



**ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS DIGITAIS NA ORDEM
PROCESSUAL: O QUE SE FAZ NA NUVEM; FICA NA NUVEM**

**ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA DIGITAL EN EL ORDEN
PROCESAL: LO QUE SE HACE EN LA NUBE; SE QUEDA EN LA NUBE**

**ADMISSIBILITY OF DIGITAL EVIDENCE IN THE PROCEDURAL
ORDER: WHAT IS DONE IN THE CLOUD; STAYS IN THE CLOUD**

FERNANDA ANTUNES MARQUES JUNQUEIRA¹

Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quarta Região. Brasil

FLÁVIO DA COSTA HIGA²

Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Quarta Região. Brasil

Recibido: 1/12/2022 Aceptado: 29/12/2022

*"Vem a lua, vem, retira as algemas dos meus braços.
Projeto-me por espaços cheios da tua figura.
Tudo mentira! Mentira da lua, na noite escura"³.*

1 Doutora em Direito e Processo do Trabalho Contemporâneo pela Universidade de São Paulo. *Visiting scholar at American University Washington College of Law*. Mestre em Direito do Trabalho pela Universidade Federal de Minas Gerais. *Ex-intern* pela *U.S. District Court of Maryland*; Membro do Advisory Board da Chettinad School of Law, Índia. Juíza do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quarta Região.

2 Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo. Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Campo Grande/MS. Coordenador Pedagógico da Escola Judicial do TRT da 24ª Região. Membro do Comitê de Assessoramento Científico da Escola Nacional da Magistratura Trabalhista – ENAMAT. Membro do Advisory Board da Chettinad School of Law, Índia. Membro do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos, Cidadania e Fronteira. Professor da Escola da Magistratura do TRT da 24ª Região.

3 Cecília Meireles, *Reinvenção*, Acesso em: 14 de novembro 2022, <https://www.escritas.org/pt/t/5291/reinvencao>.

RESUMO

O artigo tem por objeto de investigação a admissibilidade das provas digitais no bojo da relação processual. Com o advento de mecanismos tecnológicos, cada vez mais sofisticados, a possibilitar a produção e transmissibilidade de dados no espaço virtual, era de se imaginar que também pudessem servir de substrato para comprovação de determinada situação ou fato jurídico. Se, por um lado, inexistem dúvidas no que concerne a sua validade, por outro, permanece candente o questionamento sobre a admissibilidade da prova produzida no ambiente digital. Ambiciona, dentro desse contexto, apresentar parâmetros desenvolvidos no direito comparado, segundo o padrão definido em *Daubert*, os quais poderão ser utilizados pelo órgão julgador sempre que posta a *quaestio* sobre a necessidade e viabilidade da prova digital. A partir desse construto, instila algumas propostas para equacionar o problema em respeito às garantias do devido processo legal, tendo-se em mira o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa.

Palavras-chave: Prova digital; admissibilidade; método *Daubert*; devido processo legal.

RESUMEN

El artículo tiene como objetivo investigar la admisibilidad de la prueba digital dentro de la relación procesal. Con el advenimiento de mecanismos tecnológicos cada vez más sofisticados, que posibilitan la producción y transmisión de datos en el espacio virtual, era de imaginar que pudieran servir también como sustrato para probar una determinada situación o hecho jurídico. Si, por un lado, no existen dudas sobre su validez, por otro, el cuestionamiento sobre la admisibilidad de la prueba producida en el entorno digital sigue candente. Pretende, en este contexto, presentar parámetros desarrollados en el derecho comparado, según el estándar definido por *Daubert*, que podrán ser utilizados por el juzgador cada vez que plantee una duda sobre la necesidad y factibilidad de la prueba digital. A partir de este constructo, inculca algunas propuestas para equiparar el problema con respecto a las garantías del debido proceso legal, teniendo en cuenta el principio constitucional del sistema acusatorio y de defensa plena.

Palabras clave: Prueba digital; admisibilidad; método de *Daubert*; debido proceso legal.

ABSTRACT

The paper aims to investigate the admissibility of digital evidence within the procedural relation. With the advent of increasingly sophisticated technological tools, enabling the production and transmission of data in virtual space, it was to be imagined that they could

also serve as a substrate for proving a given situation or legal fact. If, on the one hand, there are no questions regarding its validity, on the other hand, the questioning about the admissibility of the evidence produced in the digital environment remains vivid. It aims, within this context, to present parameters developed in comparative law, according to the standard defined by Daubert, which can be used by the judging body whenever it faces a question about the need and feasibility of digital evidence. Therefore, it suggests some proposals to solve the problem in accordance with the guarantees of due process.

Keywords: Digital evidence; admissibility; Daubert standard; due process.

Sumário: 1. Introdução. 2. Marco regulatório das provas digitais. 3. Admissibilidade das provas digitais: o método Daubert. 4. Possível solução. 5. Conclusões. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Na primeira de suas *Siete Noches*, Jorge Luis Borges cita a advertência feita por Coleridge⁴, a respeito da Divina Comédia de Dante Alighieri, especificamente quando ele diz ser condição preliminar para ler poesia ornar-se de uma "suspensão temporária da incredulidade"⁵.

A ideia não é nova, e sua gênese é tributada a Lucian of Samosata (125 d.C. – 190 d.C.), que pede crédito por dizer que a sua mentira é mais honesta do que a dos outros, pois, ao menos, admite, de pronto, que mente:

(...) Therefore, as I myself, thanks to my vanity, was eager to hand something down to posterity, that I might not be the only one excluded from the privileges of poetic licence, and as I had nothing true to tell, not having had any adventures of

4 Samuel Taylor Coleridge foi um poeta, crítico e ensaísta inglês, o qual, em parceria com William Wordsworth, fundou o romantismo na Inglaterra ao longo do século XVIII. Acesso em 14 de novembro de 2022, <https://www.poetryfoundation.org/poets/samuel-taylor-coleridge>.

5 Jorge Luis Borges, *Siete noches* (1980), Obras completas 3.1975-1985. 13 (Ed: Buenos Aires, Emecé, 2005), 254-264. Sem embargo da disseminação do termo por autores mais contemporâneos, como Borges, o primeiro a utilizar, literalmente, a expressão "suspension of disbelief" (suspensão da descrença) foi Coleridge, nos seguintes termos: "In this idea originated the plan of the *Lyrical Ballads*; in which it was agreed, that my endeavours should be directed to persons and characters supernatural, or at least romantic, yet so as to transfer from our inward nature a human interest and a semblance of truth sufficient to procure for these shadows of imagination that willing suspension of disbelief for the moment, which constitutes poetic faith". (William Wordsworth e Samuel Coleridge, *Lyrical Ballads* (Peterborough: Broadview Editions, 2008).

*significance, I took to lying. But my lying is far more honest than theirs, for though I tell the truth in nothing else, I shall at least be truthful in saying that I am a liar. I think I can escape the censure of the world by my own admission that I am not telling a word of truth*⁶.

