



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I – CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

RAPHAEL SIMÕES ANDRADE

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS
SISTEMAS DE INFORMÁTICA**

**CAMPINA GRANDE - PB
2011**

RAPHAEL SIMÕES ANDRADE

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS SISTEMAS DE INFORMÁTICA

Monografia apresentada ao Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas da Universidade Estadual da Paraíba em cumprimento à exigência para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Professor Cláudio S. de Lucena Neto

CAMPINA GRANDE - PB
2011

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

A553c Andrade, Raphael Simões.
A constitucionalização dos sistemas de informática
[manuscrito] / Raphael Simões Andrade.– 2011.
72f.
Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em
Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de
Ciências Jurídicas, 2011.
“Orientação: Prof. Me. Cláudio Simão de Lucena Neto,
Departamento de Direito Privado”.

1. Documentos eletrônicos. 2. Direito digital. 3. Prova
didital I. Título.

21. ed. CDD 343.81

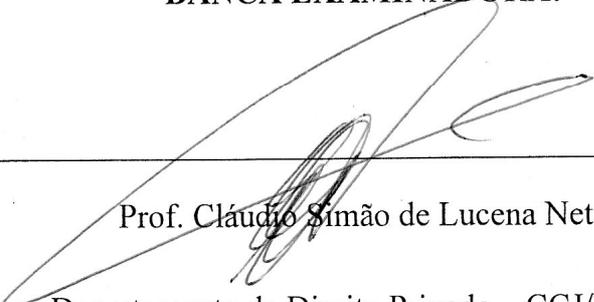
RAPHAEL SIMÕES ANDRADE

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS SISTEMAS DE INFORMÁTICA

Garantias tecnológicas e constitucionais para a efetividade dos princípios da Segurança Jurídica e do Devido Processo Legal nos sistemas informatizados de suporte ac processos eletrônicos judiciais, administrativos e comerciais.

Aprovada em 20 de junho de 2011

BANCA EXAMINADORA:



Prof. Cláudio Simão de Lucena Neto

Departamento de Direito Privado – CCJ/UEPB

Orientador

Ana Alice Ramos Tejo Salgado

Profa. Ana Alice Ramos Tejo Salgado

Departamento de Direito Público – CCJ/UEPB

Examinadora



Prof. Laplace Guedes Alcoforado de Carvalho

Departamento de Direito Público – CCJ/UEPB

Examinador

Dedico a
Ruth,
Sofia e
Alice.

AGRADECIMENTOS

Antes de tudo, agradeço a Deus por me conceder a possibilidade de realizar este trabalho.

Agradeço a minha família que, de bom grado, concedeu nossos raros momentos de convívio para que me dedicasse ao estudo deste trabalho de monografia.

Agradeço também ao Professor Cláudio Simão de Lucena Neto pela paciente orientação desta pesquisa de conclusão de curso.

"Meu ideal político é a democracia, para que todo homem seja respeitado como indivíduo e nenhum venerado."

(Albert Einstein)

RESUMO

A presente monografia de conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba, tem por objetivo fazer uma investigação, na doutrina e na jurisprudência, dos princípios constitucionais, de normas processuais, administrativas e civis, bem como das normas pertinentes aos documentos eletrônicos em busca de um fundamento legal que demonstre a existência de uma deontologia obrigando o uso de assinatura digital e datação eletrônica em sistemas de informação. Pela necessidade de observância de preceitos constitucionais e por uma interpretação sistemática e hodierna do Direito pós-positivista, verifica-se que a segurança e a garantia da autenticidade, autoria e temporalidade de um documento digital, advindo do uso de certificados digitais e da datação digital, são, em última análise, garantidoras da dignidade da pessoa humana no Estado Democrático de Direito brasileiro, sendo essenciais para a atual Sociedade da Informação. Vendo-se a questão sobre o prisma dos documentos digitais, principalmente vislumbrando os autos do processo eletrônico como provas documentais digitais, que fazem prova dos atos praticados eletronicamente, é extremamente relevante efetivar garantias constitucionais no ambiente digital, sob pena da sociedade continuar a incorrer em um grave equívoco, qual seja, o de dar credibilidade em uma ficção técnica de que há segurança juridicamente válida nos atuais sistemas de informação. Este é o problema que essa pesquisa objetiva elucidar.

PALAVRAS-CHAVE: Prova Eletrônica. Certificados Digitais. Datação Eletrônica.

ABSTRACT

This monograph completion of the course in Bachelor of Law from the State University of Paraíba, aims to investigate, in doctrine and jurisprudence, the constitutional principles of procedural rules, administrative and civil, as well as the rules pertaining to electronic documents seeking a legal basis to demonstrate the existence of an ethics requiring the use of electronic digital signature and timing (time stamp) information systems. The need for observance of constitutional principles and a systematic interpretation of the law and today's post-positivist, it appears that the security and guarantee of authenticity, authorship and temporality of a digital document, through the use of digital certificates and digital dating (time stamp), are in the final analysis, the guarantor of human dignity in a democratic state of Brazil, now being essential for the Information Society. Seeing the question on the prism of digital documents, especially overlooking the court documents as electronic digital documentary evidence, which are evidence of acts performed electronically, it is extremely effective constitutional guarantees relevant in the digital environment, under penalty of society continue to incur a serious mistake, namely, to give credibility to a technique of fiction that there is legally valid in the current security information systems. This is the problem that this research aims to elucidate.

KEYWORDS: Electronic evidence. Digital certificates. Time stamp.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	FUNDAMENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS DIGITAIS	13
2.1	INTRODUÇÃO	13
2.2	COMPREENDENDO O SENTIDO E ALCANCE DAS PROVAS	19
2.2.1	Provas judiciais	20
2.2.2	Valoração da prova	22
2.2.2.1	<i>Critério das provas legais (tarifadas)</i>	23
2.2.2.2	<i>Critério do livre convencimento</i>	24
2.2.2.3	<i>Critério da persuasão racional</i>	25
2.2.3	Hierarquia das provas	26
2.3	NATUREZA JURÍDICA DOS AUTOS PROCESSUAIS.....	29
2.4	O DOCUMENTO DIGITAL.....	33
2.4.1	Documentos eletrônicos no processo digital	34
2.4.2	Análise da MP 2.200-2	37
2.4.3	Entendendo os certificados digitais	40
2.4.3.1	<i>Criptografia como segurança de dados</i>	42
2.4.3.2	<i>Robustez dos documentos assinados</i>	45
2.4.3.3	<i>As autoridades certificadoras</i>	47
3	PROCESSO ELETRÔNICO CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE PRINCIPIOLÓGICA.....	50
3.1	O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA	51
3.1.1	Aspectos do princípio da segurança jurídica	52
3.1.2	A lei como fonte de segurança jurídica	53
3.1.3	Princípio da legalidade	54
3.1.4	Legalidade e segurança dos atos eletronicamente constituídos	55
3.2	O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	58
3.2.1	Breve histórico	58
3.2.2	O devido processo legal como expressão da dignidade da pessoa humana	61
3.2.3	O devido processo legal formal	62
3.2.4	O <i>procedural due process</i> eletrônico	64

3.2.5	O devido processo legal material.....	69
3.2.6	O <i>substantive due process</i> eletrônico.....	71
4	CONCLUSÃO.....	73
	REFERÊNCIAS	74

1 INTRODUÇÃO

O tema da monografia tem como foco associar os princípios constitucionais do devido processo legais e da segurança jurídica às normas e técnicas necessárias para a comprovação da validade jurídica dos documentos digitais (elemento essencial de todo e qualquer sistema informatizado), discutindo os assuntos pertinentes as provas digitais, certificados digitais (e sua legislação), natureza jurídica dos autos do processo (físico e eletrônico) e uso da hermenêutica constitucional para dar contornos pós-positivistas as normas pertinentes ao tema.

Dada à interdisciplinaridade, entre o Direito e a Computação, surgem várias lacunas (legais, ontológicas e axiológicas), que a lei não prescreve, e que a doutrina e jurisprudência têm dificuldades em enquadrá-las. No que tange aos sistemas de suporte aos processos eletrônicos e suas garantias constitucionais, muitas questões técnicas ainda não foram perfeitamente compreendidas, e outras nem foram discutidas em profundidade.

Preliminarmente a própria definição do documento eletrônico, item intrínseco a qualquer sistema de informática (elemento atômico e estruturante de todos os sistemas de informática), encontra dificuldades na doutrina, por causa do conceito tradicional de documento. Chiovenda¹ assim o definiu: "documento, em sentido amplo, é toda representação material destinada a reproduzir determinada manifestação do pensamento, como uma voz fixada duradouramente". Pontes de Miranda² descreveu que "o documento, como meio de prova, é toda coisa em que se expressa por meio de sinais, o pensamento". Já para José Frederico Marques³, "documento é a prova histórica real consistente na representação física de um fato. O elemento de convicção decorre, assim, na prova documental, da representação exterior e concreta do *factum probandum* em alguma coisa". Moacyr Amaral Santos⁴ ensina que documento "é a coisa representativa de um fato e destinada a fixá-lo de modo permanente e idôneo, reproduzindo-o em juízo". Mais recentemente, Arruda Alvin⁵ assevera ser o documento uma "prova real (do latim *res, rei*), dado que todo documento é uma coisa".

¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. 3, 2002, p. 127.

² MIRANDA, Francisco C. Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. tomo IV, 3 ed. 2000, p. 357.

³ MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. vol. 2, 1997, p. 203.

⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. vol. 2, 1978, p. 385.

⁵ ALVIN, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. vol. 2, 2006, p. 492.

O documento eletrônico, diferente do físico, não se prende ao meio físico em que está gravado, possuindo autonomia em relação a ele. O documento eletrônico é, então, uma sequência de bits que, traduzida por meio de um determinado programa de computador, que seja representativa de um fato. Neste fato reside um dos grandes problemas em se admitir o documento eletrônico como meio de prova, pois devido à impossibilidade de se determinar a sua autoria, e, portanto, a sua autenticidade, advinda do simples fato de que neles não se opõe uma assinatura manuscrita.

Com o surgimento do processo eletrônico em todos os seguimentos da Justiça, após lei 11.419, surge um horizonte ainda não exaustivamente explorado pela doutrina e jurisprudência, além de ter como característica a multidisciplinaridade entre o Direito e a Informática. Isso torna o tema palpitante, haja vista que estamos ainda em fase de implantação dos processos judiciais e administrativos eletrônicos, e muitas questões ainda não foram resolvidas.

Por outro lado, temos a questão da autoria e da autenticidade, cuja relevância encontra-se ao identificar se o documento é público ou privado. Assim, é público o documento formando por quem esteja no desempenho de função pública e a formação do documento decorre do exercício de tal cargo, a exemplo dos tabeliães. E sobre os documentos públicos atua a presunção de verdade, que se extrai do art. 364 do CPC, e do art. 215, do novo Código Civil (Lei 10.406/2002), que confere eficácia de “prova plena” às escrituras públicas.

Idêntico vigor probatório é conferido à cópia do documento público original quanto tais reproduções estiverem em acordo com as regras do art. 365, do CPC.

Já para o documento particular, a força probante advém de sua autenticidade, isto é, da indubitabilidade da autoria. E neste ponto surge o uso da certificação digital, que consiste em vincular autoria aos documentos, assinados digitalmente, a quem se apresenta como titular do certificado digital.

Assim documento público assinado digitalmente tem força probante plena, e os particulares não podem ser questionados quanto a sua autoria, formando o escopo das provas digitais tarifadas, a qual a lei lhe concede força probatória.

Ademais, tendo em vista que os sistemas informatizados são compostos por documentos digitais, que nada mais são que provas documentais eletrônicas dos fatos e atos ocorridos num processo para a consecução de um resultado. Então, vislumbra-se que os próprios os autos dos processos, sejam físicos ou eletrônicos, tem natureza jurídica de prova

documental dos fatos ocorridos no processo e devem ter tratamento jurídico idêntico aos documentos e as provas documentais, sejam eles físicos ou digitais, que lhe compõem.

Interpretando as normas pertinentes aos documentos digitais e processos eletrônicos, sob uma ótica pós-positivista, com o uso dos vetores normativos advindos dos princípios constitucionais do Devido Processo Legal e da Segurança Jurídica, que durante a pesquisa foram elencados como principais os princípios envolvidos com a problemática do tema da monografia, verifica-se que há uma deontologia advinda destes princípios, que leva a imposição do cumprimento de processos pré-estabelecidos dentro dos quais surge à obrigação de constituir provas que garantam a comprovação dos atos neles realizados que também abrangem os processos digitais.

Desse modo, obtém-se a problematização do tema deste trabalho que é a de que existe uma exigência dentro do ordenamento jurídico para o uso de meios eletronicamente confiáveis, com previsão legal, ao ponto de garantir que todas as peças eletrônicas ou provas documentais digitais transmitam segurança jurídica suficiente ao processo e que os autos do processo eletrônico provem o sequenciamento dos atos processuais para a garantia do Devido Processo Legal e da Segurança Jurídica.

2 FUNDAMENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS DIGITAIS

2.1 INTRODUÇÃO

Em uma sociedade da informação, muitos atos e negócios jurídicos, até de grande monta, são realizados tendo como meio de exteriorização da manifestação da vontade os sistemas eletrônicos, telemáticos ou informatizados.

O Direito e o Ordenamento Jurídico vêm aos poucos se adaptando a esta nova realidade e recentemente várias leis e projetos de lei passam a abordar o tema, mesmo assim, difícil é acompanhar as leis perante a velocidade com que novas modalidades de negócios jurídicos surgem neste “novo mundo informatizado”.

Como sempre as atividades comerciais se irrompem em atividades novas e cingidas de riscos, sem nenhuma garantia jurídica, com fulcro em assim assumindo o alto risco obter-se o máximo de rendimento. Esse impulso aventureiro já foi vivenciado nas grandes navegações, do século XV, no período do Mercantilismo, ou como também foi o uso de máquinas no período da revolução industrial, do final do século XIX. Hodiernamente o campo de grandes promessas de lucros encontra-se no mundo da internet – e futuramente na biotecnologia -, da informática em rede, nas trocas de informações e nos negócios eletrônicos. Mas com o transcorrer do tempo os riscos não mais compensam a lucratividade obtida, e passam a necessitar de garantias para reduzi-los e assim maximizar novamente os lucros, neste ponto entra a necessidade de formulações legislativas e jurídicas para tal desiderato.

Por outro lado, os investimentos capitalistas em novas tendências criam o sentimento de necessidade de consumo de produtos e serviços até então não vistos como tal, e a sociedade passa a atribuir valores e a angariar sentimentos a estes produtos e serviços.

Esta tendência foi vista recentemente no surgimento e na evolução de tecnologias com os celulares, computadores, a Internet, perfis em comunidades da Internet, e agora os denominado “tablets” (que associam a ciência e mobilidade dos celulares ao do acesso a Internet, para proporcionar interação em tempo real com as comunidades web).

Nessa sociedade interconectada, onde a velocidade deletéria da informação é elemento crucial para o convívio em sociedade, valores da personalidade - como a imagem, segredos, intimidades, dignidade e propriedades imateriais – trafegam livremente na “rede mundial de

computadores”, e não raros são os casos de violação desses e de outros direitos que atualmente estão presentes e dispersos em equipamento de informática.

Esses valores e sentimentos que “navegam” na Internet, vão paulatinamente ganhando relevância para o Direito. É despidendo falar que os fenômenos que interam o “mundo do Direito” simplesmente não existem sem a percepção valorativa do homem e somente com ela se produzem, ou seja, a realidade seria mero produto das sensações humanas, assim o sendo as regras jurídicas passam a ter significado quando os valores humanos precisam ser por ele tutelados, assim aconteceu com a tecnologia da informação. As tecnologias de informática estão interagindo com muitos valores humanos, quase tudo, atualmente, passam – ou são armazenados – em sistemas informatizados, valores muito caros para a Dignidade da Pessoa Humana, como a imagem, intimidade e a dignidade (para falar só dos direitos personalíssimos, mais sensíveis).

Esta reflexão sobre a percepção valorativa do homem e o Direito nos remonta à “Teoria Tridimensional do Direito” do jus-filósofo brasileiro Miguel Reale, segundo essa teoria, o Direito se compõe de três dimensões. Primeiramente, há o aspecto normativo, em que se entende o Direito como ordenamento e sua respectiva ciência. Em segundo lugar, há o aspecto fático, em que o Direito se atenta para sua efetividade social e histórica. Por fim, em seu lado axiológico, o Direito cuida de um valor, no caso, a Justiça. Assim, o fenômeno jurídico se compõe, sempre e necessariamente, de um fato subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); de um valor, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, de uma norma, que representa a relação ou medida que integra os demais elementos. É o que se pode inferir das palavras do próprio Miguel Reale:

O Direito é sempre fato, valor e norma, para quem quer que o estude, havendo apenas variação no ângulo ou prisma de pesquisa. A diferença é, pois, de ordem metodológica, segundo o alvo que se tenha em vista atingir. E o que com acume Aristóteles chamava de "diferença específica", de tal modo que o discurso do jurista vai do fato ao valor e culmina na norma; o discurso do sociólogo vai da norma para o valor e culmina no fato; e, finalmente, nós podemos ir do fato à norma, culminando no valor, que é sempre uma modalidade do valor do justo, objeto próprio da Filosofia do Direito.⁶
(...)

⁶ REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito* - situação atual. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 120.

O mundo jurídico é formado de contínuas "intenções de valor" que incidem sobre uma "base de fato", refragando-se em várias proposições ou direções normativas, uma das quais se converte em norma jurídica em virtude da interferência do poder. Ao meu ver, pois, não surge a norma jurídica espontaneamente dos fatos e dos valores, como pretendem alguns sociólogos, porque ela não pode prescindir da apreciação da autoridade (*lato sensu*) que decide de sua conveniência e oportunidade, elegendo e consagrando (através da sanção) uma das vias normativas possíveis. (...) Que é uma norma? Uma norma jurídica é a integração de algo da realidade social numa estrutura regulativa obrigatória.⁷

Por outro lado, o Estado Democrático de Direito se funda em vários princípios constitucionais, dentre os quais destacamos, nesse trabalho, o Devido Processo Legal e a Segurança Jurídica, aquele tanto na esfera processual com na substancial, ao ponto de exigir que mesmo os negócios jurídicos não solenes sigam a um procedimento razoável e justo, e que tenham um suporte físico probante, de modo a lhes garantir cautelas especiais que os levem a evitar futuras dificuldades quanto a sua comprovação e proteção.

