



**BELLWETHER TRIALS À BRASILEIRA? ESTATÍSTICAS, DANOS EM  
MASSA, DEFINIÇÃO POR AMOSTRAGEM DE CATEGORIAS  
INDENIZATÓRIAS E O ART. 69, §2º, VI, DO CPC<sup>1</sup>**

***BRAZILIAN BELLWETHER TRIALS? STATISTICS, MASS DAMAGE,  
SAMPLING COMPENSATORY GRIDS AND ARTICLE 69, §2º, VI, CPC***

*Bruno Dantas<sup>2</sup>  
Caio Victor Ribeiro dos Santos<sup>3</sup>*

**RESUMO:** Este trabalho tem o objetivo de demonstrar como, no sistema processual brasileiro, seria possível se valer da previsão normativa do art. 69, §2º, VI, do Código de Processo Civil para, a partir de inferências estatísticas, viabilizar uma otimização da quantificação dos danos sofridos por vítimas de eventos danosos que provoquem lesões repetitivas em dimensões fáticas variadas. O trabalho desenvolve-se por revisão bibliográfica e adota o método hipotético-dedutivo, chegando à conclusão de que seria possível reproduzir no sistema brasileiro algo semelhante aos *bellwether trials* mediante um procedimento que se desenvolveria em três etapas: (i) reunião das ações indenizatórias que apresentam repetitividade fática variada em um único juízo, (ii) julgamento por amostragem de algumas dessas ações, permitindo a identificação de categorias de danos diferentes e a atribuição de faixas indenizatórias adequadas para cada uma delas, que serão determinadas a partir de uma ampla instrução probatória dos casos colhidos como amostras da população, (iii) alocação das demais causas dentro de um dos “grids” indenizatórios fixados, atribuindo-lhes, como indenização, o valor médio das amostras que a categoria de dano obteve. No fim, faz-se a sugestão de um procedimento, *lege lata*, que se assemelha aos *Bellwether trials* do sistema processual estadunidense.

**PALAVRAS-CHAVE:** Centralização de processos; resolução de questões de fato; indenização em danos de massa; bellwether trials; art. 69, §2, VI do CPC.

**ABSTRACT:** This paper has the purpose of demonstrating how to use article 69, §2, VI, of the Brazilian Civil Procedure Code to enable the use of statistical inferences and allow an optimization of the quantification of damages suffered by victims of harmful events that cause multiple injuries with significant disparities among individuals. The work is developed through a bibliographical review and adopts the hypothetical-deductive method, reaching the conclusion that it would be possible to reproduce in the Brazilian system something similar to the bellwether trials through a procedure that would be developed in

<sup>1</sup> Artigo recebido em 07/12/2022 e aprovado em 17/03/2023.

<sup>2</sup> Pós-Doutor em Direito pela UERJ. Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Pesquisador visitante na Benjamin N. Cardozo School of Law (Nova York, EUA), no Max Planck Institute for Regulatory Procedural Law (Luxemburgo) e no Institute de Recherche Juridique da Universidade, Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Professor Titular do Mestrado e Doutorado em Direito da UNINOVE. Professor Associado do Mestrado e Doutorado em Direito da Regulação da FGV-Direito Rio. Professor-Adjunto da Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da UERJ. Ministro do Tribunal de Contas da União (TCU). Brasília/DF. Brasil. E-mail: dantasbruno@outlook.com

<sup>3</sup> Doutor e Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-graduado em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP). Professor da pós-graduação lato sensu da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio de Janeiro. Assessor de Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Brasília/DF.



three stages: (i) consolidation of tort suits that which presents injuries with significant disparities among individuals in a single judge or court, (ii) sampling adjudication of some of these suits, allowing the identification of different categories of damages and individual compensation suited to each of them, which should be determined from a full-blown of the cases chosen as samples, and (iii) allocation of the pending suits within one of those compensation grids, assigning them, as awards, the average value reached in the adjudication of the sample suits for that specific category of damages. At the end, a *lege lata* procedure is suggested, which resembles the Bellwether trials of the US procedural system.

**KEYWORDS:** Consolidation; issues of fact; mass damage compensation; bellwether trials; article 69, §2, VI, Brazilian Civil Procedure Code.

## 1. INTRODUÇÃO

Como resolver com eficiência centenas ou milhares de ações indenizatórias, oriundas de uma mesma circunstância fática (como, v.g., um desastre ambiental ou aéreo, o uso de um fármaco defeituoso, a exposição a uma substância química), em que cada vítima tenha sofrido lesões de valor considerável em dimensões distintas das demais?

O filme *Worth*, dirigido por Max Borenstein e Sara Colangelo, retrata os bastidores do modelo de compensação (*September 11th Compensation Fund*) instituído pelo Congresso Nacional dos Estados Unidos para indenização das milhares de vítimas do atentado terrorista de 11 de setembro de 2001 ao *World Trade Center*.

Logo no início do filme, há uma passagem interessante de um professor – que representa Kenneth Feinberg – lecionando sobre responsabilidade civil a alunos de um curso de direito, e explicando que, no direito, diferentemente da filosofia, o valor da vida precisa se encaminhar para a obtenção de um número concreto, um valor pecuniário.

“*Quanto vale a vida?*” É a pergunta que Feinberg faz aos seus alunos, engajando-os em uma difícil e ainda inacabada discussão sobre qual o valor indenizatório justo que o direito deve atribuir à violação a certos bens jurídicos em determinados contextos.

O valor de um bem da vida – seja ele a própria vida, a saúde ou a dignidade – é questão que projeta filósofos e juristas em rotas investigativas com rumos completamente diversos. No direito, todavia, ela exige que se precise uma cifra justa e uma resposta em tempo razoável. Essa questão, se já é tormentosa em um litígio individual pela inevitável dificuldade de precificar bens tão preciosos – daí a expressão de Frank Ackerman e Liza



Heinzerling, “*pricing the priceless*”<sup>4</sup> – se torna ainda mais dura em litígios cuja complexidade, dimensão e repetitividade, nos conduzem a cogitar da utilização de prova por estatística para precificar o dano, de modo a compatibilizar o direito da vítima a uma indenização justa com os recursos finitos do sistema de justiça para a prestação jurisdicional, evitando a necessidade de se examinar, uma a uma, a fim de se chegar ao resultado desejado, as milhares, ou milhões, de lesões individuais.

Juntos, esses dois elementos (precificação de bens jurídicos sensíveis e ausência de demonstração de uma causalidade direta), colocam a prova estatística numa posição difícil, ou no mínimo curiosa, dentro do processo civil: a fim de estimar a dimensão do dano, a técnica pode dispensar a necessidade de comprovação individualizada de cada caso – cujo exame particular, caso a caso, a depender do espectro lesivo do evento, pode inviabilizar a atividade judicial –, no entanto, ela jamais será tão exata quanto a produção probatória individual tradicional, condicionada à demonstração direta e individualizada do dano, o que pode expor o causador do dano a condenações altas, estatisticamente mais aproximadas da extensão real do dano, mas que, provavelmente, seriam menores se tivesse sido adotada a forma tradicional de se comprovar o dano no processo judicial.

Essas circunstâncias podem levantar dúvidas quanto à legalidade e constitucionalidade da utilização da prova por estatística no processo civil, o que, apesar da relevância do tema, não são questões examinadas neste trabalho.

Este trabalho tem o objetivo de apresentar o pensamento de Frederick Schauer a respeito da utilização de prova por estatística no processo judicial e demonstrar como, no sistema processual brasileiro, seria possível se valer da previsão normativa do art. 69, §2º, VI, do Código de Processo Civil para, a partir de inferências estatísticas, viabilizar uma otimização da quantificação dos danos sofridos por vítimas de eventos danosos que provoquem lesões repetitivas em dimensões fáticas variadas.

Para tanto, adotamos os seguintes passos: (i) apresentamos o pensamento de Frederick Schauer a respeito da utilização de prova por estatística no processo judicial; (ii) demonstramos como os EUA já utilizaram inferências estatísticas para otimizar a

---

<sup>4</sup> ACKERMAN, Frank; HEINZERLING, Liza. *Pricing the priceless: Cost-Benefit Analysis of Environmental Protection*. University of Pennsylvania Law Review 15-(5): 1553-1584, May 2002.



definição do valor dos prejuízos sofridos por vítimas de eventos danosos que provocam lesões repetitivas em dimensões fáticas variadas (*bellwether trials*); (iii) tecemos considerações de devido processo legal que autorizariam a utilização dessas inferências em certos contextos; e, por fim (iv) demonstramos como seria possível se valer da previsão normativa do art. 69, §2º, VI, do Código de Processo Civil para criar uma ferramenta semelhante no Brasil.