No universo dos textos literários, faz todo o sentido, na medida em que o leitor deve se deixar conduzir pelos versos, sentimentos, metáforas, antinomias e metonímias existentes no enredo. O mundo inventado merece ser integralmente saboreado, a se permitir inundar-se no texto e "rasgar entre os dentes, a pele, os ossos, o tutano do verbo"⁷. Afinal, como bem lembrou Picasso, *el arte es la mentira que nos acerca a la realidad*⁸.

Essa suspensão de incredulidade, regente dos textos em prosa, romances e fábulas, não tem espaço, por sua vez, nas narrativas jurídicas. As *narratives*, termo que faz parte do vezo comum na atual quadra da história, são construções de fatos a partir de fragmentos da realidade. Qualificadas como jurídicas, consistem em recortes de informação, os quais podem ser combinados e arrematados de modo coerente e lógico, nem sempre, contudo, reais.⁹ Por isso, aliás, o dicionário Cambridge define-as como *a particular way of explaining or understanding events*¹⁰, ou seja, cada parte promove seu relativismo gnosiológico, como uma espécie de "Efeito Rashomon"¹¹.

Nesse sentido, as afirmações merecem ser escrutinizadas¹², justamente porque carregam, em si, um *espírito de incredulidade*. Algo parecido ao que Dante Alighieri disse, quando presente no submundo: *o voi ch'avete li 'ntelletti sani, mirate la dottrina che s'asconde. Sotto'l velame de li versi strani*¹³.

6 Lucian of Samosata, *A True Story*, English Translation by A.M. Harmon (New York: G.P. Putnam's Sons, 1913), 251 e 253.

7 "Quando eu morder a palavra, por favor, não me apressem, quero mascar, rasgar entre os dentes, a pele, os ossos, o tutano do verbo, para assim versejar o âmago das coisas. In: Conceição Evaristo, "Da calma e do silêncio". *Poemas da recordação e outros movimentos* (Belo Horizonte: Nandyala, 2008).

8 Declarações feitas a Marius de Zayas, em 1923, e surgidas em maio desse mesmo ano na revista *The Arts*, de Nova Iorque.

9 William Twining, *Rethinking evidence – exploratory essays*, Second Ed. (Cambridge University Press, 2009), 283, 336, 445.

10 Cambridge Dictionary, Narrative, Acesso em: 4 de novembro 2022, <https://dictionary.cambridge.org/us/dictionary/english/narrative>.

11 Na fantástica obra de Kurosawa, todos "mentem", no sentido de tentar mostrar o melhor de si e deixar de lado a parte ruim, como uma forma de edição e maquiagem de eventos autobiográficos. Akira Kurosawa, Shinobu Hashinobu e Ryunosuk Akutagawa, *Rashomon* (Japão, 1950), 1h28min.

12 Justamente por isso que existem as provas, com a finalidade de verificação da informação.

13 "Ó intelectos sadios e judiciosos, entendei a doutrina disfarçada, sob o velame dos versos curiosos". In: Dante Alighieri, *Inferno*, IX, 61-63.

As razões para isso são um tanto óbvias. A técnica da defesa empregada pelo advogado pode se valer de instrumentos de persuasão não racional, além de outras narrativas nem sempre verdadeiras¹⁴. Veja-se, a propósito, o cenário narrativo que se constrói a partir do julgamento dos crimes dolosos contra a vida e, dessa feita, sujeitos ao crivo do júri popular (CF/88, art. 5º, XXXVIII, *a a d*).

Além da argumentação racional, defesa e acusação tendem a se socorrer de recursos não racionais com vistas a persuadir o auditório¹⁵. Isso significa que a *story* construída é confeccionada com o intuito de ter o máximo efeito persuasivo sobre a plateia, "jogando com preconceitos próprios dela"¹⁶.

Não é por acaso, recorda Taruffo, que, no plano epistemológico, reconduziu-se a atividade do(a) advogado(a) à *advocacy*, que é nada mais que a argumentação utilizada em favor de uma tese¹⁷. Historicamente, defendia-se que o advogado poderia muito bem omitir fatos e provas relevantes, com a correspondente sobrevalorização das provas favoráveis à tese que se perscruta sustentar¹⁸. Couture, ao conduzir deliberadamente o "princípio da eventualidade" ao paroxismo, faz uma alegoria acerca da possibilidade de a defesa apresentar – validamente – um catálogo de alegações contraditórias entre si¹⁹. Na atual quadratura da ciência processual, a afirmação contrapõe-se a inúmeras disposições normativas, a exemplo dos artigos 77, inciso I; 378 e 774, inciso V, todos do CPC/2015.

Não significa dizer, entretanto, que haja, por parte do causídico, o dever de relatar a verdade. Pode-se, por outro lado, indagar sobre o dever ético subjacente à narrativa jurídica, mas que não implica necessariamente o dever do advogado de dizer a verdade ou *toda* a verdade – até mesmo diante da relatividade de tal

14 William Twining ..., 24.

15 Ressalte-se, no ponto, a retórica de Cícero: *inventio, dispositio, elocutio, memoria e actio*. In: Aristóteles, *Arte Retórica e Arte Poética*, Tradução de Antônio Pinto de Carvalho, 17. ed. (Rio de Janeiro: Ediouro, 2005), 33. Ver também: Manuel Atienza, *As Razões do Direito Teoria da Argumentação Jurídica*, Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino, 2. ed. (Rio de Janeiro: Forense, 2014).

16 William Twining..., 288.

17 Michele Taruffo, *Uma simples verdade* – o juiz e a construção dos fatos, Tradução de Vitor de Paula Ramos (Marcial Pons: Buenos Aires, 2012), 63.

18 William Twining é ainda mais incisivo: "portanto, vale em particular para as narrativas dos advogados a afirmação de que as *stories* são "excellent vehicles for cheating". (William Twining, *Rethinking evidence* – exploratory essays, Second Ed. (Cambridge University Press, 2009), 12.

19 A hipótese foi descrita nos seguintes termos: "Una expresión exagerada, pero ilustrativa del principio de eventualidad y de la necesidad de evitar la preclusión de las alegaciones lógicamente anteriores, se expresa en el siguiente dístico clásico: 'En primer término, no me has dado dinero alguno; en segundo término, te ha sido devuelto hace ya un año; en tercer término, tú me aseguraste que me lo regalabas; y por último, há prescrito ya'". (Eduardo J. Couture, *Fundamentos Del Derecho Processal Civil*. Tercera edición. (Buenos Aires: Roque Depalma, 1958), 198.

conceito²⁰.

A Regra 11 das *Federal Rules of Civil Procedure* estadunidenses, por exemplo, malgrado reforce a responsabilidade dos advogados –inclusive no que concerne à obrigação de não erigir argumentos frívolos com o escopo de manipular as normas existentes, criando outras²¹ –, não dispõe sobre o dever claro e explícito de veracidade do quanto alegado, simplesmente porque podem faltar-lhe elementos que contradigam uma afirmação que eles reputeem verídicas²².

O sistema inglês, por sua vez, impõe aos advogados um *duty of candor*, a indicar um dever geral de afirmações verdadeiras. A doutrina chega a mencionar a existência de um *fair play* processual²³. Com amparo em *Copeland v. Smith*, constitui-se dever do advogado chamar a atenção do juiz para a jurisprudência consolidada no caso, ainda que os precedentes se apresentem contrários aos seus interesses²⁴.

