

O DIREITO PROBATÓRIO, A RELIGIÃO E A CIÊNCIA

Rudimar Luis Compagnoni¹

O texto a seguir tem como ponto de partida o documentário *A raiz de todo o mal? (The Root of all Evil?)*, feito para a televisão, escrito por Richard Dawkins, exibido pela primeira vez em 2006, na Inglaterra. O seu tema gira em torno da desnecessidade das religiões, mostrando as possíveis vantagens para a sociedade com sua inexistência. O escritor, e também apresentador, faz o contraponto, no primeiro episódio, entre religião (fé) e ciência (método científico), induzindo que esta é a melhor forma, pois ela permite a descoberta de novas evidências que trazem novas idéias, enquanto a fé permanece imutável, como dogma. (*The Root of All Evil?*, 2007).

1 Juízo de probabilidade no Direito Probatório

No sul da França, está localizado o Santuário de Lourdes, também destacado no documentário, ao qual acorrem milhares de romeiros para agradecer e/ou pedir graças. Richard Dawkins questiona a veracidade da crença nos milagres de Lourdes, uma vez que eles nunca foram comprovados cientificamente.

E aí pode-se falar sobre o direito probatório, ou seja, com o evoluir dos povos, as provas divinas foram abolidas, surgindo como sucessora a prova legal, denominada positiva, organizada pelo Direito Canônico, com forte imposição dogmática imutável. Cada prova tinha seu valor fixado por lei, era inalterável, e o Juiz apenas a aplicava, ainda que contrariasse a sua consciência:

O depoimento de um servo jamais poderia ter o mesmo valor de um testemunho de um nobre; mas o depoimento de dez servos equivalia ao de um nobre ou senhor feudal, embora intimamente o juiz tivesse sobradas

¹ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Univates, de Lajeado/RS. Trabalho feito na disciplina de Direito Processual Civil II. Publicação em julho/2008.

razões para crer que o nobre e o servo disseram a verdade (SILVA apud SILVA, 1991, p. 285).

Assim, tanto as provas divinas quanto as legais, positivadas, eram preestabelecidas, dogmáticas, e dogma, segundo De Paulo (2005), é ponto fundamental e indiscutível de uma doutrina religiosa ou de qualquer doutrina ou sistema, sendo que a dogmática jurídica é o ramo da ciência jurídica que estuda os princípios gerais do direito.

Atualmente, a ciência dogmática do Direito, que opera na transmissão de técnica e métodos do conhecimento jurídico, influencia no pensamento jurídico contemporâneo através dos operadores do direito. O problema é que tudo se passa em uma esfera abstrata, na qual a linguagem utilizada é mais política do que científica, baseada em idéias ditas verdadeiras, em que a tradição do pensamento jurídico vira um dogma:

O saber jurídico aponta, assim, para amplo controle social, no qual se instrumentaliza o próprio cientista jurídico, que passa a ser um técnico, cujo acesso ao Direito se faz somente pelo manejo de ferramentas – regras de interpretação – sem as quais não tem como realizar seu trabalho, que desempenha depois de aceitar os pontos de partida (dogmas) estabelecidos pela ciência jurídica (NUNES, 2000, p. 43).

O mesmo autor refere que o enfoque dogmático se finda em argumentações, dentre as quais algumas são ressalvadas como melhores ou como as mais corretas, caracterizando-se por pretender impor-se de cima para baixo, doutrinando e ensinando de forma impositiva os operadores jurídicos, ou seja, para ele, é no uso da linguagem que reside um dos grandes elementos de “inconscientização” e da manipulação dos sentidos, estabelecidos pela dogmática. Em vez de descrever um objeto, dizer o que é efetivamente (mundo do ser), estabelece como deve ser o dito objeto (mundo do dever-ser).

De acordo com Nunes (2000), a ciência dogmática se autocontrola e controla seus investigadores, tudo num círculo vicioso que impede os próprios investigadores de se descobrirem a si mesmos, quando ela própria lança direções para o agir, prescreve condutas manipulando a consciência do destinatário, ocultando uma ordem por detrás de uma linguagem descritiva. Para ele, se deveria usar a hermenêutica e seus métodos, como forma de abrir os horizontes da interpretação dos fatos e do seu juízo probatório.

Nesse mesmo sentido, segundo Misael Filho (2005), no campo probatório o Juiz vem abandonando a preocupação com a verdade real, prevalecendo a verdade

formal, ou seja, a verdade sobreposta à realidade da demanda judicial. Então, quando se refere à prova, é preciso ter a compreensão de que com ela se demonstre uma certeza aproximada, não absoluta da veracidade de um fato, pois esta ainda está no campo da utopia, do ideal, que demandaria mais tempo, mas que, mesmo assim, haveria probabilidade de o resultado ser uma mera aproximação da verdade.