## 2. O PENSAMENTO DE SCHAUER ACERCA DA PROVA POR ESTATÍSTICA

Este tópico consiste em uma resenha da parte inicial do capítulo 4 (*How to Tell the Truth with Statistics*) da obra “The Proof - uses of Evidence in Law, Politics and Everywhere Else<sup>5</sup>”, de Frederick Schauer.

É possível, no âmbito do processo judicial, utilizar estatística de população – dados estatísticos sobre algum grupo de coisas – como prova sobre um membro específico desse grupo, ou de algo que esse membro em particular possa ter feito? Formulando a questão de outra maneira, o que sabemos sobre um grupo pode servir de prova para algo que queremos saber sobre algum dos indivíduos que compõe esse grupo?

De acordo com Schauer, embora as estatísticas sejam simples números a respeito de algo – v.g. a população atual estimada do Distrito Federal é de 3.010.881 pessoas, enquanto, nos anos dois mil, era de 2.051.000 –, sua relevância para a instrução probatória radica na possibilidade de sua utilização em raciocínios de inferência estatística.

O autor dá o exemplo do Subaru. Suponha que eu queira vender meu Subaru, e que você esteja interessado em comprá-lo. Você me pergunta se o carro é confiável, e eu digo que sim. As revistas especializadas dizem que não apenas que a maioria dos Subarus são confiáveis, mas que o histórico de confiabilidade do veículo é superior ao que veículos de outras marcas apresentam. A questão em jogo é saber se o que as revistas dizem sobre a categoria dos Subarus – em termos estatísticos, a população de Subarus – constitui prova da confiança desse Subaru em particular que eu pretendo vender. Essa questão – se os

---

<sup>5</sup> SCHAUER, Frederik. *The Proof - uses of Evidence in Law, Politics and Everywhere Else*. London: Belknap Press, 2022.



dados que existem sobre a confiabilidade dos Subarus em geral constituem prova da confiança de um Subaru em particular – é uma questão de inferência estatística.

O problema de se utilizar prova por estatística para provar fatos em casos particulares é antigo entre juristas e filósofos, e, nos Estados Unidos, pode ser rastreado até uma decisão polêmica, na década de 1960, de uma Corte da Califórnia.

Malcolm Collins e sua esposa, Janet Collins, foram acusados de roubo. Janet teria agredido uma mulher, roubado sua bolsa e fugido do local com Malcolm, que a estava esperando em um veículo nas proximidades. A identificação que a vítima forneceu de Janet era incerta, no entanto, ela estava confiante de que havia sido atacada por uma mulher caucasiana com cabelos loiros escuros amarrados em um rabo de cavalo. Embora a vítima não tenha visto Malcom, uma testemunha que não presenciou o roubo testemunhou que teria visto uma mulher branca com um rabo de cavalo loiro entrar em um conversível amarelo dirigido por um homem afro-americano com barba e bigode, logo após o momento em que teria ocorrido o suposto roubo, e a menos de um quarteirão do local do suposto crime. Malcolm Collins, marido de Janet, era afro-americano, possuía um conversível amarelo e frequentemente usava barba e bigode.

O advogado da causa, a fim de fornecer prova mais robusta de que Malcom e Janet eram responsáveis pelo crime, requereu o testemunho de um professor de estatística de uma faculdade local. O professor recebeu uma série de dados estatísticos sobre o percentual de mulheres que teriam rabo de cavalo, de casamentos inter-raciais, de carros amarelos, de norte-americanos com barbas e bigode, e foi exigido que, a partir deles, estimasse a probabilidade de que os réus fossem autores daquele delito. E assim o fez, produzindo um resultado provável extremamente baixo de que outras pessoas, que não os réus, teriam cometido o crime. O júri se convenceu disso, e o casal foi condenado.

Mais tarde, a Suprema Corte da Califórnia reverteu a decisão, absolvendo os réus, o que Schauer entende ter sido um julgamento correto.

Depois dessa decisão, o debate acadêmico em torno do tema floresceu, trazendo à tona uma série de casos hipotéticos para testar se o uso isolado de estatísticas pode servir de prova a justificar uma condenação judicial. Um deles é o problema o Ônibus Azul.



Imagine que um carro é empurrado para fora de uma rodovia por um ônibus durante uma noite escura e chuvosa, e tudo que as vítimas conseguem ver é que o ônibus tinha cor azul. Além disso, que, de todos os ônibus azuis na cidade, 80% são operados pela Companhia Metropolitana de Trânsito, e 20% pelo Companhia do Serviço Público.

Partindo do pressuposto de que o motorista do ônibus dirigia de forma negligente, e que essa conduta foi responsável pelo dano provocado às vítimas do carro, podem os últimos ajuizar ação contra a Companhia Metropolitana de Trânsito, pretendendo se desincumbir do ônus da prova com base apenas em uma preponderância dela? Neste caso, aparentemente, há uma chance de 80% de que a prova esteja correta.

A maior parte das pessoas resiste em responder positivamente a essa pergunta, posição partilhada pela Suprema Corte de Massachussets, em um caso real equivalente, ao decidir que sem uma prova “direta” de que a Companhia Metropolitana de Trânsito esteve envolvida no ilícito não seria possível afirmar a sua responsabilidade.

Observe-se que, em casos como esses, apesar da alta probabilidade, a prova é insuficiente e deve levar ao resultado de improcedência por insuficiência da prova. Esse é, precisamente, o desafio que se coloca para a prova por estatística no processo civil, tendo em vista que ela viabiliza inferências estatísticas, cujo produto não resulta de uma demonstração de uma prova concreta e direta entre uma conduta e um resultado.

O autor dá outros exemplos para elucidar o mesmo ponto, embora considere o problema do ônibus azul o mais claro entre eles<sup>6</sup>. Esse caso é interessante porque

---

<sup>6</sup> Outros exemplos são o Paradoxo dos Penetras e o caso dos 25 prisioneiros no pátio da prisão. Em relação ao primeiro, assim Schauer coloca a questão: “Mil espectadores foram contados nos assentos, mas há provas de que apenas 499 pessoas pagaram o ingresso. Portanto, 501 pessoas entraram fraudulentamente. Agora, suponha que o organizador do rodeio processe – novamente, na esfera cível - um dos 1.000 espectadores, alegando que esse espectador entrou fraudulentamente. Mesmo sem outras provas, parece haver uma probabilidade de 501/1000 de que esse espectador selecionado aleatoriamente tenha entrado fraudulentamente e, portanto, pela preponderância da prova, essa pessoa deveria ser considerada responsável. Cohen, como muitos outros, considera esse resultado inaceitável e busca explicar por que o que parece estatisticamente impecável é ainda inaceitável” (tradução literal”. Cf. no original: ““One thousand spectators are counted in the seats, but there is evidence that only 499 people paid admission. Therefore, 501 people entered fraudulently. And then suppose the rodeo organizer sues —again civilly— one of the 1,000 spectators, alleging that that spectator entered fraudulently. Even with no other evidence, there appears to be a 501 / 1000 probability that this randomly selected spectator entered fraudulently, and thus it would seem, by a (bare) preponderance of the evidence, that this person should be held liable. Cohen, like many others, finds this outcome objectionable, and seeks to explain why what seems statistically impeccable is nevertheless unacceptable.” Sobre o caso dos prisioneiros, assim o autor descreve o problema:



sinalizam uma divergência entre nossas intuições e o resultado indicado pelas estatísticas. A estatística fornece uma prova – uma preponderância dela –, mas a intuição parece exigir algo mais “individualizado” para possibilitar um juízo de responsabilização.

Para o autor, uma coisa é o direito reconhecer algo como prova, outra coisa é essa prova ser suficiente para produzir algum tipo de consequência. Certa prova pode servir para iniciar uma investigação, mas não para justificar uma condenação, por exemplo.

Schauer, apesar disso, passa a demonstrar que, em última instância, todo tipo de prova – mesmo aquelas que forneceriam uma evidência “direta” - é baseada em probabilidades, e que a percepção dessa natureza probabilística das provas em geral tornaria mais tênue a aversão que intuitivamente se tem em relação à prova estatística<sup>7</sup>.

