

A FOTOGRAFIA DIGITAL E A QUESTÃO DO ÔNUS DA PROVA

Angélica Maria Juste Camargo¹

Sumário: Introdução. 1 O Direito e a pós-modernidade. 2 A fotografia digital e a questão do ônus da prova. 3 A fotografia digital e o incidente de falsidade. 4 Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

A intensa introdução de inovações tecnológicas e a crescente complexidade imposta às relações interpessoais na pós-modernidade gera a necessidade de que sejam repensados os efeitos de determinadas ferramentas disponibilizadas ao Direito Processual, especialmente no campo probatório.

Nessa perspectiva, a reflexão perpassa pela questão do surgimento e consagração de representações imagéticas, vistas não raro como solução insofismável para o problema da prova no processo, buscando desvendar o que há de verdadeiro nessa concepção, observando-se, para tanto, como pano de fundo, a contribuição, justamente da fotografia (no caso, a fotografia tradicional), para a formação da sociedade de massas e da cultura de massas.

O Direito em geral e o processual em particular sofrem as repercussões de uma tendência à racionalização capitalista da qual a reprodução fotográfica é um dos instrumentos e, como tal, mecanismo de alienação humana, desafiando-os a soluções.

Nesse sentido, ante a ausência de regramento positivado específico, o estudo a respeito da natureza da fotografia em meio digital, bem assim da técnica mediante a qual é produzida e, ainda, a tutela dos direitos de

¹ Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo UNICURITIBA. Especialista em Direito do Trabalho pelo IBEJ. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela UNIBRASIL. Graduada em Direito pela PUC-PR.

personalidade na atividade empresarial, auxiliam na busca de soluções consentâneas com a intersubjetividade humana e não com a realidade imagética.

Exsurge, desse modo, justificado o estudo reflexivo a respeito da admissão da fotografia digital como prova no processo, de seus efeitos na distribuição do ônus probatório entre os litigantes, além das implicações no processamento do incidente de falsidade.

O Direito e a pós-modernidade

“Nunca houve uma época tão bem informada sobre si mesma, se ser bem informado significa possuir uma imagem das coisas iguais a elas no sentido fotográfico”².

A afirmação acima parece ter sido formulada com a finalidade de definir um fenômeno contemporâneo. No entanto, a expressão foi extraída de artigo produzido por Siegfried Kracauer na década de 20, para o *Frankfurter Zeitung* - respeitado jornal alemão, em alerta para a dominação de determinados modos de representação engendrados pela implantação do “*processo de produção capitalista*”, dentre eles, a fotografia.

Siegfried Kracauer atentou para situações sociais periféricas do entreguerras, até então subestimadas pelos críticos, como a fotografia, o turismo, o *best-seller*, e a dança sincronizada das *Tillergirls*, diagnosticando as etapas históricas de uma série de representações imagéticas, que se inicia com o símbolo e culmina com a fotografia, antevendo o poder ínsito a esta, bem assim sua contribuição para a formação da sociedade de massas e da cultura de massas.

Em oposição ao conhecimento superficial, ao esvaziamento do sentido da vida, à alienação propiciada pela racionalização capitalista do qual a reprodução fotográfica é um dos instrumentos, Kracauer propugna um relacionamento reflexivo do indivíduo em suas relações interpessoais, com o trabalho e consigo mesmo.

² KRACAUER, Siegfried. *O ornamento da massa: ensaios*. São Paulo: Cosac Naify, 2009, p. 75.

Surpreender-se-ia o autor diante do avanço da reprodução técnico-imagética compreendido na fotografia digital, ante a ampla gama de possibilidades de representação simbólica que disponibiliza à experiência estética da contemporaneidade.

Nesse sentido, a pós-modernidade desafia o Direito.

O avanço das inovações tecnológicas estabelece inquietude e impõe incessante reflexão em torno da assimilação de uma racionalidade que se coloca ao Direito, seja no âmbito do direito material, seja no âmbito do direito processual: trata-se da racionalidade imagética.

Como preleciona Francisco Cardozo Oliveira, ao citar Vilém Flusser, na sociedade pós-moderna dominada pelo signo da imagem, “o mundo vivencia uma crise de valores porque está imerso na transição da cultura do texto e da escrita para a cultura das imagens; nessa transição, atuam duas mídias, ou meios: a linear, que opera com conceitos, e a de superfície, que opera com imagens”³.

