

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
ARTHUR LEOPOLDINO FERREIRA NETO

Prova Documental Eletrônica no Processo do Trabalho
Validade e Valoração

São Paulo
2016

Arthur Leopoldino Ferreira Neto

Prova Documental Eletrônica no Processo do Trabalho
Validade e Valoração

Dissertação apresentada à banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de Concentração Efetividade do Direito, sob a orientação da professora doutora Suely Ester Gitelman.

São Paulo
2016

Arthur Leopoldino Ferreira Neto

Prova Documental Eletrônica no Processo do Trabalho
Validade e Valoração

Banca Examinadora

Nome:

Nome:

Nome:

Data: ____ / ____ / ____

São Paulo
2016

Em atenção ao § 3º do artigo 3º do Ato Pró-Reitoria de Pós-Graduação nº 05/2015, publicado em 05 de novembro de 2015, declara o autor que detém bolsa de estudos concedida pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

AGRADECIMENTOS

À orientadora e professora Suely Ester Gitelman, agradeço pela orientação generosa e observações de extrema relevância, mostrando-me o caminho dos estudos, sempre com muita sabedoria e profundidade, sem nunca se esquecer do bom humor.

À professora Carla Teresa Martins Romar, agradeço imensamente por acreditar em mim desde o período em que acompanhei suas aulas como ouvinte, não me deixando pensar em desistir sequer por um minuto.

Ao professor Túlio de Oliveira Massoni, agradeço pelos ensinamentos acadêmicos e práticos.

Finalmente, em especial agradeço à minha irmã Priscilla e meu cunhado Mauricio, pelo apoio integral, e grande estímulo para a finalização do estudo.

*Dedico esse trabalho aos meus pais Marcia
e Artur, ao meu sobrinho Lucca e à minha
companheira Adriana.*

RESUMO

A indiscutível atual essencialidade da internet, com a revolução da tecnologia da informação, trouxe radical alteração nas relações jurídicas, tanto na forma de armazenamento de dados e troca de informações, quanto na condução dos processos judiciais. Pode-se perceber nos dias atuais, uma mudança significativa nas relações jurídicas, pois os registros que antes eram realizados em papel, agora são realizados de forma digital, por meio de documentos eletrônicos. Essa facilidade levanta alguns pontos preocupantes. Entre eles, a credibilidade do documento eletrônico em razão de seu suporte abstrato face o suporte material do documento tradicional. Outro ponto é: a tecnologia disposta hoje em dia é suficiente para que possamos equipará-lo ao documento tradicional? Não se pode olvidar que a segurança é o principal receio dos que utilizam os meios eletrônicos. A confiabilidade dos documentos eletrônicos está associada à convicção de que este não foi adulterado no caminho entre remetente e destinatário, bem como de que seu autor é quem o subscreve. Esse é o panorama em que se assenta a problemática deste trabalho, para que se possa conferir força probatória aos documentos eletrônicos.

Palavras-chave: prova documental eletrônica; documento eletrônico; assinatura digital.

ABSTRACT

The indisputable current essentiality of the internet, with the information technology revolution, has brought a radical change in legal relationships, both in the form of data storage and information exchange, and in the conduct of judicial processes. We can see nowadays a significant change in legal relationships, since the records that were previously made on paper, are now carried out digitally, through electronic documents. This facility raises some troubling points. Among them, the credibility of the electronic document because of its abstract support in the face of the material support of the traditional document. Another point is: is the technology nowadays enough that we can equip it with the traditional document? We can not forget that security is the main fear of those who use electronic means. The reliability of electronic documents is associated with the conviction that it has not been adulterated in the path between sender and receiver, and that its author subscribes. This is the panorama on which the problem of this work is based, so that electronic evidence can be given probative force.

Keywords: electronic documentary evidence; Electronic document; digital signature.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	A PROVA	13
2.1	ASPECTOS GERAIS.....	13
2.2	CONCEITO.....	24
2.3	OBJETO	26
2.4	DESTINATÁRIO	27
2.5	1.5 FINALIDADE	28
2.6	VALORAÇÃO DA PROVA.....	29
3	PROVA DOCUMENTAL	33
3.1	CONCEITO DE DOCUMENTO	33
3.2	ELEMENTOS DOS DOCUMENTOS.....	34
3.3	ORIGINAL E CÓPIA.....	36
3.4	DOCUMENTO PÚBLICO E DOCUMENTO PRIVADO.....	37
3.5	EFICÁCIA DOS DOCUMENTOS PÚBLICOS E PRIVADOS.....	38
3.6	PRODUÇÃO DA PROVA DOCUMENTAL	40
3.7	FALSIDADE DOCUMENTAL.....	42
4	DOCUMENTO ELETRÔNICO.....	44
4.1	CONCEITO DE DOCUMENTO ELETRÔNICO	45
4.2	FORMA DE EXIBIÇÃO DO DOCUMENTO ELETRÔNICO.....	48
4.3	O CONTEÚDO DO DOCUMENTO ELETRÔNICO	48
4.4	O ORIGINAL E CÓPIA	50
4.5	A AUTENTICIDADE E A INTEGRIDADE DOS DOCUMENTOS ELETRÔNICOS.....	52
4.5.1	A Autenticidade	54
4.5.2	A Integridade.....	56
4.6	A SEGURANÇA DO DOCUMENTO ELETRÔNICO	57
4.6.1	A criptografia	57
4.6.2	A criptografia simétrica.....	58
4.6.3	A criptografia assimétrica.....	61
4.6.4	Assinatura digital	62
4.6.5	Certificação digital	67

5	A EFICÁCIA JURÍDICA DO DOCUMENTO ELETRÔNICO	68
5.1	ADMISSIBILIDADE DO DOCUMENTO ELETRÔNICO COMO MEIO DE PROVA.....	71
5.2	VALORAÇÃO DA PROVA ELETRÔNICA.....	84
6	CONCLUSÃO	94
7	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	96

1 INTRODUÇÃO

A ciência jurídica nos dias de hoje, demonstrou que, apesar de conservadora, está caminhando em conjunto com os avanços tecnológicos que têm causado forte impacto sobre as mais diversas áreas do conhecimento das relações humanas.

Com o surgimento de novas tecnologias, também surgiram novos meios de comportamento e relacionamento entre as pessoas. Consequentemente, novas relações jurídicas, ou fatos jurídicos, muitas vezes, sem a devida regulação legal.

Em verdade, os operadores do direito sempre demonstraram a característica de serem refratários a novas tecnologias e, em certos aspectos, à mudanças no texto legal concernentes às adaptações a novas circunstâncias tecnológicas.

Cândido Rangel Dinamarco, lembra que, com o advento do Código de Processo Civil de 1939, antigo Decreto-lei 1.608, de 18.9.1939 (CPC/39), houve certo desconforto no tocante à validade de documentos e sentenças elaboradas por meio de máquinas de escrever, com o consequente abandono posterior daquelas manuscritas, algo inimaginável nos dias atuais.¹

Dessa forma, não é de hoje que tais mudanças são tratadas com cautela pelos operadores do direito. Ocorre que, nunca antes, o crescimento tecnológico se fez tão presente como nos últimos tempos. Essa expansão trouxe consigo a disseminação e popularização do uso da informática, acompanhada ainda, do desenfreado crescimento da internet trazendo incontáveis desafios para o universo jurídico. A velocidade na troca de informações, somada à desnecessidade de presença física para a celebração de negócios chegou a causar espanto nos sujeitos mais prudentes.

Analizando o momento de transformação que estava diante de seus olhos, Leon Frejda Szklarowsky² discorre:

Certamente, esta comunicação Inter máquinas sofisticadas, imitando a própria estrutura humana, sem, contudo, ultrapassá-la, tem seu lado positivo, mas também tem seu lado negativo, como aliás todas as coisas, no mundo dos homens, devendo este, naturalmente, utilizá-las para o bem

¹ Instituições de Direito Processual Civil. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, v. 3. p. 7

² Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/1756/a-informatica-e-o-mundo-moderno>> Acesso 15 out. 2016

estar e aprimoramento do ser humano, eis por que a ética, a moral e o direito não podem, repito, estar desgarradas da ciência e da técnica.

Tal observação foi publicada pelo autor há mais de 15 anos, quando a maioria das pessoas ainda estava se acostumando com essa revolução. O que se vê hoje é uma mudança radical nas relações jurídicas, entre outras coisas, pela substituição do papel por documentos eletrônicos. Essa mudança transcende as limitações do documento tradicional, facilitando a sua guarda e armazenamento, transmissão e recuperação de dados, entre outros benefícios.

Apesar disso, o documento eletrônico preocupa por sua volatilidade e se a tecnologia disponível é suficiente para sua equiparação com o documento tradicional. Superado isso, a questão recai sobre a necessidade ou não adequação legislativa para sua admissão como prova.

O presente trabalho tem seu início na análise geral da prova, percorrendo seus principais assuntos, visando assim, criar uma base sólida para que se possa adentrar com segurança à análise documento eletrônico. Posteriormente busca-se conceituar o documento eletrônico e demais temas relevantes, passando ainda por breves conceitos técnicos de matemática e engenharia para tentar demonstrar critérios de segurança, e, por fim analisar sua validade e valoração.

Não temos a pretensão de criar um manual sobre as tecnologias existentes para manter-se a segurança no ambiente virtual, mas estudar a utilização do documento eletrônico como meio de prova no nosso ordenamento jurídico.

2 A PROVA

2.1 ASPECTOS GERAIS

Anteriormente ao ingresso no estudo específico da prova documental e posteriormente da prova documental eletrônica, fazem-se necessários alguns comentários a respeito das provas em geral.

Quando as partes buscam a prestação jurisdicional para a solução de um conflito, levam à análise do Estado-Juiz fatos, os quais desencadeiam consequências jurídicas, visando, consequentemente, uma solução. A partir desses fatos que decorrerá o deslinde do processo.

Todavia, por muitas das vezes a atenção dispensada com os fatos, mais especificamente pela doutrina, não reflete o tempo dispensado pelas partes e operadores do direito.³

A prova surge da necessidade do magistrado expor o direito, decorrendo da análise da existência dos fatos ou atos capazes de produzir ou interferir na produção das consequências jurídicas reivindicadas.

A importância da prova se reveste pelo meio de como será demonstrado perante os operadores do direito envolvidos na lide, a verdade dos fatos. Sendo através dessa, que se levará ao juiz a recomposição histórica dos eventos ligados ao processo.

Levando em consideração o sentido processual da prova, pode-se dizer que seria uma forma de controle das afirmações que os litigantes expõem em juízo, uma forma de formar de dar elementos à convicção do magistrado.

Assim, pode-se refletir sobre a necessidade da prova para uma prestação jurisdicional completa e perfeita que sem a prova não seria adequadamente entregue aos jurisdicionados. Garantir aos litigantes provar os fatos narrados é assegurar os legítimos meios à ordem jurídica justa, uma vez que esta apenas

³ Pertinente observação feita por Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart (*in* Prova, 2^a ed. rev. E atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 25) de que “Embora as questões relativas ao tema prova estejam no dia a dia dos compromissos dos advogados, juízes e promotores, pouco se tem escrito acerca do tema no direito brasileiro. É realmente intrigante a desatenção dada à matéria, quando é indiscutível que o advogado e o juiz, para defender um direito e para cumprir o dever de prestar tutela jurisdicional, não podem viver longe das adequadas noções de direito probatório”.

poderá ser atingida, se no curso da lide, as partes possam exercer adequadamente essa garantia.

Por esse motivo, as garantias constitucionais de ação e defesa, não se limitarão à ação e defesa em momentos únicos, mas serão observadas em todo procedimento, assegurando aos litigantes o efetivo acesso à ordem jurídica justa, garantindo assim, ampla afirmação e ampla refutação.

Cabe aqui trazer a manifestação de Eduardo Cambi⁴, no tocante ao direito à prova como elemento constitutivo das garantias constitucionais da ação e da defesa:

(...) pode-se, então, afirmar, que o direito à prova embora não seja um dos institutos fundamentais do direito processual (jurisdição, ação, defesa e processo), ocupa posição de extraordinária grandeza no sistema processual, pois, sem ele, as garantias da ação e da defesa careceriam de conteúdo substancial; afinal, impedir que a parte tivesse direito à prova significaria privá-la dos meios legítimos de acesso à ordem jurídica justa, a serviço da qual o processo deve estar constitucionalmente predisposto. Por isso, pode-se concluir que o direito à prova é uma decorrência da ampla garantia do devido processo legal ou que, especificamente, é um dos elementos constitutivos das garantias constitucionais da ação e a defesa. Caso contrário, as garantias constitucionais da ação e da defesa teriam alcance restrito e limitado, o que contraria o sentido justo e democrático da Constituição brasileira de 1988.

Todavia, não são apenas as partes que tem direito de produzir provas no processo. Pode-se dizer que as partes limitam os fatos a serem levados a juízo, mas não em quais meios de prova serão necessários para a formação do convencimento do julgador.

José Roberto dos Santos Bedaque⁵ ensina que: “a atividade probatória também deve ser exercida pelo magistrado, não em substituição das partes, mas junto com elas, como um dos sujeitos interessados no resultado do processo. A maior participação do juiz na instrução da causa é uma das manifestações da postura instrumentalista que envolve a ciência processual”

Deixa claro assim, que o juiz além de ser o destinatário da prova, também poderá ser o sujeito da prova, tendo em vista que seus poderes instrutórios lhe conferem a faculdade de, requerer de ofício, provas que entenda necessárias à formação de seu convencimento, para uma segura decisão da causa.

⁴ Direito Constitucional à prova no processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. – (coleção temas atuais de direito processual civil, v. 3). P. 113

⁵ Poderes instrutórios do juiz. 3^a ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 161.

O juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir uma posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório. (RSTJ 129/359: 4^a T., REsp 215.247).⁶

Não se pode ignorar que os poderes instrutórios do juiz encontram algumas limitações, notadamente quando tendentes a ofender os direitos das partes. Da interpretação do art. 370 do CPC/2015 (correspondente ao antigo 130 do CPC/1973) não se pode concluir que o juiz é conferido o poder de substituir as partes na instrução probatória. Não pode o juiz suprir as omissões e descaso das partes, determinando a produção de provas que por desídia ou esquecimento não foram requeridas.⁷

Na seara trabalhista a legislação que rege o poder instrutório do juiz pode ser tida como mais ampla. Conforme se nota no disposto no art. 765 da CLT “Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas”.

Se levarmos em consideração os artigos acima de ambos os diplomas legais, temos que é faculdade do juiz determinar a produção de provas que entender necessárias à solução da demanda. Sendo esse o caso clássico da inspeção judicial, na qual o juiz para formar seu convencimento comparece pessoalmente a um local determinado, tomando ciência da situação em que se encontra um ambiente ou coisa.

Os poderes instrutórios do juiz visam garantir uma participação mais ativa do magistrado na condução e instrução do processo, buscando uma melhor formação de sua convicção. Todavia, referidos poderes devem ser utilizados com cautela, do contrário poderá o magistrado estar substituindo as partes em seus encargos. Essa

⁶ RSTJ 129/359: 4^a ., REsp 215.247. Citado por Theotônio Negrão, Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor. 46^a ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014. Nota 2^a ao artigo 130.

⁷ PROCESSUAL CIVIL - PROVA PERICIAL - DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO PELO JUIZ - POSSIBILIDADE, NÃO DEVER - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA. 1. Os arts. 130 e 1.107 do CPC, mitigando o Princípio da Demanda, conferem poderes instrutórios ao Juiz, mas não lhe impõem o dever da investigação probatória. Mesmo porque, nos fatos constitutivos do direito o ônus da prova cabe ao autor (CPC, art. 333, I). 2. A faculdade outorgada para instrução probatória do Juízo milita em favor duma melhor formação da convicção do Magistrado. No entanto, o Juiz não pode substituir as partes nos ônus que lhe competem, ainda mais quando a perícia não se realizou por inéncia da parte no pagamento dos honorários do perito. 3. Recurso improvido. (REsp 471.857/ES, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/10/2003, DJ 17/11/2003, p. 207)

ação deve se restringir às situações de grande complexidade geradas pelas provas contraditórias, confusas ou incompletas. Além disso, estando presentes questões de ordem pública e igualitária, ou, ainda nos casos em que exista significativa desproporção econômica ou sociocultural entre as partes, terá também o julgador a iniciativa probatória.⁸ Assim, mesmo sobre os fatos controvertidos da demanda, poderá o juiz determinar, de ofício, a produção de provas.

Vicente Greco Filho, discorrendo sobre o convencimento do juiz ensina que: “A prova não tem um fim em si mesma ou um moral ou filosófico; sua finalidade é prática, qual seja, convencer o juiz. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado”.⁹

Vale trazer também afirmação de Moacyr Amaral Santos dispondo que, como regra, cabe à iniciativa das partes “dar a prova dos fatos alegados, concede a lei também ao juiz o poder de ordenar, de ofício, as diligências necessárias à instrução do processo”, porém ressalva a supremacia da iniciativa das partes, “pela razão mesma de que são elas que têm o ônus e a responsabilidade de fornecer ao juiz os elementos de prova de suas afirmações, nas quais assentam o seu pedido”. Todavia, afirma que os poderes do magistrado devem ser limitados, sob pena não respeitar o princípio da igualdade e até mesmo quebrar sua imparcialidade.

(...) ao juiz somente será lícito determinar, de ofício, diligências instrutórias naqueles casos em que se encontrar em dificuldade na formação de sua convicção quanto à verdade dos fatos cuja prova tenha sido dada pelas partes interessadas. O alargamento desmedido dos poderes do juiz no campo da colheita de prova, ofende o princípio da igualdade das partes e

⁸ “Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível(ações de estado), ou quando, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes.”(REsp 192.681/PR, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 02/03/2000, DJ 24/03/2003, p. 223) José Roberto dos Santos Bedaque (*in* Poderes instrutórios do juiz p. 98) ao discorrer que a plena disponibilidade das provas não assegura real igualdade entre os litigantes, uma vez que pode leva-las a uma atuação de desequilíbrio substancial, haja vista que, por diversas vezes, a omissão na instrução do feito se a fatores econômicos ou culturais e não à intenção de dispor do direito, afirma que entre as medidas tomadas para evitar essa situação está o esforço dos poderes instrutórios do juiz. Para o autor “trata-se de um poderoso instrumento que o magistrado tem em suas mão, que lhe possibilita corrigir desigualdades econômicas presentes na relação processual”. “Considerando que a parte mais fraca não tem as mesmas possibilidades que a mais forte de trazer para os autos as provas necessárias à demonstração de seu direito, a ausência de iniciativa probatória pelo juiz corresponde a alguém assistir passivamente a um duelo entre o lobo e o cordeiro” (op. cit. p. 102/103)

⁹ GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. Vol 2. 2008. Pág 196

poderá até mesmo quebrar a imparcialidade com que deve exercer as funções jurisdicionais.¹⁰

José Roberto dos Santos Bedaque¹¹ leciona que o magistrado também deve exercer atividade probatória, não substituindo os litigantes, mas em conjunto com eles, uma vez que também está diretamente interessado no processo. Segundo ele “a maior participação do juiz na instrução da causa é uma das manifestações ‘da postura instrumentalista’ que envolve o a ciência processual”, favorecendo “a eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos”.

Pode-se verificar que os poderes instrutórios do juiz encontram relevância tanto no texto do Código de Processo Civil como na CLT, os quais não limitam os meios de prova a serem utilizados, restando ao magistrado, por seu arbítrio, requerer a produção da prova que entender necessária. Tais poderes propiciam ao magistrado um julgamento mais seguro e satisfatório, em razão de ter os fatos suficientemente esclarecidos. Asseguram-se ao juiz meios para formar sua convicção e, assim, decidir com serenidade, dando a correta solução da causa em face dos fatos e do direito.¹²

Conforme discorrido até o momento, a liberdade do juiz na instrução processual possui limites, os quais podem ser explicitados nos itens a seguir:

- i. O magistrado tem a faculdade de defender o interesse de uma das partes, determinando a produção de prova útil à sua defesa, a qual por desídia deixou de ser requerida em momento oportuno, indo de encontro, assim, ao princípio do contraditório.¹³
- ii. Deverá o magistrado se concentrar no tema probatório levado pelas partes ao processo, não sendo defeso ao juiz determinar provas de fatos estranhos àqueles deduzidos, ainda que sob o pretexto da busca da verdade.

¹⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. 23^a edição. São Paulo: Saraiva, 2006, vol. 2, p 77.

¹¹ Poderes instrutórios do juiz p. 161

¹² Barbi, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil, 10^a ed. Rio de Janeiro, Forense 1998. vol. I.

¹³ José Roberto dos Santos Bedaque (ob. cit. p. 109/110) sustenta que “a melhor maneira de preservar a imparcialidade do magistrado é submeter sua atividade ao princípio do contraditório e impor-lhe o dever de motivar suas decisões”

- iii. O magistrado poderá requerer de ofício a produção de provas em qualquer momento processual, anteriormente à prolação da sentença, não havendo que se falar em preclusão de tal faculdade. Referida faculdade também é concedida aos magistrados de segundo grau.
- iv. O ânimo probatório do magistrado deve se limitar à resolução de grande perplexidade em face de provas contraditórias, confusas ou incompletas, ou, ainda, em face de controvérsias que demandem determinadas provas, cuja existência é sabida pelo magistrado, porém sua produção não foi requerida no momento oportuno pelos litigantes. Entendemos que nesse segundo caso, ao juiz será facultada essa possibilidade nos casos em que estejam presentes motivações de ordem pública e igualitária¹⁴, que se podem traduzir pelas ações em ações que tenham por objeto direitos indisponíveis, ou quando o magistrado em face das provas produzidas se encontre em estado de perplexidade ou ainda, quando haja significativa desigualdade econômica ou sociocultural entre os litigantes, para os casos de jurisdição voluntária.
- v. A instrução oficial não deve se limitar em função da natureza do debate (disponível ou indisponível), pois além de não haver dispositivo legal que autorize tal distinção, o objetivo – paz e tranquilidade social – buscado pela função jurisdicional justifica plenamente a “ativação da conduta do juiz”.

A doutrina moderna abandonou definitivamente a concepção privatista do direito processual, que via no processo um instrumento para a proteção do direito subjetivo e, portanto, totalmente subordinado à vontade das partes

¹⁴ Direitos civil e processual civil. Investigação de paternidade. Prova genética. DNA. Requerimento feito a destempo. Validade. Natureza da demanda. Ação de estado. Busca da verdade real. Preclusão. instrução probatória. Inocorrência para o juiz Processo civil contemporâneo. Cerceamento de defesa. art. 130, CPC. Caracterização. Dissídio caracterizado. precedente. recurso provido. I - Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando está diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando, em face das provas produzidas, se encontra em estado de perplexidade ou, ainda, quando há significativa desproporção econômica ou sóciocultural entre as partes. II – Além das questões concernentes às condições da ação e aos pressupostos processuais, a cujo respeito há expressa imunização legal (CPC, art. 267, § 3º), a preclusão não alcança o juiz em se cuidando de instrução probatória. III - Diante do cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído ao processo contemporâneo, o juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir uma posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório. IV - Na fase atual da evolução do Direito de Família, não se justifica incolher a produção de prova genética pelo DNA, que a ciência tem proclamado idônea e eficaz. (REsp 222.445/PR, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 07.03.2002, DJ 29.04.2002 p. 246)

litigantes. A orientação atual, de tendência nitidamente publicista, reconhece a existência de um interesse no resultado do processo que extravasa o estreito limite das relações nele discutidas. A atuação do ordenamento jurídico interessa a toda coletividade. Por esse motivo, admite-se a ampliação dos poderes do juiz no processo, para investigação da verdade real, visto que formal não mais satisfaz ao processualista atento aos fins sociais da sua ciência.¹⁵

Não obstante os poderes instrutórios do juiz, é certo que, ainda vigora o princípio dispositivo, tendo em vista que, a despeito dos sujeitos do processo estabelecerem limites quanto aos fatos a serem examinados, eles não o fazem em relação aos meios de prova que o juiz entender necessários à formação do seu convencimento, não sendo, portanto, atividade meramente complementar. “O juiz deve atuar de forma dinâmica, visando a trazer para os autos retrato fiel da realidade jurídico-material”.¹⁶

Alguns autores entendem que o princípio é absoluto, sendo esse o magistério de Moacyr Amaral dos Santos “no tocante à afirmação dos fatos em que se funda o pedido, o que o juiz depende inteiramente das partes”, porém “não o é no concernente à prova dos fatos, porquanto, se, como regra, cabe à iniciativa das partes dar a prova dos fatos alegados, concede a lei também ao juiz o poder de ordenar de ofício, as diligências necessárias à instrução do processo”.¹⁷

José Roberto dos Santos Bedaque assevera que a “denominação ‘princípio dispositivo’ deve expressar apenas as limitações impostas ao juiz, em virtude da disponibilidade do direito; e que são poucas, pois se referem aos atos processuais das partes voltados diretamente para o direito disponível”. E, finaliza, “ainda que se dê maior abrangência ao referido princípio (dispositivo), não pode ele implicar restrição ao poder investigatório do juiz, O chamado princípio dispositivo em sentido impróprio ou processual não tem razão de ser, pois entre os deveres do juiz está o de tomar iniciativa quanto à determinação dos meios probatórios, atendido o âmbito

¹⁵ José Roberto dos Santos Bedaque. Poderes instrutórios do juiz. p. 133.

¹⁶ *Ibid.* p. 94.

¹⁷ Primeiras linhas de direito processual civil. v. 2. p. 77/78. O autor entende que o princípio dispositivo é relativo à relação material e não processual. Discorrendo que, tratando-se de direito disponível “as partes têm ampla liberdade para dele dispor, através de atos processuais (renúncia, desistência, reconhecimento do pedido). E não pode o juiz opor-se à prática de tais atos, exatamente em virtude da natureza do direito material em questão. Essa sim corresponde à verdadeira e adequada manifestação do princípio dispositivo”. Concluindo que as restrições referentes ao início do processo e à instrução da causa não decorrem do princípio dispositivo, pois não tem qualquer nexo com a relação material.

de investigação estabelecido pelas partes na determinação dos elementos objetivos da demanda (pedido e causa de pedir).¹⁸

Calamandrei¹⁹, analisando a ligação entre os poderes instrutórios do juiz e o princípio dispositivo leciona:

Em geral, o outorgar ao juiz o poder de escolher e de utilizar por si os meios de prova que considere mais idôneos para constatar a verdade no âmbito delineado pelas petições das partes, não está em oposição com o caráter disponível da relação controvertida: o poder de disposição das partes se manifesta em assinalar os limites do *thema probandum*, mas, dentro deste limites, o reconhecer ao mesmo juiz que deve indagar sobre a verdade dos fatos alegados pelas partes, uma certa autonomia na eleição dos métodos de investigação, aparece como uma necessidade de ordem técnica, que não tem nada a ver com o respeito à vontade das partes.

Conclui ainda que os poderes instrutórios do juiz não são incompatíveis com a manutenção do princípio dispositivo:

O velho aforisma que impunha ao juiz decidir *secundum allegata et probata partium* permanece intacto, só no que se refere aos *secundum akkegata*, que constituem sempre o limite insalvável da declaração de certeza do juiz, mas, com respeito ao *probata paritum*, o novo processo diminui notavelmente sua importância, enquanto outorga ao juiz, em proporção muito mais ampla que o velho Código, o poder de encontrar por si, sem esperar sugestão das partes, os meios mais idôneos para alcançar a verdade.

