

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

PROVAS VIRTUAIS

Fernanda do Nascimento Campos

Presidente Prudente /SP
2005

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

PROVAS VIRTUAIS

Fernanda do Nascimento Campos

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação da professora Raquel Rosan Christino Gitahy.

Presidente Prudente /SP
2005

PROVAS VIRTUAIS

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como
requisito parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Raquel Rosan Christino Gitahy
Orientadora

Fabiana Junqueira Tamaoki
Examinadora

Leila Raquel Garcia
Examinadora

Presidente Prudente, 29 de Novembro de 2005

Criamos a época da velocidade, mas nos sentimos enclausurados dentro dela. A máquina, que produz abundância, tem-nos deixado em penúria. Nossos conhecimentos fizeram-nos céticos; nossa inteligência, empedernidos e cruéis. Pensamos em demasia e sentimos bem pouco.

Mais do que máquinas, precisamos de humanidade. Mais do que inteligência, precisamos de afeição e doçura. Sem essas feições a vida será de violência e tudo será perdido.

Charles Chaplin.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pela oportunidade de conquistar este objetivo, após cinco anos, difíceis, exaustivos, mas, principalmente, maravilhosos. Pela saúde e força que sempre me deu nos momentos de indecisão, cansaço e medo de não conquistar meus projetos e sonhos.

À minha família, em especial meus pais, Paulo de Góis Campos e Sonia Aparecida do Nascimento Campos, pela dedicação que tiveram para que eu alcançasse meus propósitos e por acreditarem no meu potencial, mesmo em meio a dificuldades. O amor e o incentivo que recebi ao longo desses anos serviram de base para o meu presente e futuro.

Também agradeço às minhas irmãs Ana Paula do Nascimento Campos e Renata do Nascimento Campos, por estarem ao meu lado, torcendo pela minha vitória.

Ao meu namorado Wellington Victor dos Santos, pelo companheirismo, amor e paciência que teve nos momentos em que achei que não seria capaz, nas minhas horas de nervosismo, e me incentivou a não desistir nunca dos meus sonhos.

À minha orientadora Raquel Rosan Christino Gitahy pela atenção, dedicação, incentivo, ensinamentos. Sempre disposta a ajudar, sua maneira de agir me transmitiu a serenidade que precisei para concluir esse trabalho.

À professora Fabiana Junqueira Tamaoki, que além de ter contribuído para minha formação acadêmica, aceitou ser examinadora do meu trabalho. À professora Leila Raquel Garcia, que desde o início do curso, no estágio no Juizado Especial Cível da Toledo, esteve disposta a ajudar e transmitir seus ensinamentos, e que também, gentilmente aceitou fazer parte da banca examinadora.

Agradeço também aos professores da Faculdade de Direito da Toledo que despertaram em mim o interesse e a paixão pelo curso. Sem eles, a caminhada seria mais difícil.

Não poderia deixar também de agradecer aos amigos do 5º “B” de Direito de 2005. Não existem palavras para expressar o quanto foi bom o companheirismo e a convivência. Parece que foi ontem que nos conhecemos, começamos a compartilhar as alegrias e tristezas, o medo das provas, momentos de tensão, as risadas, as conquistas. Tudo isso contribuiu para meu crescimento e amadurecimento e levarei para sempre em minha lembrança.

“Sonho que se sonha só, é só um sonho que se sonha só; mas sonho que se sonha junto é realidade”.(Raul Seixas)

RESUMO

No presente trabalho há a discussão da validade das provas virtuais. Tais provas, oriundas dos modernos processos tecnológicos, não são expressamente previstas em lei, visto que a evolução da Internet não vem sendo acompanhada pela legislação. O tema é de relevante importância, uma vez que as relações jurídicas estabelecidas virtualmente estão crescendo e necessitam de amparo jurídico para a solução dos conflitos que ganham dimensões consideráveis. O Direito, se comparado com os meios virtuais, é conservador, pois não absorve com agilidade os fatos novos. O estudo analisou os aspectos gerais das provas no processo civil brasileiro, conceituando o quem a ver a ser a prova, os meios de prova e seus princípios orientadores. Traz a definição de “o virtual”, indicando as novas contribuições que este ambiente vem trazendo, em especial a Internet. Este estudo visa mostrar que o assunto, apesar de não possuir legislação própria, gera inúmeras posições, tanto pela doutrina como na jurisprudência, acerca da aceitação das provas virtuais no processo. Conclui-se que as provas virtuais são consideradas vulneráveis por não serem palpáveis, não transmitirem segurança nas informações àqueles que dela se utilizam. Todavia, conforme já demonstra alguns julgados, é possível que se aceite as provas virtuais no processo, mediante determinadas condições que confirmem a existência do documento, como o exame pericial e a assinatura digital. Por fim, a modernização das formas de produção de prova é válida desde que seja útil e eficaz no descobrimento da verdade real e que não atentem contra os princípios processuais e constitucionais.

Palavras-Chave: Provas virtuais. Verdade real. Documentos eletrônicos. Correio eletrônico. Assinatura digital

ABSTRACT

In the present work it has the quarrel of the validity of the virtual tests. Such tests, deriving of the modern technological processes, express are not foreseen in law, since the evolution of the Internet does not come being folloied for the legislation. The subjects is of excellent importance, a time that the legal relationships established virtually are growing and need legal support for the solution of the conflicts that gain dimensions considerable. The Right, if compared with the virtual ways, is conservative, therefore it does not absorb with agility the new facts. The study it analyzed the general aspects of the tests in the Brazilian civil process, appraising who to see to be the test, the orienting evidences and its principles. It brings the definition of "the virtual one", indicating the new contributions that this environment comes bringing, in special the Internet. This study it aims at to show that the subject, although not to possess proper legislation, generates innumerable positions, as much for the doctrine as in the jurisprudence, concerning the acceptance of the virtual tests in the process. It is concluded that the virtual tests are considered vulnerable by not being concrete, not to transmit security in the information to that of it if they use. However, as already it demonstrates some judgeships, it is possible that if it has accepted the virtual tests in the process, by means of determined conditions that confirm the existence of the document, as the expert examination and the digital signature. Finally, the modernization of the forms of test production is valid since that it is useful and efficient in the discovery of the real truth and that they do not attempt against the procedural principles and constitutional.

Keywords: Virtual tests. Real truth. Electronic documents. E-mail. Digital signature.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1. DAS PROVAS	11
1.1 Conceito de prova	11
1.2 Objeto das provas.....	12
1.3 Meios de prova.....	14
1.3.1 Depoimento pessoal.....	15
1.3.2 Confissão	17
1.3.2.1 Requisitos da confissão.....	18
1.3.2.2 Espécies de confissão.....	18
1.3.2.3. Efeitos da confissão	19
1.3.2.4. Irretratabilidade e indivisibilidade da confissão	19
1.3.3 Exibição de documento ou coisa	20
1.3.4 Prova documental	20
1.3.5 Prova testemunhal.....	22
1.3.6 Prova pericial	24
1.3.7 Inspeção judicial	25
1.4 Princípios processuais relativos à prova	26
1.4.1 Princípio da verdade real	26
1.4.2 Princípio dispositivo e princípio inquisitivo.....	28
1.4.2.1 Princípio dispositivo	28
1.4.2.2 Princípio inquisitivo.....	29
1.4.3 Ônus da prova	30
1.4.4 Princípio da imparcialidade do juiz	32
1.4.5 Princípio do livre convencimento motivado.....	33
1.4.6 Princípio do contraditório e da ampla defesa.....	35
CAPÍTULO 2. O VIRTUAL.....	36
2.1 Conceito de “O Virtual”	36
2.1.1 O atual e o virtual.....	37
2.1.2 A desterritorialização	39
2.2 A existência do virtual no mundo atual	39
2.2.1 As gerações de direito.....	39
2.2.2 O Ciberespaço e a Internet.....	40
2.2.3 Principais modos de comunicação e de interação possibilitados pelo ciberespaço	42
2.2.3.1 O correio eletrônico	42
2.2.3.2 A <i>World Wide Web</i> (www)	44
2.2.3.3 <i>Chats</i>	45
CAPÍTULO 3. DAS PROVAS VIRTUAIS	47
3.1 O conceito de documento nos dias de hoje.....	47

3.2 Validade jurídica dos documentos oriundos do mundo virtual	49
3.2.1 Requisitos do documento eletrônico como meio de prova	49
3.2.2 A utilização dos meios virtuais como prova no processo civil.....	51
3.2.2.1 A inadmissibilidade dos meios virtuais como prova no processo civil em face da Constituição Federal	52
3.2.2.2 A admissibilidade dos meios virtuais como prova no processo civil - a utilização da perícia.....	52
3.2.2.3 A admissibilidade dos meios virtuais em conjunto com outros meios de prova admitidos no processo civil.....	56
3.2.2.4 A admissibilidade dos meios virtuais através da utilização da assinatura digital e da criptografia.....	57
3.2.2.5 A corrente majoritária.....	60
3.2.3 A assinatura e a certificação digital – uma breve conceituação	60
3.2.4 Regulamentação das provas virtuais.....	63
CAPÍTULO 4. PROVAS VIRTUAIS NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS	67
4.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1488-9- medida liminar. STF.....	67
4.2 Habeas Corpus nº 76.689-0 Paraíba. STF.....	69
4.3 Agravo de Instrumento nº N° 568.438 - RJ (2003/0210149-9). STJ	71
4.4 Apelação Cível nº 04.012152-0. TJ/SC	72
4.5 Agravo de Instrumento nº 229.489-4/5-00 – TJ/SP.....	76
CONCLUSÃO	79
BIBLIOGRAFIA.....	81

INTRODUÇÃO

É de muita relevância o estudo do presente tema para o Direito, uma vez que a Internet, obra da evolução humana, tornou-se fenômeno social e nova forma de se estabelecer relação jurídica entre as pessoas. Tal estudo contribui para o melhor entendimento de que as operações dela nascidas são carentes de proteção jurídica para a solução dos conflitos que começam a ganhar dimensões consideráveis. Assim, em conformidade com o que foi dito, Liliana Minardi Paesani (PAESANI, 2003) dispõe que o Direito é sempre conservador, se comparado com a dinâmica da Internet, cuja capacidade de fatos novos quase que impossibilita o legislador de acompanhar seus passos.

De tal modo, surgem numerosos conflitos ligados à realidade da informática, a saber: os atos cometidos no meio eletrônico podem servir de prova no processo? O e-mail como prova fere o direito à intimidade, previsto na Constituição Federal? As provas virtuais, por si só, provam sua existência e sua integridade original, sendo considerado prova documental ou é necessário perícia técnica para analisar sua validade? De que forma a aceitação das provas virtuais afeta as relações jurídicas? Há um modelo rígido de provas a serem utilizadas? Existe um limite para se demarcar as provas utilizadas nos dias atuais? O que se tem decidido nos tribunais sobre a validade probatória do *e-mail* em processos judiciais? Em que sentido apontam suas decisões?

No primeiro capítulo, discorreremos acerca das provas no processo civil, conceituando-as. Demonstraremos seu objeto e os meios de prova elencados no Código de Processo Civil, muito embora o legislador tenha definido que se admite qualquer meio de prova que comprove a verdade dos fatos, desde que seja legal e moralmente legítimo. Falaremos ainda dos princípios norteadores das provas.

No segundo capítulo, abordaremos o conceito de “O Virtual”, buscando desmistificar a idéia da contraposição entre o real e o virtual. Explanaremos acerca da existência do virtual no mundo atual; o novo ambiente criado pelo virtual, conceituado de *ciberespaço* e os principais modos de comunicação e de interação possibilitados pelo ciberespaço, como o correio eletrônico, a *World Wide Web* (www) e os *chats*.

No terceiro capítulo falaremos sobre a prova virtual, a validade jurídica dos documentos oriundos do mundo virtual e seus requisitos. Explanaremos sobre alguns

posicionamentos doutrinários sobre a admissibilidade (ou não) das provas virtuais no processo civil e a demonstração da inexistência de regulamentação do assunto aqui tratado.

No quarto capítulo exporemos alguns julgados encontrados sobre os posicionamentos de alguns Tribunais brasileiros acerca da admissão das provas oriundas dos processos tecnológicos. Deve se ressaltar a grande dificuldade apresentada em se encontrar jurisprudências sobre o assunto, o que só vem confirmar que tal matéria é pouco debatida no mundo jurídico.

Por todo o exposto, deve-se dizer que este trabalho busca clarificar tal conflito à luz dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema abordado, tendo em vista que não é tratado especificamente em legislação. Como objetivo específico, há a discussão em torno da validade das provas virtuais tais como provas tradicionais. Não tem como objetivo esgotar o assunto aqui tratado, nem mesmo fazer conclusões definitivas sobre o tema, tendo em vista que a Internet e os meios de prova que são oriundas dela vêm evoluindo a cada dia, sem que haja previsões para o seu futuro.

CAPÍTULO 1. DAS PROVAS

1.1 Conceito de prova

A Constituição Federal garante a todas as pessoas, em seu artigo 5º, inciso XXXV, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.

Entende-se, analisando tal dispositivo, que o Estado, a partir do momento que vedou a autotutela, deixou exclusivamente em suas mãos a responsabilidade de analisar e resolver os litígios ocorridos, conferindo a todos o direito de verem suas demandas apreciadas.

Contudo, de nada adiantaria ter o direito de ir a juízo se não houvesse possibilidade de comprovar as alegações deduzidas. Desta forma, as partes necessitam, dentro do processo, de meios de comprovarem ao juiz a realidade dos fatos. Do contrário, a garantia de ação seria um direito puramente formal.

Conseqüentemente, autor e réu, para que possam defender, respectivamente, a pretensão e a resistência do outro, deverão invocar fatos para que o juiz possa analisá-los e definir a solução jurídica para o litígio estabelecido entre as partes. Tais fatos são denominados provas.

A palavra prova tem origem no latim *probatim*, podendo ser traduzida como confirmação, reconhecimento, dando origem ao verbo *probare*.

Paulo Roberto Benasse dispõe sobre o sentido jurídico de “prova”:

Conjunto de meios regulares e admissíveis que se empregam para demonstrar a verdade ou falsidade de um fato conhecido ou controvertido, ou para convencer da certeza de um ato ou fato jurídico.(BENASSE, 2000. p. 264).

Deste modo, prova nada mais é que o meio hábil para a demonstração da existência de um fato, formando a convicção do magistrado acerca da lide.

Arruda Alvim também preleciona sobre o assunto prova:

A prova, entendida aqui como atividade probatória, diz respeito ao agir humano que, por definição, é finalístico; é assim, uma atividade intencional. Todo aquele que prova, deseja, obter um certo e determinado resultado: a convicção do juiz. Se num certo processo foram produzidas provas, por ambas as partes, e o juiz deu ganho de causa a uma delas, há que se considerar sob certo prisma que, nessa hipótese, a prova oferecida por ambas produziu efeitos em relação ao

juiz, visto que, efetivamente, a prova de que ganhou lhe formou a convicção; e a prova da que perdeu, ao contrário, porque carente de poder de convicção e, assim, inferior ao conjunto probatório da vencedora, ainda assim, e, embora, indiretamente, pode confirmar o poder de convicção da prova que embasa a decisão (ALVIM, 2003, p.467).

Para que se compreenda o verdadeiro conceito da palavra prova, necessário que haja o estudo de seu real significado sob dois pontos de vistas diversos, o subjetivo e o objetivo.

No sentido subjetivo, prova significa a certeza a respeito da veracidade da afirmativa feita, isto é, o convencimento que se forma no magistrado sobre a existência ou inexistência dos fatos alegados no processo. Já no enfoque objetivo, prova nada mais é que a totalidade de meios utilizados para demonstrar a existência de fatos relevantes para o processo.

O juiz deve analisar as provas demonstradas pelas partes para formar sua convicção. Todavia, se as questões discutidas no processo forem exclusivamente de direito, não há necessidade de demonstração, pois vale o princípio “o juiz conhece o direito”. Se as questões levantadas pelas partes são embasadas em fatos, necessário demonstrá-los. É o que diz João Batista Lopes:

Se as questões suscitadas pelas partes forem exclusivamente de direito (v.g., interpretação da lei, aplicação de súmulas, princípios gerais de direito etc.), caberá ao juiz resolvê-las logo após a fase postulatória, sem maiores delongas. Diversamente, se as questões discutidas nos autos estiverem escoradas em fatos (isto é, acontecimentos da vida que decorrem conseqüências jurídicas), poderá ser necessário demonstrar-lhes a existência, quando negada. Tem-se, pois, que as questões de direito não exigem demonstração, porque o juiz tem o dever de conhecê-las (*iura novit curia*). E quanto às questões de fato, poderá haver necessidade de demonstrá-las, porque o juiz, para decidir, terá de buscar a verdade.(LOPES, 1999. p. 21).

1.2 Objeto das provas

Pelo disposto no artigo 332 do Código de Processo Civil, o objeto das provas consiste na demonstração dos fatos. Melhor dizendo, baseia-se na manifestação da veracidade ou existência do fato que precisa ser provado. Nelson Nery Junior comenta sobre o objeto da prova:

Objeto da prova. O fato probando, isto é, o fato objeto da prova, é o fato controvertido. É controvertido o fato afirmado por uma parte e contestado especificamente pela outra. Os fatos incontrovertidos não podem ser objeto de prova (CPC 334). O direito também não pode ser objeto da prova porque *mihi factum, dabo tibi jus*, o que significa que a parte deve dar fatos ao juiz, a quem cabe aplicar o direito (*iura novit curia*). Excepcionalmente, o sistema admite a prova do direito (municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário) (CPC 337). (NERY JUNIOR, 2003, p.721).

De tal modo, o que é necessário ser provado são os fatos pertinentes, relevantes e controversos ao processo.

Fatos pertinentes são os que têm relação com a causa, de forma direta ou indireta. Por exemplo, em uma ação de danos materiais, necessário que se demonstre o evento que deu causa aos danos, a conduta ilícita do réu.

Fatos relevantes são os acontecimentos que, sendo pertinentes, influenciam o julgamento da lide. No mesmo exemplo, necessário que se comprove a extensão dos danos, a possibilidade de conduta diversa do réu, mas é irrelevante que se demonstre que o réu é casado ou então que se saiba que ele é universitário etc.

Fatos controversos são os que, afirmados por uma das partes, são refutados pela parte contrária. Por conseguinte, no exemplo já declinado, poderá o réu impugnar a alegação de culpa pelos danos.

Pelo artigo 334 do Código de Processo Civil (CPC), não dependem de prova os fatos notórios, os fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, aqueles admitidos no processo como incontrovertidos e em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade.

Por fatos notórios, entende-se que são aqueles de conhecimento de um determinado grupo social, não necessitando que seja de conhecimento de todos.

Fatos confessados são os que, afirmados por uma parte, são corroborados pela parte contrária, de forma judicial ou extrajudicial, espontânea ou provocada.

Os fatos incontrovertidos são aqueles que, alegados pelo autor e não contestados pelo réu, não geram dúvidas, presumindo-se verdadeiros.

Também existem fatos que o legislador faz presumir, de maneira relativa ou absoluta, a sua existência ou veracidade, como no caso da revelia, em que os fatos afirmados pelo autor

são presumivelmente verdadeiros, independentemente de prova em audiência, em consonância com o artigo 319 do CPC.

Por fim, também não é necessário que as partes provem o direito, pois vale a máxima já enunciada: “o juiz conhece o direito”. Há, porém, no artigo 337 do Código de Processo Civil, exceções a esse princípio: “A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz.”

Em síntese, as partes não necessitam demonstrar o direito, apenas sendo necessário que se faça a prova do direito municipal, estadual, estrangeiro e do direito consuetudinário, que são os costumes.