A mesma inteligência foi empregada pelo Superior Tribunal de Justiça

20 “O relativismo, desde Protágoras, com O homem é a medida de todas as coisas, teve como verdade tudo que se percebe, tudo que se intui, tudo que se sente, tudo que se pensa. Daí se veio ao relativismo contemporâneo, para o qual todo saber depende da cultura, do estado social, da raça, ou de outro fator. A percepção, também relativa, é a única réstia para o mundo. Tudo mais - religião, moral, arte, direito, política, economia, ciência - é construído, segundo lugar e tempo” (Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, “Por que Filosofar”. *Revista brasileira de filosofia*, fase. 52, XIX (1963): 479).

21 Rule 11. Signing Pleadings, Motions, and Other Papers; Representations to the Court; Sanctions. (b) Representations to the Court. By presenting to the court a pleading, written motion, or other paper – whether by signing, filing, submitting, or later advocating it—an attorney or unrepresented party certifies that to the best of the person's knowledge, information, and belief, formed after an inquiry reasonable under the circumstances: (2) the claims, defenses, and other legal contentions are warranted by existing law or by a non frivolous argument for extending, modifying, or reversing existing law or for establishing new law. (Federal Rules of Civil Procedure, LII Legal Information Institute, Acesso em: 17 de novembro 2022, https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_11).

22 “A party should not deny an allegation it knows to be true; but it is not required, simply because it lacks contradictory evidence, to admit an allegation that it believes is not true.” (Federal Rules of Civil Procedure..., Notes of Advisory Committee on Rules—1983 Amendment)

23 Fábio Milman afirma ser “(...) antiga a preocupação com a conduta dos sujeitos da demanda. Desde que se deixou de conceber o processo como um duelo privado, no qual o juiz era somente o árbitro, e as partes podiam usar de toda argúcia, malícia e armas contra o adversário para confundi-lo, e se proclamou a finalidade pública do processo civil, passou-se a exigir dos litigantes uma conduta adequada a esse fim e a atribuir ao julgador maiores faculdades para impor o *fair play*. Existe toda uma gama de deveres morais que acabaram traduzidos em normas jurídicas e uma correspondente série de sanções para o seu descumprimento no campo processual. Tudo como necessária consequência de se ter o processo como um instrumento para a defesa dos direitos e não para ser usado ilegitimamente para prejudicar ou para ocultar a verdade e dificultar a reta aplicação do direito, na medida em que este deve atuar em conformidade com as regras da ética.” Fábio Milman, *Improbidade processual: comportamento das partes e seus procuradores no processo civil* (Rio de Janeiro: Forense, 2007), 32-33.

24 Na ocasião, assentara Buxton L. J.: “It is, of course, the duty of an advocate under the English system of justice to draw the judge's attention to authorities which are in point, even if they are adverse to that advocate's case.” (Court of Appeal (Civ. Div.), *Copeland v. Smith* [2000] 1 All ER 457, Acesso em: 18 de novembro 2022, <https://vlex.co.uk/vid/copeland-v-smith-and-79308509>).

brasileiro em recente julgado, a exigir do causídico o dever de exposição de precedentes, ainda que desfavoráveis à tese de seus clientes.

“Evidentemente, não precisam concordar com os precedentes adversos, mas devem apresentá-los aos julgadores, desenvolvendo argumentos de distinção e superação. Trata-se do princípio da candura perante a Corte (*candor toward the Court*) e do dever de expor precedente vinculante adverso (*duty to disclose adverse authority*)”²⁵.

A Rule 22.1 das *Civil Procedure Rules* inglesas exige que o conteúdo fático descrito seja confirmado por uma “declaração de verdade”, tanto da parte, quanto de seu defensor, sob pena de condenação por *contempt of court*²⁶.

Em Itália, o art. 50 do código deontológico forense prevê para o advogado um dever de veracidade, afirmando que: “as declarações prestadas em juízo relativas à existência de fatos objetivos, que sejam pressuposto específico para uma medida do magistrado, e das quais o advogado tenha total conhecimento, devem ser verdadeiras”²⁷.

De qualquer modo, normas dessa estirpe não existem em todos os lugares. Porém, persiste um dever geral de atuação segundo os ditames da boa-fé e da ética a conduzir a atividade jurídica. Por isso a afirmação de Taruffo ao anotar que a “pretensão de veracidade é típica da narrativa dos advogados, independentemente

25 Em sistemas processuais com modelo de precedentes amadurecido, reconhece-se a exigência não só de que os patronos articulem os fatos conforme a verdade, mas que exponham à Corte até mesmo precedentes contrários à pretensão do cliente deles. Evidentemente, não precisam concordar com os precedentes adversos, mas devem apresentá-los aos julgadores, desenvolvendo argumentos de distinção e superação. Trata-se do princípio da candura perante a Corte (*candor toward the Court*) e do dever de expor precedente vinculante adverso (*duty to disclose adverse authority*). O presente caso não exige tamanha densidade ética. No entanto, não se pode ter como razoável que a parte sustente a pretensão em precedente manifestamente contrário ao caso em tela, apontando-o como vinculante em hipótese que teve sua incidência patentemente excluída, por força de modulação, omitindo-se sobre a existência da exceção. (Superior Tribunal de Justiça, AgInt nos EDcl no RMS n. 34.477/DF, Segunda Turma, julgado em 21 de junho 2022).

26 Assim estabelece o mencionado diploma: Documents to be verified by a statement of truth. 22.1 (1) The following documents must be verified by a statement of truth – (a) a statement of case; (b) a response complying with an order under rule 18.1 to provide further information; (c) a witness statement; (d) an acknowledgement of service in a claim begun by way of the Part 8 procedure; (e) a certificate stating the reasons for bringing a possession claim or a landlord and tenant claim in the High Court in accordance with rules 55.3(2) and 56.2(2); (f) a certificate of service; and (g) any other document where a rule or practice direction requires. (Civil Procedure Rules. Part 22 – Statements of Truth, Reino Unido, Acesso em: 4 de novembro 2022, <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part22>)

27 Art. 50 – Dovere di verità: (...) L'avvocato, nel procedimento, non deve rendere false dichiarazioni sull'esistenza o inesistenza di fatti di cui abbia diretta conoscenza e suscettibili di essere assunti come presupposto di un provvedimento del magistrato. (Consiglio Nazionale Forense. Codice Deontologico Forense. (approvato dal Consiglio nazionale forense nella seduta del 31 gennaio 2014 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 241 del 16 ottobre 2014, Acesso em: 14 de novembro 2022, <https://www.consigionazionaleforense.it/documents/20182/451926/Nuovo+Codice+Deontologico+Forense/ddeocdb5-a420-4379-9c46-c3872163f763>).

do fato de que sejam verdadeiras ou falsas”²⁸. Sucede que a pretensão de veracidade não é –e não é mesmo– o equivalente à veracidade de um enunciado.

Diferentemente, pois, da advertência feita por Coleridge ao leitor da Divina Comédia, para que a obra fosse compreensível a outros seres que não apenas os católicos florentinos do século XIV, deve-se, sobre as narrativas jurídicas, debruçar-se com *espírito de incredulidade*,²⁹ de modo a retirar da argumentação a correspondente verdade dos fatos.

