



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA

PAULO CEZAR MONTEIRO DE CARVALHO

**O DIREITO AO USO DA PROVA ESTATÍSTICA COMO FUNDAMENTO DE
CONVENCIMENTO JUDICIAL**

JOÃO PESSOA

2022

PAULO CEZAR MONTEIRO DE CARVALHO

**O DIREITO AO USO DA PROVA ESTATÍSTICA COMO FUNDAMENTO DE
CONVENCIMENTO JUDICIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Coordenação do Curso de Direito de João Pessoa
do Centro de Ciências Jurídicas da Ciências das
Religiões da Universidade Federal da Paraíba
como requisito complementar para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Profº Drº Márcio Flávio Lins
Souto de Albuquerque Souto

JOÃO PESSOA

2022

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

C331d Carvalho, Paulo Cezar Monteiro de.
O direito ao uso da prova estatística como
fundamento de convencimento judicial / Paulo Cezar
Monteiro de Carvalho. - João Pessoa, 2022.
56 f.

Orientação: Márcio F. L. de Albuquerque e Souto.
TCC (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. prova, prova estatística, direito fundamental. I.
Souto, Márcio Flávio Lins de Albuquerque e. II. Título.

UFPB/CCJ

CDU 34

PAULO CEZAR MONTEIRO DE CARVALHO

**O DIREITO AO USO DA PROVA ESTATÍSTICA COMO FUNDAMENTO DE
CONVENCIMENTO JUDICIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Coordenação do Curso de Direito de João Pessoa
do Centro de Ciências Jurídicas da Ciências das
Religiões da Universidade Federal da Paraíba
como requisito complementar para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Profº Drº Márcio Flávio Lins
Souto de Albuquerque

DATA DA APROVAÇÃO: 08 DE JUNHO DE 2022

BANCA EXAMINADORA:

**Profº Drº Márcio Flávio Lins Souto de Albuquerque
(ORIENTADORA)**

**Prof.Drº Jairo Salvador
(AVALIADOR)**

**Prof Drº Jailton Macena de Araújo
(AVALIADORA)**

Dedico a minha mãe e a toda minha família, a minha namorada Deborah, aos meus amigos e a todos aqueles que acreditam e lutam pela construção de um novo mundo possível.

AGRADECIMENTOS

Rendo graças a Deus, por ter tornado possível que eu chegasse até aqui e tivesse condições de concluir mais esta etapa.

Saúdo o Profº Drº Márcio, meu orientador, que tanto me inspirou a conhecer mais sobre o Processo Coletivo.

Agradeço a meu irmão João, que foi essencial na construção deste trabalho

Deborah, minha linda princesa negra, que tanto se preocupa com minha felicidade e sonha meus sonhos junto comigo, que tanto briga para que eu faça o meu melhor.

Agradeço ao defensor público Jairo Salvador, sem dúvidas, conhecer sua atuação foi essencial para que eu tenha certeza de minha vocação para a Defensoria.

Presto também homenagem a Juliane Cintra, uma grande referência profissional e de cuidado com o outro, e Eleilson Leite; sem o apoio profissional deles, não teria conseguido manter-me durante estes anos em João Pessoa.

Um abraço especial a República Babilônia e a todos meus amigos e amigas da Unesp de Bauru.

RESUMO

Este trabalho apresenta o conceito da prova estatística inserida na dogmática processual brasileira. Objetivando refletir sobre esta modalidade de prova como ferramenta inerente ao direito fundamental da ampla defesa e do exercício do contraditório. Inicialmente, discute-se o papel do Poder Judiciário como elemento de proteção dos direitos e garantias fundamentais, bem como do processo como instrumento para obtenção da proteção destes direitos. Evidencia-se que o ato cognitivo de decidir sobre o direito não é um processo neutro ou mecânico, sendo que a compreensão de como questões múltiplas afetam a tomada de decisão judicial são essenciais ao discutirmos como e quais provas conseguem convencer os magistrados. A apresentação da natureza jurídica da prova estatística parte, em um primeiro ponto, por breves considerações a respeito da Ciência Estatística e da Probabilidade, para, a partir disso, conceituá-la tanto a partir da exemplificação dos usos da prova estatística em outros países, preocupando-se também em responder as principais críticas e questionamentos, compreendendo que a prova estatística cumpre o importante papel de proteger e garantir direitos.

Palavras-chave: Prova, Direito Fundamental, Prova Estatística

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 OS ASPECTOS FUNDAMENTAIS DO CONSTITUCIONALISMO	13
2.1 O DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA	21
2.2 O SENTIDO DA PROVA	25
2.3 CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROVA	27
3. A PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	31
3.1 MEIOS E FONTES DE PROVA	33
3.2 MEIOS DE PROVAS TÍPICAS E ATÍPICAS	34
3.3 COMO OS JUÍZES DECIDEM	35
4. BREVES CONCEITOS SOBRE A CIÊNCIA ESTATÍSTICA E DA PROBABILIDADE	39
4.1 RISCOS E EXPECTATIVAS	40
4.2 PROBABILIDADE E A CURVA NORMAL	41
4.3 A PROVA ESTATÍSTICA NO PROCESSO	45
4.4 EXEMPLOS DE LEGISLAÇÃO e CASOS INTERNACIONAIS	46
5. FORMAS DE PRODUÇÃO	49
5.1 PROBLEMAS E DESAFIOS DA PROVA ESTATÍSTICA	50
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
REFERÊNCIAS	55

1 INTRODUÇÃO

A prova é um elemento jurídico presente e constitutivo de todas as áreas da disciplina do Direito, a qual recebe definições legais, jurisprudenciais e também, doutrinárias diversas, complementares e até mesmo conflitantes. Marinoni e Arenhart (2009) definem prova como todo recurso discursivo “dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo”. A possibilidade de apresentação de prova é um direito fundamental que permite o estabelecimento de verdades processuais desde que sejam lícitas. Visto que a Constituição Federal veda a produção, no processo, da prova obtida ilicitamente.

Este trabalho propõe o estudo das características que definem a prova estatística, modalidade emergente de prova apresentada ao processo judicial. Esse meio de prova é baseado no embasamento estatístico “empregado para, a partir da avaliação de um universo de elementos - inteiramente ou por amostragem - extrair conclusões que possam servir como argumentos de prova no processo civil” (ARENHART, 2019), que por sua vez pode ser utilizado como importante elemento na resolução de controvérsias jurídicas, em especial dos litígios complexos.

Todavia, antes de apresentar as especificações deste tema, a pesquisa ainda faz reflexão acerca de aspectos fundantes da jurisdição brasileira, sob a perspectiva de que o processo de evolução das bases constitucionais vigentes é em grande medida resultado direto de um longo processo evolutivo das garantias constitucionais; bem como análise da prova perante o Código de Processo Civil. Ainda o sistema de standard de prova é de vital importância para o estabelecimento de um nível mínimo de corroboração de uma hipótese que necessita ser provada.

A jurisdição brasileira, inspirada pelo sistema do Civil Law, e modelada no período final da transição entre modelos fundacionais de Estado Liberal para Estado Social¹. O que acarreta em profundos reflexos na construção do Direito. E por sua vez, procedimentos processuais, por exemplo, o estabelecimento da busca incessante pela paz social nos instrumentos processuais. Garantias essas que visam sustentar a noção de que a atividade comprobatória de forma alguma pode se basear em confiança subjetiva do juiz de Direito, mas na indicação de que existem boas razões para justificar tal confiança.

¹ Moraes (2014, p. 270) propõe analisar o “atual Estado Democrático de Direito sob o viés de sua formação a partir do movimento histórico iniciado com o Estado Liberal que surgiu no século XVIII, passando pelo Estado Social e as aspirações democráticas do fim do século XIX e início do século XX”.

Isto se deve pelo fato de o processualista estabelecer que as diligências do processo devem reproduzir um microcosmo do Estado democrático de Direito. Portanto, seus participantes tem direitos que podem ser exercidos livremente durante todo o processo, não havendo espaço para a negação dos princípios constitucionais como o da isonomia, participação e a instrução geral de estabelecimento da verdade, entre outros (DINAMARCO et al., 2015).

A compreensão dessas características como partes intrínsecas dos procedimentos jurídicos é importante por permitir a construção de uma ampla positivação normativa a respeito da prova, de sua natureza, definição, formas de produção e utilização. Em paralelo, a constante evolução da filosofia jurídica, acompanhada de uma complexificação das relações sociais e da notória influência do *Common Law* - o qual trouxe questionamentos e debates novos e profícuos. Apontam para uma problematização de um cenário aparentemente estável. Isso faz com que haja necessidade de constante verificação se os princípios fundamentais estão sendo respeitados e, se há ou não espaço para inovações jurídicas no campo procedimental e processual que não violem as garantias constitucionais estabelecidas.

Devido ao fato de recente adoção em causas processuais – a legislação brasileira introduz a prova estatística como válida na Lei Orgânica da Seguridade Social, Lei nº 8.212 de 1991, A prova estatística ainda não é amplamente aceita pelas cortes brasileiras, por se tratar de uma prova inusual em comparação com as “provas tradicionais”². Em certas ocasiões, sua adoção causa debate que se deve principalmente, ao pouco conhecimento técnico acerca do emprego prático da prova estatística, isto é, se ela pode ou não ser aceita. O que por si só é um contrassenso uma vez que, de fato, convencimento judicial em grande medida se vale de provas que são essencialmente estatísticas que são amplamente aceitas, como por exemplo, o teste de DNA ou a identificação de digitais.

Portanto esta modalidade de prova deve ser admitida nos casos referidos, a controvérsia maior acerca da adoção desta prova se atém sob a perspectiva de processos penais, uma vez que por sua própria natureza a prova estatística apresenta de maneira clara a margem de erro e, portanto, a possibilidade de estar errada. Nesse contexto em que a possibilidade de equívoco, faz com que haja ponderação para a sua maior adesão neste tipo de processo.

² As provas ditas “tradicionais” são aquelas que referendam conteúdo probatório sobre eventos passados. Em contraponto com a prova estatística que podem ser empregadas, inclusive para a projeção de ações futuras, mediante emprego da probabilidade.

Já no caso de prova de crimes como o de discriminação a prova estatística logra ser uma ferramenta muito útil para a efetivação da justiça, pois esta pode ser alcançada mediante compreensão por parte do juiz de aspectos matemáticos e probabilísticos que podem ser empregados como importantes bases para a tomada de uma decisão.

Dentro deste cenário, a prova estatística surge como uma espécie do “gênero-prova”, que desafia a ciência jurídica a responder sobre o seu lócus no Direito Pátrio. Essa busca por uma definição acerca da ausência de previsão legal é argumento suficiente ou não para afastar a aceitação desse elemento de convicção? Caso se entenda por adequada utilização, tem-se o desafio de discutir quais os seus parâmetros de utilização. Com base na legislação positivada, a jurisprudência e a doutrina pacífica constituída a partir da prova, forma-se a convicção do Estado-juiz quanto a validade (ou verossimilhança/probabilidade) das proposições fáticas que tenham sido objeto de questionamento, é por meio do raciocínio probatório que o princípio da substitutividade³ das decisões judiciais ganha força (DINAMARCO et al., 2015).

Esse elemento de primazia da prova em cumprimento a função institucional do Poder Judiciário vincula a ação do juiz de direito às provas produzidas nos autos. Posto isto, o art. 371 do Código de Processo Civil estipula zelo ao princípio da aquisição processual, ou seja, qualquer das partes que apresente uma prova válida, esta deve ser incluída nos autos, incorporada ao processo, e reconhecida por todas as partes envolvidas, sendo irrelevante quem é o seu autor, ainda cabendo ao julgador considerá-la como elemento constitutivo do processo.

No mesmo sentido, Fux (2004) define “prova é o meio através do qual as partes demonstram, em juízo, a existência dos fatos necessários à definição do direito em conflito”, amparando, ainda, que “provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou inexistência dos fatos relevantes para a causa”. Este estudo foi desenvolvido com o intuito de compreender além das definições legais e constitucionais de prova, também quais são as bases que fundamentam a sua validade dentro do contexto de um Estado democrático de Direito⁴. Ainda relata brevemente o processo histórico relativo ao estabelecimento do Estado moderno e o advento das Constituições que regem as democracias representativas, bem como sua estrutura vigente conforme proposta pelos filósofos iluministas.

³ Observância ao princípio da substitutividade da jurisdição, no qual o Estado-Juiz substitui a vontade das partes para aplicar o direito ao caso concreto, realizando coativamente uma atividade que deveria ter sido primariamente exercida, de maneira pacífica e espontânea, pelos próprios sujeitos da relação jurídica submetida à decisão. (TRF-5) AGRAVO DE INSTRUMENTO: AI 0812460-77.2018.4.05.0000.

⁴ Ferreira Filho (2004), define o Estado de Direito como a submissão do Estado ao Direito, como resultado das revoluções burguesas do século XVIII.

Ainda em se tratando do estudo das provas estatística essa pesquisa também realiza exposição de considerações sobre a evolução dos conceitos básicos matemáticos, tanto a probabilidade quanto a estatística. Uma vez que ambas ciências requerem precisa definição de certos termos e conceitos, a fim de que haja maior domínio sobre o tema. É certo que esta disposição permite ao leitor estabelecer uma relação mais apropriada dos temas discutidos nesta pesquisa mediante a abordagem citada. Neste contexto, este estudo se insere, nas reflexões da utilização das provas no meio jurídico com ênfase na prova por estatística. Assim, este ensaio vislumbra trazer elementos das provas e sua aplicabilidade no âmbito conceitual, teórico e prático.

2 OS ASPECTOS FUNDAMENTAIS DO CONSTITUCIONALISMO

Numa visão larga, a apresentação de aspectos fundamentais sobre o constitucionalismo se faz presente para a definição de questões de grande importância para o estabelecimento de um processo dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, segue uma breve perspectiva histórica desse processo evolutivo.

Uma característica marcante do constitucionalismo é que esse movimento não se reduz ao estabelecimento das Constituições escritas. Essa tradição se baseia no princípio de restrição de poder. Ilwain (1991) faz a distinção entre o constitucionalismo antigo e moderno, sendo que o primeiro foi suplantado pelo segundo após o século XVIII. O novo visa definir as funções do Estado e regular as relações entre o Poder estatal e os indivíduos. Cabendo ainda a responsabilidade de estipular a composição de seus entes internos, assim como o ordenamento jurídico daquele povo, estipulando ritos que devem ser seguidos pelo Estado.