1.3 Meios de prova

Prova é o conjunto ou meios que demonstram o acontecimento de fatos relevantes no processo. A convicção do julgador será fundamentada nesses elementos ou meios probatórios contidos no processo, para que não forme sua opinião com impressões pessoais.

Conforme preconiza Nelson Nery Junior meios de prova são os “meios processuais ou materiais considerados idôneos pelo ordenamento jurídico para demonstrar a verdade, ou não, da existência e verificação de um fato jurídico” (NERY JUNIOR, 2003, p. 332).

A Constituição Federal, de 1988, prevê em seu artigo 5º, inciso LVI, que: “são inadmissíveis, no processo, as **provas obtidas por meios ilícitos**”.

Ainda o Código de Processo Civil, em seu artigo 332, acerca dos meios de prova prevê que: “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”.

Entende-se, assim, que os meios de prova, para que sejam válidos em um processo, não precisam estar expressamente previstos no ordenamento. O meio de prova, para ser em juízo aceitável, deve ser moralmente legítimo, ser revestido de legalidade e não ser produzido através de meio ilícito.

O Código de Processo Civil prevê, expressamente, como meios de provas juridicamente admissíveis os seguintes:

I - Depoimento pessoal (artigos 342-347);

II - Confissão (artigos 348-354);

III - Exibição de documento ou coisa (artigos 355 e 363);

IV - Prova documental (artigos 364-391);

V - Prova testemunhal (artigos 400-419);

VI - Prova pericial (artigos 420-439);

VII - Inspeção judicial (artigos 440-443).

O legislador, ao elencar os meios de prova, o fez apenas de maneira exemplificativa, não exaustiva. Para ser meio de prova, basta apenas que preencha os requisitos do artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal e do artigo 332 do Código de Processo Civil.

Eis, de forma concisa, alguns meios de prova.

1.3.1 Depoimento pessoal

O depoimento pessoal é utilizado no processo civil como meio de prova, apesar do manifesto interesse que as partes têm no resultado do processo, gerando uma relativa insegurança em suas afirmações e declarações. Não teria sentido a parte prestar seu próprio depoimento para fazer prova em seu favor, mas sim a parte contrária pode ter interesse em ouvi-lo para eventualmente obter uma confissão.

Nelson Nery Junior conceitua depoimento pessoal: “É meio de prova que tem como principal finalidade fazer com que a parte que o requereu obtenha a confissão, espontânea ou provocada, da parte contrária sobre fatos relevantes à solução da causa”.(NERY JUNIOR, 2003, p.732).

A finalidade do depoimento pessoal, portanto, é provocar a confissão do adversário. Porém, não se pode afastar a idéia de que o depoimento pessoal pode beneficiar a própria parte depoente, conforme jurisprudência abaixo:

Diante do princípio da liberdade do juiz na valoração da prova (art. 131 do Código de Processo Civil), é possível que o magistrado,

fundamentando adequadamente a sentença, confira ao depoimento pessoal a natureza de fonte probatória em favor do próprio depoente. (RT 601/207) (NEGRÃO, 2004, p. 445).

O regime do depoimento pessoal é estabelecido pelo artigo 343 do Código de Processo Civil, que prescreve: “Quando o juiz não o determinar de ofício, compete a cada parte requerer o depoimento pessoal da outra, a fim de interrogá-la na audiência de instrução e julgamento”.

Com relação ao depoimento pessoal, algumas dificuldades surgem. A primeira complicação é saber se cabe o depoimento pessoal prestado por procurador. A doutrina e jurisprudência se dividem. Há quem entenda que é inadmissível a colheita do depoimento por esse modo, em razão do caráter personalíssimo do ato. Outra posição entende que o depoimento prestado por procurador com poderes especiais é possível. O doutrinador Nelson Nery Junior argumenta da seguinte forma:

O depoimento da parte pode ser prestado por procurador com poderes especiais para depor e para confessar (CC 661 § 1º; CC/1916 1295 § 1º). Uma das finalidades do depoimento pessoal é possibilitar que o juiz provoque a confissão da parte. Se seu mandatário não tiver poderes para confessar, seu depoimento não deve ser aceito e seu comparecimento não exime o depoente faltoso de suportar o ônus da confissão ficta dos fatos alegados pelo autor. (NERY JUNIOR, 2003, p.733).

Já a jurisprudência ressalta que apenas em casos excepcionais há tal possibilidade:

É da tradição de nosso direito processual que o depoimento da parte pode ser feito por meio de procurador (RT 481/165, RP 5/325 e RF 256/258, maioria dos votos), desde que tenha recebido poderes específicos para prestá-lo e para confessar (RT 679/147, RJTJ ESP 89/233, JTJ 186/144, JTA 86/349. Lex-JTA 138/463, 167/269). V.LJE 9º § 4º.

No mesmo sentido, porém com a restrição de que só é cabível a título excepcional o depoimento por procurador, desde que tenha conhecimento próprio das circunstâncias de fato: RT 740/427, RJ 175/74, RP 1/199, em. 40. Admitindo-o sem restrição: STF-RE 85.655, em RP 6/307, em. 60; JTA 76/343; TJBA-RBDP 40/134). (NEGRÃO, 2004, p. 447).

Outra questão que se coloca sobre o depoimento é se pode ser feito por carta precatória, isto é, se pode ser colhido fora da comarca em que tramita o processo. Sobre o assunto:

Só as partes residentes na própria comarca em que o juízo tem sede estão obrigadas a comparecer à audiência, desde que previamente intimadas; as demais somente irão se quiserem; não o querendo, serão ouvidas por precatória (RT 669/114, JTA 104/161, mandado de segurança concedido, 128/99, RJ 254/80, Bol. AASP 1.480/102). (NEGRÃO, 2004, p. 446).

Conforme disposto no artigo 343, § 1º do Código de Processo Civil, a parte será intimada pessoalmente, constando do mandado que se presumirão confessados os fatos contra ela alegados, caso não compareça, ou, comparecendo, se recuse a depor. Assim, é pressuposto para cabimento da pena de confesso que a parte seja previamente intimada para prestar depoimento pessoal e advertida do risco de aplicação da pena. Todavia, por tratar-se de confissão ficta, vale apenas como verdade provisória, a ser analisada com os demais elementos de prova.

Por fim, por força do disposto no artigo 347 do Código de Processo Civil, a parte poderá ser dispensada do depoimento sobre fatos criminosos ou torpes a ela imputados ou a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo.

1.3.2 Confissão

A confissão é conceituada como meio de prova, com natureza jurídica de negócio unilateral, capaz de levar o magistrado a formar seu convencimento.

O Código de Processo Civil define, no artigo 348, o que vem a ser confissão: “Há confissão, quando a parte admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário”.

Segundo conceitua João Batista Lopes: “(...) entende-se por confissão o ato (declaração) voluntário pelo qual a parte admite como verdadeiro fato que lhe é prejudicial, alegado pelo adversário”.(LOPES, 1999, p. 89).

Desta forma, define-se que confissão é o meio de prova na qual a parte assume a veracidade de um fato que está em discussão no processo e que seja desfavorável ao seu interesse e conveniente ao adversário.

Há doutrinadores que não admitem que a confissão seja um meio de prova, pois, se a parte confessar, os fatos deixam de ser controvertidos, e, assim, torna desnecessária a

produção de prova. Apesar deste pensamento, já se considerou a confissão como “a rainha das provas”, tendo em vista que confessar em juízo seria o mesmo que se condenar. Tal concepção é vista com ressalvas em face do livre convencimento do juiz.

1.3.2.1 Requisitos da confissão

Podem-se enumerar os seguintes requisitos para a eficácia da confissão, conforme disciplina Humberto Theodoro Júnior:

- a) Capacidade plena do confitente;
- b) Inexigibilidade de forma especial para a validade do ato jurídico confessado (v.g., será ineficaz a confissão da compra e venda de um imóvel sem a transcrição no Registro de Imóveis);
- c) Disponibilidade do direito relacionado com o fato confessado (por ex, será ineficaz a confissão que implicar renúncia de alimentos).

1.3.2.2 Espécies de confissão

Conforme disposto no artigo 348, 2ª parte do Código de Processo Civil, a confissão pode ser judicial ou extrajudicial:

- a) Judicial: obtida dentro do processo. Pode ser real ou ficta.
 - a.1) Real: Surgida por manifestação de vontade do confitente. Subdivide-se em:
 - Espontânea: quando requerida pelo confitente. É admissível a qualquer tempo e pode ser feita pela própria parte, pessoalmente, ou por procurador investido de poderes especiais (art 349, parágrafo único).
 - Provocada: quando obtida mediante interrogatório da parte, em seu depoimento pessoal (art. 349, caput), na audiência de instrução e julgamento ou em outra especialmente designada para tomá-lo. Aqui não há o propósito, o ânimo da parte em confessar; a sua confissão é provocada por meio de perguntas que lhe são formuladas pelo juiz, pela parte contrária ou pelo Ministério Público.
 - a.2) Ficta: É aquela que resulta, como sanção, da recusa da parte cujo depoimento foi requerido, a comparecer ou a depor. Não existe nessa modalidade de confissão a vontade de a parte confessar. É, por conseguinte, uma confissão tácita. Verifica-se, nas seguintes hipóteses:

ausência injustificada da parte à audiência em que deveria prestar depoimento pessoal (art. 343, § 2º); recusa, sem justificativa legal, em responder às perguntas que lhe são formuladas (artigos 345, 1ª parte); fazer uso de desculpas arditosas, ao responder às perguntas (artigos. 345, 2ª parte).

b) Extrajudicial: é aquela que ocorre fora do processo, diretamente à parte adversária ou seu representante, e não no decorrer do processo ou dentro deste. Possui o mesmo valor probante que a confissão judicial.

1.3.2.3. Efeitos da confissão

O efeito fundamental da confissão consiste no reconhecimento quanto a serem verdadeiros os fatos alegados pela parte contrária, podendo ser expresso, como na confissão espontânea e provocada, ou não expresso, como ocorre na confissão ficta. Na confissão espontânea há eficácia plena, absoluta, tendo em vista que decorre da vontade da pessoa. No caso da confissão provocada, a eficácia também é plena, embora não tenha provindo da vontade da parte, a confissão foi por esta manifestada. Por fim, na confissão ficta, a eficácia é relativa, visto que a parte não manifestou a sua vontade de confessar.

Em consonância com o art. 350 do Código de Processo Civil, a confissão judicial faz prova contra o confitente, não prejudicando, todavia, os litisconsortes.

1.3.2.4. Irretratabilidade e indivisibilidade da confissão

Uma vez prestada a confissão, esta se torna irretratável, não podendo ser revogável. Significa dizer que o confitente não pode voltar atrás. Todavia, ocorre a revogação da confissão quando houver algum vício de vontade (erro, dolo, coação).

A indivisibilidade da confissão é outra característica, que vem consagrada no artigo 354 do Código de Processo Civil, que diz: “A confissão, de regra, é indivisível, não podendo a parte, que a quiser invocar como prova, aceitá-la no tópico que a beneficiar e rejeitá-la no que lhe for desfavorável”. Assim, não pode a parte, a quem a confissão beneficia, invocar tópico que lhe é favorável e rejeitar o que lhe é desvantajoso.

Todavia, o artigo 354, parte final, trata da divisibilidade da confissão no caso em que o confitente aduzir fatos novos, capaz de constituir fundamentos de defesa de direito material ou

de reconvenção. O que tal artigo prevê é que, em se tratando de fatos novos, a confissão não produzirá efeitos com relação a estes, mas apenas, quanto aos fatos anteriores, alegados pela parte contrária.

1.3.3 Exibição de documento ou coisa

O juiz, na busca da solução do litígio, tem o poder de determinar, de ofício ou a requerimento da parte, a exibição de documento ou coisa que se ache na posse das partes ou de terceiros, sempre que a análise desses bens for útil ou necessário para a instrução do processo. Essa é a regra do artigo 355 e seguintes do Código de Processo Civil.

A exibição pode dar-se no curso do processo, nos próprios autos, ou em separado, na forma da medida cautelar.

Caso a parte se negue à exibição, serão admitidos como verdadeiros os fatos que, por meio de documento ou da coisa, a outra parte pretendia provar, podendo determinar a apreensão e a responsabilização por desobediência, se persistente a recusa, conforme o artigo 350 do Código de Processo Civil.

O artigo 356 do mesmo *Codex* elenca os requisitos da exibição de documentos ou coisas: individualização, tão completa quanto possível do documento ou da coisa; a finalidade da prova, indicando os fatos que se relacionam com o documento ou a coisa, bem como as circunstâncias em que se funda o requerente para afirmar que o documento ou a coisa existe e se acha em poder da parte contrária.

1.3.4 Prova documental

O Código de Processo Civil, expressamente, admite vários meios de prova, dentre eles o documental. A origem da palavra documento é do latim *documentum*.

Segundo Amaral Santos, documento é "coisa representativa de um fato e destinada a fixá-lo de modo permanente e idôneo, reproduzindo-o em juízo". (SANTOS, 1999, p. 385).

Em alguns casos, torna-se necessário, para o exame do caso, a comprovação escrita do fato alegado, tendo em vista a segurança nas relações jurídicas. Tal modalidade de prova, desta forma, é avaliada como documental.

Assim, pode se entender que prova documental é aquela que se baseia em um documento, com a finalidade de reproduzir materialmente um fato alegado por uma das partes.

Em sentido lato, documento pode englobar os escritos e outros meios que transmitam diretamente um apontamento físico a respeito de algum acontecimento, como por exemplo, fotografias, gravações sonoras etc. Em sentido estrito, ao falar-se em documento, trata-se especificadamente dos documentos escritos, em que os eventos são registrados através de palavras, em papel ou outro meio.

Em conformidade com o artigo 396 do Código de Processo Civil, a fase adequada para a produção de prova documental é na fase postulatória: para o autor, na petição inicial, e para o réu, na contestação. Todavia, a doutrina entende que apenas os documentos fundamentais, que provam os fatos embasadores do pedido e da causa de pedir estão sujeitos a tal determinação. Os documentos secundários, que demonstram outras alegações, podem ser juntados posteriormente. Há doutrinadores entendendo que, desde que a parte esteja de boa-fé, deve se possibilitar a juntada de documentos, dando sempre oportunidade à parte contrária de manifestar-se contrariamente ao documento.

A jurisprudência dominante entende dessa maneira:

O STJ “só considera preclusa a oportunidade de ser feita a prova documental se forem os documentos prova indispensável” (STJ - 2ª Turma, REsp 404.002-SP, rel. Min. Eliana Calmon, j. 3.9.02, deram provimento, v.u., DJU 4.11.02, p. 189). Apenas esses documentos “tidos como indispensáveis, porque pressupostos da ação, é que devem acompanhar a inicial e a defesa”. No curso do processo, admite-se a juntada aos autos de outra espécie de documento, “seja por não ser ele substancial (exigido por lei) ou fundamental (que constitui o fundamento da causa de pedir), mas apenas probatório, esclarecedor dos fatos” (STJ-4ª Turma, REsp 181.627-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 18.3.99, não conheceram, v.u., DJU 21.6.99, p. 164). (NEGRÃO, 2004, p.465).

Os documentos, com relação à forma que se apresentam, podem ser classificados em públicos e particulares, conforme emanem de funcionários ou servidores públicos ou elaborados pelas próprias partes.

Também se classificam em documentos diretos e indiretos. Os primeiros representam o fato diretamente. Exemplo dessa espécie são as imagens fotográficas. Já os documentos indiretos são aqueles em que os fatos são representados através de opinião e pensamentos de

uma pessoa, como um texto escrito. Nestes, a identificação da autoria é necessária para que tenha valor probatório.

O documento público tem presunção *juris tantum* de autenticidade, desde que elaborado por funcionário competente. A presunção é relativa, pois incumbe à parte que alega provar a falsificação. Apenas tem presunção de veracidade os fatos que o funcionário público declarar em sua presença, conforme dispõe o artigo 364 do Código de Processo Civil.

Com relação aos documentos particulares, não há necessidade de se fazer prova por outros meios quando na declaração constar assinatura do declarante, pois há presunção de veracidade em favor do autor do documento. Nada obstante, a declaração pode referir-se ao conhecimento de determinado fato, caso em que não se dispensa prova se o fato for rejeitado.

Apesar da não existência de uma escala de valores das provas no processo civil, a prova documental possui grande importância no convencimento do juiz, em decorrência de sua autenticidade, que demonstra a existência do fato objeto de litígio.

1.3.5 Prova testemunhal

João Batista Lopes define como prova testemunhal: “(...) a que é produzida mediante inquirição de pessoas estranhas ao processo, que têm conhecimento de fatos ou atos cuja demonstração interessa à solução da causa”.(LOPES, 1999, p. 131).

Testemunhas são pessoas estranhas ao processo que comparecem em juízo para relatar fatos de que tem ciência e que interessam à solução da lide. Não devem manifestar a opinião sobre os acontecimentos, exceto quando não se pode separar da narrativa, mas sim depor sobre os fatos pretéritos.

Na produção da prova testemunhal, a colheita deve ser embasada nas garantias que cercam o depoimento pessoal, como o depoimento em audiência, perante o juiz e as partes, sob compromisso legal assumido por aquele que está depondo.

As testemunhas dividem-se em: presenciais, de referência e referidas. As primeiras são as que assistiram pessoalmente ao fato objeto do litígio; as de referência são as que souberam através de terceiros; e, por fim, as referidas são as apontadas pelo depoimento de outra testemunha.

No sistema de livre convencimento adotado pelo processo civil brasileiro, a prova testemunhal não é mais nem menos admirável do que os outros meios de prova. O valor do testemunho dado é feito pela combinação com as alegações das partes, documentos e outros meios que sejam levados ao processo.

Através do brocardo jurídico *testis unus, testis nullus lat*, (testemunha única, testemunha nula), entendia-se que o testemunho de uma única pessoa não era válido, o que não geraria eficácia para a demonstração do fato. Todavia, tal aforismo não vigora mais no ordenamento brasileiro, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Abaixo, jurisprudência a respeito da validade da testemunha única:

Prova. Testemunha única. O fato da parte ter apresentado apenas uma testemunha não é motivo para que se entenda que não fez prova de ser considerada válida, pois não mais se aplica no direito processual moderno o velho brocardo "testis unus testis nullus". Ac. unânime TRT 9ª Região 2ª T (Ro-4612/87), Rel. Juiz Bento de Oliveira, DJ/PR 03.08.1988, pág. 120.

A prova testemunhal é produzida na audiência de instrução e julgamento e pode ser requerida pelo autor na petição inicial, e pelo réu na contestação, no protesto genérico de provas. O rol deve ser oferecido no prazo que o juiz fixar, ou, na sua omissão, em até dez dias antes da audiência, pelo disposto no artigo 407 do Código de Processo Civil, caso se trate de procedimento ordinário. No sumário, o rol deve acompanhar a inicial ou a contestação. O prazo é estabelecido para que a parte contrária conheça com antecedência as testemunhas, podendo oferecer contradita, isto é, apontar ao juiz as causas de impedimento ou os motivos de suspeição (art. 414, §1º do CPC).

Em regra, as testemunhas são intimadas a depor na data indicada e, caso não compareçam, pode ser levada coercitivamente; entretanto, a parte pode dispensar a intimação caso se comprometa a levar a testemunha à audiência, implicando em desistência da oitiva se a testemunha não se apresenta.

O momento oportuno da produção de prova testemunhal é na audiência de instrução e julgamento, após os esclarecimentos dos peritos e dos depoimentos pessoais das partes. Fora da audiência, mas em juízo, podem ser ouvidas antecipadamente quando houver necessidade, como no caso de viagem, e nas hipóteses de carta precatória e rogatória.

Fora do juízo há também hipóteses de oitiva de testemunhas, como no caso de doença ou outro motivo relevante, em que há impossibilidade de comparecer em juízo. Também é possível nas hipóteses do artigo 411 do Código de Processo Civil, nos casos de autoridades, como o Presidente da República, senadores, etc.