Isso é feito, dentro da ótica processual, mediante a produção probatória. O artigo 369 do CPC/2015 confere às partes o direito de empregar todos os meios legais, “bem como os moralmente legítimos (...) para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”. Nessa senda, provas documentais, testemunhais e periciais prestam-se ao escrutínio dos fatos controvertidos, em ordem a desvendar a narrativa que mais se aproxime da verdade.

Como ao Direito –produto cultural que é– se impõe um caminhar *pari passu* com as transformações sociais, a impactar diretamente nos fatos e nos meios de se prová-los, nada mais natural que a produção probatória se apresente, na atual quadratura da história da humanidade, de modo mais requintado, a fazer coro aos avanços tecnológicos.

As provas digitais são, por esse prisma, o substrato de uma sociedade interconectada e deslocada para o espaço virtual, onde se alocam, armazenam e transferem bilhões de dados, os quais podem deixar rastros e, nessa condição, prestarem-se como meio probante. Daí porque não se discute sua validade. O imbróglgio está na admissibilidade e nos parâmetros que limitam aceitação pelos órgãos jurisdicionais.

Recorte, aliás, que serviu de estímulo à redação do presente artigo, com o propósito de traçar algumas e principais balizas sobre a admissão das provas digitais no processo brasileiro, sem pretensão nenhuma de exaustão. Embora não seja o seu emprego recente, já que há muito se utiliza de *prints* de tela e de conversas em *WhatsApp* na fase instrutória, não se tinha –ao menos naquela época– ideia dos inúmeros mecanismos de investigação hospedados na nuvem,

28 Michele Taruffo, Uma simples verdade..., 68.

29 Não no sentido de reputar falazes as alegações dos litigantes, mas de compreendê-las como versões provenientes de agentes interessados, cujas narrativas têm por escopo principal a obtenção do bem da vida pretendido pela via da tutela jurisdicional, e não uma versão imparcial dos fatos e de seus desdobramentos jurídicos.

cada vez mais sofisticados e precisos. Não é tarefa fácil, decerto. Mas é este o desafio a que se propõe o sublinhado estudo: fornecer subsídios para auxiliar o Poder Judiciário na avaliação e no cabimento da prova digital em busca da verdade. Esse substantivo misterioso, “que não se encontra; não se alcança”³⁰.

2. MARCO REGULATÓRIO DAS PROVAS DIGITAIS

Há, nos bancos acadêmicos, um consenso sobre a permissividade das provas digitais. O próprio CPC/2015, no art. 369, admite a sua produção, na medida em que outorga às partes o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, para se buscar a verdade dos fatos controvertidos. A CLT é ainda mais incisiva, ao conferir ao juiz ampla liberdade na direção do processo, com a possibilidade de determinação de qualquer diligência –inclusive, probatória– necessária ao esclarecimento das questões controvertidas (CLT, art. 765).

No que concerne à custódia e armazenamento de dados, a Lei n. 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, impõe a obrigatoriedade de guarda dos registros de conexão por, no mínimo, 1 (um) ano; e dos registros de acesso a aplicações de internet por, no mínimo, 6 (seis) meses (artigos 13 e 15). Por sua vez, a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018), no art. 7º, inciso VI, permite o tratamento de dados sensíveis para “o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral”, os quais poderão constituir-se em provas digitais.

Essa amplitude no campo probatório também se verifica em outros contextos jurídicos. A Corte Interamericana de Direitos Humanos “tem sido muito flexível na admissão e na valoração das provas, (...) de acordo com as regras da lógica e com base na experiência”³¹. Mesmo porque *the realization of justice is also correlative immediately with the procedure of assessment of evidence*³². O Código de Processo Civil da Lituânia, de igual modo, possibilita a utilização de qualquer meio probante, ainda que não listado na regra escrita (artigos 176-220; 320-350). A Regra 43(a) das *Federal Rules of Civil Procedure* do direito estadunidense indica, em rigor, que todas as provas devem ser admitidas, *all*

30 Cecília Meireles, *Reinvenção...*

31 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua*. Sentença de 31 de agosto 2001, Acesso em 14 de outubro 2022, https://www.cor.teidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_por.pdf.

32 Egidija Tamosiunienė; et al. *Evidence in civil law –Lithuania*. Acesso em 14 de outubro 2022, https://www.pf.um.si/site/assets/files/3223/evidence_in_civil_law_-_lithuania.pdf.

*evidence shall be admitted*³³.

Decerto, excluem-se dessa conformação as provas obtidas por meios ilícitos (CF/1988, art. 5º, LVI), cujo tema, aliás, sujeitou-se ao crivo da Suprema Corte norte-americana, a levar à elaboração das regras de exclusão (*exclusionary rules*), em *Weeks v. United States*³⁴. A mesma *ratio* foi, posteriormente, estendida às esferas estaduais, por ocasião do julgamento de *Rochin v. California*³⁵. Em ambos os casos, definiu-se que a questão não se limitava à confiabilidade do resultado probatório apenas, mas, sobretudo, do elemento ético subjacente ao conceito de processo justo.

E é justamente a eticidade a justificar a repelência das provas derivadas daquelas obtidas por meios ilícitos, em alusão à metáfora dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*)³⁶. Significa, portanto, que “a ilicitude original da prova transmite-se, por repercussão, a outros dados probatórios que nela se apoiem, dela derivem ou nela encontrem o seu fundamento causal”³⁷. As exceções foram contempladas pelo Código de Processo Penal brasileiro, especificamente no art. 157, parágrafo 1º³⁸, as quais se desenvolveram a partir do construto precedencial estadunidense sempre que a origem da prova for autônoma³⁹ e/ou se possível a descoberta do fato por outros meios legais⁴⁰.

33 "All evidence shall be admitted which is admissible under the statutes of the United States, or under the rules of evidence heretofore applied in the courts of the United States on the hearing of suits in equity, or under the rules of evidence applied in the courts of general jurisdiction of the state in which the United States court is held." Veja, a propósito, a decisão proferida em *Hambrice v. F. W. Woolwoth Co.* 290 F. 2d 557 (5th Circ. 1961).

34 U.S. Supreme Court. *Weeks v. United States*. 232 U.S. 383, 34 S.Ct., 341, 58 L.Ed. 652 (1914).

35 U.S. Supreme Court. *Rochin v. California*. 342 U.S. 165, 72 S.Ct. 205, 96 L.Ed. 183 (1952).

36 A expressão “frutos da árvore envenenada” – como metáfora para a contaminação de provas derivadas de uma prova ilícita – foi cunhada pela primeira vez por Justice Frankfurter: “*The trial judge must give opportunity, however closely confined, to the accused to prove that a substantial portion of the case against him was a fruit of the poisonous tree*”. (U.S. Supreme Court. *Nardone v. United States*, 308 U.S. 338 (1939), Acesso em: 18 de novembro 2022, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/308/338/>)

37 Supremo Tribunal Federal, HC 69.912-RS, 16 de dezembro 1993.

38 “Art. 157, § 1º: “São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. § 2º: Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”. (Código de Processo Penal. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941). De igual modo, o Enunciado 301 do Fórum de Processualistas Civis: “aplicam-se ao processo civil, por analogia, as exceções previstas nos §§1º e 2º do art. 157 do Código de Processo Penal, afastando a ilicitude da prova”.