Segundo Ferreira Filho (2008) o Estado de Direito ou Liberal tem um objetivo claro de rejeição ao arbítrio de monarcas⁵, esse movimento contrário ao absolutismo submeteu os governantes a *vontade da lei*, instanciando o princípio da legalidade. Essa conquista permitiu a proteção do indivíduo contra o arbítrio estatal e por isso é chamada de liberal. E foi obtida mediante movimentos populares que antagonizavam a concentração de poder nas mãos dos monarcas. Essa geração de direitos individuais recebe o nome de liberdades públicas ou liberdades negativas.

Essa corrente ideológica - referida por alguns autores como liberalismo⁶ - foi fundamentada na convicção de proteção a individualidade, liberdade e a igualdade. Sendo possível se traçar paralelos em comum entre essa fase inicial do liberalismo com o capitalismo, segundo o qual a burguesia dirigiu o processo contra a antiga classe dominante e sendo ela mesma peça central da nova ordem (GRUPPI, 1980).

No contexto desse conflito entre a burguesia cada vez mais influente e monarquias decadentes, é possível se identificar dois atos notórios das chamadas *revoluções burguesas* ocorridas na segunda metade daquele século. O primeiro deles se deu em 4 de julho de 1776 com a declaração de independência dos Estados Unidos, estabelecendo o fim do vínculo colonial entre as Treze Colônias e o Império Britânico (MORAES, 2014).

⁵ “As limitações ao poder do soberano impostas pelo modelo de Estado Liberal são um ponto fundamental de sua natureza” (MORAES, 2014).

⁶ A ideologia liberal surgiu como a justificativa da formação de um sistema que defendia a liberdade e os interesses dos indivíduos na sociedade e o estabelecimento de uma organização social, baseada na propriedade privada dos meios de produção.

E em seguida, na França foi realizada outra grande revolução, com o período de ruptura dos privilégios aristocráticos que culminou no término do Antigo Regime em 1789. Assim como no caso norte-americano, esses movimentos de revolta popular foram liderados principalmente pelas elites que não detinham poder político, aliadas às camadas mais pobres da sociedade. No caso francês, elementos do Terceiro Estado denominados *sans-culottes* foram fundamentais para o sucesso da revolução.

Segundo Moraes (2014) é necessário se reconhecer que as iniciativas burguesas aliadas aos camponeses pobres foram determinantes para que os ideais revolucionários tanto nos Estados Unidos quanto na França fossem alcançados. Estipula Schwartz (1977) que havia clara intenção de fundar um novo paradigma estatal em ambos os casos, mediante um “governo de leis, não de homens” conforme o art. XXX da Declaração de Direitos do Massachusetts. No entanto, os ideais de estabelecimento de uma sociedade liberal, dotada de segurança, legalidade e solidariedade não se concretizaram em um primeiro momento. Sendo que ambas revoluções resultaram em benefícios exclusivos aos burgueses. Assim define Miranda (1997, p. 87) “o Estado Liberal é um Estado Burguês”.

Segundo Ferreira Filho (2009) a Constituição moderna representa o pacto de limitação do poder estatal e o respeito às liberdades públicas. Para que os cidadãos sejam livres, iguais e detentores de direitos. No contexto brasileiro, com a fundação do texto constitucional vigente, após a segunda metade do século XX, e em seguida a uma violenta ditadura, o Poder Constituinte Originário estabeleceu uma Constituição baseada no Estado Social.

Essa iniciativa é afirmada sendo um dos fins do Estado brasileiro “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, inciso I, Constituição Federal). Essas qualidades são possíveis mediante a passividade do Estado, e foi desenhada segundo os princípios iluministas defendidos por Montesquieu (1996). E é realizada na Constituição brasileira mediante o mecanismo de *separação de poderes*, por meio do qual a Constituição regula os poderes vigentes, distribuindo funções diversas e o regime de auto regulação entre os Poderes.

Assim, pelo princípio da divisão dos poderes conforme consta no art. 2º “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, ambos os poderes se referem simultaneamente a: i) suas funções legislativas, executivas e jurisdicionais e; ii) também seus respectivos órgãos, conforme descritos no título organização dos poderes da Carta. O legislador brasileiro estipula a disposição dos poderes nos arts. 44 a 75, 76 a 91 e 92 a 135, respectivamente.

No entanto, para que os valores de determinada sociedade sejam referendados em uma Constituição é necessário que haja a possibilidade de que o texto reflita as transformações dos valores sociais de cada época sem prejuízo ao espírito definido pelo poder constituinte originário. Assim, a boa Constituição deve ser capaz de proteção contra a adoção de leis que contrariem as noções mais básicas definidas pelo Estado de Direito⁷ e flagrantemente inconstitucionais, ao mesmo tempo que devem permitir a evolução dos princípios sem que haja a necessidade de constante mudança do texto legal.

No contexto do procedimento processual, este deve sempre ser utilizado como um instrumento de cumprimento dos valores definidos pela Constituição, isto é, efetivação da justiça, sendo categoricamente nula, qualquer ação que esteja em oposição a estes valores. E necessariamente, este procedimento deve ser atribuído de elementos que o qualificam como lícito, por exemplo, a submissão à autoridade judicial, a busca pelo estabelecimento da verdade e isonomia do processo.

A prova é pedra angular dentro do sistema jurídico é parte fundamental no estabelecimento da justiça e efetivo uso do princípio da ampla defesa, conforme define o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, “... aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Portanto, qualquer que seja a sua natureza da relação jurídica processual, o Estado deve agir para garantir a ambas as partes o livre acesso deste princípio para a busca de proteção de seus direitos.

Os elementos de prova são empregados como ferramentas que fornecem clareza sobre o estabelecimento da verdade, e a partir deles é possível que as partes apresentem suas perspectivas a fim de convencer o juiz de direito, pois sua tomada de decisão, necessariamente deve se basear nas provas apresentadas e cabendo a este ponderar sobre elas.

A fim de que o princípio constitucional de estabelecimento da justiça seja sempre alcançado. O direito de produção de provas engloba o direito de adequada oportunidade de requerer a sua produção, bem como de participar na sua realização e posteriormente, de discussão das provas colhidas.

Quando se trata de um processo jurisdicional, se faz necessário que haja, também a efetivação de uma determinada tutela por uma das partes, esse fenômeno jurídico deve ser examinado sem que haja detrimento ao princípio do contraditório. Esta pesquisa dedica-se ao

⁷ Ferreira Filho (2008, p. 23) estipula que o Estado que está submetido ao Direito em sua configuração básica deve ser atribuído de três grandes princípios: o princípio da legalidade, o princípio da igualdade e o princípio da justiciabilidade.

estudo de um meio de prova atípico, que é definido pelos doutrinadores como “prova por estatística”.

O Estado moderno visa solucionar os conflitos sociais mediante a adoção de um Estado-juiz que é encarregado de aplicação das normas estabelecidas por determinada sociedade. Sendo que o ordenamento jurídico por sua vez, deve ser elaborado por processos atrelados ao próprio Estado e definidos por uma Constituição. Essa concepção básica dos papéis do Estado em grande parte se deve aos trabalhos da corrente “revolucionária” do pensamento seiscentista e setecentista, representada inicialmente por Hobbes, depois Jean-Jacques Rousseau e a teoria do *Contrato Social* bem como Montesquieu (1996) em sua obra *O Espírito das Leis*. O filósofo francês define que “a liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; se um cidadão pudesse fazer tudo o que elas proíbem, não teria mais liberdade, porque os outros também teriam tal poder”.

Este trabalho apresentará breve descrição da perspectiva histórica no desenvolvimento dos direitos fundamentais como recurso vital na descrição de um Estado democrático de Direito, sendo essa etapa de grande valia para o estabelecimento de como as regras vigentes passaram a vigorar no Brasil. Dessa maneira é possível se traçar um paralelo entre o desenvolvimento das noções primitivas de liberdade individual lançadas no contexto do século XVIII e suas implicações na sociedade contemporânea.

Ilwain (1991) define como “constitucionalismo antigo”, certamente a grande fonte de inspiração ao qual o constitucionalismo moderno ainda se molda é a Magna Carta de 1215. Ainda hoje, o mais importante documento do legal inglês, serve como um pacto firmado entre o rei João sem Terra e os barões ingleses, ela oferecia garantias frente a uma monarquia decadente e endividada. A Carta restringe os direitos positivados aos ingleses e não ao homem, portanto não é universal. É notada essa diferença básica no uso da expressão *law of the land* (lei da terra)⁸, desta maneira é feita a distinção notória daqueles que possuem direitos dos que não os possuíam.

Esse documento ainda previa a introdução de direitos fundamentais e a “base das liberdades inglesas” tais como: a liberdade de locomoção que é também chamada de habeas corpus, o direito à posse de propriedade privada, bem como a garantia de não prisão ou perda de bens sem um julgamento. Essas conquistas dos nobres e especialmente da burguesia inglesa,

⁸ No item 39 da Magna Carta está definido: “Nenhum homem livre deve ser preso, ou encarcerado, ou espoliado, ou proscrito, ou exilado, ou de qualquer outra forma arruinado, nem iremos contra ele ou enviaremos contra ele, exceto por julgamento legal de seus pares ou pela lei da terra”

Esse documento ainda previa a introdução de direitos fundamentais e a “base das liberdades inglesas” tais como: a liberdade de locomoção que é também chamada de *habeas corpus*, o direito à posse de propriedade privada, bem como a garantia de não prisão ou perda de bens sem um julgamento. Essas conquistas dos nobres e especialmente da burguesia inglesa, foi importante para o estabelecimento de um Estado mais afastado dos caprichos do rei e muito mais próximo a uma organização previsível e institucionalizada. Conforme define Filho (2007) o *rule of law* “consiste exatamente na sujeição de todos, inclusive das autoridades, ao império do Direito. Equivale, pois ao Estado de Direito como limitação do poder num sistema de direito não escrito”.

Dicey (1961, p. 202-203) prescreve que o *rule of law* possui três pontos distintos: i) ausência de poder arbitrário por parte do governo; ii) igualdade perante a lei e; iii) as regras constitucionais são consequência e não a fonte dos direitos individuais.

Desta maneira o Estado Liberal, também chamado de Estado Liberal de Direito, nada mais é que uma organização político-administrativa que restringe o Poder Político a um Direito Objetivo. Conforme preconiza Montesquieu (1996) “as leis são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas”. A imensurável importância da divisão de poderes é propiciada pelo fato das leis, necessariamente serem escritas de maneira ordinária e universal, o que por sua vez implica que elas sejam simultaneamente concordantes com dois princípios edificantes do Direito: generalidade e impessoalidade.

Conforme define Beccaria (1764) “só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social”. A racionalização dos costumes e introdução de leis positivadas são o primeiro passo para o estabelecimento daquilo que hoje chamamos *garantias de direitos*.

Essas garantias foram positivadas de forma categórica na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)⁹, de 26 de agosto de 1789, este documento teve a importante função de estabelecer um documento escrito de organização e limitação do Poder, isto é, uma Constituição desenvolvida aos moldes daquilo que pregava Montesquieu (2000)¹⁰, ou seja, o Estado de Direito possui uma Constituição que além de moderar os Poderes também oferece garantias aos cidadãos. Essa novidade política recebe de Filho (2008, p. 21) o nome de “Estado constitucional de Direito”.

⁹ Em seu art. 16, define: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos (fundamentais) nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”

¹⁰ Espírito das Leis, Livro XI, cap. 6º

A Declaração se destaca como um dos documentos mais relevantes no constitucionalismo ocidental por servir como um modelo para as constituições escritas até a primeira década do século XX. Ela ainda representa um ponto de ruptura, propondo a adoção de um novo pacto social. Renovando a necessidade de proteção dos direitos do indivíduo contra o governo, além de prever a existência de ao menos dois Poderes estatais: o Poder Legislativo e o Poder Executivo.

Sob essa perspectiva, a Constituição fornece garantias ao indivíduo para que sejam vedadas ações injustas do Estado perante este. Essa limitação do Poder, no campo jurídico estabelece, dentre outras coisas, que haja processos juridicamente validos e justos. Bem como remédios que o Estado deve prover a fim de que as liberdades individuais sejam preservadas a todo custo. As garantias processuais são ferramentas que permitem a instauração dos princípios que regem todo o ordenamento jurídico nacional, ou ainda o espírito da Constituição.

2.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A proteção do indivíduo perante o Estado é uma preocupação que pode ser identificada no cerne dos documentos citados anteriormente, tanto a Carta Magna quanto a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão são categoricamente contratos que tem por objetivos principais assegurar que a pessoa tenha acesso a direitos, e o Poder deve se restringir de solapá-los. Ambas foram criadas em momentos históricos em que havia um monarca com poderes absolutos e que a existência de qualquer indivíduo era ameaçada pelo humor do monarca. Nesse contexto de tensão entre forças antagônicas, os indivíduos adotaram o princípio de separação de Poderes, a partir do qual existe um “sistema de freios e contrapesos”, que permite a existência e garantia desses direitos.

Montesquieu (2000) estabelece o conceito de *poder-função* em sua obra *O Espírito das Leis*, no qual descreve o sistema de freios e contrapesos¹¹ (*checks and balances*). Que consiste no regulamento do poder pelo próprio poder, sendo que cada Poder

¹¹ “Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou mesmo o Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares” (MONTESQUIEU, 1996, p. 167-168).

intrinsecamente é capaz de exercer suas funções autonomamente, porém sua ação é sempre *limitada* pelos outros poderes. Essa visão define a estrutura básica para a sua teoria da *separação dos poderes*, a qual foi concebida com o objetivo de assegurar a liberdade dos indivíduos e efetivar um regime político em vigor.

Essa limitação dos Poderes se torna mais necessária à medida que o Poder Legislativo corriqueiramente age em contrariedade aos anseios da sociedade ou ainda em contradição ao próprio texto constitucional. Sendo que havendo conflito entre uma nova lei a Constituição certamente a nova lei será considerada inconstitucional, uma vez que a constituição é munida de limites tanto formais, quanto materiais (FERREIRA FILHO, 2004). Além disso, é também reconhecido o princípio vedação ao retrocesso, isto é, uma vez estabelecidos, não se admite o retrocesso ou limitação ou diminuição de direitos que já são absorvidos pela sociedade.