Se alguém tivesse alegado ter visto o nome “Companhia Metropolitana” no ônibus azul, poder-se-ia ter, aí, uma evidência direta para o nexo causal. Todavia, essa ainda seria uma prova probabilística, baseada em uma observação feita numa noite escura e chuvosa.

Curiosamente, a mesma prova que, em certos contextos, é resistida, em outros, se admite. Na medicina, inúmeros tratamentos e prescrições são feitas como base em probabilidades estatísticas, levando em consideração as características de um grupo de pacientes. Toda a epidemiologia, por exemplo, é baseada em estatísticas, e, ainda, não se viu, nesse campo, o mesmo tipo de resistência que se coloca no caso do ônibus azul.

---

“Os prisioneiros se juntam ao redor de um guarda e o matam, mas um deles foge e se esconde antes do assassinato. Um dos vinte e cinco é processado por assassinato. O promotor pode provar os eventos descritos, mas não pode provar que o réu não era aquele que se afastou do grupo e, portanto, era inocente. O promotor pode, conseqüentemente, apenas provar que há uma chance de 24/25 de que o réu seja um assassino. Isso é suficiente para uma condenação? E, se não, por quê?” (tradução literal). Cf. no original: “The prisoners crowd around a guard and kill him, but one has run away and hidden before the killing takes place. One of the twenty-five is prosecuted for murder. The prosecutor can prove the events just described but cannot prove that the defendant was not the one who broke away from the group and was thus innocent. The prosecutor can consequently only prove that there is a 24/25 chance that the defendant was a murderer. Is this sufficient for a conviction? And, if not, then why not?” In: SCHAUER, Op. Cit. p. 64-65.

<sup>7</sup> Como destaca o autor: “Mas a forte preferência por evidências individualizadas parece ser mais uma função da subestimação generalizada e sistemática da natureza probabilística de evidências supostamente individualizadas, untamente com uma supervalorização igualmente generalizada e sistemática de muitas formas de evidências supostamente individualizadas”. (tradução literal). Cf. no original: “But the strong preference for individualized evidence seems to be even more a function of the widespread and systematic underestimation of the probabilistic nature of allegedly individualized evidence, along with an equally widespread and systematic overvaluation of many forms of allegedly individualized evidence”. Ibid., p. 67.



Isso, para Schauer, sugere que nosso ceticismo quanto à utilização da prova estatística no contexto jurídico não tenha nada a ver com a estatística ou a prova em si, mas com as nossas noções a respeito do que o sistema legal pode fazer com as pessoas.

E, em casos como o julgamento do caso do ônibus azul, nossas intuições parecem apontar no sentido de que o sistema jurídico não deve permitir uma condenação com base exclusivamente em um elemento que tem alguma chance de estar errado, exigindo-se que quem quer que queira produzir esse resultado venha a juízo com algo melhor.

No entanto, anota o autor, num ponto que já foi objeto de considerações doutrinárias no Brasil<sup>8</sup>, não decidir não é uma opção – afinal, é vedado o *non liquet*. Desse modo, se as estatísticas não forem utilizadas, ainda assim o processo deverá gerar um resultado. Se as estatísticas não puderem ser usadas, por exemplo, para embasar um julgamento contra a Companhia Metropolitana de Trânsito, o processo resultaria em julgamento de improcedência pela ausência de provas, o que significaria deixar as vítimas sem compensação pelos danos sofridos, e a empresa impune pelos danos causados.

Por esse ângulo, o problema, assume uma nova feição: o que é pior, o erro de condenar civilmente a pessoa errada, ou o erro de não indenizar ninguém?

No caso do ônibus azul, só havia dois responsáveis possíveis, e nenhum deles foi condenado, uma vez que não se podia afirmar com certeza qual deles agiu. A pergunta é – e esta somos nós quem formulamos: se a prova estatística reduz, de forma suficientemente segura, o espectro da autoria do dano, sobre quem deve se depositado o risco da margem de erro da demonstração estatística? Sobre as vítimas (julgamento de improcedência) ou sobre os possíveis causadores do dano (julgamento de procedência)?

Aqueles que se opõem à utilização da prova por estatística precisam estar cientes de que a não utilização desse meio de prova produzirá absolvições equivocadas (o que pode não ser tão ruim) e impedirá indenizações devidas a vítimas que não tiveram culpa nenhuma no resultado danoso (o que pode, talvez, como pensa o autor, ser muito pior).

Dessa consideração concluímos ser possível divisar dois grandes campos distintos que, embora permeáveis à utilização da prova estatística, recebem-na de formas diversas:

---

<sup>8</sup> VITORELLI, Edilson. Decisão judicial por métodos estatísticos: novos horizontes para as causas repetitivas? Revista de Processo: RePro, São Paulo, v. 44, n. 298, p. 387-414, dez. 2019, p. 402.





no âmbito do direito criminal, aparentemente, ela deveria ser descartada, pois é melhor absolver alguém do que condená-lo sem uma prova direta do delito; mas no campo do direito privado, sua utilização seria admissível, embora ainda discutível, e isto depende, em essência, da resposta sobre quem deve suportar o risco da margem de erro da prova estatística, se os prováveis causadores do dano ou as vítimas dele – alocação que, a nosso ver, seria mais adequada pela via das instâncias legislativas do que pelas judiciais.

### **3. A UTILIZAÇÃO DE INFERÊNCIAS ESTATÍSTICAS NO JULGAMENTO DE AÇÕES REPETITIVAS DE REPARAÇÃO DE DANOS SOFRIDOS EM DIMENSÕES VARIADAS**

Em se tratando de prova por estatística, portanto, duas questões se colocam. Primeiro, a de saber se o juiz pode embasar sua decisão apenas em evidências estatísticas – e isto é o que Schauer examina, e traz certos parâmetros, no capítulo acima resenhado. Segundo, a de saber se o montante indenizatório pode ser definido não em virtude das provas concretas produzidas a respeito do dano, mas a partir de uma inferência estatística que o estime, ainda que, na prática, a extensão dele possa ter sido maior ou menor<sup>9</sup>.

A primeira dúvida é uma questão cuja resposta se espera que seja oferecida pela doutrina civilista, pois, no fundo, o que se quer saber é se seria lícito, e sob quais condições, substituir o nexos causal tradicional por um nexos causal estatístico, e isto demanda considerações teóricas complexas no âmbito da teoria da responsabilidade civil<sup>10</sup>. A segunda, por sua vez, embora possa se manifestar em processos individuais cotidianos, ganha um grau elevado de complexidade quando se manifesta naqueles casos em que um evento comum produz um dano de alto espectro lesivo, lesando milhares – certos casos, até milhões – de vítimas em dimensões diferentes. Se forem muitas, quando essas pessoas acionam o causador do dano para obter reparação pelos prejuízos sofridos,

---

<sup>9</sup> Ibid. p. 388.

<sup>10</sup> Na Universidade de São Paulo, na linha de Direito Civil, há uma dissertação de Mestrado sendo escrita sobre a matéria por Natasha Reis de Carvalho Cardoso.



o exame de cada lesão em sua dimensão individual, com ampla dilação probatória pelos meios tradicionais, impõe um custo extremamente elevado sobre o Poder Judiciário.

Exemplo disso foram os litígios que surgiram logo após o rompimento das barragens de Mariana e de Brumadinho. Como compensar as vítimas definindo de forma eficiente os prejuízos sofridos por cada uma delas? Certamente, o exame das provas e a quantificação individualizada dos danos poderia levar a um dispêndio de recursos públicos que superariam o valor total do prejuízo, como observou Vitorelli<sup>11</sup>.

Nos litígios que se voltavam contra o dano da falta de água na região, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo instaurou um IRDR e tarifou o dano moral em R\$ 1 mil. Essa solução é questionável, pois para verificar o valor indenizatório justo devido a cada pessoa seria necessário examinar elementos fáticos<sup>12</sup>, e o IRDR se presta apenas à definição de questões de direito<sup>13</sup>. Esse é um caso permeável à utilização da prova por estatística. Seria admissível quantificar o dano utilizando extrapolações estatísticas?

Os Estados Unidos testaram essa hipótese em variados contextos utilizando os *bellwether trials*. Essa ferramenta lembra o nosso IRDR, mas é utilizada não para fixação de teses jurídicas, mas para a resolução de casos com repetitividade fática variada, isto é, casos que buscam reparação para os danos sofridos em dimensões variadas.

### 3.1. Bellwether trials

<sup>11</sup> VITORELLI, Edilson. Op. cit. p. 394.