1.3.6 Prova pericial

O juiz, nos casos em que a prova documental e a oral se mostrarem insuficientes, poderá valer-se da assistência de pessoas com conhecimentos especializados, a fim de submeter a exame pessoas, coisas ou documentos relacionados na demanda e constituir sua convicção para solucionar a causa. Nesses casos, haverá a utilização de prova pericial.

João Batista Lopes define a prova pericial: “Trata-se da espécie de prova produzida mediante o concurso de profissionais especializados ou pessoas experientes (não necessariamente profissionais de nível universitário)”.(LOPES, 1999, p.120).

Perícia traduz-se na observação, exame, comprovação a respeito da veracidade ou da realidade de certos fatos, por pessoa com conhecimento na matéria de que se trata.

As espécies de perícia são definidas pelo Código de Processo Civil, no artigo 420, consistindo em exame, vistoria e avaliação.

O *exame* funda-se na inspeção sobre coisas, pessoas ou documentos, com o escopo de constatação de fatos ou conjuntura de interesse da causa.

Vistoria é a inspeção realizada sobre imóveis para comprovação de circunstâncias relevantes para o deslinde da causa.

Avaliação ou *arbitramento* é a fixação ou estimação do valor de mercado de coisas móveis ou imóveis, direitos e obrigações em litígio.

A prova pericial, por ser meio de prova especial, que provoca despesas para as partes e retarda o processo, só pode ser admitida quando a elucidação do fato litigioso não puder ser feita pelos meios ordinários. Assim, quando for indispensável ao processo, o juiz deve admitir a perícia, para esclarecer questões técnicas ou especializadas. É o que se entende do parágrafo único do artigo 420 do CPC:

Art. 420, parágrafo único. O juiz indeferirá a perícia quando:

- I. A prova do fato não depender do conhecimento especial de técnico;

- II. For desnecessária em vista de outras provas produzidas;
- III. A verificação for impraticável.

O perito, pessoa com conhecimento específico e técnico em um determinado assunto, será pessoa escolhida pelo juiz. O pedido de perícia será feito, pelo autor, na inicial, e pelo réu, na contestação ou reconvenção, ou mesmo na réplica do autor à resposta do réu. Sua nomeação será feita pelo juiz no despacho saneador, quando houver necessidade de perícia no processo.

O código processual civil admite que as partes participem da perícia por meio da escolha de assistentes técnicos e formulação de quesitos (art. 421, §1º). O trabalho do perito é reduzido a laudo, que é depositado em cartório no mínimo 20 dias antes da audiência de instrução e julgamento.

A prova pericial não tem força de decisão arbitral. Trata-se de meio de auxiliar o convencimento do juiz sobre determinado fato, apurando a existência de fatos que dependam de conhecimento técnico (art. 436). Todavia, ao recusar o laudo pericial, o juiz deve motivar a formação de seu convencimento em sentido diverso.

1.3.7 Inspeção judicial

Segundo João Batista Lopes, “é o expediente pelo qual o juiz, pessoal e diretamente – portanto sem o concurso de intermediários -, examina pessoas ou coisas para aclarar fatos ou pontos duvidosos da causa”.(LOPES, 1999, p. 148).

Há doutrinadores que não consideram a inspeção judicial como meio de prova, todavia foi instituído no Capítulo VI Das Provas, do Código de Processo Civil, nos artigos 440 e seguintes. Assim sendo, o Código permite que o juiz proceda, *ex officio* ou a requerimento da parte, à inspeção de pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa.

A inspeção pode ter como objeto pessoas, partes ou não do processo, para verificar condições de vida, *coisas*, móveis ou imóveis e documentos de arquivos e por fim, *lugares*, quando houver necessidade de se conhecer detalhes de uma via onde ocorreu um fato.

Pelo disposto no art. 440 do CPC, a qualquer momento o juiz pode determinar a inspeção judicial.

1.4 Princípios processuais relativos à prova

A expressão princípio, derivada do latim *principium* (origem, começo), significa o primeiro instante em que as pessoas ou as coisas começam a existir. É a essência do ser, fundamento de todo o conhecimento.

Segundo Rui Portanova “os princípios não são meros acessórios interpretativos. São enunciados que consagram conquistas éticas da civilização e, por isso, estejam ou não previstos na lei, aplicam-se cogentemente a todos os casos concretos”.(PORTANOVA, 1997, p.14).

Pode-se vislumbrar ainda que princípios são normas abstratas, com certa indeterminabilidade na aplicação ao caso concreto. São linhas mestras sobre as quais se apóia o sistema normativo.

O doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello entende que a violação aos princípios é muito mais grave do que a transgressão a uma regra jurídica:

A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.(MELLO, 1999, p.748).

Sobre o tema aqui tratado, necessário demonstrar alguns princípios aplicáveis às provas, como se verá a seguir.

1.4.1 Princípio da verdade real

O conceito clássico de prova adotado pela doutrina reconhece, como regra, como o meio de alcance da verdade dos fatos no processo.

O Código de Processo Civil Brasileiro, no artigo 332, leva a essa definição, tendo em vista que coloca a prova como meio de se obter a verdade dos fatos, isto é, a finalidade da prova é a obtenção da verdade.

É de se observar, entretanto, que, a busca da verdade no processo judicial, às vezes é relativa, e não absoluta. Há um certo valor atribuído ao formalismo, que se sobrepõe à busca da verdade, que é meio de se atingir a solução do litígio.

Muito embora deva prevalecer a verdade dos acontecimentos, isto é, material, sobre a verdade formal, há episódios e ocasiões em que há incoerência contra a própria verdade. Um exemplo da sobreposição da verdade formal, em determinados casos, é a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícitos. São nulas as provas colhidas por meio ilícitos, como por exemplo, mediante escuta telefônica, ainda que se trate de verdade real.

Muitos doutrinadores associam o conceito de verdade real ao processo penal, e em oposição a este, o conceito de verdade formal, ligado ao processo civil.

Sobre o assunto, afirma Avolio:

Costuma-se, destarte, associar o conceito de verdade real ao processo penal, onde é mínimo o poder dispositivo das partes em relação às provas. E, em contraposição a este, moldou-se um conceito de verdade formal, ligado ao processo civil, onde seria absoluta a disponibilidade do objeto do processo e dos meios de prova. Criou-se, assim, a antítese “material-formal”, que é criticável, quer do ponto de vista terminológico, quer do ponto de vista substancial. Sob este último aspecto, a crítica mais evidente seria sobre a absoluta disponibilidade do processo civil.(AVOLIO. 1999. p. 39).

Desta forma, separando-se a verdade formal da verdade real se chegaria, no processo civil, a considerar provados fatos duvidosos, incertos unicamente porque ambas as partes assim o acolheram.

Porém, a doutrina moderna vem entendendo que tal divisão entre verdade real e formal não subsiste, visto que a verdade é uma só, devendo esta ser perseguida pelo juiz. Se o entendimento de que a verdade a ser aplicada no processo civil fosse a formal, poder-se-ia dizer que existiria um menor grau de segurança em tal processo, existindo assim uma não-verdade ou uma verdade imperfeita.

Busca-se, dessa forma, a descoberta de uma única verdade na solução dos litígios, seja no processo penal, como no processo civil.

1.4.2 Princípio dispositivo e princípio inquisitivo

Os sistemas dispositivo e inquisitivo são formas de iniciativa e desenvolvimento do processo, profundamente ligados aos poderes instrutórios do juiz. O primeiro significa que as partes têm a iniciativa de levar ao processo o esclarecimento dos fatos que pretendam mostrar ao juiz, que formará seu convencimento a partir dessa demonstração. Já o sistema inquisitivo traduz-se na concessão de liberdade ao juiz, que age independentemente da vontade das partes.

A doutrina se divide nos que afirmam que, no processo civil brasileiro, há apenas a aplicação do princípio inquisitivo. E a outra parte entende que incide apenas o princípio dispositivo. O que deve ser destacado é que se encontra, no Código de Processo Civil, a aplicação das duas modalidades.

1.4.2.1 Princípio dispositivo

O artigo 130 do Código de Processo Civil especifica o princípio dispositivo de forma clara, ao definir que, ao autor, incumbe demonstrar os fatos por ele alegados. Ao réu, cabe evidenciar, os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. Assim sendo, tanto o autor, a partir de sua petição inicial, quanto o réu, na defesa, possuem o ônus de provar os fatos por elas alegados. Quanto ao princípio dispositivo, é importante ressaltar que o estudo sobre o tema induz, por via de consequência, ao estudo do ônus da prova, parte que será mais largamente ponderada em princípios seguintes.

No entanto, a corrente que entende ser aplicável o sistema dispositivo, isto é, o poder exclusivo das partes de fazerem suas alegações, diz que tal princípio é pertinente tendo em vista a salvaguarda da imparcialidade do magistrado, que seria invalidada caso fosse dado a ele maiores poderes investigatórios.

A respeito do princípio dispositivo, observa-se o seguinte julgado, para melhor compreensão:

O processo civil rege-se pelo princípio dispositivo (*'judex secundum allegata partium judicare debet'*), somente sendo admissível excepcionar sua aplicação quando razões de ordem pública e igualitária o exijam, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado) ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa

desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes. Não assim quando, como na espécie, gravitando a demanda em torno de interesses exclusivamente patrimoniais e gozando as partes de situação financeira privilegiada, ressaí nítido o propósito de ver suprida deficiência probatória em que incorreu.(RSTJ 78/268) (NEGRÃO, 2004, p. 97).

1.4.2.2 Princípio inquisitivo

O princípio inquisitivo tem como significado a liberdade conferida ao magistrado de fazer fluir a relação processual. Destarte, pela observância de tal princípio, pode-se notar que o juiz, no processo civil brasileiro, não tem a figura de mero espectador, podendo atuar ativamente no processo.

Percebe-se que a verdade buscada no processo não pode se limitar à verdade formal, tendo em vista que a lei coloca à disposição do juiz amplos poderes investigatórios.

Nota-se a aplicação do princípio inquisitivo no artigo 130 da lei processual civil: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

Rui Portanova discursa a respeito desse artigo:

Este é o dispositivo mestre que dá a linha de conduta judicial de todo o sistema probatório no processo civil brasileiro. E nele se vê clara a principal característica do princípio inquisitório: prevalência da atividade do juiz sobre a atividade da parte. Como se não bastasse a direção do dispositivo, acresça-se a imposição e a imperatividade do comando: caberá ao juiz. (PORTANOVA, 1997, p.207).

Há outros artigos no Código de processo Civil que acolhem o princípio inquisitivo no sistema probatório, como o artigo 342, em que o juiz pode determinar de ofício o comparecimento pessoal das partes para interrogá-las. Da mesma maneira, o juiz pode ordenar à parte, de ofício, a exibição dos livros e documentos (artigo 382), inspecionar pessoas ou coisas (artigo 440).

O artigo 262 do CPC dispõe que o processo civil inicia-se por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial. Desta forma, o legislador expressamente separa o momento em que cabe o princípio dispositivo e os momentos em que o juiz pode impulsionar o processo, determinando provas necessárias e indeferindo diligências inúteis, deixando de

existir a figura inerte do magistrado. De tal modo, há um misto de princípio inquisitivo e dispositivo, com atenuação do último, conforme palavras de José Frederico Marques:

Ao influxo da concepção publicísticas do processo, tem sofrido restrições o princípio dispositivo. Não é absoluto, assim, a sua vigência no direito moderno. A participação, cada vez maior, do juiz, na descoberta da verdade, tem trazido limitações muito úteis ao princípio aludido, sem contudo anular o que há de substancial em seu alcance e finalidade. (MARQUES, 1999, p. 106).

1.4.3 Ônus da prova

Como já restou demonstrado anteriormente, o legislador definiu, no artigo 333 do Código de Processo Civil a carga probatória para as partes, isto é, o ônus da prova.

Ônus deriva do latim *onus*, expressando carga, peso. *Onus probandi* traduz-se no encargo de provar, isto é, o interesse de fornecer a prova, que formará a convicção do magistrado.

No processo civil, é necessária a verificação de quem deve produzir a prova quando o juiz verifica, no curso da lide, que um determinado fato ainda não restou provado. Portanto, diante de uma incerteza quanto à prova que embasa a alegação das partes, o juiz deve decidir contra quem essa incerteza prejudica. Desta forma, deve verificar a quem cabe o ônus de provar.

Conforme leciona Rui Portanova:

Vale notar, ônus não é obrigação ou dever. Ônus é a carga, ou fardo de que a parte deve desincumbir-se para benefício próprio. Satisfazê-lo é do interesse do próprio onerado. O onerado escolhe: satisfazer o ônus e desincumbir-se ou não satisfazer e, assim, não ter o benefício que adviria do fato de desincumbir-se da carga. (PORTANOVA, 1997, p.213).

Destarte, deve ficar claro que ônus distingue-se de obrigação, pois é uma faculdade que a parte tem, não se sujeitando à coerção, mas às conseqüências que sua inércia pode acarretar. Todavia, caso haja a inobservância de uma obrigação, haverá uma sanção.

A palavra "ônus" não significa que a parte tenha obrigação de provar o fato por ela narrado, mas sim o encargo de tal providência, isso porque a inobservância de uma obrigação gera uma sanção, o que não ocorre com a parte que deixa de provar o fato por ela afirmado.

Tal entendimento é corroborado por Humberto Theodoro Júnior:

No processo civil, onde quase sempre predomina o princípio dispositivo, que entrega a sorte da causa à diligência ou interesse da parte, assume especial relevância a questão pertinente ao ônus da prova.

Esse ônus consiste na conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz. (THEODORO JUNIOR, 2002, p. 381).

De tal modo, dispõe o artigo 333 do CPC:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor;

Pelo dispositivo citado acima, ao autor incumbe a demonstração do fato que constitui o seu direito. Entende-se por fato constitutivo o fato que faz nascer a relação jurídica, decorrente do interesse material, que embasa o pedido do autor. Ex: Na ação de despejo por falta de pagamento, a locação e a mora do inquilino são fatos constitutivos.

Abaixo, julgado que demonstra o *onus probandi* do autor:

INDENIZAÇÃO - Perdas e danos - Rompimento de contrato de empreitada - Obra inacabada e má qualidade dos serviços - Culpa do réu não demonstrada - Ônus da prova que incumbia ao autor - Inteligência do artigo 333, I do Código de Processo Civil - Ação improcedente - Recurso provido. (Relator: Mohamed Amaro - Apelação Cível n. 216.306-2 - Juquiá - 28.04.94)

Para o réu, o inciso II do artigo 333 impõe que se demonstre os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor.

Por fato impeditivo entende-se o que embaraça as conseqüências jurídicas objetivadas pelo autor, quer dizer, obsta as conseqüências normais do fato constitutivo alegado. Ex: vício de consentimento em um contrato, embora provado a sua celebração.

Fato modificativo é o que traz alteração na relação jurídica. Ex: ocupação do imóvel por comodato, que posteriormente transforma-se em locação.

Fato extintivo é o que ocasiona o fim da relação jurídica. Ex: pagamento da dívida.

Note-se abaixo, exemplo de jurisprudência que revela o ônus do réu, na hipótese da negação de existência de fato constitutivo do direito do autor:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - Prova hematológica - Ausência injustificada - Circunstância que equivale ao reconhecimento da paternidade - Ônus da prova da vida desregrada da mãe e inidoneidade dos testemunhos não comprovada pelo réu - Recurso provido. (Apelação Cível n. 157.768-1 - São Paulo - Relator: GONZAGA FRANCESCHINI - CCIV 3 - M.V. - 08.11.94).

O ônus probatório destacado pelo legislador processual civil é o elencado no artigo 333 do Código de Processo Civil, conforme evidenciado. Todavia, é importante notar que o aludido sistema é regra geral, sujeito a exceções.

Baseando-se no princípio dispositivo, em que as partes estão livres para produzir suas provas, é lícito que, em cláusula contratual, se estipule critérios a respeito do ônus da prova, na eventualidade do surgimento de litígios a respeito do cumprimento do contrato. Todavia, tal cláusula que consiste na inversão convencional do ônus da prova, só é plausível quando a cláusula versar sobre direitos disponíveis, ou quando não tornar ineficaz o próprio direito da parte. É o que dispõe o parágrafo único do artigo 333.

1.4.4 Princípio da imparcialidade do juiz

O princípio da imparcialidade do juiz, no tocante aos aspectos probatórios, não deve ser entendido exclusivamente em relação às partes como pessoas, tendo em vista que, nesses casos, a lei determina normas de suspeição e impedimento do juiz. Deve se considerar o equilíbrio entre os princípios relativos às formas de iniciativa e desenvolvimento do processo.

É o que dispõe Alcides Burgarelli:

A imparcialidade é a manutenção equilibrada entre o princípio dispositivo e o princípio do ônus da prova, no sentido de se conferir ao juiz poder limitado, quanto ao impulso oficial, mormente para colheita de prova. Conferir-se ao juiz poder com forte carga inquisitória é permitir que sua influência pessoal seja parcial, dado que ele próprio foi em busca de demonstração de razão, quer do autor, quer do réu.(BURGARELLI, 2000, p. 37).

A determinação das provas de ofício não significa dizer que o magistrado está beneficiando uma das partes, pois ainda não se sabe a quem a prova beneficiará ou prejudicará. Todavia, apesar do princípio inquisitivo permitir que o magistrado conheça de ofício determinada prova, não se pode transformá-lo em investigador de fatos, tendo em vista que sua função, ao determinar uma prova, justifica-se pela efetividade do processo, devendo fazer a iniciativa probatória com discernimento e moderação, atento ao princípio da imparcialidade.

Caso o juiz possua forte carga inquisitória, sua influência pessoal pode comprometer seu livre convencimento no momento de decidir a lide.

1.4.5 Princípio do livre convencimento motivado

Inicialmente, cabível a ressalva de que, no processo, há três sistemas de avaliação da prova: o sistema da prova legal ou tarifada, o da livre apreciação e o do livre convencimento motivado ou também designado de sistema da persuasão racional.

O primeiro sistema, da prova legal ou tarifada, que vigia no sistema canônico, considera que cada prova possui um valor previamente determinado em lei. O juiz não pode valorar as provas conforme impressões pessoais, devendo observar os exatos limites impostos pela lei quando da avaliação do conjunto probatório.

No sistema da livre apreciação da prova, o magistrado é livre para desenvolver seu convencimento sobre os fatos, utilizando também de suas convicções pessoais, ainda que estas não decorram das provas e dos fatos constantes do processo. É o sistema contrário ao da prova legal, visto que o juiz não é compelido a observar critérios legais que valoram as provas. Todavia, há crítica quanto ao segundo sistema, tendo em vista que há forte arbitrariedade do juiz, já que pode até lançar mão de suas impressões pessoais. É o método de avaliação realizado pelo jurado, nos julgamentos pelo Júri, no processo penal.

Ambos os sistemas acima não são utilizados no sistema atual; o direito processual brasileiro mescla características dos tipos acima referidos. É denominado sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional.

É o que dispõe o artigo 131 do Código de processo Civil: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

Nesse sistema, o juiz é livre para apreciar os fatos segundo seu convencimento, mas não pode desviar-se do que consta nos autos do processo e basear-se exclusivamente em suas impressões pessoais. A liberdade judicial tem limite, não se admitindo discricionariedade.

Conforme se observa abaixo, Humberto Theodoro Junior dispõe a respeito do sistema do livre convencimento motivado:

Adotou o Código, como se vê, o sistema da persuasão racional, ou “livre convencimento motivado”, pois:

a) embora livre o convencimento, este não pode ser arbitrário, pois fica condicionado às alegações das partes e às provas dos autos;

b) a observância de certos critérios legais sobre provas e sua validade não pode ser desprezada pelo juiz (artigos 335 e 336) nem as regras sobre presunções legais;

c) o juiz fica adstrito às regras de experiência, quando faltam normas legais sobre as provas, isto é, os dados científicos e culturais do alcance do magistrado são úteis e não podem ser desprezados na decisão da lide;

d) as sentenças devem ser sempre fundamentadas, o que impede julgamentos arbitrários ou divorciados da prova dos autos. (THEODORO JUNIOR, 2002, p.379).

