Antes disso, convém lembrarmos do nosso ponto de partida. A sociedade contemporânea, dita pós-moderna, se caracteriza sobretudo pela fragmentação e pelo aumento vertiginoso da complexidade da vida mercantil, social, moral e política. Ela se apresenta como uma realidade caótica, que desafia o direito, a democracia e até mesmo a sanidade. Os modelos tradicionais não parecem dar conta¹⁰⁰, e é impossível não nos lembrarmos de alguns versos da *Second Coming* de Yeats, que já serviram vezes de hino para aqueles que, olhando para o presente, sentem só desolação: *things fall apart; the center cannot hold;/ mere anarchy is loosed upon the world.*

A pós-modernidade introduziu crises em várias instituições consagradas. No enfrentamento da complexidade dos nossos tempos, o direito e a democracia se assumem, segundo Daniel Innerarity, como mecanismos de

⁹⁸ PASCAL, Blaise. *As Provinciais*, São Paulo: Editora Filocalia, 2016, pág. 77.

⁹⁹ DELUMEAU, Jean. *Opus citatum*, p. 111.

¹⁰⁰ TEUBNER, Gunther. Substantive and reflexive elements in modern law. *Law & Society Review*, v. 17, n. 2, 1983, p. 242.

equilíbrio entre os dualismos simplistas da “efetividade *versus* legitimidade”, do “conhecimento de especialistas *versus* opinião pública”.¹⁰¹

A sensibilidade a esse difícil estado de coisas, à complexidade, parece estar prefigurada naquilo que, linhas acima, os Probabilistas nomearam de *incerteza*.

Foi por essa razão que optamos por Medina (o percussor), o Suárez (o mais filosófico) e Caramuel (o mais radical). Nos três a incerteza parece se anunciar como uma situação radical, que dava – ou deveria dar – a tônica da moralidade moderna.

¹⁰¹ INNERARITY, Daniel. *Una teoría de la democracia compleja: gobernar en el siglo XXI*. Barcelona: Galaxia Gutenberg, 2020, p. 54.

CAPÍTULO 4 – O PROBABILISMO NO DIREITO.

Como vimos ao final do Capítulo 1, a teoria do direito contemporânea opera sob o signo da complexidade: muito se discute, hoje em dia, sobre como o direito deve se comportar diante daquilo que lhe escapa. A pós-modernidade impôs mudanças tão profundas no Estado, no direito e na sociedade que, agora, não só é preciso revisar como essas três dimensões da nossa vida se definem, mas também como se relacionam entre si.

No nosso mundo descrente das grandes narrativas¹⁰², houve um aumento formidável da complexidade interna das sociedades, provocando a crítica, cada vez mais feroz, das velhas estruturas hierárquicas de organização social.

O conhecimento e as informações acerca dos temas de maior relevância social circulam pelas redes e plataformas digitais de comunicação, modelos de produção autônomos e independentes.

Segundo Georges Abboud, na pós-modernidade, para que o direito não caia na obsolescência, precisa incorporar a reflexividade de modo a conseguir se transformar em uma estrutura dotada de capacidade cognitiva de aprendizado:

A complexidade gerada pela crescente fragmentação da sociedade das redes só pode ser enfrentada, ou potencialmente resolvida, por meio de uma nova racionalidade, heterárquica e experimental, que deverá antecipar as possibilidades de falha e o surgimento de consequências nefastas, sempre se arranjando e rearranjando, conforme o aprendizado que se obtém da prática.¹⁰³

Eis o principal desafio das atuais teorias do direito: definir os seus limites de acordo com a complexidade, cada vez mais crescente, que o cerca e o ameaça devorar, tal como Saturno a seus filhos, no famoso quadro de Francisco Goya.

¹⁰² SANTIAGO, Silvano. Opus citatum, p. 127.

¹⁰³ ABBOUD, Georges. Opus citatum, p. 533.

Esta Dissertação, muito inspirada nesse diagnóstico, guiou-se pela seguinte pergunta: como será que, no passado, o direito – ou o pensamento jurídico – teria enfrentado realidades que desafiavam suas referências tradicionais?

Ao que nos parece, não só a resposta é afirmativa, como o Probabilismo representa um desses momentos. A complexidade contemporânea é equiparável, *mutatis mutandis*, às incertezas trazidas pelo Novo Mundo, sobre as quais discorreremos no Capítulo 2.

Neste Capítulo, exploraremos como o Probabilismo, com toda a que dá à incerteza (Capítulo 3), acabou por impactar a administração da justiça no mundo ibérico, abordando seus aspectos teóricos e também alguns casos práticos da época.

4.1. O Direito aos olhos de um probabilista.

O primeiro grande historiador da moral e da justiça probabilistas foi o religioso italiano Daniello Concina. Numa tradução espanhola da sua *Theologia christiana dogmatico-moralis*, publicada na península ibérica em 1773¹⁰⁴, o monge dominicano expõe a principal preocupação dos juristas dessa escola: *se há uma dúvida fundamentada sobre a interpretação de uma lei, sobre a sua promulgação, ou mesmo sobre sua conveniência, a consciência poderia ser obrigada a segui-la?*

A partir dessa questão de fundo, uma série de princípios foi sendo enunciada, de forma mais ou menos consciente, no correr dos casos e do tempo. As crenças principais dessa filosofia do direito, segundo o historiador Rafael Ruiz, num trabalho pioneiro sobre o tema, poderiam ser assim resumidos:

¹⁰⁴ CONCINA, Daniello. *Theologia Christiana Dogmático Moral, compendiada en dos tomos*. Traducida al idioma castellano y añadida en muchas partes de las obras del mismo autor por el P.D. Joseph Sánchez de la Parra, Tercera Impresión, en Madrid, en la oficina de la viúda de Manuel Fernández, 1773.

dar prioridade à liberdade de consciência nos casos duvidosos de aplicação da lei; uma sentença que não tivesse sido condenada explicitamente pela Igreja e fosse defendida por diversos doutores considerava-se sempre como provável; se uma opinião era considerada provável, então também era lícita, porque quem agia provavelmente, agia também prudentemente, e a pessoa prudente não pecava; se a opinião provável, depois de ter sido adotada e posta em execução, viesse a se configurar como falsa ou errada, nem por isso a ação deveria ser considerada pecaminosa, porque a pessoa teria agido com ignorância invencível e, portanto, não culpável; e, ainda, se uma lei, mesmo natural ou divina, fosse colocada em dúvida pelas diferentes opiniões dos teólogos, e os argumentos e razões elencados fossem prováveis, a execução da lei não seria mais obrigatória¹⁰⁵.

Logo se vê que o *Probabilismo Jurídico*, assim enunciado, tinha o *juiz* como figura central das suas reflexões. Séculos antes de o assunto se tornar corriqueiro, o mundo ibérico havia formulado uma espécie de *teoria da decisão* completamente singular e original. Para o magistrado probabilista, toda lei, se assim demandasse o caso concreto, poderia ser relativizada. E é claro que, em tais situações, a responsabilidade *pessoal* do juiz pelo destino do processo era sentida com agudeza inescapável. Afinal, o critério decisivo não era outro senão a sua própria *consciência*¹⁰⁶.

À nossa sensibilidade pós-moderna tudo isso soa estranho, ou talvez, subversivo ou perigoso. Como confiar tanto poder aos juízes? Como assegurar que eles decidirão corretamente? Na contramão da desconfiança contemporânea que se instalou sobre essa classe de juristas, o *Probabilismo* oferece uma resposta peculiar.

¹⁰⁵ RUIZ, Rafael. Opus citatum, pp. 46-47.

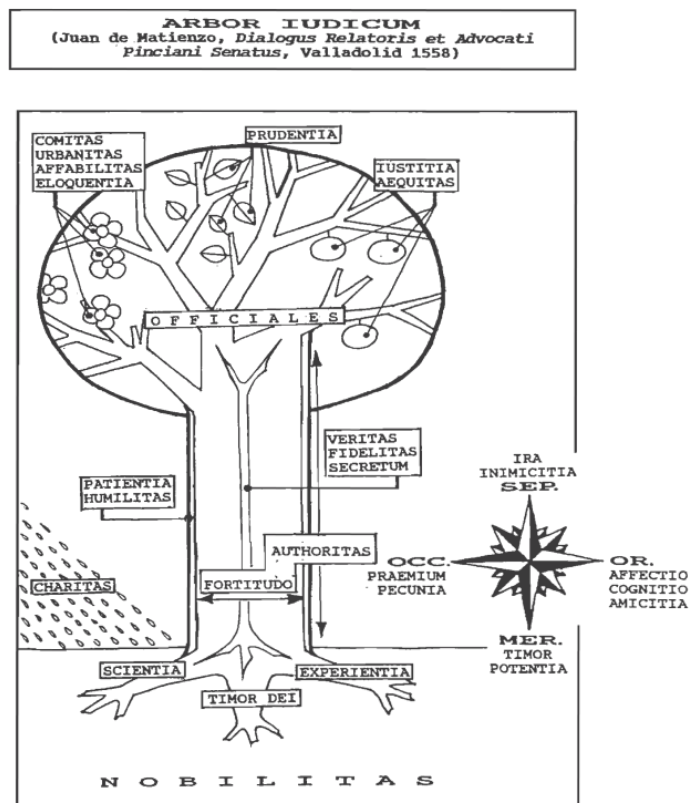
¹⁰⁶ Ibidem, p. 47.

4.2 A consciência entre a lei e a justiça: o *iudex perfectus* e árvore das virtudes.

Para que uma sentença seja justa, é preciso que o juiz seja justo. Essa conclusão, de simplicidade assustadora, esconde todo um conjunto de exigências e expectativas sobre o *caráter* dos julgadores que hoje parecem deslocadas ou muito heterodoxas.