Sobre essa ótica de “vigia” de um dos poderes, a durabilidade de uma Constituição está intimamente ligada à sua capacidade de resistir a mudanças que desconfigurem seus princípios fundamentais, bem como no estabelecimento de mecanismos capazes de controlar e rejeitar atos inconstitucionais. Essa capacidade de proteção da Constituição foi idealizada pelo filósofo francês Sieyès, que propôs a adoção de um júri constitucional (*jurie constitutionnaire*) para “julgar as reclamações contra toda a violação da Constituição”. Então em 1799 foi criado no Senado um comitê político para fazer o controle de constitucionalidade, no entanto, esse grupo sempre categoricamente todas as medidas propostas pelo governo de Napoleão Bonaparte.

A iniciativa citada anteriormente no contexto das Revoluções americana e francesa, podem ser consideradas ainda momentos cruciais para o estabelecimento da ordem social preconizada pelo capitalismo. Uma vez que o estabelecimento de um Estado Liberal foi justificado pela ideologia que preconizava a liberdade e os interesses dos individuais. E abstenção de ação estatal sempre que possível.

Portanto o Estado Burguês visa a manutenção do status quo, visto que os grupos que detiveram o Poder estatal além de capital financeiro são os próprios burgueses. Moraes (2014) define que essa perspectiva do Estado Liberal vigorou durante o século XIX, havendo somente um abalo com o advento da Primeira Guerra Mundial.

A partir da grande guerra o liberalismo passou por uma reformulação, causada em grande parte pela transformação econômica das empresas. A concentração de capital e as

rápidas mudanças sociais repercutiram de forma negativa com as massas, que passaram a reivindicar direitos como trabalhistas, previdenciários e sociais (BONAVIDES, 2007).

No contexto daquele período o continente europeu possuía correntes de pensamento paralelas ao capitalismo que em oposição a este, rejeitavam os privilégios de classe. O Estado Social admite o funcionamento do estado de viés capitalista, mas propõe uma revisão do papel do Estado. Segundo Bonavides (2007) reforma seria possível para a superação das enormes desigualdades presentes no Estado Liberal, o que por sua vez reflete na enorme ineficácia no cumprimento das promessas feitas por este Estado. Pois os trabalhadores estavam de fato atuando em condições muito piores do que a promessa que lhes foi feita pela burguesia. E o conflito entre classes estava se agravando.

A proposta do Estado Social visa mediar o conflito entre os detentores de capital e os trabalhadores, oferecendo ao segundo grupo direitos de trabalho, de previdência, de educação, um Estado:

“que intervém na economia como distribuidor, dita o salário, que manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual”. (BONAVIDES, 2007, p. 186)

O Estado Social é por natureza de seus princípios, intervencionista que procura atender as necessidades de seus cidadãos. Em grande parte, ele se inspira no modelo de Estado socialista, embora este não admita a ordem capitalista. A sua implementação está intimamente ligada ao fortalecimento das organizações de trabalhadores que demandavam de seus empregadores e também do Estado, melhores condições de vida.

Quando essas mudanças passam a serem implementadas é iniciado o processo de transição entre o Estado Liberal Burguês para um Estado Social, denominado por alguns autores como Estado do Bem-Estar Social. Moraes (2014) define o Estado Social nascido no século XX como Estado Social Material, criado para atender o clamor das massas e os desafios econômicos daquele tempo.

A Constituição vigente no Brasil, promulgada em 1988, estabelece a divisão do poder em órgãos independentes, prevendo a necessidade de equilíbrio, independência e harmonia entre eles. Admitindo-se a possibilidade de correção nos atos de um Poder pelo outro. Essa adequação reforça a ideia de controle mútuo entre os poderes, implementando os

princípios de separação de poderes. E conforme citado anteriormente, é um documento que representa uma quebra na cadeia de validade da constituição anterior.

É chamada de “cidadã” por conferir de forma enfática os direitos fundamentais de cada cidadão brasileiro sendo o Estado¹² um provedor de recursos, definindo como “dever do Estado” o oferecendo proteção à saúde (art. 196), acesso à educação (art. 205), à cultura (art. 215), ao auxílio ao desempregado (art. 201). Conforme o Título VII - *Da Ordem Econômica e Financeira*, estabelece os princípios gerais da constituição econômica brasileira. O art. 170 define a garantia de “assegurar a existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Estabelecendo fundamentos capitalistas como base da ordem econômica “valorização do trabalho humano” e “livre iniciativa”. Bem os princípios de Bem-Estar Social, em “função social da propriedade” e “redução das desigualdades regionais e sociais”.

É possível se observar que o legislador estabelece que ordem política no país deve ser capitalista, porém o Estado deve atuar para a redução da pobreza e das desigualdades regionais.

Dessa forma, ela adota as conquistas propostas pelo Estado de Bem-Estar Social, embora desde a sua promulgação, até a data de hoje existem muitos direitos que grande parte da sociedade ainda não pode exercer com efetividade, como por exemplo, o acesso à educação de qualidade. Portanto essa Constituição oferece uma promessa que ainda não foi cumprida em sua totalidade.

2.1 O DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA

No contexto das legislações vigentes em território nacional, como Código Civil e Código de Processo Civil, é estabelecido que deve haver concordância entre estes e a Lei Maior (conforme o capítulo 5), havendo sempre a supremacia do texto constitucional. Devido a isto é salutar se considerar que nas definições dos direitos e garantias fundamentais é lapidada a garantia da produção de prova em seu art. 5º, inciso LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Também o inciso LVI do mesmo artigo, assegura ao litigante o acesso à prova como um meio de defesa. Essas prerrogativas oferecem a base do instituto da prova. Esse

¹² Ferreira Filho (2008, p. 68) define que a Constituição brasileira de 1988 “é vista como o representante da sociedade, como a expressão personalizada desta. A seguridade social, por exemplo, é claramente apontada na mesma Constituição de 1988 como responsabilidade da sociedade inteira”.

elemento deve ser amplamente protegido, uma vez que a sua produção livre de interferência é vital ao princípio de estabelecimento da verdade do ocorrido. Segue um breve panorama do tratamento da prova no ordenamento jurídico brasileiro:

O Código Civil em seu Título V do Livro III - *Dos Fatos Jurídicos*, é designado *Da Prova*, entre os arts. 212 ao 232 são restringidas as condições básicas de prova válida diante deste código. Definindo formalmente em seu art. 212, cinco formas de se provar um fato jurídico: i) confissão; ii) documento; iii) testemunha; iv) presunção; e v) perícia.

A apresentação do tratamento da prova no Código de Processo Civil é realizada no capítulo 5 deste trabalho.

No contexto do Código Penal não foram apreciados dispositivos que tratam explicitamente sobre a prova. A não ser no que se refere aos crimes de falsificação de documentos.

O Código de Processo Penal prevê longa lista restritiva deste tema, ao longo do Título Da Prova, do arts. 155 a 250, totalizando 146 artigos.

O Direito do Trabalho, designa entre os arts. 818 a 830 disposições sobre a prova no processo trabalhista.

O regulamento da Previdência Social define no que se refere à justificação administrativa nos arts. 142 a 151 do Decreto nº 3.048/99. A regulação de Seguridade Social inovou no ordenamento jurídico brasileiro ao referendar a prova estatística como válida na Lei Orgânica da Seguridade Social, Lei nº 8.212/91, em seu art. 22, § 3º, determina que:

“o Ministério do Trabalho e da Previdência Social poderá alterar, com base nas estatísticas de acidentes do trabalho, apuradas em inspeção, o enquadramento de empresas para efeito da contribuição a que se refere o inciso II deste artigo, a fim de estimular investimentos em prevenção de acidentes”.

Conforme estabelecido no ordenamento jurídico, o direito à prova pode ser considerado um marco na história do processo, garantidor da efetiva proteção dos direitos e efetividade do processo. Essa expressão se refere a adequada aplicação do mecanismo processual que seja munido de: i) aplicação adequada do direito material aos casos concretos e; ii) realização de fins sociais e políticos a fim de legitimar o exercício da função do poder jurisdicional. Quanto à primeira indicação segundo (CAMBI, 2000), cabe frisar que a Constituição estabelece uma postura teleológica, segundo a qual “o sistema processual no contexto das aspirações sociais e políticas que demandam respostas mais adequadas, céleres e eficientes”.

Sendo demanda do Poder Legislativo criar e aprimorar as leis e ao Poder Judiciário, interpretá-las de acordo com a intenção que o legislador escreveu. Sendo o juiz um instrumento de interpretação da lei, que embora possa colaborar no processo de interpretação dos fatos, não pode atuar de forma interessada no processo, respeitando o princípio da isonomia e equidistância entre as partes.

Assim, o operador do direito deve atuar de maneira sistemática, visando construir amplo e irrestrito ao direito à prova, de maneira em que o processo civil comumente atua segundo uma perspectiva normativista, pautando-se em sobremaneira no ônus da prova. Portanto o jurista deve considerar que no item i referido no parágrafo, engloba as seguintes noções:

A Constituição Federal estabelece em seu art. 5º o *rol* de direitos e deveres individuais e coletivos, no qual estão descritas as garantias básicas que todo cidadão brasileiro tem garantido por lei. Essa sistematização permite a contenção de abuso de poder no emprego dos atos de atores jurídicos, administrativos e legislativos. Assim, o próprio sistema de organização vigente no Brasil de democracia e de Estado de Direito, tem um núcleo essencial¹³, nessas bases constitucionais conforme define o art. 60, da Constituição Federal.

Essa perspectiva processual do inglês *procedural due process*, configura um conjunto de garantias constitucionais que, quando respeitadas permitem que o procedimento processual seja lícito. Como por exemplo as garantias de inafastabilidade da jurisdição (inciso XXXV), do juiz natural (inciso LIII), do devido processo legal (inciso LIV), do contraditório e ampla defesa (inciso LV), da inadmissibilidade das provas ilícitas (inciso LVI), direito ao silêncio, no contexto da não autoincriminação, ou *nemo tenetur se detegere* (inciso LXIII) da razoável duração do processo e celeridade (inciso LXXVII).

A garantia do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, CF) tem sua origem na evolução do sistema jurídico *common law*. Reconhecido como *due process of law* tem papel de primazia nesse ordenamento, estabelecendo que “ninguém pode ser privado da sua vida, liberdade ou patrimônio sem a realização de um processo, em que sejam observadas as fórmulas contidas na lei”. Essa definição é um conceito jurídico indeterminado reconhecido como “princípio fundamental de justiça”, e tem natureza a refletir valores políticos econômicos e sociais de cada geração a ser aplicado (CAMBI, 2000).

¹³ A Constituição Federal de 1988, consagra importante reflexão acerca das garantias de proteção do indivíduo perante o estado, como por exemplo, a proteção da parte acusada (sem prejuízo em sua defesa), garantindo também o direito ao silêncio, e de não apresentação de provas contra si mesmo, o art. 5º caput, preceitua: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

O direito à prova é parte integrante da garantia constitucional da ação (art. 5º, inciso XXXV, da CF), uma vez que a ação é o poder de agir em juízo afim de romper a inércia da jurisdição, para que a tutela sobre um direito material seja exercida (CAMBI, 2000). Na mesma medida o direito à prova é também elemento da garantia constitucional de ampla defesa e contraditório (art. 5º, inciso LV, da CF).

Didier Jr et al. (2014) divide o direito fundamental à prova nas seguintes partes:

a) o direito à adequada oportunidade de requerer provas; b) o direito de produzir provas; c) o direito de participar da produção da prova; d) o direito de manifestar-se sobre a prova produzida; e) o direito ao exame, pelo órgão julgador, da prova produzida.

O segundo aspecto requerido tem caráter instrumental, para que uma tutela justa seja alcançada. Já o direito de ‘participar’ e ‘manifestar-se’ sobre a prova, pode ser definido também como um aspecto da ampla defesa. Uma vez que ela é a resposta necessária à uma ação (bilateralidade da ação). Assim a possibilidade de defesa visa respeitar o princípio constitucional de isonomia, isto é, em um caso prático, para cada alegação que a acusação faça deve ser dada ampla oportunidade de que a defesa se manifeste, essa liberdade configura um contraditório efetivo e equilibrado.

A bilateralidade da ação, bem como seus meios processuais a ela inerentes, constitui uma real necessidade para a igualdade de condições entre as partes. A garantia do contraditório segundo Cambi (2000) está fundada no princípio *audiet alteram partem*, que um aforismo de sabedoria, indicativo de que “um julgamento não pode ser realizado antes da argumentação de ambas as partes.”

Já o Código de Processo Civil de 2015 estabelece que a reafirmação dos princípios constitucionais em toda a sua redação, garantindo a explicitação do acesso à justiça (art. 3º), a solução integral do mérito em razoável período de tempo (art. 4º), contraditório (art. 9º e 10), também consagra a garantia do direito ao silêncio expressamente indicativo no plano penal/processual penal (art. 379). Contudo, desde o seu primeiro artigo o processo civil deve ser “interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição”. Dinamarco *et al.* (2015) denominam “direito processual constitucional” essa reciprocidade entre os fundamentos da Constituição Federal com as diretrizes constitucionais no Código de Processo Civil.

Todo o direito processual, como ramo do direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, o qual fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, garante a distribuição da justiça e a efetividade do direito objetivo,

estabelece alguns princípios processuais; e o direito processual penal chega a ser apontado como direito constitucional aplicado às relações entre autoridade e liberdade.

A Constituição Federal de 1988, fornece múltiplos paradigmas para proteger o direito à prova. A *perspectiva interna* de reconhecimento da prova como um direito fundamental, se baseia nos incisos citados anteriormente do art. 5º. Já sob uma *perspectiva externa* se estabelece que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece, de acordo com a especificação do art. 5º, § 2º, da CF: i) o direito à prova deriva, do art. 8º, § 2º, letra f da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)¹⁴ e; ii) o art. 14.1, do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos. Portanto, a soma das duas perspectivas garante a pacificação da seguinte tutela jurisdicional: *o direito à prova é também um direito fundamental*.

2.2 O SENTIDO DA PROVA

O vocábulo *prova* deriva do latim *probatio*, com o significado de verificação, exame e inspeção. A definição para o termo de Mazzilli (2011) é sucinta e de grande valia para a compreensão do mesmo “para fins processuais, prova são os atos ou os meios dos quais se valem as partes para confirmar os fatos por elas alegados em juízo”. Portanto, a prova marca os atos comprobatórios que fundamentam a comprovação de cada uma das partes perante o aplicador da lei.