<sup>12</sup> Como destaca Délio Mota de Oliveira Júnior, “é possível a instauração do incidente para fixar: (I) se a responsabilidade civil da mineradora é objetiva ou subjetiva em relação aos prejuízos causados às vítimas desse acidente ambiental (questão de direito material); e (II) se os Juizados Especiais Cíveis teriam competência para processar e julgar essas ações indenizatórias, diante de eventual alegação da imprescindibilidade de produção de prova pericial complexa (questão de direito processual).” Estas são questões realmente de direito. A definição do montante indenizatório, contudo, passa, necessariamente, pela análise das circunstâncias fáticas que deram origem ao dano, o que levanta dúvidas sobre a legalidade da solução dada no IRDR aludido acima. Cf. JÚNIOR, Délio Mota de Oliveira. Participação e representatividade adequada nos procedimentos de litigiosidade repetitiva. 2022. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. p. 161.

<sup>13</sup> DANTAS, Bruno. Teoria dos Recursos Repetitivos: tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e ao STJ (arts. 543-B e 543-C do CPC). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015., p. 124.



Segundo a conceituação expressada por um dos autores deste trabalho em outra oportunidade<sup>14</sup>, os *bellwether trials* consistem em uma técnica de julgamento que, dentro de um universo de demandas repetitivas pleiteando compensação por danos em dimensões variadas, permite que o magistrado selecione parte delas para julgamento por amostragem, com o objetivo de resolver-lhes uma ou algumas questões específicas de fato e de direito e, a partir do acervo de informações produzido com esses julgamentos, sobretudo quanto ao montante indenizatório devido em cada categoria de dano identificada nos casos selecionados, aproveitar seus resultados para otimizar a resolução dos casos pendentes ou facilitar a celebração de acordos individuais e coletivos.

A principal contribuição dessa ferramenta é oferecer uma alternativa à quantificação do dano pelos métodos tradicionais em casos com os acima descritos. Para ilustrar a dinâmica, tome-se como exemplo o caso *Cimino vs. Raymark Industries*, que foi a experiência piloto da ferramenta, por obra do juiz federal Robert M. Parker.

Na década de 1990, o juiz Robert M. Parker tinha, sozinho, sob sua alçada, aproximadamente 3 mil ações pleiteando indenização por exposição ao amianto, mineral altamente cancerígeno utilizado ao longo do século XX pela indústria de construção civil, que lesou milhões de pessoas, as quais começaram a buscar reparação civil a partir da década de 1960 para os ilícitos. O caso *Cimino vs. Raymark Industries* foi uma *class action* certificada pela Corte do Texas que congregava parte desses indivíduos<sup>15</sup>.

Diversamente do que ocorreu em outras experiências com acordos coletivos, a companhia, nos casos sob a alçada do juiz Parker, adotou uma estratégia peculiar: pressionar o júízo por julgamentos individuais em todas as ações e contestar vigorosamente todas as questões controvertidas, ainda que a maioria delas fosse comum aos casos e envolvesse os mesmos produtos, a mesma negligência na comunicação do

---

<sup>14</sup> SANTOS, Caio Victor Ribeiro dos. *Bellwether trials*: a experiência norte-americana com os julgamentos por amostragem. Revista de Processo. vol. 328. ano 47. São Paulo: Ed. RT, junho 2022., p. 233.

<sup>15</sup> A descrição narrada conjuga as descrições feitas por Alexandra Lahav em *Bellwether trials*. 76 *Geo. Wash. L. Rev.* 576 (2008) e SAKS, Michael J.; BLANCK, Peter David, em *Justice Improved: The Unrecognized Benefits of Aggregation and Sampling in the Trial of Mass Torts*. 44 *Stan. L. REV.* 815 (1992).



risco e as mesmas condutas da companhia<sup>16</sup>. A companhia portanto, levou ao limite o exercício do direito a um dia na Corte, ao contraditório e à ampla defesa.

A Corte estimou que, ainda que pudesse concluir 30 casos por mês, levaria mais de seis anos para resolver todos eles, e, se o fluxo de propositura permanecesse naquele passo, mais de 5 mil casos ainda restariam pendentes de julgamento quando se chegasse lá. Vendo, portanto, que seria impraticável resolver individualmente todas as ações em tempo razoável, certo de que a porta dos acordos coletivos já estava demasiada estreita para passar (o próprio Parker teve um acordo coletivo contra a companhia *Fibreboard* anulado meses antes pela Corte de Apelações do 5º Circuito) e cético quanto à solução pela via legislativa<sup>17</sup>, o juiz federal deu o que foi considerado o seu “mais ousado passo procedimental”<sup>18</sup>: julgamentos por amostragem vinculantes (*binding bellwether trials*).

E ele o fez aprovando um plano de julgamento que seria processado em três fases, não no bojo de cada ação individual, mas no bojo da *class action* acima referida cujo escopo poderia abranger todos os envolvidos. A primeira fase buscou resolver todas as questões comuns, determinando quais produtos continham amianto, em que medida eram perigosos, quão negligentes foram as companhias na comunicação dos riscos de saúde causados pelo amianto aos trabalhadores e quão adequadas eram as defesas quanto ao suposto estado incipiente da literatura científica a respeito disso<sup>19</sup>. A segunda fase, que

<sup>16</sup> SAKS, Michael J.; BLANCK, Peter David. Op. cit., p. 820.

<sup>17</sup> Como ele registra em sua decisão, fazendo apelo à necessidade de resolver o problema: “It is not enough to Chronicle the existence of this problem and to lamente congressional inaction. The litigants and the public rightfully expect the courts to be problem solvers”. Ver *Cimino v. Raymark Indus., Inc.* 751 F. Supp. 649, 653 (E.D. Tex. 1990), rev'd, 151 F.3d 297 (5th Cir. 1998). Disponível em: [law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/751/649/1744177/]. Acesso em: 01.06.2021.

<sup>18</sup> Cf. NAGAREDA, Richard; BONE, Robert G; BURCH, Elizabeth Chamblee; SILVER, Charles; WOOLLEY, Patrick. *The Law of Class Actions and Other Aggregate Litigation*. University Casebook Series. 2. ed. St. Paul: Foundation Press, 2013. p. 128: “É importante ter em mente que a ação coletiva do acordo da Amchem surgiu somente depois que outras tentativas ao longo de muitos anos falharam em lidar com a avalanche de litígios sobre amianto. O juiz Robert Parker, na época juiz do distrito federal no Distrito Leste do Texas, foi responsável por muitos desses esforços. Depois que o Quinto Circuito reverteu seu plano de indenização em *In re Fibreboard Corp.*, 893 F.2d 706 (5º Cir. 1990), ele tomou o que talvez tenha sido seu passo processual mais ousado: o uso de amostragem estatística”. (tradução literal). Cf. no original: “It is important to bear in mind that the Amchem settlement class action arose only after other attempts over many years failed to deal with the avalanche of asbestos litigation. Judge Robert Parker, at the time a federal district judge in the Eastern District of Texas, was responsible for many of these efforts. After the Fifth Circuit reversed his lump sum damages plan in *In re Fibreboard Corp.*, 893 F.2d 706 (5º Cir. 1990), he took what was perhaps his boldest procedural step: the use of statistical sampling; [...]”.

<sup>19</sup> Também houve, nessa fase, decisões do júri quanto aos *punitive damages* devidos.



também concentrou uma produção comum de provas, buscou aferir onde, quando e em que medida houve a exposição ao amianto e quais tipos de profissionais tiveram contato com ele. A terceira fase, por sua vez, sendo essa a que nos interessa aqui, destinava-se à fixação do montante indenizatório para cada categoria de lesão sofrida.

Quando estruturou esse procedimento, o Parker tinha, pendentes de seu julgamento, exatamente 2.298 ações pleiteando indenizações por exposição ao mineral. Todos os titulares dessas ações concordaram em renunciar ao direito a um julgamento individual e assentiram com os seguintes passos para a terceira fase do julgamento.

Primeiro, os 2.298 casos foram divididos em cinco categorias de doenças: (i) *mesotelioma*; (ii) *câncer de pulmão*; (iii) *outros cânceres*; (iv) *asbestose*; e (v) *doenças pulmonares*. De cada categoria foram colhidas aleatoriamente uma certa quantidade de amostras<sup>20</sup>, o que totalizou 160 casos para julgamento por amostragem.