A imagem digital fornece um contexto pronto, uma compreensão pré-estabelecida e acabada do mundo, um mundo codificado, engendrado por uma outra racionalidade.

Também a fotografia, não diversamente dos outros modos de representação anteriores, está subordinada a um grau determinado de desenvolvimento da vida prático-material. É o processo de produção capitalista que a engendra. A mera natureza que aparece na fotografia vive sua vida inteiramente na realidade da sociedade engendrada por este processo⁴.

³ OLIVEIRA, Francisco Cardozo. *Os limites da linguagem no processo: o sistema mídia e o sistema jurídico*. GUNTHER, Luiz Eduardo. *Jurisdição: crise, efetividade e plenitude institucional*. Curitiba: Editora Juruá, 2008, p. 206.

⁴ KRACAUER, 2009, p. 78.

É preciso ter em conta que a construção imagética da realidade está presente no cotidiano da civilização humana. Na esfera do direito processual a imagem adquire especial relevância no campo probatório, dado o potencial nocivo que lhe é ínsito, enquanto fonte de conhecimento objetivo, dotada de força e poder de convencimento aparentemente inquestionáveis, porém destituído, em si, da intersubjetividade própria do humano e das relações pessoais que, em última análise, constroem legitimamente o Direito.

O processo, enquanto instrumento de concretização do Direito, e assim também a prova nele produzida, deve refletir as bases fáticas sobre as quais está alicerçado, na perspectiva de garantir que a produção e valoração probatória se realizem por intermédio do que Francisco Cardozo Oliveira denomina suporte fático subjacente ao interrelacionamento humano.

[...] a compreensão dos fatos para o Direito passa pela compreensão das formas sociais decorrentes das relações entre pessoas na sociedade. A conformação do Direito, portanto, para além da regulação jurídica, contempla um substrato fático que precisa ser alcançado pela incidência da norma. A operacionalidade dessa compreensão do suporte fático da relação jurídica, e por consequência do Direito, estrutura-se e é instrumentalizada pelo processo, especificamente no que diz respeito aos critérios de valoração e de produção de provas⁵.

A discussão adquire maior relevância a partir da concepção de que a forma de produção da prova vincula sua valoração e, por fim, a entrega da prestação jurisdicional, por intermédio da decisão judicial devidamente motivada, especialmente diante da questão da fotografia digital no processo.

A tecnologia vem penetrando o sistema jurídico com consequências irreversíveis e relevantes. Não raras vezes o ordenamento jurídico positivado

⁵ OLIVEIRA, 2008, p. 203.

não dá conta de acompanhá-la, como ocorre com o disposto nos parágrafos do art. 385 do CPC, cuja previsão apresenta-se “totalmente desatualizada com a prática corrente”⁶.

Além do que foi dito até aqui, imperioso enfatizar as características peculiares e bastante diversas que a fotografia digital apresenta em relação à fotografia tradicional, baseada em filme. Esta consiste na breve exposição de

um filme recoberto de substâncias químicas fotossensíveis à luz. Após a exposição, o filme era submetido a um processo de estabilização química (revelação), e, em seguida, a imagem, através do negativo, tinha de ser transferida para papel fotográfico. O slide ou cromo permitia o registro de uma imagem positiva no próprio filme com uma qualidade bem superior.

(...)

Nas fotos digitais não há filme negativo onde é primeiramente registrada a impressão luminosa. Nessas fotos, a luz da cena a fotografar é captada analogicamente por meio de células fotossensíveis chamadas CCD (Charged Coupled Device) e posteriormente digitalizada pelo que se chama de shift register. As informações ficam, por seu turno, gravadas na memória da máquina fotográfica digital e, em se tratando de aparelho celular, registrado na respectiva memória.⁷

Trata-se a fotografia digital, ademais, de documento de fácil edição e reprodução, sendo suscetível, ainda, de infundáveis alterações, cujo registro pode ser totalmente eliminado, circunstâncias que proporcionam

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 639.

⁷ DANTAS, Rodrigo Tourinho. *A fotografia digital como meio probatório na perspectiva do formalismo-valorativo*. Revista Trabalhista Direito e Processo. Ano 8. N. 29, p.220.

insegurança, de modo que sua utilização no processo pressupõe seja assim compreendida e avaliada criteriosamente.

