

A PROVA ESTATÍSTICA E A PROVA POR AMOSTRAGEM: APONTAMENTOS ACERCA DE SUA APLICABILIDADE NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO¹

*Roberta Vieira Gemente de Carvalho*²

RESUMO

Existe no Direito o enraizamento da crença de que a prova produzida no processo leva à verdade segura dos fatos, de tal modo a excluir-se o risco de erro ou injustiça das decisões judiciais. Todavia, tal entendimento conduz a posturas limitantes quanto a utilização de novos meios de prova, os quais, em tese, guardam aptidão para conferir maior racionalização do conteúdo processual, além de igualmente atenderem a questões de eficiência e segurança na resolução de lides. Neste contexto situa-se a prova estatística e por amostragem, cujo estudo aprofundado de suas utilidades e limites podem fornecer alternativas processuais relevantes para a solução dos litígios de natureza complexa que atualmente são apresentados ao Poder Judiciário.

Palavras-chaves. Prova estatística. Prova por amostragem. Processo civil. Limites. Utilidades.

¹ **Como citar este artigo científico.** CARVALHO, Roberta Vieira Gemente de. A prova estatística e a prova por amostragem: apontamentos acerca de sua aplicabilidade no processo civil brasileiro. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 16, n. 2, p. 353-376, maio-ago. 2024.

² Mestre em Direito Constitucional e Processo Tributário pela PUC/SP, Especialista em Direito Tributário pela FADITU, MBA em Gestão Fiscal pela Trevisan Escola de Negócios. Advogada. *E-mail:* robertagementetrib@asp.org.br

ABSTRACT

There is a deep-rooted belief in Law that the evidence produced in the process leads to the certain truth of the facts, in such a way as to exclude the risk of error or injustice in judicial decisions. However, such understanding leads to limiting positions when it comes to the use of new means of proof, which, in theory, have the ability to provide greater rationalization of the procedural content, in addition to also meeting issues of efficiency and security in the resolution of disputes. Statistical proof and proof by sampling are situated in this context, whose in-depth study of their utilities and limits may provide relevant procedural alternatives for the solution of the complex litigations that are currently submitted to the Judiciary.

Keywords. Statistical proof. Proof by sampling. Civil Procedure. Limits. Utilities.

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. A conceituação da estatística. Espécies, campos de utilização e críticas à veracidade e confiabilidade do resultado. 3. A verdade processual e a função epistemológica da prova no processo judicial. 4. A admissibilidade da prova estatística no direito brasileiro. 5. A prova estatística e seus horizontes jurídicos. 6. síntese conclusiva. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O estudo sobre as provas no processo civil brasileiro envolve diversos aspectos. Dentre os quais, são destacados a possibilidade ou não de adoção de meios atípicos de prova, qual o objeto, objetivo e a função epistemológica da prova, e a necessidade de compatibilização do tipo de prova com a natureza do litígio apresentado para julgamento.

Ademais, qualquer pretensão de análise incidente sobre o âmbito normativo que envolve o universo das provas, necessariamente se debruçar em algum grau sobre o conceito de verdade pretendido pelo processo judicial, a fim de viabilizar provimento jurisdicional

que coloque fim no conflito não apenas se preocupando com aspectos de validade, mas principalmente sobre o aspecto de eficiência e justiça.

Ainda sob o contexto da prova, não se pode olvidar que a sociedade tem apresentado ao Poder Judiciário demandas cada vez mais complexas, não apenas do ponto de vista material (natureza imediata do litígio), mas também do ponto de vista econômico (volume das operações envolvidas), fático (extensão dos danos, operacionalização do cômputo da indenização), de adequação processual (processos com elevado número de litigantes) e estruturais (demandas que acabam interferindo em políticas públicas).

Esta “nova” realidade adentra o processo e impõe aos aplicadores do Direito esforços cognitivos e de pesquisa para a compreensão dos meios de prova adequados à comprovação desta feição de direitos, bem como válidos e harmônicos ao modelo constitucional de processo.

Partindo destas considerações, o presente artigo se propõe a analisar a possibilidade de utilização da estatística e da amostragem como meio de prova no processo civil brasileiro, além de avaliar cenários processuais de melhor aplicabilidade, eventuais limites à sua utilização e pontos de cuidado.

Para tanto, serão apontadas as premissas de trabalho consistentes na exposição da origem e objeto da estatística, considerações sobre a verdade possível no ambiente processual e critérios para adoção de meios de prova.

2 A CONCEITUAÇÃO DA ESTATÍSTICA. ESPÉCIES, CAMPOS DE UTILIZAÇÃO E CRÍTICAS À VERACIDADE E CONFIABILIDADE DO RESULTADO

Para viabilizar o estudo da estatística como meio de prova admissível no âmbito do Direito, preliminarmente é necessário

conceituá-la, identificar suas divisões e utilidades, além de apresentar os aspectos que implicam dúvida ou insegurança quanto à confiabilidade de seus resultados.