Em seguida, as amostras foram a julgamento. Uma vez julgadas, as indenizações obtidas em cada uma delas foi submetidas ao exame de um júri, recebendo efetivamente um julgamento individual completo, com ampla instrução probatória. 35 casos tiveram suas indenizações reduzidas em *remittitur*<sup>21</sup> e em 12 casos os réus não foram condenados.

Feito isso, o juízo computou a média das indenizações obtidas em cada uma das cinco categorias (o que, naturalmente, compreendia as mais altas indenizações, bem como o resultado zero dos 12 casos sem condenação), e obteve os seguintes valores médios: (i) *mesotelioma*: \$ 1,224,333 dólares; (ii) *câncer de pulmão*: \$ 545,200 dólares; (iii) *outros cânceres*: \$ 917,785 dólares; (iv) *asbestose*: \$ 543,783 dólares; e (v) *doenças pulmonares*: \$ 558,900 dólares.

<sup>20</sup> A distribuição foi a seguinte: (i) *mesotelioma*: 15 casos; (ii) *câncer de pulmão*: 25 casos; (iii) *outros cânceres*: 20 casos; (iv) *asbestose*: 50 casos; e (v) *doenças pulmonares*: 50 casos.

<sup>21</sup> Alexandra Lahav explica da seguinte maneira o que é o *remittitur*: “A doutrina do *remittitur* permite que um juiz vá um passo além e avalie a decisão do júri. Se o juiz considerar o veredicto excessivo, ele pode dar ao autor uma escolha: aceitar uma quantia menor determinada pelo tribunal ou optar por julgar o caso novamente. O padrão legal para remissão é saber se o prêmio do júri ‘choca a consciência’”. (tradução literal). Cf. no original: “The doctrine of remittitur permits a judge to go a step further and evaluate the jury’s award. If the judge finds the verdict to be excessive, she can give the plaintiff a choice: accept a lesser amount determined by the court or elect to try the case again. The legal standard for remittitur is whether the jury award ‘shocks the conscience’”. (LAHAV, Alexandra. *Bellwether trials*. 76 *Geo. Wash. L. Rev.* 576 (2008), p. 629).



Por último, o juiz realizou audiências e alocou todos os 2.138 casos pendentes às suas respectivas categorias (ou seja, alocou cada ação individual dentro de uma das cinco categorias) e, em seguida, *decidiu cada um deles aplicando a média indenizatória da respectiva categoria em que foi inserido*. Ou seja, estendeu a média indenizatória das categorias de lesão para cada caso conforme seu enquadramento naquelas, evitando, portanto, a necessidade de realizar uma instrução individual “*tailor-made*” para cada caso a fim de definir o *quantum debeatur*, o que seria impraticável em tempo razoável, e que só poderia ser feito à custo de um dispêndio enorme de recursos judiciais.

Ocorre que essa exploração estatística se deu de forma vinculante para aqueles que não tiveram seus casos apreciados individualmente, e a Corte de Apelações do 5º Circuito, alguns meses depois, declarou a inconstitucionalidade da prática.

A princípio, pode causar estranheza a um jurista brasileiro o fato de a inconstitucionalidade de que padecia o procedimento no caso *Cimino vs. Raymark Industries Inc.* ter sido arguida não pelos autores, mas pelos réus.

Como se viu, a extensão da média do montante indenizatório apurado no julgamento das amostras para os casos pendentes tende a gerar para titulares de pretensões de alto valor uma indenização menor do que a que receberiam se os seus casos fossem apreciados individualmente, enquanto gera para titulares de pretensões de baixo valor um resultado maior do que teriam na via individual. As duas pontas não têm, através do expediente coletivo, a exatidão de um julgamento individual ideal.

Ora, não ter seu caso apreciado individualmente e, além disso, receber uma indenização inferior à que se teria se o direito a um dia na Corte fosse, de fato, observado, é uma razão suficientemente forte para aconselhar qualquer titular de direito, nessas circunstâncias, a impugnar o procedimento<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> É o que observa Robert G. Bone, ao anotar que um “procedimento de amostragem que, na prática, garantisse para demandantes vítimas de danos elevados um nível de compensação muito aquém de seus direitos seria inaceitável, mesmo que tornasse a participação do comitê possível para todos” (tradução literal). Cf. no original: “a sampling procedure that virtually guaranteed a level of recovery for high-damage plaintiffs far below their entitlements would be unacceptable even if it made committee participation possible for everyone.” (BONE, Robert. G. *Statistical Adjudication: Rights, Justice, and Utility in a World of Process Scarcity*. 46 VAND. L. REV. 561, 650, 1993, p. 637).



Mas por que não o fazem? A razão é simples, bem destacada por Alexandra Lahav: “na ausência do procedimento utilizado pela Corte [no caso *Cimino vs. Raymark*], é quase certo que os autores neste caso jamais teriam tido seu dia na Corte”.<sup>23</sup>

Isto confirma a advertência de Schauer: quem quer se oponha à utilização de estatísticas no processo judicial deve ter ciente que sua negativa pode impedir indenizações devidas a vítimas que não tiveram culpa nenhuma no resultado danoso, e isto, talvez, seja mais grave, do que a impunidade do causador do dano. Mais uma vez: o que é pior, o erro de uma indenização inexata, ou o erro de indenização nenhuma?

Como Parker registrou em sua decisão na experiência piloto, os réus

“[...] reivindicam um direito a julgamentos individuais em cada caso e o direito a impugnar repetidamente em cada caso toda questão contestável envolvendo os mesmos produtos, as mesmas advertências e a mesma conduta. A estratégia é boa; os réus sabem que se o procedimento no caso *Cimino* não for mantido [pelo 5º Circuito] esses casos nunca serão julgados”.<sup>24</sup>

Isso explica a razão pela qual os titulares do direito, que teriam suficientes razões devido processo legal para impugnar a técnica, não o fazem<sup>25</sup>. Talvez seja melhor uma justiça coletiva imperfeita do que uma justiça individual impossível.

---

<sup>23</sup> No original: “In the absence of the procedure utilized by the court, it is almost certain that the plaintiffs in this case would never have received a day in Court.” LAHAV, Alexandra. Op. Cit. p. 588.

<sup>24</sup> No original, inteiro: “A new strategy has now been adopted. Pittsburgh-Corning, Fibreboard and Celotex have adopted a ‘fortress mentality’ and are attempting to avoid liability by obstructing the Court’s ability to provide a forum in these cases. It is a strategy that is not unique to East Texas, but is one that is being utilized all across the country. They assert a right to individual trials in each case and assert the right to repeatedly contest in each case every contestable issue involving the same products, the same warnings, and the same conduct. The strategy is a sound one; the defendants know that if the procedure in *Cimino* is not affirmed, these cases will never be tried”. Ver acórdão do caso *Cimino v. Raymark Indus., Inc.*, 751 F. Supp. 649, 653 (E.D. Tex. 1990), rev’d, 151 F.3d 297 (5th Cir. 1998). Disponível em: [law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/751/649/1744177/].

<sup>25</sup> É extremamente relevante para futuros estudos a pergunta que NAGAREDA; BONE; BURCH; SILVER; WOOLLEY fazem acerca deste ponto na página 607 de sua obra: “os autores naqueles casos que não foram selecionados para a amostra poderiam alegar que estariam tendo seu direito de acesso à justiça negado. Mas quanto peso deve ser dado a esse argumento se garantir-lhes o direito de acesso geraria uma morosidade que prejudicaria significativamente a compensação de outros demandantes? (tradução literal). Cf. no original :“Those plaintiffs in the cases that were not chosen for the sample might complain about being denied their day in court. *But how much weight should be given to this argument when providing them with a day in court would generate delays that significantly impair the recovery of Other plaintiffs?*” (Grifos



Sobre este ponto é a precisa observação de Alexandra Lahav<sup>26</sup>:

“Tipicidade de grupo (*group typicality*), como esses exemplos ilustram, não é uma justiça perfeita. A maioria dos titulares de direito não podem participar diretamente. A definição do grupo pode ser imprecisa, incluindo pessoas que características significativamente diferentes. Além disso, é certo que a indenização média que esse procedimento fornece para os titulares das demais ações será diferente daquela que cada um receberia se tivesse um julgamento individual pelo júri. O cálculo da média distribui dinheiro das pretensões de maior valor para as pretensões de menor valor, mesmo dentro de um grupo de indivíduos em circunstâncias similares. Mas os *bellwether trials* são um método muito mais palatável para resolver litígios de massa do que as alternativas que estão sobre a mesa, esperando para serem ouvidas ou resolvidas em massa” (tradução literal).