De fato, no mundo probabilista, esperava-se que o juiz fosse algo além do que um bom conhecedor das leis. Aos jovens que ingressavam na carreira, desafio era tornar-se um *iudex perfectus*. Numa alegoria didática, as virtudes do juiz perfeito eram vistas como as partes de uma árvore robusta e resistente. Sobre um *solo nobre*, agarrar-se-iam as raízes do *temor a Deus*, da *ciência do Direito* e da *experiência do processo*. A partir delas se ergueria o *tronco da autoridade*, da *fortaleza*, do *desapego aos bens* e da *imparcialidade*. Revestindo-o, a *casca da paciência* e da *humildade*, sob a qual escorreria a *seiva da fidelidade* e do *segredo*. Seus *galhos*, os *auxiliares da justiça*; suas *flores*, a *eloquência*, a *afabilidade* e a *cortesia*. Das *folhas da prudência* surgiria, enfim, o *fruto: a justiça*¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Ibidem, pág. 103.



A imagem acima¹⁰⁸, concebida pelo jurista espanhol Juan de Matienzo, em pleno século XVI, e reproduzida recentemente num ensaio de Jesús Vallejo, é o símbolo acabado de uma visão específica do direito. A partir dessa série de virtudes, exigia-se dos juízes o cumprimento de um rígido código moral que, segundo Guardiola y Sáez, impunha-lhes o dever de serem

sóbrios, modestos, agradáveis, benignos, corteses e afáveis. Não poderiam ser iracundos, altivos, nem cruéis, nem excessivamente duros e severos com os súditos; mas graves e temperados na medida, nos gestos, passos e palavras, no asseio, adoro e compostura. Nem muito faladores nem jactanciosos de si próprios; cautos e distantes dos erros dos seus antecessores. Nem pomposos, nem presunçosos, persuadindo-se de que sabem tudo e desprezando os bons conselhos (...); Nem precipitados ou negligentes em suas determinações; nem crédulos, nem excessivamente incrédulos; recatados, sem suspeitas, nem malícias. Castos, pouco dados a convites, especialmente os privados (...)¹⁰⁹

¹⁰⁸ Obtida do ensaio de VALLEJO, Jesús. *Acerca del fruto del árbol de los jueces. Escenarios de la justicia en la cultura del ius commune*. AFDUAM 2 (1998), pág. 27.

¹⁰⁹ GUARDIOLA Y SAEZ, L. *El Corregidor perfecto*. Madrid. Imprenta y Librería de López, 1785, pp. 129-130. No original castelhano do séc. XVIII: *sóbrios, modestos, agradables, benignos, corteses, y afables. No iracundos, altivos, ni crueles, ó sobradamente duros y severos con los*

A perfeição técnica, tão importante quanto em nossos dias, cede seu lugar de proeminência à perfeição moral. Na cosmovisão do *Probabilismo Jurídico*, a garantia última de justiça, quer se queira ou não, reside na *pessoa* de quem julga, no seu caráter, na sua consciência. É o homem de *carne e osso* que, entre as várias soluções possíveis de um caso, dará a mais adequada às circunstâncias, desconsiderando a lei, se necessário.

4.3. *Arbitrium*: o caminho da consciência.

Para dizer o Direito no caso concreto, a consciência do juiz seria auxiliada pelo seu *livre arbítrio*. Essa noção problemática, de difícil definição, pode ser aqui entendida, ainda que de maneira superficial e incompleta, como a *vontade justificada pela razão*¹¹⁰. Numa sentença judicial, o *arbitrium* é o meio de manifestação da equidade, uma ferramenta de interpretação que permitira ao juiz moderar ou temperar o rigor da lei¹¹¹.

Massimo Meccarelli, autor de monografia sobre o tema, discorre sobre a capacidade interpretativa do livre arbítrio dos juízes, no contexto de um direito em que a lei era vista como insuficiente para solucionar os casos duvidosos. Segundo o estudioso italiano, nesse contexto, o *arbitrium* permitiria ao juiz o exercício de um poder de opção entre a equidade e o rigor do texto escrito¹¹².

Surge, de novo, a dupla de opostos que provocou a reviravolta probabilista: equidade *versus* rigor do texto escrito; liberdade *versus* lei. Só é possível escapar desse embate apelando para uma instância interior: a *consciência*. Na liberdade responsável de seu arbítrio, o juiz, homem reto e

subditos: graves, templados y mesurados, asi en el gesto, pasos y palabras; como en el aséo, adorno y compostura de sus personas: no muy habladores ni jactanciosos de sí mismos; cautos, no sequaces de los errores de sus antecesores: no pomposos ó presuntuosos, persuadiendose que todo se lo saben, y despreciando los buenos consejos (...): ni precipitados, ó negligentes en sus determinaciones: ni fáciles, ó sobradamente incrédulos: sean recatados, y no sospechosos ni maliciosos, ni hagan profesion de ser astutos: sean castos: no dados á convites, especialmente privados (...).

¹¹⁰ MECCARELLI, Massimo. *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 11.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 321.

¹¹² *Ibidem*, p. 322.

sincero, aplacaria a dureza da lei, respeitando, ao máximo que lhe fosse possível, as circunstâncias, as pessoas e os problemas reais.

4.4. A administração probabilista da justiça.

No que diz respeito ao impacto de todas essas noções na administração da justiça, podemos talvez sintetizá-lo com o parecer de Leticia Mayer Celis, para quem “os probabilistas, junto dos missionários, representam o início da dúvida europeia a respeito do outro.”¹¹³

Encontramos essa preocupação com a dúvida e os casos duvidosos nos escritos de grandes autoridades religiosas e jurídicas do período, envolvidas nos esforços de colonização, tais como Francisco de Vitoria. Mesmo querendo defender os nativos, como os católicos poderiam lidar com as heresias, os costumes canibais e os deuses sangrentos? Como lograr a salvação dessas almas, sem, no processo, perder a própria alma, por não ter agido da maneira mais apropriada, mesmo contra as regras? Apesar de seus argumentos se basearem nas Escrituras e nas autoridades da Igreja Católica, nas tradições da escolástica e da patrística, o teólogo espanhol se sentia à vontade para, mesmo diante dessas fontes, indagar-se se “(p)or acaso não podem, em assuntos tão grandes como esses, ocorrer algumas dúvidas particulares que merecem ser elucidadas?”¹¹⁴

Uma inegável fluidez foi se instaurando no trato do Velho Mundo com o Novo, de forma que, séculos depois, o filósofo mexicano Mauricio Beuchot conseguiria afirmar, sem exagero, que os religiosos envolvidos na conversão da América aos poucos se afastariam da própria ideia de Direito Natural:

¹¹³ MAYER CELIS, Leticia. *Rutas de incertidumbre*. Ideas alternativas sobre la génesis de la probabilidad, siglos XVI y XVII, México: Fondo de Cultura Económica, 2015, p. 64.

¹¹⁴ VITORIA, Francisco de. *Relecciones del Estado, de los indios y del derecho de la guerra*, México: Porrúa, 2007, págs. 74-75. No original, a passagem inteira: “*En materia dudosa, después de consultar el caso de los doctos deciden ser lícita una cosa que, por otra parte, es ilícita, si debe para la seguridad de conciencia seguir el parece de aquéllos (...) que aunque lo principal y más importante de la cuestión este suficientemente examinado y comprobado, acaso no pueden, en asunto tan grande, ocurrir algunas dudas particulares que merezcan dilucidarse?*”

A condição humana, eminentemente situacional, a circunstância irrepitível de cada homem, põe tantas dificuldades para captar a unificação no gênero humano, que faz duvidar da existência de uma entidade formal, de uma espécie que unifique todos os homens sob um direito e sobretudo sob uma obrigação comum.¹¹⁵

Transpondo esse hábito mental para o direito, na América espanhola, os poderes locais atuavam em “espaços de ambiguidade”, dispondo, segundo o historiador Rafael Ruiz, de amplas margens para adaptar, modificar ou rejeitar as leis reais.¹¹⁶ Na mesma linha, Richard Morse, sublinhando as especificidades da “Modernidade ibérica” foi talvez um dos primeiros a afirmar que toda essa época foi marcada por uma “estratégia probabilista (que) proibia afirmar uma certeza maior que a permitida pelo tema, mas, ao fazê-lo, autorizava opiniões prováveis quando a certeza era impossível.”¹¹⁷

O Probabilismo, agora *Jurídico*, desenvolveu-se no mundo ibérico como uma corrente de pensamento que possibilitava aos juízes seguir uma opinião provável, e não necessariamente a certa. Pode ser que a solução aplicada, apoiando-se nas doutrinas e opiniões de juristas renomados, ou nos costumes locais, fosse inclusive contrária às leis da metrópole, a pretexto de levar em conta as circunstâncias e peculiaridades do caso concreto.

A importância desse desenvolvimento é tal que Ángel Muñoz García afirma ser impossível compreender todo o século XVII e até mesmo toda a época colonial, se não se levar em conta o Probabilismo Jurídico¹¹⁸, já que, por meio dele, essa aparente desobediência aos textos legais *não era encarada*

¹¹⁵ BEUCHOT, Mauricio. *Estudios de historia y de filosofía en el México colonial*, México: UNAM – Instituto de Investigaciones Bibliográficas, México, 1991, pp. 125-126. No original: “La condición humana eminentemente situacional, la circunstancia irrepitible de cada hombre, pone tantas dificultades para captar la unificación en el género humano, que hace dudar de la existencia de una entidad formal, de una especie que unifique a todos los hombres bajo un derecho y sobre todo bajo una obligación común.”