A proteção dos direitos no ordenamento jurídico pátrio tem como derradeira proteção os processos judiciais, portanto como todo direito necessita de garantias para ser efetivo, e como nenhuma violação ou ameaça de dano pode ser afastada da apreciação do judiciário, seu direito tem que ser provado, em última análise, em um processo judicial para receber a proteção estatal.

Neste contexto protetivo e probante vem a lume a necessidade da garantia constitucional do Devido Processo Legal tanto nos processos judiciais e administrativos quanto nas relações particulares. Do mesmo modo, temos como Direito Fundamental e basilar a Segurança Jurídica, externadas em diversos institutos jurídicos como a coisa julgada, fato jurídico perfeito e direito adquirido, como elemento essencial ao convívio estável e a paz social, via a previsibilidade dos direitos e deveres engendrados nos atos e negócios jurídicos, provados e protegidos sob a égide do Ordenamento Jurídico vigente ao tempo em que foram constituídos, sem o qual não se pode falar em sociedade.

No que tange o primado da Segurança Jurídica, o artigo 5º, inciso. XXXVI, da Constituição da República alberga esse direito quando garante a estabilidade das relações jurídicas, quando estas continuarão a produzir os mesmos efeitos jurídicos, ao tempo em que a lei que as regulava estava em vigência, mesmo após serem substituídas por outra, desde que tenham se constituído em direito adquirido, ato jurídico perfeito ou em coisa julgada. Esses

⁷ REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito* - situação atual. São Paulo: Saraiva, 1994, 5.ª ed., p. 122

institutos jurídicos têm por escopo salvaguardar a permanente eficácia dos direitos subjetivos e das relações jurídicas construídas validamente sob a égide de uma lei, frente a futuras alterações legislativas ou contratuais. Esses institutos constituem direitos constitucionais de primeira geração (ou de primeira dimensão), os quais impõem limites na ingestão do Estado na vida dos cidadãos, o que de forma nenhuma pode significar um atuar negativo do Estado, pois para efetivá-los o Poder Público deve dispensar recursos para manter um aparato governamental com fulcro em protegê-los.

Este atuar positivo do Estado, perante o Primado da Segurança Jurídica, é determinante para entender que existe um dever estatal de criar meios, legais e estruturais, com os quais se possa comprovar a veracidade dos fatos, por meio de objetos dos quais se possam extrair estes fatos, com suporte legislativo para conferi-los um alto grau de veracidade. No meio digital isso é essencial, devido a sua característica de quase inexistência de mecanismos que assegurem a autenticidade dos documentos eletrônicos, muito menos da autoria e da temporalidade de sua criação, estas essências para constituir os requisitos mínimos da segurança jurídica.

Mas, para revestir um ato de segurança jurídica, que é o mesmo que revesti-lo de estabilidade, necessário se faz constituir uma prova, principalmente documental ou qualquer outra que a lei garanta força probante, que a doutrina e jurisprudência passaram a chamar de prova pré-constituída, que de certa forma leva a uma tarifação da prova no processo judicial, e que em sua maioria são exteriorizadas em provas documentais juntadas ao processo. A prova, como será visto no próximo capítulo, é todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém⁸. No processo judicial, a prova tem o objetivo de convencer o Juízo a respeito da ocorrência de um fato. Nas relações jurídicas privadas a prova tem outra roupagem, uma vez que serve para o imprescindível desiderato de prestar segurança quanto ao tempo e a veracidade da manifestação de vontade geradora dos atos e negócios jurídicos, e servem para convencer a outra parte da veracidade dos fatos. Nas relações jurídicas com a Administração Pública, principalmente em processos administrativos, devido à inexistência da valoração da prova nos moldes judiciais, o entendimento, que será discutido posteriormente nesse trabalho, tem como norte de que as provas têm o mesmo objetivo existente nas relações privadas.

⁸ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Ampliada e Atualizada. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 126.

Porém quando a prova emana do poder público, tem maior grau de segurança jurídica, pois se pressupõe legalmente a “fé de ofício” (ou presunção de veracidade e legalidade que é um atributo do ato administrativo).

As provas garantem, então, a comprovação da manifestação da vontade e do tempo em que o ato foi constituído ao ponto de garantir o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e os efeitos da coisa julgada. Segundo o que prescreve, também, o art. 6º da LICC⁹, em seus parágrafos, que são descritos abaixo com o objetivo de explicar sumariamente o que são cada um desses institutos e sua importância no contexto desse trabalho:

- a) “reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”, ou seja, é aquele ato que se aperfeiçoou, que reuniu todos os elementos necessários à sua formação, debaixo da lei velha, o elemento tempo é crucial para este instituto, assim o tempo tem que estar provado inequivocamente, via indicação da data em que foi assinado o documento, mas para os documentos e eletrônicos isso não é suficiente, com será visto posteriormente;
- b) “consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixado, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”, o direito adquirido recai sobre o fato aquisitivo específico já configurado por completo, e observa-se que neste instituto a autoria é o elemento mais importante, este é comprovado comumente com a assinatura e nos documentos digitais via o processo denominado de assinatura digital, descrito no próximo capítulo desse trabalho;
- c) e “chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba mais recurso”, que é a qualidade da sentença que torna imutáveis e indiscutíveis seus efeitos substanciais, verificada após o trânsito em julgado da decisão, ou seja, quando há a impossibilidade de se manejar qualquer recurso, nesse instituto o sequenciamento dos atos é elemento crucial, bem como a autoria de cada elemento documental contido nos autos do processo, que em última análise fazem prova dos fatos ocorridos no processo judicial, o que nos meios eletrônicos – principalmente nos atuais softwares de suporte aos processos eletrônicos – não são totalmente observados.

⁹ Art. 6º - A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, direito adquirido e a coisa julgada. (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro).

Pelo exposto, para o precípua objetivo de garantir a segurança jurídica, deve-se provar o tempo do ato, a completude da formação e do conteúdo deste ato, a autoria da participação dos envolvidos, e da impossibilidade de mudança ou alteração destes conteúdos (autenticidade). Assim todos os meios de prova que garantam tais características imprimem segurança, e hodiernamente o ordenamento jurídico criou várias regras, que serão detalhadas futuramente neste trabalho, para externar estas preocupações em relação aos meios eletrônicos.

Noutro turno encontra-se o postulado fundamental do Devido Processo Legal, que os doutrinadores tratam de um princípio base, de onde todos os outros se sustentam, como uma norma-mãe¹⁰. Aplica-se este princípio genericamente a tudo que disser respeito à vida, ao patrimônio e à liberdade, inclusive na formação das leis. Considera-se o Processo como uma palavra gênero que engloba: legislativo, judicial, administrativo e negocial.

Por sinal, no que tangem os processos negociais, é pacífica a aplicação do *due process of law* nas relações jurídicas particulares¹¹. Na verdade, qualquer direito fundamental, pela aplicação da teoria horizontal dos direitos fundamentais, aplica-se ao âmbito das relações jurídicas privadas, tanto nas fases pré-contratual, durante sua execução, e pós-contratual.

Podemos verifica a incidência do processo, na esfera privada, no momento da oferta, que é uma postulação, que tem seus requisitos regulados em lei, pois tais normas são de conteúdo processual, mas na esfera negocial. Na fase executiva há a imposição de que a regras estabelecidas no próprio negócio jurídico ou em leis, não venham a ultrapassar as raias da razoabilidade ou proporcionalidade, o que se consubstancia no devido processo legal substancial.

Também na etapa de execução do contrato, existe uma dinâmica contratual que permite, no transcorrer da mesma, o surgimento de alterações contratuais, cuja inobservância pode ocasionar transtornos ao ponto de ensejar desde a repactuação contratual até a sua rescisão. É neste processo que incide o Princípio do Devido Processo Legal Adjetivo, que quando é observado pelas partes resulta em garantias que coadunam no bom entendimento do

¹⁰ . “É o princípio-base, sobre o qual todos os outros se sustentam”, no dizer de Nelson Nery Jr. (2004). NERY Jr., Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, 8ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

¹¹ MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 111.

contrato e na concretização da boa-fé em uma relação jurídica. Assim, também nos negócios jurídicos exige-se o respeito ao devido processo legal, tanto na dimensão substancial quanto na processual.

Pode-se inferir sumariamente, do exposto nessa introdução, que aparentemente há uma deontologia advinda destes princípios, que leva a imposição do cumprimento de processos pré-estabelecidos, em todas as esferas da vida humana, dentro dos quais surge à obrigação de constituir provas que garantam, futuramente, a comprovação dos atos neles realizados. Aqui cabe a problematização do tema deste trabalho, qual seja, a de que existe uma exigência legal, esta derivada de uma interpretação sistemática e teleológica nos moldes pós-positivista, para o uso de meios eletronicamente confiáveis, com previsão legal, ao ponto de garantir que todas as peças eletrônicas ou documentos eletrônicos constitutivos, modificativos ou extintivos de fatos ou atos jurídico, transmitam segurança jurídica suficiente ao processo - sejam eles judiciais, administrativos, negociais, eletrônicos ou não -, e que, nos processos eletrônicos, os autos do processo, provas documentais daquele, provem o sequenciamento dos atos processuais para a garantia do Devido Processo Legal, sob pena de que na inobservância destas exigências tenha-se atingida a dignidade humana dos postulantes, ensejando – dependendo do dano - a possibilidade de se pleitear indenização, e que se crie na sociedade um sentimento de insegurança.

No presente trabalho, observou-se que meio confiável supracitado, no ambiente eletrônico, se resume ao uso dos certificados digitais e da datação eletrônica, e, como será demonstrado no transcorrer da monografia, este é o único meio tecnologicamente disponível, tecnicamente confiável e legalmente previsto para tal desígnio.

2.2 COMPREENDENDO O SENTIDO E ALCANCE DAS PROVAS

Como visto na introdução o uso de documentos digitais com força probante, o que só se faz possível com o uso das tecnologias advindas do uso de certificados digitais segundo a legislação vigente, é apresentado como uma solução “jurídico-tecnológica” para garantir o Devido Processo Legal, a Proporcionalidade/Razoabilidade e a Segurança Jurídica nos sistemas informatizados. Mas o que são e como são os certificados digitais e como é

juridicamente dada força probante aos documentos que os utilizam, este é o foco desse capítulo.

Para compreender melhor o problema dos documentos digitais este trabalho de monografia passa a descrever o que a doutrina e jurisprudência pátria entendem por prova, tanto na esfera cível como na processual, compreendendo as várias formas de valoração da prova existentes no nosso ordenamento, passando pelo entendimento doutrinário do que é prova documental, compreendendo a natureza jurídica dos autos de um processo, chegando a análise da problemática que envolve a fragilidade dos dados digitais e as soluções, para então compreender o objetivo da legislação pertinente às assinaturas digitais vislumbrando a necessidade do uso da datação eletrônica, este ainda não devidamente legislado.

Como foi suscitado anteriormente, qualquer litígio no nosso Ordenamento Jurídico tem como forma genérica de solução de conflito heterônoma o meio judicial. Assim, todos os pretensos direitos subjetivos que figuram nos litígios a serem solucionados pelo processo se originam de fatos (*ex facto ius oritur*).

2.2.1 Provas judiciais

Por isso, o autor quando propõe a ação e o réu quando oferece sua resposta deverão comprovar os fatos com os quais irão justificar a pretensão de um e a resistência do outro.

Da análise dos fatos e de sua conformidade com o direito objetivo, o juiz obterá a solução do litígio, esta revelada na sentença.

O processo de execução (ou fase cumprimento de sentença) é voltado para a satisfação do direito do credor, o devedor deve somente sofrer a ação expropriatória, existem defesas, mas estas se limitam a proteger o patrimônio atingido, não há que se falar em fase probatória, o direito já foi plenamente comprovado na fase de conhecimento. Por outro lado, o processo (ou fase) de conhecimento tem como objeto as provas dos fatos alegados pelos litigantes, de cuja apreciação o juiz deverá definir a solução jurídica para o litígio estabelecido entre as partes.

De tal sorte, para as partes não basta simplesmente alegar os fatos.

Para que a sentença declare o direito, isto é, para que a relação de direito litigiosa fique definitivamente garantida pela regra de direito correspondente, preciso é, antes de tudo, que o juiz se certifique da verdade do fato alegado¹²

e isso se dá através das provas produzidas, com o contraditório e a ampla defesa, no processo.

Por isso, existem dois sentidos em que se pode conceituar a prova processual:

- a) um objetivo, quando é tratado como o instrumento ou o meio hábil, para demonstrar a existência de um fato (os documentos, as testemunhas, a perícia, etc.);
- b) e outro subjetivo, onde se busca a certeza (estado psíquico) quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. A prova serve como meio para formar a convicção, no espírito do julgador, em torno do fato demonstrado.

Assim, a prova processual, segundo os ensinamentos de João Monteiro, não é somente um fato processual, "mas ainda uma indução lógica é um meio com que se estabelece a existência positiva ou negativa do fato probando, e é a própria certeza dessa existência".¹³

Deste modo, simultaneamente deve-se ver na prova a ação e o efeito de provar, quando se sabe, como Couture, que "provar é demonstrar de algum modo a certeza de um fato ou a veracidade de uma afirmação".¹⁴

Chama-se instrução do processo a fase em que as partes devem produzir as provas de suas alegações. Normalmente esta fase, que o direito antigo denominava de dilação probatória, se inicia logo após o despacho saneador e finda na audiência, no momento em que o juiz declara encerrada a instrução e abre o debate oral (art. 454).

Mas há provas que já são produzidas antecipadamente na fase postulatória: são os documentos (arts. 283 e 396 do CPC e arts. 231 a 238 do CPP).

Tem-se que a doutrina define prova documental como instrumento juntado pelas partes como o objeto de demonstrar a veracidade dos fatos alegado, considerando-se "documentos" todo objeto do qual se extraem fatos em virtude da existência de símbolos, sinais, gráficos, sinais mecânicos etc.

Em regra, os documentos são elaborados antes da formação do processo e utilizados, entre as partes, antes de existir qualquer conflito, como uma garantia para registrar os fatos.

¹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Vol. I, 26 Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense: 1999.

¹³ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. vol. I, Op. cit.

¹⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto, Op. cit.

Porém, os documentos juntados ao processo judicial são considerados como indícios de prova, e só se perfaz como prova documental judicial com o contraditório e a posterior valoração motivada do juiz, por isso no próximo item trata-se das várias formas de valoração das provas

2.2.2 Valoração da prova

A prova se destina a produzir a certeza ou convicção do magistrado a respeito dos fatos litigiosos. Mas, para formar seu convencimento o juiz não pode agir arbitrariamente, tem o dever-poder de observar um método ou sistema na manipulação das provas.

Três são os sistemas conhecidos na história do direito processual:

- a) o critério legal;
- b) o da livre convicção;
- c) o da persuasão racional.

O critério legal está totalmente superado, no âmbito do processo judicial, e no que tange a valorização das provas pelo juiz, embora ainda não tenha sido totalmente expurgado a tarifação valorativa da prova do convencimento do juiz. Fora isso os três sistemas convivem harmonicamente em quase todos os ordenamentos jurídicos, no Brasil temos vários exemplos de convívio dos três sistemas ao ponto de ser impossível se excluir um do ordenamento.

Como bem leciona Ustároz¹⁵,

[...], seja no direito brasileiro como no comparado, é que a tal ponto esses métodos de análise se imiscuíram, que hoje restou difícil encontrar um país que tenha adotado um deles de maneira pura. Esse fenômeno indica que cada um desses modos de tratar a recepção da prova no processo – quando usado com critérios seguros – seve a contento para a tutela de determinados grupos de direitos.

¹⁵ USTÁRROZ, Daniel. *Provas no Processo Civil*. Série Concursos. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2007, p. 20.

2.2.2.1 Critério das provas legais (tarifadas)

As chamadas provas tarifadas são tratadas assim por existir um critério que atribui a cada prova um valor fixo e imutável, não deixando qualquer margem de liberdade para apreciação do juiz.

Assim, por exemplo, ao tempo das Ordenações, afirmava-se que o depoimento de uma única testemunha valia como meia prova e os depoimentos de duas testemunhas como prova plena.

Mesmo desprezado pela doutrina processual civil, o critério das provas legais ou tarifadas sobrevive em algumas disposições esparsas como o art. 366 do CPC: "Quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta". Existem outros exemplos no próprio Código Processual Civil, como: a prova da alienação fiduciária em garantia, e o desapareço revelado pelo legislador pela prova testemunhal (arts. 400 e 401 do CPC) quando só por meio documental ou pericial seja possível fazer prova dos fatos.

A despeito do desprezo da doutrina processualista quanto às provas tarifadas, devido à regra de valoração da prova pelo juiz no qual não há predominância de uma prova sobre as outras, Cândido Rangel Dinamarco, apud, Ustároz, salienta que a prova legal

É a ordem processual em que preponderam regras de valoração da prova estabelecidas pela lei em caráter geral e abstrato, e não pelo juiz em cada caso que julga (...) daí falar-se em provas tarifadas. Elas constituem vínculos normativos à formação do convencimento pessoal do juiz caracterizando-se por reduzir ou mesmo chegar próximo a aniquilar o espaço de valoração a ser feita por este em casos concretos.

Prossegue:

esses vínculos normativos à convicção do juiz estão presentes em (a) normas que estabelecem presunções legais relativas (dispensam o juiz de checar veracidade, embora permitindo ao adversário a produção de contraprova); (b) limitação de eficácia probatória (p. ex. exige prova pericial – 145, CACP –impede prova ilícita, 5º, CF) [...].

Mais adiante o próprio Ustárróz alerta para “não há como se negar a importância das provas pré-constituídas na vida social, as quais emprestam segurança jurídica às relações privadas. Ignorar essa realidade significa agredir valores socialmente relevantes.”¹⁶

Assim, num ordenamento processual baseado na oralidade e no livre convencimento motivado judicial subsiste a importância da prova documental, como também se justifica a permanência da eficácia probatória legal das escrituras e de outros documentos públicos. Portanto, completa Ustárróz a cerca da coexistência do livre convencimento motivado e da valoração da prova pré-constituída, pois

mediante elas os sujeitos das relações de direito material podem prever qual será o resultado em um eventual processo. Podem, assim, precaver-se contra os *incertos sidera litium*. Podem pré-constituir, em suma, dentro de certos limites, uma garantia de segurança de suas relações. Aqui a prova legal (pré-constituída) tem mais o caráter de um fenômeno pré-processual (substancial) do que um fenômeno propriamente processual.”¹⁷

Este critério de valoração mereceu maior destaque, pois com base nestas regras é que se forma todo o fundamento da problematização fulcral deste trabalho.