O Professor Raul Yukihiro Matsushita, Professor da Universidade de Brasília, apresenta a seguinte definição de estatística:

Ao longo do século XX, os métodos estatísticos foram desenvolvidos como uma mistura de ciência, tecnologia e lógica para a solução e investigação de problemas em várias áreas do conhecimento humano (Stigler, 1986). Ela foi reconhecida como um campo da ciência neste período, mas sua história tem início bem anterior a 1900. “A estatística moderna é uma tecnologia quantitativa para a ciência experimental e observacional que permite avaliar e estudar as incertezas e os seus efeitos no planejamento e interpretação de experiências e de observações de fenômenos da natureza e da sociedade. A estatística não é uma caixa-preta, nem bola de cristal, nem mágica. Tampouco é um conjunto de técnicas úteis para algumas áreas isoladas ou restritas da ciência. Por exemplo, ao contrário do que alguns imaginam, a estatística não é um ramo da matemática onde se investigam os processos de obtenção, organização e análise de dados sobre uma determinada população. A estatística também não se limita um conjunto de elementos numéricos relativos a um fato social, nem a números tabelas e gráficos usados para o resumo, a organização e apresentação dos dados de uma pesquisa, embora este seja um aspecto da estatística que pode ser facilmente percebido no cotidiano (basta abrir os jornais e revistas para ver o “bombardeio” de estatísticas). Ela é uma ciência multidisciplinar: um mesmo programa de computador que permite a análise estatística de dados de um físico poderia também ser usado por um economista, agrônomo, químico, geólogo, matemático, biólogo, sociólogo, psicólogo e cientista político. Mesmo que as interpretações destas análises sejam diferentes por causa das diferenças entre as áreas de conhecimento, os conceitos empregados, as limitações técnicas e as consequências dessas interpretações são essencialmente as mesmas. “Segundo Rao (1999), a estatística é uma ciência que estuda a pesquisa sobre: o levantamento de dados com a máxima quantidade de informação possível para um dado custo; o processamento de dados para a quantificação da quantidade de incerteza existente na resposta para um determinado problema; a tomada de decisões sob condições de incerteza, sob o menor risco possível. Finalmente,

a estatística tem sido utilizada na pesquisa científica, para a otimização de recursos econômicos, para o aumento de qualidade e produtividade, na otimização em análise de decisões, em questões judiciais, previsões e em muitas outras áreas (MATSUSHITA, *apud* MELLO, 2006/2009, p. 157-164).

Deste modo, possível aduzir que a estatística é um veio da Matemática Aplicada, a qual pode ser compreendida como um conjunto de métodos, regras e princípios empregados no planejamento de experimentos, na obtenção, organização e resumo de dados coletados, bem como na análise e interpretação de tais dados, a fim de que conclusões possam ser tiradas.

Em resumo, a estatística abrange a coleta de dados, sua organização, interpretação, análise e representação.

Dentro da estatística são identificadas duas modalidades, quais sejam, a estatística descritiva e a estatística inferencial.

A estatística descritiva é caracterizada por conjunto de técnicas voltadas a sistematizar, organizar, descrever, analisar e interpretar dados oriundos de um conjunto estudado, o qual pode pertencer a qualquer área de conhecimento. Atua de modo exclusivo sobre as propriedades dos objetos analisados.

Em sua função descritiva dos dados, são identificadas as seguintes atribuições: obtenção, organização, redução e representação dos dados estatísticos de forma a auxiliar a descrição do fenômeno observado.

Usualmente, é utilizada em cenários com elevado volume de dados e na presença da necessidade de que estes sejam interrelacionados, a fim de que as informações decorrentes sejam manejadas dentro da área de conhecimento aplicável.

Em paralelo, a estatística inferencial analisa uma determinada amostra, representativa do conjunto e amplia as análises dos resultados para toda a realidade envolvida.

Pode ainda ser definida como o “processo de usar a análise de dados para inferir propriedades de uma distribuição de probabilidade subjacente.” (ESTATÍSTICA, 2023).

Por tal modalidade, são extrapoladas as conclusões obtidas por meio da análise imediata da amostra, acarretando ampliações e generalizações fundadas em probabilidades.

É importante evidenciar que a confiabilidade e veracidade dos resultados das análises estatísticas dependem fundamentalmente da adoção de válido processo de seleção do espaço amostral, o qual deve representar adequadamente toda a realidade.

Edilson Vitorelli complementa esta observação indicando que os resultados da estatística inferencial dependem da amostra e da qualidade do método aplicado. Diz o autor que “Desse conceito fundamental já é possível perceber que os resultados das análises dependerão fundamentalmente da qualidade do banco de dados, ou seja, da amostra analisada (sua abrangência e confiabilidade), bem como do método analítico aplicado.” (VITORELLI, 2020, p. 52-53).