Na presente pesquisa, segue a definição doutrinária de autores brasileiros, iniciando-se por Netto (2016):

Examinando o que seria(m) o(s) conceito(s) jurídico(s) de prova (*rectius*, “meio[s] de prova”), concluímos que consiste(m) naqueles meios, definidos pelo Direito ou contidos por compreensão num sistema jurídico (v. arts. 332 e 366), como idôneos a convencer (prova como ‘resultado’) o juiz da ocorrência de determinados fatos, isto é, da verdade de determinados fatos, os quais vieram ao processo em decorrência de atividade, principalmente dos litigantes (prova como ‘atividade’).

Marinoni e Arenhart (2009) de outro modo estipulam que prova “é todo meio retórico, regulado pela lei, dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo”. Portanto, a prova pode ser considerada como instrumento reconhecido com

¹⁴ Convenção Americana sobre Direitos Humanos, promulgada em 6 de novembro de 1992 define em seu art. 8º, § 2º, letra f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;

valor jurídico capaz de convencer o magistrado, mediante estabelecimento da verdade dos fatos. De forma mais abrangente, escreve Silva (1991, p. 275-276) que é possível se estabelecer uma definição acerca da ampla generalidade do tema:

(...) ela [a palavra ‘prova’] pode significar tanto a atividade que os sujeitos do processo realizam para demonstrar a existência dos fatos formadores de seus direitos que haverão de basear a convicção do julgador, quanto ao instrumento por meio do qual essa verificação se faz. No primeiro sentido, diz-se que a parte produziu a prova, para significar que ela, através da exibição de algum elemento indicador da existência do fato que se pretende provar, fez chegar ao juiz certa circunstância capaz de convencê-lo da veracidade de sua afirmação. No segundo sentido, a palavra prova é empregada para significar, não mais a ação de provar, mas o próprio instrumento utilizado, ou o meio com que a prova se faz. (...). Pode-se empregar o mesmo vocábulo prova para significar convencimento que se adquire a respeito da existência de determinado fato. Valendo-nos de nosso exemplo, podemos afirmar que o autor, ou o réu, produziram prova, ou seja, o procedimento probatório de que a parte se valeu, não tenha sido suficiente para convencê-lo da existência do fato probando, de modo que o ângulo do destinatário da prova, que é o juiz, todavia pode suceder que a prova, ou seja, o procedimento que a parte se valeu, não tenha sido suficiente para convencê-lo da existência do fato probando, de modo que o juiz permaneça em dúvida sobre sua existência. Pode-se, neste último caso, dizer que o fato não foi provado, na medida em que o juiz não resulte convencido de sua veracidade ou da veracidade de sua existência. Temos, aqui, o terceiro significado do vocábulo prova em direito judiciário.

Didier Jr (2019) no sentido jurídico, existem três sentidos distintos que o termo ‘prova’ pode se referir: i) no primeiro sentido, indica o ato de provar, isto é, da atividade probatória em si, assim aquele que afirma um fato é incumbido de fundamentar sua veracidade mediante provas, que comprovem sua afirmação; ii) a prova também pode ser referida como um meio de prova segundo o qual é realizada uma atividade específica para a extração de uma prova, como por exemplo, a prova testemunhal, pericial ou documental, etc.; iii) ainda, o termo pode se referir ao resultado dos atos ou meios de prova obtidos, nos casos em que o autor provou fatos alegados na causa de pedir.

Tanto as noções de Netto (2016), Guerra (2016), Didier Jr *et al.* (2014) e Silva (1991) são válidas para a clara definição de que o termo ‘prova’, segundo a própria doutrina brasileira, refere-se simultaneamente a uma atividade, um meio e também um resultado. Embora essas noções gerais não permitam precisar exatamente quais são as práticas, meios e resultados possíveis, seriam aquelas definidas como ‘prova’.

Considerando-se que existe uma clara necessidade de desambiguar o termo em estudo, alguns autores como Guerra (2016) fazem a sugestão do emprego de outras expressões, quando possível, para cada uma das três noções probatórias básicas:

Assim, ‘prova-atividade’ designará a noção de atividade probatória (ambiguamente designada por ‘prova’); ‘prova-meio’ designará a noção de meio probatório (também ambiguamente designada por ‘prova’); e ‘prova-resultado’ designará a noção de resultado (também ambiguamente designada por ‘prova’)

Sob essa perspectiva, de emprego de alguns termos específicos para cada uma das situações, Didier Jr *et al.* (2014) propõe que a definição de tanto prova-atividade quanto prova-meio estão intimamente ligadas ao conceito de prova-resultado. O autor define prova-atividade como “atos” e prova-meio como “meio de prova”. Todavia o autor não oferece uma definição muito precisa da prova-resultado, estipulando apenas que o conceito pode ser empregado para designar o resultado dos atos ou dos meios de prova que foram produzidos. Portanto a prova-atividade e prova-meio são, respectivamente, ligadas ao “intuito” da atividade e do instrumento. Dessa forma, a prova-resultado consiste no “convencimento judicial”.

Silva (1991) emprega a definição de que a prática probatória como a atividade da parte de “fazer chegar ao juiz certa circunstância capaz de convencê-lo da veracidade de sua afirmação”. Assim, a prova-resultado pode ser caracterizada como o resultado proveniente do convencimento do juiz de um ou mais fatos alegados, mediante o emprego de ‘prova’.

Ainda sobre os meios de prova (ou prova-meio conforme define Guerra (2016)), Yarshell (2009) estipula que “são concebidos como instrumentos ou atividades pelos quais os elementos de prova (ou ‘dados probatórios’) são introduzidos e fixados no processo, ou, ainda, como ‘canais de informação’ que se serve o juiz”. Mediante revisão de trabalhos citados anteriormente, é possível se definir que a prova-atividade e a prova-meio estão ligadas em função do tipo de prova-resultado. Já a prova resultado se refere ao convencimento judicial acerca de certos fatos.

2.3 CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROVA

É possível se definir que a prova é, conforme a analogia de Didier Jr *et al.* (2016) uma ponte que liga as partes de qualquer processo litigioso ao Estado-juiz. Em que as demandas apresentadas devem se fundar neste elemento e serão combatidas por contraprovas da outra parte. Cabendo em última instância o apoderamento do juiz de direito para a tomada da melhor decisão.

Ainda que a prova seja uma conquista de direitos positivada na própria Constituição (conforme subseção 4.2.1) é também um direito que todas as partes têm acesso. Cabendo até mesmo ao juiz a possibilidade de provas serem produzidas de ofício por este,

demonstra o art. 370 do Código de Processo Civil: “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”.

A doutrina vigente estabelece que o ônus da prova¹⁵ cabe, ao autor da demanda - com clara exceção ao Código de Defesa do Consumidor. Sendo que deve ser assegurada a possibilidade do réu de comprovar a veracidade de suas alegações sobre a ocorrência de fatos que extinga o direito alegado pelo autor. Essa concepção é reafirmada pelo art. 333, incisos I e II; e paralelamente no art. 373, incisos I e II, do referido código. Todavia, essa concepção de alguma forma não considera um aspecto de grande relevância no estabelecimento da lógica dos fatos apresentados. Que as partes, inclusive o juiz, podem participar conjuntamente a fim de trazer certezas sobre as ocorrências alegadas.

Segue alegoria criada por Segundo (2016), partindo da premissa de que as afirmações do autor devem ser apresentadas ao juiz, e sendo este responsável por uma decisão que admitiria três tipos de considerações sobre sua veracidade, isto é, que se admite apenas respostas possíveis quanto ao grau de veracidade das alegações dos fatos. Num cenário hipotético que separa fatos alegados como “verdadeiro” depois de que haja elementos que contribuem a esta convicção, “em dúvida” antes que sejam apresentados elementos conclusivos quanto a sua veracidade e “falsa” caso não haja convicção por parte do juiz.

Seria apropriado se considerar que ao autor recairia o ônus probatório consistente a suas alegações. Por sua vez, o juiz de direito deve considerar toda e qualquer prova como “em dúvida” até que sejam utilizadas com maior certeza sobre a veracidade das afirmações alegadas. E uma vez que essa certeza seja estabelecida, o julgador iria automaticamente classificá-las como “verdadeiro”.

Essa transação de grau de veracidade do fato apresentado acarreta na possibilidade de combate por parte do réu. A iniciativa de lidar com o ônus probatório seria invertida, cabendo a este demonstrar outros fatos de eficácia extintiva, modificativa ou impeditiva do direito alegado pelo autor. Isto é, a partir do momento que um fato alegado é apontado como “verdadeiro”, cabe ao réu apresentar em juízo a sua versão dos fatos, não havendo mais a possibilidade de rejeição daquilo que foi estabelecido como “verdadeiro”.

É certo que a apresentação teórica apresentada nos três parágrafos anteriores não corresponde a uma prática processual aplicável, embora aparentemente sejam logicamente

¹⁵ “Ônus é o encargo cuja inobservância pode colocar o sujeito numa situação de desvantagem. Não é um dever e, por isso mesmo, não se pode exigir o seu cumprimento. Normalmente, o sujeito a quem se impõe o ônus tem interesse em observá-lo, justamente para evitar essa situação de desvantagem que pode advir da sua inobservância” (DIDIER JR et al., 2016, p. 110).

válidas. Uma vez que o estabelecimento da verdade e a prova estão diretamente ligados, havendo sempre a necessidade de se reconhecer que a verdade é relativa e subjetiva.

Uma vez que a cognição humana é limitada, com isso a verificação da veracidade de afirmações não é uma capacidade absoluta. O que implica que embora seja possível se definir que uma alegação seja verdadeira, em muitos casos a certeza sobre a veracidade não tem veracidade em si mesma.

Tomando como exemplo o desaparecimento de um navio pesqueiro em alto-mar. Se não se sabe a sua localização, se afundou, ou se foi sequestrado ou se atracou em alguma praia distante. Caso tenha afundado, não se sabe se a sua causa foi um problema de ordem mecânica, falha humana, acidente com outra embarcação. Diante da incerteza da situação não é possível afirmar que “o barco afundou devido a sabotagem de algum tripulante” muito menos que “um barco pirata sequestrou o navio”. Ambas as frases não podem estar corretas simultaneamente.

Ao lidar com a situação do desaparecimento, seja de uma embarcação ou uma pessoa, é possível compreender o quanto é limitado o conhecimento humano, sendo que a imaginação é um fator que atua constantemente na dinâmica de acreditar ou não em algo. Diante da situação do navio desaparecido, poucas afirmações são possíveis, em um cenário de absoluta incerteza, pois se trata de um evento passado¹⁶.

Podendo ser empregadas diferentes estratégias gerais de compreensão da situação. A primeira delas seria a negação de toda e qualquer possibilidade admissível, como as suposições descritas anteriormente, que podem ser sumariamente descartadas. A segunda estratégia seria a crença em todas as possibilidades que não sejam impossíveis, pois mais inverossímeis que possam parecer. Configurando essa segunda estratégia no oposto da primeira.

Obviamente ambas estratégias descritas estão fadadas ao fracasso. No entanto é possível se adotar uma terceira abordagem, baseada no exercício mental de reconstrução interna da realidade ao seu redor, essa abordagem é chamada de falibilista.

Essa estratégia permite o autoquestionamento como um recurso que deve ser utilizado para o estabelecimento de uma fundamentação para a certeza, isto é, o falibilismo, propõe que as teses sejam submetidas a questionamentos quanto a sua falseabilidade por meio da observação e de experimentos. Ao se retornar à alegoria de anterior sobre a categoria da

¹⁶ Didier Jr et al. (2016) estabelecem que “a prova, portanto, dificilmente servirá para reconstituir um evento pretérito; não se pode voltar no tempo. Com base nessas premissas é que se costuma dizer que o processo não se presta à busca da verdade, sobretudo porque a verdade real é inatingível, que está além da justiça, bem como porque há outros valores que orientam o processo, como a segurança e a efetividade: o processo precisa acabar”

veracidade da prova, consoante o autor de uma demanda é também encarregado de arcar com o ônus da prova. Entretanto, não é possível se sentenciar com ‘certeza absoluta’ a respeito dos fatos afirmados. Sendo apenas possível se acreditar com ‘certeza razoável’, se assim entendida uma fundamentação probatória. “Veja-se que ao apresentar razões e provas para que se ponha em dúvida a afirmação feita pelo autor, o réu não estará, necessariamente, tratando de fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito desse mesmo autor” (SEGUNDO, 2016).

Portanto, para que os fatos do autor tenham maior credibilidade no concurso do processo, cabe a este a responsabilidade de exhibir elementos comprobatórios que consubstanciam sua afirmação. E o réu, por sua vez, pode demonstrar que a ocorrência de cada um dos fatos elencados não representa a realidade dos fatos. Por exemplo, a apresentação de uma testemunha que alega ter visto o réu em determinado local em determinada hora pode ser questionada pelo réu, ao afirmar que a testemunha de fato, estava sem óculos no momento em que alega ter visto o réu. Portanto não seria possível confiar nesse testemunho. Assim sendo, a busca pela verdade é um processo dinâmico em que as partes apresentam diferentes perspectivas sobre os fatos narrados, e disputam entre si qual deve ser a verdade que prevalecerá ao término do processo.

A partir da análise do termo prova é possível se definir que os estudiosos como Didier Jr *et al.* (2014), Guerra (2016), Lopes (2002) e Netto (2016) consideram válidas as seguintes interpretações: i) a própria atividade probatória; ii) o fato em si apresentado; iii) o procedimento para se obter o meio de prova; iv) o meio de prova; v) o resultado em si do procedimento, gerando assim consequente convicção ao magistrado.

Devido ao fato de alguns autores empregam diferentes terminologias para o mesmo significado, segue a definição dos termos empregada nesta pesquisa:

Quadro 1 – Síntese dos tipos de prova

Autor		Descrição
Guerra (2016)	Didier Jr <i>et al.</i> (2014)	
Prova-atividade	Ato	Voltada à obtenção da prova-resultado
Prova-meio	Meios de prova	Instrumento utilizado para a obtenção da prova-resultado
Prova-resultado	Resultado	Convencimento judicial acerca dos fatos

Fonte: Autoria própria (2022)

Conforme visto no Quadro 1, a prova-resultado é um conceito de primordial importância para a compreensão mais aprofundada da disciplina da Teoria da Prova. Embora a expressão “convencimento acerca de fatos” por si só ainda é genérica e suscetível a diferentes interpretações, isto é, um determinado elemento que pode ser considerado como uma prova-resultado pode ser embasado em uma justificativa de maior ou menor confiabilidade, ou até mesmo que a convicção seja falsa ou verdadeira.