2.2.2.2 Critério do livre convencimento

Distanciando-se do critério das provas legais, esse sistema propugna pela liberdade plena do juiz na apreciação da prova.

Assim, poderia o juiz preferir um depoimento testemunhal a um documento e decidir segundo suas convicções pessoais, até mesmo contra a prova dos autos.

Os exageros desse critério levaram ao arbítrio e à injustiça, razão por que também foi afastado pela doutrina. Mais continua existindo na esfera processual penal no livre convencimento do tribunal do júri, pelo conselho de sentença.

¹⁶ USTÁRROZ, Daniel. *Provas no Processo Civil*. Série Concursos. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2007, p. 24.

¹⁷ USTÁRROZ, Daniel. *Provas no Processo Civil*. Série Concursos. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2007, p. 24.

2.2.2.3 Critério da persuasão racional

Esse sistema procura manter-se equidistante dos anteriores ao recusar o tarifamento, na medida do possível, das provas, de um lado, e o arbítrio do juiz, de outro.

De acordo com o critério da persuasão racional, o juiz não deve decidir exclusivamente segundo suas impressões pessoais ou escorado em elementos colhidos fora dos autos, mas deve atender ao conjunto probatório e às regras jurídicas e de experiência.

Assim, não se confere ao juiz liberdade absoluta mas não se lhe impõem critérios rígidos e inflexíveis (valores tarifados) na apreciação da prova.

O Código de Processo Civil inquestionavelmente abraçou esse sistema como se vê no art. 131 : "O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento".

Numa leitura menos atenta poder-se-ia concluir haver o legislador adotado irrestritamente o princípio da livre convicção, mas o texto estabelece limites à atuação do juiz, impedindo-o de se socorrer dos elementos colhidos extra-autos e impondo-lhe o dever de motivar a sentença.

Perfilhou, assim, o Código, o critério de persuasão racional e não o da livre convicção *tout court*¹⁸.

Com efeito, posto não esteja o juiz adstrito a critérios e valores prefixados pelo legislador - exceções, como a disposição do art. 366 CPC, apenas confirmam a regra -, não pode ele, à evidência, desprezar as regras da lógica, os postulados das ciências positivas, os princípios, básicos da economia, as regras da experiência etc. porque, como foi dito, a livre convicção não tem caráter absoluto.

¹⁸ USTÁRROZ, Daniel. *Provas no Processo Civil*. Série Concursos. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2007, p. 24.

2.2.3 Hierarquia das provas

É corrente a assertiva de que todas as provas têm valor relativo, isto é, de que inexistem hierarquia entre elas.

A tese parece encontrar suporte no art. 131 do CPC, que, como foi visto, consagra o princípio da livre persuasão racional.

Afastado o critério das provas legais ou tarifadas, seria de rigor, assim, arredar também a idéia de hierarquia entre as provas porque o juiz, em qualquer caso, não se sujeita a critérios rígidos e inflexíveis na avaliação das provas.

O acolhimento pelo legislador do critério da persuasão racional não implica, porém, conferir ao juiz plena liberdade na apreciação das provas.

É que, por definição, o critério da persuasão racional significa justamente sujeição às normas jurídicas e de experiência, certo que o juiz, como foi exposto, não goza de liberdade absoluta nesse campo.

Assentado que o juiz não pode valer-se exclusivamente de suas impressões pessoais ou critérios eminentemente subjetivos na admissibilidade e apreciação das provas, tem-se, como corolário, que a idéia de hierarquia de provas não é estranha ao sistema.

Assim, é inquestionável o desapareço do legislador em relação à prova testemunhal tida por falha e deficiente pela doutrina.

Pincherli apud Prata¹⁹ diz que "as testemunhas são muitas vezes olhos que não vêem e ouvidos que não escutam".

Sensível a essas críticas, o legislador pátrio impôs restrições à admissibilidade da prova testemunhal, como se vê dos arts. 400 e 401 do CPC:

Art. 400. (...) O juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos:

I - já provados por documento ou confissão da parte;

II - que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados.

Art. 401. A prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados.

¹⁹ PRATA, Marcelo Rodrigues. *A Prova Testemunhal no Processo Civil e no Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 31.

Importa ressaltar, porém, que a jurisprudência vem abrandando o rigor desses preceitos ao admitir a prova exclusivamente testemunhal da prestação de serviços, da corretagem e da empreitada²⁰.

O art. 366 do CPC é outro exemplo de hierarquia, ao dispor que: “Quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta.”

Essas disposições devem, porém, ser consideradas exceções ao princípio geral de que as provas têm valor relativo e de que cabe ao juiz apreciá-las segundo o critério da persuasão racional.

Veja-se que a prova testemunhal, sujeita a restrições nos casos apontados, pode, muitas vezes, ser decisiva para formar a convicção do julgador. E, em algumas hipóteses, poderá ser a única prova produzida.

Alguns exemplos tornarão mais clara essa assertiva.

A prova do dolo pode ser feita por testemunhas e, até mesmo, por indícios, desde que veementes e concordantes.

Também admitem prova exclusivamente testemunhal a posse na ação de usucapião, a culpa em acidentes de trânsito, a compra e venda de gado ou de madeira etc.

Põe-se a questão, também, da admissibilidade da prova testemunhal em processos que normalmente são resolvidos em função da prova pericial, como a ação de investigação de paternidade, a ação de acidente de trabalho e a ação revisional de aluguel.

No que toca à ação de investigação de paternidade, é muito difundida a opinião de que somente a prova pericial (particularmente o teste de DNA) seria idônea para formar a convicção do julgador.

Como adverte, porém, Maria de Lourdes Rachid Vaz de Almeida, o exame do DNA não é a única prova admissível, nem é obrigatório, "podendo concluir-se pela existência ou inexistência do vínculo de filiação com fundamento em outros exames e provas"²¹.

Com efeito, a lei não impõe sequer a realização de prova pericial, embora dito meio de prova seja, no mais das vezes, decisivo para o deslinde do caso.

²⁰ LOPES, João Batista. *A Prova no Direito Processual Civil*. 3 ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

²¹ LOPES, João Batista. *A Prova no Direito Processual Civil*. 3. Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

No que concerne ao teste de DNA, as dificuldades de sua realização, especialmente nos casos de assistência judiciária, tornam patente a necessidade de o juiz recorrer a outros meios de prova, como tem assentado a jurisprudência.

Contudo, determinada a realização do exame de DNA a recusa em submeter-se a ele "poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame" (Novo Código Civil, art. 232). Vale registrar que a jurisprudência já vinha entendendo que a recusa em submeter-se ao exame de DNA é forte indício de reconhecimento da paternidade como se vê na seguinte ementa:

Processo civil. Prova. Recusa do réu em submeter-se ao exame pericial. No contexto da prova indiciária desfavorável ao réu, por si insuficiente para a certeza da imputação da paternidade, a recusa em submeter-se ao exame pericial faz certo, do ponto de vista processual, o que já era provável. Paternidade reconhecida. Recurso especial não conhecido. (REsp 165.373/RS, Rel. Ari Pargendler, DJ 16.08.1999).

Nas ações de acidentes de trabalho, a prova pericial é indispensável para apuração da incapacidade laboral e seu grau, mas é possível provar por testemunhas a ocorrência do acidente ou a agressividade do trabalho executado pelo obreiro.

Claro está que o magistrado deve agir com cuidado especial nesses casos, atentando principalmente para a idoneidade da testemunha e seu eventual interesse em ajudar o laborista.

Entretanto, não se pode, *a priori*, afastar a admissibilidade da prova testemunhal nessas hipóteses, como tem sido proclamado na jurisprudência.

Por último, para a fixação do novo aluguel na ação revisional, deve o juiz, normalmente, socorrer-se da prova pericial (avaliação feita por engenheiro ou arquiteto).

A atual lei inquilinária não obriga, porém, à realização de perícia, como se vê de seu art. 68, IV:

na audiência de instrução e julgamento, apresentada a contestação, que deverá conter contraproposta se houver discordância quanto ao valor pretendido, o juiz tentará a conciliação e, não sendo esta possível, suspenderá o ato para a realização de perícia, se necessária, designando, desde logo, audiência em continuação.

Como se vê, o juiz poderá dispensar a realização de perícia, e o fará sempre que houver nos autos elementos técnicos suficientes para formar sua convicção. É oportuno registrar que a recente Reforma do Código de Processo Civil procurou simplificar a prova pericial, como se vê dos arts. 421, § 2.º (que permite a substituição da perícia por informação de técnico, quando a natureza do fato o permitir), e 427 (que permite a dispensa da prova pericial quando as partes apresentarem pareceres técnicos ou documentos elucidativos).

Os aspectos referentes à valoração de provas e hierarquia entre provas mereceram especial atenção, desta parte da monografia, para preparar a fundamentação legal que levar a demonstrar que os documentos digitais, quando não estão em conformidade como as regras de validade definidas o ordenamento jurídico – que lhes concede valor probante -, irão depender necessariamente do uso exclusivo da prova pericial, para então terem validade de prova judicial.

2.3 NATUREZA JURÍDICA DOS AUTOS PROCESSUAIS

Passa-se, então, a demonstrar a natureza jurídica dos autos processuais atuais, para com isso demonstrar a preocupação, desta monografia, quando a necessidade da utilização de certificados digitais e suas técnicas, também nos registros dos atos processuais armazenados nos sistemas de informação que dão suporte aos processos eletrônicos (judiciais, administrativos ou negociais).

Processo significa, etimologicamente, “marcha avante”, “caminhada” (do latim *procedere*, que significa, seguir adiante), razão pela qual foi ele confundido durante muito tempo com a simples sucessão de atos processuais (procedimento)²². Por isso, é muito comum fazer amalgamação entre processo, feito, procedimento, autos e ação. Portanto é importante conhecer o significado preciso de cada termo.

A noção de processo é teleológica. Ele se caracteriza por sua finalidade de exercício do poder jurisdicional. O processo é o instrumento através do qual a jurisdição atua para a positivação do poder.

Segundo o que leciona Moacyr Amaral Santos²³, a finalidade do processo é obter a composição da lide, ou litígio, é solucionar ou resolvê-la conforme o direito objetivo fazendo atuar a vontade da lei.

Na lição de José Roberto dos Santos Bedaque, o processo é o instrumento com o qual a jurisdição atua²⁴. É necessário o cumprimento de uma série de atos preparatórios, que se

²² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003, 277-278.

²³ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. V.1. 20. ed. revisada por Aricê Moacyr Amaral dos Santos. São Paulo: Ed. Saraiva, 1998, p. 271.

sucedem ordenadamente, a fim de proporcionar ao julgador o necessário conhecimento da situação de direito material sobre a qual incidirá o provimento. A série de atos constitui o processo, concebida como uma unidade em prol de uma finalidade.

O processo é uma entidade complexa, que pode ser encarado tanto sob os aspectos dos atos que lhe dão corpo e da relação entre eles (procedimento), quanto sob o aspecto das relações entre os seus sujeitos (relação processual). Portanto, tanto o processo não deve ser confundido com mero procedimento, quanto não pode ser compreendido simplesmente como uma relação jurídica processual²⁵.

Tem-se que o procedimento é o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve e termina o processo. A noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem. Portanto, o procedimento – aspecto formal do processo – é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo.

E, finalmente, autos é a materialidade dos documentos em que se corporificam os atos do procedimento. Assim, o correto é dizer que é nos autos do processo que a ação faz visível.

Esta corporificação dos atos processuais, chamado de autos do processo, é formada dentro de limites temporais, observando uma determinada cronologia. A corporificação também deve permitir o acesso e a consulta dos litigantes o seu conteúdo, obviamente é necessária criação de um receptáculo para armazenar, portanto temos que a prova da prática dos atos processuais encontram-se nos autos do processo. Nesse sentido preleciona Cândido Rangel Dinamarco, verbis:

É indispensável perpetuar os atos processuais, para conhecimento futuro pelo próprio juiz da causa no momento de julgar ou no de executar, pelas partes ao arrazoar, pelos tribunais a que forem endereçados os recursos eventualmente interpostos por estas, etc. Só se poderia pensar em um processo não-documentado se na prática fosse possível realizá-lo em forma inteiramente oral, com tanta concentração que o julgamento se fizesse ainda no calor dos acontecimentos processuais e com todos eles nítidos na memória, e ainda sem a possibilidade de recursos a serem julgados por pessoas que não participaram da experiência. A manifesta impossibilidade desse processo assim célere e concentrado [...] tem por consequência a necessidade de perpetuar os atos. Os que por escrito se realizam são por natureza documentais e quanto a eles basta que o escrivão certifique terem os escritos sido entregues em cartório, ali permanecendo. Os atos orais são documentados pelos auxiliares da Justiça

²⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2001, p. 25

²⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 284.

encarregados da documentação processual, os quais atestam o ocorrido mediante declarações amparadas da relativa presunção de veracidade caracterizada como fé-pública [...]"²⁶

A organização e de sistematização dos atos surge a noção tradicional de autos processuais, destinados a armazenar as provas, os termos processuais e os arrazoados dos integrantes da relação processual. Considerando-se o fato de que a exteriorização dos atos processuais se opera por meio de documentos escritos, conclui-se, então, que este faz prova documental dos atos processuais.

Os tradicionais autos processuais são únicos, concentradores de informações do processo e tem exclusividade dos elementos necessários à prestação jurisdicional. Por serem únicos e detentor de todo o conteúdo procedimental, representam uma limitação visual e física que e ao mesmo tempo deve ser compartilhada por vários interessados. Assim, quando a atividade jurisdicional ultrapassa os limites de um único órgão jurisdicional, cria-se a necessidade de reprodução, mesmo que parcial, do conteúdo do caderno processual.

Várias situações são descritas em nosso ordenamento jurídico onde é necessária a formação de peças suplementares, destinadas à apreciação dos elementos processuais por mais de um órgão do poder judiciário. Assim, no caso da execução provisória (CPC, art. 475-O; CLT, art. 899), do agravo de instrumento (CLT, art. 897, § 5º) e do agravo de petição (CLT, art. 897, § 3º), a necessidade de tramitação simultânea do processo em diversos órgãos jurisdicionais de graus diferentes exige a formação de autos suplementares, cartas de sentença ou mesmo instrumentos.

Essas situações não decorrem de uma mera exigência formal do legislador, mas sim de uma exigência de ordem prática. Se os autos são únicos, não é possível desenvolver-se atividade jurisdicional plural sem a duplicação de alguns elementos já inseridos.

Estas situações descritas no ordenamento jurídico estão intimamente ligadas às características dos autos processuais, bem como o procedimento de restauração de autos, descritos tanto no CPC quanto do CPP. Este procedimento demonstra claramente a natureza jurídica de prova documental dos atos processuais, dos autos do processo, e visa claramente

²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 02, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 501.

recuperar as informações contidas neste receptáculo limitador caracterizado pela cartularidade.

Para corroborar com a compreensão da importância desse procedimento e com o entendimento de que os autos do processo são provas documentais dos atos processuais, transcreve-se, abaixo, um excelente artigo publicado pelo Airton Rocha Nóbrega, na coluna “Teoria & Prática”, sobre o título de “Restauração de Autos”, da Revista Consulex, Ano VI - Nº 133 - 31 de julho de 2002. Nesse artigo o autor demonstra como se dá a formação dos autos, e realça a sua importância ao demonstrar que, é neste meio que se demonstra a realidade vivenciada no processo, *in verbis*:

A petição inicial, redigida conforme em lei previsto, deve estar acompanhada de documentos que se prestem a embasar o pedido deduzido (art. 283). Pagas as custas e estando em termos a petição, será ela protocolada e distribuída ao órgão judicial competente, onde será objeto de tombamento e autuação, formando os autos do processo.

Há, pois, a necessidade de formalização de atos que, em seqüência, vão documentando o desenvolvimento do processo e que, oportunamente, servirão como instrumento para o julgamento que ao juiz compete proferir. As partes produzem as peças que lhes compete. O juiz prolata os seus despachos e decisões. O Ministério Público emite os seus pareceres. A serventia cuida da organização dos autos e cumpre os demais encargos que por lei são conferidos com o escopo de orientar o desenvolvimento do processo.

Os autos do processo constituem, assim, instrumento necessário à formalização dos atos das partes e dos demais partícipes da relação processual, de modo a demonstrar o que é relevante para o deslinde final da questão. Essa função que é aos autos conferida, de retratar a realidade formal verificada, deve ser objeto de específica proteção, porquanto a destruição ou o extravio das peças processuais acarretará, na melhor das hipóteses, indesejável atraso na composição da lide, se não vier a resultar em dano direto para os interessados, diretamente resultante do fato de se ter perdido peça essencial ao seu deslinde e que não possa ser recuperada por qualquer outro meio.

Assim visualizando a importância dos autos, o Código de Processo Civil inscreve e regula, dentre os Procedimentos Especiais, aquele que visa especificamente a regular a recuperação de feitos que venham a se perder ou a sofrer destruição, voluntária ou não. Note-se que visando a proteger os autos, refere-se o CPC à conveniência de ter-se autos suplementares (art. 159)²⁷, conferindo-se-lhe a função de substituir os autos principais na hipótese de extravio ou destruição (art. 1.063, parágrafo único)²⁸. (...)²⁹

²⁷ CPC: "Art. 159. Salvo no Distrito Federal e nas capitais de Estados, todas as petições e documentos que instruírem o processo, não constantes de registro público, serão sempre acompanhadas de cópia, datada e assinada por quem os oferecer." "§ 1º Depois de conferir a cópia, o escrivão ou chefe da secretaria irá formando autos suplementares, dos quais constará a reprodução de todos os atos e termos do processo original." "§ 2º Os autos suplementares só sairão de cartório para conclusão ao juiz, na falta dos autos originais."

²⁸ CPC: Art. 1.063, "Parágrafo único. Havendo autos suplementares, nestes prosseguirá o processo."

²⁹ NÓBREGA, Airton Rocha. Coluna “Teoria & Prática”. Título de “Restauração de Autos”. Revista Consulex, Ano VI - Nº 133 - 31 de julho de 2002.