Contudo, para Diniz (1998), a tarefa dos Juízes nos tribunais é aplicar o fato à norma geral, dentro da qual surge a norma individual determinando um rol de possibilidades hermenêuticas, havendo possibilidade de criação do Poder Judiciário, por meio da interpretação, integração e correção nas normas. O Juiz repensa a norma geral, confronta-se com a realidade social, procurando a solução “justa”, com base na provas e na produção de uma sentença, e esse critério avaliativo pessoal do magistrado é interpretado como uma certeza objetiva do sistema jurídico, entendido em seus subconjuntos de normas, fatos e de valores:

A função criadora do Poder Judiciário desenvolve-se pela interpretação, integração e correção, que são instrumentos dinâmicos na criação jurisprudencial, tendo por escopo reavaliar a axiologia que informa a ordem jurídico-positiva (DINIZ, 1998, p. 298).

Na visão de Cambi (2001, p. 61), para que o Juiz tenha fatos necessários para o julgamento de uma causa, e possa formar sua convicção, é preciso que o sistema probatório esteja voltado à busca da verdade, ou seja, para ele, nesse conjunto probatório, formado pelo método dialético, é possível que o Juiz tenha um conhecimento exaustivo, pleno da causa, de forma que a dúvida seja reduzida a níveis razoáveis, permitindo tomar a decisão final com base no que o magistrado entendeu como “verdade”. Para o mesmo estudioso, o fato provável, em oposição ao fato verdadeiro, equivale a uma espécie de “prova frágil”; assim a probabilidade em relação à verossimilhança se aproxima da verdade.

O mesmo autor refere citação de Calamandrei sobre os fatos possíveis, verossímeis e prováveis, colocando-os numa graduação, conforme segue:

Piero Calamandrei difere os fatos possíveis, verossímeis e prováveis, valendo-se de uma escala gradual e progressiva de aproximação e de reconhecimento da verdade. Possível seria aquilo que poderia ser verdadeiro; verossímil, aquilo que tem a aparência de ser verdadeiro, e provável, aquilo que se poderia provar como verdadeiro. Assim, quem afirma que um fato é verossímil estaria mais próximo de reconhecê-lo como verdadeiro de quem se limite a afirmá-lo como possível. Ademais, quem diga que o fato é provável está ainda mais próximo de reconhecer a verdade do que aquele que se limite a afirmá-lo como verossímil, porque,

para além da aparência, começa-se a admitir que existam argumentos para considerar que a aparência corresponde à realidade (CAMBI, 2001, p. 61).

Portanto, o grau de cognição do magistrado é proporcional às exigências de formação e legitimação do convencimento judicial, ou seja, quanto menor a grau de cognição, menor é a necessidade probatória suficiente à formação do convencimento do Juiz.

2 O argumento da autoridade

O Direito, conforme Rodrigues (2007, texto digital), é eminentemente argumentativo, pois com argumentos persuade-se, criam-se teses, defendem-se causas e julgam-nas; não existem, para o Juiz, na efetividade de seu trabalho, verdades ou mentiras, mas sim teses fortes ou fracas, sustentáveis ou não. Assim, no contexto jurídico, para esse autor, o argumento 'de autoridade' é "um dos mais eficientes meios lógico-lingüísticos de persuasão", é aquele que se utiliza da lição de pessoa conhecida e reconhecida em determinada área do saber, para fortalecer a tese do argumentante, utilizado para fazer prevalecer seu posicionamento.

O argumento da autoridade, por exemplo, significaria utilizar-se da opinião de uma terceira pessoa, que "construíra seu nome" e ganhara sua reputação no senso comum como pessoa de certa autoridade, qualificação, adquirindo certo nome ou autoridade na sociedade, e que terceiros pouco questionam o seu posicionamento. Assim, confia-se na opinião do especialista nas condições do tempo, que diz como será o clima, a temperatura; confia-se no diagnóstico do médico, que diz o que o paciente tem a partir do relato dos sintomas; confia-se na decisão do juiz, pessoa que conhece as leis, que é autoridade jurídica, que, a partir das provas nos autos, diz o melhor direito.

Em contraponto, pode-se exemplificar a dificuldade em os Tribunais de Mediação e Arbitragem se sustentarem no Brasil, especialmente entre pessoas comuns, pois há, no nosso país, uma cultura histórica de submissão ao dogma da autoridade do juiz de Direito, que só ele tem o poder supremo de decisão, ao contrário da Europa, onde esses tribunais são muito bem aceitos.