Na mesma medida se pode afirmar que o “convencimento” do juiz que busca ser alcançado na prova-resultado, omite da situação quem age para que este objetivo ocorra. São as partes que convencem o juiz, ou o convencimento é de natureza individual do julgador? Certamente que ao ser convencido, este sujeito passa a acreditar em algo, todavia essa crença quando provocada por outro sujeito é de fato um resultado de uma ação ou o juiz “se convence” mediante reflexão autônoma independente da influência de terceiros?

3. A PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Tanto Dinamarco *et al.* (2015) e Didier Jr *et al.* (2014) empregam o termo constitucionalização do Direito Processual para se referir à incorporação dos princípios fundamentais estabelecidos na Constituição. Também a doutrina examina as normas processuais infraconstitucionais “como concretizadoras das disposições constitucionais, valendo-se, para tanto, do repertório teórico desenvolvido pelos constitucionalistas” (DIDIER JR, 2019).

Não por acaso logo no art. 1º do Código de Processo Civil, está redigido: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na *Carta Maior*, observando-se as disposições deste Código”. Portanto o legislador deste Código defende que haja harmonia com a Constituição, o que visa garantir a chamada força normativa da Constituição Federal. Seguindo essa perspectiva normativa se constata que o ordenamento jurídico brasileiro deve sempre ser embasado no texto constitucional e nos princípios por ela definidos. O Código de Processo Civil ainda regula as disposições gerais da prova judicial, e explicita a garantia constitucional da ampla defesa no art. 369:

As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Os meios legais, são necessariamente lícitos, produzidos em conformidade com a lei. Os meios de provas não previstos em leis podem ser usados pelas partes, havendo somente restrições para aquelas provenientes de origem expressamente vedada. A Lei Maior nega a possibilidade de inclusão nos processos de provas obtidas por meios ilícitos, nesse sentido, o art. 5º, inciso LVI, da CF dispõe: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Constituem, por exemplo, provas ilícitas aquelas 13 obtidas com violação do domicílio (art. 5º, inciso XI, da CF); as colhidas mediante tortura ou maus-tratos (art. 5º, inciso III, da CF); que violem o sigilo das comunicações (art. 5º, inciso XII, da CF); não podem ser utilizadas pois infringem as normas e princípios colocados pela Constituição. Também há provas que ofendam direitos fundamentais como a intimidade, a honra ou à privacidade, por exemplo (art. 5º, incisos X e XII, da CF).

O Capítulo XII - *Das Provas*, da Parte 1, o Código de Processo Civil, disciplina a temática processual de produção de provas dentro do procedimento comum, aplicando-se, no que couber, aos procedimentos especiais e demais casos específicos.

Uma das conclusões extraídas da análise desse capítulo é a divisão entre típicas e atípicas conforme definidas na seção 2.3.1. Típicas são as expressamente nomeadas e disciplinadas no Código de Processo Civil, i) a ata notarial (art. 384); ii) o depoimento pessoal (art. 385); iii) a confissão (art. 389); iv) a exibição de documentos ou coisa (art. 396); v) o documento (art. 405); vi) a testemunha (art. 442); vii) a perícia (art. 464); e viii) a inspeção judicial (art. 481).

Por sua vez, as atípicas são aquelas que não constam de maneira expressa ou taxativa no código, mas que podem ser admitidas em juízo, contanto que sejam lícitas. A existência, bem como admissibilidade, encontra-se prevista no art. 332: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

Tratam-se, os arts. 332 e 369 acima colecionador de expressões do princípio da atipicidade da prova. Cabendo a tal espécie de prova demonstrar a verdade das situações e fatos apresentados no pedido ou na defesa, sendo elemento legítimo a fundamentar a convicção do magistrado, destinatário de tal prova.

Importante apontar a relevância desta previsão, uma vez que dá densidade a princípios como a primazia do julgamento do mérito, a boa-fé processual e cooperação entre

as partes. A título de exemplo, o Código de Processo Civil de 1939, limitava a possibilidade de utilização de provas ‘estranhas’ ao código processual, apenas aquelas “espécies de prova reconhecidas nas leis civis e comerciais”

3.1 MEIOS E FONTES DE PROVA

A prova de um fato alegado requer que meios adequados sejam apresentados. No entanto, os meios de prova empregados para se provar um fato alegado podem ser distintos, variando de acordo com a natureza do fato. Portanto, é aceitável que um mesmo fato apresentado em juízo seja comprovado por provas de estrutura divergente, desde que respeitem os preceitos de idoneidade jurisdicional, isto é, a prova, seja ela típica ou atípica, desde que não seja considerada nula ou inadmissível, devem ser aceitas nos autos.

Considerando uma prova válida, cabe a reflexão sobre sua característica fundamental, diferenciar os meios das fontes de prova: os meios se referem ao método empregado para a captura de uma prova em seu ponto de origem (isto é, sua fonte). Já as fontes de provas podem ser pessoas, coisas e fenômenos. Os meios de prova são, por exemplo, depoimentos de testemunhas, de peritos, documentos etc. (DIDIER JR *et al.*, 2014).

Alguns autores definem que não é possível se diferenciar o meio e fonte de prova, quando se estuda as provas indiretas, pois as “indiretas são aquelas provas por meio das quais o juiz tem acesso ao fato que se quer provar a partir da percepção de outro fato, que o representa” (CARNELUTTI, apud DIDIER JR *et al.*, 2014). Isto é, quando não se dirige ao próprio fato probando, mas, por raciocínio que se desenvolve até uma conclusão lógica não é verificável distinção entre os termos.

É importante saber diferenciar as provas típicas e atípicas conforme determina o ordenamento jurídico brasileiro. Segundo Didier Jr *et al.* (2014) às fontes de prova podem ser classificadas nas seguintes categorias:

- a) há as fontes de prova em sentido estrito, assim entendidos os “fatos que servem para a dedução do fato a provar e que estão constituídos pela representação deste”, ou seja, os fatos representativos que demonstram diretamente a ocorrência de outro fato (o fato representado ou fato probando); (...)
- b) há ainda as fontes de presunção, assim entendidos os “fato que servem para a dedução do fato a provar e que não estão constituídos pela representação deste”, isto é, os fatos secundários ou circunstanciais que apenas indiretamente apontam para a possível ocorrência de um outro fato (o fato representado ou o fato probando)

Sendo assim, os meios de prova podem ser compreendidos como os mecanismos utilizados para a obtenção de provas desta fonte. E as fontes de prova são os atores que

proporcionam as provas, isto é, são as pessoas, os lugares, os objetos, os documentos etc. que são empregados pelos meios de prova para extração dos fatos.

Santos (1949) estabelece: “a prova dos fatos faz-se por meios pelo direito considerados idôneos para fixá-los no processo. [...] a convicção do juiz quanto à existência dos fatos (prova no sentido subjetivo) deverá basear-se em provas juridicamente admissíveis”.

Assim os fatos podem ser demonstrados nos processos mediante o emprego de provas. Elas devem ser apresentadas pelo emprego direito dos meios de prova, desde que sejam idôneos e lícitos.

3.2 MEIOS DE PROVAS TÍPICAS E ATÍPICAS

São meios de prova atípicos, por exemplo, a prova estatística, a prova por amostragem (sobre o tema, ver subitem abaixo, no item sobre presunções judiciais), a prova cibernética e a reconstituição de fatos. São provas atípicas (inominadas), pois, com elas, se busca “a obtenção de conhecimentos sobre fatos por formas diversas daquela prevista na lei para as provas chamadas típicas”.

A existência, bem como admissibilidade, encontra-se prevista no art. 332: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

Tratam-se, os arts. 332 e 369 acima colecionados de expressões do princípio da atipicidade da prova. Cabendo a tal espécie de prova demonstrar a verdade das situações e fatos apresentados no pedido ou na defesa, sendo elemento legítimo a fundamentar a convicção do magistrado, destinatário de tal prova.

A ausência de disciplina legislativa quando a forma de produção exige que o juiz atende, de modo ainda mais diligente, para os princípios que norteiam o direito probatório, sobretudo o princípio do contraditório (DIDIER JR et al., 2014) Segundo Neves (2010) a convicção dos elementos elencados nos autos deve ser embasada segundo uma base legal bem definida:

Vigora no direito brasileiro a regra de que não existe em lei rol restritivo dos meios de prova, sendo essa conclusão fundamentada no exposto texto do art. 369 do Novo CPC. Os meios de prova previstos no diploma processual são meramente exemplificativos, admitindo-se que outros meios não previstos também sejam considerados, desde que não contrariem a norma legal. Trata-se da chamada prova atípica, sendo indicados como exemplos: prova emprestada, constatações realizadas pelo oficial de justiça, inquirição de testemunhas técnicas (*expert witness*), declaração escrita de terceiro, e ata notarial.

Ao se debruçar sobre a temática, Wambier (2007) esclarece que existem os meios atípicos de prova, isto é, meios que, embora não expressamente disciplinados na lei, permitem ao juiz a constatação da existência ou inexistência dos fatos”. Verifica-se a possibilidade de utilização dos chamados meios atípicos para a formação da convicção do magistrado quanto à verdade dos fatos apresentados pelas partes.

Na mesma linha, Lopes (2002, p. 95) escreve “que as partes poderão valer-se de quaisquer instrumentos ou expedientes moralmente legítimos, ainda que não previstos expressamente na lei”. Fica evidente, portanto, que a legislação não limita a produção de provas aos meios típicos, ou seja, expressamente previstos. As partes poderão se utilizar de quaisquer meios de prova, desde que moralmente legítimos.

Didier Jr et al. (2014) apresenta como exemplo de meios atípicos de prova: “a prova estatística, a prova por amostragem [...], a prova cibernética e a reconstituição dos fatos”, conforme definido nos objetivos desta pesquisa, o a prova por amostragem é o objetivo principal deste estudo. Lopes (2002) estipula os meios de prova atípicos “as perícias informais, a ata notorial, as declarações de terceiros, as declarações de terceiros, o comportamento das partes no processo e fora dele, e, em certo sentido, as presunções e os indícios”. O autor estipula que existe a primazia do princípio do contraditório ao se tratar das provas atípicas.

A especial atenção dedicada pela doutrina às provas atípicas justifica-se à luz da moderna concepção do princípio do contraditório, que não se exaure no binômio informação-reação, mas inclui o direito à prova, assim entendido: a) o direito de indicar os meios pertinentes para demonstrar a existência dos fatos alegados; b) o direito de produzir efetivamente as provas pertinentes e adequadas ao caso; c) o direito de demonstrar que as provas produzidas pelo adversário não são concludentes ou idôneas; d) o direito à valoração da prova segundo critérios técnicos admitidos pelo sistema.

Importante frisar que a restrição à utilização da prova ilícita, feita tanto pela Constituição Federal como pelo Código de Processo Civil, justifica-se por traçar uma barreira de proteção aos direitos fundamentais previstos na Constituição, trazendo segurança aos jurisdicionados, impedindo que o processo, ao invés de ser um espaço de tutela direitos, transforme-se em uma arena de violação dos mesmos.

3.3 COMO OS JUÍZES DECIDEM

O Princípio da Substitutividade é um elemento constitutivo e definidor do Poder Judiciário, isso porque é através dele que o Estado exerce a Jurisdição. Didier define este

princípio como sendo uma “técnica de solução de conflitos por heterocomposição, um terceiro substitui a vontade das partes e determina a solução do problema apresentado.”.

Para Chiovenda, o exercício da jurisdição é o que diferencia o Poder Judiciário dos outros Poderes: “exercendo a jurisdição, o Estado substitui, com uma atividade sua, as atividades daqueles que estão envolvidos no conflito trazido à apreciação. Não cumpre a nenhuma das partes interessadas dizer definitivamente se a razão está com ele própria ou com outro; nem pode, senão excepcionalmente, quem tem uma pretensão invadir a esfera jurídica alheia para satisfazer-se”

Em Dinamarco et al. (2015) tem-se que definem o Poder Judiciário como o exercício de:

“uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre por meio do processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada)”

Pois bem, se é pacífico que cabe ao Poder Judiciário a missão de dizer a “última palavra”, em um exercício do princípio da substitutividade da vontade das partes, pela “vontade da justiça”.

A forma ou os critérios utilizados neste processo despertam inúmeras questões e debates, decidindo os processos. Contudo, essa tarefa não é algo “automático” ou natural, a decisão judicial é um processo humano, o qual pode ser influenciado por questões filosóficas, políticas, psicológicas e de diversas outras ordens.

Maveety (2003) adota o conceito de comportamento judicial para definir o objeto de estudo que visa investigar quais razões motivam e quais os processos cognitivos implicados no ato de decidir um caso jurídico.

Tumonis apresenta uma série de questionamentos a respeito do processo cognitivo dos juízes ao analisar um processo e elaborar uma decisão, a dúvida apresentada é sobre o quanto do processo decisório dialoga com a legislação e o quanto é influenciado (ou não) por questões não-jurídicas.

quanto da tomada de decisão judicial depende do raciocínio jurídico? Ou talvez a equação de que a tomada de decisão judicial é composta apenas de fatos e regras jurídicas seja apenas uma ilusão? E se, em vez de usar regras legais para decidir seus casos, os juízes usarem essas regras para justificar suas decisões e não para chegar a

elas? E se, em vez de usar apenas regras legais estatutárias, os juízes muitas vezes confiam em princípios políticos não encontrados em livros de direito?

É interessante observar que mais do que indagar, as perguntas ganham força de hipóteses, as quais Tumonis busca comprová-las através da inserção de suas reflexões no embate entre as teorias formalistas e realistas.

Essas teorias, em apertada síntese, utilizando-se de Frank, colocam de um lado os realistas, os quais afirmam que as regras previstas na lei, o direito positivado, não seria o único elemento que determina como os casos são julgados. Por sua vez, os formalistas, limitam o processo de decisão a lei e o raciocínio lógico aplicado sob esta lei, excluem, dessa forma, questões de ordem subjetivas dos magistrados, bem como quaisquer elementos externos.