¹¹⁶ RUIZ, Rafael. Os espaços da ambiguidade: os poderes locais e a justiça na América espanhola do século XVII. *In: Revista de História n. 163*, São Paulo, jul.dez/2010, pp. 81-101, p. 83.

¹¹⁷ MORSE, Richard. *O espelho de Próspero*. Cultura e idéias nas Américas. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 35.

¹¹⁸ MUÑOZ GARCÍA, Ángel. *Diego de Avendaño, 1594-1698: filosofía, moralidad, derecho y política en el Perú colonial*, Lima: UNMSM, Fondo Editorial, 2003, p. 66.

como uma negação do direito da metrópole. Afinal, a própria Coroa espanhola era probabilista¹¹⁹, como veremos abaixo.

Os órgãos de administração da justiça, imbuídos dessa metodologia, constituíam, segundo Ruiz, verdadeiros *espaços de negociação* entre o poder real, o poder local e as elites, tornado possível, inclusive em teoria, chegar a soluções que, embora não fossem as mais prováveis, almejavam ser as mais adequadas às circunstâncias do caso concreto.¹²⁰

Nada disso é surpreendente, mesmo se tratando do direito. Se consultássemos um dos maiores textos didáticos da Universidade de Salamanca, a *Arte legal para estudiar la jurisprudencia*, de Francisco Bermúdez de Pedraza, lido por gerações de juristas espanhóis, veríamos que, para eles, “lei é estabelecida sobre o fato duvidoso, porque nos casos claros não é necessária.”¹²¹

Nessa maneira probabilista de olhar o direito, o costume desempenhava uma importante função. É necessário dedicarmos algumas linhas a este ponto, antes de explorarmos alguns casos concretos.

4.5. O papel do costume.

Durante o século XVII, o costume não era visto apenas como uma entre as fontes do direito, as quais o juiz deveria levar em conta ao sentenciar. Entendia-se que ele era, para além disso, uma fonte legitimadora da eficácia das leis, de tal forma que, se a maior parte do povo não seguisse a conduta exigida pela lei, esta não poderia ser considerada em vigor.

Numa perspectiva probabilista, isso não queria dizer que a vontade do rei houvesse sido desobedecida, ou simplesmente desconsiderada. Na

¹¹⁹ ZERON, Carlos Alberto de Moura Ribeiro. *Ligne de foi: La Compagnie de Jésus et l’esclavage dans le processus de formation de la société coloniale em Amérique portugaise (XVIe-XVIIe. Siècles)*, Paris: Honoré Champion Editeur, 2009.

¹²⁰ RUIZ, Rafael. Os espaços da ambiguidade..., p. 89.

¹²¹ BERMÚDEZ DE PEDRAZA, Francisco. *Arte legal para estudiar la Jurisprudencia com la paratila, y exposición à los títulos de los quatro libros de las Instituciones de Iustiniano*, Salamanca: Empreza de Antonia Ramirez, viuda, 1612, p. 109. No original: “La ley se establece sobre hecho duvidoso, porque en los casos claros no es necesaria.”

verdade, apoiando-se no jurista medieval Graciano, podia-se, à época, afirmar que as “as leis são instituídas quando são promulgadas, mas se firmam quando comprovadas pelos costumes dos que as praticam”.¹²²

Em termos práticos – e até um pouco cômicos: de acordo com o jurista português Domingos Antunes Portugal, no seu *Tractatus de donationibus iurium et bonorum regiae Coronae*, dentro do território de Portugal, uma lei passaria a obrigar depois de três meses de sua criação. Mas, no Ultramar (citando especificamente Angola, Índia e Brasil), a lei só obrigaria se houvesse notícia dela e, mesmo assim, para que fosse realmente eficaz, era preciso publicá-la, o que nem sempre acontecia.¹²³

Em importante monografia sobre o tema, o historiador do direito argentino Victor Tau Anzoátegui, descreve a força normativa do costume, para a ordem jurídica do período, como se este fosse uma realidade *de facto et de iure* “inserida num movimento múltiplo, refratário a esquemas e a definições de ordem racional, e unicamente compreensível no meio do dinamismo da vida social de cada comunidade.”¹²⁴

Recorrer ao costume, no Probabilismo Jurídico, significa valer-se de uma forma de se aplicar o direito que o torna aberto ao movimento. Possibilita a adaptação à realidade cotidiana, carregando, em si, “não só passado, mas a força de se renovar no aqui e agora.”¹²⁵

Esclarecidas essas noções, vejamos como a confiança depositada na figura do juiz, assim como a maleabilidade do direito se manifestaram em alguns casos concretos.

¹²² ZERON, Carlos Alberto de Moura Ribeiro e RUIZ, Rafael (transcrição e tradução). *Apologia pro paulistis*. Clio, Revista de Pesquisa Histórica, n. 27-1, Ed. Universitária da UFPE, 2009, p. 400. Ver também, ZENON, Carlos Alberto de Moura Ribeiro e RUIZ, Rafael. A força do costume, de acordo com a *Apologia pro Paulistis* (1684). In: ALMEIDA, Marta de e VERGARA, Moema de Rezende (org.). *Ciência, história e historiografia*. São Paulo/Rio de Janeiro: Via Lettera/Mast, 2008, pág. 359-376.

¹²³ RODRÍGUEZ GIL, Magdalena. Domingos Antunes Portugal. Un jurista barroco. In: *Cuadernos de Historia del Derecho*, 2004, vol. Extraordinario, págs. 279-292, pág. 287.

¹²⁴ TAU ANZOÁTEGUI, Victor. *El Poder de la costumbre*. Ensayos sobre el Derecho consuetudinario en América hispana hasta la Emancipación. Buenos Aires, 2000, pág. 12.

¹²⁵ RUIZ, Rafael. *O Sal da Consciência...*, p. 133.

4.6. Exemplos.¹²⁶

Nos autos de residência de Don Alonso Pérez de Guzmán, corregedor de Cuzco, há um processo contra o Capitão Don Juan Riquelme Bernardo de Quirós, alcaide ordinário de Cuzco, que fora, à altura dos fatos, acusado de ultrapassar os limites de um costume local. O costume em questão estabelecia que as oito paróquias da cidade dessem quatro índios por semana para ajudar no que fosse necessário à administração da justiça. Riquelme obrigava as paróquias a darem mais quatro, e os remanejava, colocando alguns em serviços judiciais, e outros na sua própria casa, para os afazeres domésticos.

Em sua defesa, o alcaide alegava ter feito como se fizera desde “tempo imemorial por esta parte”, e que, portanto, a acusação era injusta e maliciosa.¹²⁷ Na sentença, contudo, reconheceu-se que o costume era o de não se dar mais do que quatro índios e que, portanto, o alcaide agira contra o próprio costume estabelecido, sendo condenado precisamente por esse motivo:

(N)ão existindo o costume de serem dados mais do que quatro e por haver falta deles não podendo os curacas e pessoas a cujo cargo estava o de completar o número, buscavam alugá-los pagando a cada um doze reais ou este davam-nos ao dito D. Juan Riquelme, que os recebia no lugar do índio que faltava e pelo segundo cargo de que por não ser necessário tantos índios para que lhe ajudassem nas coisas necessárias ao exercício do dito ofício ocupava os outros no serviço doméstico de sua casa devo condená-lo e condeno em 600 pesos correntes.¹²⁸

Outro documento interessante para se analisar esse tipo de argumentação jurídica é o Parecer da Real Audiência de *La Plata* sobre os

¹²⁶ Os exemplos a seguir foram retirados do pioneiro RUIZ, Rafael. *O Sal da Consciência*.

¹²⁷ A.G.I., ESCRIBANÍA, 534C, *Residencia de Alonso Pérez de Guzmán, corregidor de Cuzco, por Lucas Seguro de Lara, Protector de índios del distrito de la Audiencia de Lima. Cargos que resultan contra el Capitán D. Juan Riquelme Bernardo de Quirós, alcaide ordinario actual de esta ciudad, juez de naturales que fue en ella el año pasado de 1676*, fls. 320.

¹²⁸ Idem, fls. 336. No original: “no habiendo costumbre de darse más de cuatro y por haber faltado dellos no pudiendo los curacas y personas a cuyo cargo era el enterarlos los buscaban alquilados pagando a cada uno doce reales o estos se los daban al dicho D. Juan Riquelme quien los recibía em lugar del índio que faltaba y por el segundo (cargo) de que por no ser menester tantos indios para que le asistiesen en las cosas necesarias al ejercicio del dicho oficio ocupaba los mas em el servicio doméstico de su casa le debo condenar y condeno em 600 pesos corrientes.”

yanaconas, de 28 de fevereiro de 1608, relacionado à Real Cédula de novembro de 1601 e às derivações que se criaram na América, durante sua execução, pelo Vice-Rei don Luis de Velasco.

Existiam, na província de Charcas, duas classes de indígenas. Os *atumlunas*, “que vivem nos seus povos (...) com obrigação de irem às suas mitas ou turnos ao serviço e labor das minas (...) e a outros serviços pessoais que não há para que contar e de pagar sua taxa, que é como imposto”¹²⁹, e os *yanaconas*, “que vivem nas chácaras (...) com obrigação de trabalhar e beneficiar as chácaras, e de residirem nelas (...) e com isso são reservados (...) dos outros serviços aos quais vão os *atumlunas*.”¹³⁰

A Cédula Real alterava, por suspensão, todo o regime de trabalho doméstico em que os espanhóis empregavam a mão de obra indígena dos *yanaconas*, erradicando-o *in totum*. Decidiu-se não a executar, “descumprindo” a ordem real.