Assim, espera-se que com os processos eletrônicos as características limitadoras dos atuais autos processuais tendam a desaparecer, pois os meios digitais têm como grande virtude a facilidade de duplicação da informação, bem como o grande poder de divulgação ou envio desses conteúdos de forma instantânea.

Mas, se não houver o devido cuidado com critérios de segurança relativos garantia da autenticidade, autoria e temporalidade, esta facilidade podem tornar-se um grande problema, devido a enorme facilidade de alteração de conteúdo, nos documentos eletrônicos, sem deixar o menor vestígio capaz de ser identificado por uma perícia técnica. Dessa forma, talvez o procedimento de recuperação de autos não deixe de ser utilizado, pois caso surja indícios de que houve alterações criminosas no sistema informatizado de suporte ao processo eletrônico, lhe seja necessário voltar ao “status quo antes”.

Por tudo que foi exposto, fica demonstrado que os documentos autuados fazem prova dos atos ocorridos no processo, assim os autos do processo tem natureza jurídica de prova do encadeamento dos atos processuais, ou da realidade vivenciada no processo.

Portanto, tendo-se verificado que os autos processuais são, em última análise, prova documental, fica evidente que no processo eletrônico os autos processuais digitais devem ter a mesma validade jurídica de um documento digital, segundo a legislação vigente, assunto que será tratado nos próximos itens desse trabalho de monografia.

2.4 O DOCUMENTO DIGITAL

Em atenção aos anseios de uma sociedade informatizada, o Direito vem debatendo e aproveitando os documentos eletrônicos nos processo. A discussão passa por dois elementos fundamentais para a admissão da força probante dos dados eletrônicos: a autenticidade e a integridade.

No plano legislativo, o Código Civil já admitia em seu art. 225 que “as reproduções fotográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão”. O dispositivo merece leitura conjugada com o art. 383, CPC, que trata da matéria de forma similar. Assim, não tendo sido impugnado pela parte contrária o teor

e a autenticidade do documento eletrônico, os fatos neles retratados considera-se provado, mas não dá segurança jurídica suficiente, muito menos fora do âmbito do processo judicial.

No Brasil, desenvolve-se o programa de Infra-Estrutura de Chaves Públicas, ICP-Brasil, com o objetivo de criar “um conjunto de técnicas, práticas e procedimentos, a ser implementado pelas organizações governamentais e privadas brasileiras com o objetivo de estabelecer os fundamentos técnicos e metodológicos de um sistema de certificação digital baseado em chave pública”. O sistema fora idealizado na Medida Provisória 2.200-2/20001, que autoriza a equiparação da documentação eletrônica ao conceito de documento previsto no direito civil, considerando verdadeiras as declarações nele contidas em relação ao subscritor. Cabe destacar que no seu art. 10, §1º, consta presunção de veracidade dos documentos eletrônicos com o uso de processo de certificação disponibilizada pelo ICP-Brasil, e que dessa forma têm valor probante *erga omnes*, associa-se a isso o art. 334, IV, do CPC, que “Não dependem de prova os fatos [...] em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”.

Sancionada a Lei nº 11.419/06, a fim de regulamentar a informatização dos processos judiciais, a lei autoriza o envio de petições, recursos e a prática de atos processuais em geral por meio eletrônico, com tanto que utilizem a assinatura eletrônica para garantir a autenticidade e a integridade do documento. Neste ponto o art. 11 desta Lei considera

os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário, na forma estabelecida nesta Lei, serão considerados originais para todos os efeitos legais.

2.4.1 Documentos eletrônicos no processo digital

A Lei da Informatização do **Processo** Judicial encerrou a discussão sobre a validade dos documentos eletrônicos no **processo** judicial. O conceito de documento **eletrônico** não pode ser limitado à imagem digitalizada de um escrito. Seu alcance é muito mais amplo, se considerarmos como a indicação de um fato com suporte em uma seqüência de bits, captada pelos nossos sentidos com uso de um equipamento e um software específico nos transmite uma determinada informação.

A nova Lei, dentre outras inovações, deu um passo importante para consagrar o princípio da fé pública do advogado na juntada de peças, para admitir que qualquer

documento **eletrônico** anexado aos autos por este terá sua fé reconhecida. O advogado poderá declarar as peças juntadas no **processo eletrônico** como autênticas sob sua responsabilidade pessoal e, caso haja qualquer questionamento neste sentido, é necessária a interposição de arguição de falsidade. É certo que esta regra afetou diretamente o interesse dos notários que tinham grande expectativa de prestar serviço na autenticação de documentos gerados em formato digital. Pelo texto da lei está claro que este serviço será, portanto, dispensável.

Outra agilidade promovida pela lei é quanto ao intercâmbio de dados entre os órgãos do Poder Judiciário facultando aos atores processuais juntar ao **processo** extratos **digitais**, que nada mais são que relatórios emitidos por base de dados, como por exemplo, um extrato **eletrônico** de instituição bancária relatando sobre o fundo de garantia de certa pessoa. Esse intercâmbio vem sendo muito utilizado no que se refere à penhora on line, regulamentada pelo Código de **Processo** Civil, na qual o juiz requisita ao banco, onde o devedor tem conta, o bloqueio de certa quantia de dinheiro. Para o envio do extrato digital não será necessário à impressão destes dados em papel, será suficiente a remessa do extrato em formato digital por meio **eletrônico**, através de requisição do juiz, eliminando a perda de tempo com a burocracia gerada pelas rotinas inerentes ao manuseio do papel. Os extratos **digitais** e os documentos digitalizados terão a mesma força probante dos originais, desde que não seja comprovada qualquer fraude.

Uma dúvida recorrente quando tratamos de digitalização de documentos reside ao fato de qual será o prazo de preservação do documento digitalizado cujo original tiver sido gerado em papel. O legislador determinou que estes sejam preservados pelos detentores até o transito em julgado da sentença ou até o prazo final para a interposição da ação rescisória.

A prova no **processo** judicial é extremamente importante na medida em que contribui, diretamente, para a formação do convencimento do julgador acerca da lide. Porém as **provas** obtidas por meio **eletrônico** ainda encontram forte resistência para serem aceitas formalmente nos processos judiciais, o que potencializa as dúvidas quanto ao valor probante destas frente às **provas** tradicionais. Entretanto, quanto ao valor probante, não há de se questionar diferenças existentes entre a prova tradicional e a obtida pelo meio **eletrônico**. Apenas pode ser discutida a idoneidade e a veracidade dos dados armazenados, da mesma forma que é questionável o conteúdo de um documento tradicional.

As **provas** obtidas por meio **eletrônico** diferem das demais apenas quanto à forma de armazenamento, já que acompanhando o avanço da tecnologia da informação, o

armazenamento das informações passaram do papel para os bits, substituindo a grafia tradicional e o uso do papel pelos impulsos eletrônicos.

A aceitação das **provas**, nesta modalidade, pelo ordenamento jurídico brasileiro é garantida pela regra genérica, prevista no artigo 332, do Código de **Processo** Civil, segundo a qual os "meios legais" equivalem aos "moralmente legítimos" considerando todos "hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa" ainda que não previstos expressamente no Código. Pelo artigo 225 do Código Civil, é ainda possível afirmar que "quaisquer reproduções eletrônicas" fazem prova plena desde que não haja impugnação pela sua exatidão. Portanto, o aspecto essencial a ser analisado quanto às **provas** é o seu conteúdo, se este viola ou não norma material ou constitucional. O formato da prova não deve ser questionado, pois o conteúdo probatório terá valor seja armazenado em papel, ou em meio **eletrônico**.

Um aspecto relevante que poderá ser questionado em relação aos meios de prova informatizados é quanto à idoneidade dos dados, pois apesar de todos os meios de proteção disponíveis a esse tipo de armazenamento de dados, estes ainda poderão ser passíveis de modificações. Tendo em vista esse aspecto torna-se conveniente o emprego de meios eletrônicos de autenticação, capazes de oferecer aferir maior confiabilidade, com uso da certificação digital, diante da possibilidade de identificação se um determinado documento **eletrônico** teve a seqüência binária alterada.

A certificação digital e a assinatura eletrônica são regulamentadas pela MP-2.200-2 que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil). Sua finalidade é garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados **digitais**, bem como a realização de transações eletrônicas seguras, que se refere a qualquer mecanismo, não necessariamente criptográfico. Os documentos assinados digitalmente podem ser considerados como prova inequívoca e têm valor probante erga omnes. Mas ainda que o documento **eletrônico** não tenha sido assinado é possível verificar a autenticidade e integridade através da devida perícia técnica.

Entre as **provas** obtidas por meio **eletrônico** podemos citar as mensagens de correio **eletrônico**, textos veiculados em sites, as gravações de áudio, vídeo e imagem, fotos **digitais**, e outros dados armazenados em computadores ou outra mídia eletrônica, que podem ser utilizados para provar o fato alegado pela parte no **processo**. Uma das maiores dificuldades

relacionadas com as **provas** obtidas na Internet é o seu perecimento, já que, por exemplo, um site que veicula informações denegrindo a honra de alguém, pode sair do ar de uma hora para a outra. Neste caso, a pessoa atingida poderia imprimir a página no momento que percebeu a ofensa, mas esse documento poderia gerar dúvidas. Cumpre destacar que nesse caso é possível a elaboração de uma ata notarial em relação a um ambiente **eletrônico**. Basta para isso, que a parte requeira a um Tabelião que relate os fatos que presenciou diante do monitor, comprovando a existência e todo o conteúdo visualizado, arquivando os endereços acessados, imprimindo as imagens coletadas no próprio instrumento notarial.

Desta forma, concluímos que o valor probante das **provas** obtidas por meio **eletrônico** é o mesmo dos meios tradicionais e a forma em que estão armazenados os dados em nada influi na licitude desta, podendo apenas existir graduação quanto à autenticidade dos dados gravados, interferindo assim no critério de caracterização sobre idoneidade da prova digital para distinguir se está é inequívoca ou não dependerá do cotejo de fatos e do livre convencimento do magistrado.

Esta modalidade de prova é cada vez mais freqüente, visto que a tendência é de que aumente o número de atos ilícitos e crimes pela internet, bem como seja difundido entre os tribunais a utilização do **processo** judicial **eletrônico**. Devem, os profissionais do Direito, aprimorar os seus conhecimentos quanto a este tipo de prova principalmente quanto aos meios de aferição de sua autenticidade o que por muitos, ainda é bastante desconhecido.

Nos itens seguintes será discutida com mais detalhamento as questões sobre a prova em meios eletrônicos e a análise das legislações pertinentes a essa modalidade de prova e questões técnicas sobre a possibilidade de dar validade jurídica, de garantir a autoria e a autenticidade, e de imprimir características de rastreabilidade a estes documentos.

2.4.2 Análise da MP 2.200-2

A Medida Provisória 2.200, de 28 de junho de 2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, e que permite garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica (art. 1), trouxe para o ordenamento jurídico técnicas de informática para dar validade jurídica aos documentos e registros informatizados.

O objeto principal da MP é estruturação da infra-estrutura de chaves públicas no Brasil. Questões como a privacidade das informações fornecidas durante a contratação eletrônica, questões de direito do consumidor, de responsabilidade civil ou penal dos provedores de acesso, deverão ser, evidentemente, objetos de outras normas.

Em outras palavras, a MP dá o passo inicial para que uma infra-estrutura tecnológica, baseada na emissão de certificado e assinatura digitais, seja criada a partir de regras e órgãos por ela definidos. Contudo, mesmo diante da segunda versão da MP (Medida Provisória 2.200-2, de 24 de agosto de 2001), ainda restam questões mal definidas.

A maior crítica era quanto ao monopólio, mas esta foi resolvida com a nova versão que não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento (art. 10, §2º). Na primeira edição da MP, este liberalismo não existia, obrigando o uso de chaves certificadas pela ICP-Brasil para que o documento eletrônico pudesse ser aceito como documento público ou particular.

No art. 10 da MP 2.200-2 (caput): “Consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta Medida Provisória” dando aos documentos eletrônicos o mesmo patamar dos documentos físicos.

No que tange o art. 10 da MP 2.200-2 (§ 1º):

As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil,

o art. 131 do CC/16 foi mantido no novo CC/2002 como art. 219, “As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários”.

Parágrafo único. Não tendo relação direta, porém, com as disposições principais ou com a legitimidade das partes, as declarações enunciativas não eximem os interessados em sua veracidade do ônus de prová-las.

A regra deste artigo atribui a presunção legal de veracidade dos fatos e das manifestações de vontade provados pelos documentos digitais assinados por Certificados Digitais emitidos por AC credenciada pela AC Raiz da ICP Brasil, ao ponto de conceder força probante de um documento físico assinado e reconhecido por um tabelião, através do procedimento do reconhecimento de firma, com validade *erga omnis*.

O fato é que a tecnologia de infra-estrutura de chaves públicas certifica chaves para todos os fins, o que interessa de forma generalizada a toda a sociedade. Portanto, não seria razoável que a ICP-Brasil, de forma monopolista, fosse à única autorizada a realizar esta tarefa. E isto foi reconhecido pela última versão da MP, adotando o modelo das legislações consideradas mais modernas. Nosso direito civil estabelece liberdade de forma aos atos jurídicos e amplos meios de prova, e essas normas não podem ser derogadas pela legislação que trata de documentos digitais.

O sistema como fora idealizado na Medida Provisória 2.200-2/20001, autoriza a equiparação da documentação eletrônica ao conceito de documento previsto no direito civil, considerando verdadeiras as declarações nele contidas em relação ao subscritor. Cabe destacar que no seu art. 10, §1º, consta presunção de veracidade dos documentos eletrônicos com o uso de processo de certificação disponibilizada pelo ICP-Brasil, e que dessa forma têm valor probante erga omnes, associa-se a isso a previsão legal do art. 334, IV, do CPC, que “Não dependem de prova os fatos (...) em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.”

Também se conclui que não teria sentido a existência do parágrafo segundo deste mesmo artigo. Pela regra do art. 10 (§ 2º) da MP 2.200-2:

O disposto nesta Medida Provisória não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento,

assim não mais subsiste o monopólio do ICP-Brasil, admitindo-se assim como válidos outros certificados digitais, mas estes com força probante de um documento privado, e válido inter partes.

Pelo exposto, como os documentos eletrônicos são equiparados aos documentos do Direito Civil. Bem como os documentos fazem prova das declarações neles contidas. Temos que os documentos eletrônicos quando assinados via certificado digital do ICP-Brasil, não necessita de prova pericial para comprovar sua validade jurídica, pelo que foi disposto no próprio Código de Processo Civil e na MP 2.200-2, e tem sim força probante equivalente a de um documento (cártula) cujo reconhecimento de firma fora assinado e reconhecido por um tabelião.

Como vimos, pela regra do art. 10 (§ 2º) da MP 2.200-2:

O disposto nesta Medida Provisória não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive

os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento,

assim não mais subsiste o monopólio do ICP-Brasil, admitindo-se assim como válidos outros certificados digitais, mas estes com força probante de um documento privado, e válido *inter partes*, além de admitir o uso de outras formas de assinatura eletrônica, este gênero em que a assinatura digital é espécie, como senhas, assinaturas tradicionais digitalizadas, chancela, biometria (íris, digital, timbre de voz), entre outras.

Os documentos digitais são mais uma maneira de registro de algum fato. Diferem do tradicional papel por serem um conjunto de bits traduzidos por determinado programa de computador que, por sua vez, faz de interface entre a máquina e os seus usuários. Dessa forma, os problemas relativos à integridade e autenticidade dos documentos existem nos dois casos. Evidentemente, as características de virtualidade digital e de mediação pelos computadores dos documentos eletrônicos, trazem novos ingredientes que podem dificultar a garantia daqueles elementos. Mas, tecnologicamente, essas dificuldades vieram a ser contornadas por meio das chamadas assinaturas digitais.

Assim, a certificação com as assinaturas digitais, além de não se tornar obrigatória através da ICP-Brasil, passa a ser reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro. Além deste reconhecimento e liberdade de ação, a MP 2200-2, em seu artigo 11, permite abertamente o uso de documentos eletrônicos em âmbito tributarista, atendendo-se ao disposto no art. 100 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, que dispõe sobre as normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos.

Assim, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por atos normativos expedidos pelas respectivas autoridades administrativas e também por convênios celebrados entre si, podem dispor sobre a adoção de documentos eletrônicos para fins tributários.

2.4.3 Entendendo os certificados digitais

Certificação Digital é o nome genérico de um conjunto de tecnologias que viabilizam diversas formas de proteção para transações eletrônicas realizadas através de redes abertas tais como a Internet. Existem duas principais aplicações:

- a) proteção contra alterações não autorizadas em documentos eletrônicos, para que sejam tão amplamente aceitos como meio de prova de atos jurídicos quanto o são documentos em papel. Por exemplo: antes, contratos em geral só eram aceitos juridicamente quando impressos e assinados. Hoje, através da certificação digital, isso pode ser feito em forma totalmente eletrônica – inclusive a assinatura das partes, dispensando até mesmo imprimir o contrato. O resultado é maior agilidade e menores custos.
- b) substituição da identificação via “nome e senha” comuns em sites de serviços, tais como bancos via Internet, lojas virtuais, etc. – hoje fortemente vitimados por emails fraudulentos de cadastramento que exploram uma eventual ingenuidade do usuário final.

Há outros problemas para os quais a Certificação Digital também pode oferecer soluções, tais como guarda de informações confidenciais e sigilo de emails e de comunicações em geral.

Documentos eletrônicos (também chamados de “documentos digitais”) são fáceis de modificar sem deixar rastros. Esta é a razão pela qual a maior parte dos contratos, recibos e outros documentos formais ainda são mantidos primariamente em papel – ainda que sejam gerados e gerenciados eletronicamente. É quase um paradoxo: escrevemos nossos textos no computador e quase erradicamos a velha máquina de escrever, mas eles acabam indo parar na impressora – nossos trâmites formais ainda são em papel e não se beneficiam da agilidade e baixo custo das redes de computadores.

O cerne do problema é que, dados dois documentos eletrônicos (digamos, duas versões de um contrato), não há como saber se o primeiro foi feito a partir de uma alteração no segundo ou vice-versa. No mundo digital, os conceitos de “cópia” e “original” se fundem: toda cópia é perfeita e, portanto, indistinguível do original.