Isso também explica por que os maiores rivais dos *bellwether trials* são os réus: pelo simples fato de saberem que na ausência da técnica desembolsariam bem menos pelo dano causado. Centenas ou milhares de casos levariam anos para ser julgados; há quem não tenha condições de custear uma disputa judicial que se arraste por vários anos; outros, cansados pela morosidade ou desesperados com a letalidade do dano e premidos pela necessidade de custear tratamentos, ficam mais dispostos a celebrar acordos por valores muito aquém do devido. O cansaço do sistema judicial faria muitas vítimas. A inferência estatística dos *bellwether trials*, por outro lado, gera resultados assustadoramente precisos (precisos do ponto de vista global, embora relativamente imprecisos do ponto de vista individual) e em tempo razoável. E isso custa muito para um *mass wrongdoer*.

---

nosso). Reformulo a pergunta nos seguintes termos: se algum desses autores contestasse o procedimento adotado apontando eventual déficit garantístico – como o simples fato de não ter tido a mesma sorte de um julgamento individualizado, “*tailor-made*”, como os casos paradigmas tiveram –, que peso deveria ter essa impugnação se se levar em consideração o fato de que para satisfazer à pretensão deste único indivíduo, declarando a inconstitucionalidade da técnica, o resultado não seria outro senão uma solene negativa de justiça a todos os demais?

<sup>26</sup> No original: “Group typicality, as these examples illustrate, is not perfect justice. Most of the individual plaintiffs cannot participate directly. The definition of the group may be inaccurate, such as by including persons with significantly different characteristics. It is furthermore certain that the average award this procedure provides to extrapolation plaintiffs will differ from what they would have received in an individual jury trial. The averaging process redistributes money from the highest-value claims to the lower-value claims, even within a group of similarly situated individuals. But bellwether trials are a far more palatable method for resolving mass litigation than the alternatives standing on the sidelines waiting to be heard or settling en mass”. LAHAV, Alexandra. Op. cit., p. 588.





Neste caso, porém, mais do que razões de cunho meramente econômico, os réus possuem fortes argumentos jurídicos em desfavor da constitucionalidade da técnica, que são aqueles que se dirigem ao nexos causal estatístico: *bellwether trials* vinculantes violam o devido processo legal por privar-lhes do direito a um julgamento individual quanto à responsabilidade pelo dano e à apuração do valor indenizatório devido em cada caso.

Essa foi, em síntese, a tese acatada pela Corte de Apelações do 5º Circuito e representa também o principal argumento em desfavor dos *bellwether trials*. Outros argumentos também foram suscitados, como o fato de técnica privar os titulares dos casos pendentes do direito constitucional ao julgamento pelo júri. Mas o cerceamento de defesa (na perspectiva individual e tradicional de um devido processo legal) pela substituição da comprovação probatória concreta pela instrução probatória baseada em inferências estatísticas é, sem dúvidas, a mais forte ressalva à ferramenta.

### 3.2. Devido processo legal e inferências estatísticas

Curioso notar que, em outro caso (caso *Hilao v. Estate of Marcos*), o mesmo procedimento que alguns anos antes a Corte de Apelações do 5º Circuito julgou inconstitucional, foi considerado constitucional pela Corte de Apelações do 9º Circuito<sup>27</sup>, o que expressa a inexistência de um consenso entre os magistrados acerca da compatibilização das inferências estatísticas com o devido processo legal<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> A vinculatividade dos precedentes nos Estados Unidos também obedece aos limites da jurisdição de cada Corte e Circuito. Cf. COLE, Charles D. Precedente judicial: a experiência americana. *Revista de Processo*, v. 92, out./1998. p. 2.

<sup>28</sup> Há decisões que atestam a compatibilidade do procedimento com o devido processo legal. Há outras que não. Citamos exemplos dos dois lados. No caso *In Re Estate of Marcos Human Rights Litigation*, 910 F. Supp. 1460, 1467 (D. Haw. 1995), um dos juízes anotou: ““Estatísticas [inferenciais] com amostragem aleatória produzem uma solução de devido processo aceitável para a problemática seara de litígios de responsabilidade civil em massa” (tradução literal). Cf. no original: “[inferential] statistics with random sampling produces an acceptable due process solution to the troublesome area of mass tort litigation”. Já no caso *In Re Chevron U.S.A., Inc.* 109 F. 3d. 1016 (5th Cir. 1997), por sua vez, o Juiz Edith Jones foi categórico em expressar sua discordância da “ousadia procedimental” de Parker com os *bellwether trials*: “Essencial para o devido processo legal dos litigantes, incluindo os autores e a Chevron neste contexto de ação não coletiva, é seu direito à oportunidade de uma avaliação individual da responsabilidade civil e quantificação do dano em cada caso”. E conclui, afirmando: “Em suma, eu simplesmente não compartilho da confiança do juiz Parker de que julgamentos por amostragem podem ser usados para resolver controvérsias envolvendo *mass torts*. “ (tradução literal). Cf. no original: “Essential to due process for



Uma dúvida fica: o dispêndio excessivo de recursos judiciais (em alguns casos, o custo da resolução dos litígios superaria o valor total do dano<sup>29</sup>), o congestionamento das Cortes, a certeza do ilícito (já apurado em outros processos) e o risco de que a instrução probatória tradicional resulte em julgamentos de improcedência em desfavor de vítimas que litigam contra réus nitidamente culpados do ponto de vista civil, seria um argumento válido para legitimar a utilização de inferências estatísticas que, em última instância, parecem reduzir o direito à ampla defesa?

Seria aconselhável, nesses casos, admitir que a visão clássica do devido processo legal, com todo o peso garantístico que ela representa, devesse dar espaço a uma visão mais econômica da garantia, a fim compatibilizá-la à complexidade desses casos, que são verdadeiros *hard cases* processuais?

Quer nos parecer que, nesses casos, talvez deva prevalecer a lição de Remo Caponi<sup>30</sup>, no sentido de que os recursos que o serviço de justiça pode alocar para satisfazer uma pretensão em uma disputa individual devem ser equilibrados não tanto com um interesse público abstrato no bom funcionamento da jurisdição como função estatal, mas com os recursos a serem reservados para a satisfação de outras necessidades igualmente individuais e merecedoras de tutela, que os cidadãos têm como atuais ou potenciais usuários do serviço de justiça. Isso faz com que para que a maior parte das vítimas tenham direito a um valor indenizatório justo, o sistema justiça deixe de trabalhar a meta da Justiça perfeita – que jamais existiu, pois mesmo em casos individuais, mesmo na mais simples apreciação de um dano moral, imperam raciocínio probabilísticos.

O que se sugere é que, se o atendimento à tradicional forma de se garantir o devido processo legal for gerar resultados catastróficos – no caso em questão, aqueles já aludidos

---

litigants, including both the plaintiffs and Chevron in this non-class action context, is their right to the opportunity for an individual assessment of liability and damages in each case”. E conclui, asseverando: “In sum, I simply do not share Judge Parker’s confidence that bellwether trials can be used to resolve mass tort controversies”.

<sup>29</sup> VITORELLI, Edilson. Op. Cit., p. 394.

<sup>30</sup> CAPONI, Remo. Prefácio à obra de GONÇALVES, Marcelo Barbi. Teoria Geral da Jurisdição. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. No original: “Tuttavia, le risorse che il servizio della giustizia può destinare al soddisfacimento di questa esigenza individuale nella singola controversia devono essere bilanciate, non tanto con un astratto interesse pubblicistico al buon funzionamento della giurisdizione come funzione statale, bensì con le risorse da riservare al soddisfacimento delle altre esigenze parimenti individuali, di cui sono portatori i cittadini come fruitori attuali o potenziali del servizio giustizia”.



sobre as vítimas do dano e sobre o sistema judicial, decorrentes da possibilidade de o réu contestar individualmente as provas concretas produzida em cada um dos casos –, talvez não fosse um absurdo interpretar a garantia de uma forma mais econômica, a fim de se encontrar a solução que de forma mais isonômica distribua os recursos do sistema de justiça entre todos aqueles que mereçam tutela, ainda que a solução factível não seja a ideal, como a utilização das inferências estatísticas para mensurar o dano.