Em continuidade, de maneira bastante interessante, o referido autor também aponta que estes dois aspectos (amostra e método) também figuram como uma das fontes de crítica à segurança dos resultados da estatística, caracterizando o que chama de dupla incerteza.

Há, portanto, uma dupla incerteza que cerca qualquer análise estatística: a possibilidade de que o método não seja confiável, isto é, que haja um erro humano, imputável ao analista ou que o banco de dados não seja confiável (“garbage in, garbage out). [...] Se o banco de dados não for confiável ou se a metodologia analítica não for confiável, os resultados serão imprecisos (VITORELLI, 2020, p. 53).

Outro ponto de questionamento acerca dos resultados das análises estatísticas versa sobre a interpretação dos resultados e sua extrapolação. Ou seja, as inferências.

Neste aspecto, o questionamento reside sobre quais inferências são efetivamente possíveis a partir dos resultados estatísticos e se estes, de modo singular, sustentam quaisquer conclusões. Em outras palavras, como os dados estatísticos podem ser interpretados?

Por fim, a terceira crítica entabulada à produção estatística é caracterizada pela incapacidade desta ciência justificar a ocorrência de um fato específico a partir do cenário analisado.

Em outros termos, como a estatística pode demonstrar a verdade? (E neste momento já se delineia um aspecto importante para sua utilização como meio de prova ou, ao menos, mecanismo de avaliação de provas.).

Sobre este ponto, Sérgio Cruz Arenhart (2019), magistralmente, expõe o cenário crítico:

Talvez a mais importante crítica a respeito de seu emprego esteja ligada à ideia de que, embora ela seja sem dúvida útil para a determinação da probabilidade de que algo venha a ocorrer, em razão da frequência com que ocorre em determinada população ou conjunto de casos, tendo assim claro papel prospectivo, dificilmente se tem como tão óbvia sua finalidade em descrever fatos pretéritos. Como se afirma, não parece haver grande ligação entre a frequência com que certo fato ocorreu no passado e a específica ocorrência daquele mesmo fato em uma determinada situação. Em razão disso, muitos autores negam a possibilidade de uso da prova estatística, na medida em que ela não é capaz de oferecer a devida relação de causalidade, que atribua alguma consequência a determinado fato.

Contudo, estas críticas, a nosso ver, podem ser superadas mediante a escoceita fixação do objeto da análise estatística e, no âmbito judicial, do efetivo delineamento do objeto a ser demonstrado por prova estatística.

Neste sentido, os Estados Unidos, por meio da dicção do Manual for Complex Litigation – (editado pela Federal Judicial Center) – traz contribuições profícuas para a garantia da assertividade

dos resultados estatísticos e inferências, a exemplo de:

- I. definição do método para escolha da amostra conforme o objeto a ser analisado;
- II. aplicação de regras estatísticas amplamente reconhecidas;
- III. indicação de questões para investigação claras e inequívocas;
- IV. divulgação antecedente dos dados e documentos, garantindo o questionamento, dentre outros.

The sampling methods used must conform to generally recognized statistical standards. [...] The four factors listed above are relevant to assessing the admissibility of a survey, but need to be applied in light of the particular purpose for which the survey is offered. In addition, in assessing the validity of a survey, the judge should take into account the following factors:

- whether the questions asked were clear and not leading;
- whether the survey was conducted by qualified persons following proper interview procedures; and
- whether the process was conducted so as to ensure objectivity (e.g., determine if the survey was conducted in anticipation of litigation and by persons connected with the parties or counsel or by persons aware of its purpose in the litigation) (FEDERAL, 2004).

Ademais, a contextualização dos resultados da análise estatística pode delimitar as subseqüentes inferências, conferindo sua aderência ao cenário analisado e, conseqüentemente maximizando a confiabilidade, assertividade e veracidade dos resultados.

Tópico de extrema relevância para o estudo acerca da utilização da estatística como meio de prova é a definição das margens de erros acatadas como admissíveis.

Entretanto, tal ponto requer serem tecidas algumas considerações sobre a verdade e a função da epistemológica da prova no processo judicial.

3 A VERDADE PROCESSUAL E A FUNÇÃO EPISTEMOLÓGICA DA PROVA NO PROCESSO JUDICIAL

A leitura da doutrina voltada ao estudo da prova no processo judicial, salvo melhor juízo, autoriza a percepção de que é bastante vívida a crença de que por meio da produção probatória se faz possível a demonstração direta do fato e, por conseguinte, a incorporação da verdade absoluta ao processo, cuja decisão é produzida à margem de erro.

Entretanto, a observação processual legitima a afirmação de que probabilidades são admitidas com frequência na condição de elementos de prova, a exemplo dos exames de DNA e a própria identificação datiloscópica.

Diante deste cenário, é relevante investigar qual tipo de verdade pode ser obtido no contexto judicial e como são construídas as inferências que culminam na decisão judicial.