Mesmo se acolhendo a possibilidade de ampla investigação probatória do juiz, deve-se ter em vista que sempre haverá a possibilidade de o juiz se defrontar com uma situação quanto ao material fático da ação, forçando-o, consequentemente, a se valer das regras de julgamento baseadas no ônus da prova para solucionar a lide.

Dada a insuficiência de nossos meios e os limites de nossas possibilidades de conhecimento pode acontecer em cada processo que não seja aclarado em todos os detalhes o acontecimento que serve de base à controvérsia e que circunstância importantes não puderem ser averiguadas. Mas tal non liquet nas questões de fato não podem conduzir a um non liquet nas questões de direito: o magistrado deve dar uma solução a cada caso. Isto se facilita graças as normas dobram ônus de prova, que em tal caso darão uma indicação sobre o conteúdo de sua sentença; em particular para resolver quando se tem uma incerteza.²⁰

¹⁸ José Roberto dos Santos Bedaque. Poderes instrutórios do juiz. p. 93.

¹⁹ Calamandrei, Pietro. Direito Processual Civil, Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbieri

²⁰ Leo Rosenberg. Tratado de derecho procesal civil, tomo II. P. 221.

Tais regras de julgamento contidas atualmente no art. 373 do CPC/2015 e também expressa no art. 818 da CLT, não restringem a extensão dos poderes instrutórios do juiz conforme disposto no art. 370 do CPC/2015 e seu parágrafo único, pois o juiz se valerá delas apenas após ter analisado a necessidade de determinar provas de ofício, em vista daquelas produzidas pelos litigantes e, mesmo assim, não ter formada sua convicção pelas provas trazidas aos autos.

Afirma-se que a regra do ônus da prova se destina a iluminar o juiz que chega ao final de um procedimento sem se convencer sobre como os fatos se passaram. Nesse sentido, a regra do ônus da prova é um indicativo para o juiz se livrar do estado de dúvida e, assim, julga o mérito e colocar fim ao processo. Tal dúvida deve ser paga pela parte que tem o ônus da prova. Se a dúvida paira sobre o fato constitutivo, essa deve ser suportada pelo autor, ocorrendo o contrário em relação aos demais fatos.²¹

Chiovenda²² discorre que provados pelo autor os fatos constitutivos, ficará a cargo do réu diligenciar na produção de sua prova, que pode ocorrer de duas formas:

- i. Ou ele prova fatos que atestam a inexistência do fato provado pelo autor, de modo direto ou indireto, e temos a prova contrária ou contraprova;
- ii. Ou ele, sem excluir o fato provado pelo autor, afirma e prova outro que elide os efeitos jurídicos daquele, e temos a verdadeira prova do réu a prova da exceção.

Moacyr Amaral Santos²³ coaduna com os ensinamentos de Chiovenda, pois afirma que ao que lhe parece é a que melhor resolve a problemática, pois prevê todas as hipóteses de afirmações do réu e das quais tenha interesse em dar a prova.

Ao autor cabe dar a prova dos fatos constitutivos da relação jurídica litigiosa. Ao réu, por seu lado, deve prover a prova de suas afirmações, o que pode acontecer de dois modos: a) se alega fatos que atestam, direta ou indiretamente, a inexistência dos fatos alegados pelo autor (prova contrária, contraprova); b) se alega atos impeditivos, extintivos ou modificativos, ou que obstem efeitos ao fato constitutivo (prova da exceção, no sentido amplo).

²¹ Marinoni, Luiz Guilherme e Arenhart, Sergio Cruz (*in* Prova, 2^a ed. rev. E atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 170)

²² Instituições de direito processual civil. p. 449.

²³ Comentários ao código de processo civil. v. IV. P. 26.

Existem também os críticos dessa distribuição do ônus da prova, sob a alegação de que ela não é aplicável em diversas situações. Rosenberg, defende que as normas sobre a distribuição do ônus da prova não devem prevalecer em razão da posição das partes no processo, pois o autor deve provar a realização dos pressupostos fáticos da norma sobre a qual fundamenta sua demanda e o réu deve comprovar os pressupostos da norma pela qual alcança a negativa da demanda, dessa forma, quem visa fazer prevalecer um crédito tem o ônus da prova, seja na qualidade de autor, com intuito de cobrá-lo, seja na de réu, para compensá-lo.

As normas sobre ônus da prova são de uma vez por todas, determinadas de antemão e independentemente da situação processual concreta. O modo de agrupar as afirmações nas alegações das artes não tem influência sobre elas, como tampouco sobre a distribuição dos papéis de parte. Pois não depende do que uma parte tenha afirmado algo, senão de que parte deve fazer a afirmação correspondente.

Por isso, no caso de demanda declaratória positiva, deve provar o nascimento do autor, e no caso de negativa deve fazer-lhe o réu; e no primeiro caso deve provar este último os fatos impeditivos, extintivos ou suspensivos do direito; e no segundo deve prová-los o autor.²⁴

Como se vê nos dias atuais, diferentemente do direito romano, no qual, o juiz não tinha obrigação de proferir a sentença. Caso o juiz romano não chegasse a um convencimento sobre a realidade dos fatos e sobre o direito do autor ou do réu, escusava-se de sentenciar, jurando *sibi non liuere*, ou seja, que não estava conseguindo formar uma opinião segura sobre a causa. Com esse juramento se livrava de sua obrigação de pronunciar sentença e o pretor designava outro juiz em seu lugar.

Em nosso sistema jurídico a função jurisdicional não é privativa. O Estado não pode faltar ao compromisso de fazer justiça. O juiz não pode proferir um *non liquet*, alegando incerteza dos fatos, pela insuficiência de provas.

O professor Arruda Alvim²⁵ ao tentar dar concisão à discussão sobre o ônus da prova nas ações declaratórias negativas concluiu:

O autor deve provar a incerteza jurídica objetiva para a admissão da ação seguindo a regra geral.
Havendo revelia, mas não ocorrendo o efeito da revelia, ainda assim o autor deverá provar a incerteza jurídica objetiva.

²⁴ Tratado de derecho processual civil, tomo II. p 227.

²⁵ Ônus da prova nas ações declaratórias negativas *In: Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, vol. IV. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 738

Se o réu arguir ter direito e embasar essa arguição com fato constitutivo incumbe-lhe o ônus da prova.

Sergio Pinto Martins²⁶ esclarece que:

No Direito Processual do Trabalho muitas vezes não se obtém a verdade real, como se pretende no processo penal. Daí por que é admitida a obtenção da verdade legal, de ser observar a regra do ônus da prova contido na lei.

O Tribunal Superior do Trabalho possui algumas súmulas que tratam do ônus da prova:

Súmula nº 16 do TST

Presume-se recebida a notificação 48 (quarenta e oito) horas depois de sua postagem. O seu não recebimento ou a entrega após o decurso desse prazo constitui ônus de prova do destinatário.

Súmula nº 6 do TST - VIII

É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial.

Súmula nº 212 do TST

O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.

Súmula nº 254 do TST

O termo inicial do direito ao salário-família coincide com a prova da filiação. Se feita em juízo, corresponde à data de ajuizamento do pedido, salvo se comprovado que anteriormente o empregador se recusara a receber a respectiva certidão.

Súmula nº 461 do TST

É do empregador o ônus da prova em relação à regularidade dos depósitos do FGTS, pois o pagamento é fato extintivo do direito do autor (art. 373, II, do CPC de 2015).

Assim, pode-se verificar a discussão em torno do ônus da prova, que por diversas vezes estimula os tribunais, como no caso do Tribunal Superior do Trabalho que entendeu por sumular algumas matérias, indicando de qual parte será o ônus da prova.

Por todo o ventilado nesse capítulo, deve-se ter em mente que os poderes instrutórios conferidos ao juiz não anulam as regras, ou o problema, do ônus da prova. Pelo contrário. Pode-se esperar que por vezes, ao final do processo, as

²⁶ Direito Processual do Trabalho: doutrina e prática forense, 28. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 315.

hipóteses em que haja necessidade de se lançar mão das regras de julgamento sejam muito mais raras, conferindo ao juiz, a oportunidade de buscar a verdade dos fatos conjuntamente com as partes litigantes.

Em conclusão, pode-se dizer que os poderes instrutórios do juiz, previsto nos diplomas vigente, não encontram subordinação em relação às regras de distribuição do ônus da prova, nem muito menos as afeta, pois são problemas que se resolvem em momentos distintos: estas quando da prolação da sentença, após o término da fase instrutória e aqueles, na fase de produção probatória.

2.2 CONCEITO

Em um primeiro momento, para que se possa entender a definição de prova, deve-se ter em mente que a norma jurídica nasce da criatividade humana, com a finalidade de regular as relações pessoais. Tais normas. Se consideradas de forma abstrata, são apenas palavras escritas e inertes, cuja atuação isolada não pode ser invocada.

As normas apenas serão úteis quando ocorrerem fatos na convivência humana, capazes de torná-las aplicáveis. Segundo Luiz Rodrigues Wambier²⁷ “de nada adiantaria a formulação de normas jurídicas que fossem inaplicáveis porque nenhum fato humano as pudesse provocar”.

Ao iniciar sua definição de prova, Luiz Guilherme Marinoni²⁸ bem ressalta:

Antes de mais nada, impõe-se lembrar que o conceito de prova não é, nem pode ser encontrado exclusivamente no campo do direito. Ao contrário, trata-se de uma noção comum a todos os ramos da ciência, como elemento para a validação dos processos empíricos.

E segue conceituando:

Cumpre reconhecer que o fenômeno probatório assume, atualmente, um caráter multifacetário, capaz de imprimir à figura, conforme o prisma através do qual se a observa, diferentes nuances. Escolhido, arbitrariamente, o

²⁷ Curso avançado de processo civil, v. 1. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 472.

²⁸ Marinoni, Luiz Guilherme e Arenhart, Sergio Cruz (*in* Prova, 2^a ed. rev. E atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 57 e 59)

ponto de vista da decisão judicial – eleito por ser, afinal, o escopo do processo de conhecimento e o principal aspecto de preocupação do processualista nesse campo -, tem-se que a prova pode resumir-se em um aspecto argumentativo-retórico, apto a justificar a escolha de uma das teses apresentadas pelas partes no processo. Como diz *Taruffo*, a prova “assume a função de fundamento para a escolha nacional da hipótese destinada a constituir o conteúdo da decisão final sobre o fato”.

Nessa perspectiva se retorna à definição que já lançamos. E que parece refletir, razoavelmente, a natureza da prova, como se pretende denotá-la: a prova em direito processual, é todo meio retórico, regulado pela lei, e dirigido, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo.

Para Pontes de Miranda²⁹ “as provas destinam-se a convencer da verdade; tal o fim. Aludem a algum enunciado de fato (tema probatório), que se há de provar. Não só tem por fim convencer juízes, nem só se referem a enunciados de fato que se fizeram perante juízes”.

Cândido Rangel Dinamarco entende que depois de deduzida a pretensão em juízo, que pode ou não corresponder à verdade, contrapõem-se a elas as questões efetuadas pela, que, igualmente, podem ou não corresponder à verdade. A essa dúvida se dá o nome de questões de fato, que deverão ser analisadas e resolvidas pelo juiz da causa, à vista das provas produzidas. Com essa fundamentação, conceitua a prova como sendo “o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inocorrência dos fatos controvertidos no processo”³⁰

Após analisar as diversas definições mencionadas, pode-se dizer que a prova é o meio pelo qual se leva ao conhecimento do magistrado os fatos envolvidos na relação jurídica posta pelas partes litigantes, visando convencê-lo das alegações, para que alcance uma conclusão e entregue, com segurança, a prestação jurisdicional.

Esse é o significado trazido pelo art. 369 do CPC/2015 (art. 332 do CPC/1973), que no entendimento de Ovídio A. Batista da Silva³¹. De acordo com o autor, as ciências geralmente experimentais utilizam a expressão prova “para significar o ensaio, a verificação, ou a confirmação pela experiência, de um dado ou fenômeno, objeto de investigação científica”. Assevera ainda que no processo civil “pode significar tanto a atividade que os sujeitos do processo realizam para

²⁹ Comentários ao código de processo civil. Tomo IV. P. 246.

³⁰ Teoria Geral do Processo, 17^a ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 348.

³¹ Curso de processo civil (processo de conhecimento). 2^a ed. Porto Alegre. Fabris, 1991. p. 275/277.

demonstrar a existência dos fatos formadores de seus direitos que haverão de basear a convicção do julgador, quanto o instrumento por meio do qual essa verificação se faz".

Dessa forma, levando em consideração a conceituação supra, pode-se extrair que a prova tem (i) um objeto, que são os fatos deduzidos em juízo pelas partes, como fundamento de suas alegações; (ii) um destinatário direto, que é o juiz, embora tenha outros indiretos, que são as partes cujas convicções também precisam ser igualmente formadas, a fim de que acolham como justa a decisão, e (iii) uma finalidade: a formação da convicção do juiz sobre determinados fatos da causa.

2.3 OBJETO

Vale iniciar este tópico com duas máximas conhecidas há longa data pelos operadores do direito, *narra mihi factum* e *iura novit curia*. De acordo com esses princípios o juiz conhece o direito, por dever de ofício, cabendo, portanto, às partes a demonstração dos fatos.

Nesse sentido leciona Moacyr Amaral Santos³²

O princípio dispositivo diz respeito à afirmação e à sua interpretação, essa é função específica do juiz. Às partes cabem alegar e fornecer as provas dos fatos, ao juiz aplicar o direito: da *mihi factum dado tibi ius*. E, ao aplicar o direito que emerge dos fatos, independe o juiz das partes: *iura novit curia*.