### **3.3. O valor informativo dos julgamentos das amostras: parâmetros mais adequados para mensurar o valor do dano nas demais causas**

Apesar a declaração de inconstitucionalidade da solução do caso *Cimino*, isto não significa que os EUA tenham descartado a ferramenta. Para além do caso *Hilao v. Estate of Marcos*, que aceitou o emprego da técnica em sua versão vinculante, surgiu, depois disso, uma versão não vinculante da ferramenta, que tem sido melhor recepcionada pelas Cortes, e que, a nosso ver, parece ser mais palatável às garantias processuais.

A *ratio* da decisão do 5º Circuito não se opõe ao procedimento como um todo, mas apenas à extensão obrigatória, nos casos pendentes, dos resultados obtidos no julgamento das amostras. Em momento algum a Corte considerou os julgamentos por amostragem, em si, incompatíveis com o devido processo legal. O objeto da discussão judicial – e da majoritária crítica doutrinária – diz respeito exclusivamente à extensão *vinculante* da decisão dos casos paradigmas aos casos pendentes e à imposição aos réus de uma condenação total calculada por estatística, que os priva de uma apuração caso a caso, em julgamentos individuais, como ocorre tradicionalmente.

Curiosamente, a prática processual que sucedeu a experiência piloto não tardou a perceber que não seriam necessários julgamentos vinculantes para se chegar a uma solução mais célere e segura da controvérsia. Apesar de as decisões proferidas nos casos selecionados como paradigmas, obviamente, serem vinculantes para esses casos, seus resultados não precisam ser obrigatórios para os casos pendentes a fim de que produzam relevantes benefícios. Basta o conteúdo dos resultados. A informação que eles geram é de extrema relevância, seja para a solução adjudicada ou consensual de casos similares.



Os *bellwether trials* têm a virtude de produzirem o que a doutrina chama de “*trial packages*” ou “pacotes de julgamento”, que nada mais são do que o conjunto consolidado de informações sobre o mérito da causa (aqui inseridas não só as questões de direito, mas também as de fato) produzido no julgamento dos casos paradigmas<sup>31</sup>.

Esse conjunto consolidado das informações é útil pela prévia testagem da força das teses de ambos os polos da demanda – ou seja, o julgamento das amostras revela as fraquezas e forças de cada posição, o que ajuda a precipitar a celebração de acordos<sup>32</sup> – mas, sobretudo, pela sua capacidade de estabelecer o valor indenizatório devido para cada categoria de dano, que é constituída a partir ampla instrução probatória das amostras julgadas, e servirá de referência para a quantificação do dano nas demais demandas.

Ou seja, na versão não vinculante, os resultados dos julgamentos por amostragem não são extrapolados para os casos pendentes de forma vinculante. Eles valem pelos pacotes de julgamentos que consolidam. A informação sobre a média indenizatória mais justa para cada categoria serve de referência para os juízes que devem julgar os demais casos concretos e, a partir disso, otimiza-se a quantificação do dano. Essa é qualidade *bellwether* do procedimento: a de indicar a direção, como a ovelha que carrega um sino no pescoço e, com isso, conduz o rebanho, do que se tirou o nome para a técnica<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Cf. SANTOS, Op. Cit. p. : “O conhecimento obtido com a resolução não se perde, se transforma em um “pacote de julgamento”, que fica à disposição de todos. Ali, por exemplo, os autores poderão consultar quais teses se mostraram mais robustas, quais foram falhas, quais provas foram contestadas vigorosamente pelos réus, quais não foram valoradas como se esperava pelo juiz ou pelo júri; os réus, por sua vez, poderão ver quais provas os autores foram capazes de produzir e quais não, o que as testemunhas costumavam alegar, qual foi o valor da condenação em cada categoria de dano, e aí por diante. Como escrevem Fallon, Grabill e Wyne, “idealmente, todo esse material será bem-organizado e consolidado em arquivos que podem ser consultados eletronicamente.” (FALLON, Eldon E; GRABILL, Jeremy T.; WYNNE, Robert Pitard. *Bellwether trials in Multidistrict Litigation*. 82 Tul. L. Rev. 2323, 2008. p. 2339)

<sup>32</sup> FALLON, Eldon E; GRABILL, Jeremy T.; WYNNE, Robert Pitard. Op. cit., p. 2.342.

<sup>33</sup> Cf. SANTOS, Caio Victor Ribeiro dos. Op. Cit. p. 227: “O termo deriva do inglês médio *bellewether* e se refere à prática de colocar um sino ao redor do pescoço de um carneiro castrado (um *wether*) que conduz o rebanho de ovelhas. Assim, o pastor poderia notar a direção do rebanho ao ouvir o sino, mesmo que não pudesse vê-lo. A técnica tem esse nome porque seu objetivo é precisamente apontar uma direção de julgamento: dentro de um universo de centenas ou milhares de demandas, os *bellwether trials*, ao viabilizar o julgamento integral de algumas delas como paradigmas, cria uma espécie de amostra do todo com um importante subsídio informacional que permite às partes, advogados e juízes de casos semelhantes ou iguais vislumbrarem uma tendência de julgamento. Os resultados dos julgamentos são valiosos, sobretudo, pela média indenizatória definida para cada categoria de dano sofrido, sendo importante que os casos escolhidos como amostras reflitam com o máximo de exatidão a variedade de subgrupos com graus distintos de lesões existentes no litígio. Isso porque, como veremos, a ferramenta trabalha com a ciência da inferência estatística.”



Não desconhecemos que essa solução ainda seria questionável. A dimensão do dano ainda assim não estará sendo apurada de forma realmente individualizada, poderiam alegar os réus. No entanto, se se considerar a realidade prática de como são definidos os danos morais, talvez torne-se menos relevante essa possível alegação. No Brasil, por exemplo, é comum que a atribuição do valor do dano moral se dê com base na quantificação feita em casos semelhantes anteriores, e não propriamente à luz de uma análise particular e individualizada de cada caso. Schauer, nessa linha, chega a afirmar que a forte preferência por provas individualizadas parece ser efeito de uma subestimação generalizada da natureza probabilística da suposta prova individualizada<sup>34</sup>. Juízos probabilísticos são mais comuns do que se imagina na atividade judicante cotidiana.

Assim, nos parece que o sistema toleraria a utilização referencial daqueles dados, pois, em última instância, a decisão final da lide será individual e, sem a aplicação vinculante dos resultados das amostras, as partes dos casos pendentes, se ficarem insatisfeitos com o montante indenizatório arbitrado para o seu caso, estarão livres para insistir pela via recursal reivindicando valores que lhes pareçam mais justos.

Dito isto, se a experiência norte-americana com os *bellwether trials* puder nos ser útil de alguma forma para a resolução de casos dessa natureza, certamente o será em virtude da versão não vinculante da ferramenta.

#### **4. BELLWETHER TRIALS À BRASILEIRA? COMO OPERACIONALIZAR ALGO SEMELHANTE NO BRASIL A PARTIR DA PREVISÃO DO ART. 69, §2º, VI, DO CPC**

Seria possível reproduzir dinâmica semelhante no Brasil? Se sim, de que maneira? Pensamos que a previsão normativa do art. 69, §2º, VI, CPC, permitiria fazê-lo.

O dispositivo prevê o seguinte:

*Art. 69. O pedido de cooperação jurisdicional deve ser prontamente atendido, prescinde de forma específica e pode ser executado como:*

<sup>34</sup> SCHAUER, Frederick. Op. Cit., p. 67.



§ 2º Os atos concertados entre os juízes cooperantes poderão consistir, além de outros, no estabelecimento de procedimento para:

VI - a centralização de processos repetitivos;

A doutrina já admite que, com fundamento nesse dispositivo, o juízo possa promover a centralização de processos repetitivos para resolver questões de fato<sup>35</sup>.

Ao falar da possibilidade de utilização do 69, §2º, VI, CPC para a resolução de questões de fato, a doutrina normalmente o faz argumentando que essa previsão normativa integraria o sistema de resolução de casos repetitivos, colmatando a lacuna deixada pelo IRDR, que se presta apenas à resolução de questões de direito. Desse modo, há quem sugira, por exemplo, que a centralização de processos para a resolução de processos repetitivos deva se desenvolver em um procedimento análogo ao do IRDR<sup>36</sup> (colhendo-se paradigmas para julgamento a partir de um universo de casos reunidos) e de forma semelhante ao *multidistrict litigation* norte-americano<sup>37</sup>.

Curioso notar que os *bellwether trials*, nos EUA, costumam ser deflagrados a partir da centralização de processos promovida pelo *multidistrict litigation*<sup>38</sup>.