Na opinião dos Ouvidores da Real Audiência de *La Plata*, o fato de existirem condutas erradas por parte de muitos ou de alguns espanhóis não era suficiente para se considerar o sistema todo como proibido.¹³¹ Como reforço argumentativo, os juízes mostraram que os espanhóis não faziam outra coisa senão continuar as práticas dos incas, melhorando-as consideravelmente.¹³²

Para a instância julgadora, o problema não estava reduzido aos maus tratos ou às más condições de trabalho, questões essas que não foram negadas mas, pelo contrário, reconhecidas e incorporadas na argumentação. O que os Ouvidores defenderam foi que esses problemas deveriam ser solucionados caso a caso, aplicando soluções negociadas e específicas, e não adotando uma lei geral que, caso fosse cumprida, colocaria em risco todo o sistema produtivo e de exploração de mão de obra das minas, já que os

¹²⁹ A.G.I., CHARCAS, 31, *Parecer de la Real Audiencia de La Plata sobre los yanaconas de los Charcas*, 28 de febrero de 1608. No original: “que son los que viven en sus pueblos (...) con obligación de acudir por sus mitas o turnos al servicio y labor de las minas (...) y a otros servicios personales que no hay para qué referir y de pagar su tasa, que es como pecho.”

¹³⁰ Idem, fls. 1r. No original: “que son los que viven en las chácaras (...) con obligación de labrar y beneficiar las chácaras, y de residir en ellas (...) y com esto son reservados estos yanaconas de los otros servicios a que acuden los atumlunas.”

¹³¹ Idem, fls. 4r.

¹³² Idem, fls. 6r.

yanacunas não prestavam apenas serviços domésticos, mas abasteciam toda a população que morava e trabalhava em Potosi. Se os índios fossem liberados de suas funções, de acordo com a lei, todo o sistema econômico entraria em colapso:

e quando todos estes inconvenientes acabarem, e os índios das chácaras vierem a viver aos povos, e alugarem seu trabalho por seus salários, tendo de ganhar mais do que ganhavam nas chácaras para sustentar-se nos povos, aumentariam os gastos e os custos do labor quatro vezes mais do que agora custa e, portanto, o preço dos mantimentos teria de crescer (...) e a necessidade e a carestia forçaria os espanhóis a desampararem a terra, e os índios que vêm trabalhar nas minas de Potosi não se poderiam sustentar com o que hoje ganham, e se para que possam sustentar-se for necessário aumentar os salários, os senhores das minas não poderão suportar esta carga, e desse jeito todos acabarão por desamparar esta terra.¹³³

Para encerrarmos, voltando a uma das metrópoles, Lisboa, verificamos como a autorização probabilista de moderar ou temperar a lei¹³⁴ se traduzia concretamente, mesmo depois da proibição papal. Em 1826, Antonia Maria, esposa de Manuel Chambel, processou o marido, que costumava castigá-la com pancadas, ferindo-a gravemente.¹³⁵ O Corregedor da Vila de Tomar, Thiago da Silva Albuquerque do Amaral assim considerou:

ainda que por lei é permitido ao marido o castigar a sua mulher deve o castigo ser moderado e jamais pode ser lícito o ferir e espancar cruelmente como se mostra do auto de exame pois tal procedimento é um delito e se por ele não se procede por via de querela ou devassa seria impune.¹³⁶

¹³³ Idem, fls. 6v. No original: “*menester más para sustentarse en los pueblos, crecería el gasto y costa de la labor quatro veces más de lo que ahora cuesta y así el precio de los mantenimientos avría de crecer (...) y la necesidad y la charestía forçaria a los españoles a desamparar la tierra, y los yndios que vienen a labrar las minas de Potossi no se podrían sustentarse con lo que oy ganan, y si para que puedan se les na de crecer al respecto de los jornales, los señores de minas no pondrán sufrir esta carga, y asó todos avrán de desamparar esta tierra.*”

¹³⁴ MECCARELLI, Opus citatum, p. 321.

¹³⁵ ANTT. Feitos Findos. Ouvidoria Geral do Crime. Juízo. Apelações. Maço 5 n.º 6 cx 3. *Autos crimes de agravo de injusta pronúncia em que é o reo Manoel Chambel da Freguesia das Mouriscas termo desta Vila pela culpa que lhe resultou da querela que contra ele deu a querelante Antonia Maria sua mulher.*

¹³⁶ Ibidem.

O caso foi julgado, em última instância, pelo Desembargo do Paço, que confirmou a decisão do Corregedor, mesmo a lei dispondo a favor do marido. Os Desembargadores se pronunciaram levando em consideração as circunstâncias do caso concreto, e a imoderação do “castigo”.

4.7. Um resumo das características concretas do Probabilismo Jurídico.

Seguindo novamente o trabalho pioneiro de Rafael Ruiz sobre o tema, poderíamos apontar quatro grandes conclusões sobre o modo como se administrava a justiça, à luz do Probabilismo Jurídico:

1. A consciência individual dos funcionários encarregados da administração da justiça surgia como critério último e decisivo para determinar como a lei seria aplicada. Seu poder era tão grande que, mesmo que a consciência estivesse errada com relação ao fato de se uma lei era justa ou não, sempre devia ser seguida.
2. As circunstâncias locais eram requisitos, por si sós, capazes de justificar em que medida a lei poderia ser aplicada, de maneira que uma mesma Cédula Real poderia ser aplicada no todo ou em parte, ou mesmo não ser aplicada, em cada uma das partes do Vice-Reinado.
3. A prudência de cada magistrado era determinante para medir as consequências da aplicação de uma lei régia e, nesse sentido, essa prudência, aliada à consciência individual, convertia-se no critério que determinava a proporcionalidade com que cada lei régia deveria ser aplicada em cada território. Era, na verdade, o princípio regulador das diferentes medidas que uma mesma lei da Coroa podia ter na América.
4. Os costumes locais configuram-se como práticas sociais, decantadas ao longo do tempo, com uma força tal que são capazes de impedir que uma Cédula Real seja efetivamente posta em vigor no Vice-reinado, a partir do momento em que se aceita que as leis só podem obrigar os súditos na medida em que são recebidas pela maior parte da “república”.¹³⁷

¹³⁷ RUIZ, Rafael. A interpretação das leis reais: ambiguidade e prudência no poder das autoridades locais na América do século XVI, *Clio, Revista de Pesquisa Histórica*, n. 27-1, Ed. Universitária da UFPE, 2009, pág. 196-197.

CAPÍTULO 5 – PROBABILISMO, PÓS-POSITIVISMO E CONSEQUENCIALISMO.

Depois de traçarmos as linhas gerais do Probabilismo Jurídico, é evidente que um dos seus elementos centrais parece ser a noção de *prognose*, de controle e previsão dos efeitos das decisões judiciais.

Essa constatação é importante, pois aproxima essa teoria antiga às preocupações do presente. O paradigma pós-positivista, que privilegia a *facticidade* na aplicação do direito, e o consequencialismo estão aí para demonstrá-lo.

Neste capítulo tentaremos esboçar os elementos principais dessas formas de pensar contemporâneas para depois, ao final, compará-las ao Probabilismo Jurídico.

5.1. O ponto de vista pós-positivista sobre o direito e os fatos.

Embasado, sobretudo, na filosofia de Hans-Georg Gadamer, o paradigma pós-positivista é “uma postura teórica-jurídica que pensa o direito a partir da hermenêutica.”¹³⁸

Para garantir clareza à sua comparação com o Probabilismo Jurídico, é preciso definir esses termos.

“Hermenêutica” é a arte ou teoria da interpretação e compressão de textos literários, filosóficos, teológicos ou jurídicos.¹³⁹ Durante o Renascimento e a Reforma, essa disciplina forneceu as técnicas por meio das quais começaram a ser estudados, sistematicamente, os textos da Bíblia, as obras da literatura clássica e as fontes do direito romano, tais como o *Digesto*.

¹³⁸ ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*, 5.ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil/Revista dos Tribunais, 2021, p. 69.

¹³⁹ BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*, Lisboa: Edições 70, 1992. Ver, em especial, a introdução.

Aos poucos, a Hermenêutica se tornou proeminente e autônoma. No século XIX, começou a se tornar uma *filosofia*, nas mãos do teólogo protestante Friedrich Schleiermacher.¹⁴⁰ No seguinte, tornou-se possível falar na “era da hermenêutica”¹⁴¹, graças à radicalização dessa corrente de pensamento na filosofia continental europeia.

Em 1920, Martin Heidegger, antecipando algumas das sugestões de *Ser e Tempo*, publica um pequeno livro sobre os objetos dessa vertente filosófica, chamado *Hermenêutica da Faticidade*¹⁴². Nele, a interpretação de textos cede o lugar para a compreensão do ser, ou melhor, do *Ser-aí*, da concretude, do “plano prático e precário da existência humana”.¹⁴³

Por meio da obra de Gadamer, esse *insight* fundamental é levado, com rigor, às últimas consequências: para o autor de *Verdade e Método*, a Hermenêutica se transforma num agir mediador.

Quando falamos em Hermenêutica *jurídica*, temos em mente o acesso¹⁴⁴ revolucionário que essas ideias tiveram na teoria do direito, por meio de autores inspirados nas contribuições de Heidegger e Gadamer, entre os quais se encontram Josef Esser¹⁴⁵, Friedrich Müller¹⁴⁶, Arthur Kaufmann¹⁴⁷ e Ronald Dworkin¹⁴⁸.