Por este viés, a questão da admissibilidade da fotografia como meio de prova perpassa necessariamente pela necessidade de discussão a respeito não só de sua fragilidade, como de seu potencial ameaçador da própria consciência humana já denunciado por Siegfried Kracauer ao narrar a alienação de uma sociedade inconsistente diante de imagens desprovidas de significado e a importância da preservação dos traços decisivos à consciência emancipada, observando que “Se a fotografia se oferece à memória como suporte, é a memória que deve determinar a escolha. Mas esta torrente de fotografias varre todos os seus diques. O assalto de coleções de imagens é de tal modo violento que talvez ameace destruir os traços decisivos à consciência⁸.”

Além da racionalidade imagética propor uma realidade determinada e objetiva destituída da intersubjetividade que deve informar o Direito, sua admissão como prova no processo suscita extrema cautela diante das facilidades existentes para sua manipulação e adulteração, o que precisa ser levado em consideração pelo julgador, seja no momento da produção da prova, de sua valoração ou da prolação da decisão judicial, evitando-se “o risco de o conhecimento reduzir-se à superfície da imagem”⁹.

Também ao contrário da fotografia tradicional, baseada em filme, a fotografia digital constitui um meio de prova atípico, na medida em que não se encontra prevista em lei, podendo, contudo, ser utilizada por ser moralmente legítima. Neste caso, cabe ao juiz aceitar ou não a prova em conformidade com seu livre convencimento.

A fotografia digital, portanto, pode ser utilizada com prova, porém, desde que observada sua real perspectiva de fabricação de uma realidade que pode ou não, conforme as circunstâncias, coincidir com a cena fotografada e com a verdade. Como leciona Francisco Cardozo Oliveira

⁸ KRACAUER, 2009, p. 75.

⁹ OLIVEIRA, 2008, p. 206.

(...) não se trata mais de depurar o mundo jurídico e o processo do poder e da força das imagens; também não é caso de reconstruir o mundo da vida e a intersubjetividade discursiva, libertos do poder das imagens. O que está em causa é a reformulação da racionalidade do sistema jurídico e do processo, assim como a do mundo da vida, em novos patamares que permitam manter a salvo a possibilidade de uma intersubjetividade crítica, capaz de dar sentido à vida em sociedade e aos ideais de justiça.¹⁰

Cumpra ao juiz, a partir desse contexto, assegurar a produção da prova fotográfica digital de modo a conferir a maior garantia possível de permear-se da racionalidade intersubjetiva e dialógica própria do processo, afastando-se o risco de uma cognição superficial.

Não importa quais cenas um indivíduo recorda: elas querem dizer algo que se relaciona a ele sem ele precisar saber o que elas querem dizer. Elas são conservadas justamente em relação ao que querem lhe dizer. Organizam-se, portanto, segundo um princípio que se diferencia daquele da fotografia na sua essência. A fotografia apreende o que é dado como um contínuo espacial (ou temporal), as imagens da memória conservam-no na medida em que este quer dizer alguma coisa. Como o que se quer dizer se consuma muito pouco no contexto puramente espacial e no puramente temporal, as imagens estão de esguelha em relação à reprodução fotográfica. Se do ponto de vista desta última elas aparecem como fragmento - mas como

¹⁰ Ibidem, p. 207.

fragmento porque a fotografia não abarca o sentido com o qual elas se relacionam; orientadas em relação a este último, cessam de ser fragmento - assim aparece a fotografia para elas como uma mistura em parte composta de despojos.

A significação das imagens da memória está acoplada a seu conteúdo de verdade. Na medida em que estão ligadas à incontável pulsão vital [*Triebleben*], habita em seu interior uma ambigüidade demoníaca; imagens foscas como um copo de leite que mal permite passar o brilho da luz. Sua transparência aumenta na medida em que os conhecimentos lançam luz sobre a vegetação da alma e limitam a coação da natureza [*Naturzwang*]. Encontrar a verdade só é possível à consciência liberta que pondera o demoníaco das pulsões. Os traços dos quais se recorda estão em relação com o que se reconhece como verdade suscetível de se manifestar neles ou de ser deles excluídos. A imagem, que contém estes traços, é distinta de todas as outras imagens da memória; com efeito, esta não conserva como as outras uma abundância de recordações opacas, mas os conteúdos que concernem ao que é reconhecido como verdade.¹¹

A fotografia não tem sentido em si mesma, senão a partir da linguagem que traduza o fato ou ato captado em determinado instante, daí porque sua admissibilidade como meio de prova demanda inexorável ato de consciência humana, pois somente esta tem a capacidade de organizar os acontecimentos do passado.