De fato, adulterações no mundo digital podem ser feitas de forma a não deixar nenhum rastro perceptível por um perito. Dois exemplos triviais e um mais tecnicamente sofisticado ilustram esse fato:

- a) qualquer usuário do Photoshop sabe como é fácil alterar os pixels de um documento digitalizado, tal como feito rotineiramente para retocar fotos digitais;
- b) o administrador de um banco de dados tem poderes irrestritos para alterar qualquer coisa – passando ao largo do controle de acesso e das regras de negócio da aplicação que usa esse banco; e independente se foi autorizado por seu chefe ou não;

c) qualquer bom estudante de informática sabe alterar os bits de um documento do Word para trocar, digamos, “contratante” por “contratada”, sem alterar nem o tamanho do arquivo nem a data/hora de alteração registrada pelo sistema operacional.

Todos esses truques técnicos podem ser usados para inverter o sentido de cláusulas de contratos, bem como retirar ou acrescentar signatários. Por isso, em caso de uma disputa contratual, pode se tornar extremamente difícil estabelecer qual versão é a correta e qual é a fraudulenta. Isso freqüentemente leva a avaliações indiretas, subjetivas, requerendo interpretação detalhada do contexto (que dá muito mais trabalho e leva bem mais tempo), com resultados nem sempre justos ou satisfatórios para as partes.

Essa é uma das razões mais fortes pelas quais os operadores do Direito relutam em adotar os meios eletrônicos e insistem em usar o “bom e velho papel”: eles temem que a fragilidade dos documentos eletrônicos dificulte seu trabalho, ao invés de ajudar.

Um documento digital não pode ser assinado no modo tradicional, através do qual o autor se identifica por meio de sua assinatura manuscrita; contudo, surge uma forma nova de assinar, sendo ela conhecida como assinatura digital.

2.4.3.1 Criptografia como segurança de dados

A criptografia está intimamente relacionada com a segurança dos dados, assumindo um papel cada vez mais importante devido à grande quantidade de informações que são movimentadas e a utilização crescente da rede de computadores.

Davi Monteiro Diniz nos ensina que

criptografia consiste em uma escrita que se baseia em um conjunto de símbolos cujo significado é conhecido por poucos, permitindo com isso que se criem textos que serão incompreensíveis aos que não saibam o padrão de conversão necessário para a sua leitura.³⁰

Desta forma, uma mensagem só será criptográfica se tiver sido gerada a partir de um sistema metaligüístico e, ainda, tiver uma intenção enigmática.

³⁰ DINIZ, Davi Monteiro. Documentos eletrônicos, assinaturas digitais: da qualificação jurídica dos arquivos digitais como documentos. São Paulo: LTr, 1999.

Ângela Bittencourt Brasil esclarece que a técnica de assinatura feita através da criptografia e da criptoanálise "consiste numa mistura de dados ininteligíveis onde é necessário o uso de duas chaves, a pública e a privada, para que ele possa se tornar legível". Compara a criptografia como sendo semelhante ao segredo de um cofre forte. Esclarece, ainda, que essa assinatura é formada por uma série de letras, números e símbolos e é feita em duas etapas, sendo que na primeira o autor, através de um software que contém um algoritmo próprio, realiza uma operação e faz um tipo de resumo dos dados do documento que quer enviar, também chamado de função hash. Em um segundo momento, ele utiliza a chave privada, a qual irá encriptar esse resumo e o resultado desse processo, que é a assinatura digital. Em conclusão, aponta a mesma autora que a assinatura eletrônica, diferentemente da assinatura real, se modifica a cada arquivo transformado em documento, fazendo com que seu autor não a repita, como faz com as assinaturas apostas nos documentos reais.³¹

Existem essencialmente duas grandes técnicas de criptografia, denominadas simétrica e assimétrica. A criptografia simétrica, também conhecida como chave secreta ou tradicional, é a mais antiga. Utiliza-se somente de uma chave, a qual está vinculada ao processo de cifragem e decifragem. Em se tratando de criptografia assimétrica, também conhecida como chave pública, é utilizado um par de chaves, uma delas a pública, podendo ser amplamente conhecida, e a outra, a chave privada, conhecida apenas por seu proprietário. Aqui as chaves são totalmente independentes entre si; porém, uma chave completa a outra.

Conclui-se desta forma que a mensagem que é cifrada por uma chave privada somente poderá ser decifrada por uma chave pública correspondente.

Podemos contar com duas formas distintas de criptografia, a simétrica e a assimétrica. A criptografia simétrica tem se revelado mais rápida que a assimétrica. Por isso, se o trabalho envolver um volume grande de dados, sua utilização será apropriada. Contudo, se o que é visado é a segurança da mensagem, a técnica a ser utilizada é a assimétrica.

A certificação digital utiliza a criptografia assimétrica, assim, a cada usuário são distribuídas duas peças:

- a) uma chave privada: um número especial que representa unicamente o usuário dentro dos sistemas de certificação digital. Esse número, quando usado em conjunto com programas

³¹ BRASIL, Angela Bittencourt. Assinatura digital não é assinatura formal . Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 48, dez. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1783>>. Acesso em: 01 mai. 2009.

de computador apropriados, permite que o usuário crie as chamadas assinaturas digitais que podem vir a ter tanto valor quanto sua assinatura manuscrita;

- b) um certificado digital de usuário: um outro arquivo de computador que contém
 - uma chave pública que corresponde unicamente à chave privada mencionada acima e que permite que assinaturas digitais por ela realizadas possam ser conferidas – ou seja, ter sua autenticidade verificada; e
 - uma identificação (nome civil, matrícula, RG, CPF, etc) do titular daquelas chaves.

Consideremos um exemplo: Tício quer firmar um contrato digital com Caio. Após redigir o contrato, ele gera uma assinatura digital, usando três insumos:

- a) o próprio documento a ser assinado;
- b) sua chave privada;
- c) um programa gerador de assinaturas digitais (ou apenas assinador, para abreviar).

A assinatura digital resultante é um número que serve como código de conferência que é anexado ao documento e será usada logo adiante para determinar sua autoria e autenticidade.

O cálculo da assinatura digital é um procedimento matemático já amplamente conhecido e estudado pelos cientistas, cujos detalhes omitiremos por simplicidade; nesse trabalho, interessa mais os resultados e menos a técnica. Tudo que precisamos saber é que existem programas de computador capazes de efetuar esses cálculos e peritos que entendem como eles funcionam.

O conjunto documento mais assinatura, apelidado de documento assinado, é então enviado a Caio, digamos, via correio eletrônico ou através de um web site.

Ao receber o contrato assinado, a primeira coisa que Caio deve fazer é conferir a assinatura. Para isso, usa quatro ingredientes:

- a) o documento a ser conferido;
- b) a assinatura digital que veio com o documento;
- c) a chave pública do signatário presumido, normalmente contida dentro do seu certificado digital;
- d) um programa conferidor de assinaturas (ou apenas conferidor, para abreviar).

Há dois possíveis resultados que o programa conferidor pode fornecer:

- a) se a assinatura estiver INVÁLIDA, tem-se uma “rasura digital”: ou o documento conferido não é idêntico ao assinado, ou foi assinado por uma chave privada que não corresponde à

chave pública usada na conferência. Se isso acontecer, Caio deve simplesmente desconsiderar o documento;

- b) se a assinatura estiver VÁLIDA, significa que o documento conferido é idêntico bit a bit ao que foi assinado; e significa, também, que ele foi assinado pela chave privada que corresponde à chave pública usada na conferência. Lembrando que o certificado traz a identificação civil do titular daquelas chaves, fica então estabelecida a identidade do signatário. Nessa situação, Caio tem tudo para aceitar o documento.

Após aceitar o documento, Caio contra-assina; ou seja, usa seu programa assinador para gerar uma nova assinatura a partir daquele documento e da sua chave privada. Essa nova assinatura é anexada ao documento, que Caio envia de volta para Tício. Este, por sua vez, confere a assinatura de Caio e, se estiver válida, o contrato virtual está firmado.

Naturalmente, esse processo não funciona só com contratos; pode funcionar de forma análoga com processos judiciais, notas fiscais, ordens de serviço, laudos, diplomas e muitos outros tipos de documentos.

2.4.3.2 Robustez dos documentos assinados

A seção anterior nos ensina que ao agregarmos assinaturas digitais aos documentos eletrônicos, elas agem como uma espécie de lacre: qualquer tentativa de adulterá-los “quebra os lacres”, tornando a adulteração fácil de detectar.

Assim, incorporando-se a conferência da assinatura como etapa essencial para a aceitação de um documento, pode-se dizer que isso agrega aos documentos eletrônicos um “poder de atuar como prova de uma verdade” comparável, se não maior, do que gozam os documentos em papel. Por se basearem em uma técnica científica, convencem não apenas as partes, mas também terceiros – tornando-os especialmente adequados para perícias científicas e, portanto, servindo como forte evidência em caso de disputas judiciais.

Isso nos autoriza a usar o termo “documento assinado”, deste ponto em diante no trabalho, como significando “documento eletrônico com uma ou mais assinaturas digitais anexas”. Qualquer outro significado, como no caso de assinaturas manuscritas em papel, será explicitado.

Vale enfatizar esse ponto: qualquer intermediário que adultere um documento assinado invalida a assinatura, o que será prontamente detectado pelo receptor ao conferi-la. Esse intermediário pode ser até o administrador da rede, com todas as senhas administrativas ou de “super-usuário” dos sistemas que gere, ou mesmo uma agência de inteligência internacional, não importa – a técnica na qual as assinaturas digitais se baseiam oferece garantias científicas de que ninguém tem como nem adulterar um documento digital assinado, nem forjar assinaturas digitais, sem poder ser detectado. É justamente a extrema força dessa garantia que tem tornado essa tecnologia tão desejável.

Outro apelo forte desta tecnologia é que a conferência das assinaturas é inteiramente automatizada, viabilizando criar sistemas que simplesmente rejeitem documentos que não estejam com as assinaturas válidas e dos signatários esperados – conciliando, assim, segurança jurídica com a agilidade e baixo custo da automação.

Há, contudo, questionamentos no que tange as assinaturas eletrônicas, referente à segurança dos arquivos que contêm o Certificado Digital. Pois, como se vê existe uma falibilidade do sistema. Pois, em se caindo o mesmo em mãos alheias, e se este terceiro tiver conhecimento sobre a senha, ou, se esta não existir, cairá por terra toda a validade da autoria advinda das assinaturas digitais oriundas do referido Certificado Digital extraviado.

Mesmo assim, deve-se considerar que nos documentos físicos (cártulas) ou mesmo no que tange à assinatura do tabelião, existem inúmeras falhas possíveis (falsificação, corrupção, etc.), algumas até com penalidades previstas. Por isso não há o que se falar em garantia absoluta, seria uma utopia a possibilidade de existir tal segurança absoluta, na realidade dos fatos, trabalha-se sempre com presunções e probabilidades, o princípio da busca da verdade real nos processos é quimérico.

Assim, na Justiça procura-se o aceitável, presumível e o verossímil, não podemos focar em casos isolados, nas exceções, para invalidar todo um arcabouço jurídico e tecnológico. Por outro lado existe uma obrigação e uma responsabilidade civil do detentor do Certificado Digital, em mantê-lo seguro, armazenado adequadamente e protegido com senhas, ao mesmo tempo em que o obriga a revogar o certificado digital a qualquer suspeita de apropriação deste por terceiros.

Tecnicamente, a assinatura digital deve ser validada e neste procedimento se busca, na Entidade Certificadora emissora do respectivo certificado digital, por uma possível revogação ou expiração do mesmo. Caso revogado ou expirado o Certificado Digital usado para assinar

o documento, este é invalidado. É por isso que no caso de roubo, vírus, ou extravio do Certificado Digital, se faz a revogação do mesmo perante a Certificadora, não se trata de uma faculdade e sim de uma obrigação, que caso não cumprido corre o risco de responder civilmente.

Mesmo que um vírus assuma um computador, capture a senha do certificado digital, que nesse caso deveria estar incorretamente armazenado no computador do usuário, e que venha a mandar mensagens (e-mails, assinados digitalmente) ofensivas para todos os contatos do seu sistema de correio eletrônico, cabe a perícia técnica comprovar o fato, e em um processo judicial adequado se desconstituir o fato. Vemos neste fato fictício a incidência da inversão do ônus da prova, pois cabe os custos periciais a quem quer provar a invalidade das assinaturas digitais.

Outrossim, nos casos extremos sempre temos, por meio de perícia técnica, como constituir provas periciais que podem desconstituir, ou modificar, ou até anular um fato.

A despeito destas possibilidades de falhas, para que as assinaturas digitais possam então realizar seu potencial de proteger transações eletrônicas, é essencial ter ferramentas de geração e conferência de assinaturas digitais que sejam fáceis, práticos de usar e que se integre bem com o que já existe.

2.4.3.3 As autoridades certificadoras

Se não existissem as certificadoras digitais, os programas de conferência nos mostrariam a chave pública dos signatários quando as assinaturas fossem classificadas como válidas. Uma vez que as chaves públicas são números de mais de duzentos dígitos, não seria muito fácil saber a quem ela se refere. Com o certificado digital, os programas de conferência nos mostram qual o nome do titular daquela chave pública. É muito mais intuitivo ler o nome do signatário do que um número gigante.

Ou seja, o certificado digital é um tipo de “cartão de visita” para o mundo eletrônico: ele associa seu nome (ou CPF, ou número de identificação funcional, ou alguma coisa que faça sentido no âmbito em que for usado) a uma chave pública. A despeito da mística em torno do certificado digital, sua função é apenas essa: traduzir um número que o computador entende – a chave pública – em algo que, nós, humanos, entendemos – o nome do titular.

Tal como um cartão de visita, é do nosso interesse distribuir várias cópias do certificado – isso faz com que nossas assinaturas possam ser reconhecidas. É comum enviá-lo anexado às assinaturas digitais, precisamente para facilitar a vida de quem for conferi-la.

Se o certificado digital fosse apenas a junção do nome do titular com sua chave pública, ele seria apenas um documento digital comum – e como tal, tão fácil de forjar quanto qualquer outro. Isso não ocorre porque ele foi assinado previamente por uma entidade chamada Autoridade Certificadora (ou AC, para abreviar).

A função de uma Autoridade Certificadora é oferecer algum tipo de garantia de que um dado certificado seja mesmo daquele titular. Em geral, elas só assinam os certificados se os titulares puderem provar quem são; os critérios exatos e o rigor variam de AC para AC – algumas requerem sua presença física e cópias de seus documentos, conferem sua foto com a da sua cédula de identidade, entre outros requisitos. Outras simplesmente verificam se o candidato consegue receber correio eletrônico no endereço que ele especificou.

O significado legal exato dessa garantia depende do contrato de prestação de serviços de cada AC. Elas publicam documentos chamados Declarações de Práticas de Certificação (DPCs, para abreviar) explicitando esses procedimentos e garantias.

Todo programa que usa certificados digitais confere as assinaturas digitais neles contidos antes aceitá-los.

Se forem válidas, os programas exibem os nomes dos titulares baseando-se nas garantias oferecidas pelas ACs. Caso contrário, alertam o usuário de que a identidade dos signatários não é garantida.

A autoridade certificadora tem a função de fornecer aos usuários os pares de chaves utilizados tanto para a assinatura digital como para a criptografia. É ela que fornece os certificados digitais, os quais podem ser definidos como um arquivo de computador que identifica quem você é para as outras pessoas, além de evitar o repúdio.

De uma forma simples, Ângela Bittencourt Brasil conceitua autoridade certificadora como sendo:

A pessoa encarregada de fornecer os pares de chaves. Essa autoridade é uma entidade independente e legal habilitada para exercer as funções de distribuidor das

chaves e pode ser consultada a qualquer tempo, certificando que determinada pessoa é a titular da assinatura digital da chave pública e da respectiva chave privada.³²

A identificação e a autenticação das pessoas que assinam os documentos eletrônicos serão feitas pela Autoridade Certificadora, passando a intermediar a relação entre os usuários, por meio do sistema cifrado de comunicação assimétrico. Com o advento da Medida Provisória nº 2.200, de 28 de junho de 2001, que dispõe sobre a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileiras - ICP-Brasil, passa o Brasil a ter uma instituição pública que irão garantir a segurança e demais aspectos já delineados dos documentos digitais com múnus público.

³² BRASIL, Angela Bittencourt. *Assinatura digital não é assinatura formal*. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 48, dez. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1783>>. Acesso em: 1 mai. 2009.

3 PROCESSO ELETRÔNICO CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE PRINCÍPIOLÓGICA

O atual momento metodológico da teoria jurídica fundamental e, sobretudo, do direito constitucional acentua a importância dos princípios no ambiente dogmático. No dizer de Humberto Ávila, verifica-se, hoje, a euforia de um “Estado Princípiológico”³³.

Como bem preceitua José Herval, no que tangem ao constitucionalismo contemporâneo e suas transformações:

Com a superação da visão de que a lei por excelência é solução para todos os problemas e, por conseguinte, deve ser seguida de forma incondicional (...) com a certeza de que os profissionais que lidam com o Direito não podem mais se dissociar da realidade social que os rodeiam, surgiram, com muita força, em quase todo o mundo, logo após a 2.^a Guerra mundial, as Constituições escritas, que, diferentemente dos Códigos, vieram impregnadas de prescrições que traduzem valores, conduzindo a um novo pensar sobre a sua forma de aplicação e ao mesmo tempo condicionando toda a atuação estatal.³⁴

O constitucionalismo contemporâneo tem sua base fixada nos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, entendido esses no sentido mais amplo possível, ou seja, como guias que instruem e fundamentam toda a atuação governamental, principalmente a atividade do legislador, que não só deve prescrever normas que venham assegurar a satisfação de seus conteúdos, bem como se abster de produzir leis que firam os valores neles estabelecidos.

Neste raciocínio que é elementar, mas de difícil consolidação na vida cotidiana dos que operam com o Direito, em especial os legisladores, governantes e juízes numa acepção ampla, e que reside a verdadeira transformação que se espera do constitucionalismo.³⁵

O pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando reverência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade³⁶.

Mais a frente, o doutrinador José Herval, tratando de diferenciar o Direito constitucional processual do Direito processual constitucional, aduz a idéia de que:

[...] se a Constituição se preocupou em estabelecer garantias constitucionais processuais, como a brasileira fez, é evidente que a força destas impõe uma

³³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 15.