Em seu livro “Como os juízes pensam” (*How judges think*) Richard Posner propõe três modelos de comportamento judicial, os quais explicariam os padrões de comportamento dos magistrados ao decidirem um processo: jurídico, atitudinal e estratégico.

A perspectiva jurídica estaria relacionada com a uma abordagem normativa, mediante a qual o comportamento judicial está delimitado unicamente pelo Direito.

Já na teoria atitudinal, compreende-se que os juízes aplicam em suas decisões as suas preferências político-ideológicas, e não só juridicamente, mas “considerando os fatos do caso à luz das suas atitudes e valores ideológicos” (SEGAL e SPAETH, 1993, p.72): ou seja, a decisão judicial seria a manifestação da visão política do julgador, não uma política partidária, mas a manifestação de suas convicções de política ideológica.

Por fim, a teoria estratégica sugere que o julgador, além de levar em consideração a sua preferência política, adotará determinadas estratégias, decidindo de maneira a alcançar os seus objetivos.

De acordo com essa perspectiva, o magistrado avalia, por exemplo, quanto a probabilidade de sua decisão ser revertida em segunda instância ou nos Tribunais superiores, a repercussão pública ou social da decisão, sua reputação e prestígio, a possibilidade de ser promovido, bem como evitar penalidades ou questionamentos com os órgãos corregedores.

Friedman, sugere uma subdivisão da perspectiva normativa: a normativa e a positivista. Sendo que a perspectiva normativa, às decisões judiciais levariam em conta a análise dos fatos e ordenamento jurídico, excluindo-se assim qualquer interferência das visões pessoais do julgador. Por sua vez, na perspectiva positivista, os juízes podem decidir de acordo com a sua própria ideologia ou satisfazendo a pressão de atores políticos, mas levando em consideração o direito posto.

Joseph Hutcheson, que foi magistrado, afirmou que os juízes os juízes inicialmente tomam uma decisão – com base em suas intuições, convicções ou preferências – e, com a certeza do que decidiram, recorrem ao Direito para justificar sua escolha no caso concreto, revestindo a sua percepção de uma fundamentação jurídica.

Hutcheson entende que os magistrados parte do “hunch” (palpite) para chegar à verdade dos fatos, usando sua intuição, seu palpite para sopesar as provas e manifestações das partes. Nas palavras do autor, hunch é “aquele lampejo intuitivo de compreensão que faz o salto conectivo entre a questão e a decisão e, nos pontos mais sombrios para os passos judiciais, lança luz por todo o caminho”

Segundo este raciocínio, os juízes primeiro tomam uma decisão – se valem de suas intuições e só então recorrem às leis ou à jurisprudência para procurar uma justificação.

4. BREVES CONCEITOS SOBRE A CIÊNCIA ESTATÍSTICA E DA PROBABILIDADE

O ramo da probabilidade e estatística são partes da matemática que se aplicam ao estudo de eventos aleatórios, o que inclui a análise e interpretação das chances de acontecimentos no mundo real de um determinado resultado antes mesmo de seu acontecimento, dados determinados parâmetros conhecidos. A teoria da probabilidade foi originada no século XVII, como uma ferramenta útil no estudo de apostas, e atualmente é amplamente difundida e utilizada no campo das ciências sociais e naturais.

A partir de 1654, o conceito matemático de *chance* pode ser identificado nas correspondências trocadas entre os matemáticos franceses Pierre de Fermat e Blaise Pascal. Ambos utilizavam esse termo para se referir a chance no contexto de um problema relativo a apostas, ou acontecimentos randômicos, como é o caso da primeira questão matemática de grande relevância a ser resolvida por Pascal: *o problema dos pontos*. Supondo que dois jogadores, aos quais faltam A e B pontos, respectivamente, decidem interromper o jogo. Como as apostas devem ser divididas? A solução de Pascal é de grande elegância matemática, apresentando a seguinte conjectura: supondo que o primeiro jogador que obter 3 pontos vence a aposta em que cada participante depositou 32 moedas de ouro.

Tanto Fermat e Pascal propuseram diferentes soluções para este problema. Em sua metodologia para a solução da situação, ambos fizeram a definição de conjunto de casos iguais ou simétricos, para então chegar a uma resposta adequada a desafio proposto.

Fermat em sua resposta empregou os termos chances, ou probabilidades. Caso o jogador A tenha vencido duas partidas e o jogador B apenas uma partida, na medida que a rodada seguinte pode ser definidora, isto é, caso o A chegue a sua terceira vitória na quarta rodada ele teria direito a receber todas as 64 moedas; em contrapartida, caso este perdesse B empataria em número de pontos. De qualquer forma é possível se estabelecer que no cenário inicial A tem a garantia de conquista de 32 moedas caso fosse derrotado na próxima, mas poderia vir a ganhar mais moedas. Considerando o caso de um jogo justo e com chances iguais, e com a interrupção do jogo diante de um placar de 2 x 1, ambos deveriam dividir as 32 moedas restantes. Dessa forma A receberia 48 (32 + 16) moedas e B 16. Outra situação em que A tenha ganho duas partidas e B nenhuma, a mesma lógica pode ser empregada, sendo nesse caso possível se estabelecer que. Caso o jogador A vença a próxima rodada ele deve

levar as 64 moedas, e caso contrário ele levaria 48 moedas. Portanto, o primeiro tem o direito assegurado a receber 48 moedas, enquanto que o segundo receberá as 16 restantes.

Já a solução de Pascal foi baseada em uma quantidade chamada “expectativa”. Supondo que B vencesse o próximo round. Nesse caso tanto A quanto B estariam em igualdade de condições a vencer, pois ambos teriam vencido dois jogos, e deveriam receber 32 moedas cada. Ao se considerar que cada rodada possui em disputa 32 moedas, cada jogador tem a expectativa de ganhar 16. Portanto, sendo o jogo interrompido A deve receber um prêmio de $32 + 16$, ou 48 e B somente 16.

Os jogos de chance eram extremamente difundidos na Europa naquele período, embora não houvesse claramente uma crença na utilidade do estudo matemático em situações em que havia necessariamente o conceito de sorte, como o jogar de dados, ou a chance de determinada carta a ser retirada de um deck ser de determinado naipe, sempre foram considerados em segundo plano. Pois o resultado desses fenômenos estava intimamente ligado ao conceito de sorte. Ambas as soluções são corretas e embora tenham apresentações diferentes, chegam a um mesmo resultado prático em qualquer dos casos.

4.1 RISCOS E EXPECTATIVAS

O termo probabilidade foi usado inicialmente por Pascal, e ao longo do século XVIII, ao ser aplicado em contextos diferentes das apostas e do contexto de jogos, passando a ser amplamente difundido na matemática utilizada por bancos e por seguradoras.

A probabilidade por sua vez está intimamente ligada com questões de leis e trocas voluntárias. Chance e risco, em contratos aleatórios, fornecem uma justificativa para o emprego da ferramenta de oferecimento de empréstimos a juros, evitando o cometimento da proibição Católica contra o pecado da usura. Aqueles que emprestavam o dinheiro, como investidores, possuíam riscos e, portanto, mereciam receber em troca também parte dos lucros. Por essa razão, ideias de chance começaram a ser incorporadas aos conceitos utilizados nos bancos e nos seguros marítimos.

Em uma de suas obras de maiores relevâncias chamada Pensamentos, Pascal decide dedicar sua vida ao cristianismo e escreve uma aposta, em um diálogo sobre a existência de Deus. Por se tratar de uma das figuras mais marcantes da matemática, Pascal tinha uma mente bastante voltada para os conceitos da probabilidade matemática. E a partir de suas confabulações ele estabelece o seguinte raciocínio: i) se acreditar em Deus e estiver certo, terei um ganho infinito; ii) se acreditar em Deus e estiver errado, terei uma perda finita;

iii) se não acreditar em Deus e estiver certo, terei um ganho finito; iv) se não acreditar em Deus e estiver errado, terei uma perda infinita. Em relação a grande importância dessa questão para o autor, era possível se estabelecer uma racionalidade para essa questão segundo a qual mesmo que haja uma remota probabilidade, a expectativa de uma gratificação infinita em caso de uma aposta bem sucedida. Assim, para um enorme benefício é necessário apenas um pequeno sacrifício, considerando a brevidade da vida na terra em comparação com uma recompensa na eternidade.

“Deus existe ou não existe; mas para qual lado nos inclinaremos? A razão aí nada pode determinar. Um caos infinito nos separa. Um jogo é jogado em que nossa decisão, cara ou coroa, irá decidir nosso destino ao infinito. De que lado você deseja apostar” (PASCAL, 2021).

A ligação entre o conceito de chance e religião esteve presente na vida de Pascal, o que não lhe permitiu que atuasse no ramo do estudo de apostas.

No contexto de apostas de um jogo de azar, segundo Stewart (1991), embora nem todas as técnicas utilizadas tenham embasamento científico, os melhores jogadores sabem que qualquer jogo possui padrões que podem ser utilizados a favor do jogador. Uma vez que a regularidade destes padrões é um fenômeno certo, embora haja imprevisibilidade em uma determinada rodada. Por exemplo, no contexto do jogo de 21 (ou blackjack) a chance de um jogador ganhar é de aproximadamente 50%, portanto, a probabilidade de perder 10 rodadas seguidas é de 0,2%.

Ainda no jogo de cara e coroa. Se uma moeda for lançada 1000 vezes a tendência natural é de que em 500 vezes a moeda caia em cada face. Existe a possibilidade de que essa quantidade não seja reproduzida em determinado experimento, entretanto isso nada mais é do que o erro percentual.

A partir de reflexão dos matemáticos, foi estabelecido que não é necessário se jogar uma moeda mil vezes para que se descubra que a porcentagem de cada resultado deve estar aproximada aos 50%. Na mesma medida, se for o caso de retirar uma carta qualquer de um baralho completo, as chances de se retirar exatamente uma carta de naipe espadas é de aproximadamente 25%, uma vez que o baralho de cartas possui 4 diferentes naipes.

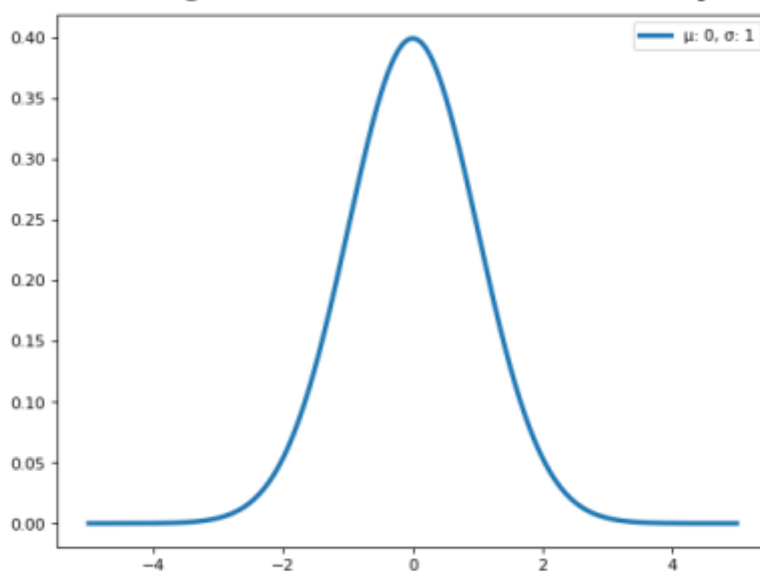
4.2 PROBABILIDADE E A CURVA NORMAL

O desenvolvimento da estratégia de Pascal de resolução de problemas de chance acabou se popularizando ao longo do tempo. E foi empregado, por exemplo, pelo matemático

holandês Christiaan Huygens, em seu tratado sobre a teoria das probabilidades. “Sobre o raciocínio em jogos de azar” de 1657. Huygens se recusava a definir igualdade de chances como uma presunção de um jogo justo, optando por utilizar um conceito mais simples que era aquilo que ele definiu como contrato justo, isto é, é necessário que haja um contrato justo que por sua vez, implica na igualdade de expectativas, que serve como base fundamental para o cálculo que probabilidade.

Para Stewart (1991) a forma como é possível se representar tanto os conhecimentos das ciências exatas quanto as sociais é mediante a aplicação da estatística. E muito essa ciência, por sua vez, emprega uma forma de representação das diferentes probabilidades: a distribuição normal. Segue a Figura 1 que mostra uma curva normal.

Figura 1 – Abrangência dos dados em uma distribuição normal



Fonte: Autoria Própria (2022)

A distribuição normal, também conhecida como distribuição gaussiana, em homenagem ao matemático alemão Carl Guass, que foi o primeiro a descrevê-la, pode ser utilizada para representar a soma de efeitos independentes (ou efeitos não correlacionados), e sua distribuição normal sem que haja fatores que alterem as probabilidades envolvidas. De forma geral, o teorema afirma que as médias de amostras de observações de variáveis aleatórias independentemente tiras de distribuições independentes convergem em distribuição para distribuição normal.

Uma distribuição normal perfeita apresenta tanto a média, quanto a moda e a mediana no mesmo ponto (que é o pico da curva).

A distribuição normal é determinada por dois parâmetros: a média (μ) e a variância (σ^2). A distribuição normal com média 0 e desvio padrão 1 é chamada de

distribuição normal padrão (Figura 1). A distribuição normal é de grande importância na distribuição probabilística pois reflete os dados como são encontrados na natureza e também nas ciências sociais.

Essa distribuição de um conjunto de dados estatísticos (população) permite a exposição de quais são os resultados possíveis de variação, bem como a frequência em que ocorrem. A ampla maioria das distribuições normais tendem a possuírem resultados que se agrupam perto da média, e a caudas são assintóticas, o que significa que elas se aproximam, mas nunca atingem o horizonte (ou seja, o eixo x).