Para se ter uma medida da importância desse influxo, basta abrir, ao acaso, dois ou três manuais de graduação. É ainda muito provável que, neles, a interpretação seja concebida apenas como uma atividade auxiliar e secundária

¹⁴⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, 3.^a ed., Petrópolis: Vozes, 1999, vol. I, pp. 237-353. Para um contexto ainda mais geral: STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do direito, 8.^a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

¹⁴¹ STEIN, Ernildo. *História e ideologia*, Porto Alegre: Movimento, 1972.

¹⁴² HEIDEGGER, Martin. *Hermeneutica de la Faticidad*. Disponível em www.heideggeriana.com.ar/hermeneutica/indice.htm. Acesso em 27.09.2021.

¹⁴³ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini e OLIVEIRA Rafael Tomaz de. *Introdução ao direito: teoria, filosofia e sociologia do direito*, 5.^a ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil/Revista dos Tribunais, 2020, p. 552.

¹⁴⁴ LAMEGO, José. *Hermenêutica e Jurisprudência*. Análise de uma recepção. Lisboa: Fragmentos, 1990.

¹⁴⁵ ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1961.

¹⁴⁶ MÜLLER, Friedrich. *Direito, linguagem e violência: elementos de uma teoria constitucional*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

¹⁴⁷ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

¹⁴⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

à correta aplicação do direito, cujas técnicas só seriam invocadas quando o sentido dos textos não fosse claro e transparente.

Essa concepção parte da ideia – equivocada – de que o processo hermenêutico implicaria, necessariamente, duas etapas separadas por completo: primeiro se *interpreta* uma lei, depois se *aplica* o direito; primeiro se compreende uma *regra abstrata*, depois, faz-se com que ela incida sobre um *fato concreto*.

Para Gadamer, contudo, a interpretação é um processo unitário, em que *direito* e *fato* não se separam. Não conseguimos decompô-lo em vários passos, pois essas duas atividades – interpretação e aplicação das leis – se juntam, sempre, numa só: a *applicatio* (“aplicação”)¹⁴⁹.

O intérprete jurídico nunca se depara com um texto como se as palavras existissem no vácuo, alheias à realidade social, às suas circunstâncias pessoais, e aos demais textos.

Isso faz com que toda e qualquer teoria do direito partidária da Hermenêutica filosófica – como, por exemplo, o pós-positivismo – enxergue a interpretação como uma tarefa criativa, um ato de criação e de atribuição de sentido, cujo resultado final é a *norma*.

Nas palavras de Eros Roberto Grau:

Sendo concomitantemente aplicação do direito, a interpretação deve ser entendida como produção prática do direito (...): não existe um terreno composto de elementos normativos (= direito), de um lado, e de elementos reais ou empíricos (= realidade), do outro. (...) a norma é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos colhidos no texto normativo (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será aplicada, isto é, a partir de dados da realidade (mundo do ser).¹⁵⁰

¹⁴⁹ GADAMER, Hans-Georg. Opus citatum, p. 463.

¹⁵⁰ GRAU, Eros Roberto. A jurisprudência dos interesses e a interpretação do direito. In: ADEODATO, João Maurício (org.). *Jhering e o direito no Brasil*, Recife: Editora Universitária, 1996, p. 31.

Já a expressão “pós-positivismo” remonta, por sua vez, à chamada *metódica estruturante do direito*, de Friedrich Müller, jurista e filósofo alemão, que cunhou o termo em 1971.¹⁵¹

Inspirada nas ideias de Gadamer, a proposta de Müller parte da seguinte constatação: o método decisório do positivismo jurídico, por considerar que a lei contém, em si, a norma aplicável ao caso, é limitado. Segundo essa forma de raciocínio silogística, a norma existe *ante casum*, como se o direito fosse algo independente da realidade, e a solução a ser dada pelo juiz uma abstração.

Essa visão é, segundo Georges Abboud, “refratária ao acesso hermenêutico, porque ignora que o direito deve ser concretizado na singularidade de cada caso, e não apenas através de uma subsunção de fatos a previsões normativas.”¹⁵²

A metódica estruturante de Müller visa a libertar o intérprete das amarras impostas pela *ideologia da subsunção*¹⁵³, cujo maior equívoco é considerar que *texto* e *norma* são uma só coisa.

Lei não é norma; é um *enunciado normativo*, e, como tal, sempre comportará interpretação, não importando quão clara e objetiva.

Lei é apenas o dado de entrada (*input*), o ponto de partida do processo de concretização da norma diante de um caso, real e concreto, a ser resolvido.¹⁵⁴

Logo, nas palavras do próprio Müller, segundo o enfoque da teoria pós-positivista,

(A) lei não contém normas, mas somente “textos de normas”. Elas não são “aplicáveis”, pois ainda não são pré-formatadamente normativas. Quando as trabalhamos, não se processa nenhum silogismo lógico. Pelo contrário, “concretizamos”, vale dizer, criamos, geramos, produzimos primeiramente a norma jurídica a partir de regras de regras

¹⁵¹ MÜLLER, Friedrich e CHRISTENSEN, Ralph. *Juristische Methodik*, Band I: Grundlagen Öffentliches Recht, 9.ª ed., Berlin: Duncker & Humnlot, 2004. Dos mesmos autores, também conferir: *Juristische Methodik*, Band II: Europarecht, 2. ed., Berlin: Duncker & Humnlot, 2003.

¹⁵² ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*, p. 238.

¹⁵³ MANCEBO, Luis Quintín Villacorta. *Estudo preliminar da obra, Postpositivismo*. MÜLLER, Friedrich. *Postpositivismo*. Cantabria: Ediciones TGD, 2008, p. 3.

¹⁵⁴ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*, 2.ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 119.

de sustentabilidade argumentativa [*Vertretbarkeit*], para então derivar dela a fórmula de decisão, a parte dispositiva do julgamento, o teor ["Tenor"].¹⁵⁵

E mais. Avançando na terminologia de Müller, é possível caracterizar o texto normativo como o *programa da norma (Normprogramm)* e a realidade social como o *âmbito da norma (Normbereich)*. Assim, como bem expresso por Thomas Vesting, "a norma jurídica/norma de decisão é constituída, antes e acima de tudo, pela integração de recortes da realidade social no processo de interpretação."¹⁵⁶

Logo, para o pós-positivismo, "direito" e "fatos" estão intimamente imbricados, de tal forma que não é mais possível, para autores como Friedrich Müller, pensá-los em separado. O texto pode muito bem existir antes do caso, mas a norma surge somente diante dele.

De acordo com Georges Abboud, essa teoria do direito poderia ser decomposta em cinco proposições fundamentais, com as quais encerramos esta seção: (i) "texto e norma são distintos"; (ii) "a interpretação do direito é um ato produtivo, condicionado pela historicidade"; (iii) "a decisão judicial é sempre interpretativa, e não silogística"; (iv) "a teoria do direito tem função normativa"; e (v) "não existe discricionariedade judicial na solução das questões jurídicas".¹⁵⁷

Antes de descrevermos como, a partir dessa visão, o direito lida, hoje em dia, com as consequências das suas próprias decisões, é curioso notar o seguinte.

A nosso ver, o projeto pós-positivista parece evocar, guardadas as devidas proporções, a mesma sensibilidade para as *circunstâncias* que tanto marcou o Probabilismo Jurídico, objeto de estudo desta dissertação.

A convicção de que a norma nasce *no caso e para o caso* já estava presente, de certa forma, nestes versos populares do *Refranero* de Sebastian

¹⁵⁵ Ibidem, p. 132.

¹⁵⁶ VESTING, Thomas. *Teoria do direito...*, p. 242.

¹⁵⁷ ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*, p. 71.

de Horozco (1510-1579), poeta e dramaturgo do Siglo de Oro: “*porque para sentenciar/del hecho nace el derecho.*”¹⁵⁸

5.2. Como o direito contemporâneo analisa as consequências das decisões judiciais.

Mesmo ao salientar a unidade que existe entre interpretar e aplicar o direito, o pós-positivismo não pode ser considerado como um passaporte à discricionariedade, um convite feito aos juízes para decidirem como quiserem.

Sob a perspectiva do direito contemporâneo, para cada caso há uma *resposta correta*, para a qual devem tender os juízes, à luz dos problemas concretos. A decisão, num Estado Constitucional, não pode ser um *locus* arbitrário, alheio a qualquer mecanismo de controle.

Esse ambiente técnico e intelectual fez com que, recentemente, os juristas se debruçassem sobre o papel das consequências no direito.

Isso muito se deve, para além do pós-positivismo, à influência do pensamento *Law and Economics*, chamado, entre nós, de *Análise Econômica do Direito*. Sob os baluartes da *eficiência*, dos *custos de transação*, princípios das ciências econômicas passaram, com o tempo, a ser encarados como referências incontornáveis na administração da justiça, especialmente no que toca aos *efeitos das decisões judiciais*.

De acordo com Neil MacCormick, justificar as decisões judiciais por suas consequências pode nos levar a um de dois extremos: ou acreditamos que as consequências e os seus benefícios – ainda que remotos – são o único fundamento possível e aceitável, ou as desqualificamos completamente, tirando-as da frente do juiz, independentemente de sua importância.¹⁵⁹

¹⁵⁸ HOROZCO, Sebastián de. *Teatro Universal de Proverbios*, 2.^a ed., Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2005, p. 162.

¹⁵⁹ MACCORMICK, Neil. *Rethoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*. Oxford University Press, 2005, p. 101.