O maior entrave ao livre convencimento é a necessidade de motivação das decisões. É obrigatoriedade determinada também na Constituição Federal, artigo 93, inciso IX. Tal imposição é fundamental para que o juiz exponha o caminho lógico que percorreu para chegar ao desenlace da demanda, expondo com clareza os pontos divergentes.

O doutrinador Rui Portanova faz destaque à motivação das decisões, no livre convencimento do juiz:

O mesmo sistema jurídico que dá ao juiz o poder de livremente convencer-se, dando às normas a interpretação que entender mais adequada, atribuindo valor às provas dos autos, enfim, concedendo direito e impondo deveres conforme seu sentimento, o mesmo sistema, repetimos, impõe ao juiz o dever de motivar sua decisão, justificando as razões que determinaram o julgamento. (PORTANOVA, 1997, p. 247).

1.4.6 Princípio do contraditório e da ampla defesa

O contraditório é garantia fundamental assegurada na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LV, que dispõe: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

O princípio do contraditório diz respeito à igualdade de oportunidade, permitindo-se o direito de defesa tanto ao autor como ao réu, que podem alegar fatos e provarem seus argumentos.

Embora existam princípios que possuem exceções em sua aplicação, o princípio do contraditório é absoluto, sob pena de nulidade do processo. Todavia, deve-se entender que o contraditório não é um princípio soberano, não prevalecendo por si só, mas harmonizando-se com outros princípios processuais.

Humberto Theodoro Junior dispõe sobre o referido princípio:

(...) quando se afirma o caráter absoluto do princípio do contraditório, o que se pretende dizer é que nenhum processo ou procedimento pode ser disciplinado sem assegurar às partes a regra de isonomia no exercício das faculdades processuais. Disso não decorre, porém, a supremacia absoluta e plena do contraditório sobre todos os demais princípios. O devido processo legal, síntese geral da principiologia da tutela jurisdicional, exige que o contraditório, às vezes, tenha de ceder momentaneamente a medidas indispensáveis à eficácia e efetividade da garantia de acesso ao processo justo. (THEODORO JUNIOR, 2002, p. 24).

No aspecto probatório, o referido princípio consiste na conveniência que as partes têm para solicitar a produção de provas, o direito de atuarem diretamente na sua realização, e o pronunciamento do seu resultado.

CAPÍTULO 2. O VIRTUAL

2.1 Conceito de “O Virtual”

Os progressos científicos e tecnológicos que ocorrem nos últimos tempos são sentidos em todos os meios, incluindo-se ao meio jurídico, pois o direito é a forma mais importante de controle social, conforme explana a doutrina:

(...) o direito é geralmente apresentado como uma das formas – sem dúvida a mais importante e eficaz dos tempos modernos – do chamado controle social, entendido como o conjunto de instrumento de que a sociedade dispõe na sua tendência à imposição dos modelos culturais, dos ideais coletivos e dos valores que persegue, para a superação das antinomias, das tensões e dos conflitos que lhe são próprios (CINTRA, 2002, p. 19).

Deste modo, as novas problemáticas trazidas pelo avanço no ambiente virtual, especificadamente através da Internet, não podem ser ignoradas pelos operadores de direito, para que a que sociedade consiga obter respostas ágeis aos conflitos que surgem, muito embora o Direito não consiga adaptar-se instantaneamente aos fatos e condições de cada período, precisando sempre definir novas formas de proteção da sociedade.

Através de uma metáfora, o jurista Mário Antônio Lobato de Paiva clarifica a difícil tarefa do profissional do direito nos dia atuais:

Daí a difícil tarefa dos profissionais da área jurídica: lidar com uma realidade jurídica reproduzida por um aparelho de CD (compact disc) e uma legislação equiparada a uma vitrola que reproduz discos de vinil. Com isso vemos que se torna extremamente complicado tentar ouvir o mais puro som de um CD (direito) em uma vitrola (lei) sem que haja ruídos (Justiça) que inviabilizem o som da qualidade que todos (jurisdicionados) almejam. (PAIVA, 2002).

Para o profissional do Direito, hoje já não é satisfatório conhecer apenas as leis. Passa a ser relevante ter o domínio sobre os novos instrumentos e as novas tecnologias que são dispostas, analisar as relações que acontecem no ambiente virtual e digital, além do domínio sobre novas terminologias. A informatização tem trazido mudanças não só na maneira de raciocinar o direito, mas de utilizá-lo, no dia-a-dia. Diante de novas situações, cada vez mais complexas, os juristas não podem ficar à margem de todas as transformações. Desta forma, os

debates e estudos sobre os acontecimentos que circulam sobre a rede virtual, e os fatos que giram em torno dela, devem ser aqui traçados, nos aspectos relevantes às provas no processo civil. Assim sendo, imperioso se faz a conceituação e definição do tema “O Virtual”.

2.1.1 O atual e o virtual

De início, cumpre notar que a imagem que se faz do conceito da palavra “virtual” é uma idéia grosseira. O senso comum entende que o virtual seria a oposição do real. Aqui, objetiva-se a demonstração do verdadeiro significado.

Virtual é uma palavra oriunda do latim de *virtualis*, derivado de *virtus*, que significa força, potência.

Pierre Lévy faz uma definição do conceito de “virtual”, analisando-se em três sentidos:

A palavra “virtual” pode ser entendida em ao menos três sentidos: o primeiro, técnico, ligado à informática, um segundo corrente e um terceiro filosófico. (...) na acepção filosófica, é virtual *aquilo que existe apenas em potência e não em ato*, o campo de forças e de problemas que tende a resolver-se em uma *atualização*. O virtual encontra-se antes da concretização efetiva ou formal (a árvore está *virtualmente* presente no grão). No sentido filosófico, o virtual é obviamente uma dimensão muito importante da realidade. Mas no uso corrente, a palavra virtual é muitas vezes empregada para significar a irrealidade – enquanto a “realidade” pressupõe uma efetivação material, uma presença tangível. A expressão “realidade virtual” soa então como um oxímoro, um passe de mágica misterioso. Em geral acredita-se que uma coisa deva ser real ou virtual, que ela não pode, portanto, possuir as duas qualidades ao mesmo tempo. Contudo, a rigor, em filosofia o virtual não se opõe ao real mas sim ao atual: virtualidade e atualidade são apenas dois modos diferentes de realidade. (LÉVY, 1999.p. 47).

Conforme já destacado anteriormente, pode-se perceber que aquilo que é virtual não é algo inexistente, irreal. A virtualidade é apenas um modo distinto da realidade, contrapondo-se apenas ao atual. É algo que existe em potência, não em ato.

O mesmo autor dá exemplo do que vem a ser o virtual:

(...) Começamos pegando uma fotografia de uma cerejeira florida, obtida pela captura ótica da imagem e da reação química com cloreto de prata. Digitalizamos a foto com a ajuda de um scanner. Ela encontra-se agora sob a forma de números no disco rígido do

computador. Em um sentido, a foto foi “desmaterializada”, já que a série de números é uma *descrição* muito precisa da foto da cerejeira florida e não mais uma imagem bidimensional. Contudo, a descrição em si não pode subsistir sem um suporte físico: ocupa uma porção determinada do espaço, requer um material de inscrição, todo um maquinário que custa e pesa, necessita de uma certa energia física para ser gravada e restituída. Pois podemos fazer com que o computador traduza em imagem visível essa descrição codificada sobre diversos tipos de suportes, por exibição na tela, impressão ou outros processos. A codificação digital da imagem da cerejeira florida não é “imaterial” no sentido próprio, mas ocupa menos espaço e pesa menos que uma foto sobre papel; precisamos de menos energia para modificar ou falsear a imagem digital do que a imagem em prata. Mais fluida, mais volátil, a gravação digital ocupa uma posição muito particular na sucessão das imagens, anterior a sua manifestação visível, não irreal nem imaterial, mas *virtual*. (LÉVY, 1999.p. 48).

Deste modo, pelo exemplo trazido, a fotografia digitalizada para o computador não fez com que a imagem deixasse de existir, a tornasse irreal; ela passou apenas a ser uma imagem virtual, que pode ser modificada, transformada, ampliada. A imagem da cerejeira passou apenas a ser um modo diferente da realidade.

Pierre Lévy cita a distinção estabelecida por Gilles Deleuze entre o possível e o virtual: o possível é algo já estabelecido, constituído, mas lhe falta a existência; já o virtual não se opõe ao real, mas ao atual. Diferentemente do possível, falta ao virtual a atualização. A atualização é criação, concepção, invenção de uma forma para resolução de um problema.

O doutrinador Paulo Roney Ávila também discursa a respeito do virtual:

Tudo se virtualiza. Há empresas virtuais, comunidades virtuais, Estados virtuais, tecnologias virtuais, que promovem uma profunda reformulação na ciência, corrompendo com os conceitos de espaço e tempo. Uma informação circula imediatamente em todo o planeta e produz efeitos concretos, na realidade, boatos a respeito de países e empresas. O mundo virtual possui grande potencialidade real. É, em alguns momentos, real, assim como o real se apresenta virtual. Nada é absolutamente real ou virtual. O real sempre apresenta uma projeção virtual que é, em última análise, a semente do vir-a-ser que todo o ser carrega.

O real é o que se conhece e o virtual é a potencialidade do real. Portanto, o virtual não é a negativa do real, mas é a possibilidade de transformação da realidade, sempre. Percebe-se o fenômeno por meio de sua ação, de sua dança, de sua mutação contínua. (grifou-se) (ROVER, 2004, p.124).

2.1.2 A desterritorialização

Além da contraposição do atual, merece destaque a característica da desterritorialização.

O virtual existe em todas as partes. Não possui espaço e tempo definidos, podendo estar ao mesmo momento em vários lugares. É algo sem território, capaz de estar presente por inteiro em cada uma de suas versões, de suas cópias. Deste modo explica Lévy:

É virtual toda entidade “desterritorializada”, capaz de gerar diversas manifestações concretas em diferentes momentos e locais determinados, sem contudo estar ela mesma presa a um lugar ou tempo em particular. (LÉVY, 1999.p. 47).

Pelo exemplo já trazido da cerejeira, a imagem digitalizada pode ser disseminada por toda a rede da Internet, e encontrada em vários pontos, em vários meios. A árvore, real, deixou de existir em um só espaço e pode ser encontrada, virtualmente, em qualquer ambiente. Outro exemplo dessa desterritorialização são os sites¹, que podem ser acessados por qualquer pessoa, em qualquer local do mundo e terá a mesma aparência, independente do local que for acessada. Se duas pessoas, uma em Londres e outra no Brasil acessarem o mesmo site, certamente o conteúdo será o mesmo. Não há fronteiras para o virtual.

2.2 A existência do virtual no mundo atual

2.2.1 As gerações de direito

A Constituição Federal de 1988, ao disciplinar no Título II os direitos humanos, compreendeu os Direitos individuais e coletivos, de nacionalidade, políticos e sociais.

Levando-se em conta o momento histórico do reconhecimento dos direitos, surgiu a visão dos Direitos e Garantias Fundamentais como direitos de primeira, de segunda e de terceira geração.

¹ Segundo o site www.internet-oficial.com.br, site “é basicamente uma revista digital que contém várias páginas dispostas na rede mundial e que normalmente têm as informações e serviços de empresas, de pessoas, órgãos públicos, privados, etc. A página de entrada é denominada HOME PAGE.”

A divisão dos direitos fundamentais em gerações é admitida e conhecida por muitos doutrinadores, inclusive o Supremo Tribunal Federal entende e recebe essa teoria. O voto do Ministro Celso Mello ajuda na compreensão do que vem a ser as gerações de direitos:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. (STF, MS 22164/SP).

Após uma breve ilustração do que vem a ser as três gerações de direito, pode-se dizer que há doutrinadores adotando uma quarta e até uma quinta geração de direitos. A quarta geração está ligada à questão da bioética. Por fim, a quinta geração dos direitos fundamentais seriam aqueles advindos da realidade virtual, envolvendo aspectos levantados pelo alargamento da cibernética na atualidade, provocando a quebra de fronteiras e estabelecendo novas relações entre países com realidades distintas, virtualmente, através da Internet.

De tal modo, percebe-se a dimensão que o ambiente virtual vem ganhando força nos dias de hoje, sendo colocado inclusive como uma nova geração de direitos. E isso ocorre em decorrência do avanço da rede Internet.

2.2.2 O Ciberespaço e a Internet

Para que se possa falar na Internet, é importante esclarecer primeiramente a diferenciação com o conceito de *ciberespaço*.

Utiliza-se a expressão *ciberespaço* para designar o ambiente criado de forma virtual, através dos meios de comunicação modernos, dentre eles a Internet. *Ciberespaço* significa, então, o fluxo de informações que relacionam os múltiplos meios de comunicação, mostrando-se ao usuário sob o prisma do virtual, que, conforme já definido, não se opõe ao real e sim demonstra aquilo que é potencial.

Pierre Lévy define, com propriedade, o conceito de ciberespaço:

Eu defino o ciberespaço como *o espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial dos computadores e das memórias dos computadores*. Essa definição inclui o conjunto dos sistemas de comunicação eletrônicos (aí incluídos os conjuntos de redes hertzianas e telefônicas clássicas), na medida em que transmitem informações provenientes de fontes digitais ou destinadas à digitalização. Insisto na codificação digital, pois ela condiciona o caráter plástico, fluido, calculável com precisão e tratável em tempo real, hipertextual, interativo e, resumindo, virtual da informação que é, parece-me, a marca distintiva do ciberespaço. (LÉVY, 1999, p.92).

A grande confusão que existe entre a expressão Internet e ciberespaço consiste no fato de que, na rede, muitas características do ciberespaço se revelam.

Ainda que na Internet se encontre a maior feição, o ciberespaço existe independentemente da rede. Isso se demonstra com a utilização do termo “ciberespaço” antes de se cogitar a rede Internet, no livro *Neuromancer* de Willian Gibson, produzido em 1984.

Deve-se observar que o ambiente virtual independe da existência de meios tecnológicos de propagação de informações. Todavia, o ciberespaço necessita da virtualização para viabilizar o provimento de dados. É o que demonstra o autor Fabio Oliveira Nunes:

(...) ao colocar disponível na Internet - e conseqüentemente dentro do Ciberespaço - uma pintura qualquer, é necessário tornar a imagem virtual, uma representação digital ilusória daquilo que seria um objeto da realidade, mas ainda sim mantém potencialidades suficientes para a imagem ser entendida como originária de uma pintura. (NUNES, 2004).

Necessário, se faz, também a conceituação de Internet, que é a rede mundial que interliga computadores e usuários de todo o mundo, pela utilização de protocolos, que são os mesmos padrões de transmissão de dados. Desta forma, pela padronização na transmissão das informações, as várias redes funcionam como se só uma fosse.

A origem da Internet ocorreu nos Estados Unidos, em meados dos anos 60, em uma rede de computadores para fins exclusivamente militares. Como inexistia um centro único de emissão e recepção de dados, no caso de uma guerra e destruição do sistema as informações não seriam perdidas e seriam transmitidas, de forma contínua, através das áreas ilesas da rede.

O termo Internet faz parte do texto normativo brasileiro, definido na alínea “a”, item 3, da Norma 004/95 aprovada pela Portaria n° 148, de 31 de maio de 1995, como sendo: “o nome genérico que designa o conjunto e redes, os meios de transmissão e comutação de roteadores, equipamentos e protocolos necessários à comunicação entre computadores, bem como o software e os dados contidos nestes computadores”.

Gustavo Testa Corrêa define o que é a Internet:

A Internet é um sistema global de rede de computadores que possibilita a comunicação e a transferência de arquivos de uma máquina a qualquer outra máquina conectada na rede, possibilitando, assim, um intercâmbio de informações sem precedentes na história, de maneira rápida, eficiente e sem a limitação de fronteiras, culminando na criação de novos mecanismos de relacionamento. (CORRÊA, 2000. p. 08).

Diante do exposto, entende-se que a Internet é um sistema hábil que possibilita a troca de informações, de conhecimentos, de culturas, e que trouxe novas formas de relacionamentos.

O mesmo autor deixa claro que não se pode confundir a Internet com a *World Wide Web*, conhecida como *www*, que seria um meio de tráfego de informação, que será abordado em um tópico posteriormente.

A Internet, por ser uma rede universal, possibilita que milhões de pessoas se reúnam em lugares virtuais, formando uma nova espécie de comunicação entre as pessoas, em que não há fronteiras.

Com a Internet, novos institutos surgem, novos mecanismos são desenvolvidos, com a finalidade de levar aos usuários da rede maior rapidez, confiabilidade, segurança, agilidade nos meios utilizados.

2.2.3 Principais modos de comunicação e de interação possibilitados pelo ciberespaço

2.2.3.1 O correio eletrônico

Embora exista grande semelhança com a correspondência tradicional, o correio eletrônico é uma nova forma de troca de mensagens entre os usuários da rede Internet e de se estabelecer relações jurídicas entre pessoas.

Leonardo Gurgel Carlos Pires discorre sobre o que vem a ser o correio eletrônico, ou, como conhecido popularmente, o e-mail (eletronic mail, em inglês):

Mas o que vem a ser o E-MAIL? Fisicamente ele não existe, mas usado corretamente traduz uma mensagem, algo escrito geralmente, perceptível ao conhecimento humano. O E-MAIL é um conjunto de dados eletrônicos, pois no computador todos os dados são eletrônicos e se traduzem principalmente em bits ou pulsos de energia, que são capazes de serem interpretados e codificados ou decodificados de forma a transmitir ou externar uma informação. (PIRES, 2000).

A Lei Modelo da Uncitral sobre Comércio Eletrônico, de 1996, define como "mensagem eletrônica" a informação gerada, enviada, recebida ou arquivada eletronicamente, por meio óptico ou por meios similares incluindo, entre outros, "intercâmbio eletrônico de dados" (EDI), correio eletrônico, telegrama, telex e fax.

Uma pessoa pode ter uma caixa postal eletrônica, que é reconhecida por um endereço. Desse endereço, pode receber mensagens enviadas e também enviar mensagens a todos que tenham um endereço eletrônico. As mensagens podem ser de diversas formas, desde um simples texto a animações, imagens, vídeos, entre outros. As mensagens são recebidas em formato digital, podendo ser modificadas, apagadas, reenviadas a outros endereços eletrônicos, sem que necessite ser repassada para o papel, chegando ao seu destinatário no formato digital.

Mário Antônio Lobato de Paiva faz um breve histórico sobre o correio eletrônico:

O correio eletrônico nasceu da transmissão de uma mensagem efetuada entre dois computadores de forma experimental em Cambridge, Massachusetts realizada com sucesso mais que porém não alcançou grande importância naquele momento, idos de 1971. Seu inventor Ray Tomlison para diferenciar o nome do usuário no computador em que trabalhava socorreu-se ao arroba @ que em inglês significa at (em tal lugar) pois o signo teria pouco uso e não se confundiria com outras instruções. Assim teve início um dos mais importantes, rápidos e econômicos meios de correspondência que atualmente é enviado e recebido por milhões de pessoas em todo o mundo. (PAIVA, 2002).