¹¹ KRACAUER, 2009, p. 67-68.

A fotografia digital e a questão do ônus da prova

De acordo com o art. 383 do CPC, qualquer reprodução mecânica, dentre elas a fotográfica, detém valor probante se aquele contra quem é produzida reconhecer a conformidade de seu conteúdo com a realidade.

Já o parágrafo primeiro do art. 385 do CPC estabelece, especificamente em relação à fotografia, que o valor probante do documento dependerá de estar acompanhado do respectivo filme negativo. Todavia, como visto anteriormente, na fotografia digital a luz da cena fotografada é capturada analogicamente. Nessas fotos não há negativo.

Rodrigo Tourinho Dantas afirma não sobressair razoável desprezar-se de antemão a fotografia digital tão somente pelo fato de não estar acompanhada do respectivo negativo, dada a impossibilidade da parte desvencilhar-se de ônus de tal natureza.

Juntada a fotografia digital por uma das partes, não se lhe exige a apresentação de negativo.

Todavia, inegável que justamente por não se fazer acompanhar de outro meio probatório apto a revelar-lhe a integridade e idoneidade não há em seu favor qualquer presunção de veracidade, tal como reconhece o art. 385, parágrafo primeiro, do CPC em relação à fotografia tradicional.

Na espécie, não se aplica à fotografia digital o dispositivo em referência e, assim, não se lhe reconhece a presunção de validade probatória.

Descabe redarguir com a possibilidade de exigir-se, desde logo, da parte que pretende produzir a prova fotográfica pela via digital, a juntada do meio físico original em que capturada a cena fotografada.

Primeiro, porque tal providência não se revela suficiente a garantir segurança, autenticidade e integridade a essa pretensa prova, na medida em que “é extremamente fácil alterar a imagem digital, sem deixar desta operação qualquer vestígio (ou tornando-o quase imperceptível)”¹².

¹² DANTAS, Rodrigo Tourinho. *A fotografia digital como meio probatório na perspectiva do formalismo-valorativo*. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, n. 29, mar./abr. 2009, p. 221.

Além de que, exigência semelhante parece destoar do cotidiano pós-moderno, em que as imagens são apagadas do meio físico em que originalmente registradas tão logo transferidas para outros arquivos, sem falar na privação do uso de um bem ou no prejuízo financeiro que estaria sendo imposto à parte na eventual determinação de depósito de equipamento fotográfico ou celular em juízo, pelo tempo necessário à consecução de complexos exames periciais¹³.

De todo o exposto, conclui-se que se não questionada pelas partes litigantes ou pelo juiz a conformidade da prova fotográfica digital com o fato ocorrido, é de ser reconhecido o valor probante desse meio atípico de prova, ainda que desacompanhado nos autos do meio físico em que originalmente registrado.

Nesse sentido, prevalece o disposto no art. 225 do CCB, pois “tratando-se de regra mais moderna, deve prevalecer sobre o comando do CPC, do que deve resultar a conclusão de que deixa de ser necessária a juntada do negativo com a fotografia, *salvo se houver impugnação de sua exatidão*”, com lembram Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart¹⁴.

Caso não impugnada referida fotografia, impõe-se reconhecer-lhe o valor probante, ressaltando-se ao juiz, no momento da valoração das provas dos autos, conceder-lhe o valor que possa merecer, de acordo com sua conformidade com as demais provas produzidas nos autos e com o princípio do livre convencimento motivado.

Por outro viés, caso impugnada a fotografia digital juntada aos autos, em relação à sua integridade material ou à sua idoneidade, cumprirá à parte que pretende dela se utilizar comprovar sua validade probatória por outros meios.

Não há presunção fixada a legislação processual em favor da fotografia digital, como ocorre em relação à fotografia baseada em filme e dele acompanhada no processo ou no tocante ao documento público, por exemplo. Nesse passo, o ônus de comprovar a ausência de vício que macule

¹³ DANTAS, Idem, *ibidem*.