39 “If knowledge of them is gained from an independent source they may be proved like any others.” (U.S. Supreme Court, *Silverthorne Lumber Co., Inc. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920)).

40 “If the prosecution can establish by a preponderance of the evidence that the information ultimately or inevitably would have been discovered by lawful means - here, the volunteers’ search - then the

Essa lógica também é experimentada pela Espanha, onde o repúdio ao emprego de meios ilícitos para obtenção de material probatório conta com regramento expresso na Lei Orgânica do Poder Judicial, especificamente no art. 11.1: *no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*⁴¹.

Aliás, sobre a impossibilidade de obter provas com violação a direitos fundamentais, a Corte Europeia de Direitos Humanos teve a premissa desafiada em *Gäfgen c. Allemagne*, mas reiterou que a tortura ou o tratamento desumano não podem ser infligidos em nenhuma hipótese, ainda em caso de perigo público que ameace a vida da nação:

*(...) La torture ou un traitement inhumain ou dégradant ne peuvent être infligés même lorsque la vie d'un individu se trouve en péril. Il n'existe aucune dérogation, même en cas de danger public menaçant la vie de la nation. (...) la Cour n'estime pas que, après le rejet de la demande d'exclusion des preuves litigieuses à l'ouverture du procès, le requérant n'aurait pu garder le silence et n'avait plus d'autre choix que d'avouer. Elle ne considère donc pas non plus que la violation de l'article 3 qui s'était produite au cours de l'enquête ait eu une incidence sur les aveux que l'intéressé fit au procès*⁴².

Tirante situações desse jaez, as ordens jurídicas do globo tendem a admitir a ampla produção de provas, a despeito de não estarem propriamente vertidas no direito objetivo. Contempla-se, portanto, neste proposital réquiem legislativo, as provas digitais. Não por acaso, as *Federal Rules of Evidence* norte-americanas, nas Regras 702⁴³ e 703⁴⁴, já incorporaram os dados como meio hábil para

deterrence rationale has so little basis that the evidence should be received.” (U. S. Supreme Court. *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984)).

41 Essa linha restritiva é seguida pela Argentina. Para aprofundamento, ver: Julio Bernardo Maier, “Inviolabilidad de domicilio”, *Doctrina Penal*, Buenos Aires, ano 8, n. 29 (1985): 59-117; Bernadete Minvielle, “Allanamiento ilegal: violación del derecho a la intimidad y de las garantías del debido proceso”, *Doctrina Penal*, Buenos Aires, ano 10, n. 37 (1987): 295-315.

42 Cour européenne des droits de l'homme - CEDH. Grande Chambre. *Affaire Gäfgen c. Allemagne*, Requête no 22978/05, 1er juin 2010, Acesso em: 18 de novembro 2022, <https://hudoc.echr.coe.int>.

43 “Rule 702 Testimony by Experts: If scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education, may testify thereto in the form of an opinion or otherwise, if (1) the testimony is based upon sufficient facts or data, (2) the testimony is the product of reliable principles and methods, and (3) the witness has applied the principles and methods reliably to the facts of the case”. (Federal Rules of Evidence. Legal Information Institute, Acesso em: 18 de novembro 2022, https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_702.)

44 “Rule 703 Bases of Opinion Testimony by Experts: The facts or data in the particular case upon which an expert bases an opinion or inference may be those perceived by or made known to the expert at or before the hearing. If of a type reasonably relied upon by experts in the particular field in forming opinions or inferences upon the subject, the facts or data need not be admissible in evidence in order for the opinion

comprovação de determinado fato controvertido. O problema, contudo, não está propriamente no emprego das provas digitais, mas no controle de sua admissibilidade.

3. ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS DIGITAIS: O MÉTODO *DAUBERT*

Não há dúvidas de que o julgador deve realizar um controle de admissibilidade das provas requeridas pelas partes, assim o fazendo a partir dos critérios de relevância e pertinência. De modo que:

(...) “nos sistemas probatórios em que às partes é assegurado um verdadeiro direito à prova, os critérios de admissibilidade devem ser concebidos a partir de um regime de inclusão: a regra é que os meios de prova requeridos pelas partes devem ser admitidos. Somente haverá exclusão nos casos de manifesta irrelevância ou impertinência do meio probatório requerido pelas partes”⁴⁵.

Parte-se, dessa feita, da admissibilidade da prova como regra. Em *Rock v. Arkansas*, a propósito, a hipnose foi admitida como prova. A Suprema Corte norte-americana, de modo inusitado, entendeu que: *the absolute barring of a defendant's post-hypnotic testimony was arbitrary and disproportionate to the purposes behind the state's evidentiary safeguards*⁴⁶.

Por sua vez, a Regra 802 das *Federal Rules of Evidence* proíbe a admissão do *hearsay – rectius*, a testemunha indireta ou que “ouviu falar”. A pessoa que não presenciou a ocorrência do fato tampouco teve contato direto com o evento, senão por intermédio de um terceiro, não deve, *a priori*, prestar depoimento⁴⁷.

No Brasil, ainda que não haja impedimento legal – ao menos no âmbito do Direito Processual Penal⁴⁸ – a esse tipo de depoimento, até porque “toda pessoa poderá ser testemunha” (CPP, 202), “não se pode tolerar que alguém vá a juízo

or inference to be admitted. Facts or data that are otherwise inadmissible shall not be disclosed to the jury by the proponent of the opinion or inference unless the court determines that their probative value in assisting the jury to evaluate the expert's opinion substantially outweighs their prejudicial effect”. (Federal Rules of Evidence. Legal Information Institute (...)).

45 Gustavo H. Badaró, *Processo Penal*. 6ª ed. (São Paulo: RT, 2018), 409.

46 U. S. Supreme Court. *Rock v. Arkansas*, 483 U.S. 44 (1987).

47 Liesa L. Richter. “Goldilocks and the Rule 803 Hearsay Exceptions”, *William & Mary Law Review*, vol. 59, (2018): 904.

48 Na esfera processual civil, existem, de veras, impedimentos ao depoimento como testemunha, mas não em função da fonte do conhecimento. De acordo com o artigo 447 do CPC, “podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas”.

repetir a *vox publica*. Testemunha que depusesse para dizer o que lhe constou, o que ouviu, sem apontar seus informantes, não deveria ser levada em conta”⁴⁹.

Até pouco tempo, provas baseadas em conhecimento puramente científico eram inadmissíveis. A virada copernicana de sua admissibilidade ocorreu em *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*⁵⁰, ocasião na qual a Suprema Corte entendeu que a opinião de um *expert*, ancorada em dados científicos, somente pode ser admitida se se originar de um método reconhecidamente válido e previamente testado. Foram fixados, em síntese, cinco critérios: (1) se a teoria ou técnica aplicada pode ser ou se já foi testada; (2) se a teoria foi submetida à revisão e publicação por pares; (3) se a taxa de erro é conhecida; (4) se há padrões de controle e manutenção das operações e dos procedimentos; e (5) se é amplamente aceita pela comunidade científica⁵¹.