O Professor Michele Taruffo, ao escrever sobre verdade e probabilidade, critica aqueles que chama de inimigos da verdade, os quais negam que a verdade possa ou deva ser buscada e atingida dentro do processo.

Em sua fundamentação, aponta como primeiro debate desprovido de sentido a diferenciação entre verdade absoluta (tomada como um valor metafísico) e verdade relativa.

Para o Professor, com o qual concordamos integralmente, em termos processuais se alocam o que se denominam verdades relativas, porque contextualizadas e vinculadas à situação na qual foi estabelecida.

Todavia, esta verdade alocada dentro do contexto processual, observados seus limites materiais e formais, não reduzem ou maculam o sentido de verdade, eis que esta foi estabelecida com

base nas evidências disponibilizadas em conformidade com as regras previamente instituídas.

Em segundo momento, o autor também argumenta na inexistência de diferença válida e útil entre verdade formal e material, porque é incorreta a afirmação de que existe uma verdade processual e outra extraprocessual.

Isto porque a verdade atingível é única e nasce na melhor aproximação entre a realidade histórica e a prática dos fatos a serem apurados.

Non esistono, dunque “due” verità diverse, e tanto meno esiste una specifica verità tipica del processo e diversa dalla verità extraprocessuale. 23 In tutti i casi, nel processo come fuori del processo, il problema della verità è quello della migliore approssimazione possibile alla realtà storica ed empirica dei fatti che bisogna accertare (TARUFFO, 2007, p. 207).

Sob esta perspectiva de que a verdade é possível de ser acessada dentro do processo a partir dos mecanismos disponibilizados por cada ordenamento, a esta confere-se uma feição extremamente positiva, no sentido dos aplicadores do Direito e sujeitos processuais a compreenderem como um valor a ser otimizado, buscado dentro da realidade em que ela se coloca.

Pelo exposto, torna-se certo que as limitações procedimentais previstas pelo ordenamento jurídico não descaracterizam a unicidade da verdade.

A postura é fortalecida quando acrescida a ideia de que o modelo constitucional vigente desde a Constituição Federal de 1988 tem como valor primário não a simples solução processual, mas sua resolução por meio de provimento jurisdicional justo e eficaz.

Neste momento, faz-se oportuna a vinculação da temática acerca da verdade e a prova por meio da elucidação de sua função epistemológica.

João Batista Lopes e Maria Elizabeth Castro Lopes, ao discorrerem sobre a prova, fornecem importante entendimento:

Dos mais polêmicos é o conceito de prova. É correntia, mas insatisfatória, a concepção de que provar significa apurar a verdade dos fatos. É que não existe consenso a respeito do que seja verdade. *Prima facie*, ela significa conformidade entre o intelecto e a realidade fática (LOPES; LOPES, 2002, p. 55).

E prosseguem:

Assim, na seara jurídica, não se pode falar em certeza (ausência absoluta de dúvida), cujo conceito é próprio das ciências exatas, mas apenas em convicção. [...] Não se pode afirmar, nessa hipótese, a certeza sobre a existência ou não do fato. Certeza tem caráter subjetivo: o juiz de primeiro grau pode proclamá-la e o tribunal tomar posição contrária (LOPES; LOPES, 2002, p. 57).

Neste momento, torna-se oportuna a exposição de premissa relevante deste estudo, indicando que, a nosso sentir, o propósito epistemológico da prova é garantir a redução da margem de injustiça da decisão.

Pretende-se com isto dizer que a função epistemológica da prova se situa na demonstração, por meio de elementos processuais suficientes, da ocorrência ou inoocorrência dos fatos descritos como fundamentos da lide, de tal modo a viabilizar ou não os efeitos das normas jurídicas abstratamente aplicáveis.

Nesta compreensão o que se afirma é que a verdade provável será encontrada em conformidade com regras de validade pré-fixadas, as quais servirão de fundamento para as convicções judiciais.

Isto posto, a perquirição da verdade pela prova processual judicial não pode ser guiada por critérios apriorísticos limitadores,

os quais acabam por afastar o compromisso genuíno de perquirição da realidade, o qual somente pode ser concretizado por meio da fundamentação racional.

Consoante lecionado por Michele Taruffo, quaisquer preconceitos têm grande potencial para impedir o conhecimento e não o fornecer balizas mais seguras para seu atingimento.

Os preconceitos mais difundidos, mais tradicionais e mais radicados não cessam somente porque são preconceitos; seu efeito é de manipular e esconder a realidade, certamente não de favorecer seu conhecimento. De tudo isso, e dos riscos de erro que o uso descuidado do senso comum e da experiência implica, o juiz deve estar ciente: o valor de verdade dos juízos que ele faz depende diretamente do fundamento racional e cognoscitivo das inferências de que tais juízos se derivam. Quanto mais aprofundada a análise crítica das noções que o juiz emprega, mais confiáveis as inferências probatórias que levam à confirmação das hipóteses sobre os fatos (TARUFFO, 2012, p. 244).