³⁴ SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. *Processo Constitucional: nova concepção de jurisdição*. São Paulo: Método, 2008, p. 30.

³⁵ SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. *Processo Constitucional: nova concepção de jurisdição*. São Paulo: Método, 2008, p. 32.

³⁶ BARROSO, Luis Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional - Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 72.

remodelação de todas as regras e princípios processuais previstos na legislação infraconstitucional, daí a idéia do modelo constitucional do processo e do próprio processo constitucional como método para análise de todos os atos normativos dessa atividade.³⁷

Assim se faz necessária uma análise dos preceitos constitucionais, tanto de cunho processual quanto material, para lançar novas luzes na interpretação das normas pertinente ao tema deste trabalho, e extrai-lhes o fim maior de justiça e legitimidade. Segue-se então uma análise destes preceitos.

3.1 O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Em uma sociedade, é imperioso que se estabeleçam um conjunto elementar de preceitos de onde se possa formular um padrão de conduta a ser seguido, são preceitos pinçados das regras morais de uma sociedade e elevados a um patamar de ordem pública e de aplicabilidade genérica, um dever-ser padrão, ou seja, mesmo que, ao incidir nos casos reais, os resultados interpretativos não sejam idênticos, deve haver um mínimo de coerência capaz de permitir ao homem o estabelecimento de uma pauta de conduta a ser seguida na sua vida social.

É, pois, a partir de um conjunto elementar de normas que se torna possível a convivência em sociedade. Tem-se, assim, a segurança como valor elementar. Na medida em que esse valor passa a ser albergado pelo ordenamento estatal como integrante do Direito, ele transforma a sua condição e passa a compor o sistema jurídico. Ou seja, é a “Teoria Tridimensional do Direito”, de Miguel Reale, na prática.

Sob a forma de premissa fundamental, o valor segurança passa a ser identificado como segurança jurídica e, deduzido da fórmula do Estado de Direito, passa a compor o sistema sob a forma de princípio jurídico.

Nesse passo, temos que o Princípio da Segurança Jurídica se encontra intensamente relacionado ao Estado Democrático de Direito, podendo ser considerado inerente e essencial ao mesmo, sendo um de seus princípios basilares.

³⁷ SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Op. Cit. p. 130.

Ainda que seja difícil defini-lo em todas as suas dimensões, trata-se daquele princípio que elimina surpresas, desvios de entendimentos já consagrados, alteração brusca e injustificada das regras do jogo, desrespeito a decisões já tomadas. Enfim, a garantia da estabilidade de interpretação³⁸.

Desta feita, urge ressaltar que o Princípio da Segurança Jurídica é fonte direta de vários direitos fundamentais e de determinados institutos que dão estrutura ao ordenamento jurídico brasileiro, tais como, a irretroatividade da lei, reserva legal, o devido processo legal, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada, entre outros. Neste ponto é de bom alvitre adentrarmos sobre a essência deste princípio e de seus aspectos.

3.1.1 Aspectos do princípio da segurança jurídica

A segurança jurídica depende da aplicação, ou melhor, da obrigatoriedade do Direito. Miguel Reale, discorrendo acerca da obrigatoriedade ou a vigência do Direito, afirma que “a idéia de justiça liga-se intimamente à idéia de ordem. No próprio conceito de justiça é inerente uma ordem, que não pode deixar de ser reconhecida como valor mais urgente, o que está na raiz da escala axiológica, mas é degrau indispensável a qualquer aperfeiçoamento ético.”³⁹

O referido doutrinador afirma, ainda, que segundo postulado da ordem jurídica positiva: “em toda comunidade é mister que uma ordem jurídica declare, em última instância, o que é lícito ou ilícito.”⁴⁰

Com efeito, vislumbra-se que a obrigatoriedade do direito compõe a segurança jurídica, estando à mesma vinculada ao valor de justiça da cada sociedade.

Segundo Carlos Aurélio Mota de Souza, a segurança está implícita no valor justiça, “sendo um ‘a priori’ jurídico”. O doutrinador afirma ainda que “se a lei é garantia de

³⁸ OLIVEIRA, Fernando Albino de. *Jornal Correio Braziliense (Direito & Justiça). Os tribunais e o princípio da segurança jurídica*. 23/04/2007, p. 01.

³⁹ Miguel Reale. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1996.

⁴⁰ Miguel Reale. *Op. cit.*

estabilidade das relações jurídicas, a segurança se destina a estas e às pessoas em relação; é um conceito objetivo, a priori, conceito finalístico da lei.”⁴¹

Acerca dos elementos que dão efetividade ao princípio, temos que a segurança jurídica “é assegurada pelos seguintes princípios: irretroatividade da lei, coisa julgada, respeito aos direitos adquiridos, respeito ao ato jurídico perfeito, outorga de ampla defesa e contraditório aos acusados em geral, ficção do conhecimento obrigatório da lei, prévia lei para a configuração de crimes e transgressões e cominação de penas, declarações de direitos e garantias individuais, justiça social, devido processo legal, independência do Poder Judiciário, vedação de tribunais de exceção, vedação de julgamentos parciais, etc.”⁴²

Ver-se claramente que a segurança jurídica tem nítida dependência da lei e do ordenamento jurídico positivado.

3.1.2 A lei como fonte de segurança jurídica

É certo que a atividade legiferante cabe somente àqueles que estão investidos legitimamente em cargos eletivos, possuindo, portanto, o *múnus* legislativo, como bem observa Maria Helena Diniz quando afirma que “é certo que, tanto na França como no Brasil, o juiz não tem o poder de legislar, ora, o costume é oriundo do povo, e este, salvo exceção, como nos casos de plebiscito, não possui também o *múnus* legislativo.”⁴³

Tal afirmativa comprova que o legislador deverá procurar atender aos anseios sociais no momento da elaboração das leis, pois estas, entendidas aqui como **conjunto de normas**, englobam o princípio da segurança jurídica tendo em vista que as mesmas compõe e guiam o ordenamento jurídico.

Porém, como bem observado por Paulo Bonavides, a “democracia moderna oferece problemas capitais, ligados às contradições internas do elemento político sobre que se apóia (as massas) e à hipótese de um desvirtuamento do poder, por parte dos governantes, pelo fato

⁴¹ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico jurídico*. São Paulo: LTr, 1996, p. 128.

⁴² MARTINS, Eliezer Pereira. *Segurança jurídica e certeza do direito em matéria disciplinar*. Publicado no site <<http://www.jus.com.br>>

⁴³ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 292.

de possuírem estes o controle da função social e ficarem sujeitos à tentação, daí decorrente, de o utilizarem a favor próprio (caminho da corrupção e da plutocracia) ou no interesse do avassalamento do indivíduo (estrada do totalitarismo)”.⁴⁴

Corroborando com esse entendimento o doutrinador Carlos Aurélio de Souza afirma que o legislador “quando legisla, está mais vinculado ao Estado, em cuja direção costuma se orientar, através de vínculos partidários e de poder. De fato, nas democracias contemporâneas, o Legislativo está fortemente ligado (senão subordinado), ao Executivo”⁴⁵.

Desta feita, a segurança jurídica é o princípio pelo qual os destinatários de um ordenamento jurídico gozam de certas garantias que os protegem contra as arbitrariedades legislativas ou mesmo judiciais. Assim o primado da segurança jurídica tenta manter o status quo, legalmente constituído, contra alterações legislativas e interpretativas posteriores, formando membrana protetora em torno da legalidade, que permite influxos, desde que não alterem substancialmente o sistema vigente.

3.1.3 Princípio da legalidade

Destarte, o Princípio da Legalidade, corolário da Segurança Jurídica, que está consagrado no inciso II do art. 5º: "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", significa, para os cidadãos em geral, que é permitido tudo aquilo que não for proibido, de modo diverso, para a Administração Pública, cujo Princípio da Legalidade está previsto no caput do art. 37 da Constituição Federal, chamada de "legalidade estrita", os órgãos e agentes públicos só podem fazer aquilo que está previsto na lei, isto é, exercem atividade *sub lege*, o que quer dizer, sob a lei.

De certa forma a publicidade das leis implica no direito e no dever de todos conhecerem o que precisa ser seguido e cumprido, denominada de transparência legal, garantindo a estabilidade das regras do jogo e, por conseguinte, das relações jurídicas.

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 203.

⁴⁵ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo: LTr, 1996.

Assim, no Estado Democrático de Direito, o princípio da reserva legal é básico e precisa ser respeitado, sob pena de abalo na segurança jurídica.

Neste contexto verifica-se que, com fulcro na segurança jurídica dos meios digitais, o legislador, no decorrer dos anos, vem criando varias leis para regulamentar o uso deste, e garantir a legalidade dos atos neles praticados. Estas normas vigentes serão detalhadamente analisadas posteriormente neste trabalho, mas nesse momento passamos a conceituar o ato eletronicamente constituído sobre o prisma da legalidade e da segurança jurídica.

3.1.4 Legalidade e segurança dos atos eletronicamente constituídos

Deste modo, pelo princípio da legalidade geral o particular tem obrigação, em seus negócios jurídicos realizados eletronicamente, de atentar para as regras que regem as relações negociais integrando às garantias exigidas para os meios eletrônicos. Como exemplo, nos contratos, que são celebrados por instrumento particular, e que para sua validade exigem que sejam feitos e assinados pelas partes, ou somente assinados, com a subscrição de duas testemunhas (art. 135 do C.C. e 585, II, 2ª parte, C.P.C.), pode-se integrá-las com as normas que confere validade jurídica aos documentos assinados digitalmente, provenientes da medida provisória 2.200-2. Deste modo, a integração permite que os contratos firmados eletronicamente e assinados digitalmente, tanto pelas partes como pelas testemunhas, nos moldes da MP 2.200-2, ou seja, usando certificação digital do ICP-Brasil, de terem a mesma validade do documento em papel e assim cumprem com as regras supracitadas.

Apesar de alguns autores entenderem que o documento digital não pode ser considerado válido, por não possuir forma exigida em lei, qual seja a forma escrita, outros divergem pelo fato de que, no que tange à segurança dos documentos digitais, são conferidos pela lei mecanismos que garantem a segurança nas transações, tanto técnica como juridicamente, pois estes documentos terão satisfeitos, no mínimo, o exato grau de segurança que os documentos em papel oferecem, o que deve ser alcançado por uma série de recursos técnicos.

Em síntese, estas leis estabelecem uma série de requisitos que permitem que um documento digital tenha função equivalente ao documento escrito, assinado e original, e estas regras encontram-se principalmente na MP 2.200-2/2001 e em outras leis recentemente

promulgadas. A MP que cria o ICP-Brasil, a despeito da regra de transitoriedade das medidas provisórias, só se manteve devido ao art. 2º da Emenda Constitucional 32 de 16/09/2001. O referido artigo da EC 32/01 previa que: “As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional”, assim a MP 2.200-2 passou a ter validade por tempo indeterminado.

Embora o uso de certificados digitais do ICP-Brasil seja uma faculdade para as relações privadas, segundo as leis pertinentes ao assunto, pelo Primado da Segurança Jurídica esta faculdade passa a ter contornos deontológicos, pois desta inobservância recai a sanção de invalidade do negócio, caso seja contestada em juízo, e não seja feita ou se torne impossível prová-lo pericialmente. Poderia se questionar a possibilidade do uso da prova testemunhal, mas pela regra do artigo 400, II, do CPC, a prova testemunhal não será admitida quando só por documento ou por exame pericial puderem ser provados, e como os documentos eletrônicos só podem ser visualizados por intermédio do computador, reputa-se necessário técnicas especializadas para detectar e comprovar a sua autenticidade, por outro lado, como a perícia somente se justifica quando há necessidade da emissão de uma opinião especializada sobre um fato, extrai-se desta lógica a conclusão de que é inadmissível a prova testemunhal no âmbito digital. Sobre esse assunto já se posicionou o Supremo Tribunal Federal pela obrigatoriedade do laudo pericial, *in verbis*:

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: tipicidade: prova pericial necessária à demonstração da autoria: HC deferido em parte. (...) 3. Se a solução da controvérsia de fato sobre a autoria da inserção incriminada pende de informações técnicas de telemática que ainda pairam acima do conhecimento do homem comum, impõe-se a realização de prova pericial. (STF, HC 76689/PB, Relator Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 22/09/1998, DOU 06-11-1198).

Por outro lado, a legalidade estrita obriga que todos os atos administrativos, se feitos por meio eletrônico, tenham a assinatura digital do agente público que lhe deu origem, sem o qual perderá qualquer validade. Assim, para os atos administrativos eletronicamente realizados é imprescindível a assinatura digital, do ICP-Brasil, e esta exigência se extrai da competência, que é sempre um elemento vinculado nos atos administrativos, e que confere as atribuição e prerrogativas do agente público emanados da lei. A competência consiste na atribuição legal de deveres-poderes para o desempenho da função estatal, que é o impulso

gerador do ato. A propósito, a regra de competência define o órgão ou agente público habilitado para produzir tais atos administrativos.

Celso Antônio Bandeira de Mello, apud Tácito⁴⁶, e Weida Zancaner, apud França⁴⁷, colocam a forma, junto ao conteúdo (ou objeto), como elemento do ato administrativo, ambos condicionando a sua existência. Esses juristas separam-na da formalização, que seria o pressuposto formalístico do ato administrativo, que indicaria o modo específico que a lei impõe para a exteriorização do mesmo. Este seria um dos elementos que determinaria a validade.

A distância entre a forma do ato e a forma legal pode ou não levar à invalidade, dependendo de sua relevância para a garantia do administrado. Se não houver prejuízo à esfera de direitos do cidadão, o ato administrativo viciado em sua forma pode ser convalidado. Mas isso não significa dizer que haja espaço discricionário na exteriorização do ato administrativo, pois a convalidação é um meio juridicamente aceito para a restauração da juridicidade do ato administrativo. Não há discricionariedade administrativa na quebra consciente de um requisito de validade.

Assim não se pode falar em ato administrativo eletronicamente formulado sem a comprovação da autoria, e esta autoria deve recair sobre um agente investido em sua competência, pelo qual não subsiste validade do mesmo. Assim como uma decisão judicial emanada de um juiz incompetente é nula, o mesmo entendimento socorre a nulidade do ato administrativo realizado por agente público incompetente⁴⁸, neste ponto não há o que dizer sobre a validade de um ato administrativo do qual não se possa nem comprovar sua autoria. Posto que, no ordenamento pátrio existem normas que dão validade jurídica e que garantem a autoria de documentos eletrônicos, não se pode haver discricionariedade, por parte da administração pública, em escolher outro meio diverso da estipulada em lei.

⁴⁶ TÁCITO, Caio. *Abuso de Poder Administrativo no Brasil*. in: Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres), 1º Vol., Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 51. Apud FRANÇA, Vladimir da Rocha. Vinculação e discricionariedade nos atos administrativos. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 49, fev. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=346>>. Acesso em: 30 maio. 2009.

⁴⁷ Em seu da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos, 2 ed., São Paulo, Malheiros, 1993, p. 34. Apud - FRANÇA, Vladimir da Rocha. Vinculação e discricionariedade nos atos administrativos. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 49, fev. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=346>>. Acesso em: 25 maio. 2009.

⁴⁸ É cediço que nenhum agente público, sob pena de invalidade de sua atuação, pode praticar ato para o qual não seja competente, visto que a doutrina e jurisprudência coroa a competência como requisito primeiro de validade dos atos administrativos.

Pelo exposto, chegamos a uma deontologia geral, que permeia todos os processos eletrônicos, da necessidade de se garantir autoria e autenticidade dos documentos eletrônicos constituintes dos autos digitais do processo, traçando assim um norte sobre o tema do presente trabalho.

3.2 O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O devido processo legal pode ser considerado uma cláusula geral principiológica que se irradia por todas as disciplinas de todas as modalidades de processo, seja ela jurisdicional, legislativa, administrativa ou negocial, por outro lado o fato de também ter uma dimensão substancial, leva a moldar as interpretações legais, via ponderação hermenêutica principiológica da razoabilidade e proporcionalidade, irradiando-se assim sobre todo o ordenamento jurídico. Conclui-se que a cláusula do *due process of law*, em suas acepções procedimental e substantiva, que tem um nítido modelo normativo constitucional de inspirações pós-positivistas, mas essas acepções não se deram instantaneamente, houve um longo lapso temporal e um intrincado processo de formulação, como veremos a seguir.

3.2.1 Breve histórico

Sob o rótulo original de *due process of law*, o instituto do devido processo legal consolidou-se no direito anglo-saxônico, tendo sido primeiramente positivado na Magna Carta de Libertatibus que o rei João-Sem-Terra outorgou em 1215, cedendo a pressões dos duques e barões ingleses. Mesmo assim, a Magna Carta tem sido referida como marco decisivo entre o sistema de arbítrio do Poder Estatal e a nova era dos direitos fundamentais.

Com efeito, a Carta valeu para que as gerações posteriores lessem o texto como fixador de princípios de obediência à legalidade e da existência de direitos da comunidade que o próprio rei deve respeitar⁴⁹. Ademais, vários direitos fundamentais, além do “*due process of*

⁴⁹ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 13. Ed. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 29.

law”, como o direito ao “habeas corpus”, o princípio da legalidade e a instituição do júri, já estavam previstos em tal documento.

Os Estados Unidos, influenciados pelo direito inglês, adotaram o princípio em epígrafe e o positivaram através da cláusula do *due process of law* (devido processo legal), prevista nas Emendas 5ª e 14ª à Constituição norte-americana. A 5ª Emenda, editada em 1791, determina que ninguém será privado da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal, e a 14ª Emenda dispõe que nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal. Para se entender a diferença de conteúdo entre estas duas emendas, discorre-se a seguir sobre suas trajetórias.

A trajetória histórica do devido processo legal nos Estados Unidos, em suma, teve duas grandes fases. Na primeira, que se estendeu até o final do século XIX, atribuía-se à cláusula um significado estritamente processual (*procedural due process of law*). Nesta fase, a garantia em tela dizia respeito apenas à regularidade dos processos, inicialmente penais, e depois também civis e administrativos, nada tendo a ver com a razoabilidade das leis. Já na segunda fase, o princípio se revestiu de caráter substantivo (*substantive due process*).