Já Chiovenda³³ assevera que constitui objeto da prova "os fatos que não sejam reconhecidos e notórios, porquanto fatos que não se possam negar 'sine tergiversatione' dispensam prova". Sendo que além dos fatos incontroversos, as normas jurídicas, "visto que devem ser de conhecimento do juiz, não representam objeto da prova no sentido de que a falta de prova delas possa prejudicar qualquer das partes".

No que diz respeito ao direito, excepciona Chiovenda, afirmando que "quanto às normas que ao juiz cumpra, de fato, aplicar, no caso de provadas, mas

³² Primeiras linhas de direito processual civil. p. 77.

³³ Instituições de direito processual civil. III v. p. 113.

que não é obrigado a conhecer, ou seja, as normas de direito *consuetudinário* e as normas de direito estrangeiro".

Após a análise do que não se prova, pode-se chegar à conclusão se provam as alegações de fatos: (i) pertinentes, que dizem respeito à lide; (ii) relevantes, que terão influência na solução da lide; (iii) controversos, que tem resistência da parte contrária.

Além disso, verifica-se que há grande dificuldade em provar negativas indefinidas, ou seja, se provar, por exemplo, a negativa pura e simples de que não se é devedor. Moacyr Amaral Santos ensina que a dificuldade ou a impossibilidade dessa prova negativa, não provém da sua característica negativa, mas sim de seu caráter indefinido.

Não se faz prova de uma negativa indefinida, que seja realmente impossível, não em razão de seu caráter negativo, pois que a prova de uma afirmativa indefinida seria igualmente impraticável: como provar-se que jamais vi tal pessoa? Mas como, por sua vez, provar que sempre usei tal joia? Em suma, pode-se concluir que a impossibilidade não decorre da circunstância de se tratar de um fato negativo, mas sim de ser ele indefinido, tanto que diversamente não ocorreria na hipótese de uma afirmativa indefinida.³⁴

Portanto, daí se verifica a impossibilidade de se fazer prova de uma negativa indefinida. Não sendo, consequentemente objeto de prova.

2.4 DESTINATÁRIO

O destinatário da prova de forma direta será o juiz, isso porque o objetivo da prova é justamente formar sua convicção sobre determinadas alegações e, de forma indireta, as partes, que deverão ser convidadas de forma a acolherem a decisão como justa.

Marinoni, ao analisar que a prova não se presta à reconstrução da verdade, pois ela assume papel de argumento retórico voltada ao convencimento do juiz, no sentido de que aquilo que se aduz efetivamente merece crédito e porque o juiz é influenciado por critérios políticos, sociais, econômicos, históricos, etc., assevera que

³⁴ Prova judiciária no cível e no comercial. V. I. p. 176.

é de fundamental importância colocar o juiz no centro do problema probatório, haja vista ser ele “o destinatário final da prova porque é ele, enquanto representante do Estado-Jurisdição, quem deve estar convencido da validade (ou não) das proposições formuladas.”³⁵

No mesmo sentido, Moacyr Amaral Santos³⁶ expõe que o destinatário direto da prova é o juiz, em razão de “as afirmações de fatos, feitas pelos litigantes, se dirigem ao juiz, que precisa e quer saber a verdade quanto aos mesmos. Para esse é que se produz a prova, na qual o juiz irá formar a sua convicção. O juiz é o destinatário principal e direto: na convicção, que formar, assentará a sentença”.

Opostamente às posições acima trazidas, o professor Nelson Nery Jr. Ensina que o destinatário da prova é o processo, pois “o juiz deve julgar segundo o alegado em processo, vale dizer, o instrumento que reúne elementos objetivos para que o juiz possa julgar a causa. Portanto, a parte faz a prova para que seja adquirida pelo processo. Feita a prova, compete à parte convencer o juiz da existência do fato e do conteúdo da prova. Ainda que o magistrado esteja convencido da existência de um fato, não pode dispensar a prova se o fato for controvertido, não existir nos autos prova do referido fato e, ainda, a parte insistir na prova.”

Dessa forma, levando em consideração os ensinamentos desses grandes autores, bem como o art. 371 do CPC/2015 e o art. 131 do CPC/1973, pode-se dizer que apesar de a prova ser produzida no processo ela é a formar a convicção do juiz, fazendo dele, assim, o destinatário da prova. Não significando também que o juiz possa dispensar uma prova porque no seu íntimo já está convencido, uma vez que ele deve motivar sua decisão com base nos elementos constantes do processo.

2.5 1.5 FINALIDADE

Pode-se dizer que a finalidade da prova é levar ao magistrado a convicção sobre a veracidade ou não das alegações dos fatos. Para Pontes de Miranda, “a prova tem por fito levar a convicção do juiz”.³⁷

³⁵ Comentários ao código de processo civil. v. 5. p. 67.

³⁶ Primeiras linhas de direito processual civil. 2. v. p. 328

³⁷ Comentários ao código de processo civil. Tomo IV. p. 257.

Ao discorrer sobre a finalidade da prova, Marinoni³⁸ partindo da premissa de que a prova não tem por objeto a reconstrução dos fatos que servirão de base para a incidência as regras jurídicas abstratas, afirma que a função da prova é “permitir o embasamento concreto das proposições formuladas, de forma a convencer o juiz de sua validade, diante da impugnação desta, por outro sujeito do diálogo”.

Para Chiovenda³⁹ “provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo”.

Leo Rosenberg afirma que a prova “é uma atividade que deve erigir o juiz (*judici fit probatio*) o convencimento da verdade ou falsidade de uma afirmação”.

No mesmo sentido, Eduardo J. Couture dispõe:

O regime vigente leva as partes a esgotarem os meios facultados pela lei para formar o espírito do juiz um estado de convicção acerca da existência ou inexistência das circunstâncias relevantes do processo.

Assim, analisando os autores acima, pode-se afirmar que a prova tem por escopo formar a convicção do juiz acerca da existência ou inexistência das afirmações nos autos pelas partes litigantes, sendo que, após valoradas as provas, o magistrado possa decidir a lide, de acordo com seu livre convencimento motivado.

2.6 VALORAÇÃO DA PROVA

Inicialmente vale especificar que os sistemas de avaliação da prova são divididos pela doutrina em três: sistema da prova legal; sistema da livre apreciação da prova; e sistema da persuasão nacional.

O sistema da prova legal caiu em desuso no direito moderno. Nesse sistema o legislador atribui a cada prova um valor inalterável e constante, previamente estabelecido, estando o juiz impedido de valorar a prova segundo critérios pessoais e subjetivos de convencimento, de modo diverso daquele estabelecido em lei.

Moacyr Amaral Santos disserta sobre o assunto:

³⁸ Comentários ao código de processo civil. v. 5. p. 70.

³⁹ Instituições de direito processual civil. III v. p. 109.

Dá-se nesse sistema aquilo que Lessona, Gusmão e outros chamam de tarifamento das provas, eis que cada prova tem como que tabelado o seu valor, do qual não há fugir, tornando-se assim o juiz órgão passivo incumbido apenas de, verificado o valor atribuído pela lei a cada prova, reconhece-lo na sentença, sem que lhe caiba apreciar a prova na conformidade da eficácia quem na formação de sua convicção.

Conforme esse critério, o juiz tem de manifestar a verdade que decorrer apenas do alegado e provado – *secundum allegata et probata judicare debet*, no sentido de que não lhe é permitido julgar senão na conformidade daquilo que foi alegado pelas partes e provado nos autos, muito embora outra seja a verdade, bem como deverá cingir-se escrupulosamente às regras legais, quanto à eficácia da prova.

Ainda hoje, inclusive com o advento do CPC/2015, esse sistema pode ser notado. Como por exemplo, o art. 405 que dispõe que o documento público não faz prova só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o chefe de secretaria, o tabelião ou o servidor declarar que ocorram em sua presença, também o art. 406 que dispõe quando a lei exigir instrumento público, como da substância do ato, nenhuma outra prova poderá suprir-lhe a falta.

Pode-se verificar que o novo código dedicou uma subseção inteira a regular a força probante de provas documentais.

Já no sistema da livre apreciação da prova, o juiz aprecia livremente a prova, sem qualquer limitação legal, atribuindo-lhe o valor que entender adequado, podendo, inclusive, sobrepor o depoimento de uma testemunha a uma escritura pública. Sendo esse corriqueiramente observado na instrução trabalhista.

Ovídio Baptista⁴⁰ ensina que de acordo com o sistema da livre apreciação da prova, também chamado de princípio do livre convencimento, o juiz é soberano e livre na formação de sua convicção sobre os fatos da causa. Afirmado que o juiz poderá levar em consideração, não apenas o depoimento de uma testemunha, mas em suas impressões pessoais, colhidas tanto no comportamento da testemunha, quanto nas atividades e comportamento processual das partes.

Pontes de Miranda assevera que ambos os princípios citados se levados ao excesso, não são bons.

Ambos os princípios, o da apreciação livre da prova, que está no Código de Processo Civil, art. 131, 1^a parte (verbis “apreciará livremente a prova”), e o da teoria legal da prova, com os seus tentáculos, se levados ao excesso, são maus; porém o da teoria legal da prova ainda é pior do que o mais amplo sistema de livre apreciação. Aliás, eles correspondem a estruturas políticas, e a mistura dos dois, em contradição em vez de entrosarem, ou a prevalência de um em estruturas opostas, obedece, or vezes, a desígnios

⁴⁰ Curso de processo civil. v. 1. p. 286.

políticos. Nos regimes de pouca liberdade e de legislação que tenta limitar o poder dos reis e seus juízes, é natural que se arquitete teoria legal da prova, ou que os reis e seus juízes dela se valham para conter a classe, a que pertencem os juízes, nos seus surtos de justiça ampla. De regra, porém, ao mesmo tempo que cerceavam a liberdade lá fora, os reis queriam todo o poder aos seus juízes, e contra isso, durante séculos, lutou o direito canônico, quando não desenvolviam os eclesiásticos o julgamento por equidade(...)

O inconveniente do princípio da livre iniciativa, sem limites claros, é o de aumentar enormemente a responsabilidade juiz, ao mesmo tempo que abre a porta às impressões pessoais, às suas convicções de classe ou políticas, às suas tendências de clã ou de clube. Só em ambiente de liberdade de pensamento e de imprensa poderia dar bons resultados tal sistema, porque então haveria a repercussão na opinião pública e a crítica técnica depuradora.⁴¹

Tem-se ainda um terceiro sistema, chamado de persuasão racional, que apesar de se assemelhar com à tese do livre convencimento, limita o magistrado quanto à legitimidade da formação do seu convencimento.

Nelson Nery Junior denomina esse terceiro sistema como do livre convencimento motivado e assim o analisa:

O juiz é soberano na análise das provas produzidas nos autos. Deve decidir de acordo com o seu convencimento. Cumpre ao magistrado dar as razões de seu convencimento. Decisão sem fundamentação é nula de *pleno iuri* (CF 93 IX). Não pode utilizar-se de fórmulas genéricas que nada dizem. Não basta que o juiz, ao decidir, afirme que defere ou indefere o pedido por falta de amparo legal: é preciso que diga qual o dispositivo de lei que veda a pretensão da parte ou interessado e porque é aplicável no caso concreto.

Para Moacyr Amaral dos Santos, esse sistema é equidistante dos anteriormente mencionados e afirma que:

O juiz, não obstante, aprecie as provas livremente, não segue as suas impressões pessoais, mas tira a sua convicção das provas produzidas, ponderando sobre a qualidade e *vis probandi* destas; a convicção está na consciência formada pelas provas, não arbitria e sem peias, e sim condicionada a regras jurídicas, a regras da lógica, as regras de experiência, para tanto que o juiz deve mencionar na sentença os motivos que a formaram.⁴²

Em vista disso, o magistrado detém liberdade condicionada a certas regras:

- a) Aos fatos nos quais se funda a relação jurídica contravertida;
- b) Às provas desses fatos, colhidos na causa;
- c) Às regras legais e a máximas de experiência; e por isso é condicionada,

⁴¹ Comentários aos código de processo civil. Tomo II. p. 403.

⁴² Prova judiciária no cível e no comercial. v. I. p. 359.

d) Deve ser motivada.⁴³

Verifica-se assim, que não apenas o dever de motivação restringe a liberdade de exame do julgador, pois ele ainda terá que analisar os fatos provados nos autos. Ou seja, apenas sobre os fatos da causa, isto é, aqueles que estejam no processo. Pontes de Miranda denomina isso de princípio da constância da prova dos autos.⁴⁴

⁴³ *Ibid.* p. 359

⁴⁴ Comentários ao código de processo civil. Tomo II. p. 406.

3 PROVA DOCUMENTAL

3.1 CONCEITO DE DOCUMENTO

O documento, desde a invenção da escrita, sempre foi tido como o único meio eficaz de tornar imutáveis os registros dos fatos e de declarações.

Com o passar do tempo, levemente se notou uma minimização da importância da escrita. Isso porque, foram surgindo outras formas de armazenamento e transmissão de informações.

Além disso, aos poucos, foi se adquirindo confiança aos novos métodos.

Todavia, o documento, como meio de prova, não é apenas o registro da palavra escrita.

Para Pontes de Miranda “o documento, como meio de prova, é toda coisa em que se expressa por meio de sinais, o pensamento”, se supondo “o conteúdo intelectual como elemento identificador do documento” exemplificando como além da escrita “os marcos das terras, as cercas dos campos de tênis, ou as árvores que rodeiam sítios, exprimem pensamentos, sem serem documento, no sentido da prova documental, e não podem produzir motivos documentais de prova”.⁴⁵

Cândido Rangel Dinamarco, assevera que:

Documento é sempre alguma coisa portadora da capacidade de provar um fato. O vocábulo vem do latim *doceo*, que significa ensinar. Quando se fala em documento, portanto, pensa-se logo nps gatos a serem demonstrados ao juiz mediante eles, ou nas alegações cuja veracidade precisa ser provada.⁴⁶

Já Chiovenda define:

Documento, em sentido amplo, é toda representação material destinada a reproduzir determinada manifestação do pensamento, como uma voz fixada duradouramente (*vox mortua*).