Curioso é que o método não se restringe às técnicas científicas. *Although the Frye decision itself focussed exclusively on ‘novel’ scientific techniques, we do not read the requirements of Rule 702 to apply specially or exclusively to unconventional evidence*⁵². Ou seja, *Daubert* pode servir de parâmetro de admissibilidade para provas outras não necessariamente científicas, a incluir, neste rol, os dados transmissíveis no espaço virtual.

Como o Direito não consegue acompanhar o ritmo acelerado das transformações tecnológicas, semelhante ao coelhinho de Alice, sempre atrasado, numa representação fantástica da alegoria moderna, recorre-se, quase sempre, aos métodos tradicionalmente fixados, com um ingrediente hermenêutico mais contextualizado. E com as provas digitais não foi diferente. Segue-se o parâmetro alinhavado na Regra 702 das *Federal Rules of Evidence*, a partir da *ratio* definida em *Daubert*. A significar que “o juiz deve se valer do padrão *Daubert* para análise da viabilidade da prova digital no caso concreto”⁵³.

49 Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.674.198; Proc. 2017/0007502-6, MG, Sexta Turma, DJE 12 de dezembro 2017. Acrescente-se também que o testemunho de “ouvir dizer” (*hearsay*) não é suficiente para fundamentar a pronúncia. Precedentes da Quinta e Sexta Turmas. 7. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no HC 668.407/RS, Quinta Turma, julgado em 19 de outubro 2021).

50 U. S. Supreme Court. *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, 509 U.S. 579 (1993).

51 No original: “1. Whether a theory or technique can be and has been tested; 2. Whether the theory or technique has been subject to both peer review and publication; 3. The known or potential error rate of the method; 4. The existence and maintenance of standards controlling its operation; 5. Whether it has attracted widespread acceptance within the relevant scientific community”. U. S. Supreme Court. *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*...

52 U. S. Supreme Court. *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*...

53 No original: “a trial judge may use *Daubert* Standard to assess whether digital evidence can be properly applied to the facts at issue in a given case”. Acesso em 15 de novembro 2021,

Exemplos já se somam nas cortes estadunidenses. Em *State of Florida v. William John Shutt*, a envolver acusações de assassinato, o tribunal entendeu pela admissibilidade dos dados coletados no aplicativo SCENE2Go, na medida em que atendia aos critérios fixados em *Daubert*⁵⁴. Recentemente, a Suprema Corte de Wisconsin caminhou em igual direção, ao admitir, como prova digital, os dados coletados no celular, o que levou à absolvição do então suspeito da prática de homicídio. Neste mesmo caso, utilizou-se a ferramenta de geolocalização, a possibilitar a prisão do real ofensor⁵⁵. Tudo feito a partir do escrutínio definido em *Daubert*:

(...) *the Court finds that the technology of 3D Scanning and mapping is reliable; that it does rely upon demonstrated scientific methodology that has been subject to testing and peer-review; the techniques used by the persons who have testified as experts today are generally accepted within the community; the process involves a known error rate which was testified to as 1 millimeter at 10 meters, I believe, and a slightly higher potential error rate at 35 meters. For those reasons, the Court does find that the testimony and evidence relating to the use of 3D scanning technology is admissible under Daubert*⁵⁶.

Ainda que sem correspondência direta tampouco vinculante, observa-se essa mesma tendência nas cortes australianas, as quais perscrutam replicar os critérios de *Daubert* em suas decisões. *The text of admissibility would be satisfaction of a threshold requirement of reliability*⁵⁷.

A *praxis* canadense, por sua vez, é resoluta no que se refere à utilização do método. Em princípio, o teste *Daubert* fora descartado por ocasião do julgamento de *R v Beland*⁵⁸. Ao mesmo tempo, considera indispensável a conformação de um método mais rigoroso na admissão de provas atípicas, que leve em consideração a “(...) *relevancy and helpfulness*”⁵⁹ do meio probante. De tudo, porém, uma coisa é certa: a par das dissonâncias, comuns em temas pululantes, apresentam os países um vetor convergente: o conservadorismo na admissão de provas

<https://jmids.avestia.com/2021/005.html>.

54 Pinellas County Courts, *State of Florida v. Shutt, William John*.

55 Wisconsin Supreme Court, *State v. Burch*, CN: 2016CF001309.

56 Wisconsin Supreme Court, ...

57 Tradução livre: “o teste de admissibilidade seria a satisfação do requisito de confiabilidade”. In: Stephen J. Odgers e James T. Richardson, *Keeping bad science out of the courtroom – changes in American and Australian expert in evidence law*. Acesso em 17 de outubro 2022, <https://www.austlii.edu.au/au/journals/UNSWLJ/1995/6.pdf>. Ver também: *R v. C* (1993) 60 SASR 467, 473.

58 Supreme Court of Canada. *R. v. Béland*, 1987 CanLII 27 (SCC), [1987] 2 SCR 398.

59 Supreme Court of Canada. *R. v. Béland*, 1987 CanLII 27 (SCC), [1987] 2 SCR 398.

digitais.

E as circunstâncias justificam o posicionamento mais restritivo. O dilema das provas digitais reside na garantia de sua autenticidade⁶⁰ e integridade⁶¹. Até porque são de fácil adulteração. É o que sucede, por exemplo, no espelhamento de conversas de *WhatsApp*. “A ferramenta permite o envio de novas mensagens e a exclusão de mensagens antigas ou recentes, tenham elas sido enviadas pelo usuário ou recebidas de algum contato, sendo que eventual exclusão não deixa vestígio no aplicativo ou no computador”⁶².

A pesquisa realizada no repositório da *Wayback Machine* padece do mesmo risco. A ferramenta eletrônica consiste em um banco de dados, criado no ano de 1996, pela *Internet Archive*, a hospedar mais de 613 bilhões de páginas da *World Wide Web*.⁶³ Apresenta-se, dessa feita, como uma máquina do tempo, “cujo *input* seriam memórias e temporalidades, permitindo-nos transitar entre as camadas de fósseis sedimentados de um passado recente”⁶⁴.

A criação do arquivo teve por preocupação original a perda inestimável dos manuscritos da Biblioteca de Alexandria, a privar a humanidade de seu néctar cultural. O armazenamento de “memória das materialidades de *sites*”⁶⁵, portanto, estaria a salvo dos desastres naturais e provocados, preservando-se o passado e, de certa forma, o presente.

Sucedo que o recurso ao *Wayback Machine*, embora mumifique o passado da página eletrônica, não prescinde de prova da veracidade de seu conteúdo. O registro imagético revela apenas o acréscimo, alteração ou supressão de informações, mas não demonstra, *prima facie*, sua integridade, razão pela qual

60 A autenticidade pode ser compreendida como “a qualidade que elimina toda e qualquer hipótese válida e estruturada de suspeição sobre quem fez ou participou da constituição do fato no meio digital”. In: Rennan Faria Kruger e Maurício Antônio Tamer, *Provas no direito digital: conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie*. 1ª Ed. (São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020), 40.