Para Georges Abboud, que trabalha o conceito de consequencialismo a partir de uma ótica constitucional pós-positivista, ele pode ser sintetizado numa sensibilidade intelectual, que se espera dos juízes, aos efeitos práticos que serão desencadeados por suas decisões. Segundo o autor de *Processo Constitucional Brasileiro*:

Analisar as consequências da decisão, no âmbito normativo, nada mais é do que uma vinculação do julgador não apenas com a coerência de suas decisões passadas, mas também em assegurar a integridade em relação ao futuro, mediante teste de universalização, a verificar se essa decisão é replicável e extensível em causas futuras que demandem o mesmo tipo de provimento judicial.¹⁶⁰

Consequências são, para essa teoria, os efeitos *reais* que advêm das decisões judiciais, conforme entende Klaus Mathis. Para Mathis, as consequências legais são distintas das reais, sendo estas últimas subdivididas em *de nível micro*, ao afetarem somente as partes envolvidas no processo, e em *nível macro*, ao se projetarem para a sociedade como um todo.¹⁶¹

Da mesma forma que, para o pós-positivismo, a aplicação do direito não existe sem o caso concreto, para o consequencialismo, a decisão não existe sem a indagação pelos seus efeitos. A decisão não existe se os seus efeitos levarem ao caos social, ou seja, se a solução dada ao caso não puder ser universalizada, mantendo incólume a segurança jurídica.

No Brasil, essas ideias se materializaram pelas inovações trazidas pela L 13655/2018 à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), as quais, lidas em conjunto, parecem aproximar o julgador aos fatos do caso concreto, de forma a afastá-lo de qualquer margem de discricionariedade ou abstração.

Veja-se o art. 20 da LINDB:

Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade

¹⁶⁰ ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*, p. 378.

¹⁶¹ MATHIS, Klaus. *Consequentialism in Law*, pp. 5-6, disponível em: https://www.unilu.ch/fileadmin/fakultaeten/rf/mathis/Dok/5_Mathis_Consequentialism_in_Law.pdf. Acesso em 3.10.2021.

e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Além disso, a criteriologia da LINDB impõe ao julgador, segundo Georges Abboud, a obrigação de submeter sua decisão a um teste de universalização funcional. Ou seja, a solução alcançada em sua fundamentação deve responder a três perguntas: a) a solução por ela alcançada é replicável em casos análogos, do ponto de vista normativo?; b) ainda que seja replicável, a solução alcançada continua sendo constitucionalmente adequada, em face das consequências administrativas e judiciais a serem criadas?; e, c) a decisão exarada pode gerar desregulamentação de algum setor ou produzir efeitos colaterais inconstitucionais?

No caminho do pós-positivismo, o consequencialismo prestigia a facticidade, sem a qual o direito não se realiza, não se torna real, não resolve nada.

5.3. Os limites (constitucionais) do consequencialismo.

O recurso às consequências não pode ser entendido, portanto, como um vale-tudo decisório. Os efeitos práticos não podem obter respostas que estejam fora do código lícito/ilícito. A pretexto de cumprir com os critérios acima, o juiz não pode apelar para a política ou para a moral, deixando de lado a Constituição.

Por isso, é preciso ser muito claro: o consequencialismo não transforma o ilícito em lícito, nem o inconstitucional em constitucional, e vice-versa. Ele calibra, ajusta, adequa a lógica da “resposta correta de acordo com a Constituição”; jamais, em hipótese alguma, a substitui.

E mais, as consequências em jogo devem ser aferíveis, ter alguma espécie de lastro probatório, documental ou pericial. Não se pode decidir conforme probabilidades remotas ou circunstâncias eventuais.

5.4. Consequência e circunstância, discricionariedade e arbitrium: diferenças, semelhanças e aproximações.

Nosso propósito, neste capítulo, foi esboçar, em linhas gerais, dois aspectos da teoria contemporânea do direito que nos parecem próximos aos elementos centrais do Probabilismo Jurídico.

Apesar de separadas por séculos, e de estarem baseadas em pressupostos filosóficos completamente distintos, essas duas teorias comportam, a nosso ver, aproximações e contrastes interessantes e profícuos.

Tratemos, antes, do que aproxima o Probabilismo Jurídico do consequencialismo pós-positivista.

Ambas centralizam, entre suas preocupações, a atividade judicial, a decisão dos juízes. Ambas enfatizam como, em sociedades cada vez mais complexas, é preciso abandonar a esperança das soluções padronizadas, como se entre o que diz a lei e o que pedem os fatos não houvesse qualquer diferença.

Logo, para as duas, os casos concretos demandam soluções únicas, que surgem da (i) consideração pausada das circunstâncias em que eles se encontram; e (ii) dos efeitos que elas podem gerar na sociedade como um todo.

O Probabilismo Jurídico se preocupa com os efeitos, na medida em que, às vezes, a solução menos provavelmente justa é a menos danosa, a menos capaz de ferir as expectativas sociais do Novo Mundo, mesmo se levasse à não aplicação, nas terras coloniais, a lei da metrópole.

A mesma preocupação se faz presente no consequencialismo, embora com outro viés: as consequências práticas das decisões judiciais importam, desde que se possa, em primeiro lugar, aferi-las precisamente, e, em segundo, tutelar, por meio delas, a força da Constituição Federal.

E é a partir desse ponto de encontro que as diferenças começam a surgir.

Vimos que a teoria consequencialista não tolera nada que ponha em risco o código lícito/ilícito. Logo, o recurso às consequências, a virada em favor dos efeitos práticos, nunca poderão transformar o que era permitido em proibido, ou o contrário. Isso porque, ao final do dia, trata-se de uma posição teórica, como todas as que hoje discutimos, compromissada com a defesa da constituição, com a ideia de Estado Constitucional de Direito. E mais: comprometida com a erradicação da discricionariedade.

É óbvio que essas balizas estão ausentes no caso do Probabilismo Jurídico. Não poderia ser diferente. Trata-se de uma teoria que, embora tenha se debruçado sobre o direito, era fortemente enraizada na teologia e filosofia morais de inspiração católica. Surgiu, ainda, num contexto em que a própria ideia de constituição, tal como hoje a entendemos, estava muito longe de ser realidade.

Logo, para um probabilista, como vimos no Capítulo 4, era possível transformar o lícito no ilícito, se as circunstâncias do caso concreto assim demandassem. Trata-se ainda, ao contrário do consequencialismo pós-positivista, de uma teoria que abraça, em seu seio, a noção de *arbitrium*, arbítrio, muito embora, por ela, se designasse algo muito diverso e até contrário ao que associamos à palavra. O *arbitrium* permitia o juiz escolher, segundo as circunstâncias, entre a lei (aplicação rigorosa da lei) e a liberdade (aplicação branda, quase relativizada, quase não-aplicação da lei).

Por fim, a diferença mais curiosa reside no fato de que a preocupação com as consequências se justifica, nos tempos que correm, pela influência da economia no direito. No contexto probabilista, ela surgiu, contudo, pelo jugo da religião, introduzindo-se no direito a partir da Teologia Moral, que tinha por objeto de estudo a vida em todos os seus aspectos, incluindo, por óbvio, os econômicos e sociais.

CAPÍTULO 6 – CONCLUSÕES E SUGESTÕES.

Nosso objetivo, com esta Dissertação, foi demonstrar como o Probabilismo Jurídico representou, aos nossos olhos, uma notável tentativa de acolher a incerteza e indeterminabilidade no seio do direito.

Procuramos situá-lo na encruzilhada da Modernidade, entendê-lo a partir dos impactos intelectuais da descoberta da América, explicá-lo pela Teologia Moral dos séculos XVI e XVII, e ao final, exemplificá-lo por meio do direito que o aplicou, na prática e em teoria.

O acolhimento da incerteza pelo direito, no contexto ibérico, fez com que algumas soluções negociadas pudessem ser dadas aos conflitos sociais que escapavam às leis e às visões de mundo tradicionais.

Esta pesquisa foi provocada pela ênfase que a teoria do direito contemporânea tem colocado nos limites e condições da administração da justiça. Em especial, pela ideia de que, em determinados casos, o direito deve se abster de decidir, sob pena de criar mais complexidade do que resolvê-la. O que resta é uma nova concepção, “pós-moderna”, do jurídico. O direito pode se tornar uma esfera de produção de conhecimento, na qual os problemas complexos podem ser discutidos, pelos interessados, fora do código “lícito/ilícito”.

A “complexidade” dos tempos atuais parece guardar alguma semelhança com a “incerteza” que tanto fascinava os teólogos e juristas probabilistas. As grandes certezas se fragilizam, as verdades se multiplicam, e as soluções de antanho se relevam simplistas. O mundo medieval se transformou com a modernidade; esta tornou-se ainda outra coisa, de difícil definição, que nos contentamos em chamar de pós-modernidade.

Isso dito, fomos e voltamos da Idade Média para a Idade Moderna, dos teólogos para os juristas. Paremos agora em 1984 para um pequeno intervalo.

Depois de mais de vinte anos refletindo sobre a natureza dos ideais humanos, o filósofo espanhol Julián Marías consegue a tranquilidade de que

tanto precisava para escrever um dos seus livros mais interessantes: o *Breve Tratado de la Ilusión*¹⁶².

Em quase cem páginas, o discípulo e continuador de José Ortega y Gasset faz um comovente estudo sobre o sentido especial que a palavra *ilusión* tem na língua espanhola.

Ao contrário da maioria dos países europeus, a Espanha deu dois sentidos à sua “ilusão”; um negativo e outro positivo. O primeiro parece ter sido dividido com o resto do mundo: ilusão é burla, enganação, erro, mentira. Já o segundo é monopólio espanhol e, quem sabe, ibérico: ilusão é antecipação, *véspera do gozo*, como diria o poeta Pedro Salinas. Aqui, ela representa o caráter futuro da vida humana, o espírito com que nos atiramos aos nossos projetos e aspirações mais sinceras, assumindo de bom grado a possibilidade do fracasso, da *desilusão*.