O e-mail possui muitas vantagens, se comparado às correspondências tradicionais, como a rapidez no envio e no recebimento (ao enviar uma mensagem, o destinatário poderá recebê-la em poucos segundos), reenvio, baixa tarifa. Todavia, muitos criticam tal espécie de mensagem, no que tange à imaterialidade (por não ficar registrada em papel e não conter

assinaturas), ao sigilo e privacidade não serem absolutos. Uma grande discussão que gira em torno do e-mail reside na possibilidade (ou não) do e-mail ser prova em processos judiciais, tendo em vista tais argumentações. Tal assunto será discutido no capítulo posterior.

2.2.3.2 A World Wide Web (www)

A *World Wide Web*, conhecida como WWW, é uma interface gráfica e interativa da Internet. É a principal responsável pela popularização da rede Internet em decorrência na facilidade que o usuário tem em manejá-la.

Para que se possa compreender melhor o que vem a ser a WWW, necessário que haja o entendimento sobre o hipertexto.

O hipertexto surgiu nos anos 70 por Ted Nelson, como um documento que direciona o usuário a outro documento, ao selecionar determinadas palavras, relacionando os vocábulos. Teve como idéia conectar toda a informação mundial em um grande sistema de hipertexto.

Podem conter palavras, ícones, gráficos. Essas palavras destacadas são os “links²”, que, caso sejam selecionados pelo usuário, com o clique do mouse sobre a palavra, formará contato com o computador que espalhou na rede o hipertexto, difundindo-o ao computador do usuário, dispondo-o em seu “browser³” com a mesma configuração de documento formatado contendo links.

Em 1989 surgiu a WWW. Tim Berners-Lee, do Laboratório de Física de Genebra, sugeriu o desenvolvimento do sistema de hipertextos, que integraria todas as informações entre grupos de pesquisadores.

De tal modo, através da WWW, o projeto de Tim Berners-Lee criou um sistema de acesso e utilização das informações, por meio dos hipertextos, o que significou a evolução no uso da rede.

Na WWW, as informações estão em documentos formatados, os hipertextos, à disposição do usuário.

² Patrícia Peck conceitua o termo “link”: Elo ou ligação. Conexão entre um elemento de um documento de hipertexto, como uma palavra, expressão, símbolo ou imagem, e outro elemento do documento, outro documento de hipertexto, um arquivo ou um script. (PECK, 2002,p. 256)

³ A mesma autora dá a definição de browser: “Na Internet o termo deve ser interpretado como uma ferramenta que permite a paginação ou folheamento. O termo acabou virando um sinônimo para os programas que permitem acessar e mostrar as Home Pages encontradas na web.” (PECK, 2002,p. 246)

Conceito da WWW, por Gustavo Testa Corrêa:

Em poucas palavras, a WWW é um conjunto de padrões e tecnologias que possibilitam a utilização da Internet por meio dos programas navegadores, que por sua vez tiram todas as vantagens desse conjunto de padrões e tecnologias pela utilização do hipertexto e suas relações com a multimídia, como som e imagem, proporcionando ao usuário maior facilidade na utilização, e também a obtenção de melhores resultados. (CORRÊA, 2000, p. 11).

A *World Wide Web* possui inúmeras utilidades. Através dela, é possível acessar os mais variados conteúdos, em todos os continentes e países, em tempo real. Os usuários podem visitar diversos “sites”, desde acessar a página pessoal de um amigo até visitar a sua conta corrente pelo “site” de seu banco, fazer transações, pagamentos. Pode adquirir bens pelos sites destinados ao comércio eletrônico, consultar processos, participar de salas de discussão. Sem sair de sua casa, o usuário poderá consultar obras nas maiores bibliotecas do mundo.

Em síntese, a WWW possibilitou, pelo seu acesso fácil e rápido, a interligação entre as pessoas e a disseminação de informações e culturas. Isso trouxe conseqüências na esfera jurídica, tendo em vista essa avalanche de informações serem propagadas sem uma normatização que possa regular de forma ampla, e coibir os abusos na rede. As vantagens já foram levantadas, todavia os problemas também devem ser discutidos e solucionados, para que os usuários usufruam todos os benefícios que a Internet e a WWW dispõem.

2.2.3.3 Chats

Instrumento que atrai milhões de pessoas por todo o mundo, os *chats* são serviços utilizados na Internet, em que o usuário pode conversar com várias pessoas, em tempo real. Podem ser utilizados com um software⁴ específico para esse fim, como o ICQ ou MSN, ou podem ser encontrados em páginas da WWW. Hoje já existem programas em que há a possibilidade do bate-papo ser feita de forma que o usuário consiga captar a voz do outro participante, como o *Skype*. Também se pode ver a imagem, através de uma *webcam*, que se trata de uma pequena câmera acoplada ao computador, que consegue captar imagens e sons, tornando a comunicação mais rápida e eficiente.

⁴ Programas de computador.

Os *chats* são conhecidos também como bate-papo. O usuário se inscreve em uma das salas virtuais, com um apelido (nickname), e apresenta-se da maneira que quiser, com a identidade, sexo, personalidade e as idéias que preferir. Geralmente, os *chats* são mais usados para lazer e interação social.

Através dos programas de bate-papo as pessoas interagem, trocam conversas, experiências, fazem novas amizades, paqueras. Em um ambiente virtual, as pessoas se conhecem, dão suas características pessoais, que muitas vezes podem não corresponder à realidade. Estas salas virtuais são consideradas os maiores atrativos da rede Internet.

Denis Cortiz da Silva conceitua os chats:

Podemos definir os chats como sendo ambientes virtuais, nos quais duas ou mais pessoas se conectam, geralmente usando nicknames para proteger sua real identidade e trocam mensagens, imagens, vídeos e sons praticamente em tempo real. (SILVA, 2005).

Percebe-se, portanto, algumas vantagens nas salas de bate-papo: novas relações no ambiente virtual, troca de imagens, sons e vídeos, em tempo real. Também contribui para diminuir custos de telefonemas entre pessoas que moram em pontos distantes, por exemplo.

Todavia, a ampla liberdade que é encontrada nessas salas traz algumas conseqüências, como crimes praticados virtualmente, em destaque a pedofilia, em que pessoas tentam se aproximar de menores de idade para obter imagens, marcar encontros pessoalmente. Ou, no campo do processo civil, a indenização por danos morais por mensagens ofensivas transmitidas entre os usuários.

CAPÍTULO 3. DAS PROVAS VIRTUAIS

As relações jurídicas realizadas no mundo virtual criam algumas indagações. Tais relações, especificadamente oriundas da rede Internet, por meio de e-mails, sites, poderão servir de prova no campo do processo civil?

A dúvida ocorre em virtude das provas serem oriundas, em sua maioria, de documentos obtidos na forma escrita, reproduzidos em papel, o que confere às partes segurança jurídica, resguardando as informações contra danos que eventualmente possam ocorrer com o passar do tempo.

A primeira dificuldade que surge reside no significado de documento. A definição dada no primeiro capítulo traz, em sentido estrito, a conceituação de que documentos são apenas aqueles escritos, registrados por meio de palavras em papel. Já no sentido lato, seriam os escritos e outros meios que transmitam algum acontecimento, como imagens e sons.

Desta forma, o problema surge, inicialmente, na eficácia probatória dos documentos encontrados no meio virtual, pois estes não são incidem em algo material, palpável, como uma fotografia ou um texto. A conceituação dada de documento não engloba aqueles advindos dos meios eletrônicos.

Todavia, diante de tal fato deve se estudar e analisar a possibilidade dos documentos encontrados no meio eletrônico consistirem em provas no processo civil. Cada vez mais as fazem a troca do papel pelo armazenamento eletrônico de documentos em redes, o que reforça o entendimento de que os documentos virtuais não podem ser ignorados pelo Direito.

Outra questão que surge quanto os documentos encontrados nos meios eletrônicos consiste na segurança na transmissão de informações.

Com isso, verifica-se que muitas questões surgem neste novo ambiente. Neste trabalho haverá a discussão a respeito da possibilidade de atribuir a qualidade de prova aos documentos virtuais e possuírem validade jurídica nos processos judiciais.

3.1 O conceito de documento nos dias de hoje

Vários são os meios de prova em direito admitidos, conforme destacado no primeiro capítulo. Entretanto, no presente trabalho, o meio de prova que merece destaque é o documental, tendo em vista que o grande problema que surge em decorrência do uso de novos

meios virtuais consiste nessa espécie de prova. Exemplificando, pode ocorrer que uma pessoa envie um e-mail que tem conteúdo ofensivo à outra pessoa. Caso o remetente confesse o fato, não há que se falar em uma nova sistemática, decorrente do meio virtual, que é o e-mail. O remetente, neste caso, adequar-se-á ao artigo 348 do Código de Processo Civil, em que a parte, admitindo a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário, estará confessando.

De tal modo, diante dos avanços ocorridos na sociedade, em decorrência da evolução tecnológica, é importante que se fixe um conceito atual de documento, em consonância com os novos meios encontrados no ambiente virtual.

Augusto Tavares Rosa Marcacini delinea noções de como se criar um conceito atual de documento:

Um conceito atual de documento, para abranger também o documento eletrônico, deve privilegiar o pensamento ou fato que se quer perpetuar e não a coisa em que estes se materializam. Isto porque o documento eletrônico é totalmente dissociado do meio em que foi originalmente armazenado. Um texto, gravado inicialmente no disco rígido do computador do seu criador, não está preso a ele. Assumindo a forma de uma seqüência de bits, o documento eletrônico não é outra coisa que não a seqüência mesma, independentemente do meio onde foi gravado. (MARCACINI, 2000).

Deste modo, deve se entender que o documento eletrônico não se atrela ao meio em que foi armazenado. Exemplificando, um e-mail terá a mesma forma, desde que repassado com a mesma seqüência, e será sempre o mesmo documento, ainda que seja repassado em grande quantidade de cópias, tendo em vista que é uma série de bits.

O mesmo autor contribui com a conceituação mais atual de documento:

A característica de um documento é a possibilidade de ser futuramente observado; o documento narra, para o futuro, um fato ou pensamento presente. Daí ser também definido como prova histórica. Diversamente, representações cênicas ou narrativas orais, feitas ao vivo, representam um fato no momento em que são realizadas, mas não se perpetuam, não registram o fato para o futuro. Se esta é a característica marcante do documento, é lícito dizer que, na medida em que a técnica evolui permitindo registro permanente dos fatos sem fixá-lo de modo inseparável em alguma coisa corpórea, tal registro também pode ser considerado documento. A tradicional definição de documento enquanto coisa é justificada pela impossibilidade, até

então, de registrar fatos de outro modo, que não apegado de modo inseparável a algo tangível. (MARCACINI, 2000).

Por esta conceituação, não é imprescindível sua forma de apresentação, mas sim sua confiabilidade e integralidade para representar um acontecimento. Distinguem-se os documentos em físicos e eletrônicos; os primeiros são aqueles que estão definidos em um meio físico. Já os documentos eletrônicos são aqueles que representam um fato armazenado em arquivo digital. Apesar da distinção entre o meio em que se encontram, os documentos eletrônicos podem consistir também em texto, como fotografias digitalizadas, imagens, etc.

Já se observou neste trabalho que o elenco de provas previsto no Código de Processo Civil não é um rol exaustivo. O artigo 332 admite como prova todos os meios legais, moralmente legítimos, mesmo que não especificados. Portanto, não há previsão legal que desconstitua o documento eletrônico como meio de prova.

Os documentos produzidos pela forma eletrônica devem receber importância e tratamento na esfera jurídica. Nos próximos itens haverá a análise da possibilidade (ou não) dos documentos eletrônicos consistirem em provas no processo judicial.

3.2 Validade jurídica dos documentos oriundos do mundo virtual

Diz-se que os documentos gerados em meio digital são mais propensos a falsificações e alterações. Devem preencher algumas características, desta forma, para que os documentos eletrônicos tenham validade jurídica, e conseqüentemente, eficácia probatória. Note-se que são as mesmas encontradas nos documentos constituídos em meio físico.

3.2.1 Requisitos do documento eletrônico como meio de prova

Os requisitos acima destacados para que se utilize o documento oriundo do meio digital são a integridade, a autenticidade e a tempestividade.

Integridade significa a avaliação que se faz para notar se um documento foi alterado após sua criação. Diz respeito ao teor, aos elementos inseridos no documento.

Dinemar Zoccoli articula sobre a verificação da integridade do documento:

A verificação é feita mediante exame do suporte material no qual ele se encontra afixado (o qual deve apresentar marcas quando houver alteração tentada ou consumada), bem como exame do próprio modo de sua afixação (que deve ser tão indelével quanto possível).(ZOCOLI, 1999, p. 92).

João Agnaldo Donizeti Gandini discursa sobre a integridade dos documentos:

A verificação da integridade de um documento diz respeito à avaliação que se faz sobre ter sido ele modificado ou não, em alguma ocasião após sua concepção. Quando nos referimos aos documentos fixados em um suporte físico, a investigação poderá ser feita mediante exame do próprio continente em que se encontra afixado. Desta forma, constataremos se há ou não alteração. No caso dos documentos digitais esta verificação é determinada pela assinatura digital. (GANDINI, 2002).

Através da apreciação acima, entende-se que o documento deve ser íntegro, não sendo modificado após sua concepção. Augusto Marcacini demonstra a razão da insegurança dos documentos eletrônicos, quanto à sua integridade:

Não estando presos aos meios em que foram gravados, os documentos eletrônicos são prontamente alteráveis, sem deixar qualquer vestígio físico. Textos, imagens ou sons, são facilmente modificados pelos próprios programas de computador que os produziram, ou, senão, por outros programas que permitam editá-los, byte por byte. A data e hora de salvamento do arquivo é também editável, mediante o uso de programas próprios. Isto é fato notório e relativamente fácil de realizar, mesmo pelo usuário de computador menos experiente. E nenhum vestígio físico é deixado, para permitir apurar que o documento eletrônico tenha sido adulterado. (MARCACINI, 2000).

Por não ser estático ao meio em que se encontra, a integridade do documento eletrônico é dificultada, pois as alterações podem não deixar demonstrações.

A autenticidade é o requisito que demonstra a proveniência do documento, isto é, a determinação de sua autoria. No documento encontrado em meio físico, a assinatura demonstra a autoria, na maioria dos casos. Também é possível determinar a autenticidade através de outros meios, com técnicas compatíveis ao tipo de documento.

Segundo dispõe o artigo 371 do Código de Processo Civil, reputa-se autor do documento particular:

I – aquele que o fez e o assinou;

II – aquele, por conta de quem foi feito, estando assinado;

III – aquele que, mandando compô-lo, não o firmou, conforme a experiência comum, não se costuma assinar, como livros comerciais e assentos domésticos.

Destarte, na maioria das vezes, a autenticidade do documento se faz através da assinatura, que permite identificar a autoria. Muito se questiona se apenas a assinatura manuscrita é válida ou outros meios de identificar o autor é possível.

Como já foi feito com o vocábulo “documento”, também se cogita a idéia de ampliar o sentido de assinatura para compreender também a espécie de assinatura eletrônica, sendo um sinal de identificação, exclusivo de uma pessoa.

Por fim, o último requisito estabelecido pelos doutrinadores é a tempestividade. Outra forma de se garantir a confiabilidade de um documento é a verificar se ele demonstra o tempo determinado. Ela traz a confiança do documento avaliado, provando que este não foi elaborado posteriormente ao fato que deve ser comprovado. Nos documentos em papel, por exemplo, para se verificar a data do documento, analisa-se o tempo do papel, as formas de impressão, etc.

3.2.2 A utilização dos meios virtuais como prova no processo civil

Após a análise dos requisitos que comprovam a força probatória de um documento, considerando-se aqueles em meio físico como os oriundos dos meios digitais, é importante que se ressalve que a doutrina brasileira divide-se entre a aceitação e a rejeição do uso dos documentos virtuais como prova no processo civil. Muito se questiona se os documentos digitais são aptos a provar a existência de um fato ou a sua autoria.

A doutrina nacional expõe diversas opiniões a respeito da matéria. A discussão gira mais precisamente em torno da validade e eficácia da utilização do e-mail como prova. Todavia, pode-se considerar essa análise para os diversos meios de comunicação e interação surgidos pelo ambiente virtual, como o conteúdo deixado na *World Wide Web*.

Esdras Avelino Leitão Júnior, em seu estudo sobre o e-mail como prova no Direito, diz que no Brasil o assunto gira em torno de duas correntes: uma, admitindo o uso do e-mail

indiretamente e de forma incondicionada. A outra corrente admite o e-mail de forma direta, mas com condições. (LEITÃO JÚNIOR, 2002).

Existem também autores entendendo que não é possível a utilização desse tipo de documento, como prova, como se verá a seguir.

3.2.2.1 A inadmissibilidade dos meios virtuais como prova no processo civil em face da Constituição Federal

Carla Rodrigues Araújo de Castro leciona que na área do Direito Privado o e-mail, por ser considerado como uma correspondência e estas serem protegidas pela Constituição Federal, não poderá ser admitido como prova, pois é considerado prova ilícita, incluso nos direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal (artigo 5º, LVI).

A autora cita em sua obra: “Da análise fria e literal da Constituição poderíamos concluir que o *e-mail* por ser uma correspondência e ter seu sigilo assegurado não pode ser utilizado como prova. E, se fosse, seria prova ilícita”.(CASTRO, 2003, p. 119).

Todavia, a autora pondera que, caso o e-mail seja a única prova ou, sendo ele mais importante que a intimidade poderá ser acolhido no processo, tendo em vista a adequação ao princípio da proporcionalidade. Tal princípio enuncia que, colidindo dois ou mais interesses prevalecerá aquele que tiver peso maior, cabendo ao juiz decidir qual predominará no caso concreto.

Assim sendo, o e-mail poderá ser utilizado como prova caso os direitos envolvidos tenham peso maior do que a intimidade definida na Constituição. Nesse caso, todavia não poderá ser utilizado sem a autorização dos interessados, remetente e destinatário.

Concluindo, aborda que a criptografia e a assinatura digital são alguns meios de assegurar a integridade das comunicações eletrônicas.

3.2.2.2 A admissibilidade dos meios virtuais como prova no processo civil - a utilização da perícia.

Amaro Moraes e Silva Neto expõe em seu trabalho os meios de provar as alegações em juízo.

Inicialmente, mostra que através da confissão comprova-se a existência da autoria e do conteúdo de um e-mail. Todavia, sua validade não é absoluta, tendo em vista o valor que o juiz aferirá mediante os outros tipos de prova. Completa argumentando que “não é o *e-mail* que estará sendo reconhecido como documento, mas a confissão é que será considerada como prova” (SILVA NETO, 1998).

Com relação à prova documental, o autor questiona se um e-mail pode ser considerado tal espécie de prova. No entanto, diz que o e-mail é desprovido de assinatura e lhe falta materialidade, que são características do documento.

A inspeção judicial não poderia ser meio de provar o e-mail, pois tem como escopo inspecionar pessoas ou coisas, e o correio eletrônico não se constitui nem como pessoa ou coisa.

Admite também a prova testemunhal para comprovar o e-mail, sempre que não se conseguir provar de outro modo.

Na opinião de Amaro Moraes, a perícia é o meio de prova mais adequado para se comprovar o e-mail, desde que observadas as formalidades próprias. Para se provar a existência de um e-mail e a sua integridade seria necessária uma perícia no computador do remetente da mensagem, através de uma medida cautelar de busca e apreensão do computador.

Veja abaixo o que diz o autor:

Logo é *conditio sine qua non* que seja proposta uma medida cautelar de busca e apreensão do computador daquele que suposta, virtual ou presumivelmente enviou o *e-mail* para que se constate se nele se encontram os *bits* nos quais se apoia a ação e que, por sua vez, serão objeto de perícia. Em lá existindo a mensagem gravada, **bingo!** - pode ser deduzido, *a priori*, que provavelmente o *e-mail* talvez tenha existido. Mas... ¿e se ele houver sido **efetivamente** apagado? Aí dificilmente poderá ter alguma validade o eventual *e-mail* como evidência de prova no processo, vez que sequer pode ser objeto de um exame judicial. (SILVA NETO, 1998).