¹⁴ MARINONI, 2009, p. 640.

a fotografia digital, seja de ordem material, seja de ordem ideológica, é da parte que a produziu, assim concebida a parte que a apresentou nos autos e pretende ver reconhecido seu valor probante.

Com efeito, é ônus da parte que pretende se servir da prova atípica impugnada demonstrar por outros meios a sua adequação e eficácia probatória. Assim sendo, caso impugnada a fotografia digital, recai sobre a parte que pretende se valer da fotografia digital como meio de prova o ônus de demonstrar a integridade material e a idoneidade ideológica do documento. Um juízo de certeza, ou ao menos a maior garantia possível de sua eficácia probatória muitas vezes somente pode ser obtida mediante exames periciais, por especialistas da área da tecnologia da informação.

Neste caso, o juiz determinará a produção de prova pericial, com fulcro no parágrafo primeiro do art. 383 do CPC.

A fotografia digital e o incidente de falsidade

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart visualizam um novo paradigma para o processo civil, de grande relevância no campo probatório, qual seja, o de que o processo é resultado da argumentação dialética e não da descoberta da verdade substancial.

A concepção de verdade real sobre determinado fato, para os autores, constitui utopia, algo inatingível, inclusive porque a reconstrução da realidade não poderia ser totalmente livre de qualquer influência externa e de aspectos subjetivos, e dotada, de conseguinte, de caráter absoluto, dada a possibilidade do fato ter ocorrido de forma diferente, o que deve ser ponderado.

Nesse passo, a prova revela não uma certeza sobre o fato ocorrido, mas apenas uma das probabilidades sobre como o fato se deu. Segundo referidos doutrinadores a verdade obtida no processo acaba por não refletir a verdade material por três razões: a) a “alienação da consciência do juiz à verdade temporalmente sintética do evento”; b) “a solidão do juiz no estabelecimento definitivo da verdade” e, c) “a impotência do juiz em restabelecer a ‘continuidade das pessoas’”.

Na discussão relativa ao reconhecimento da validade probatória da fotografia digital, poder-se-ia acrescentar ao elenco doutrinário o reduzido grau de segurança fornecido por esse meio de prova, desautorizando, *ab initio*, uma expectativa de verdade substancial na realidade imagética.

Nesse contexto, exsurge novamente a importância do discurso, da linguagem, do diálogo, da comunicação argumentativa, os quais pressupõem intersubjetividade, atraem outros postulados, como a moral e a história e constroem um “consenso discursivo”: a construção da verdade que se legitima pelo procedimento observado.

Para que a história seja representada, deve-se destruir a conexão meramente superficial oferecida pela fotografia. Enquanto na obra de arte o significado do objeto torna-se fenômeno espacial, na fotografia o fenômeno espacial de um objeto é seu significado. Ambos os fenômenos, o “natural” e o do objeto do conhecimento, não se correspondem. Na obra de arte se suprime o primeiro em favor do segundo, reunindo ao mesmo tempo a semelhança almejada pela fotografia. A semelhança se relaciona à aparência exterior do objeto que não se revela imediatamente como se mostra ao conhecimento: é apenas a transparência do objeto que é mediada pela obra de arte. É comparável a um espelho mágico que não reflete o indivíduo em questão tal qual aparece, mas tal como este deseja ser ou com é fundamentalmente. A obra de arte se desintegra também com o tempo; mas o seu significado aflora de seus elementos decompostos enquanto que a fotografia acumula os elementos¹⁵.

¹⁵ KRACAUER, 2009, p. 67.

Diante da utilização da fotografia digital como prova no processo, havendo impugnação pela parte contrária ou questionamento do juiz quanto à conformidade entre a cena fotografada e a efetiva realidade ou, ainda, contrariada nos autos a idoneidade material do documento, cumpre a este determinar a realização de perícia específica, conforme o disposto no parágrafo único do art. 383 do CPC.