A partir destas assertivas, notadamente pela superação da crença do atingimento de uma verdade incontestável através da produção da prova judicial, os resultados estatísticos podem ser considerados como meio probatório eficaz para auxiliar na comprovação dos fatos apresentados em juízo.

4 A ADMISSIBILIDADE DA PROVA ESTATÍSTICA NO DIREITO BRASILEIRO

Em que pese o tradicional posicionamento de que as decisões judiciais sejam formadas por meio de silogismos dedutivos, nos quais existe uma premissa maior (norma geral e abstrata), uma premissa menor (os fatos controvertidos) e a conclusão (resultado da subsunção), a prática jurídica evidencia que a decisão judicial é resultado da preponderância de uma das possíveis hipóteses de resolução da lide.

Isto porque, na perspectiva que nos parece mais adequada, o julgador, diante dos elementos constantes do processo, constrói diversas hipóteses fundamentadas que, abstratamente, podem levar a conclusões/convicções hábeis a resolver o litígio.

Destas hipóteses prevalecerá aquela com maiores possibilidades de representar o fato controvertido com maior probabilidade de veracidade e fidedignidade às circunstâncias do evento material.

Sob tal perspectiva, a estatística indubitavelmente fornece uma comprovação traduzida na provável preponderância de um resultado sobre o outro.

Neste instante, mais uma vez é relevante o esforço para a superação de crenças limitantes, valendo-se, para tanto, do alerta trazido por parte da doutrina no sentido de que todo meio de prova envolve probabilidades.

Confirma a alegação trecho de artigo produzido por Bruno Dantas e Caio Victor Ribeiro dos Santos.

Schauer, apesar disso, passa a demonstrar que, em última instância, todo tipo de prova – mesmo aquelas que forneceriam uma evidência “direta” – é baseada em probabilidades, e que a percepção dessa natureza probabilística das provas em geral tornaria mais tênue a aversão que intuitivamente se tem em relação à prova estatística. Se alguém tivesse alegado ter visto o nome “Companhia Metropolitana” no ônibus azul, poder-se-ia ter, aí, uma evidência direta para o nexo causal. Todavia, essa ainda seria uma prova probabilística, baseada em uma observação feita numa noite escura e chuvosa. Curiosamente, a mesma prova que, em certos contextos, é resistida, em outros, se admite (DANTAS; SANTOS, 2023, p. 45).

A prova estatística realizada em conformidade com as regras e princípios próprios desta ciência e devidamente orientada pela clara identificação de seu objeto de análise, detém capacidade objetiva

para delimitar de modo suficientemente seguro a probabilidade de um fato ter ocorrido nos termos declarados pelo autor ou nos termos declarados pela parte oposta.

Com isto, aflora o apontamento de que a resistência ao uso da prova estatística deriva de sua transparência quanto a possível margem de erro; o que é camuflado por outras modalidades de prova.

Ademais, a resistência ao uso desta modalidade de prova coloca suas preocupações eminentemente no contexto de sua descoberta, impugnando diretamente as inovações trazidas pela via inferencial.

Todavia, seu uso processual pode ser legitimado por meio de adequada justificação de seu desenvolvimento (métodos apropriados, delimitação clara do objeto) e harmonização com demais elementos processuais no seio da motivação da decisão judicial.

Outro aspecto de necessária análise é que, a despeito da inexistência de regras de tarifação de provas no ordenamento processual vigente, parece-nos evidente que cada meio de prova tem seu contexto de utilização a depender da natureza da lide e do fato a ser demonstrado.

Exemplo é a disposição contida no artigo 443, inciso I, do Código de Processo Civil, no sentido do não cabimento de prova testemunhal para demonstração de fatos que demandem conhecimentos técnicos, ensejando a necessidade de prova pericial.

Com isto, a natureza e especificidades das lides demandam a flexibilização ou atenuação da ideia de padronização dos meios de provas, impondo-se o amoldamento destes a estas condições próprias e ao comando constitucional de provimentos jurisdicionais tendentes a solucionar os processos de modo justo e efetivo.

Esta parece ser uma justificativa hígida a validar o uso da prova estatística no direito processual pátrio.

Complementarmente, embora conhecidas críticas sobre a teoria dos módulos de prova formulada por Gerhard Walter, seus

fundamentos se revelam ajustados ao defendido no presente artigo, notadamente, pelo conceito de que existe uma vultosa diversidade de fatos para se exigir a mesma forma de seu convencimento, bem como são diversos os fins perseguidos pelo direito para se impor um padrão.

Los cuadros fácticos que hay que se reglar son demasiado diversos como para que puedan ser sometidos a um patrón único. Son demasiado diversos también los fines regulatorios que persigue el derecho para exigir siempre la convicción de la verdad para que la regulación entre a aplicarse (WALTER, 2019, p. 165).