⁴⁵ Comentários aos código de processo civil. tomo IV. p. 357.

⁴⁶ Fundamentos do processo civil moderno – São Paulo: Malheiros Editores, 4^a ed., 2001. p. 450/451.

Francesco Carnelutti⁴⁷, ao diferenciar documento de testemunho, assevera que documento é um ato e testemunho é um fato. Sendo que a atividade humana aparece em ambos. A diferença reside na presença ou não do fato representado na formação do fato representativo. No documento a formação é imediata, pois há a descrição do fato enquanto ele ocorre. Todavia, no testemunho, o fato já ocorreu e a atividade fica restrita à representação de um fato passado. Concluindo “que o que se forma fora da presença do fato documentado é o testemunho, e o documento desta se constitui ao invés, na presença da mesma (...) o documento não é somente uma coisa, mas uma coisa representativa, isto é, capaz de representar um fato”.

Além dessa, a doutrina traz outra diferença que vale a pena abordar. A diferença entre o documento e o instrumento, uma vez que o instrumento seja espécie do gênero documento, o instrumento é formado especificamente para provar certo fato jurídico, tratando-se sempre de prova pré-constituída. Nas palavras de João Batista Lopes, “instrumento é espécie de documento constituído com a intenção de fazer prova no futuro”.⁴⁸

3.2 ELEMENTOS DOS DOCUMENTOS

Em um primeiro momento ao se falar de documento, de pronto se tem a imagem do documento em papel. Porém o seu suporte não se limita à via do papel escrito. O que caracteriza o suporte é o fato de tratar-se de elemento real, não importando sua natureza específica. Assim o suporte pode ser papel fotográfico, a fita cassete, o CD, o DVD, entre outros. José Francisco Marques⁴⁹ leciona que “pode haver documento, no entanto, em que a palavra escrita esteja formada em outra coisa, como por exemplo, a madeira, a pedra, a cera, e assim por diante. Por outro lado, no papel pode haver documento não escrito, com a reprodução de fatos ou coisas constantes em desenhos, mapas ou símbolos”.

Nos dias de hoje, com o avanço tecnológico, o papel vem perdendo espaço como método para tornar perene uma informação. Vários são os motivos. Apenas

⁴⁷ A prova civil: o conceito jurídico da prova. Tradução e notas por Amilcare Carletti. São Paulo: Universitária de Direito, 2002. p. 179/181.

⁴⁸ A prova no direito processual civil. p. 112.

⁴⁹ Manual de direito processual civil. p. 207.

para exemplificar, pode-se mencionar o volume de espaço que ocupam, se comparados com meios eletrônicos de armazenagem, os custos de arquivamento, tendo em vista o espaço necessário e o ambiente controlado, para que não pereçam, entre outros.

Pela simples observação dos avanços tecnológicos ao nosso redor, não seria audácia afirmar que o papel está com seus dias contados. Por óbvio que já se está inegavelmente em momento de transição, no qual utilizar outros meios de armazenagem não é por muitas vezes uma opção, mas sim uma obrigação.

Marinoni, afirma que “constitui o elemento físico do documento, a sua expressão exterior, manifestação concreta e sensível; é, enfim, o elemento material, no qual se imprime a ideia transmitida”.⁵⁰ Concluindo que o suporte do documento não se limita ao papel escrito, isso porque, o que o caracteriza é o fato de ser um elemento real, não importando sua natureza.

Sobre o conteúdo do documento, José Frederico Marques⁵¹ discorre que “conteúdo do documento é aquilo que constitui objeto da representação, isto é, o fato nele descrito, as declarações ali reproduzidas. ” Além de que “as declarações são enunciativas ou dispositivas: as primeiras informam sobre um fato, ato ou acontecimento, como declarações de ciência; e as segundas representam manifestações de vontade referente o ato ou negócio jurídico”.

Pontes de Miranda⁵² ensina que “tem-se como autor do documento particular a pessoa que o fez e assinou, ou que foi presenteada ou representada na feitura e na assinatura. Bem assim, se tratando de livros comerciais ou de assentos em livros, páginas ou fichários, usados em exercícios de alguma profissão, ou de assentos domésticos, se há ordem para isso, escrita, oral ou costumeira, e mesmo sem qualquer assinatura (e. g., nota de compra, bilhete de entrada) ”.

A questão da autoria tem relevância para que se identifique o documento como público ou privado. Será público quando o autor imediato for alguém investido de função pública, e a formação se der no exercício dessa função. Por outro lado, será particular quando a autoria for e um particular ou mesmo de um agente público, desde que não encontre investido dos poderes inerentes ao cargo.

⁵⁰ Comentários ao código de processo civil. 5. v. tomo II . 20.

⁵¹ Manual de direito processual civil. p. 204.

⁵² Comentários aos código de processo civil. tomo IV. p. 367.

Ligado à autoria, tem-se a questão da subscrição, isso porque não basta que o documento indique sua autoria, é preciso também que o prove. Essa prova é feita pela subscrição, que consiste no lançamento, na parte inferior do documento, da assinatura de seu autor. A assinatura indica e prova, além da autoria do documento, que a declaração nele representada foi querida pelo autor do fato documentado.

Todavia, constando assinatura e indicação do autor no documento, não se conclui, apenas por isso, que seja autêntico. Isso porque, pode ser falsa a indicação de autoria. Na subscrição ou assinatura, como ensina Carnellutti, tem-se a autoria aparente, que pode ou não ser verdadeira. A certeza da autoria se verifica pela coincidência entre a aparente e a real. A autenticidade consiste, portanto, na coincidência entre o autor aparente e o autor real.

3.3 ORIGINAL E CÓPIA

Vale iniciar fazendo-se uma distinção comum entre documentos originais e cópias. Sendo os primeiros, genuínos, formados inicialmente. Os segundos são confeccionados para representar a existência de outros documentos.

Jônathas Milhomens ensina que o “original é o primeiro escrito em que se concretiza o ato, o contrato, o instrumento, considerando-se original, por disposição legal, o primeiro traslado das escrituras lançadas nos livros de notas os tabeliões”.⁵³

Segue definindo a cópia como “a reprodução dos documentos”, compreendendo-se várias espécies:

- a) Traslado, que é a cópia fiel do original;
- b) Traslado de traslado, que é a cópia de um traslado;
- c) Públlico-forma, a cópia literal avulsa de um documento;
- d) Registro, cópia feita ou escrita em algum dos livros de notas públicas, especialmente destinados para esse fim;
- e) Certidão de teor, cópia de tudo quanto, originalmente ou não, estiver escrito em qualquer dos livros de notas públicas, ou dos autos;
- f) Certidões em relatório, cópias que se referem apenas a indicados pontos, indicadas passagens de um documento;
- g) Estrato, a cópia parcial de um documento.⁵⁴

⁵³ A prova no processo. p. 358.

⁵⁴ A prova no processo. p. 358/359.

Para José Francisco Marques⁵⁵ “original é o documento genuíno em que se instrumentalizou o ato ou o fato representado, enquanto que a cópia é a reprodução do documento original”.

Dessa forma, seguro afirmar que o documento original é o documento em sua forma genuína, de origem em que se lançou o ato e a cópia é a reprodução do original.

3.4 DOCUMENTO PÚBLICO E DOCUMENTO PRIVADO

Como já ventilado alhures, o documento pode ser classificado como público e privado ou particulares, de acordo com sua autoria ou origem.

Nelson Nery Junior define documento público da seguinte forma:

É conceito que abrange o de instrumento público e o de documento público, stricto sensu: a) instrumento público é a composição redigida em linguagem escrita, por oficial público, no exercício e de acordo com as atribuições próprias de seu cargo e conforme a forma especial prescrita em lei, com o fito de preservar e provar fato, ato ou negócio jurídico em virtude de cuja existência foi confeccionado e em virtude de cuja validade é necessária sua confecção; b) documentos públicos são escritos elaborados sem o fito de servir de prova, mas podendo eventualmente, assim ser utilizados.⁵⁶

Para Pontes de Miranda⁵⁷ “os documentos, ou são públicos, feitos pelo Estado, com ou sem fé pública, através de qualquer de seus órgãos, como a escritura pública, a ata de audiência, a certidão do oficial de justiça, ou privados (particulares). O Estado mesmo elabora documentos privados, como qualquer ato de seus órgãos que não seja ato jurídico estatal. A Lei é documento público, a transcrição e inscrição nos registros públicos são documentos públicos; a afirmação do Estado em juízo, como autor ou como réu, não o é”.

Luiz Guilherme Marinoni⁵⁸, no mesmo sentido, ensina que o documento público é aquele “formado perante e por autoridade pública, no exercício de suas atribuições legais. Ao contrário, o conceito de documento particular se toma por

⁵⁵ Manual de direito processual civil. p. 205.

⁵⁶ Código de processo civil comentado p. 816 e 818

⁵⁷ Comentários ao código de processo civil. Tomo IV. p. 357.

⁵⁸ Comentários ao código de processo civil. 5. v. Tomo II. p. 38/39.

exclusão, como sendo aquele, em que, para sua formação, não contribui qualquer agente público exercendo função pública”.

O conceito de documento particular toma-se por exclusão, como sendo aquele em que não contribui qualquer agente público exercendo função pública, ou, na lição de Humberto Theodoro Júnior⁵⁹, “aqueles em que não ocorre interferência de oficial público em sua elaboração”.

E segue explicando que os documentos particulares podem assumir as feições de declaração:

- 1- Escrita e assinada pelo declarante;
- 2- Escrita por outrem e assinada pelo declarante;
- 3- Escrita pela parte, mas não assinada (papéis domésticos e anotações posteriores em documentos assinados);
- 4- Nem escrita nem assinada pela parte (livros comerciais)

3.5 EFICÁCIA DOS DOCUMENTOS PÚBLICOS E PRIVADOS

O CPC/2015 recepcionou quase que integralmente o artigo 364 do CPC/1973, por meio do artigo 405. Porém trouxe uma novidade, o artigo 384 que dispõe sobre a ata notarial.

Referido artigo dita que a existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião.

E em seu parágrafo único prevê a possibilidade de constatação em ata notarial de dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos.

De qualquer forma, verifica-se que a fé pública que se confere às declarações ali contidas e que são atribuídas às partes pelo oficial, tem presunção de veracidade relativa, ainda que a CF/88 em seu artigo 19, II, estabeleça que “é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios recusar fé aos documentos públicos”. Essa presunção tem por objeto a efetiva realização do ato

⁵⁹ Curso de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 2 v. p. 444.

jurídico a que se refere, bem como as circunstâncias de sua realização, tais como declaradas pelo escrivão, tabelião ou funcionário que for o seu autor material.⁶⁰

No tocante aos documentos particulares, verifica-se que o CPC/2015 também recepcionou quase que integralmente o artigo 368, por meio do artigo 408, regramento que também fica claro no artigo 219 do Código Civil.

Referidos dispositivos ditam que as declarações constantes nos documentos particulares, quando escrito e assinado, ou somente assinado, presumem-se verdadeiras em relação ao seu signatário.

Já no artigo 412 do CPC/2015 que recepcionou o artigo 373 do CPC/1973 com algumas ressalvas, deixa claro que em não sendo contestada a autenticidade do documento particular, presume-se que seu signatário ter emitido a declaração.

Além disso, tem-se que qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou de outro tipo, faz prova dos fatos ou das coisas representadas se aquele contra quem foram produzidos lhe admitir a conformidade.

O Novo Código de Processo Civil trouxe alguns regramentos necessários ao momento, sendo o caso do artigo 422 que dispõe:

Art. 422. Qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, a cinematográfica, a fonográfica ou de outra espécie, tem aptidão para fazer prova dos fatos ou das coisas representadas, se a sua conformidade com o documento original não for impugnada por aquele contra quem foi produzida.

§ 1º As fotografias digitais e as extraídas da rede mundial de computadores fazem prova das imagens que reproduzem, devendo, se impugnadas, ser apresentada a respectiva autenticação eletrônica ou, não sendo possível, realizada perícia.

§ 2º Se se tratar de fotografia publicada em jornal ou revista, será exigido um exemplar original do periódico, caso impugnada a veracidade pela outra parte.

§ 3º Aplica-se o disposto neste artigo à forma impressa de mensagem eletrônica.

Já as simples fotocópias, quando não autenticadas por escrivão que deter fé pública, estão sujeitas às regras dos artigos 422 e 424 do CPC/2015. Em não sendo impugnadas no prazo do artigo 430 do CPC/2015, terão eficácia probatória equivalente à do original.

Além disso, quando o documento contiver emenda, borrar, ou cancelamento, sem ressalvas, em ponto substancial, o juiz apreciará fundamentadamente a fé que deva merecer (artigo 426 do CPC/2015). Para Nelson Nery Junior “a regra é de que

⁶⁰ Antônio Carlos de Araújo Cintra. Comentários ao código de processo civil. v. IV. p. 97

o documento deve ser o mais límpido possível e revelador dos fatos probandos de forma nítida, clara e indiscutível. Por isso os espaços em branco devem ser inutilizados e as emendas e rasuras ressalvadas. Se nada disso tiver sido feito, esses defeitos podem comprometer a eficácia do documento”.⁶¹

No tocante ao documento assinado em branco, é pressuposto de sua existência a convenção de preenchimento entre o subscritor e aquele que deverá preencher o papel, ou completá-lo com as declarações acertadas (parágrafo único do artigo 428 do CPC/2015).

Antonio Carlos de Araújo Cintra afirma que para os casos em que não se vislumbra esse pacto, em se reconhecendo a falsificação do documento “a fé deste cessará nos termos do disposto no artigo 387 do Código de Processo Civil e não com a antecipação excepcional estipulada no artigo 338”.⁶²

No CPC /2015 tais dispositivos se encontram nos artigos 427 e 428.