Assim, num primeiro momento a exigência do *due process of law*, introduzida na Constituição norte-americana em 1789 por meio da 5ª Emenda, restringia-se apenas a garantia de um processo minimamente adequado⁵⁰ e, por isso, a Suprema Corte não operou qualquer desenvolvimento jurisprudencial desse princípio por praticamente um século. Um dos fatores que contribuíram para essa ausência de interesse na cláusula do *due process* foi o fato de que o devido processo era exigível apenas da União⁵¹, e não dos estados. Como o advento do *Bill of Rights* que estabelecia uma série de direitos e garantias individuais, a Suprema Corte podia então implementar esses direitos fundamentais de forma direta, sem a necessidade de mediar essa aplicação por meio de referências ao *due process*.

A cláusula do devido processo apenas começou a adquirir uma maior importância em 1868, com a aprovação da 14ª Emenda, a qual dispunha que nenhum estado poderia privar alguém de vida, liberdade ou propriedade sem devido processo legal. Entretanto, não foi promulgada quanto aos estados uma declaração de direitos que pudessem ser exigidos frente

⁵⁰ SCHWARTZ, Constitutional Law. "Due process of law, in this sense, denotes proper procedure, and it was the meaning primarily intended by the men who drafted the Bill of Rights." p. 203.

⁵¹ Utilizaremos o termo União para referir-nos aos United States, que é a forma como os juristas norte-americanos designam a federação, em oposição aos estados-membros.

ao Judiciário. Com isso, a cláusula do *due process* passou a desempenhar uma nova função na jurisprudência da Suprema Corte, servindo como instrumento conceitual que possibilitava à Corte impor aos estados os direitos consagrados no *Bill of Rights*. Assim, desde o início do século XX, o *Bill of Rights* passou a funcionar como limite à discricionariedade das assembleias legislativas estaduais, na medida em que descumprir essa declaração de direitos passou a implicar uma violação à cláusula do *due process*. Passados mais de cem anos dessa viragem jurisprudencial, é fácil entendê-la apenas como um mero câmbio de opinião. Contudo, não seria razoável perder de vista as grandes dificuldades que afetaram esse processo de grande importância política, o qual durou mais de trinta anos - desde a publicação da 14ª Emenda, em 1868, passando pelos Slaughterhouse Cases, de 1873, até que surgissem, já na virada para o século XX, as primeiras decisões que fizeram referência expressa ao devido processo legal em sentido substantivo⁵². Essa versão substantiva do devido processo legal se tornou um instrumento importantíssimo de defesa dos direitos individuais, fazendo com que houvesse o controle do arbítrio do legislativo e da discricionariedade governamental, procedendo-se, por seu intermédio, ao exame da razoabilidade e da racionalidade das normas jurídica e dos atos do Poder Público em geral.

Dando-se um salto na história, e voltando-se ao ordenamento brasileiro, no Direito Constitucional nacional, o princípio do devido processo legal, não obstante que há muito é reconhecido como princípio materialmente constitucional, garantidor das liberdades civis, somente no texto constitucional de 1988 foi formalizado. Diz o art. 5º, LIV, da Carta de Magna: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.” Esse dispositivo é complementado pelo inciso seguinte, o LV, que assegura: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” Deste modo vemos insculpidos constitucionalmente não só o devido processo legal com seus princípios derivados da ampla defesa e do contraditório.

⁵² Em verdade, a utilização do devido processo legal substantivo já havia sido feita muito tempo antes, no caso *Dred Scott*, que é descrito no ponto 6.4. Todavia, como esse caso teve conseqüências políticas desastrosas, a doutrina por ele proposta terminou por ser abandonada durante décadas.

3.2.2 O devido processo legal como expressão da dignidade da pessoa humana

Interessante posicionamento é dado por Ricardo Maurício Freire, em excelente trabalho de sobre o devido processo legal na visão pós-moderna. Segundo o autor a cláusula do *due process of law*, em suas duas dimensões, estão intimamente ligados ao significado ético-jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana. Afiram o doutrinador que “o devido processo legal se afigura como uma das projeções principiológicas da cláusula mais genérica da dignidade humana, despontando como instrumento capaz de materializa e tutela, nas lides concretas, o respeito à existência digna, síntese da imensa totalidade dos direitos fundamentais dos cidadãos.”⁵³

Continua o referido doutrinador, na esteira de sua lógica, citando Paces-Barba Maartinez, que a importância do princípio da dignidade da pessoa humana é tão importante para o Direito, que em todos os ramos jurídicos podem ser encontradas razões, mesmo que parciais, que justificam este relevo normativo. Em seguida, demonstra que com o advento da modernidade, os sistemas jurídicos ocidentais passaram a reconhecer o ser humano como o centro e o fim do Direito, nada mais óbvio, pois na lição kantiana a idéia era que a pessoa é um fim em si mesmo. Cita também importante observação de J. J. Gomes Canotilho que leciona ser este o fundamento da República e limite maior ao exercício dos poderes inerentes à representação política. Encontra-se na dignidade da pessoa humana o reconhecimento do “homo noumenon”, ou seja, o indivíduo como limite e fundamento da soberania e da República. Tanto assim o é que na Carta de 1988, o princípio em comento foi elevado ao patamar de fundamento do Estado Democrático de Direito, em seu art. 1º, inciso III.

Por fim pondera Soares que:

Neste sentido, como cláusula principiológica de sede constitucional, consubstanciado importantes vetores axiológicos e teleológicos, deve-se reconhecer a força normativa da exigência ética da dignidade da pessoa humana, dotando-a de plena eficácia jurídica nas relações públicas e privadas, seja na perspectiva abstrata do direito objetivo, seja na dimensão concreta de exercício de direitos subjetivos, o que só se incrementa a partir da organização de procedimentos legítimos e a

⁵³ FREIRE, Soares, Ricardo Maurício. *O Devido Processo Legal: Uma Visão Pós-Moderna*. Bahia: Editora Jus Podivm, 2008, p. 68

utilização dos mecanismos interpretativos de ponderação/ razoabilidade no âmbito das relações processuais.⁵⁴

Assim conclui com brilhantismo que a dignidade da pessoa humana só se perfaz através de procedimentos legítimos e do uso de interpretações com ponderações e razoabilidade, elementos estes do princípio do devido processo legal.

Pelo exposto, o desrespeito ao princípio do devido processo legal, em última análise é um atentado a dignidade da pessoa humana, e portando admissível é a interposição de indenização por danos morais. Socorre este entendimento a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos na qual, qualquer uma das partes possui um direito autônomo a uma duração razoável do processo, podendo em qualquer fase processual reclamar uma indenização pelo dano provocado, independentemente do direito material pleiteado ou contestado no processo⁵⁵.

Tendo mais essa premissa principiológica, segue-se analisando as duas acepções do devido processo legal para contextualizá-los na problemática proposta por este trabalho.

3.2.3 O devido processo legal formal

Segundo a doutrina, o devido processo legal em sentido formal é basicamente o direito de ser processado e a processar de acordo com normas previamente estabelecidas, mas este sentido vai mais além, e as normas bem como os negócios jurídicos devem respeito, no processo de sua produção, a um devido processo formalmente definido e previamente imposto.

Como todo e qualquer princípio, o devido processo legal tem definição difusa e genérica, dotada de alto grau de abstração, pois se trata de um direito fundamental de conteúdo complexo, tratando-se de uma cláusula geral e aberta que a experiência histórica

⁵⁴ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O Devido Processo Legal: Uma Visão Pós-Moderna*. Bahia: Editora Jus Podivm, 2008, p. 73.

⁵⁵ Cabe ressaltar que depois de reiteradas decisões contrárias à tradicional morosidade judicial italiana, o país foi obrigado a submeter-se às normas europeias e inscrever no texto constitucional o seguinte dispositivo:

"Art. 111: La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le part, in condizione di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata."

paulatinamente cuida em preenchê-la. Este princípio pode ser considerado como um “guarda-chuva” de onde os demais princípios processuais tiram suas fundamentações.

A Suprema Corte norte-americana, ao buscar conceituar o devido processo legal, tem relacionado, por analogia, tal princípio “com as garantias da Magna Carta contra as opressões e usurpações derivadas da prerrogativa real, em suporte da conclusão básica de que o devido processo constitui uma limitação sobre os Poderes do governo (Legislativo, Executivo e Judiciário) e não pode ser interpretado de modo a deixar que o Congresso (ou as Assembléias Estaduais) livre para fazer qualquer processo como ‘devido processo legal’, ao seu mero alvitre”, afiança Paulo Fernando Silveira, *apud*, Laurence H. Tribe⁵⁶.

Só para ilustrar, extrai-se do conceito de Thomas Cooley, citado por Adhemar Ferreira Maciel⁵⁷, para quem “O termo devido processo legal é usado para explicar e expandir os termos vida, liberdade e propriedade e para proteger a liberdade e a propriedade contra legislação opressiva ou não-razoável, para garantir ao indivíduo o direito de fazer de seus pertences o que bem entender, desde que seu uso e ações não sejam lesivos aos outros como um todo.”

O devido processo legal procedimental, leciona Paulo Fernando Silveira *apud* Hélio⁵⁸, “refere-se à maneira pela qual a lei, o regulamento, o ato administrativo ou a ordem judicial são executados. Verifica-se, apenas, se o procedimento empregado por aqueles que estão incumbidos da aplicação da lei, ou do regulamento, viola o devido processo legal, sem se cogitar da substância do ato. Em outras palavras, refere-se a um conjunto de procedimentos (como informar alguém do crime de que está sendo acusado, ou seu direito de consultar advogado), que devem ser aplicados sempre que de alguém for retirada alguma liberdade básica.”

⁵⁶ in: American constitutional law, 2. ed. The Foundation Press, 1988, p. 664.

⁵⁷ in: Scientia jurídica. Separata-Portugal: Universidade do Minho, 1994, p. 373.

⁵⁸ Devido Processo Legal (3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 2): *Apud* - OLHAR JURÍDICO - O Princípio do Devido Processo Legal - Jorge Hélio analisa o Princípio do Devido Processo Legal – Disponível em: <<http://www.opovo.com.br/colunas/olharjuridico/562357.html>>. Acesso em: 15 maio. 2009.

3.2.4 O *procedural due process* eletrônico

Atribui-se ao processo a denominação de relação jurídica por envolver uma situação fática de ligação entre as partes e juiz, cujo desenvolvimento encontra-se disciplinado em uma norma jurídica, que criam direitos e obrigações.

O procedimento é a forma pela qual o processo se exterioriza. Desta feita, o processo é uma relação jurídica que se desenvolve entre as partes, de um lado, e o juiz, de outro, enquanto o procedimento surge como o modo pela qual essa relação se efetiva, ou seja, o modo pelo qual os atos processuais são realizados, ou exteriorizados.

O processo eletrônico, ou processo digital, não é uma nova disciplina processual, mas somente alterações nos procedimentos, que passam a ser por meio digital. Pode ser mais facilmente entendido como a completa substituição do meio físico papel pelos meios de armazenamento disponibilizados pela informática. Ao invés autos processuais impressos, formando os cadernos que se amontoam nos cartórios, há a substituição destes por bases de dados e por documentos digitais, que armazenam o conteúdo dos processos em si.

Pelo prisma do *procedural due process*, os processos eletrônicos devem respeitar as mesmas regras de formação, nos mesmos moldes, dos procedimentos executados pelas vias documentais, pois o único diferencial é a sua exteriorização.

Mas esta simplificação é ofuscante, pois os processos sejam judiciais, legislativos, administrativos ou negociais envolvem direitos e princípios fundamentais ao ponto, como já foi mencionado anteriormente, de vir a macular a dignidade humana.

Devido à peculiar volatibilidade dos registros e documentos em meios eletrônicos, característica essa levada logicamente aos processos eletrônicos, pois é dificultoso se garantir autenticidade e autoria dos seus documentos e registros digitais. Também é árdua, e quase hercúlea, a tarefa de se garantir a veracidade do seqüenciamento destes atos processuais eletronicamente constituídos. Como muito provavelmente, devido aos custos de processamento e armazenamento, os sistemas informatizados de suporte aos processos eletrônicos não cumprem com o papel de garantir a veracidade com que os atos se deram, e, por conseguinte, garantir que estes seguiram em conformidade com as normas processuais, tem-se uma violação frontal as garantias do devido processo legal em sentido formal e da segurança jurídica.

Podemos relacionar essas idéias com o que acontece nos processos físicos. Para tal desiderato, volta-se novamente à questão probante, pois no que tange os procedimentos físicos, os documentos juntados aos autos são provas documentais da existência do mesmo. Por isso todos os documentos inseridos nos autos físicos são assinados e seqüenciados por agentes públicos devidamente investidos em suas competências, ao ponto de dar valor probante de documento público aos autos.

Destarte, no processo eletrônico, estes requisitos devem ser reproduzidos de tal sorte que fique garantida e provada a realidade dos fatos, seu seqüenciamento, e a autoria e autenticidade (bem como a rastreabilidade) dos registros e documentos que constituem o processo, ao ponto de ser possível verificar a competência dos autores dos atos do processo.

Cabe também que, em se copiando os documentos dos processos eletrônicos, em uma eventual perda dos dados pelo sistema dos tribunais, que não são infalíveis, seja possível a restauração dos autos processuais através do expediente da ação de restauração dos autos, supracitado.

Para tal desígnio veremos que não há outra opção senão do uso dos Certificados Digitais, e da assinatura digital, que é espécie da assinatura eletrônica, que além de imprimir autenticidade e autoria aos documentos eletrônicos, deve ser auxiliada pela técnica da datação digital, ou carimbo de tempo, que tem como objetivo assegurar a existência de um documento eletrônico em uma determinada data e hora, e com isso assegurar o seqüenciamento dos atos processuais independentemente do equipamento que lhe deu origem.

Antes, porém, é de bom alvitre que se faça uma explanação superficial sobre as características técnicas das assinaturas digitais, além do que já foi descrito nos capítulos anteriores dessa monografia. Primeiro é importante acrescentar ao conhecimento das assinaturas digitais a existência de duas formas de assinaturas, atemporal e temporal, e depois sobre suas regras de validação, advindo da Infra Estrutura de Chaves Pública.

O conceito tecnológico de chaves públicas não se consubstancia unicamente nos certificados digitais emitidos, mas em toda uma estrutura, compostas de servidores e agentes, que dá suporte a gerência e notificação dos certificados que foram emitidos, expirados e revogados, já discutidos nos capítulos anteriores que discorreram sobre os certificados digitais e suas tecnologias.

No que tange à assinatura digital atemporal, o assinante cifra com sua chave privada o resumo do documento (código HASH) constituindo sua assinatura, que é verificada por outros

através da chave pública. A ligação entre a chave pública, que é gerada umbilicalmente com sua correspondente chave privada, e o assinante é que aquele contém os dados pessoais do assinante conforme as validações confirmadas e garantidas pela autoridade certificadora. Da garantia desses dados é que se permite confirmar autenticidade do documento.

Em alguns certificados digitais existem somente os dados do e-mail, validado e garantido pela Certificadora, em outros, como é o caso do ICP-Brasil, entidades AR, autoridade registradora, coletam e verificam os e-mails, os documentos de identidade, as fotos, e as digitais (biometria) que são inseridos do respectivo Certificado Digital. Neste ponto é que entra a questão da fé pública delegada aos Certificados do ICP-Brasil, pois os dados são autenticados por agentes públicos, devidamente investidos, que concedem aos dados representativos dos documentos a fé pública de que correspondem aos originais a ele apresentados, em um procedimento administrativo.

Voltando a parte técnica, no esquema anterior falta-lhe o registro do instante do tempo da realização da assinatura, comumente registra-se na assinatura digital a data e a hora do computador que foi utilizado para assina o documento, o que não garante segurança alguma. Por isso, na assinatura digital temporal, um resumo do documento é enviado para a uma entidade Protocolizadora Digital de Documentos Eletrônicos – PDDE, para ser afixado à hora e a data da assinatura, através de um sistema mundial de sincronização de relógios atômicos (MNTP). No Brasil o sistema de sincronização de tempo, garantidor da hora nacional, é o Observatório Nacional (ON). Destarte, o recibo de protocolização, que é assinado digitalmente pela protocolizadora, é anexado ao documento, e neste ponto o assinante cifra novamente o recibo com sua chave privada e gera um novo resumo, contendo documento e recibo de tempo, para só então obter-se a assinatura digital final do documento.

No que tange a validação da assinatura digital atemporal, deve-se realizar, na leitura do documento e na sua verificação local, descrita anteriormente, uma busca, na Entidade Certificadora emissora do respectivo certificado digital do assinante, por uma possível revogação ou expiração do mesmo. Caso revogado ou expirado o Certificado Digital usado para assinar o documento, este é invalidado. É por isso que no caso de roubo, vírus, ou extravio do Certificado Digital, se faz a revogação do mesmo perante a Certificadora.

Já para a assinatura digital temporal, a validação é feita com base no instante de tempo do recibo da protocolização, além das verificações anteriores pertinentes à assinatura atemporal, mesmo que se revogue certificado digital do assinante a assinatura digital temporal

continua válida. Isso se deve ao fato do registro válido do tempo, e se este tempo é anterior a revogação a validade não se perde. A mesma lógica socorre no caso da expiração do certificado digital do assinante, que devem ter um tempo máximo de um ano, por questões técnicas de segurança.

A grande verdade, no que tange a criptografia, base tecnológica e fundamental dos certificados digitais, é que na realidade não existe certificado que não seja passível de ser quebrado! Pois, quando se emprega o uso da força bruta em um único arquivo de certificado digital, ou seja, o uso de computadores de alto poder de processamento para seqüencialmente tentar descobrir a palavra ou código usado para gerar a criptografia da chave privada, este segredo não resiste, na hodierna conjuntura tecnológica, por um período maior do que um ano. Por isso, os certificados digitais necessitam ter prazo de validade e é na datação que garantimos às assinaturas digitais a veracidade mesmo após o período de validade do progenitor digital.

Debruçando-se, então, sobre a imprescindível datação das assinaturas digitais, segundo o artigo, *Protocolação Digital de Documentos Eletrônicos*⁵⁹, o sistema de datação tem os seguintes requisitos:

A datação digital tem como objetivo assegurar a existência de um documento eletrônico em uma determinada data e hora [LIP 99, SCH 96]. A data e a hora anexadas ao documento devem condizer com a data e a hora em que o documento foi submetido ao processo de datação, de modo a garantir que o documento existiu em um determinado momento no tempo. Muitos sistemas de datação utilizam uma PDDE para alcançar este objetivo. A PDDE é a entidade responsável por disponibilizar um serviço de datação confiável. Em muitos países o relógio da PDDE deve estar sincronizado de forma segura com o provedor de hora legal. No Brasil, o Observatório Nacional [ON 03] é a entidade que fornece a hora oficial. Existem muitos protocolos de comunicação que permitem realizar este sincronismo [DIA 03].