Amaro Moraes diz que é necessário uma normatização relativa aos e-mails, para que se garanta sua origem e a integridade. E preconiza o uso da certificação e assinatura digital, em sua conclusão:

Com o tempo advirão a certificação digital, a assinatura digital e outros quejandos, certamente apoiados na biometria. Contudo, mesmo nesses casos, se eventualmente uma das partes não tiver uma

identidade digital, de nada valerão os esforços envidados pelos legisladores. (SILVA NETO, 1998).

Conclui-se, por todo o exposto, que o autor admite a utilização dos meios virtuais, de forma direta, todavia a condição que se impõe é a utilização de perícia no computador daquele que enviou a mensagem.

Ângela Bittencourt Brasil é do mesmo posicionamento que Amaro Moraes Silva e Neto. Entende que o e-mail não pode ser objeto de inspeção judicial por não ser de natureza etérea e nem pessoa, “mas um laudo pericial pode comprovar a sua existência e a autoria do destinatário, através de pesquisa nos IPs por onde ele tenha transitado (IP: Internet Protocol ou protocolo de comunicação)”.(BRASIL, 2001).

A perícia, em sua opinião, deve ser feita no computador daquele que enviou a mensagem, através de uma ordem judicial de busca e apreensão de natureza cautelar, para verificar se os e-mails estão arquivados. Caso a mensagem tenha sido apagada, vai-se ao administrador, caso seja esse nacional, com ordem judicial para que este apresente o texto do e-mail enviado.

A autora coloca dificuldades para se realizar essa perícia: caso o administrador do e-mail seja de origem estrangeira seria necessário uma carta rogatória para acessar os arquivos. Além disso, existe a possibilidade do usuário ser identificado através de apelidos, o que complicaria sua identificação. Por fim, expõe que os “hackers⁵” ou terceiros de má-fé podem modificar as mensagens enviadas virtualmente, tendo em vista a grande viagem que o e-mail faz, partindo para o provedor que enviará a mensagem, seguindo a outros servidores para chegar no destinatário.

A autora coloca em evidência essa viagem ao espaço cibernético:

Em função dessa viagem pelo espaço cibernético, em que a mensagem passa por muitos pontos, ela se torna vulnerável de adulteração sem deixar rastros, o que a torna ao mesmo tempo uma prova frágil para o processo, não perdendo, no entanto o seu caráter indiciário. (BRASIL, 2001).

⁵ Hacker é o termo usado para as pessoas que conhecem profundamente computadores em geral, principalmente suas falhas, podendo invadir qualquer sistema. Normalmente Hackers são especialistas em segurança. Por eles conhecerem todas as falhas dos sistemas, torna-se muito mais fácil consertá-las. Disponível em: <http://www.equipedomane.com.br/duvidas.htm#P27> . Acesso em 10 ago 2005

Por fim, Ângela B. Brasil entende que não há um modo confiável em relação às comunicações virtuais. A criptografia, no seu entendimento, poderá melhorar a proteção às correspondências eletrônicas, entretanto a prova servirá apenas como indícios da existência do fato. Também fala sobre a exigência de uma legislação que normatize a comunicação virtual.

Já Leonardo Gurgel Carlos Pires, ao abordar o assunto das provas virtuais, entende que pode incidir sobre o e-mail todos os meios de prova em direito admitidos (PIRES, 2000).

Observa que os e-mails são mensagens semelhantes às cartas, apenas não possuindo a materialidade deste documento. Afirma que isso retira a possibilidade de se anexar a um processo as mensagens eletrônicas, sem dizer na dificuldade da identificação do usuário.

Pronuncia também que há relação jurídica sempre que dois indivíduos se comunicam via e-mail, apesar deste não ser feito em papel. Entende-se, por conseguinte, que o e-mail pode ser usado como prova ou sobre ele podem ser usados os meios de prova conhecidos, tendo em vista que a lei deu liberdade na sua utilização, conforme se observa pelo disposto no artigo 332 do Código de Processo Civil.

Inicia o estudo das provas tratando da confissão, que serve para provar a autoria, o conteúdo e o envio de um e-mail. Mas o juiz não poderia aceitar uma confissão escrita em um e-mail, devido a sua fragilidade.

No campo da prova documental, o autor afirma que o e-mail pode ser considerado um documento, através da impressão daquilo que se encontra na tela do computador. Entretanto, explica que, para o direito, um documento terá grande valor se assinado, o que só acontece com a utilização da criptografia e códigos de segurança. Argumenta o problema da falta de materialidade do e-mail, afirmando que só será utilizado como prova se for impresso com data e assinatura por quem deseje apresentá-lo em juízo.

O exame pericial pode ser utilizado para que o e-mail demonstre os fatos alegados no processo. É o que diz o autor:

A perícia, portanto é capaz de suprir a falta que a materialidade faz para com o e-mail, dando de acordo como o parecer a solução para as dúvidas relacionadas aos aspectos jurídicos daquilo a que com o e-mail se propõe a provar.(PIRES, 2000).

Pires atenta também para o uso da inspeção judicial, em que o juiz examina pessoas e coisas. O e-mail, segundo seu entendimento, pode ser considerado como “coisa”, podendo então ser inspecionado pelo juiz.

Por fim, fala da prova testemunhal, aceitando-a como meio de confirmar o acontecimento que deu origem ao processo, caso não tenha como se utilizar os outros meios de prova.

Encerra seu estudo dizendo que, para se estudar os aspectos jurídicos dos e-mails, normas específicas deveriam ser criadas para facilitar a identificação de sua autoria e autenticidade, para que se atinja segurança na sua transmissão.

3.2.2.3 A admissibilidade dos meios virtuais em conjunto com outros meios de prova admitidos no processo civil

Itamar Arruda Júnior, em sua obra, trata da expressão “documento”, que sempre trouxe a idéia de um escrito que identifica uma pessoa. Explica que, com o nascimento da Internet, tal conceito foi adequado para que pudesse ser utilizado no meio virtual (ARRUDA JÚNIOR, 2001).

Desta forma, surgiu o conceito de “documento eletrônico”, que possui as características dos documentos tradicionais, com exceção do meio em que é celebrado e a identificação do usuário.

O autor apresenta a possibilidade da validade jurídica dessa espécie de documento:

Verificado que um documento foi firmado em meio eletrônico, cumpre perquirir sua validade a fim de que se possa apurar sua segurança jurídica.

Nesta apuração, para que um documento eletrônico tenha validade jurídica e possa servir, por si só, de meio probatório em juízo, mister a ocorrência de dois requisitos; impossibilidade de alteração do seu conteúdo e perfeita identificação das partes. (ARRUDA JUNIOR, 2001).

Para possibilitar o uso das provas obtidas em meio virtual, o autor diz que a assinatura digital vem solucionando tal problema. A criptografia assimétrica também facilita o uso de tais documentos como prova no processo civil.

Mas a falta de legislação que regule a matéria impossibilita a utilização dos documentos eletrônicos como meio de prova por si só. O que existe são projetos e anteprojetos tramitando pelo Congresso Nacional.

Coloca como solução prática a utilização de dispositivos legais aplicáveis a esta matéria, vigentes no ordenamento jurídico, em especial as disposições acerca dos meios probatórios, que poderia comprovar a celebração de um negócio em meio virtual.

Itamar A. Júnior finaliza seu trabalho ressaltando a utilização do documento eletrônico, mas não por si só, mas sim em conjunto com outros meios de prova admitidos em direito:

De todo o exposto, ressei que há, indubitavelmente, uma necessidade de leis que regulamente as entidades certificadoras de documentos eletrônicos, quer sejam públicas, privadas, ou ambas coexistindo, a fim de que se possa dar segurança ao documentos eletrônicos de forma a que possam valer como meio de prova, por si só. Entretanto, enquanto não há a edição de leis neste sentido, podem e devem ser utilizados todos os meios de prova admitidos em direito, em associação com o documento eletrônico, a fim de que se possa provar o alegado. (ALVIM, 2001).

3.2.2.4 A admissibilidade dos meios virtuais através da utilização da assinatura digital e da criptografia

Antônio Carlos Trevisan trata do assunto “documento eletrônico”. Demonstra em sua obra que a lei modelo da UNCITRAL estabelece em seu art. 5º que “não se negarão efeitos jurídicos, validade ou eficácia à informação apenas porque esteja na forma de mensagem eletrônica”.(TREVISAN, 2004).

Comprova também, em seu trabalho, que o Projeto de Lei nº 1.589/1999 caracteriza o documento eletrônico como "a informação gerada, enviada, recebida, armazenada ou comunicada por meios eletrônicos, ópticos, opto-eletrônicos ou similares".

Após explicitar sobre o documento eletrônico, assevera que a prova de tais documentos deve apresentar assinatura digital, pois apenas nesta hipótese podem-se conferir as características de autenticidade e integridade.

Conclui sobre o documento eletrônico:

À guisa de consolidação acerca do que foi exposto sobre documentos e documentos eletrônicos, pode-se afirmar que tanto o suporte material quanto o virtual presta-se a representar um ato ou fato jurídico, desde que amparados por sistema que preserve a integridade e autenticidade do respectivo suporte.(TREVISAN, 2004).

Aborda a questão da insegurança dos documentos obtidos pelo meio virtual, tendo em vista que uma mensagem encaminhada digitalmente pode ser interceptada e adulterada no percurso entre seu remetente e o destinatário, sem deixar vestígios. Traz a utilização da criptografia como forma de garantir a autenticidade e integridade ao documento eletrônico.

Gilberto Marques Bruno, em seu trabalho “Algumas considerações sobre a questão da validade, eficácia e valor probatório dos documentos eletrônicos” (BRUNO, 2001), dá enfoque ao Projeto de Lei nº 1.589/99, elaborado pela Comissão Especial de Informática Jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil São Paulo. Tal projeto coloca como aspectos para se dar eficácia jurídica dos documentos eletrônicos o caráter da originalidade, através do sistema criptográfico de chave de natureza pública e a emissão de cópia do documento eletrônico, considerada como resultado da digitalização de documento físico, com a materialização do documento eletrônico original. O projeto, em seu artigo 15, aceita como verdadeiras as declarações constantes no documento eletrônico desde que haja assinatura digital. Desta forma, conclui-se que o autor posiciona-se a respeito da utilização da criptografia e assinatura digital para que os documentos eletrônicos tenham eficácia probatória.

George Marmelstein Lima trata do assunto “E-processo”, que seria um novo direito processual, com a utilização da tecnologia da informação em que não existem papéis, nem documentos físicos, sendo tudo digital. Diz que tal mudança já se iniciou e caminha a passos acelerados.

Em sua obra, o autor anuncia a substituição dos autos físicos pelos autos digitais. Cita que o Supremo Tribunal Federal disponibiliza em sua página na Internet o inteiro teor de todas as petições iniciais das Ações Diretas de Inconstitucionalidade e Ações Declaratórias de Constitucionalidade, bem como o teor das respectivas decisões. Logo, todos têm acesso ao teor dos documentos, via rede Internet.

Dispõe que aumentará a importância dos técnicos de informática para solucionar problemas processuais, que auxiliarão na tomada de decisões. O autor exemplifica tal situação:

Por exemplo, se uma parte alegar que houve falha no envio de um e-mail, será um expert em informática quem irá informar ao juiz se houve ou não a alegada falha. Se a parte alegar que a página em que foi publicado um dado expediente estava fora do ar, será um técnico em informática quem confirmará ou não o fato ao juiz. Se a parte alegar que uma determinada petição foi adulterada durante a transmissão, somente diante de um conhecimento técnico o juiz poderá solucionar o problema. (LIMA, 2003).

Trata também do assunto da segurança e autenticidade dos dados na comunicação virtual. Cita que, inicialmente, poderia se pensar que toda essa preocupação com a utilização de dados virtuais seria sem sentido, tendo em vista que poucos são os casos de falsificação e adulteração dos autos em papel. Todavia, ressalta que no campo virtual há malfeitores cibernéticos, que têm como maior diversão violar sistemas de segurança. Sendo desta forma, a preocupação com a segurança deve sempre existir.

George M. Lima cita os vários métodos utilizados pelos maiores tribunais do Brasil para resguardar a segurança dos sistemas de informática. O Supremo Tribunal Federal utiliza-se do sistema de identificação biométrica. O Superior Tribunal de Justiça adota como mecanismo de segurança uma marca d'água com a logomarca do STJ e a certificação digital. Já o Tribunal de Justiça de São Paulo firmou parceria com a empresa Xerox do Brasil para implementar um sistema de impressão e produção de certidões, para garantir a autenticidade dos dados.

Traz também em seu estudo o debate travado em 2002 entre a Associação dos Juízes Federais (AJUFE) e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). A AJUFE apresentou projeto de lei tratando da informatização do processo judicial e adotando a idéia do peticionamento eletrônico através do prévio credenciamento do advogado. Alguns setores da OAB criticaram tal projeto, assinalando falhas e inconstitucionalidades, oferecendo sugestões para que se adote o sistema de assinatura digital, através do conceito de chaves públicas e privadas.

Porém, ressalta o autor que as idéias levantadas complementam-se. A AJUFE diz que ainda não há uma cultura consolidada sobre a adoção da certificação digital, através do uso de chaves públicas e privadas. A OAB contraria tal afirmação, dizendo que a assinatura digital, pelo sistema da criptografia assimétrica é o meio mais seguro atualmente para certificar a autenticidade dos documentos digitais.

Diante de tal discussão o autor levanta a hipótese considerada ideal: a indicação, na legislação, do uso de meios eletrônicos para a prática dos atos processuais, de forma genérica,

não se destacando um único sistema ou método. Desta forma, adotar-se-ia, inicialmente, a proposta da AJUFE, com o credenciamento dos advogados, e posteriormente consolidar-se-ia o uso das chaves públicas e privadas, adotando-se a idéia da OAB, sem que se mudasse a todo o momento a legislação.

Por todo o exposto, compreende-se que o autor aceita a utilização das provas digitais no processo, através da atuação dos técnicos de informática e também dos métodos levantados pela AJUFE e OAB.

3.2.2.5 A corrente majoritária

Entre as teses apresentadas pela doutrina examinada contata-se que a posição preponderante admite o uso das provas virtuais no processo.

O ponto de divergência consiste no modo como se aceita a utilização das provas (mais especificadamente o e-mail): há autores que admitem o uso da prova virtual, mas não por si só. Há aqueles também que acolhem a idéia da utilização, mas mediante uma perícia. Por fim, há doutrinadores entendendo pela aceitação da prova virtual através de sistemas de informática, como a assinatura digital.

Assim, entende-se que não se admite o uso de provas virtuais no processo sem que haja uma verificação no computador dos usuários ou admite-se, desde que possua um sistema de segurança que permita identificar a autenticidade e originalidade da mensagem.

Percebe-se que há uma tendência forte em se admitir a utilização de tais meios de conferência de autenticidade e integridade, mas alguns tratam como se fosse matéria para utilização em um futuro próximo.

De tal forma, houve uma hegemonia entre os doutrinadores em aceitar o uso da perícia como também a utilização de certificadores de segurança.

3.2.3 A assinatura e a certificação digital – uma breve conceituação

Uma vez analisadas as correntes doutrinárias que tratam sobre a utilização das provas virtuais no processo civil, observa-se que os autores citam, em sua maioria, a utilização de meios informáticos de segurança, como a assinatura digital.

De tal modo, imperioso que haja uma breve explanação a respeito dos métodos de segurança. O tema é complexo, por exigir conceitos mais técnicos que jurídicos. Entretanto, o presente trabalho apenas dará a noção de tais modalidades.

Para a área jurídica há um grande problema em se aceitar um documento, petição, ou certidão sem que se verifique seu autor, através da assinatura.

A solução apresentada é através do uso da criptografia, que é uma técnica muito antiga, conhecida na Antigüidade. É o conjunto de métodos que protegem o teor de uma informação. Ela possibilita a assinatura de um documento, com a codificação, garantindo a autenticidade, para que não haja falsificação.

Há duas técnicas utilizadas de criptografia, denominadas simétrica e assimétrica. A mais antiga é a criptografia simétrica, ou chave secreta, em que se utiliza apenas uma chave, partilhadas pelo emissor e receptor.

Existe também a criptografia chamada de assimétrica, em que além do teor criptografado, o emissor fornece uma informação de utilização exclusiva – chave privada. Para que se interprete esse conteúdo, alguém necessita de uma segunda informação – chave pública - que é repassada pelo emissor.

Em síntese, a criptografia assimétrica consiste na utilização de pares de chaves, em que o emissor dispõe de uma senha pública, de conhecimento geral e outra privada, exclusivamente conhecida por ele. Desta forma, viabiliza-se o processo para a geração da assinatura digital.

Omar Kaminski e Marlon Marcelo Volpi explicam o que é assinatura digital:

De forma resumida, a assinatura digital é uma técnica que se utiliza do conteúdo a ser assinado, somando-se à chave privada do emissor, para a criação de um conjunto de caracteres que irá acompanhar o conteúdo. O receptor desse conteúdo, para que tenha ciência da integridade do mesmo, utiliza-se da combinação do próprio conteúdo, da chave pública do emissor e da assinatura digital. Assim, pode constatar a existência de qualquer alteração. Caso tenha havido mudança de um caractere sequer, a combinação acusa que o conteúdo não confere com o originalmente emitido. (ROVER et all, 2004, p. 250).

Pelo entendimento se extrai acima, a nova tecnologia da assinatura digital faz com que aquele que assina o documento faça uso de uma chave privada, secreta, que apenas ele possui, que aparecerá como uma combinação exclusiva de caracteres no fim do texto enviado. No

momento em que o documento chega ao destinatário, há verificação através de uma chave pública, que conferirá autenticidade àquilo que foi enviado.

A chave pública fica na rede disponível a todos; já a chave privada é de conhecimento e uso privativo do proponente.

Dinemar Zoccoli explica que a assinatura de um documento eletrônico é diferente do ato de assinar que sugere o verbo, que remete a aposição de uma marca ou sinal isolado, em algum local do documento:

No caso de um documento eletrônico, o termo “assinatura” pode ser entendido como um “lacre” personalizado de seu conteúdo. O “lacre”, no caso, visa garantir a integridade, enquanto o fato de apresentar atributo de personalização permite garantir na autenticidade. Nesse sentido, poder-se-ia comparar o ato de “assinar” um documento eletrônico com o ato de colocar uma carta dentro de um envelope, fechá-lo apropriadamente e escrever a identificação do remetente no verso. É, mais ou menos, isso que a “assinatura” eletrônica pode fazer. Ou seja, depois de fechado o envelope, não se pode mais alterar o conteúdo da carta sem deixar marcas visíveis (garantia de integridade) e, concomitantemente, esse mesmo envelope que envolve a carta contém, em si, a indicação da autoria (garantia de autenticidade). (ROVER et al, 2000, p. 180).

Os documentos tradicionais, em papel, apesar de possuírem mais aceitação, dão abertura a desconfianças, com relação à autenticidade da assinatura. Para dirimir tal suspeita, se valida através de um registro notarial, que confere a autoria das assinaturas. Neste sentido, a assinatura digital depara-se com o mesmo entrave, pois como se garantir que a chave pública foi emitida pelo emissor do conteúdo? Surgiram, desta maneira, autoridades certificadoras. Compete a essa autoridade assegurar a autoria do documento eletrônico, devidamente assinado, através dos certificados digitais.

Antônio Carlos Trevisan discursa sobre o tema:

Tais certificados consistem em chaves públicas assinadas por uma pessoa de confiança, denominada terceiro confiável (TTP – acrônimo para *Trusted Third Party*) e servem para evitar tentativas de substituição de uma chave pública por outra. O certificado, além da chave pública, contém informações pessoais sobre seu titular e é assinado digitalmente por uma terceira parte confiável (autoridade certificadora) que associa o nome (e atributos) de uma pessoa ou instituição a uma chave criptográfica pública. (TREVISAN, 2004).