61 A integridade deve ser compreendida como uma propriedade necessária da prova digital, inalterada tampouco modificada desde a sua constituição. In: Rennan Faria Kruger e Maurício Antônio Tamer, *Provas no direito digital...*, 45.

62 Superior Tribunal de Justiça, RHC 99.735, Relatora: Ministra Laurita Vaz, Publicado em 12 de dezembro 2018.

63 Internet Archive, “WayBack Machine”, Acesso em 13 de novembro 2022, <https://archive.org/>.

64 Juracy Pinheiro de Oliveira Neta, “*Arqueologia da memória digital: a produção de (não) presença nos arquivos do Wayback Machine*” (Tese de doutoramento do Programa de Pós-Graduação em Comunicação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro), Acesso em 13 de novembro 2022, <https://www.bdtd.uerj.br:8443/bitstream/1/16707/5/Tese%20-%20Juracy%20Pinheiro%20de%20Oliveira%20Neta%20-%202020%20-%20Completa.pdf>.

65 Gustavo Fischer, “Do audiovisual confinado às audiovisuais soterradas em interfaces enunciativas de memória”, In: Suzana Kilpp et al. *Tecnocultura audiovisual: temas, metodologias e questões de pesquisa*. (Porto Alegre: Sulina, 2015), 66.

necessita de dilação probatória, assegurado o contraditório e a ampla defesa (CF, 5º, LV). Sua admissibilidade, inclusive, foi objeto de questionamento perante o Tribunal Federal australiano em *Voxson Pty Ltd v Telstra Corporation Ltd*⁶⁶. Naquela ocasião, entendeu a corte que a imagem equivaleria ao *hearsay evidence*⁶⁷ e, portanto, inadmissível como prova.

No Brasil, o primeiro caso que se tem notícia da utilização da *Wayback Machine* é oriundo da Segunda Vara do Trabalho de Itapeceira/São Paulo. Alegada a existência de grupo de empregadores, com a consequente negativa pela defesa, foi determinada, de ofício, a realização de pesquisa junto ao repositório digital da *Internet Archive*. Identificou-se, naquela oportunidade, uma alteração de conteúdo do *site*. E essa modificação foi suficiente para se reconhecer o grupo econômico para fins trabalhistas, sem que: (i) se garantisse o exercício do contraditório e da ampla defesa; e (II) se atestasse a autenticidade e integridade do conteúdo da página pesquisada⁶⁸.

Daí a necessidade de se criar balizas, ainda que flexíveis, para melhor subsidiar o magistrado na análise da admissibilidade da prova digital. A riqueza de recursos que pode ser empregada para melhor elucidação dos fatos encanta o julgador. Não há dúvidas a esse respeito. Porém, que o faça segundo a advertência de Ulysses: “mas vós com laços estreitíssimos deveis amarrar-me, para que eu fique seguro, de pé no mastro do navio; para isso, as cordas me prenderão. E se eu vos suplicasse, se vos ordenasse de soltar-me, com nós mais numerosos, apertai-me”⁶⁹.

4. POSSÍVEL SOLUÇÃO

Quando o assunto é ciência social, dificilmente se encontra um método objetivo que equacione determinado problema. O hermetismo não se afina a impermanência própria da vida humana. Por isso, não se pretende, neste ponto,

66 Federal Court of Australia. *Voxson Pty Ltd v Telstra Corporation Ltd* (No 7) - [2017] FCA 267.

67 Imagens de satélite do *Google Earth* com as coordenadas de GPS também foram objeto de questionamento no direito norte-americano, se se equivaleriam ao *hearsay evidence*. O Novo Circuito enfrentou a *quaestio* em *United States v. Lizarraga-Tirado* [789F.3d 1107 (9th Cir. June 18, 2015)]. A turma julgadora definiu que “a photograph isn’t hearsay because it makes no assertion. [...] Machine statements are not hearsay”.

68 “Pela consulta, se verifica que a requerida alterou o conteúdo das informações anteriormente transmitidas aos seus consumidores, mas, com a consulta acima referida, não se tem dúvidas da veracidade das informações trazidas pela parte autora”. Autos do processo n. 1000223-30.2020.5.02.0332.

69 Homero (ca Século VIII A.C.), *Odisseia*, Canto XII. versos 39 a 54, Tradução de Carlos Alberto Nunes.

criar um método suficiente em si mesmo. Ao contrário, o que se perscruta é delinear alguns parâmetros que possam auxiliar o julgador na análise da admissibilidade da prova produzida no espaço digital.

O padrão *Daubert* serve como leme, cujas premissas podem ser levadas em consideração pelo Poder Judiciário brasileiro. Afinal de contas, o direito comparado é fonte da ciência jurídica. O art. 8º da CLT, a propósito, a ele faz menção expressa, em ordem a permitir o intercâmbio de experiências em um mundo cada vez mais globalizado. A partir desse construto, cabe ao julgador verificar: (1) o método e/ou a técnica, a investigar se já foi testado(a) ou se o pode ser, a qualquer tempo; (2) a submissão da técnica a uma revisão por pares e os periódicos nos quais publicada; (3) a taxa de erro, se conhecida; (4) os padrões de controle e armazenamento das operações e dos procedimentos; e, por fim, (5) se a técnica é aceita pela comunidade científica nacional e internacional.

Além desses parâmetros, um, em especial, deve permear a análise do cabimento da prova digital, como desdobramento do princípio do devido processo legal. Entra em cena o contraditório, em sua dimensão substancial, “que tem na sua matriz (...) a máxima da cooperação”⁷⁰.

Aos deveres de informação e comunicação, agregam-se o dever de debate e o direito de influenciar construtivamente para a formação da decisão. Sob esse prisma, “o juiz passa a integrar o contraditório, porque, como meio assecuratório do princípio político da participação democrática, assegura-se às partes todas as possibilidades de influenciar eficazmente as decisões judiciais”⁷¹.

Na medida em que o acervo probatório contribui para a formação do convencimento do julgador, é premissa básica e essencial que a prova digital se produza em terreno democraticamente arado, a possibilitar a participação efetiva das partes no debate de sua admissibilidade, autenticidade e integridade.

A produção oficiosa de prova, sem que se outorgue aos partícipes a possibilidade de intervenção ativa no debate, vulnera a máxima de processo justo e democrático. Isso porque “a tutela jurídica justa envolve não só o direito de informação e de manifestação, mas também o direito de influência, isto é, o direito de as partes verem seus argumentos contemplados pelo órgão julgador”⁷². Como

70 Hermes Zaneti Jr., *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007), 191.

71 Leonardo Greco, “O princípio do contraditório”, *In: Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos (2005): 541.

72 Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança nº 24.268, Relator: Ministro Gilmar Mendes,

bem asseverou a Corte Constitucional italiana,

*Il sistema processuale, posto che l'esigenza di soddisfare il contraddittorio attiene alla tutela di diritti fondamentali, modela il diritto di replica in funzione di tale esigenza, avendo presente non un contraddittorio astratto e puramente ipotetico ma quello che attraverso le deduzioni delle parti viene in concreto a delinearsi come correlativo allo specifico oggetto della controversia*⁷³.