Cabe lembrar aqui, importante lição doutrinária afeta à seara trabalhista, mas que, guardadas as devidas peculiaridades, aplica-se ao processo civil. Trata-se de medida destinada a prestigiar os direitos de personalidade do ser humano, muitas vezes vilipendiados ou ameaçados pela racionalidade imagética. Assim, uma vez

impugnada a autenticidade ou reprodução mecânica, deverá o juiz, antes de determinar a realização da prova pericial, sindicá-la se ela foi obtida com o alegado, também. Caso reste comprovado que a fotografia, a película cinematográfica, a fonográfica e outras espécies de reprodução foram produzidas sub-repticiamente, deverá o juiz, em certos casos, mandar que sejam desentranhadas dos autos, prescindindo, assim, de exame pericial para apurar a autenticidade, sem receio de ofensa ao disposto no parágrafo único do art. 383 do CPC.¹⁶

Por outro aspecto, o Código de Processo Civil disciplina a arguição de falsidade documental, que tem por finalidade questionar a falsidade ou autenticidade de documento. Cuida-se de procedimento de alta relevância, nomeadamente porque, como já aludido, a qualidade da prova vincula toda a instrução probatória, a sua valoração e, em última análise, a decisão judicial, vinculando, de conseguinte, a qualidade da entrega da prestação jurisdicional.

¹⁶ TEIXEIRA FILHO, 2009, p. 1.076.

Não obstante a bem abalizada doutrina em sentido contrário, bem assim a jurisprudência dominante, no sentido de que o incidente de falsidade documental aplica-se indistintamente ao falso material e ao falso ideológico¹⁷, comunga-se da opinião de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, para os quais sempre caberá o incidente de falsidade em relação a falsidades materiais. Quanto à falsidades intelectuais, os autores entendem cabível o incidente apenas quando se tratar de documento *narrativo*, sendo inaplicável no caso de documentos constitutivos.

se o interesse da parte se limitar a buscar a negativa de valor do documento como prova no processo, questionando sua autenticidade apenas, então ficará aberta a via do incidente; se porém, seu interesse for além, pretendendo questionar a própria relação jurídica refletida pelo documento, então a questão assume estrutura e feição próprias, o que exigirá a propositura de ação autônoma, destinada a desconstituir aquela relação jurídica.¹⁸

A arguição de falsidade documental pode ser suscitada em qualquer tempo e grau de jurisdição, desde que inexistente declaração judicial de autenticidade no processo e observado o prazo preclusivo (na contestação ou em 10 dias da intimação da juntada) previsto no art. 390 do CPC. A não arguição da falsidade documental, por sua vez, não conduz ao reconhecimento da autenticidade do documento, quanto mais em se tratando de fotografia digital, cuja natureza impede se lhe reconheça alto valor probante.

Como dito anteriormente, a admissão da fotografia digital como prova no processo perpassa a análise de questões como a autenticidade, integridade e conteúdo, que tornam bastante complexo seu reconhecimento.

¹⁷ MARINONI, 2009, p. 666.

¹⁸ Idem, p. 667

Rejeita-se, desde logo, a assimilação liminar da racionalidade imagética no processo, na medida em que somente se concebe o processo na perspectiva da dialética, do discurso e do consenso construído, ainda que a imagem a ele esteja integrada pela via da fotografia digital. A esta, portanto, não se reconhece validade probatória senão naquelas hipóteses em que corroboradas por outros meios de prova.

Por isso, apresentada a argüição de falsidade relativamente à fotografia digital apresentada no processo, não se aplica o disposto no art. 389 que distribui o ônus probatório (I) à parte que a arguir, se tratar de falsidade do documento e, (II), à parte que produziu o documento, se se tratar de contestação de assinatura.

Referidas disposições legais, assim como o parágrafo primeiro do art. 383 do CPC, não tem aplicação ao caso da fotografia digital, uma vez que, conforme análise precedente, constitui documento que não fornece segurança quanto à sua autenticidade, originalidade ou idoneidade.

Esta, inclusive, parece ser a tendência refletida no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil que, no parágrafo terceiro do art. 405 estabelece:

“Art. 405. A cópia de documento particular tem o mesmo valor probante que o original, cabendo ao escrivão, intimadas as partes, proceder à conferência e certificar a conformidade entre a cópia e o original. (...) § 3º A fotografia digital e as extraídas da rede mundial de computadores, se impugnada sua autenticidade, só terão força probatória quando apoiadas por prova testemunhal ou pericial”.