Deste modo, o referido autor classifica três modelos para constatação dos fatos processuais: convicção da verdade, controle por terceiros e preponderância ou verossimilhança.

Em sua clássica obra sobre a livre-apreciação da prova (*freie Beweiswürdigung*), Gerhard Walter distinguiu três modelos diversos de constatação dos fatos. O primeiro é o da convicção da verdade – a exigir firme convicção pessoal do juiz ou probabilidade próxima da certeza. Trata-se do enfoque tradicional emprestado ao princípio da livre-apreciação da prova, adotado com algumas particularidades pelos vários sistemas processuais de civil law. O segundo é o modelo de controle por terceiros, por meio do qual o essencial é que outra pessoa – outro juiz ou qualquer pessoa razoável – possa alcançar o mesmo juízo fático, aprovando, assim, fictamente a conclusão. O terceiro é um modelo de preponderância – segundo o qual basta uma probabilidade prevalente para embasar o juízo fático nos litígios civis (COSTA, 2013, p. 372).

Importante ressaltar que Gerhard Walter categoricamente afirma não pretender que a redução ao módulo de prova se aplique indistintamente.

O autor defende que para a grande maioria dos casos a convicção da verdade é adequada para a grande maioria dos casos.

Infere-se da obra que a verdade deve ser buscada em todos os casos, impondo-se, contudo, que o parâmetro de prova necessário à formação da convicção do juiz seja adaptado conforme a natureza e complexidade da lide.

Deste modo, o presente artigo considera esta teoria pelo que entende ser sua grande contribuição, representada pela ideia de identificação do nível de adequação da espécie probatória em função das especificidades das lides apresentadas ao Poder Judiciário.

Deve-se esclarecer que a teoria não atribui valores apriorísticos às provas, mas defende a necessidade de pesquisa da suficiência, pertinência e conformação do meio de prova com as características do fato a ser objeto de demonstração.

Luis Alberto Reichelt compartilha do entendimento acima exarado, consoante transcrição a seguir:

O grande mérito da proposta de Gerhard Walter reside no fato de afirmar a possibilidade de concepção de módulos de prova próprios para casos peculiares sem, contudo, afirmar a renúncia à possibilidade de obtenção da verdade através da investigação processual. A ideia de verdade, em tal contexto passa a ser tomada como um valor-limite a ser considerado como possível, mas nem sempre necessário para que o julgador possa proferir sua decisão em sede de convencimento. É nesse sentido que o autor rechaça a ideia de redução geral do módulo de prova no processo civil, não excluindo a possibilidade de “que se examine, en ciertos campos parciales o grupos de casos, si una reducción del módulo no viene a cuento por razones perentorias de derecho material o por otros critérios” (REICHELTL, 2009, p. 215).

A imposição de grau unitário de cognição e prova acaba promovendo a negação de direitos, trilhando caminho oposto aos valores e finalidades almejadas pelo ordenamento jurídico.

Tendo estas considerações em vista, aliada a previsão contida no artigo 369 do Código de Processo Civil, os resultados

probabilísticos advindos da estatística, os quais evidenciam fundamentada relação de continência (ou seja, o fato a ser provado está contido na probabilidade), compatibilizam-se satisfatoriamente com o nível de prova necessária para diversas modalidades de lides, conforme detalhado no tópico a seguir.

5 A PROVA ESTATÍSTICA E SEUS HORIZONTES JURÍDICOS

Existem conflitos apresentados ao Poder Judiciário que guardam natureza extremamente complexa e diferenciada que acarretam variadas dificuldades para o modelo tradicional de processo, o qual precisa ser interpretado em novas dimensões para viabilizar a prolação de tutela jurisdicional efetiva.

Para esta classe de “novos” litígios, os meios de provas típicos também enfrentam dificuldades para o atingimento de sua finalidade, pois há um descompasso entre sua dimensão de efeitos e a realidade a ser comprovada.

Exemplifica-se a alegação com a insuficiência de provas documentais para a comprovação de práticas discriminatórias no ambiente de trabalho. Isto porque no ambiente laboral, onde prevalecem relações de hierarquia, os documentos são facilmente constituídos, independentemente de sua aderência com a realidade.

Também devem ser considerados conflitos envolvendo extremamente elevado de operações, cuja aferição individual implicaria elevado custo financeiro e transcurso não razoável de tempo; o que tornaria o processo ineficiente. Inserem-se nesta categoria lides tributárias, microtransações financeiras em jogos eletrônicos, indenizações aos atingidos por contaminação ambiental, etc.

Todos estes exemplos demandam a superação do dogma da prova de certeza em favor da prolação de decisões judiciais, igualmente motivadas, mas otimizadas em justiça, efetividade e praticabilidade.