Adicionar data e hora corretas a um documento eletrônico não é trivial. Uma primeira dificuldade centra-se na impossibilidade prática de se implementar um ponto central, com um único relógio, para datar os documentos. Outra dificuldade é a necessidade da rastreabilidade das informações de data e hora inseridas no documento em relação à hora provida pela entidade legal. A utilização de datação relativa ao invés da datação absoluta facilita a rastreabilidade. Este tipo de datação não se baseia na data e hora correntes, mas na ordem em que os documentos são enviados para a PDDE. Sua implementação se baseia na teoria da complexidade de funções de sentido único. Neste tipo de datação não se sabe em que momento do tempo um documento foi protocolado, mas é possível verificar entre dois documentos, qual foi datado primeiro. Uma PDDE deve utilizar informações de data

⁵⁹ COSTA, Vanessa et al. *Protocolação Digital de Documentos Eletrônicos*. Trabalho do Laboratório de Segurança em Computação da Universidade Federal de Santa Catarina conjuntamente com a Universidade do Estado de Santa Catarina. 2003.

e hora o mais confiável possível. Neste sentido, é interessante adotar simultaneamente os dois tipos de datação: absoluta e a relativa.

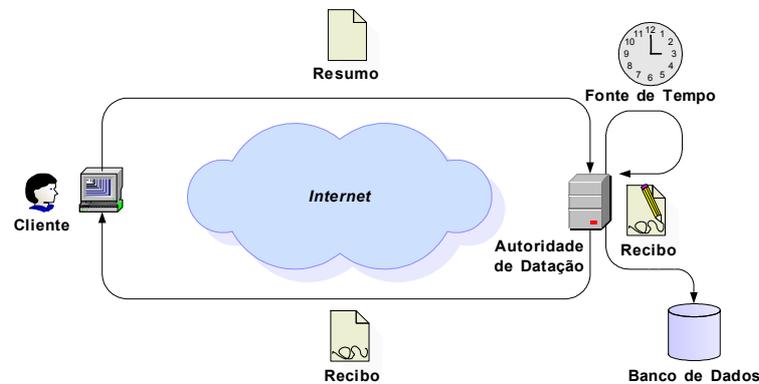


Figura 1 - Processo de Datação.

Um bom método de datação deve atender aos seguintes requisitos de segurança: privacidade; facilidade de comunicação e armazenamento; integridade; anonimato e confiança. A figura 1 apresenta uma forma de datação que atende alguns destes requisitos. O cliente envia para a PDDE o resumo do documento. A PDDE adiciona a data e a hora ao resumo, gerando o recibo. A PDDE assina o recibo, o armazena em seu banco de dados e envia uma cópia do recibo assinado para o cliente. Esta forma de protocolação atende aos seguintes requisitos de segurança:

- a) Privacidade: A PDDE tem acesso apenas ao resumo do documento e não ao documento original;
- b) Facilidade de comunicação e armazenamento: o resumo do documento tem tamanho fixo e é pequeno, normalmente menor do que o documento;
- c) Integridade: Ao receber o recibo, o cliente pode verificar a assinatura digital da PDDE e desta forma confirmar se o resumo enviado foi alterado durante a comunicação;
- d) Anonimato: O requisito anonimato não é assegurado neste esquema de datação. Este requisito não é necessário em muitas situações, e, portanto, pode ser visto como uma característica desejável, porém não obrigatória.
- e) Confiança: O requisito confiança pode ser atendido desde que o equipamento de datação seja lacrado e adote padrões de segurança física e lógica, como por exemplo, os descritos na FIPS-140 [NIS 02]. Além disso, seria aconselhável um módulo de auditoria que fiscalizasse as operações realizadas pela PDDE. Este requisito é muito importante, pois determina se é possível acreditar na honestidade da PDDE, e desta forma, considerar legalmente válidos os documentos por ela datados.

O texto, embora voltado para os técnicos de informática, é suficientemente claro ao demonstra que a data e a hora anexadas ao documento devem condizer com a data e a hora em que o documento foi submetido ao processo de datação, independente do relógio do computador que lhe deu origem, ou do sistema que dá suporte ao processo eletrônico. A entidade chamada de PDDE, e que é responsável por disponibilizar um serviço de datação confiável, também envolvem a utilização de relógios atômicos, ou provedores de hora legal, que no Brasil é legalmente obtido pela utilização dos servidores do Observatório Nacional. Observa-se que o carimbo de tempo também recebe um certificado digital e este é anexado ao

documento. Pelo que diz o artigo, será possível, com a utilização desta técnica, obter um seqüenciamento dos documentos independente de máquina ou sistema, cumprindo assim com o requisito necessário as ações de restauração de autos, ao mesmo tempo em que desvincula dos sistemas de suporte aos processos eletrônicos a necessidade de seqüenciamento dos autos do processo, representativos dos atos processuais.

Pelo exposto, cumpramos ressaltar que atingimos uma parte do ponto fulcral do presente trabalho, que é de demonstrar a necessidade técnica e a obrigatoriedade legal da utilização dos certificados digitais nos processos eletrônicos via assinatura digital temporal.

3.2.5 O devido processo legal material

Sob o ângulo material ou substancial, o devido processo legal significa a busca da justiça, ou da lógica jurídica do razoável e da ponderação principiológica. Ou seja, o uso hermenêutico constitucional do postulado da razoabilidade/ proporcionalidade. A lógica do razoável figura como um raciocínio tendente à realização do direito justo, a proporcionalidade veda os excessos normativos ou interpretativos.

Assim, manifesta-se o devido processo legal substantivo em todos os ramos do Direito, através do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, da ponderação hermenêutica de interesses. Rebuscam-se, nas normas constitucionais principiológicas, os paradigmas a serem seguidos com vistas a fazer justiça. Não se trata, aqui, como ocorre com o devido processo legal formal, de mera aplicação da lei. A tarefa do intérprete das normas aos casos que se lhes apresentam são tendentes a flexibilizar a rigidez das disposições normativas constitucionais abstratas, quase sempre conflitantes, e que só se resolvem no caso concreto quando prevalece uma norma sobre as outras.

No processo hermenêutico de ponderação de interesses a dogmática construiu subprincípios, assim arrolados:

- a) princípio da menor restrição possível, que coaduna em observar que a mitigação dos bens jurídicos em conflitos se faça de forma a ser a menor possível, ou seja, não se pode ir além do necessário à harmonização;
- b) princípio da salvaguarda do núcleo essencial, no qual não se permite eliminar ou retirar a substância elementar dos princípios a pretexto de resolver o conflito;

c) princípio da exigibilidade do meio mais suave, segundo o qual se deve averiguar se a medida empregada representa o meio certo e mais pertinente a levar a cabo um fim almejado;

d) princípio da necessidade, que afirma que a regra de solução só será legítima quando for real o conflito, ou seja, quando efetivamente foi impossível a convivência simultânea das normas em desarmonia.⁶⁰

No processo civil, com bem leciona Fredie Didier Jr., temos que:

(...) o princípio da proporcionalidade tem aplicação em inúmeras situações: a) fixação do valor das multas processuais; b) concessão de provimentos liminares; c) utilização do poder geral de cautela (art. 798 do CPC); d) utilização do poder de efetivação (art. 461, §5º, CPC); e) Quebra de sigilo bancário; f) identificação do meio menos gravoso para o executado (art. 620 do CPC); g) identificação do que seja bem impenhorável (arts. 648/649, CPC, e Lei Federal 8.009/90); h) admissibilidade de denúncia da lide com base no inciso III do art. 70; i) utilização de provas obtidas ilicitamente; j) decretação de nulidades processuais etc.⁶¹

Pelo exposto, o princípio da razoabilidade/ proporcionalidade diverge do pensamento racional puramente lógico, que tem a natureza meramente explicativa de conexões entre idéias, mas sim uma lógica pautada por objetivos humanos, a lógica do razoável, de natureza jurídica e política, operando valores e estabelecendo as finalidades e os propósitos da ordem jurídica. Trata-se do processo de interpretação de uma norma geral diante de casos concretos capaz de perceber a realidade em função dos valores que a constituem.⁶²

Ricardo Maurício finaliza seu discurso dizendo:

Sendo assim, o manuseio da lógica do razoável potencializa a realização do direito justo, no plano substancial do *due process of law*, por exteriorizar uma operação axiológica e teleológica que se revela compatível com as especificidades histórico-culturais de cada caso concreto, tendo em vista a singularidade que envolve a vida humana.⁶³

O princípio em pauta significa o devido processo segundo direitos decorrentes de normas materiais prévias e vigentes, em abono ao princípio geral da legalidade estrita. O processo é, assim, a instituição constitucionalizada garantidora de direitos procedimentais pelos princípios do contraditório, isonomia, ampla defesa, anterioridade da lei, dever da jurisdição, liberdade incondicionada de requerer, não mais se concebendo a existência de

⁶⁰ (DIDIER Jr. 2008., p. 36 a 39) - idem

⁶¹ (DIDIER Jr. 2008, p. 39) - idem

⁶² SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O Devido Processo Legal: Uma Visão Pós-Moderna*. Bahia: Editora Jus Podivm, 2008, p. 102 e 103.

⁶³ SOARES, Ricardo Maurício Freire. Op. cit, p. 104.

procedimento sem processo, quando se coloca em debate a efetividade de direitos concernentes à vida, a liberdade, a dignidade e ao patrimônio.

Compreendendo que são indissociáveis as acepções do substancial e formal do devido processo legal, vem a contribuir para a aceitação de que são inseparáveis, também, o direito material do direito processual. Ontologicamente “o vocábulo processo deve alcançar semanticamente o processo negocial, administrativo ou legislativo”⁶⁴, de qualquer modo “a exteriorização de qualquer direito exige um procedimento adequado e legítimo”⁶⁵, o que dissolve qualquer separação entre o material e o processual.

Admoesta-se, então, a necessidade de enquadrar esta lógica na deontologia acerca da exigibilidade dos certificados digitais nos diversos processos.

3.2.6 O *substantive due process* eletrônico

Por este entendimento buscamos na finalidade trazida pelo legislador do direito do consumidor, em disciplinar, nos contratos de adesão, a possibilidade de ser reconhecida, a pedido da parte, a nulidade da cláusula de eleição de foro, sempre que a mesma causar prejuízo à parte ou criar embaraços à sua defesa. Como também se extrai a mesma finalidade dada pelo legislado da recente alteração no parágrafo único do art. 112 do CPC, quando “a nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, pode ser declarada de ofício pelo juiz, que declinará de competência para o juízo de domicílio do réu”, regra esta válida a qualquer contrato de adesão, não só as regida pelo CDC.

Portanto, encontra-se nas finalidades elencadas anteriormente que há uma sanção relacionada à falta de um procedimento, ou pela inexistência do contraditório entre as partes, ou pela impossibilidade de uma das partes em inferir na formulação das cláusulas do contrato. Vislumbra-se nesta intenção do legislador a sanção à incompletude processual, no decorrer da formulação pré-contratual, como também uma ponderação, que leva a nulidade da eleição de foro, por atingir, sem o devido processo legal, o direito constitucional da ampla defesa. Da

⁶⁴ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O Devido Processo Legal: Uma Visão Pós-Moderna*. Bahia: Editora Jus Podivm, 2008, p. 105.

⁶⁵ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Op cit*, p. 128.

mesma sorte não socorre os outros contratos bilaterais, onde se deu o devido respeito ao processo, mesmo que as partes se encontrem em lugares extremamente distantes, e que a eleição do foro venha a privilegiar só um.

Destarte, nos processos negociais formulados eletronicamente as regras são as mesmas supracitadas, mas impossível se torna, como já foi amplamente relatada, a prova do tempo e do seqüenciamento dos atos, sem falar na autoria e autenticidade, e portanto é desarrazoado a necessidade de se fazer prova pericial, em juízo, para comprovar tais atos.

Pelo entendimento de que incide o princípio da proporcionalidade, sobre desnecessária tarefa de se fazer prova pericial de atos processuais, sejam judiciais, administrativos e negociais. Pode-se assim constitucionalmente exigir que a realização destes atos eletrônicos seja cercada de garantias técnicas, estas resguardadas na legislação, embora a título de faculdade, pois deste entendimento surge a deontologia pertinente ao *substantive due process*.

Por fim, depois destas formulações constitucionais pertinentes à exigibilidade das garantias tecnológicas previamente reguladas em lei, sobre os atos e procedimentos realizados eletronicamente, cabem um esclarecimento sobre as tecnologias e as teorias acessórias ao entendimento desta perspectiva pós-positivista.

4 CONCLUSÃO

O presente trabalho possibilitou extrair dos princípios do devido processo legal e da segurança jurídica, passando pelos princípios da legalidade e da dignidade da pessoa humana, para chegar, através de uma hermenêutica pós-positivista, a uma deontologia capaz de exigir o uso de recursos tecnológicos, legalmente válidos e justos, que foram adotados pelo Brasil em seu Ordenamento Jurídico. Estes recursos tecnológicos legalmente válidos se consubstanciam no uso de certificados digitais com a assinatura digital temporal, que faz uso dos serviços de datação digital, nos processos eletrônicos judiciais, administrativos e negociais.

Num primeiro momento, passa ao esclarecimento das teorias e regras balizadoras e acessórias à hermenêutica usada na elucidação da problemática proposta pelo trabalho. Destarte, fez-se um levantamento sobre: (1) a teoria geral das provas, enfatizando a valoração da prova pelo critério das provas tarifadas, que é a base da solução da problemática tratada neste trabalho; (2) passando pela demonstração da natureza jurídica dos autos processuais, que como foi visto é de prova documental dos atos processuais; (3) e por fim, passa-se ao estudo detalhado do que é um documento digital, conceituando, demonstrando seu uso no processo digital, analisando a legislação - principalmente a MP 2.200-2 que institui o ICP-Braisl - até entender detalhadamente com se procede a certificação digital, a criptografia, a garantia técnica de segurança dos dados que imprime robustez aos documentos assinados digitalmente, chegando ao entendimento sobre as Autoridades Certificadoras (CA's).

No passo seguinte enquadra a atualidade do Direito na corrente filosófica do pós-positivismo e demonstra como os princípios influenciam as normas ao ponto de acrescentar ou retirar-lhes regras que não coadunam com a norma e valores constitucionais vigentes. Seguindo esta esteira argumentativa, analisam-se os princípios supracitados para achar a finalidade maior da norma no contexto sistemático do ordenamento jurídico hodierno. Por fim, obtêm-se a deontologia necessária e exigível ao uso de meios, tecnológicos e jurídicos, confiáveis de modo a imprimir em todas as peças eletrônicas, ou documentos eletrônicos, que compõem os autos digitais do processo - sejam judiciais, administrativos ou negociais -, a segurança jurídica e o respeito ao devido processo legal que são necessários ao Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Por tudo o que foi exposto, acredita-se não pairar dúvidas sobre a exigibilidade do uso dos certificados digitais e da datação digital (ou melhor, uso de assinaturas digitais temporais), em todos os processos realizados em meios eletrônicos, sem o qual se estaria

atentando contra a dignidade da pessoa humana e aos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 7. ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 1997.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, et al. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Discriminação no Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

CALMON, Petrônio. *Comentários à lei de informatização do processo judicial: Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNEIRO NETO, Durval. *Processo, Jurisdição e ônus da prova no Direito Administrativo - Um estudo crítico sobre o dogma da presunção de legitimidade*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Campinas: Bookseller, 2002.

CORDEIRO, Juliana Vignoli, CAIXETA, Sebastião Vieira (coordenadores). *O Processo como instrumento de realização dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2007.

_____. *O MPT como promotor dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. vol. 2. 2. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.

_____. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Vol. 1. 9. ed. Bahia: Editora Jus Podivm, 2008.

_____ et al. *Reflexos do novo Código Civil no Direito Processual*. 2. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus Efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989.

DO VALE, André Rufino. *Constituição e Direito privado: algumas considerações sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Revista de Direito Público. vol. 1, n. 6, out/dez 2004, p. 94-122.

ESPINDULA, Alberi. *Perícia criminal e cível: uma visão geral para peritos e usuários da perícia*. 2. ed. São Paulo: Millennium Editora, 2005.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Constituição de 1988 – Legitimidade, Vigência e Eficácia e Supremacia*. São Paulo: Ed. Atlas, 1989.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não Nascem em Árvores*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2 vol., 1999.

_____. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Ampliada e Atualizada. São Paulo: Saraiva, 1997.

HESSE, Konrad. *Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

KNIJNIK, Danilo, et al. *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

LOPES, João Batista. *A prova no Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

LORENZETTI, Ricardo L. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2004.

MARTINS, Samir José Caetano. *A prova pericial civil*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1998.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Guilherme Braga Pena de. *Dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 1997.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PECK PINHEIRO, Patricia. *Direito digital*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 119-192.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

- _____. *Teoria Tridimensional do Direito - situação atual*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- ROSITO, Francisco. *Direito Probatório: as máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.
- SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. *Processo Constitucional: nova concepção de jurisdição*. São Paulo: Método, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição federal de 1988*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.
- SARMENTO, Daniel. *Vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil*. Salvador : JusPodivm, 2007, p. 121-182.
- _____. *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria*. (251/314). In SAMPAIO, José Adércio Leite (org). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.
- _____. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direitos Fundamentais e o Contrato de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 2.ed. São Paulo: RT, 1982.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O Devido Processo Legal: Uma Visão Pós-Moderna*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social*. São Paulo: LTr, 2000.

SÜSSEKIND, Arnaldo *et al* . *Instituições de Direito do Trabalho*, v.2. 20. ed. atual. São Paulo: LTr, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. *A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento jurídico brasileiro: sua eficácia nas relações jurídico privadas*. Revista Ajuris - vol. 32, nº 100, dez/2005, Porto Alegre, p. 153-167.

TORRES, Ricardo Lobo. *A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos*, in TORRES, Ricardo Lobo. (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

USTÁRROZ, Daniel. *Prova no Processo Civil*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.