3.6 PRODUÇÃO DA PROVA DOCUMENTAL

Em regra, os documentos deverão ser juntados aos autos em momento próprio. Pelo autor deverão ser juntados com a petição inicial conforme prescreve o artigo 320 do CPC/2015 e artigo 787 da CLT, bem como pelo réu deverão ser apresentados juntamente com a contestação, nos termos do artigo 845 da CLT, bem como artigos 335 e 434 do CPC/2015.

Eventualmente, para a comprovação de fato novo, poderão as partes apresentar documentos após essa fase, conforme prescreve o artigo 435 do CPC/2015. Podendo ainda ser apresentado documento novo quando na oportunidade processual adequada não poderia ser exibido, porque inexistia.⁶³

⁶¹ Código de processo civil comentado. p. 866.

⁶² Comentários ao código de processo civil. v. IV. p. 128.

⁶³ Art. 435. É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos.

Parágrafo único. Admite-se também a juntada posterior de documentos formados após a petição inicial ou a contestação, bem como dos que se tornaram conhecidos, acessíveis ou disponíveis após esses atos, cabendo à parte que os produzir comprovar o motivo que a impediu de juntá-los anteriormente e incumbindo ao juiz, em qualquer caso, avaliar a conduta da parte de acordo com o art. 5º.

Luiz Rodrigues Wambier aduz que o conceito de documento novo pode ser entendido em duas circunstâncias: “a) quando relativos a fatos ocorridos depois da fase postulatória, ou seja, tais documentos seriam novos porque inexistiam anteriormente; b) quando apresentados como contraprova de documentos apresentados pela parte contrária, vale dizer, documentos já existentes, mas que ainda não haviam sido juntados porque não sabia a parte que deles necessitaria”.⁶⁴

Para Sérgio Pinto Martins as partes visando manobras processuais lançam mão de documentos fora do momento oportuno:

Muitas vezes, a parte pretende juntar documento após a audiência inicial, com nítido objetivo de surpreender a parte *ex adversa*. Não irá constituir cerceamento de defesa o indeferimento por parte do juiz da juntada do referido documento. O art. 845 da CLT não ampara tal pretensão, pois diz respeito apenas à juntada de documentos com a defesa e não pelo autor ou em outra oportunidade, o juiz não pode compactuar com a inércia, negligência ou incúria da parte, pois, se esta foi omissa no momento oportuno, deu causa ao prevalecimento da verdade formal (legal) diante da verdade real, justamente porque vem a obstruir ou impedir a busca da verdade real.

Efetivamente o processo trabalhista é mais rigoroso com o momento da juntada dos documentos, pode ser que em razão da previsão de comparecimento das partes em audiência, ou ainda para que se evite o citado elemento surpresa.

De qualquer forma, o parágrafo 1º do artigo 437 do CPC/2015 correspondente ao artigo 398 do CPC/1973 prevê que sempre que uma das partes requerer a juntada de documentos os autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra parte, no prazo de 15 dias.

Anteriormente esse prazo era de 5 dias, porém com a entrada em vigor do CPC/2015 e visando uma uniformização dos prazos processuais, o prazo passou para 15 dias, assim como a maioria dos prazos processuais no referido código.

Morinoni⁶⁵ ensina que não se pode confundir a produção da prova documental, com a apresentação de documentos essenciais à propositura da ação, de que trata o artigo 283 do CPC/1973 (atual artigo 320 do CPC/2015). Assevera que a prova documental, como simples meio de prova, dificilmente pode ser reconhecida como indispensável à propositura da ação, pois, como é evidente, a

⁶⁴ Curso avançado de processo civil. v. 1. 3^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P. 311.

⁶⁵ Manual do processo de conhecimento. p. 388.

prova é mero ônus das partes, que tem interesse em demonstrar a ocorrência dos fatos que afirmam ter ocorrido.

Além disso, devem ser considerados também indispesável à propositura da ação, aqueles documentos que se constituem pressupostos de determinado procedimento, como, por exemplo, a prova escrita sem eficácia de título executivo, de obrigação pecuniária, de entrega de coisa fungível ou de bem determinado, para a propositura da ação monitória (artigo 700 do CPC/2015).

Vale trazer o exemplo supra para melhor elucidar a questão, apesar não estar, por muitas vezes no cotidiano trabalhista.

3.7 FALSIDADE DOCUMENTAL

Sobre o tema pode-se dizer que é dividido em dois tipos, a falsidade material e a ideológica. A primeira diz respeito à própria confecção do documento falso, ou, ainda, à adulteração supressão ou ocultamento de documento verdadeiro, ou ainda, ao uso de documento falso, já a segunda ao conteúdo do documento.

Antonio Carlos de Araújo Cintra ao citar lição de Pontes de Miranda de que documento falso não existe como documento verdadeiro leciona que “a falsidade material está no plano da admissibilidade do documento como prova, de como que, verificada” a sua falsidade material, o documento sequer é apreciado no seu conteúdo”.⁶⁶

Conclui o autor que o incidente de falsidade previsto no antigo artigo 390 do CPC/1973, atual artigo 430 do CPC/2015 e seu parágrafo único destina-se apenas a apurar a falsidade material do documento.

Sendo, entretanto, materialmente genuíno, o documento escrito é examinado por seu conteúdo declaratório de vontade declarada e a vontade real é uma simulação, não uma falsidade documental: a seu respeito se fala em validade ou invalidade, mas não em autenticidade ou falsidade. E a declaração de ciência, por sua vez, pode ser mendaz, quando não se acomoda à realidade, mas tampouco constitui falsidade documental suscetível de apuração por via do incidente sem exame”.⁶⁷

⁶⁶ Comentários ao código de processo civil. v. IV. p. 133

⁶⁷ *Ibidem*

Marinoni, no mesmo sentido, citando artigos do CPC/1973, afirma que o incidente de falsidade somente pode ser invocado para os casos de falsidade material:

A finalidade do incidente somente pode ser compreendida se ele for interpretado à luz do que dizemos artigos 395 e 4º, II, ambos do CPC. Nesses dispositivos consta a específica menção de que o incidente presta à declaração de falsidade ou da autenticidade do documento. Quando o CPC, portanto, utiliza-se da noção de falsidade, o faz em oposição ao conceito de autenticidade, e é exclusivamente esse o campo de perquirição a que se destina esta ação incidental.⁶⁸

Todavia, reconhece que poderá caber incidente de falsidade ideológica em alguns casos, sendo que, isso dependerá do tipo de documento.

Moacyr Amaral dos Santos, entende que o incidente pode ser suscitado para arguir falsidade material ou ideológica:

"Formar documento não verdadeiro", não há dúvida, e, em primeiro lugar, confeccionar documento falso, de modo que "apareça formado por uma pessoa, ou em um tempo ou em um lugar diversos da verdade". Documento, público ou particular, materialmente falso. Mas documento é coisa feita e destinada a fixar, reproduzindo-os, fatos ou manifestações do pensamento. Ou, na definição que adotamos: "é a coisa representativa de um fato e destinado a fixa-lo de modo permanente e idôneo, reproduzindo-o em juízo". Documento que diga representar um fato (fato ou manifestações do pensamento), mas que na verdade não o represente, e tão inverdadeiro quanto o materialmente inverdadeiro. Vale dizer, documento não verdadeiro, que esta na letra do Código, o e tanto quando a inverdade se contem no próprio documento, como coisa (falsidade material), como quando a inverdade se encontra na sua qualidade específica de representar fatos ou manifestações de vontade, isto é, no seu conteúdo. Neste caso, o documento será ideologicamente falso.⁶⁹

⁶⁸ Manual do processo de conhecimento. p. 396.

⁶⁹ Ibidem p. 400

4 DOCUMENTO ELETRÔNICO

Com o avanço da tecnologia e consequentemente o aumento do uso de computadores e *internet* levou o direito a prestar atenção em formas de regular e conferir eficácia aos novos métodos de registro e troca de informações.

Qualquer pessoa percebe a transformação gerada nos meios de comunicação decorrentes da disseminação do uso da *internet*, que criou uma forma eficiente e veloz de interação entre as pessoas, independentemente de onde estejam. Dessa forma, como não poderia deixar de ser, os relacionamentos interpessoais sofreram enormes transformações, demandando uma regulação jurídica que não existia.

Essa transformação gerou a necessidade de adequação das normas jurídicas à nova realidade, visando assim o cumprimento das garantias constitucionais e direitos individuais.

Vale lembrar que os dados e informações extraídos da memória de um computador não possuem garantia prévia de que correspondam à realidade. A falta de dados físicos e a facilidade de manipulação desses registros tornam a documentação eletrônica frágil.

Com o objetivo de conferir confiabilidade, surgiram algumas propostas de regulamentação dos documentos eletrônicos. A comissão de informática da OAB – Seção de São Paulo foi uma das pioneiras ao apresentar o anteprojeto de lei, que foi transformado no projeto de lei nº 1483/99 (Institui a fatura eletrônica e dá outras providências), apensado posteriormente ao Projeto de Lei 1483/99 (Institui a fatura eletrônica e a assinatura digital nas transações de “comércio” eletrônico) e, após apensado ao Projeto de Lei nº 4906/01 que dispõe sobre comércio eletrônico) e ao Projeto de Lei nº 672/99, do Senado Federal.

Visando dar alguma regulamentação ao tema, ante a notória morosidade para aprovação de uma lei no Brasil, foi instituída a Medida Provisória 2200-2/2001 e posteriormente em 2006, com para a implementação da informatização do processo judicial, foi publicada a Lei 11.419/2006.

Diversos países possuem legislação sobre o tema. Na Alemanha, a lei federal conhecida pela abreviatura IuKDG (*informations-und Kommunikationsdienste-Gesetz*), disciplinou as condições para os serviços de

comunicação e informação, estabelecendo, em seus artigos, disposições sobre os aspectos jurídicos relacionados com a assinatura digital.

Na Argentina a Lei nº 25.506, 11 de dezembro de 2001⁷⁰, denominada Lei de Assinatura Digital, regulamentada pelo Decreto nº 2628, de 19 de dezembro de 2002⁷¹, estabelece regras para a utilização da assinatura digital, dos documentos eletrônicos, bem como sobre as autoridades certificadoras.

Já nos Estados Unidos diversos estados têm sua própria regulamentação para os documentos eletrônicos. A do Estado de Utah, por exemplo, datada de 1995, equipara os efeitos da assinatura digital certificada aos de uma assinatura comum, desde que preenchidos os requisitos legais⁷².

A União Europeia, por sua vez, em 13.12.1999, promulgou a Diretriz 1999/93/CE (publicada no Diário Oficial da Comunidade Europeia em 19.01.2000).⁷³

Assim, verifica-se que a regulamentação das assinaturas digitais e documentos eletrônicos é assunto atual, recebendo atenção em todos os cantos do globo.

4.1 CONCEITO DE DOCUMENTO ELETRÔNICO

Vale consignar inicialmente que com a evolução da sociedade, evoluíram consequentemente os meios de entabular as relações jurídicas. Nos dias de hoje é possível celebrar negócios jurídicos em instantes, independentemente da localização das partes e realizar compras pela *internet* dos mais diversos produtos.

Neves e Castro e Pontes de Miranda, citados por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁷⁴ recordam que:

(...) os jurisconsultos e legisladores de todos os países cultos são unanimes em reconhecer, como princípio de ordem pública, que é indispensável admitir um gênero de prova, que em todo o tempo as partes possam invocar quando precisarem defender os seus direitos e tornar patentes uma certa ordem de factos. O testemunho individual não podia satisfazer a esse fim,

⁷⁰ Disponível em: <<http://infoleg.mecon.gov.ar/txtnorma/70749.htm>>. Acesso em 21 out. 2016

⁷¹ Disponível em: <<http://infoleg.mecon.gov.ar/txtnorma/80733.htm>>. Acesso em 21 out. 2016

⁷² Disponível em: <http://www.le.state.ut.us/~code/TITLE_46/htm46_02020.htm>. Acesso em 22 out. 2016

⁷³ Disponível em: <http://www.europa.eu.int/ispo/ecommerce/legal/documents/1999_93/1999_93_pt_pf.htm>. Acesso em 22 out. 2016

⁷⁴ Comentários do código de processo civil, 5 v. tomo II. P. 11/12

não só porque é de mui curta duração a vida humana, mas também porque este gênero de prova está sujeito a acidentes numerosos e indefinidos, não podendo por isso, mesmo em épocas muito próximas, dar uma ideia, mesmo que remota, dos factos que pretendêssemos provar. Pelo contrário, a prova documental é aquela que, em razão da sua estabilidade, pode, para assim dizer, perpetuar a história dos fatos e as cláusulas dos contratos celebrados pelas partes, e por isso que, com quanto não se possa conferir a este gênero de prova força de uma certeza filosófica, as legislações de todos os países são uniformes em dar-lhe inteiro crédito, em quanto por meios legais não for demonstrada a falsidade dos documentos autênticos.

Os ensinamentos acima citados transcendem ao tempo, isso porque ainda que com o desenvolvimento tecnológico apareçam novas maneiras de guarda das informações, os ordenamentos jurídicos elegerão a que confira maior segurança à manutenção das informações. É cediço que sempre se procurará a melhor forma de armazenamento, buscando que a qualquer momento as partes possam invocá-los na defesa de seus interesses. É por tais motivos que se deu tanta importância a preservação das informações no papel. Conforme se demonstrará adiante, merecem crédito equivalente os documentos mantidos de forma eletrônica.

É cristalino que em virtude dessas novas possibilidades de armazenamento dos dados e/ou informações, o regime de prova exige adequações.

Nota-se, pelo confronto dos conceitos, que a definição do documento tradicional está essencialmente ligada a uma coisa, algo material e fisicamente concreto.