Entende-se, destarte, que a certificação digital declara a titularidade de uma pessoa, em relação à chave pública.

A Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001 dispõe sobre a infra-estrutura de chaves públicas brasileiras – ICP - Brasil, que institui o Comitê Gestor de Políticas como órgão apto a fornecer os certificados eletrônicos.

Insta salientar que a assinatura digital não pode ser confundida com assinatura digitalizada, pois esta é feita através do escaneamento de uma assinatura, ao passo que a primeira utiliza os métodos de criptografia.

Gandini, Salomão e Jacob abordam algumas técnicas que garantem a segurança dos documentos digitais. Além da assinatura digital traz outro mecanismo, como as firmas biométricas.

Com relação às firmas biométricas, entende-se que o método capta os dados únicos dos seres humanos, chamados de biométricos, como a digital, a retina, a geometria da face, etc. O ponto importante sobre esse método é que não se pode perder ou esquecer as características biométricas.

Giuseppe dos Santos Romagnoli explica como se utiliza tal tecnologia:

A identificação biométrica se dá em duas fases: primeiro o usuário é registrado no sistema, permitindo a captura de suas características biométricas, as quais são convertidas em um modelo que as representa matematicamente. A segunda fase é a autenticação, onde o usuário apresenta suas características biométricas, que são comparadas e validadas com o modelo armazenado. (ROMAGNOLI, 2002).

A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, em conjunto com o Tribunal Regional Federal de São Paulo, utiliza-se da biometria no Projeto de Execução Fiscal Virtual. O juiz, ao assinar um documento, utilizará seu “smart card” conjuntamente com sua impressão digital. O Supremo Tribunal Federal, desde maio de 2001, possui o reconhecimento da impressão digital para identificar seus funcionários, no acesso a seus computadores.

3.2.4 Regulamentação das provas virtuais

Conforme já foi dito, inexistente no Brasil uma estrutura normativa que possibilite a regulamentação específica sobre os documentos digitais. Não há legislação própria que

solucione as grandes discussões a respeito da possibilidade do uso das provas virtuais no processo civil.

O que se percebe, muitas vezes, é que a população também oferece resistência diante dos meios informáticos, apesar do Brasil figurar sempre nas pesquisas entre os países que mais utilizam a rede Internet.

O Brasil, por ser positivista, necessita da inclusão de normas em códigos. Este retardamento no sistema legislativo brasileiro dificulta, porém, o processo judicial e embaraça a efetiva tutela jurisdicional às partes.

Essa realidade faz com que haja uma adaptação às normas existentes já na legislação.

Pode-se mencionar algumas normas do Código de Processo Civil que justificam a utilização dos meios eletrônicos, todavia, deve ser ressaltado que sua utilização encontra resistência.

O artigo 154 do Código de Processo Civil dispõe: “Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada, senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial”.

Pela redação dada pelo artigo 154, entende-se claramente que há possibilidade da utilização de qualquer forma do ato processual a menos que a lei seja expressa em exigir uma forma determinada.

O artigo 244 do mesmo *Codex* consagra o princípio da instrumentalidade das formas, ao afirmar: “Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”.

A doutrina dispõe sobre o princípio da instrumentalidade:

O princípio da instrumentalidade das formas, de que já se falou, quer que só sejam anulados os atos imperfeitos se o objetivo não tiver sido atingido (o que interessa, afinal, é o objetivo do ato, não o ato em si mesmo). Várias são as suas manifestações na lei processual, e pode-se dizer que esse princípio coincide com a regra contida no brocardo *pas de nullité pás sans grief*. (CINTRA, 2002, p. 343).

Portanto, o ato processual, desde que atinja o seu fim, independe de forma. O grande interesse está no objetivo, na finalidade do ato, não o ato em si.

Também merece destaque a regra contida no artigo 332, que disciplina as provas. Todos os meios legais e morais são aptos a provarem os fatos. O artigo deixa claro que terá

validade os meios, ainda que não especificados no código. Pode-se entender que o legislador, ao fazer essa ressalva possibilitou a utilização de inúmeros meios de prova. Não se poderia prever em 1973 (ano da entrada do código no ordenamento jurídico) a existência de tais meios discutidos, pois a Internet não fazia parte da realidade das pessoas.

Apesar de não existirem leis que disciplinam a matéria há inúmeros projetos tramitando no Congresso acerca dos procedimentos judiciais por meios eletrônicos. Veja abaixo alguns projetos:

- ✓ Projeto de Lei nº 3.173, apresentado em 26/05/1997 pelo Senado Federal. Dispõe sobre os documentos produzidos e as arquivados em meios eletrônicos e dá outras providências.
- ✓ Projeto de Lei nº 1.589, apresentado em 31/08/1999 pelo Deputado Luciano Pizzato. Dispõe sobre o comércio eletrônico, a validade jurídica do documento eletrônico e a assinatura digital, e dá outras providências.
- ✓ Projeto de lei nº 3.303, apresentado em 27/06/2000 pelo Deputado Antonio Feijão. Dispõe sobre normas de operação e uso da Internet no Brasil.
- ✓ Projeto de Lei 6.965, apresentado em 12/6/2002 pelo Deputado José Carlos Coutinho. Confere valor jurídico à digitalização de documentos, e dá outras providências.
- ✓ Projeto de Lei nº 7.093, apresentado em 06/08/2002 pelo Deputado Ivan Paixão. Dispõe sobre a correspondência eletrônica comercial, e dá outras providências.
- ✓ Projeto de Lei nº 7.316, apresentado em 14/10/2002 pelo Poder Executivo. Disciplina o uso de assinaturas eletrônicas e a prestação de serviços de certificação.
- ✓ Projeto de Lei nº 279, apresentado em 15/07/2003 pelo Senado. Dispõe sobre a prestação dos serviços de correio eletrônico, por intermédio da rede mundial de computadores – Internet, e dá outras providências.

Pelo que se depreende do exposto acima, os projetos de lei apresentados datam mais de anos. Arrastam-se indefinidamente e ficam longe de uma finalização. Todavia, caso isso ocorra, tais projetos já se encontrarão defasados.

A grande solução, neste momento, seria a desformalização dos atos processuais, com base no princípio da instrumentalidade. Isso permitirá que, até que haja uma adequação das normas, os atos sejam ao máximo aproveitados, sem prejuízo às partes.

CAPÍTULO 4. PROVAS VIRTUAIS NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Este capítulo tem como intuito expor as decisões do Poder Judiciário, sobre as discussões dos fatos oriundos do meio virtual e suas conseqüências. De forma indireta, os julgados trazem algumas posições que os Tribunais apresentam para que se admita (ou não) as provas produzidas virtualmente.

4.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1488-9- medida liminar. STF

Órgão julgador: Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Néri da Silveira.
26.11.99

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) trazida ao presente trabalho tem como objetivo demonstrar a divergência a respeito da possibilidade de interceptação do fluxo de comunicação em sistemas de informática.

A Constituição Federal, no artigo 5º, incisos XII e LVI, assegura a todos o sigilo das comunicações e a inadmissibilidade das provas ilícitas. De acordo com a autora da ADIN, a Lei nº 9.296/96, que regulamenta o procedimento de interceptação telefônica e do fluxo de comunicação em sistemas de informática e telemática, ofende tais incisos.

A discussão acerca da inconstitucionalidade do dispositivo em questão consiste no fato de que as mensagens eletrônicas podem se enquadrar como um fluxo de comunicação em sistema de informática. Neste caso, estariam inseridas no parágrafo único do art. 1º da citada lei.

Diante de tal julgado, percebe-se a discussão acerca da possibilidade de interceptação de computadores, por ser garantia constitucional, o que violaria o direito à intimidade das pessoas (artigo art. 5º, X e XI, da CF).

Conseqüentemente, as provas virtuais obtidas mediante interceptação dos computadores ou violando o e-mail, seriam consideradas, de acordo com esse posicionamento, ilícitas, em decorrência da proteção constitucional.

Abaixo, ementa e destaque do voto do Ministro-Relator:

EMENTA: - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. 2. PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 1º E ART. 10 DA LEI Nº 9.296, DE 24.7.1996.

3. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS INCISOS XII E LVI DO ART. 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, AO INSTITUIR A POSSIBILIDADE DE INTERCEPTAÇÃO DO FLUXO DE COMUNICAÇÕES EM SISTEMAS DE INFORMÁTICA E TELEMÁTICA. 4. RELEVANTES OS FUNDAMENTOS DA AÇÃO PROPOSTA. INOCORRÊNCIA DE PERICULUM IN MORA A JUSTIFICAR A SUSPENSÃO DA VIGÊNCIA DO DISPOSITIVO IMPUGNADO. 5. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CONHECIDA. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA.

VOTO

(...) Se é exato que o dispositivo constitucional em foco enumera, na garantia da inviolabilidade do sigilo, como objetos distintos a **correspondência**, as **comunicações telegráficas**, as **comunicações de dados** e as **comunicações telefônicas**, não é possível, entretanto, deixar de admitir que as comunicações de dados, no estágio atual do desenvolvimento tecnológico, não prescindem, salvo as hipóteses de comunicações de dados via satélite, da utilização instrumental também do telefone, constituindo, destarte, comunicações de informações, em certo sentido, com a intermediação telefônica.

(...) Nessa linha, na Ação Penal n. 307, o STF, por seu Plenário, decidiu no sentido da inviolabilidade de dados constantes de computador, ao afirmar-se: "Inadmissibilidade, como prova [...] de registros contidos na memória de microcomputador [...] por estar-se diante de microcomputador que além de apreendido com violação de domicílio, teve a memória nele contida sido degradada ao arrepio da garantia da inviolabilidade da intimidade das pessoas (art. 5º, X e XI, da CF)".

Todos esses aspectos do tema em exame estão a indicar serem relevantes os fundamentos da ação proposta.

(...). A matéria, por certo, está a merecer amplo debate, em face da necessidade de se definirem os limites conceituais do que efetivamente se tenha por definitivo como "comunicação de dados", qual está posta esta fórmula no art. 5º, XII, da Constituição, inclusive, **à vista do progresso acelerado das conquistas da informática e da constituição de redes de transmissão de dados ou de acesso a informações em bancos de dados, nos dias em curso. (grifou-se)**

4.2 Habeas Corpus nº 76.689-0 Paraíba. STF

Órgão julgador: Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 06.11.98

O Supremo Tribunal Federal julgou o Habeas Corpus nº 76.689-0, determinando a necessidade de prova pericial à demonstração da autoria dos fatos.

Todavia, embora tal julgado verse sobre aspecto criminal, que não é objeto deste trabalho, deve ser aqui examinado por demonstrar a visão que a Suprema Corte do país tem em relação às provas virtuais. Diante do entendimento desta jurisprudência, pode-se perceber que o STF entendeu, neste caso, pela admissibilidade dos meios virtuais como prova, por meio de perícia e informações técnicas a embasar a demonstração da autoria dos fatos imputados, suprimindo a falta de materialidade de tais meios.

Segue ementa, trecho do relatório e do voto do Relator.

EMENTA: CRIME DE COMPUTADOR: PUBLICAÇÃO DE CENA DE SEXO INFANTO-JUVENIL (E.C. A, ART. 241), MEDIANTE INSERÇÃO EM REDE BBS/INTERNET DE COMPUTADORES, ATRIBUÍDA A MENORES: TIPCIDADE: PROVA PERICIAL NECESSÁRIA À DEMONSTRAÇÃO DA AUTORIA: HC DEFERIDO EM PARTE.

RELATÓRIO

(...) Finalmente, quanto à prova da materialidade, descabe exigir auxílio de peritos para que o juiz perceba ou avalie o conteúdo pornográfico da documentação juntada aos autos. Entretanto, o mesmo não se pode dizer em relação à prova da autoria. De acordo com a sentença, pouco importava pesquisar se as tristes imagens foram ou não produzidas pelos pacientes (e certamente não foram), desde que evidenciado que eles, como operadores da rede BBS/Micronet, controlavam e selecionavam os documentos a serem distribuídos aos integrantes dessa rede, sendo portanto os responsáveis pela divulgação das imagens ilícitas, pois “jamais tais imagens seriam acessadas sem antes os operadores da mencionada rede autorizarem”. Lê-se na sentença (fls. 75 do apenso): “falar que uma rede de computadores pode levar a que pessoas veiculem o que querem pode até ser uma verdade, entretanto quanto o acesso se dá a uma determinada rede, que opera um sistema de códigos de acesso, fica

demonstrado que só os operadores podem classificar e liberar aquilo que é dado como arquivo pelos usuários e para serem por estes utilizados”. **Mas, sem um exame por técnico em computação, não há como entender o funcionamento da rede operada pelos pacientes e, em conseqüência, concluir pela existência de um sistema de códigos que permitiria o acesso dos usuários apenas às informações liberadas pelos operadores. Tais as circunstâncias, está configurada a nulidade pela falta de requisição de exame pericial para comprovação da autoria da infração (art. 173-III do ECA), porquanto a imposição da medida prevista no art. 112-III (prestação de serviços à comunidade) pressupõe a existência de provas suficientes da autoria e a materialidade da infração (art. 114). (grifou-se)**

Isto posto, opino pelo deferimento da ordem “.

Acrescento que deferi a liminar para suspender a execução da sentença questionada e requisitei os autos do processo principal, vindo com as informações e apensados.

É o relatório.

VOTO

(...) A conclusão positiva da sentença e do acórdão - que, afora a hipótese de ciência própria dos seus ilustres prolores, só tem nos autos as informações do usuário da rede, que delatou os menores, de sua vez, alegadamente obtidas de um terceiro (apenso, f. 65 e 76) – opõe-se a peremptória negativa dos pacientes, para quem a todo e qualquer usuário da rede seria dado, sem identificar-se, inserir nela as fotos questionadas e torná-las acessíveis aos demais.

É questão que aos iniciados pode parecer primária, mas que hoje ainda paira além dos conhecimentos do homem comum, mesmo do que começa a aventurar-se nos ministérios da telemática: prudente, assim, o alvitre do Ministério Público Federal, que acolho. (grifou-se)

De tudo, defiro em parte o habeas-corpus, para que, anuladas as decisões, se proceda a perícia possível e a colheita das informações técnicas adequadas à verificação da autoria ou da participação dos pacientes do fato: é o meu voto.

4.3 Agravo de Instrumento nº 568.438 - RJ (2003/0210149-9). STJ

Órgão julgador: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior

O julgado versa sobre a decisão de um agravo de instrumento, em que a agravante afirma que houve violação ao artigo 300 (incumbência do réu, em sua contestação, alegar toda a matéria de defesa), artigo 332 (a admissão de todos os meios legais de prova), artigo 371 (trata da autoria do documento particular), e artigo 535, II (embargos de declaração), todos do Código de Processo Civil.

No presente caso, importante o destaque na alegação da agravante de que o juiz teria se limitado a julgar com base na ausência de comprovação de um contrato verbal. Articula também que não se deve aplicar a Súmula 7 do STJ (que não admite a reapreciação de provas no recurso especial), já que o acórdão não considerou as provas dos autos, ou seja, as mensagens eletrônicas e o documento de fl. 34, que embasam o direito do autor. Alega ainda que é ônus da agravada provar que os e-mails eram falsos, não podendo o julgador, por mera convicção pessoal, entender que os e-mails não podem ser utilizados como prova. Nesta decisão examinada, o voto do Relator Ministro Aldir Passarinho Junior fundamenta-se na admissibilidade das provas produzidas virtualmente, mas em conjunto com outros meios de prova admitidos em direito.

Abaixo, ementa e voto do acórdão.

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CONTRATO. DESCUMPRIMENTO. PROVA E FATOS. NÃO COMPROVAÇÃO. E-MAIL. CONSIDERADO ISOLADAMENTE. IMPOSSÍVEL. REEXAME DE FATOS. SUMULA N. 7. IMPROVIMENTO.

VOTO

(...) O órgão julgador admitiu que houve a existência de relação jurídica entre a agravante e a agravada, e que, posteriormente, o contrato foi rescindido pela ré. Todavia, após analisar as provas dos autos, a Câmara julgadora formou o entendimento de que não houve efetiva comprovação de vínculo jurídico, no que tange à sua autenticidade. Diferente do que

alega a agravante, o juiz pode livremente interpretar as provas, como bem ressaltado às fls. 203/204:

"(...) Certo é que, em conjunto com os demais elementos instrutórios dos autos, o juiz, como destinatário das provas, poderá chegar ao convencimento da realidade fática apontada pelo Autor, porém, na hipótese, a prova testemunhal produzida não acrescentou nada de efetivo ao conteúdo das mensagens eletrônicas, não logrando, portanto, êxito o Autor em comprovar o direito alegado".

Em relação ao argumento de que os e-mail foram considerados falsos, tal assertiva não procede, uma vez que o julgador frisou *"embora autênticas em seu conteúdo, estas não têm o condão de criar a obrigação contratual que persegue o Autor, daí os fundamentos da sentença ao não admiti-las como prova cabal"* (fl. 204). (...)

4.4 Apelação Cível nº 04.012152-0. TJ/SC

Órgão julgador: Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Relator Des. José Volpato de Souza.

Neste caso, o acórdão julgou apelação cível que discute a indenização por danos morais em decorrência da publicação em site da Internet de mensagem ofensiva à honra, imagem e nome do apelante. Tal decisão aborda ainda a responsabilidade civil do provedor, apesar de não haver regulamentação no meio jurídico sobre a matéria.

Dispõe sobre os princípios constitucionais da dignidade humana, previsto no artigo 1º da Constituição Federal, e em seu art. 5º, X, da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, honra e imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Afirma também que não se pode deixar propalar mensagens ofensivas na Internet sem qualquer punição.

Pelo que se denota do voto do relator, no que diz respeito às provas, entende o i. Desembargador ser cabível a demonstração da mensagem difamatória através da materialização do documento eletrônico original, por meio de impressão em papel, com a data da veiculação da mensagem e pelo conhecimento do conteúdo do site através de inúmeras pessoas que o acessaram. Desta forma, entende pela admissibilidade da prova virtual, através da prova testemunhal e da materialização do documento eletrônico original.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - PUBLICAÇÃO DE ANÚNCIO EM PÁGINA DE CLASSIFICADOS EM *SITE* DA INTERNET - MENSAGEM OFENSIVA À HONRA, IMAGEM E NOME DO AUTOR DA DEMANDA - NECESSIDADE DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO POR PARTE DO PROVEDOR - DEVER DE INDENIZAR - *QUANTUM* CAPAZ DE COMPENSAR O LESADO E REPRIMIR ATOS SEMELHANTES PELO LESANTE - MAJORAÇÃO - RECURSO DO AUTOR PROVIDO E DA RÉ DESPROVIDO.

VOTO:

Trata-se de ação de indenização por danos morais, aforada em face de veiculação de mensagem ofensiva à honra e à moral do autor no *site* da empresa ré, na qual o MM. Juiz sentenciante a condenou ao pagamento de indenização no valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), além das custas processuais e honorários advocatícios.

Ambas as partes apelaram: o autor, pleiteando a majoração do *quantum* fixado na sentença e a ré, a improcedência da pretensão inicial ou, alternativamente, a redução do aludido valor.

Extrai-se dos autos que no dia 20 de novembro de 2002, foi propagada uma mensagem no *site* contato.net, da empresa ré, na seção classificados, por meio da qual se anunciou que o autor da demanda estaria prestando serviços àqueles que devem e não querem pagar, imputando-se-lhe, subliminarmente, a "pecha" de velhaco (fl. 12).