Assim, as probabilidades advindas da prova estatística podem trazer os necessários elementos para evidenciar a correlação entre um fato e a consequência jurídica trazida em norma, demonstrando relações de continência e frequência suficientes para formar a convicção de julgador e motivar validamente a decisão judicial.

Observando este raciocínio, podem ser identificados diversos litígios cuja natureza seja complexa, nos quais os meios convencionais de prova são inábeis para a comprovação dos fatos componentes, exemplificando-se com as seguintes hipóteses:

- discriminação no ambiente de trabalho – há grande dificuldade na demonstração de que os critérios adotados para contratação de empregados guardam somente a aparência de neutralidade. A estatística pode relacionar os dados relativos ao perfil dos empregados, comprovando que as regras adotadas impedem a contratação de mulheres, negros, e outros portadores de determinadas características;
- litígios estruturais – entendidos como aqueles no qual “um juiz, enfrentando uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional, incumbem-se de reestruturar a organização para eliminar a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes” (FISS, 2017, p. 121);
- litigância repetitiva faticamente variada – conceituadas como demandas com similitude de elementos objetivos, configurando controvérsia fática e não jurídica. Edilson Vitorelli (2019, p. 387-414) as descreve do seguinte modo: “Embora todos autores tenham sofrido o mesmo dano, provocado pelo mesmo réu, cada um deles o experimentou de acordo com circunstâncias subjetivas próprias que podem influenciar na intensidade de cada lesão.”;

- cobrança dos direitos autorais, pela retransmissão radiofônica em estabelecimentos comerciais;
- lides de naturezas tributárias pautadas em elevado volume de operações que observam padrão normativo e fático, cuja análise individualiza implicaria em risco de perecimento do crédito tributário ou acarretaria dificuldades e custos deveras elevados aos contribuintes, inviabilizando o exercício da ampla defesa por estes.

Em síntese, a aplicabilidade adequada da prova estatística em processos judiciais reside em demandas que guardem similitude de seus elementos objetivos, identificando-se proposituras em larga escala ou com objeto composto por elevado número de operações, justificando o tratamento macro por parte do Estado.

6 SÍNTESE CONCLUSIVA

Consoante inicialmente disposto, o presente trabalho teve como pretensão analisar a possibilidade de utilização da prova por estatística ou por amostragem no âmbito do processo civil, identificando espécies de litígios nos quais esta espécie de prova pode contribuir válida e positivamente para a formação da convicção do magistrado e, subsequentemente, de provimento jurisdicional justo e efetivo.

Para tanto, houve a demonstração de que a resistência em sua utilização no processo civil, a despeito da autorização normativa decorrente do artigo 369 do Código de Processo Civil deriva da falsa crença representada pela ideia de imprecisão e insegurança dos resultados da prova estatística e a ilusão de precisão dos demais meios de prova tidos como diretos.

Isto porque, nos termos demonstrados, não pode ser validamente considerada a dicotomia entre verdade absoluta e

verdade relativa dentro do processo; considerando-se verdadeiras as conclusões decorrentes das demonstrações obtidas a partir dos mecanismos processuais postos à disposição dos litigantes.

Necessário ressaltar que conclusão diversa autoriza a afirmação de que o processo poderia albergar solução inverídica porque diversa da noção da verdade absoluta e, com isto, gerar provimentos jurisdicionais injustos, o que ocasionaria a ineficiência do próprio ordenamento jurídico.

Deste modo, é necessário readequar o modelo de pensar acerca das provas judiciais, esclarecendo que em todas as modalidades existe grau de incerteza acerca de suas demonstrações, incidindo raciocínio probabilístico, haja vista a impossibilidade de sua verificação empírica.

Outra questão importante é a evidência de que a margem de erro enunciada nas análises estatísticas em verdade não representam falhas, mas sim a ocorrência de um evento previsível – em menor proporção e que se encontra considerado em suas próprias premissas.

Ou seja, esta modalidade de prova, tal qual as demais, promove a reconstrução argumentativa (e científica do fato) por meio de mecanismos controlados e controláveis pelos envolvidos no processo, do que também resulta a ampla abertura da motivação da decisão judicial.

Neste sentido, parece-nos confiável a conclusão de que a prova estatística guarda significativa posição na função da prova, auxiliando na redução da insegurança da decisão judicial.

Tal qual ocorre nos meios de provas tidos como tradicionais e diretos, seus resultados serão mais confiáveis e precisos na medida em que observado rigor qualitativo e quantitativo para a obtenção da amostra, reconhecimento do método aplicado e transparência na delimitação do objeto da investigação e aspectos controvertidos.

Ademais, ainda que a estatística não demonstre nexo de causalidade, é plenamente capaz de demonstrar relações de

continência, as quais analisadas criticamente e em conjunto com os demais elementos processuais, constroem elementos suficientes para motivação de decisão judicial a qual indicará os consequentes jurídicos.