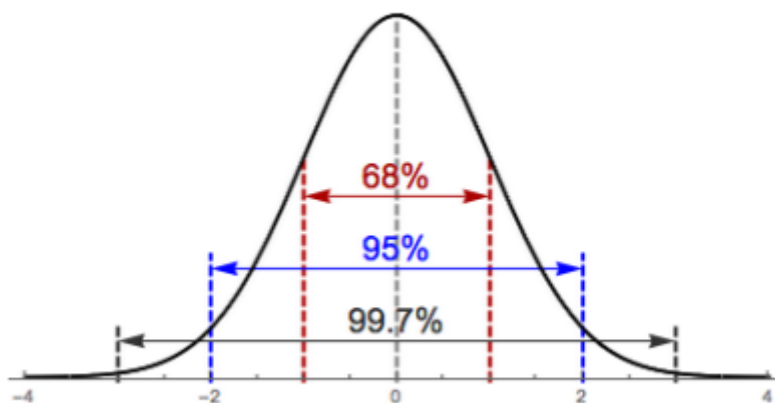
Por exemplo, se 100 indivíduos forem selecionados para a realização de avaliações, quaisquer que sejam a sua natureza, como medidas do corpo humano, peso, altura, pressão arterial; ou diferenças sociais, como número de irmãos, salário, distância da casa ao trabalho, é esperado que os resultados sejam refletidos em uma distribuição normal.

Estabeleceu-se Gonçalves (2007, p. 5)

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. 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 de um modo geral.

Uma regra empírica da estatística permite que os pesquisadores determinem a proporção de valores que estão dentro de certas distâncias da média. A regra empírica é em muitas vezes referida como a regra de três sigma ou 68 – 95 – 99,7. Conforme demonstra a Figura 2.

Figura 2 – Regra empírica da distribuição normal



Fonte: Autooria Própria (2022)

No caso da Figura 2 é possível se identificar que: 1 desvio da média abrange 68% dos dados; 2 desvios abrangem 95% dos dados e; 3 desvios da média abrangem 99,7% dos dados. Por “desvio da média” se considera o desvio padrão (σ), da média.

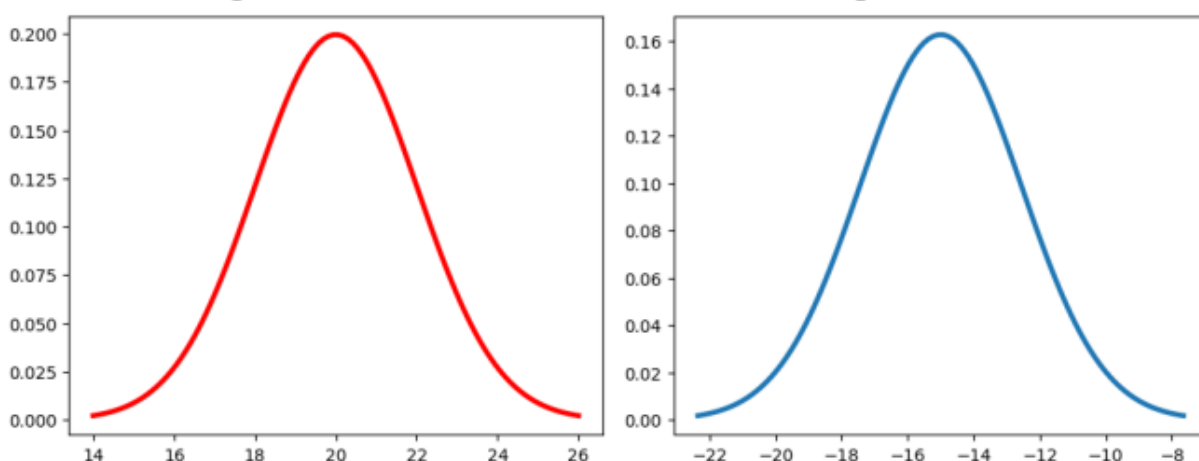
Assim, 68% dos dados estariam inclusos dentro do primeiro desvio padrão a partir da média, ou seja, existem 68% de chances de randomicamente selecionar um elemento que se encontra entre -1 e $+1$ desvio padrão da média. Se os dados estiverem de acordo com a distribuição normal eles podem ser convertidos para uma distribuição normal padrão. De acordo com essa regra empírica, é possível se calcular a probabilidade de randomicamente obter um determinado valor da distribuição normal.

Conforme citado anteriormente, a distribuição normal possui dois parâmetros, a média (μ), que define o ponto central e a variância ($\sigma^2 > 0$), que descreve o grau de dispersão. Esse grau de dispersão é denominado desvio padrão (σ). Portanto, os elementos introdutórios da estatística são os parâmetros que podem ser alterados nos casos práticos, isto é, quando se possui uma determinada população pesquisada, como por exemplo, i) o peso dos moradores de um bairro; ou ii) a idade dos frequentadores de uma sala de cinema.

É possível se definir que o resultado será uma curva normal semelhante a curva vermelha observada na Figura 3. Essa curva representa uma distribuição normal com os seguintes parâmetros $\mu = 20$, $\sigma^2 = 4$ ou ($\sigma = 2$).

Ao lado direito desta curva, está disposta uma outra distribuição normal, curva azul que possui os seguintes parâmetros $\mu = -15$, $\sigma^2 = 6$ ou ($\sigma = 2,449$).

Figura 3 – Duas curvas normais com diferentes parâmetros

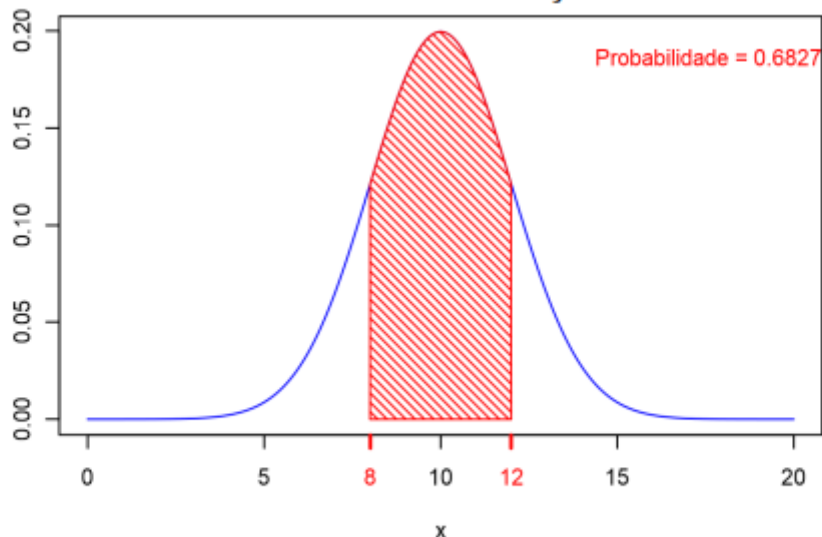


Fonte: Autoria própria (2022)

Dadas as distribuições conforme determinam a Figura 3, é possível se calcular as probabilidades de que um elemento seja distribuído entre dois pontos quaisquer entre o

intervalo $[a, b]$ destas curvas. Essa probabilidade é calculada mediante a cálculo da área sob a curva neste intervalo entre a e b . Para uma distribuição normal com os seguintes parâmetros: média $\mu = 10$ e $\sigma^2 = 4$ (ou $\sigma = 2$), é possível se calcular as seguintes probabilidades, conforme demonstra a Figura 4.

Figura 4 – Área sob a curva normal da distribuição normal no intervalo [8, 12]



Fonte: Adaptado de Zibetti (2022)

Portanto, a probabilidade entre os valores de x no intervalo $[8, 12]$ corresponde à 0,6827, isto é, existe 68% de chance de um elemento randomicamente selecionado estar entre os pontos 8 e 12.

4.3 A PROVA ESTATÍSTICA NO PROCESSO

A prova estatística é uma espécie pertencente ao gênero prova, a qual tem como característica diferenciadora basear-se nos elementos da Ciência Estatística. É nesse sentido que Aranhart a define como “uma particular modalidade de prova científica, em que o método estatístico é empregado para, a partir da avaliação de um universo de elementos – inteiramente ou por amostragem – extrair conclusões que possam servir como argumentos de prova no processo civil”.

Retomando a classificação discutida no tópico de “Meios de prova típicas e atípicas”, por interpretação ao contrário sensu, é possível concluir que a prova estatística é verdadeira prova atípica, haja visto não estar expressamente prevista ou disciplinada em nenhuma legislação ou codificação.

Deve-se considerá-la como atípica afastando, por outro lado, qualquer eventual classificação como prova ilegal ou como elemento estranho ao tema. Ao reforçar a viabilidade do uso da prova atípica, o professor Lopes (2002, p. 716) explica que é necessário superar a ideia do princípio do contraditório como restrito ao binômio “informação-reação”, consistindo no exercício da prova como um verdadeiro direito.

Ao defender a utilização dessa modalidade de prova, Vitorelli parte da constatação de que, em termos lógico, a principal diferença epistemológica da prova estatística para outras modalidades de prova, não está no fato de que a primeira se funda em probabilidades e as outras em elementos ‘certos’ e ‘verdadeiros’, mas sim em uma noção equivocada da avaliação probabilística do que é prova.

o que se percebe é que o elemento de probabilidade, presente em análises estatísticas, também integra, subliminarmente, todas as provas tradicionalmente aceitas no processo, mesmo aquelas reputadas científicas. Quando se avançam para outros elementos de prova, como documentos ou testemunhas, esse componente probabilístico é ainda mais intenso. Supõe-se que a testemunha não mente, bem como que o documento é verdadeiro, o que pode até ser provável, à luz das circunstâncias, mas nunca será certo, ao menos não quando se toma certeza no sentido de inexistência de possibilidades de outro resultado (VITORELLI, 2020).

Observa-se que o elemento de probabilidade, presente em análises estatísticas, também integra, subliminarmente, todas as provas tradicionalmente aceitas no processo, mesmo aquelas reputadas científicas. Quando se avança para outros elementos de prova, como documentos ou testemunhas, esse componente probabilístico é ainda mais intenso. Supõe-se que a testemunha não mente, bem como que o documento é verdadeiro, o que pode até ser provável, à luz das circunstâncias, mas nunca será certo, ao menos não quando se toma certeza no sentido de inexistência de possibilidades de outro resultado.

4.4 EXEMPLOS DE LEGISLAÇÃO e CASOS INTERNACIONAIS

Diferente do Brasil, onde a prova estatística não encontra nenhuma positivação sólida e com pouca densidade doutrinária, o estado da arte em outros países é muito mais receptivo.

Nos Estados Unidos o documento *Manual for Complex Litigation*, produzido pelo Centro Judicial Federal. É um compilado de técnicas e procedimentos utilizados para resolver litígios de enorme complexidade, descrevendo mecanismos de resolução de demandas complexas sem a perda das proteções oferecidas pelo sistema de justiça contraditório.

Este documento registra as orientações a serem seguidas pelos magistrados daquele país no tocante às provas estatísticas. Segue a orientação apresentada no documento no item 11.493:

“Os métodos estatísticos muitas vezes podem estimar, com níveis especificados de precisão, as características de uma “população” ou “universo” de eventos, transações, atitudes ou opiniões, observando essas características em um segmento relativamente pequeno, ou amostra, da população. Técnicas de amostragem aceitáveis, em vez de descoberta e apresentação de dados volumosos de toda a população, podem economizar tempo e despesas substanciais e, em alguns casos, fornecer o único meio praticável de coletar e apresentar dados relevantes. Em um caso, por exemplo, um especialista estatístico perfilou as reivindicações de danos compensatórios dos membros da classe para auxiliar o júri na fixação do valor dos danos punitivos. A escolha dos métodos de amostragem apropriados dependerá do objetivo. Existe uma diferença entre amostragem para gerar dados sobre uma população os dados serão verificados ou declarados verdadeiros e amostragem, como pesquisa, para medir opiniões, atitudes e ações de uma população. No caso do primeiro, o a confiabilidade e a validade das estimativas sobre a população derivadas da amostragem são críticas.” (tradução nossa) (US COURTS, 2004).

O referido documento ainda estabelece que os métodos de amostragem devem ser empregados de acordo com os padrões estatísticos válidos. Essa normatização é necessária pois, um levantamento estatístico que não seja feito em conformidade com os padrões bem estabelecidos pode resultar em diagnósticos discrepantes com a realidade.

Um dos casos paradigmáticos da prova estatística nos Estados Unidos foi o julgamento de *Castaneda v. Partida* (1977), no qual a Suprema Corte norte-americana considerou que um réu de ascendência mexicano-americana, indiciado em um condado que os mexicanos-americanos representavam a maioria da população, deveriam estar representados na composição do júri.

Em março de 1972, Rodrigo Partida foi condenado pelo condado de Hidalgo, Texas pelo júri, respondendo ao crime de arrombamento de residência à noite com intenção de estupro. Hidalgo é uma cidade localizada no sul do estado do Texas, nas proximidades com o México. O acusado tinha ascendência mexicana-americana, e foi condenado à prisão por oito anos.

Partida contestou a condenação, requisitando um novo julgamento alegando discriminação racial na composição dos jurados. Pela comparação das estatísticas provenientes do *census* do condado de Hidalgo de 1970 com os jurados de seu júri, ele demonstrou que, embora 79,1% dos 181.535 residentes do condado tivessem sobrenome espanhol, de 1962 a 1972 a porcentagem média de mexicanos-americanos nos júris naquele condado era de apenas 39%. Sua defesa demonstrou ainda que durante o período de dois anos e meio em que o juiz que selecionou seu júri esteve no comando, essa quantidade variou para

apenas 45,5%. Finalmente, a Partida identificou que dos possíveis candidatos selecionados para seu júri, apenas 50% eram mexicanos-americanos.

Partida entrou com uma ação *prima facie* de discriminação racial (*equal protection clause*) contra o júri. Esse protesto foi negado e então foi feita nova apelação. Em seguida a sua derrota na corte do Texas, Partida peticionou a corte distrital por um *habeas corpus*, desafiando a constitucionalidade de sua condenação e por negação de seu direito a um processo legal (*due process grounds*). A corte distrital negou o pedido de Partida, alegando que a maioria dos juízes e comissários do grande júri, e uma grande porcentagem do júri dos últimos dez anos eram de origem mexicana-americana, bem como o juiz que nomeou os jurados e três dos cinco comissários eram de mesma origem.

dos ao longo do período de onze anos, 339, ou 39%, eram de sobrenome espanhol. E no período de dois anos e meio o qual o juiz distrital que empossou o júri que indiciou o réu estava no comando, o percentual médio foi de 45,5%. Na lista da qual foi selecionado o grande júri que indicou o réu, 50% eram de sobrenome espanhol. O último conjunto de dados que o entrevistado apresentou, novamente do censo de 1970, ilustrou uma série de maneiras pelas quais os mexicanos-americanos tendem a ser desprivilegiados, incluindo em renda média, nível de pobreza, empregos menos desejáveis, moradia precária e baixos índices de educação.