Nesse sentido, toda e qualquer produção de prova digital pressupõe a realização plena do contraditório, o qual se soma aos demais critérios definidos ao tempo de *Daubert*. Reunidos, prestam-se a subsidiar o órgão julgador, ao mesmo tempo em que se abraçam as inovações tecnológicas e as transportam para a arena do debate, da participação e da construção decisional.

5. CONCLUSÕES

De tudo, resta a certeza de que as provas digitais são o reflexo da atual conjuntura evolutiva da humanidade, transportada para o espaço virtual, *locus* de comunicação e de transmissão de uma miríade de dados.

Produzidos, portanto, na nuvem, prestam-se como elemento probatório, cujo suporte permissivo radica da ordem jurídica nacional, pela qual se admite, em princípio, todo e qualquer meio de prova. O imbróglgio, contudo, está na aferição de sua admissibilidade e, nesse ponto, o direito comparado pode auxiliar. A partir do padrão definido em *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*⁷⁴, caberá ao julgador, na análise da admissibilidade da prova digital, verificar se: (1) o método e/ou a técnica já foi testado(a) ou se o pode ser, a qualquer tempo; (2) houve submissão da técnica a uma revisão por pares e quais os periódicos nos quais veiculada; (3) a taxa de erro é conhecida; (4) há notícia dos padrões de controle e armazenamento das operações e dos procedimentos; e, por fim, (5) se a técnica é aceita pela comunidade científica nacional e internacional.

Soma-se a esse método, por sua vez, um ingrediente indispensável ao devido processo legal: a garantia do exercício do contraditório e da ampla defesa, em sua dimensão substancial. Tomadas essas cautelas e preservadas as garantias processuais, admissível será a prova digital, sendo mais um substrato a auxiliar o

Publicado em: 17 de setembro 2004.

⁷³ Corte Costituzionale, sent. n. 321/2007.

⁷⁴ U. S. Supreme Court. *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, 509 U.S. 579 (1993).

jugador na formação de seu convencimento. Se, como diz Agatha Christie, “aquilo que uma pessoa é só fica aparente quando vem o teste, ou seja, no momento em que se fica firme sobre os próprios pés ou se tomba”⁷⁵, a admissibilidade da prova digital pressupõe um qualificado escrutínio, para que, ao final, se fique com a certeza ou, tão-somente, a ilusão de sua existência.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alighieri, Dante. *Inferno*, IX, 61-63.
- Aristóteles. *Arte Retórica e Arte Poética*. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. 17. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2005.
- Atienza, Manuel. *As Razões do Direito Teoria da Argumentação Jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- Badaró, Gustavo H. *Processo Penal*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2018.
- Borges, Jorge Luis. *Siete noches* (1980). Obras completas 3.1975-1985. 13, Ed: Buenos Aires, Emecé, 2005.
- Comoglio, Luigi Paolo. *Garanzie costituzionale e “giusto processo”* (modelli a confronto). Acesso em: 23 de outubro 2022. http://www.judicium.it/old_site/news/garanzie_gisuto_processo.htm.
- Couture, Eduardo J. *Fundamentos Del Derecho Processal Civil*. Tercera edición. Buenos Aires: Roque Depalma, 1958.
- Christie, Agatha. *Seguindo a correnteza*. Trad. Lúcia Britto. Porto Alegre: L&PM Editores, 2009.
- Evaristo, Conceição. “Da calma e do silêncio”. In: *Poemas da recordação e outros movimentos*. Belo Horizonte: Nandyala, 2008.
- Fischer, Gustavo. “Do audiovisual confinado às audiovisuais soterradas em interfaces enunciativas de memória”. In: Kilpp, Suzana et al. *Tecnocultura audiovisual: temas, metodologias e questões de pesquisa*. Porto Alegre: Sulina, 2015.
- Greco, Leonardo. “O princípio do contraditório”. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.
- Homero. *Odisseia*, Canto XII. Versos 39 a 54. Tradução de Carlos Alberto Nunes.
- J.D.H. “The admissibility of evidence under Federal Rule 43(a)”. *Virginia Law Review*. Vol. 48, n. 5 (1962): 939-958.
- Kruger, Rennan Faria e Tamer, Maurício Antônio. *Provas no direito digital: conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie*. 1ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- Maier, Julio Bernardo. “Inviolabilidad de domicilio”. *Doctrina Penal*, Buenos Aires, ano 8, n. 29 (1985): 59-117.
- Meireles, Cecília. *Reinvenção*. Acesso em: 14 de novembro 2022. <https://www.escri>

⁷⁵ Agatha Christie, *Seguindo a correnteza*, Trad. Lúcia Britto (Porto Alegre: L&PM Editores, 2009).

- as.org/pt/t/5291/reinvencao.
- Minvielle, Bernadete. “Allanamiento ilegal: violación del derecho a la intimidad y de las garantías del debido proceso”. *Doctrina Penal*, Buenos Aires, ano 10, n. 37 (1987).
- Odgers Stephen J; Richardson, James T. *Keeping bad science out of the courtroom – changes in American and Australian expert in evidence law*. Acesso em 17 de outubro 2022. <https://www.austlii.edu.au/au/journals/UNSWLJ/1995/6.pdf>.
- Oliveira Neta, Juracy Pinheiro de. “Arqueologia da memória digital: a produção de (não) presença nos arquivos do Wayback Machine”. Tese de doutoramento do Programa de Pós-Graduação em Comunicação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Acesso em 13 de novembro 2022. <https://www.bdtd.uerj.br:8443/bitstream/1/16707/5/Tese%20-%20Juracy%20Pinheiro%20de%20Oliveira%20Neta%20-%202020%20-%20Completa.pdf>.
- Richter, Liesa L. “Goldilocks and the Rule 803 Hearsay Exceptions”. *William & Mary Law Review*, vol. 59, 2018.
- Samosata, Lucian of. *A True Story*. English Translation by A.M. Harmon. New York: G.P. Putnam's Sons, 1913.
- Tamošiūnienė, Egidija; et al. *Evidence in civil law – Lithuania*. Acesso em 14 de outubro 2022. https://www.pf.um.si/site/assets/files/3223/evidence_in_civil_law_-_lithuania.pdf.
- Taruffo, Michele. *Uma simples verdade – o juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Marcial Pons: Buenos Aires, 2012.
- Twining, William. *Rethinking evidence – exploratory essays*. Second Ed. Cambridge University Press, 2009.
- Zaneti Jr, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- Wordsworth, William e Samuel Coleridge. *Lyrical Ballads*. Peterborough: Broadview Editions, 2008.

FERNANDA ANTUNES MARQUES JUNQUEIRA
Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quarta Região
<http://lattes.cnpq.br/9530891114280834>
fernanda.junqueira@trt14.jus.br
<https://orcid.org/0000-0002-4764-6672>

FLÁVIO DA COSTA HIGA
Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Quarta Região
<http://lattes.cnpq.br/6830435343695531>
fhiga@trt24.jus.br
<https://orcid.org/0000-0002-7425-2898>