Essa “realidade emergente” é parte mesma da vida, sem a qual nossa existência se torna primitiva, animal, canina.

Pensamos que o mesmo pode ser dito sobre o direito. Neste, como nas demais manifestações do espírito humano, é preciso manter sempre viva uma promessa, um ideal definido contra o qual se medem as nossas conquistas e derrotas.

O *Probabilismo Jurídico*, com sua formulação específica do problema da *decisão certa*, parece apontar para a mesma direção. Mais estado de espírito do que “teoria pura”, essa visão ibérica do Direito quer nos fazer conscientes das limitações de um conhecimento jurídico fechado sob si mesmo, incapaz de se adaptar às circunstâncias.

Como sugestões para o desenvolvimento futuro deste trabalho, poderíamos primeiro pensar no *valor do estudo de aspectos mais práticos e menos conhecidos da história do direito para as teorias que levam em conta a complexidade*. Muito se fala na *era da complexidade*, mas talvez seja mais certo, e menos injusto com o passado, pensar nas *eras da complexidade*, e estudá-las

¹⁶² MARÍAS, Julián. *Breve Tratado de la Ilusión*. El Libro de Bolsillo/Alianza Editorial: Madrid, 1984.

à luz deste paradigma contemporâneo. Nossos desafios não são tão singulares e tão próprios do nosso tempo quanto gostaríamos de acreditar.

Em segundo lugar, parece-nos ser muito proveitoso aprofundar as sugestões e as teorias presentes em obras que, muito embora não tratem *só do direito*, relevaram-se fundamentais para a administração da justiça no Mundo Moderno como, por exemplo, *os tratados de teologia e, sobretudo os manuais de conduta judicial*. Nestes materiais encontram-se exemplos e sugestões importantes para uma teoria jurídica que, como a dos nossos tempos, pretende-se próxima da *práxis*, sem abdicar do rigor metodológico.

Por fim, gostaríamos de salientar que a presente pesquisa não teria sido possível se a historiografia sobre o assunto não tivesse se voltado ao estudo da administração da justiça, *propondo descrever o fenômeno jurídico a partir dos conceitos, categorias e fatos que eram levados em conta no momento da decisão judicial*. Também nos pareceria proveitoso orientar dessa forma os futuros estudos sobre o Probabilismo Jurídico e sobre as outras *eras da complexidade*.

BIBLIOGRAFIA.

ABBOUD, Georges. *Direito Constitucional Pós-Moderno*, 1.^a ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil/Revista dos Tribunais, 2021.

_____. *Processo Constitucional Brasileiro*, 5.^a ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil/Revista dos Tribunais, 2021.

_____; CARNIO, Henrique Garbellini e OLIVEIRA Rafael Tomaz de. *Introdução ao direito: teoria, filosofia e sociologia do direito*, 5.^a ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil/Revista dos Tribunais, 2020.

A.G.I., CHARCAS, 31, *Parecer de la Real Audiencia de La Plata sobre los yanaconas de los Charcas*, 28 de febrero de 1608.

A.G.I., ESCRIBANÍA, 534C, *Residencia de Alonso Pérez de Guzmán, corregidor de Cuzco, por Lucas Seguro de Lara, Protector de índios del distrito de la Audiencia de Lima. Cargos que resultan contra el Capitán D. Juan Riquelme Bernardo de Quirós, alcade ordinario actual de esta ciudad, juez de naturales que fue en ella el año pasado de 1676*.

ALBUQUERQUE, Luís de. e Diogo de Sá. In: *As navegações e sua projeção na ciência e na cultura*, Lisboa: Gradiva, 1987.

ANÔNIMO. *Discours composé em 1788, qui a remporté le prix sur la question: quelle a été l'influence de l'Amérique sur la politique, le commerce, et le moeurs de l'Europe?*, Paris, 1792.

ANTT. Feitos Findos. Ouvidoria Geral do Crime. Juízo. Apelações. Maço 5 n.o 6 cx 3. *Autos crimes de agravo de injusta pronúncia em que é o reo Manoel Chambel da Freguesia das Mouriscas termo desta Vila pela culpa que lhe resultou da querela que contra ele deu a querelante Antonia Maria sua mulher*.

ARISTÓTELES. *Organon V: Tópicos*, Lisboa: Guimarães Editores, 1987.

_____. *Retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

_____. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Atlas, 2009.

AUBENQUE, Pierre. *A Prudência em Aristóteles*, São Paulo: Discurso Editorial, Paulus, 2008.

AZORÍN. *Una hora de España*. Madrid: Alianza Editorial, 2011.

BAUDET, Ernest Henri Philippe. *Paradise on Earth: Some thoughts on European Images of Non-European Man*, New Haven-Londres: Yale University Press, 1965.

BENET, Juan. *Sobre la Incertidumbre*, 1.^a ed., Barcelona: Ariel, 1982.

BERARDINELLI, Alfonso. A forma do ensaio e suas dimensões. *Remate dos Males*, Campinas: São Paulo, v. 31, n.1-2, pp. 25-33, 2012.

BERMAN, Harold. *Toward an Integrative Jurisprudence, Faith and Order: The Reconciliation of Law and Religion*, Michigan: Emory University Press, 1993.

BERMÚDEZ DE PEDRAZA, Francisco. *Arte legal para estudiar la Jurisprudencia com la paratila, y exposición à los títulos de los quatro libros de las Instituciones de Iustiniano*, Salamanca: Empreza de Antonia Ramirez, viuda, 1612.

BEUCHOT, Mauricio. *Estudios de historia y de filosofia en el México colonial*, México: UNAM – Instituto de Investigaciones Bibliográficas, México, 1991.

BIBLIOTECA APOSTOLICA VATICANA. Quaestio 4 quodlibetica cum argumentis utrum liceat in moribus opinionem sequi probabilem probabiliori praetermissa.

BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*, Lisboa: Edições 70, 1992.

BOBBIO. Norberto, *Teoria Geral do Direito*. 3^a Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BOUVERESSE, Jacques. *Prodiges et vertiges de l'analogie: De l'abus des Belles-lettres dans la pensée*, Paris: Raisons d'agir éditions, 1999.

CALAFATE, Pedro (org). *A Escola Ibérica da Paz nas Universidades de Coimbra e Évora (Século XVI)*, Lisboa: Almedina, 2v., 2005.

CALVINO, Italo. Como era novo o Novo Mundo. *In: Coleção de areia*, São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

CAMENIETZK, Carlos Ziller. Introdução, pp. XXIII e XVI, In: SACROBOSCO, Johannes de. *Tratado da Esfera*, tradução Pedro Nunes, atualização para o

português contemporâneo Carlos Ziller Camenietzk, 2.^a ed., São Paulo: Editora Unesp, 2011.

CARAMUEL Y LOBKOWITZ, Juan. *Theologia Moralis Fundamentalis, Praeterintentionalis, Decalogica, Sacramentalis, Canonica, Regularis, Civilis, Militaris*, Frankfurt: Impendio Ioan-Gottfridi Schonvvetteri, 1652.

_____. *Dialexis de Non-Certitudine*, Lyon: Anisson, 1675.

COING. Helmut. *Historia y Significado de la Idea del Sistema en la Jurisprudencia*, 1.^a ed., México: Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1959.

CONCINA, Daniello. *Theologia Christiana Dogmático Moral, compendiada en dos tomos*. Traducida al idioma castellano y añadida en muchas partes de las obras del mismo autor por el P.D. Joseph Sánchez de la Parra, Tercera Impresión, en Madrid, en la oficina de la viúda de Manuel Fernández, 1773.

D'AGOSTINI, Franca. *Analíticos e Continentais*. Guia à filosofia dos últimos trinta anos. São Leopoldo: Editora da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 1997.

DELUMEAU, Jean. *Uma história do Paraíso: o jardim das delícias*. Lisboa: Terramar, 1992.

_____. *A Confissão e o Perdão: A confissão católica nos séculos XIII a XVIII*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991

DE PAUW, Cornelius. *Recherches Philosophiques sur les Américains*. In: *Oeuvres Philosophiques*. Paris, 1794.

DERRIDA, Jacques. *Fuerza de Ley: El fundamento místico de la autoridad*, 2.^a ed., Madrid: Tecnos, 2008.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ECHEVERRIA, Durand. *Mirage in the West: A History of the French Image of American Society to 1815*, Princeton: Princeton University Press, 1968.

Editor, R. (2019). Crítica da violência: crítica do poder – WALTER BENJAMIN. *Revista Espaço Acadêmico*, 2 (21). Recuperado de

<http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/46277>.

ELLIOTT, John Huxtable. *The Old World and The New, 1492-1650*, Canto Edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

_____. *O velho mundo e o novo: 1492-1650*, Lisboa: Editorial Querco, 1984.

ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1961.

FLEMING, Julia A.. *Defending Probabilism: The Moral Theology of Juan de Caramuel*, Washington: Georgetown University Press, 2006.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, 3.^a ed., Petrópolis: Vozes, 1999.

GARCÍA, Gregorio. *Origen de los Indios de el Nuevo Mundo, e Indias Occidentales – Averiguado con discusso de opiniões por el Padre Presentado Fray Gregorio Garcia de la orden de Predicadores*, Valencia: casa de Pedro Patricio Mey, 1607.

GUARDIOLA Y SAEZ, L. *El Corregidor perfecto*. Madrid. Imprenta y Libería de López, 1785.

GRAU, Eros Roberto. A jurisprudência dos interesses e a interpretação do direito. In: ADEODATO, João Maurício (org.). *Jhering e o direito no Brasil*, Recife: Editora Universitária, 1996.