Assim como no documentário de Rawkins, em que as verdades religiosas, divulgadas pelas autoridades das Igrejas de todas as religiões, são aceitas sem discussão, pela crença, pela fé, também existem as verdades jurídicas, ditas por doutrinadores, juízes, ministros, desembargadores, professores e operadores do

Direito em geral, que igualmente são acatadas como conhecimento real de alguém que entende, que é especialista no assunto, e que influenciam decisivamente no direito probatório.

3 A prova negativa

Ônus da prova, para Dinamarco (apud COSTA, 2007, texto digital), “é o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo”. Já com relação à prova negativa, ele destaca tratar-se de uma inversão do ônus da prova, e são chamadas de *legais*, quando determinadas por presunções relativas instituídas em lei, como algumas normas das relações de consumo, por exemplo; *judiciais*, quando criadas por julgamentos dos juízes ou por determinação direta destes; *as convencionais*, pela vontade convergente das partes.

Sobre o ângulo da relação entre as partes e a prova, em relação ao peso da prova, ao seu ônus:

[...] é, pois, *negativa*, na medida em que, tendo o litigante o encargo de provar, se não o faz, são a ele atribuídos os riscos decorrentes da incerteza quanto à falta de provas. Trata-se de uma visão tradicional da prova, desenvolvida comumente nos países da Europa Continental, que exerceu grande influência na conformação do direito processual civil brasileiro. (CAMBI, 2001, p. 42).

Contudo, principalmente na Itália e na Alemanha, mais recentemente, a doutrina e a jurisprudência, a partir da interpretação das garantias processuais asseguradas pelas Constituições desses países, foram influenciadas por regras internacionais estabelecidas na Declaração Universal dos Direitos do Homem e na Convenção Européia de Direitos Humanos, que passaram a reconhecer o direito à prova, vislumbrando o entendimento da prova por um ângulo positivo.

Ainda para Dinamarco (apud COSTA, 2007), os fenômenos de inversão do ônus da prova são mais complexos do que se imagina, ou seja, que as causas de inversão atuam inicialmente sobre o objeto da prova, e não sobre as regras de distribuição do ônus da prova. Isso significa que a parte contrária recebe o ônus de provar sua própria alegação, isto é, “de provar a negativa do fato presumido ou os fatos integrantes de uma versão colidente com os fatos presumidos”, citando como exemplo:

- a) o pagamento prova-se pelo recibo;
- b) mas no caso de obrigações a trato sucessivo o pagamento da última parcela faz presumir o de todas as antecedentes (CC, art. 322);

c) logo, quem alegou o pagamento de todas só tem o ônus de provar o da última e não o das antecedentes;
d) é, porém, facultado ao credor provar que as parcelas antecedentes não foram pagas. Ele tem o ônus de provar o não-pagamento dessas parcelas, e seria absurdo pensar que a inversão lhe atribuísse o ônus da prova da alegação de que elas foram pagas. Só num segundo momento, portanto, e mediante prévia alteração do objeto da prova, essas inversões atuam sobre o ônus probatório (DINAMARCO apud COSTA, 2007, texto digital).

Portanto, em relação ao documentário de Rawkins, a prova negativa, também chamada de prova diabólica, seria ônus desse escritor, ao ter de provar, pela sua ótica científica, que Deus não existe e nem os milagres difundidos pela religião. Pelo lado dos crentes, religiosos, os que acreditam nos dogmas, comprovam, via prova positiva, por interpretação das evidências de milagres realizados por meio da fé.

REFERÊNCIAS

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

COSTA, Leonildo. Ônus da prova, segundo Cândido Dinamarco. Disponível em: <<http://www.leonildoc.bravehost.com/curso/prova3.htm>>. Acesso em: 02 nov 2007.

DE PAULO, Antônio. **Pequeno dicionário jurídico**. 2. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Manual de introdução ao estudo do direito**: 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil – teoria geral do processo e processo de conhecimento**. São Paulo: Atlas, 2005, v. 1.

RODRIGUEZ, Victor Gabriel. **O argumento de autoridade e o valor do pronunciamento do experto**. Disponível em: http://www2.oabsp.org.br/asp/esa/comunicacao/esa1.2.3.1.asp?id_noticias=31. Acesso em: 31 out. 2007.

SILVA, César Antônio da. **Ônus e qualidade da prova cível**. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

THE ROOT of All Evil? Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/The_Root_of_All_Evil%3F. Acesso em: 02 nov. 2007.