Outrossim, a estatística aplicada ao processo civil, além de meio de prova, pode ser utilizada como mecanismo para racionalização da aplicação da decisão – atuando no cumprimento de sentença ou sua execução.

Com efeito, impõe-se esclarecer o presente estudo entende pela possibilidade e utilidade da aplicação da prova estatística em processos judiciais, notadamente pela necessidade de compreensão da diferença de natureza e complexidade entre as causas, impondo-se a mudança do pensamento jurídico para a identificação dos meios probatórios mais adequados e eficiente para a estruturação de decisão judicial justa.

Mister reforçar a ideia de que a prova estatística observa um lugar específico dentro da produção probatória, no qual suscitará resultados benfazejos à resolução da lide, propiciando às partes envolvidas o sentimento de justiça e segurança.

Por fim, com a convicção da pertinência da prova estatística no processo civil brasileiro, alerta-se que todas as espécies de prova devem ser analisadas criteriosamente dentro do contexto processual; observando, todavia, as provas estatísticas como uma possibilidade de aperfeiçoamento do debate jurídico, o qual deve ser voltado para a prolação de decisões juridicamente válidas, além de, argumentativamente coerente.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. A prova estatística e sua utilidade em litígios complexos. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, v. 1.000, p. 451-464, fevereiro 2019.

BORGES, Fabrício de Lima. Litígios Estruturais e métodos consensuais de resolução de conflitos: o caso da ação civil pública sobre a fila de espera da assistência oncológica no Cariri cearense. In: **Revista Themis**, Fortaleza, Ed. Esmec, v. 20, n. 1, p. 87-111, jan /jun. 2022.

CARPES, Artur Thompsen. Quando a estatística de 95% pode não ser suficiente para provar o nexo de causalidade. In: **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, Ed. RT, ano 7, v. 25, p. 111-127, out.-dez. 2020.

COSTA, Gustavo Recena. Livre convencimento e standards de prova. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (Org.). **40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro**. São Paulo: Malheiros, 2013.

DANTAS, Bruno; SANTOS, Caio Victor Ribeiro dos. *Bellwether trials* à brasileira?: estatísticas, danos em massa, definição por amostragem de categorias indenizatórias e o art. 69, § 2.º, VI, do CPC. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, Ed. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, ano 17, v. 24, n. 2, p. 39-64, maio a agosto 2023.

ESTATÍSTICA Inferencial. In: AcademiaLab. Disponível em: <<https://academia-lab.com/enciclop%C3%A9dia/estatistica-inferencial/>>. Acesso em: 11 jun. 2023.

FEDERAL JUDICIAL CENTER. Manual for complex litigation, fourth. 2004. Disponível em: <<https://www.uscourts.gov/file/3228/download>>. Acesso em: 11 jun. 2023.

FISS, Owen. As formas de justiça. In: COSTA, Susana Henriques da; WATANABE, Kazuo; GRINOVER, Ada Pellegrini (Org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 119-173.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal?: um falso problema. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (Coord.). **Verdade**

e prova no processo penal: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

KRAMER, Alice. A prova científica no processo civil brasileiro: DNA e estatística. In: **Juris Rationis**, Natal (RN), Ed. Universidade Potiguar, ano 6, n.º 1, p. 20-21, out. 2012-mar. 2013.

LOPES, João Batista; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **Teoria geral da prova**. São Paulo: Castro Lopes, 2022.

MATSUSHITA, Raul Yukihiro. O que é estatística? 2010. Disponível em: <<http://vsites.unb.br/ie/est/complementar/estatistica.htm>>.

MELLO, Maurício Correia de. A prova da discriminação por meio da estatística. In: **Revista TRT 10.ª Região**, Brasília, Ed. Tribunal Regional do Trabalho, v. 15/18, p. 157-164, 2006/2009.

REICHELTL, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SANTOS, Caio Victor Ribeiro dos. *Bellwether trials*: a experiência norte-americana com os julgamentos por amostragem. In: **Revista de Processo**, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, ano 47, v. 328, junho 2022.

STRECK, Lenio Luiz. A verdade das mentiras e as mentiras da verdade (real). Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-nov-28/senso-incomum-verdade-mentiras-mentiras-verdade-real>>.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TARUFFO, Michele. Verità e probabilità nella prova dei fatti. In: **Revista de Processo**, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, ano 32, v. 154, p. 207-222, dez. 2007.

VITORELLI, Edilson. Decisão judicial por métodos estatísticos:

novos horizontes para as causas repetitivas? In: **Revista de Processo**, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, v. 44, n. 298, p. 387-414, dez. 2019.

VITORELLI, Edilson. Raciocínios probabilísticos implícitos e o papel das estatísticas na análise probatória. In: **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, Ed. Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n. 76, p. 51-74, abr./jun. 2020.

WALTER, Gerhard. **Libre apreciación de la prueba**. Buenos Aires: Olejnik, 2019.

Recebido em: 29-7-2024

Aprovado em: 29-8-2024