Esse dado é importante para a sugestão que pretendemos propor. No Brasil, é possível simular as primeiras etapas de um *bellwether trial* a partir da previsão normativa

<sup>35</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. Tese apresentada no concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular. Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: edição do autor, 2017, p. 682-684.

<sup>36</sup> SILVA, Ricardo Menezes da. Tratamento adequado de demandas repetitivas no primeiro grau: uma análise a partir do novo Código de Processo Civil. Dissertação apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, na Linha de Pesquisa em Direito das Relações Sociais, sob a Área de Concentração em Direito Processual Civil. Curitiba: edição do autor, 2019, p. 164.

<sup>37</sup> FERREIRA, Gabriela Macedo. O ato concertado entre juízes cooperantes: esboço de uma teoria para o Direito brasileiro. *Civil Procedure Review*. v.10, n.3: set.-dez. 2019, p. 24.

<sup>38</sup> LAHAV, Alexandra. Op. Cit., p. 592. Além disso, vale esclarecer que o *multidistrict litigation*, segundo Zaroni, é um painel composto por sete juízes federais “cuja competência é tomar decisões relativas à formação do multidistrict litigation e determinar a transferência para um único juízo das referidas ações envolvendo questões comuns de fato que estão tramitando perante diferentes Cortes Federais” (*Multidistrict litigation*: a experiência norte-americana na tutela dos interesses de massa. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, ano X, n. 55, jul.-ago., 2013. p. 84). É possível também realizar essa agregação em um foro único por meio de uma class action, como ocorreu em *Hilao vs. Estate of Marcos*, com a diferença de que neste caso o que há é uma agregação “virtual” das pretensões por representação.



do 69, §2º, VI, reunindo em um mesmo juízo processos repetitivos que apresentam repetitividade fática variada quanto à dimensão do dano sofrido.

A diferença aqui, em relação às propostas tradicionais envolvendo a resolução de questões de fato a partir da aludida previsão normativa, é que a segunda etapa – a de julgamento – não se limitaria a eventual produção das provas comuns, mas a um julgamento efetivo e integral de algumas dessas causas por amostragem. Ao invés de uma única produção probatória, aqui seria necessário viabilizar uma ampla instrução probatória em todos os processos escolhidos para serem julgados como amostras.

O objetivo não é apenas otimizar a produção da prova. Em casos envolvendo repetitividade fática variada, pouca utilidade teria a centralização do processo para a obtenção de uma prova comum se as dimensões sofridas pelas vítimas são tão variadas. A prova adequada a uma das categorias do dano não servirá para dimensionar a dimensão do dano sofrido por todos os outros. Isso reclama um julgamento por amostragem dos casos reunidos, que permita a identificação de categorias diferentes e a atribuição de faixas indenizatórias adequadas para cada uma delas, e que serão fixadas a partir de uma ampla instrução probatória dos casos colhidos como amostras do todo.

Não se propõe nada novo quanto à primeira fase da centralização de processos, apenas uma adequação quanto à sua segunda fase, voltada à resolução da causa em si.

Como já dissemos, não se deve cometer o equívoco de estender o resultado das amostras para os demais casos. Essa prática confere às inferências estatísticas um resultado vinculante que possui sérios problemas de devido processo legal, como observado pela Corte de Apelações do 5º Circuito nos Estados Unidos, ao derrubar a experiência piloto desenvolvida pelo juiz Parker. A expectativa é que o julgamento completo dessas amostras (o que envolve tanto as questões de fato, quanto as questões de direito, sem prejuízo de utilização *complementar* do IRDR para a resolução das questões de direito), produza pacotes de julgamentos, nos quais se poderá colher parâmetros mais seguros e, provavelmente, mais justos, da média indenizatória devida a cada categoria de vítimas do dano. Nos parece que essa solução seja, por exemplo, superior àquela encontrada pelo TJES, ao tarifar em R\$ 1 mil, para todos, o valor do dano moral decorrente da falta de abastecimento de água após o desastre do Rio Doce.



Ou seja, a ideia da segunda fase do julgamento seria aproveitar a força persuasiva das informações produzidas nos julgamentos paradigmas a fim de que os mesmos padrões sejam observados nos julgamentos individuais, sem uma aplicação vinculante.

Isso permitiria que a quantificação do dano fosse otimizada nas demais causas semelhantes, bastando ao juiz – no que poderia ser considerado uma terceira etapa do procedimento – a alocação da causa dentro de um dos “*grids*”, atribuindo-lhe, como indenização, o valor médio que as amostras daquela categoria obtiveram.

Nada impede que circunstâncias excepcionais justifiquem uma adequação desse montante à luz das especificidades do caso concreto, se ela se mostrar realmente necessária, ou mesmo um arbitramento específico e novo para aquelas causas que não se inseriram adequadamente em nenhuma das categorias já definidas, o que, a depender da quantidade, poderia justificar uma centralização à parte apenas para as suas soluções.

Assim, novamente, nos parece que o sistema toleraria a utilização referencial dos resultados das amostras, pois, em última instância, a decisão final das lides nos demais casos será individual e, sem a aplicação vinculante dos resultados das amostras, as partes, se ficarem insatisfeitas com o montante indenizatório arbitrado para o seu caso, estarão livres para insistir pela via recursal reivindicando valores que lhes pareçam mais justos.

Por fim, o ideal seria que o procedimento fosse deflagrado em segunda instância, a fim de que o “pacote de julgamento” das amostras julgadas pelo Tribunal pudesse servir de referência dentro de todo o Estado, dando-lhe, portanto, maior amplitude.

## REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Frank; HEINZERLING, Liza. *Pricing the priceless: Cost-Benefit Analysis of Environmental Protection*. University of Pennsylvania Law Review 15-(5): 1553-1584, May 2002
- BONE, Robert. G. Statistical Adjudication: Rights, Justice, and Utility in a World of Process Scarcity. 46 *VAND. L. REV.* 561, 650, 1993.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Tese apresentada no





- concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular. Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: edição do autor, 2017.
- CAPONI, Remo. Prefácio à obra de GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria Geral da Jurisdição*. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.
- COLE, Charles D. Precedente judicial: a experiência americana. *Revista de Processo*, v. 92, out./1998.
- FALLON, Eldon E; GRABILL, Jeremy T.; WYNNE, Robert Pitard. Bellwether trials in Multidistrict Litigation. *82 Tul. L. Rev.* 2323, 2008.
- FERREIRA, Gabriela Macedo. O ato concertado entre juízes cooperantes: esboço de uma teoria para o Direito brasileiro. *Civil Procedure Review*. v.10, n.3: set.-dez. 2019.
- LAHAV, Alexandra. Bellwether trials. *76 Geo. Wash. L. Rev.* 576, 2008.
- NAGAREDA, Richard; BONE, Robert G; BURCH, Elizabeth Chamblee; SILVER, Charles; WOOLLEY, Patrick. *The Law of Class Actions and Other Aggregate Litigation*. University Casebook Series. 2. ed. St. Paul: Foundation Press, 2013.
- OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. *Participação e representatividade adequada nos procedimentos de litigiosidade repetitiva*. 2022. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais.
- SAKS, Michael J.; BLANCK, Peter David, em Justice Improved: The Unrecognized Benefits of Aggregation and Sampling in the Trial of Mass Torts. *44 Stan. L. REV.* 815, 1992.
- SANTOS, Caio Victor Ribeiro dos . Bellwether trials: a experiência norte-americana com os julgamentos por amostragem. *Revista de Processo*. vol. 328. ano 47. São Paulo: Ed. RT, junho 2022.
- SCHAUER, Frederik. *The Proof - uses of Evidence in Law, Politics and Everywhere Else*, 2022.
- SILVA, Ricardo Menezes da. *Tratamento adequado de demandas repetitivas no primeiro grau: uma análise a partir do novo Código de Processo Civil*. Dissertação apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, na



Linha de Pesquisa em Direito das Relações Sociais, sob a Área de Concentração em Direito Processual Civil. Curitiba: edição do autor, 2019.

DANTAS, Bruno. *Teoria dos Recursos Repetitivos*: tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e ao STJ (arts. 543-B e 543-C do CPC). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

VITORELLI, Edilson. Decisão judicial por métodos estatísticos: novos horizontes para as causas repetitivas? *Revista de Processo: RePro*, São Paulo, v. 44, n. 298, p. 387-414, dez. 2019.

ZARONI, Bruno Marzullo. Multidistrict litigation: a experiência norte-americana na tutela dos interesses de massa. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, ano X, n. 55, jul.-ago., 2013.