Jorge Americano, citado por Augusto Tavares Rosa Marcacini⁷⁵, “após reproduzir a definição de Chiovenda, atribuindo-a para documento em sentido lato, afirmava que ‘em sentido estrito, é qualquer escrito utilizável como prova do ato ou do fato jurídico’.

Trazendo esse conceito para os dias atuais, deve-se privilegiar não o seu suporte, mas, sim, o que se está pretendendo armazenar para o futuro. Abrangendo o conceito tradicional de documento eletrônico, pode-se privilegiar o pensamento ou o fato que se quer concretizar e não o suporte em que estes fatos irão se concretizar. Pois, o avanço da tecnologia traz novos métodos de armazenar as informações, tornando-as mais ágeis, buscando atender a velocidade dos tempos modernos. E, isso só se consegue a partir da dissociação da informação do seu suporte.

⁷⁵ O documento eletrônico como meio de prova. Disponível em: <<http://www.advogado.com/internet/zip/tavares.htm>>. Acesso em 10 jan. 2016.

É fundamental que se garanta, nessa mudança, a inalterabilidade do documento, mantendo-se, mesmo que em outro suporte, o seu conteúdo original, sob pena de não ser possível outorgar-lhe integridade.

Pode-se dizer que, conforme a evolução tecnológica, permitindo que se registre de forma permanente os fatos em algo intangível, esse registro deve ser considerado documento, tendo em vista que, independentemente da forma do registro, ele permanecerá narrando, um fato, ou um pensamento.

Aperfeiçoada a definição de documento, como sendo o registro de um fato, e incluindo esse prisma no conceito jurídico de documento, torna-se possível, propor mais de uma classificação, diferenciando o documento tradicional do eletrônico, sem o descharacterizar como documento.

Por óbvio que o documento tradicional preservará a definição de uma coisa representativa de um fato, inscrita num meio físico e a ele indissociável.

Em contrapartida, como o documento eletrônico não se mantém por meio físico, pode ser definido como uma sequência de bits, armazenados em formato digital, não perceptível, senão após serem traduzidos, através de um programa de computador, que seja representativa de um fato, ou de um pensamento. Vale ressaltar que essa representação, assim como no documento tradicional, não precisa, necessariamente, ser um escrito, podendo conferir-lhe diversas outras formas: desenho, fotografia digitalizada, sons, imagens, etc.⁷⁶

Angela Bittencourt descreve documento eletrônico como “a representação de um fato por meio de um computador e armazenado em programa específico capaz de traduzir uma sequência da unidade internacional conhecida como bits”⁷⁷

Ante o exposto, pode-se considerar o documento eletrônico como uma espécie de documento, com características próprias, uma vez que gerado sem uma base tangível. Assim, não se configura como um novo meio de prova, podendo ser submetido ao regramento já existente (art. 384 do CPC/15) enquanto o novo e necessário regramento não é editado.

⁷⁶ Consoante o artigo 2º, I do Substitutivo ao Projeto de Lei nº 4906/2001, define o documento eletrônico como “a informação gerada, enviada, recebida armazenada ou comunicada por meios eletrônicos, ópticos, opto-eletrônicos ou similares”.

⁷⁷ Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/1781/o-documento-fisico-e-o-documento-eletronico>>. Acesso em 10 de out. 2016

4.2 FORMA DE EXIBIÇÃO DO DOCUMENTO ELETRÔNICO

Como demonstrado anteriormente, os documentos eletrônicos são guardados de forma digital, não sendo comprehensíveis às pessoas, senão com a utilização de equipamentos eletrônicos. Por intermédio de programas, as informações que se encontram em formato de bits, são transformadas em linguagem perceptível às pessoas, sendo elas sons, imagens, ou a forma escrita. Ou seja, o documento eletrônico, apesar de armazenado numa base física, suas informações estão registradas num elemento incorpóreo, as quais apenas poderão ser compreendidas com a ajuda de instrumentos eletrônicos capazes de transformar os códigos ali contidos.

Entretanto, apesar de suas peculiaridades, também podem ser escritos, gráficos, diretos ou indiretos.

4.3 O CONTEÚDO DO DOCUMENTO ELETRÔNICO

Basicamente pode-se dizer que conteúdo do documento eletrônico não difere do documento tradicional. Isso porque, um e outro podem conter informações tanto de caráter narrativo quanto constitutivo ou declarativo.

De forma mais específica, a mensagem eletrônica, é, de fato, uma compilação de informações, que igualmente se presumem verdadeiras em relação ao seu signatário ou remetente, enquadrando-se na disposição do artigo 408 do Código de Processo Civil de 2015. A propósito, nos próprios termos da Medida Provisória 2.200-2, de 24 de agosto de 2001, consta no §1º do artigo 10 que 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 3071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil (atual artigo 219 do Código Civil de 2002).

Mais recentemente a Lei 11.419/2006 que visa disciplinar a informatização do processo judicial, dispõe que:

Art. 1º O uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais será admitido nos termos desta Lei.

§ 1º Aplica-se o disposto nesta Lei, indistintamente, aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição.

§ 2º Para o disposto nesta Lei, considera-se:

I - meio eletrônico qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais;

II - transmissão eletrônica toda forma de comunicação a distância com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores;

III - assinatura eletrônica as seguintes formas de identificação inequívoca do signatário:

a) assinatura digital baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, na forma de lei específica;

b) mediante cadastro de usuário no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos.

(...)

Art. 11. 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.

§ 1º Os extratos digitais e os documentos digitalizados e juntados aos autos pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas autoridades policiais, pelas repartições públicas em geral e por advogados públicos e privados têm a mesma força probante dos originais, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização.

§ 2º A arguição de falsidade do documento original será processada eletronicamente na forma da lei processual em vigor.

§ 3º Os originais dos documentos digitalizados, mencionados no § 2º deste artigo, deverão ser preservados pelo seu detentor até o trânsito em julgado da sentença ou, quando admitida, até o final do prazo para interposição de ação rescisória.

§ 4º (VETADO)

§ 5º Os documentos cuja digitalização seja tecnicamente inviável devido ao grande volume ou por motivo de ilegibilidade deverão ser apresentados ao cartório ou secretaria no prazo de 10 (dez) dias contados do envio de petição eletrônica comunicando o fato, os quais serão devolvidos à parte após o trânsito em julgado.

§ 6º Os documentos digitalizados juntados em processo eletrônico somente estarão disponíveis para acesso por meio da rede externa para suas respectivas partes processuais e para o Ministério Público, respeitado o disposto em lei para as situações de sigilo e de segredo de justiça.

Além disso, a legislação de 2006 alterou diversos dispositivos do CPC/73 para adequá-lo à nova realidade. Referidos dispositivos foram recepcionados pelo CPC/15 quase que de forma inalterada, como se nota nos artigos: 105; 195; 205 em seu § 2º; 209 em seu § 1º; 246, V, e seu § 1º; 270; 425, V, VI, e seu parágrafos; 438 em seus parágrafos; 460 e seus parágrafos 2º e 3º; 367; e no *caput* do 943.

Como se verifica a Lei 11.419/2006 tornou o documento eletrônico uma realidade no mundo jurídico, e, em conjunto com a Medida Provisória 2.200-2/2001 que estabelece os parâmetros para que um documento eletrônico seja considerado

autêntico, trouxeram meios legais para que se possa conferir validade a esses documentos.

Quando da confecção dos documentos, as informações são nele agregadas para manterem-se inalteradas até sua utilização e, mesmo após ela. É claro que a veracidade do documento deve persistir, não só na sua formação, como também na sua conservação. Por essa razão, a intangibilidade do documento possui tanta importância.

É sob esse contexto que a fragilidade do documento eletrônico fica evidenciada. Em razão de as informações estarem desprovidas de uma base tangível, ou seja, armazenadas digitalmente, torna o documento eletrônico mais vulnerável quanto à integridade do seu conteúdo, isso porque, pode ser facilmente adulterado sem deixar vestígios.

Todavia, como a seguir se demonstrará, as técnicas atuais já permitem a validação do documento eletrônico, tanto na sua integridade, quanto na sua autenticidade.

4.4 O ORIGINAL E CÓPIA

Temos nos dias atuais, alguns projetos de lei que continuam em tramitação e versam sobre os documentos eletrônicos, como, por exemplo, o projeto de lei nº 1.589/99⁷⁸.

Apesar de o CPC/15 esclarecer alguns pontos sobre a matéria, dos quais podemos extrair que a cópia digitalizada de um título executivo extrajudicial ou outros documentos relevantes, não são tidas como originais, podendo ainda ser solicitado o depósito dos documentos de forma física em cartório.

O citado projeto de lei em seu art. 3º, § 1º, prevê que “considera-se original o documento eletrônico assinado pelo seu autor mediante sistema criptográfico de chave pública”.

Já em seu § 2º, que “considera-se cópia o documento eletrônico resultante da digitalização de documento físico, bem como a materialização de documento

⁷⁸ Apensado ao Projeto de Lei 1483, de 1999, com redação dada pelo substitutivo ao Projeto de Lei nº 4906, de 2000.

eletrônico original em forma impressa, microfilmada, ou registrada em outra mídia que permita a sua leitura em caráter permanente.”

Pela simples leitura desses dispositivos, percebe-se que o projeto de lei ao invés de esclarecer, acaba confundindo o leitor. Isso porque, ao nosso ver, não externa a forma mais correta entre original e cópia.

Augusto Tavares Rosa Marcacini⁷⁹ esclarece ser impossível se tratar de original ou cópia do documento eletrônico, pois ele pode ser copiado infinitas vezes, permanecendo exatamente igual a sua matriz. E, continua afirmando que as cópias terão sempre as mesmas características do original, devendo, assim, ser consideradas como original.

O citado autor vai ainda mais longe, admitindo que enquanto o documento eletrônico for mantido em sua forma digital não há que se falar sequer em vias do documento eletrônico.

O documento físico consiste em algum meio tangível, onde a informação está inscrita, normalmente o papel. É comum que instrumentos sejam feitos em um maior número de vias, distribuídas entre os signatários. Estes conceitos, de documento original, ou de vias de um mesmo documento, são inexistentes no meio eletrônico. O documento eletrônico é a sequência de bits e, onde quer que esteja gravado, em qualquer quantidade de cópias, mas desde que seja reproduzida exatamente a mesma sequência, teremos sempre o mesmo documento. Dado o fato de que o documento eletrônico pode ser copiado infinitas vezes, mantendo-se exatamente igual à matriz, é impossível falar-se em original, em cópia, ou em número de vias do documento eletrônico. Toda “cópia” do documento eletrônico terá sempre as mesmas características do “original” e, por isso, deve ser assim considerada. É o caso até de dizermos que não existe um original e não existem cópias nem vias do documento eletrônico, enquanto ele for mantido nesta forma.

Em contrapartida, tendo sido o documento eletrônico transferido para uma impressão em papel, pode-se considerar essa impressão uma cópia do documento eletrônico. No entanto, se um documento registrado em papel for transferido para um arquivo eletrônico, este poderá ser considerado uma cópia digital de um documento tradicional, pois, seu nascimento decorreu da digitalização, ou produção digital de um documento em papel⁸⁰.

⁷⁹ O documento eletrônico como meio de prova. Disponível em: <<http://augustomarcacini.net/index.php/DireitoInformatica/DocumentoEletronico>>. Acesso em 10 mai. 2016

⁸⁰ Quando nos referimos às cópias digitais dos documentos tradicionais falamos daquelas em que a alteração, após a digitalização, não é possível. Para aqueles em que seja possível a posterior alteração digital, por exemplo, um texto que é digitalizado e após utilizado um software de

Dessa forma, as reflexões trazidas levam em consideração os documentos eletrônicos que podem ser transferidos para a forma tradicional, ou papel. Já documentos eletrônicos que não podem ser reproduzidos em papel.

4.5 A AUTENTICIDADE E A INTEGRIDADE DOS DOCUMENTOS ELETRÔNICOS

Nos dias atuais o documento eletrônico é uma realidade, e a tendência é de que cada vez mais ele seja utilizado, tanto na substituição do documento tradicional, quanto em novas formas a serem desenvolvidas.

Pode-se dizer que o documento eletrônico é uma sequencia de números binários, armazenados em forma de *bits*, que, identificados e interpretados por um computador, retratam uma informação ou uma declaração.

Em razão de tais documentos não estarem suportados em papel, diversas são as dificuldades enfrentadas, como por exemplo sua compreensão, aceitação e valoração.

Analizando a relevância do valor jurídico das mensagens no ambiente de comércio eletrônico, Miguel Pupo Correira⁸¹ argumenta que como as relações comerciais estão estruturadas no suporte cartáceo, toda sua base conceitual fica em xeque.

Ora, estando em questão a realização de operações integrantes de actividades económicas, há que ter desde logo em conta a circunstância de as mensagens transmitidas em EC possuírem relevante valor jurídico, por formalizarem declarações de vontade integrantes de contratos ou que provam a execução dos respectivos direitos e obrigações. De facto, a referência ao EC faz imediato apelo à idéia da sua utilidade no âmbito das transacções comerciais, isto é, como via para a transmissão das declarações de vontade que consubstanciam a celebração de contratos comerciais e materializam as prestações por eles geradas.

Como a nossa cultura é estruturada no uso de suportes escritos em papel para tais declarações, toda essa base conceptual fica posta em questão quando se considera a possibilidade de elas passarem a ser remetidas via

reconhecimento de caracteres (OCR), que pode ser alterado por qualquer editor de texto, sem que se tenha conhecimento, entendemos que ele perde sua característica e, mesmo até, sua correspondência de cópia do documento tradicional, a não ser que seja possível a comparação.