A outra mensagem aduzida pelo autor, também ofensiva à sua moral, não pode ser levada em consideração, conquanto visivelmente se depreende que não é seqüência dos documentos trazidos às fls. 12/21. Ademais, foi juntado pelo autor sem o endereço do *site* de onde foi retirado, visto ter cortado a parte inferior da página, além do que, a data de veiculação da mensagem é completamente diferente das demais. (grifou-se)

Em razão disso, considerar-se-á apenas o anúncio de fl. 12, visto que a empresa ré não negou ter sido veiculado em seu *site*, mas apenas afirmou que não teria responsabilidade sobre o seu conteúdo, elaborado por terceiros.

No tocante à responsabilidade do provedor, apesar de ser esta matéria ainda pouco regulada no meio jurídico, tem-se que, por ser prestador de serviços, responde pelos atos lesivos a que der causa. (grifou-se)

Nesse esteio, vale registrar a definição de provedor da Internet trazida por um julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“2. O Provedor da **Internet** é um agente interveniente prestador de serviços de comunicação, definindo-o como sendo 'aquele que presta, ao usuário, um serviço de natureza vária, seja franqueando o endereço na **INTERNET** seja armazenando e disponibilizando o site para a rede, seja prestando e coletando informações etc. É designado, tecnicamente, de Provedor de Serviços de Conexão à **Internet** (PSC), sendo a entidade que presta o serviço de conexão à **Internet** (SCD)' (Newton de Lucca, em artigo "Títulos e Contratos Eletrônicos", na obra coletiva Direito e **INTERNET**", pág. 60).

(...)

7. A relação entre o prestador de serviço (provedor) e o usuário é de natureza negocial visando a possibilitar a comunicação desejada" (REsp n. 323358/PR; Primeira Turma; Rel. Min. José Delgado).

Portanto, entende-se que, ainda que o serviço seja oferecido gratuitamente aos usuários, o provedor auferir lucros sobre a valorização de seu *site*, tendo em vista que, com o aumento do número de acessos, cresce o prestígio do *site* e, conseqüentemente, o valor das futuras contratações de anúncios publicitários. Trata-se de uma gratuidade apenas aparente, sendo aplicável, portanto, o Código de Defesa do Consumidor.

Porém, o fato de o autor da demanda possuir contrato de prestação de serviços com a empresa ré em nada altera a responsabilidade desta, tendo em vista que responderia pelo prejuízo causado a qualquer usuário, seja gratuito ou remunerado o serviço prestado.

Ainda com relação à responsabilidade do provedor da Internet, traz-se excerto das bem lançadas considerações do Magistrado *a quo* em sua decisão:

"... o nó górdico da questão é saber se o provedor (denominação técnica de prestador de serviço) tem responsabilidade pelo conteúdo do que divulga, e é nesse ponto que a escassez legislativa, embora relevante, não impede a correta análise da matéria (vide art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil).

(...)

Indiscutível desta forma a incidência do CODECON no que se relaciona aos provedores, cumpre investigar se o provedor responde por ato de terceiro que se vale dos seus serviços para propagação de conteúdo ofensivo. (...)

Aqui não se tem apenas o mau uso da Internet pelo acesso às informações disponibilizadas em um servidor, mas de ofensas veiculadas em espaço patrocinado de forma direta pelo provedor, em página exclusiva destinada a serviços locais (classificados eletrônicos), cuja responsabilidade pelo que ali é divulgado é indubitavelmente da ré, que permitiu fosse 'ao ar' as desairosas notas referentes ao autor, ora como 'velhaco' (fls. 12) ou 'homossexual' (fls. 13).

Não se trata de imposição de censura ao conteúdo eletrônico, mas de evidente filtro nos serviços diretamente prestados pela ré, como o de classificados.

Supondo que se cuidasse de um jornal impresso (cuja divulgação atual no setor de serviços é mais restrita que a do meio eletrônico), haveria diferença quanto à patente violação do direito à imagem, constitucionalmente garantido, e manifestamente violado, com flagrante omissão do responsável direto pela propagação das notas?

A resposta é negativa.

Competia ao provedor não permitir que se atacasse pessoalmente a honra de outrem daquela forma, mormente de um seu cliente, não se resguardando sequer pelo direito ao rastreamento da 'fonte' das ofensas, ou 'filtrando' a qualidade das divulgações publicitárias" (fls. 57/61).

Portanto, apesar de buscar a empresa ré se eximir de sua responsabilidade, imputando-a a terceiro, autor da mensagem, tem-se que a ela competia controlar o conteúdo dos anúncios e mensagens veiculados em seu *site*, vedando aqueles que contivessem mensagens ofensivas à imagem, à moral e aos demais direitos da personalidade, previstos na Constituição Federal.

A alegação de que é impossível a triagem das matérias introduzidas no *site* não isenta a empresa ré da obrigação, tendo em vista ser consabido que há inúmeras formas de fazê-lo.

Se puder qualquer informação e mensagem lesivas à honra e à imagem das pessoas ser propalada na Internet, sem qualquer censura ou punição, se estará iniciando uma era de derrubada dos princípios constitucionais que regem todo o ordenamento jurídico e que garantem segurança às pessoas e às relações em geral. Tal abuso deve ser reprimido com urgência!

Prevê a Constituição da República, já em seu art. 1º, como um dos fundamentos do estado democrático de direito, a dignidade da pessoa humana e, em seu art. 5º, X, que "são

invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

Ao lado destes dispositivos, dispõe o Novo Código Civil, em seu artigo 17, que: "O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória".

Igualmente, o art. 186 do Novo Código Civil regula o dever de indenizar:

"Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

Em face disso, ante a negligência da empresa ré em "fiscalizar" os anúncios lançados no seu *site* e tendo o nome, a imagem e a moral do autor sido maculados pela aludida publicação, cujo conteúdo foi levado a conhecimento de inúmeras pessoas que o acessaram naquela oportunidade, foi o autor da demanda alvo de um efetivo abalo moral, mormente em se tratando de um profissional da área jurídica em cidade de pequeno porte, cabendo àquela o dever de indenizar. (grifou-se)

(...)

Diante do exposto, faz-se mister dar provimento ao recurso do autor, majorando a indenização por danos morais para R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) e negar provimento ao recurso da ré.

4.5 Agravo de Instrumento nº 229.489-4/5-00 – TJ/SP

*Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo.
Relator: Paulo Hungria. - 05.03.02*

O acórdão em estudo, que decide sobre o teor de um agravo de instrumento, trata da possibilidade de enquadrar fatos ofensivos à honra de uma pessoa, por meio da Internet, na Lei de Imprensa.

A importância desse julgado reside na demonstração de mais um posicionamento que reconhece as provas oriundas do meio virtual como válidas, todavia, esta se funda na interpretação analógica da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67), por ser a Internet meio recente de divulgação e não possuir legislação própria.

Segue, abaixo, ementa e fragmento do voto:

EMENTA: AGRAVO EM AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS-
1 – O ART. 56 DA LEI DE IMPRENSA, SOBRETUDO NO QUE TANGE O PRAZO DECADENCIAL, FOI RECEPCIONADO PELO ART. 5º, INCISO X DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, INEXISTINDO, NO CASO, CONFLITO DE NORMAS.
2 – SE A CONDUTA DO OFENSOR ESTIVER PREVISTA NA LEI DE IMPRENSA, NÃO PODE O OFENDIDO BUSCAR REPARAÇÃO DO DANO MORAL COM BASE NA LEI COMUM, MUITO MENOS COMO FORMA OBLÍQUA DE SUPERAR O PRAZO DECADENCIAL FIXADO NA LEI ESPECIAL.
3 – A INTERNET, UTILIZADA COMO VEÍCULO DE DIVULGAÇÃO DE FATOS OFENSIVOS À HONRA, PODE SER EQUIPARADA, EM SITUAÇÕES MUITO ESPECIAIS, AOS SERVIÇOS NOTICIOSOS PREVISTOS NO ART. 12, PAR. ÚNICO, DA LEI DE IMPRENSA.
4 – EXAME DE ARGÜIÇÃO DE DECADÊNCIA RELEGADO PARA A SENTENÇA, A FIM DE QUE POSSAM OS FATOS RELEVANTES FICAR MELHOR ESCLARECIDOS. QUESTÃO, ADEMAIS, QUE ENVOLVE O PRÓPRIO MÉRITO, A TEOR DO ART. 269, IV, DO CPC.
AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO:

(...) No caso em discussão, a divulgação de fatos ofensivos à honra do autor, segundo a inicial, verificou-se por meio da Internet, cuja legislação específica não contém regra expressa acerca da decadência. Alguns juristas, como Antonio Jeová dos Santos, admite, nesse caso, a aplicação analógica da Lei 5.250/67, como sustentam os agravantes.

Trata-se, bem se sabe, de recentíssimo veículo de divulgação, não existente ao tempo da edição da Lei de Imprensa, não me parecendo descabida, em situações muito especiais, a sua equiparação, para os efeitos discutidos nestes autos, aos serviços noticiosos previstos no art. 12, parágrafo único, daquele diploma especial.

O Direito deve acompanhar a evolução tecnológica, cabendo ao intérprete a função de suprir as lacunas legislativas com a aplicação das fontes subsidiárias da lei, a fim de prestar a tutela almejada pela sociedade. (grifou-se)

Entretanto, nessa linha de raciocínio, tenho que os autos ainda não forneceram todos os elementos necessários para o exame mais completo da questão controvertida, na medida em que não restou demonstrada, até o momento, qual a forma utilizada pela co-ré agravante para a divulgação das notícias ditas ofensivas à honra do agravado.

A petição inicial relata que o co-réu Marc Jan Petter Zimmermann valeu-se de e-mails para transmitir falsas informações, colimando promover e beneficiar e empresa co-ré (da qual seria sócio), proprietária de *site* automobilístico com endereço eletrônico na Internet, não se sabendo, ainda, como teria ocorrido a alegada divulgação de informações aos usuários daquela rede.

É por tais razões que, ante semelhante quadro, reputo mais adequado relegar-se para a sentença a apreciação da decadência argüida, inclusive porque se trata de questão de mérito, (art. 269, IV, do CPC), oportunidade em que o digno juiz da causa disporá, certamente, de melhores elementos para o exame da matéria.

Para esses fins, dou parcial provimento ao recurso.

CONCLUSÃO

Este trabalho pretendeu demonstrar que o Direito, embora tenha sua origem na sociedade, não vem acompanhando seus passos mais recentes. Diante das novas tecnologias, o Direito deve atender as necessidades do novo homem, considerando o novo ambiente: o virtual.

Primeiramente, foi feito um estudo sobre as provas, seus meios e princípios. Analisou-se o novo espaço, denominado de “virtual”, que em nada se contrapõe ao real. Considerou-se que existem novos meios de interação, como o correio eletrônico, ou comumente denominado de e-mail, que geram novas relações entre as pessoas. Tais relações, ao existirem no mundo de fato devem possuir relevância no mundo jurídico, para que as pessoas resolvam seus litígios. Novas situações, novos problemas surgiram com esse novo ambiente e não se pode fechar os olhos a todas essas inovações, pois, por mais que se pareça algo efêmero, o espaço virtual já ganhou proporções imensas. Seja através da correspondência eletrônica, ou por meio de “sites”, “chats”, e até o mais novo meio de comunicação, o “Orkut”, as pessoas mantêm cada vez mais relações jurídicas por meio do espaço virtual. Assim, como foi debatido, ao surgirem problemas, os lesionados não sabem como se socorrer, tendo em vista que não existem leis aplicáveis especificadamente a esses casos.

A solução por ora apresentada é a adaptação às normas já existentes na legislação, como a matéria a respeito das provas no Código de Processo Civil. Não se pode considerar apenas as provas descritas no código processual, pois a lei é clara ao afirmar que todos os meios legais e morais são aptos a provar os fatos. De início, portanto, pode-se resolver tal conflito. Porém, para maior segurança jurídica, em decorrência da adoção do sistema positivista no Brasil, imperativo que se inclua normas no âmbito jurídico para que haja a eficaz tutela jurisdicional às partes.

Há inúmeros projetos de lei que tratam sobre o ambiente virtual, como o Projeto de Lei nº 3.173, apresentado em 26/05/1997 pelo Senado Federal, que dispõe sobre os documentos produzidos e as arquivados em meios eletrônicos. Contudo, os legisladores caminham pausadamente, conforme se observa neste caso acima, em que o projeto foi apresentado há mais de cinco anos. Reclama-se algo mais eficaz e urgente, para que os usuários da rede Internet possam utilizá-la com mais confiança. Há muitos pontos em que se critica tal rede,

mas não há dúvida que ela facilita a comunicação entre as pessoas, o comércio, enfim, as relações jurídicas.

Os doutrinadores que estudam o direito informático posicionam-se em diversas correntes, conforme visto no presente estudo, mas há grande divergência sobre a aplicação das provas virtuais no processo civil. Os Tribunais brasileiros também esboçam alguns entendimentos. Todavia, conforme se vislumbrou no último capítulo, a jurisprudência é precária, e não questiona de forma direta a admissibilidade das provas oriundas do meio virtual.

Por derradeiro, conclui-se pela falta de interação entre a realidade vivida, isto é, o avanço dos meios tecnológicos, e o mundo jurídico, que exige providências urgentes para a solução de tais conflitos existentes no mundo virtual.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**, v.2: processo de conhecimento. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ANDRADE, Paulo Gustavo Sampaio. **A importância da informática para o profissional do Direito**. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1758>> Acesso em: 10 set. 2004.

ARRUDA JÚNIOR, Itamar. **Documentos eletrônicos, autoridades certificadoras e legislação aplicável**. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/aj/int0010c.htm>> Acesso em: 12 ago 2005

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas**, atualizada em face da Lei 9.296/96 e da jurisprudência. 2 ed. Rev. Atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BENASSE, Paulo Roberto. **Dicionário jurídico de bolso: terminologia jurídica**. Campinas: Bookseller, 2000.

BLUM, Renato M. S. Opice. **A Internet e os Tribunais**. Disponível em: <<http://www.neofito.com.br/artigos/art01/inform14.htm>> Acesso em 18 set 2004.

BRASIL, Ângela Bittencourt. **A prova dos documentos digitais em juízo**. Disponível em: <<http://www2.sistemas.pucminas.br/PortalNPJ2/SilverStream/Pages/pgInicialCanalExpande.html?codMajor=9>> Acesso em: 18 set. 2004.

_____. **Aspectos jurídicos dos documentos eletrônicos**. Disponível em: <http://www.cjf.gov.br/Pages/Sen/eventos/forum_arquivo/textos/Angela_Brasil.doc> Acesso em: 27 jul. 2005

_____. **O e-mail e a prova judicial**. Disponível em: <<http://www.neofito.com.br/artigos/art01/inform18.htm>> Acesso em: 27 jul. 2005.

BRASIL, **Constituição Federal, Código Civil, Código de Processo Civil** / organizador Youssef Said Cahali; obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais – 7 ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. – (RT – mini códigos)

BRASIL, David Paterman. **Meios eletrônicos de prova (legais ou não?)**. Disponível em: <<http://150.162.138.14/arquivos/HRamos-meiosEDP.htm>> Acesso em: 18 set. 2004.

BRUNO, Gilberto Marques. **Algumas considerações sobre a questão da validade, eficácia e valor probatório dos documentos eletrônicos**. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2174>> Acesso em: 02 ago. 2005.

BUENO, Tânia Cristina D'Agostini. **Direito, tecnologia e qualidade**. Disponível em: <<http://www.digesto.net/ddigital/justica/direitotecnologia.htm>> Acesso em: 18 set 2004.

BURGARELLI, Alcides. **Tratado das Provas Cíveis**: ilustrações doutrinárias e jurisprudenciais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

CAMARA, Rodrigo Monteiro. **O Direito e os Ílícitos Cometidos por Meios Eletrônicos**. Disponível em: <<http://www.almeidafilho.adv.br/academica/ilicitosinternet.pdf>> Acesso em: 27 jul. 2005.

CASTRO, Aldemario Araujo. **O documento eletrônico e a assinatura digital**. Uma visão geral. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2632>> Acesso em: 18 set. 2004

CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. **Crimes de informática e seus aspectos processuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da internet**. São Paulo: Saraiva, 2000.

DECANINI, E. M. S. **Das relações jurídicas via Internet e a sua normatização**. 2002. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2002.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva; JACOB, Cristiane. **A segurança dos documentos digitais**. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2677>>. Acesso em: 04 jul. 2005.

KAMINSKI, Omar. **A Internet e o ciberespaço**. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1770>> Acesso em: 18 set. 2004.

LEITÃO JÚNIOR, Esdras Avelino. **O e-mail como prova no Direito**. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3025>> Acesso em: 16 ago. 2004.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999.

_____. **O que é o virtual**. Tradução Paulo Neves. São Paulo: Editora 34, 1996.

LIMA, George Marmelstein. **E-Processo: uma verdadeira revolução procedimental**. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3924>> Acesso em: 18 set. 2004.

LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenadores) e outros. **Direito & Internet: aspectos jurídicos relevantes**. Bauru, SP: EDIPRO, 2001.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **O documento eletrônico como meio de prova**. Disponível em: <<http://www.advogado.com/internet/zip/tavares.htm>> Acesso em: 18 set. 2004.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. V. II. Campinas: Millennium, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 748.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo penal**. – 14. ed. Rev. e atual. até dezembro de 2002 – São Paulo: Atlas, 2003

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, Jose Roberto Ferreira. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. – 36 ed. – São Paulo: Saraiva, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado: e legislação extravagante: atualizado até 7 de julho de 2003/**. – 7 ed. Rev. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

NUNES, Fábio Oliveira. **O ciberespaço e a virtualidade**. Disponível em: <<http://www.universia.com.br/materia/materia.jsp?materia=5652>> Acesso em 14 jul. 2005.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2003.

PAIVA, Mário Antônio Lobato de. **O monitoramento do correio eletrônico no ambiente de trabalho**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3486>> Acesso em: 03 set. 2005.

PIRES, Leonardo Gurgel Carlos. **O e-mail e os aspectos probatórios no direito brasileiro**. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1786>> Acesso em: 09 set. 2004.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ROCHA FILHO, Valdir de Oliveira (coordenação). **O direito e a internet**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

ROCHA, L. C. N. **Comércio eletrônico: aspectos legais dos contratos de consumo e a proteção jurídica do consumidor na Internet**. 2002. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2002.

ROMAGNOLI, Giuseppe dos Santos. **Biometria: Você é sua senha**. Disponível em: <<http://www.serpro.gov.br/publicacao/tematec/2002/ttec61>> Acesso em 24 ago. 2005

ROVER, Aires José (organizador). **Direito e informática**. Barueri: Manole, 2004.

ROVER, Aires José. **Direito, sociedade e informática: limites e perspectivas da vida digital**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral na Internet**. – São Paulo: Método, 2001.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. v. 2. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1999b, p. 385.

SILVA FILHO, Antonio Mendes Da. **Correio Eletrônico: Fascínio e Desencanto**. Disponível em: <http://www.espacoacademico.com.br/003/03col_mendes.htm> Acesso em: 14 jul. 2005.

SILVA NETO, Amaro Moraes. **O e-mail como prova no Direito brasileiro**. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1785>> Acesso em: 09 set. 2004.

SILVA, Denis Cortiz da. **Do adultério virtual**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6973>> Acesso em: 20 set. 2005.

STUBER, Walter D; FRANCO, Ana Cristina. **Internet sob a ótica jurídica**. Disponível em: <<http://www.infojus.com.br/area1/waltreanafranco1.htm>> Acesso em: 28 jun. 2005

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 1 v.

TREVISAN, Antônio Carlos. **Papel ou arquivo eletrônico?** Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5850>>. Acesso em: 04 jul. 2005.

ZOCCOLI, D. **Documentos eletrônicos (*stricto sensu*) e a sua validade jurídica**. Monografia (Bacharelado em Direito) – “Universidade Federal de Santa Catarina”, Florianópolis, 1999.