Dessarte, o juiz deve conferir à fotografia digital o valor probatório que merece diante das demais provas produzidas em cada caso concreto, sopesando-a com os demais meios probatórios, sempre,

porém, na perspectiva de tratar-se de uma realidade pronta e acabada, que necessita da intersubjetividade do processo para desvendá-la e integrá-la ao mister do (des)cobrimento da verdade construída pela dialética processual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O avanço das inovações tecnológicas estabelece inquietude e impõe incessante reflexão em torno da assimilação de uma racionalidade que se coloca ao Direito, seja no âmbito do direito material, seja no âmbito do direito processual, que é a racionalidade imagética.

Na sociedade pós-moderna dominada pelo signo da imagem, sobressai imprescindível a idéia de que a imagem digital fornece um contexto pronto, uma compreensão pré-estabelecida e acabada do mundo, um mundo codificado, engendrado por uma outra racionalidade.

Por outro viés a crescente complexidade das relações interpessoais deve se refletir, enquanto realidade intersubjetiva, na concepção sobre a imagem produzida pela fotografia digital, especialmente diante da ausência de regramento positivado específico.

O ponto de vista de Kracauer sobre o poder da fotografia na sociedade de massas afigura-se imprescindível para deflagrar um estudo reflexivo sobre a admissibilidade da fotografia digital como prova no processo, bem assim sobre suas repercussões na distribuição do ônus probatório entre as partes litigantes e no procedimento do incidente de falsidade.

Propõe referido autor um relacionamento reflexivo do indivíduo nas relações humanas, com o trabalho e consigo mesmo, atentando para o poder massificador da fotografia na experiência estética da contemporaneidade. É o que demanda o Direito Processual, no campo da prova.

Assim sendo, se não questionada pelas partes litigantes ou pelo juiz a conformidade da prova fotográfica digital com o fato ocorrido, é de ser reconhecido o valor probante desse meio atípico de prova, ainda que

desacompanhado nos autos do meio físico em que originalmente registrado (art. 383 do CPC), ressalvando-se ao juiz, no momento da valoração das provas dos autos, conceder-lhe o valor que possa merecer, de acordo com sua conformidade com as demais provas produzidas nos autos e com o princípio do livre convencimento motivado.

Por outro viés, impugnada a fotografia digital juntada aos autos, cabe à parte que pretende se servir da prova atípica impugnada demonstrar por outros meios a sua adequação, validade e eficácia probatória, sua integridade material e a idoneidade ideológica. Um juízo de certeza, ou ao menos a maior garantia possível de sua eficácia probatória muitas vezes somente pode ser obtida mediante exames periciais, por especialistas da área da tecnologia da informação, a ser determinada pelo juiz (art. 383 do CPC).

A fotografia digital pode ser utilizada com prova, porém, desde que observada sua real perspectiva de fabricação de uma realidade que pode ou não, conforme as circunstâncias, coincidir com a cena fotografada e com a verdade, como leciona Francisco Cardozo Oliveira.

Cumprido ao juiz assegurar a produção da prova fotográfica digital de modo a conferir a maior garantia possível de permear-se da racionalidade intersubjetiva e dialógica própria do processo, afastando-se o risco de uma cognição superficial

Assim, o juiz deve conferir à fotografia digital o valor probatório que merece diante das demais provas produzidas em cada caso concreto, sopesando-a com os demais meios probatórios, sempre, porém, na perspectiva de tratar-se de uma realidade pronta e acabada, que necessita da intersubjetividade do processo para desvendá-la e integrá-la ao mister do (des)cobrimento da verdade construída pela dialética processual.

Nesse sentido, acertada a previsão constante do Anteprojeto do CPC ao reconhecer o valor probante da fotografia digital apenas nos casos em que corroborada por testemunhas ou mediante perícia.

REFERÊNCIAS

- DANTAS, Rodrigo Tourinho. **A fotografia digital como meio probatório na perspectiva do formalismo-valorativo.** Revista Trabalhista Direito e Processo. 2009. Ano 8. N. 29.
- KRACAUER, Siegfried. **O ornamento da massa: ensaios.** São Paulo: Cosac Naify, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Os limites da linguagem no processo: o sistema mídia e o sistema jurídico.** GUNTHER, Luiz Eduardo. **Jurisdição: crise, efetividade e plenitude institucional.** Curitiba: Editora Juruá, 2008.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Curso de direito processual do trabalho.** São Paulo: Ltr, 2009.