GROSSI, Paolo. *Mitología Jurídica de la Modernidad*, Madrid: Editorial Trotta, 2003.

HAZARD, Paul. *The Crisis of the European Mind: 1680-1715*. New York: New York Review of Books, 2013.

HEIDEGGER, Martin. *Hermeneutica de la Faticidad*. Disponível em www.heideggeriana.com.ar/hermeneutica/indice.htm.

HICKS, Stephen. *Explaining post-modernism: skepticism and socialism from Rousseau to Foucault*. Expanded Edition, Ockham's Razor Publishing, 2011.

HOROZCO, Sebastián de. *Teatro Universal de Proverbios*, 2.^a ed., Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2005.

HUTCHENS, B.C. (ed.) *Jean-Luc Nancy: Justice, Legality and World*, London: Continuum Studies in Continental Philosophy, 2012.

INNERARITY, Daniel. *Una teoría de la democracia compleja: gobernar en el siglo XXI*. Barcelona: Galaxia Gutenberg, 2020.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

LADEUR, Karl-Heinz. *Postmoderne Rechtstheorie. Selbstreferenz – Selbstorganisation – Prozeduralisierung*, Berlin: Dunker & Humblot, 1992.

_____. e AUGSBERG, Ino. Auslegungsparadoxien. Zu Theorie und Praxis juristischer Interpretation. *Rechtstheorie* 36 (2005).

_____. e CAMPOS, Ricardo. Entre Teorias e Espantalhos – Deturpações constitutivas na teoria dos princípios e novas abordagens. In: CAMPOS, Ricardo (org.): *Crítica da Ponderação*. Método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social. São Paulo: Saraiva 2016, pp. 97-131.

LAMEGO, José. *Hermenêutica e Jurisprudência*. Análise de uma recepção. Lisboa: Fragmentos, 1990.

LINDSAY, James e PLUCKROSE, Helen. *Cynical Theories: How Activist Scholarship Made Everything about Race, Gender, and Identity – And Why This Harms Everybody*, Pitchstone Publishing, 2020.

LYOTARD, Jean-François. *La condition postmoderne: rapport sur le savoir*. Paris: Les Éditions de Minuit, 1979.

MAYER CELIS, Leticia. *Rutas de incertidumbre*. Ideas alternativas sobre la génesis de la probabilidad, siglos XVI y XVII, México: Fondo de Cultura Económica, 2015.

MACCORMICK, Neil. *Rethoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*. Oxford University Press, 2005.

MANCEBO, Luis Quintín Villacorta. *Estudo preliminar da obra, Postpositivismo*.
MÜLLER, Friedrich. *Postpositivismo*. Cantabria: Ediciones TGD, 2008.

MATHIS, Klaus. *Consequentialism in Law*, pp. 5-6, disponível em:
https://www.unilu.ch/fileadmin/fakultaeten/rf/mathis/Dok/5_Mathis_Consequetialism_in_Law.pdf.

MARÍAS, Julián. *Breve Tratado de la Ilusión*. El Libro de Bolsillo/Alianza Editorial: Madrid, 1984.

MECCARELLI, Massimo. *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1998.

MEDINA, Fray Bartolomé de. *Expositio in Primam Secundae Angelici Doctoris D. Thomae Aquinatis*, Veneza: Apud Petrum Mariam Bertanum, 1607

MERCADO, Fray Thomas de. *Summa de Tratos, y Contratos. Compuesta por el muy Reverendo Padre Fray Thomas de Mercado de la Orden de los Predicadores, Maestro em sancta Theologia. Dividida em seys libros*, Sevilha: Hernando Diaz Impressor de Libros, en la calle dela Sierpe, 1571.

MONTAIGNE, Michel de. *Ensaaios*, 1.^a ed., São Paulo: Editora 34, 2016.

MORSE, Richard. *O espelho de Próspero*. Cultura e idéias nas Américas. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

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

MUSIL, Robert. Sobre livros de ensaios. In: *Ensaaios de Robert Musil*. 1900-1919, Seleção, tradução, textos críticos e notas de Kathrin Rosenfield, 1.^a ed., São Paulo: Perspectiva, 2021.

MÜLLER, Friedrich. *Direito, linguagem e violência: elementos de uma teoria constitucional*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

_____. CHRISTENSEN. *Juristische Methodik*, Band I: Grundlagen Öffentliches Recht, 9.^a ed., Berlin: Duncker & Humnlot, 2004.

_____. *Juristische Methodik*, Band II: Europarecht, 2. ed., Berlin: Duncker & Humnlot, 2003

_____. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*, 2.^a ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NANCY, Jean-Luc. *Juste impossible*, Paris: Bayard, 2007.

NIETZSCHE, Friedrich. *Obras Incompletas*, 3.^a ed., São Paulo: Abril Cultural, 1983.

NUNES, Pedro. *Tratado da Sphaera; Astronomici introductorii de spaera epitome*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

ORTEGA Y GASSET, José. Primores de lo vulgar. *In: Ensayos sobre la generación del 98*. Madrid: Alianza Editorial, 1981.

_____. José. *La rebelión de las masas*, Buenos Aires: Ed. Espasa-Calpe, Colección Austral, 1951.

PASCAL, Blaise. *As Provinciais*, São Paulo: Editora Filocalia, 2016.

PASQUIER, Etienne. *Les Oeuvres d'Etienne Pasquier*, vol. II, Amsterdam, 1723.

PINCKAERS, Servais. *Las Fuentes de la Moral Cristiana*. Su método, su contenido, su historia. Pamplona: Eunsa, 2000.

RODRÍGUEZ, Manuel (El Lusitano). *Summa de casos de conciencia con aduertencias muy prouechosas para Confesores: co[n] vn Orden Iudicial a la postre, en la qual se resuelue lo mas ordinario de todas las materias Morales*. Barcelona, 1597.

RODRÍGUEZ GIL, Magdalena. Domingos Antunes Portugal. Un jurista barroco. *In: Cuadernos de Historia del Derecho*, 2004.

RUIZ, Rafael. *O Sal da Consciência: Probabilismo e Justiça no Mundo Ibérico*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência Raimundo Lúlio (Ramon Llull). 2015.

_____. Os espaços da ambiguidade: os poderes locais e a justiça na América espanhola do século XVII. *In: Revista de História n. 163*, São Paulo, jul.dez/2010, pp. 81-101.

_____. A interpretação das leis reais: ambiguidade e prudência no poder das autoridades locais na América do século XVI, *Clio*, Revista de Pesquisa Histórica, n. 27-1, Ed. Universitária da UFPE, 2009.

SACROBOSCO, Johannes de. *Tratado da Esfera*, tradução Pedro Nunes, atualização para o português contemporâneo Carlos Ziller Camenietzk, 2.^a ed., São Paulo: Editora Unesp, 2011.

SANTIAGO, Silvano. Pós-fácio: a explosiva exteriorização do saber. In: LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*, Rio de Janeiro: José Olympo, 2009.

SEGALEN, Victor. *Essay on Exoticism: An Aesthetics of Diversity*, Durham & Londres: Duke University Press, 2002.

SNOW, Charles Percy. *The Two Cultures*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

SOKAL, Alan e BRICMONT, Jean. *Impostures intellectuelles*, Paris: Odile Jacob, 2013.

STEIN, Ernildo. *História e ideologia*, Porto Alegre: Movimento, 1972.

STOLLEIS, Michael. *Escrever História do Direito: Reconstrução, Narrativa ou Ficção?*, São Paulo: Contracorrente, 2020.

STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do direito, 8.^a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SUÁREZ, Francisco. *Tractatus Quinque Theologici*, Lyon, 1628.

TAU ANZOÁTEGUI, Victor. *El Poder de la costumbre*. Ensayos sobre el Derecho consuetudinario en América hispana hasta la Emancipación. Buenos Aires, 2000.

TEUBNER, Gunther. Substantive and reflexive elements in modern law. *Law & Society Review*, v. 17, n. 2, 1983.

THORNDIKE, Lynn. *The Sphere of Sacrobosco and Its Comentators*, Chicago: University of Chicago Press, 1949.

TODOROV, Tzvetan. *A Conquista da América: a questão do outro*, 5.^a ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

TUTINO, Stefania. *Uncertainty in Post-Reformation Catholicism: A History of Probabilism*, Oxford: Oxford University Press, 2018.

VALLEJO, Jesús. *Acerca del fruto del árbol de los jueces. Escenarios de la justicia en la cultura del ius commune*. AFDUAM 2 (1998).

VESTING, Thomas. *Teoria do Direito: Uma Introdução*, São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. The Network Economy as a challenge to create new Public Law (beyond the State). In: LADEUR, Karl-Heinz (org.). *Public Governance in the age of Globalization*. London: Routledge, 2017.

VITORIA, Francisco de. *Relecciones del Estado, de los indios y del derecho de la guerra*, México: Porrúa, 2007.

ZERON, Carlos Alberto de Moura Ribeiro. *Ligne de foi: La Compagnie de Jésus et l'esclavage dans le processus de formation de la société coloniale em Amérique portugaise (XVIe-XVIIe. Siécles)*, Paris: Honoré Champion Editeur, 2009.

_____. e RUIZ, Rafael (transcrição e tradução). *Apologia pro paulistis*. Clio, Revista de Pesquisa Histórica, n. 27-1, Ed. Universitária da UFPE, 2009.

_____. A força do costume, de acordo com a *Apologia pro Paulistis* (1684). In: ALMEIDA, Marta de e VERGARA, Moema de Rezende (org.). *Ciência, história e historiografia*. São Paulo/Rio de Janeiro: Via Lettera/Mast, 2008, pág. 359-376.