Todavia, o caso chegou à Suprema Corte dos Estados Unidos que reiteradamente reconheceu a alegação de relevância nas estatísticas apresentadas pela defesa. E reconhecendo que de fato, este caso se trata de discriminação racial. Escrevendo uma decisão majoritária, Justice Blackmun dedicou grande parte da opinião na análise estatística apresentada por Partida. A Corte decidiu que não era necessário que o condado de Hidalgo provesse razões que justificassem a disparidade entre o componente racial do júri para a sociedade daquele condado.

Uma vez que essa situação tem natureza puramente discriminatória, a corte considerou que do número de 79% da população mexicana-americana, ao menos 65% da população deveria estar disponível para atender como júri. Esse número era "significativamente diferente quando comparado com o índice de 39% de representação no corpo do júri em um período de 11 anos". Continuando nesse raciocínio, a Corte conclui que: "Se for assumido que apenas 65% dos possíveis jurados, então após cálculos é possível se determinar que a chance de não haver discriminação seria menor do que 1 em 10⁵⁰" (COMMONS, 1977).

Ainda nos Estados Unidos, o caso *Griggs v. Duke Power Co* teve outro caso que ganhou notoriedade por tratar a relação existente entre racismo comprovando por meio de estatísticas. Nesta ocasião, a prestadora de serviços, Duke Power Co. contratava para seu departamento mais subordinados somente negros, no início da década de 60. Contudo, com a aprovação do *Civil Rights Act*, em 1964, essa conduta passou a ser ilícita. Para se adequar a nova legislação, que vedava a discriminação, a empresa passou a selecionar seus empregados e definir os setores que eles trabalhariam mediante o resultado de um teste escrito, além de exigir a formação completa escolar (equivalente ao ensino médio).

A medida adotada pela empresa foi alvo de uma ação judicial que visou comprovar que a medida era diretamente voltada para manter a mesma divisão racial, existente antes do período da proibição ao racismo direto. A Suprema Corte dos Estados Unidos concordou com os números que provam que, com base no nível de escolaridade e oportunidade de aprendizado, as pessoas negras tinham muita desvantagem em relação às pessoas brancas, o que representaria uma segregação injustificada e de difícil superação.

A União Europeia, mais especificamente por meio do Conselho da União Europeia, adota diretivas que expressamente admitem o uso da prova estatística, principalmente na apreciação de fatos dos quais se pode deduzir que houve discriminação direta ou indireta, prevendo que nestes casos, frente a dificuldade probatória, deve se admitir, segundo o art. 15 Directivas 2000/43/CE e 2000/78/CE “quaisquer meios de prova, incluindo os estatísticos”.

5. FORMAS DE PRODUÇÃO

A falta de uma previsão técnica da forma de produção da prova estatística não significa uma limitação e nem mesmo vedação ao seu uso. Tanto porque, como já discutido neste trabalho, é pacífica a aceitação de provas atípicas, sendo que a interpretação extensiva e analógica com a forma de produção de outras provas típicas dá conta de estabelecer parâmetros que garantam o respeito aos princípios e garantias processuais e constitucionais.

Contudo, é possível ainda, para tanto recorrer, novamente, ao *Manual for Complex Litigation* afim de apreender como “dados estatísticos” transformam-se em prova dentro de um processo. O manual aponta como fatores que devem ser observados pelo

magistrado: a) se a população foi adequadamente escolhida e definida; b) se a amostra eleita é representativa da população; c) se as informações colhidas foram corretamente descritas; e d) se as informações foram analisadas de acordo com os princípios estatísticos admitidos.

Quando as chamadas “pesquisa de opinião por amostragem” se considera, segundo o Manual, que a prova só demonstra a percepção pública a respeito de algo. Além dos fatores já citados, recomenda-se que o magistrado avalie se: a) se as questões foram respondidas de forma clara e espontânea; b) se a pesquisa foi conduzida por agentes qualificados, que seguiram as regras devidas para o procedimento de entrevista; c) se o processo foi conduzido de forma objetiva, ou seja, se a pesquisa foi realizada antes do litígio e por pessoas ligadas às partes ou por pessoas cientes da finalidade do litígio.

Em definição mais sucinta, mas ainda bastante significativa para o debate em relação a processualística brasileira, Arenhart (2019) classifica as espécies de prova estatística a partir, basicamente, de dois critérios: a) origem: se derivam apenas de declarações verbais, ou decorrem da observação, medição ou contagem do universo a ser pesquisado); e b) o percentual: quanto do grupo estudado foi efetivamente examinado, o a representatividade deste percentual. (se o exame se refere a todos os membros do grupo, ou apenas a parte dele

5.1 PROBLEMAS E DESAFIOS DA PROVA ESTATÍSTICA

Ao analisar as principais críticas direcionadas a utilização em um processo ou ainda sobre a capacidade dessa espécie preencher o requisito da “além da dúvida razoável”, Arenhart (2019) aponta para o fato de que a probabilidade se refere ao futuro, sobre a potencialidade de algo poderá ocorrer no futuro. Essa característica, na visão dos críticos, impediria a utilização da prova estatística para julgar um processo, o qual sempre se refere ao passado.

Se é fato que a probabilidade se dirige-se, em essência, para o futuro, não é correto que nada tenha de dizer sobre o passado, haja visto ela basear-se em dados concretos e objetivos do passado, os quais transformaram-se em dados por repetição, repetição esta que, por consequência lógica, tende-se a reproduzir, caso a relação causa-consequência seja mantida.

Outra questão, seria sobre o fato de que estatística se refere a coletividade ou a um número expressivo de repetição de um determinado eventual, sendo, nessa lógica, inapropriado sua utilização em uma lide individual.

De fato, como aliás evidencia-se pelo próprio título do ensaio de Arenhart (2019) “A prova estatística e sua utilidade em litígios complexos” a prova estatística ganha relevância em demandas macro, especialmente em questões envolvendo direitos difusos, coletivos ou transindividuais.

Contudo, tal relação não ocorre porque essa espécie de prova só ‘serviria’ para essas demandas, ao contrário, devido à complexidade das demandas coletivas e das incidências dos direitos em jogo, provas tradicionais comumente não responde de maneira adequada ou completa as questões em jogo.

É, nesse sentido, que aponta as já citadas diretrizes do Conselho Europeu ao eleger o uso das provas estatísticas em demandas envolvendo casos de racismo, na mesma linha caminha Vitorelli (2020), ao dizer que as estatísticas protagonizam um papel central no debate quanto a discriminação, a exemplo, da discriminação racial ou de gênero, afirmando que em muitos casos “a demonstração da discriminação enquanto política institucional é possível apenas estatisticamente”.

Contudo, há inúmeras situações da utilização da prova estatística em litígio individuais. Arenhart (2019) e Vitorelli (2020) apontam a pacífica e rotineira utilização do exame de paternidade através do DNA, o qual, por mais que produza certeza de 99,99%, ainda se trata de probabilidade. Vitorelli (2020) ainda discute a ampla aceitação das impressões digitais, as quais, novamente, tratam de probabilidade.

Outra questão a ser enfrentada pela prova estatística é o senso comum de que os números dizem aquilo que queremos que eles digam. Por exemplo, recente pesquisa Centro de Estudos de Segurança Pública e Cidadania (Cesec) revelou que 63% das abordagens policiais na cidade do Rio de Janeiro tiveram como alvo pessoas negras.

Em reportagem do canal G1, sobre a pesquisa da Cesec, a socióloga Silvia Ramos, o caráter racista como centro da atividade policial do estado do Rio de Janeiro. Por sua vez, a Polícia Militar respondeu que não há um “recorte racial” na abordagem policial, seguindo protocolos rígidos e padronizados.

Por óbvio, há um dado dessa natureza não seria avaliado única e exclusivamente com a análise de um número. Observar-se-ia aqui, os parâmetros e procedimentos sobre a natureza desta pesquisa, sua metodologia, nível de representatividade e comparação com outras pesquisas.

Contudo, a comparação entre a interpretação feita pela socióloga Silvia e a nota da PM revela uma questão que sempre estará presente na análise da prova estatística, que é a

inferência. Um dado ou um conjunto de dados sempre precisam ser analisados no seu contexto e, a partir disso, chegar a uma conclusão.

Por mais que pareça um excesso de subjetivismo, o processo de inferência, ele é natural e intrínseco a todo o processo decisório, seja qual for a prova.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cultivo de prova é um direito constitucional que deve ser preservado e, assim como as disciplinas processuais, necessita refletir as mudanças da sociedade. À medida que a coletividade avança na garantia do estabelecimento de um litígio justo é importante que haja a possibilidade de introduzir melhorias para que o objetivo dos processos – estabelecimento da verdade – seja atingido de forma mais eficiente. Nesse contexto, a prova estatística é uma ferramenta que tem necessita ser melhor estruturada no ordenamento jurídico nacional.

Esta pesquisa elencou o tema da prova em alguns dos principais Códigos brasileiros, como o civil, processo civil, penal, processo penal, previdenciário e trabalho. E em todos eles este a noção geral de prova, mas a prova estatística somente é definida no contexto previdenciário, conforme denota a Lei Orgânica da Seguridade Social, Lei nº 8.212/91, em seu art. 22, § 3º, que reconhece a admissão de prova estatística como válida.

É certo ainda que a prova estatística, por apresentar concomitantemente com o resultado também a margem de erro exige precauções, exemplo é sua utilização no processo penal, uma vez que a condenação baseada em apurações estatísticas não necessariamente configura uma via adequada aos preceitos constitucionais de presunção de inocência e direito a um julgamento justo.

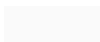
Qualquer que seja a prova utilizada no contexto de um processo, necessariamente implica crença do juiz de direito quanto a sua validade e o peso que esse elemento possui na formação de sua convicção quanto à realidade dos fatos. Portanto, a prova estatística possui como característica básica a apresentação de índices de confiança que podem afastar aqueles mais leigos sobre estatísticas quanto a sua adoção.

Essa pesquisa teve como intuito tratar do tema sob uma perspectiva investigativa sobre o papel do direito à produção da prova como direito fundamental do cidadão, uma breve reflexão de como os juízes decidem e as interfaces que a prova estatística estabelece entre esses dois campos.

O uso da prova estatística como elemento de potencial garantidor de direitos pode ser apreendido seja pelos exemplos de sua utilização em outros países, seja pela sua natureza científica.

As reflexões desenvolvidas neste trabalho, nos levam a compreensão de que é preciso amadurecer a reflexão doutrinária a respeito dessa temática, a fim de superar as

dúvidas e questionamentos, bem como proporcionar à sociedade brasileira, os benefícios e potencialidades da prova estatística.



REFERÊNCIAS

- ARENHART, S. C. A prova estatística e sua utilidade em litígios complexos. **Revista Direito e Praxis**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 661–677, 2019. Acesso em: 12 abr. 2022.
- BECCARIA, C. **Dos Delitos e das Penas**. Ed. Ridendo Castigat Mores, 1764.
- BONAVIDES, P. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CAMBI, E. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CARNELUTTI, F. **A prova civil**. [S.l.: s.n.]. 83 p.
- CASTANEDA V. PARTIDA. US Supreme Court. 430, U.S. 482: Supreme Court, 1977.
- COMMONS, C. L. Grand Jury Discrimination. **Journal of Criminal Law and Criminology**. V. 68, n 4, p. 533-542. Disponível em: <
<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=6041&context=jclc>>. Acesso em: 25 mai. 2022.
- DICEY, A. V. **Introduction to the study of the law of the constitution**. London: MacMillan, 1961.
- DIDIER JR, F. **Curso de direito processual civil**: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo do conhecimento. 21. ed. Salvador: Ed. Jus Podivim, 2019. v. 1.
- DIDIER JR, F.; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Ed. Jus Podivim, 2014.
- DINAMARCO, C. R.; LOPES, B. V. C.; IVAHY, G. H. R. **Teoria geral do processo**. 31. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2015.
- FILHO, M. G. F. **Estado de Direito e Constituição**. São Paulo: Editora Saraiva. 2004.
- _____. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Editora Saraiva. 2008.
- _____. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**: o estado da questão no início do século xxi, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro São Paulo: Editora Saraiva. 2009.
- FUX, L. **Curso de direito processual civil**. Atualizado de acordo com as Leis nº 10.352/2001, 10.358/2001, e 10.444/2002. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- GONÇALVES, A. D. Estatística - Teoria e Aplicações. 2007. Disponível em: Acesso em: 03 abr. 2022.
- GUERRA, M. L. **Sobre as noções probatórias básicas**. In: DIDIER JR, F. (Ed.). Novo CPC doutrina selecionada. 2. ed. Salvador: Ed. Jus Podvim, 2016, (1, v. 3). cap. 3, p. 145–227.
- LOPES, J. B. **A prova no direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MARTINS, R. M. Teoria dos princípios e função jurisdicional. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 135–164, 2018. Acesso em: 12 abr. 2022.

- MAZZILLI, H. N. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 24. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.
- MONTESQUIEU, C. de S. **O espírito das leis**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- NETTO, J. M. de A. A. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Ed. Jus Podvim, 2016. v. 2.
- MORAES, R. Q. A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 51, nº 204, out./dez. 2014, p. 269-285. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p269.pdf>. Acesso em 12 mai. 2022.
- MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo I. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- NEVES, D. A. A. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Ed. Método, 2010. 401-402 p.
- NOJIRI, S. **Decisão judicial**. 2017. Tomo Teoria Geral e Filosofia do Direito, Edição 1, abril de 2017. Acesso 24 abr. 2022.
- SANTOS, M. A. **Prova judiciária no cível e no comercial**. São Paulo: Max Limonad, 1949.
- SCHWARTZ, B. **The great rights of mankind**: A History of the American Bill of Rights. Nova Iorque, Oxford Univ. Press, 1977. P. 82.
- SILVA, O. B. da. **Curso de Processo Civil**. 24. ed. Porto Alegre: [s.n.], 1991. v. 2.
- WAMBIER, L. R. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1. 408 p.
- STJ, Agravo de Instrumento: 0812460-77.2018.4.05.0000. Relator: Desembargador Federal Rubens de Mendonça Canuto Neto. DJ: 23/11/2021. **JusBrasil**, 2021. Disponível em: <<https://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1339413319/agravo-de-instrumento-ai-8124607720184050000>> Acesso em: 20 mai. 2022.
- YARSHELL, F. L. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009. 33 p.