⁸¹ Sociedade da informação e Direito: A Assinatura Digital. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13816-13817-1-PB.htm>>. Acesso em 12 abr. 2016

EC, dando causa a que se questione a validade dos contratos negociados e celebrados sob forma EC. O que é tanto mais importante quanto é certo que o mundo da contratualidade comercial exige fundamentalmente ao Direito regras claras e seguras. Porém, quase todas as legislações nacionais são ainda omissas quanto às implicações jurídicas da realidade do EC, não consagrando normas específicas destinadas a regular as implicações deste ambiente tecnológico de comunicação de mensagens.

Ainda nos dias atuais, o documento eletrônico encontra resistência para sua utilização, muito em razão da dificuldade de lhe atribuir segurança equiparável à dos documentos tradicionais. Primeiro porque, não se pode assinar de forma manuscrita um documento eletrônico que pretender que seja reconhecido como autêntico. Segundo porque, os documentos eletrônicos são facilmente alteráveis, com difícil rastreabilidade. Dessa forma, se faz necessária a utilização de um meio técnico que confira autenticidade e integridade aos documentos eletrônicos.

Nesse sentido, a atuação de fraudadores no documento tradicional tem maior dificuldade, em razão de as adulterações deixarem, na maioria das vezes, vestígios claros. Dessa forma, o documento tradicional possui relativa segurança, pois as evidências de alterações podem ser detectadas.

Todavia, com o documento eletrônico a realidade é outra. A controvérsia está no fato de que haver separação entre a base física e a informação, esta última, circulando, de forma independente de seu suporte, estando mais passível a adulterações sem deixar vestígios.

Augusto Tavares Rosa Marcacini⁸² aponta os editores hexadecimais, sustentando que por eles, qualquer programador é capaz de editar um arquivo eletrônico.

Um editor hexadecimal permite editar *qualquer* arquivo eletrônico, *byte* por *byte*. Assim, não deve o leitor se iludir com o fato de que o programa de correio eletrônico não edite seus próprios registros: um editor hexadecimal, nas mãos de quem saiba operá-lo, pode editá-los com a mesma facilidade com que um processador de textos altera seus documentos.

Por tais razões, os documentos eletrônicos, para que adquiram força probante, devem, necessariamente, serem revestidos em sua criação, de elementos suficientes para que lhes sejam conferidos autenticidade e integridade.

⁸² O documento eletrônico como meio de prova. Disponível em: <<http://www.http://augustomarcacini.net/index.php/DireitoInformatica/DocumentoEletronico>>. Acesso em 10 mai. 2016

Conforme se verá adiante, a assinatura eletrônica gerada por meio de criptografia assimétrica ou de chaves públicas é a forma reconhecidamente segura para conferir autenticidade e integridade.

4.5.1 A Autenticidade

A autenticidade ou veracidade reporta-se à autoria do documento e sua conferência é realizada de acordo com as declarações de vontade nele lançadas. Assim, a definição da autoria das declarações é imprescindível para que se verifique a aceitação de obrigações, verificando ainda a capacidade de quem as assumiu.

Após analisar que subscrição não se confunde com a verdade da declaração, Carnelutti afirma que “a verdade da indicação do autor e, em particular, da subscrição, isto é, a correspondência entre o autor aparente e o autor real se chama *autenticidade* do documento; a autenticidade é a verdade do documento autógrafo”⁸³

Para Pontes de Miranda “o conceito de autenticidade, quando se fala de documento, está aí em toda a largueza. Abrange a ausência de falsidade e a ausência de falsificação. Pode referir-se à participação ativa do autor na feitura do documento ou à sua coparticipação ativa, ou à participação ou coparticipação de outrem. Esse outro pode ser o réu ou terceiro. De modo que, falando de autenticidade, a lei de modo algum aludiu à autoria do documento em relação a quem quer que fosse: o que vai declarar é que o documento foi da autoria ou não foi da autoria daquele a quem se atribui tê-lo feito. Tal afirmação é que dá conteúdo ao conceito de autenticidade.”⁸⁴

O Código de Processo Civil de 2015 em artigo 410 praticamente não alterou o artigo 371 do CPC/73, e dispõe sobre a autoria na formação do documento:

Art. 410. Considera-se autor do documento particular:

I - aquele que o fez e o assinou;

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

⁸³ A Prova Civil. p. 194

⁸⁴ Pontes de Miranda. Comentários. Tomo IV – arts. 282 a 443. P. 408

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

No tocante à autoria dos documentos eletrônicos, a teoria geral da prova documental se adequa perfeitamente. Todavia, a preocupação está na identificação dos sujeitos no ambiente eletrônico.

Nesse ambiente, a identidade do sujeito ganha importante relevância, isso porque, as relações são efetivadas sem que as partes estejam fisicamente presentes. Todavia, a verificação da autoria e da capacidade das pessoas, mesmo no ambiente virtual, pode ocorrer da mesma forma que nos contratos tradicionais, preenchidos alguns requisitos.

Para que isso seja possível são necessários os certificados digitais, que devem ser emitidos pelas Autoridades Certificadoras, conforme será abordado em momento oportuno.

Por meio dos certificados digitais a forma “anônima” que conhecíamos no mundo virtual chegou ao fim, pois contém os dados essenciais à identificação do seu titular. Essa garantia estará assegurada, isso porque apenas após o atendimento de requisitos indispensáveis à identificação do requerente é que o certificado será emitido nos termos das Resoluções nº 7, 41, e 47, do Comitê Gestor da ICP-Brasil.⁸⁵

Dessa forma, não atendidos os requisitos específicos determinados pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil o documento eletrônico perde sua eficácia como meio de prova, pois aí não haverá como se conferir autenticidade ao mesmo. É apenas por intermédio da adoção de medidas tecnológicas que se poderá obter segurança no ambiente virtual.

Indispensável, portanto, a utilização do certificado digital para se garantir a segurança nas transações realizadas, certificando que o autor de determinado ato é, de fato, quem diz ser no ambiente virtual, conferindo, assim, autenticidade ao documento eletrônico.⁸⁶

⁸⁵ Disponível em: <<http://www.iti.gov.br/legislacao/83-icp-brasil/145-resolucoes>>. Acesso em 11 out. 2016

⁸⁶ EMBARGOS. AGRAVO DE INSTRUMENTO. possibilidade de INTERPOSIÇÃO do recurso de revista MEDIANTE DOCUMENTO ELETRÔNICO CERTIFICADO POR ASSINATURA ELETRÔNICA. A internet é uma realidade que não pode mais ser contestada. Uma das vantagens, dentre outras milhares, oferecidas pela rede mundial de informações é a interposição de recursos mediante documento eletrônico. Para a segurança e confiabilidade das informações passadas eletronicamente pela rede, necessário se faz que os documentos recebam certificação digital por parte do recebedor. O ICP-Brasil (Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira), criado pela Medida Provisória nº

4.5.2 A Integridade

Conforme já ventilado em tópicos anteriores, o documento eletrônico ou tradicional precisa ser autêntico e íntegro para ter força probatória. As informações ali contidas não podem ter sido alteradas após a sua criação.

Diferentemente do documento tradicional, a fragilidade das informações contidas no documento eletrônico decorrente da dificuldade em se rastrear fraudes, fez nascer a necessidade de estruturas suplementares para a atribuição de integridade.

A forma encontrada foi a da técnica de assinaturas digitais, lastreada no sistema de criptografia assimétrica, conforme se aprofundará adiante. Com a utilização dessa técnica, é conferida integridade aos documentos eletrônicos dando-lhes a segurança de que seu conteúdo não foi adulterado após a sua criação, pois quaisquer mudanças no documento serão acentuadas no momento da verificação da assinatura digital.

Todavia, para documentos que a lei exige forma específica, como, por exemplo, as escrituras públicas, não haverá como se conferir validade ao documento eletrônico enquanto não houver adaptação na legislação.

2200/2001, é um desses sistemas de segurança, elaborado "para 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". Com base nesse sistema o Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Instrução Normativa nº 28/2005, instituiu "o Sistema Integrado de Protocolização e Fluxo de Documentos Eletrônicos, denominado e-DOC, no âmbito da Justiça do Trabalho, que permite às partes, advogados e peritos utilizar a Internet para a prática de atos processuais dependentes de petição escrita". Esse tipo de procedimento dispensa o encaminhamento da documentação original em papel, pois, uma vez certificado digitalmente, o documento dispensa o confronto com o original, para efeito de aferição de autenticidade. No caso dos autos o recurso de revista foi interposto por meio de documento eletrônico, junto ao Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, protocolizado dentro do prazo legal e devidamente regularizado mediante assinatura eletrônica, respeitando os parâmetros de segurança digital impostos por aquela Corte. Não há falar, pois, em intempestividade recursal. Embargos conhecidos e providos.

(AIRR - 228740-15.2001.5.02.0051 , Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 19/11/2007, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DJ 08/02/2008)

4.6 A SEGURANÇA DO DOCUMENTO ELETRÔNICO

4.6.1 A criptografia

O dicionário Houaiss da língua português define criptografia como “conjunto de princípios e técnicas empregados para cifrar a escrita, torná-la ininteligível para os que não tenham acesso à convenções combinadas.⁸⁷ O termo criptografia surgiu da fusão das palavras gregas “*kryptós*” e “*gráphein*”, que significam “oculto” e “escrever”, respectivamente.

Historicamente, a cifragem era utilizada na troca de mensagens, sobretudo em assuntos ligados à guerra, ao amor e à diplomacia. Estudiosos afirmam que primeiro uso documentado da criptografia foi em torno de 1900 a.C., no Egito, quando um escriba usou hieróglifos fora do padrão numa inscrição. Todavia a informação carece de fontes confiáveis.

Existem registros de que os hebreus entre 600 a.C. e 500 a.C., utilizavam a cifra de substituição simples (de fácil reversão e fazendo uso de cifragem dupla para obter o texto original), sendo monoalfabético e monogrâmica (os caracteres são trocados um a um por outros), e com ela escreveram o Livro de Jeremias.

Posteriormente, na Idade Antiga, período que vai até a queda do Império Romano, o chamado “Codificador de Júlio César” ou “Cifra de César” que apresentava uma das técnicas mais clássicas de criptografia, foi um exemplo de substituição que, simplesmente, substitui as letras do alfabeto avançando três casas. O autor da cifragem trocava cada letra por outra situada a três posições à frente no alfabeto.

Uma evolução significativa da criptografia se deu com os estudos de Blaise de Vigenère que constituíram um método muito interessante; é a cifra de Vigenère que utiliza a substituição de letras. Tal processo consiste na sequência de várias cifras (como as de César) com diferentes valores de deslocamento alfanumérico. A partir desse período, a criptologia começou a ser seriamente estudada no Ocidente

⁸⁷ Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, Rio de Janeiro, 2009, 1^a reimpressão com alterações. p. 573.

e, consequentemente, diversas técnicas foram utilizadas e os antigos códigos monoalfabéticos foram, aos poucos, sendo substituídos por polialfabéticos.

A partir dos anos 700 até meados de 1200, existem relatos de estudos estatísticos, em que se destacam expoentes como al-Khalil, al-Kindi, Ibn Dunainir e Ibn Adlan,. Na Idade Média, a civilização árabe-islâmica teve relevante contribuição nos processos criptográficos, principalmente quanto à criptoanálise (análise da codificação, a procura de padrões que identificassem mensagens camufladas por códigos).

Passando para a Idade Moderna, vale destacar o holandês Kerckhoff e o alemão Kasiski. Modernamente, em 1918, Arthur Scherbius desenvolveu uma máquina de criptografia chamada Enigma, utilizada amplamente pela marinha de guerra alemã em 1926, como a principal forma de comunicação.

Se aproximando dos dias atuais, mais especificamente em 1928, o exército alemão construiu uma versão conhecida como "Enigma G", que tinha como garantidor de segurança a troca periódica mensal de suas chaves.

Durante a chamada "Guerra Fria", entre Estados Unidos e União Soviética, foram criados e utilizados diversos métodos a fim de esconder mensagens a respeito de estratégias e operações, criptografadas com diferentes métodos e chaves.

Whitfield Diffie e Martin Hellman publicaram seu artigo *Public key Cryptosystems: New Directions in Cryptography*, o qual revolucionou os sistemas de criptografia existentes até 1976, a partir do desenvolvimento de um sistema de criptografia de chave pública que foi aperfeiçoado por pesquisadores do MIT.

Conforme exposto, a criptografia anteriormente era utilizada como uma forma de confinamento de dados. Sua utilização estava quase que essencialmente baseada na necessidade de se manter em sigilo ou a guarda de informações vitais.

Nos dias atuais, a assinatura digital em conjunto com a tradicional criptografia pode-se oferecer: autenticação; integridade de dados; e confidencialidade.

4.6.2 A criptografia simétrica

Para facilitar a compreensão do tema, é pertinente esclarecer o significado de alguns termos técnicos:

- Texto claro ou inteligível: é a informação que se deseja cifrar;
- Texto cifrado: é a informação após o processo de cifração. O resultado da criptografia.
- Algoritmo de criptografia: uma função, normalmente matemática, que executa a tarefa de cifrar os dados, comumente mediante um processo de mistura a uma outra sequência de símbolos denominada chave criptográfica. É um conjunto de regras que determina a transformação do texto claro;
- Chave criptográfica: é o parâmetro para o algoritmo de criptografia determinar como os dados serão cifrados e decifrados, ou o parâmetro que determina as condições da transformação. Em sistemas simétricos, uma chave secreta é formada por uma sequência de bits aleatoriamente gerada. Da mesma forma que a chave privada em sistemas assimétricos, sendo a chave pública gerada a partir daquela, de forma a determinar sua correspondente transformação inversa.

Quando se trata de criptografia simétrica, o emissor utiliza a chave secreta para cifrar a mensagem e o receptor utiliza a mesma chave para decifrar a mensagem.

Em algumas formas de criptografia a segurança do ciframento está baseada somente no sigilo do algoritmo criptográfico. Nessas situações, caso um terceiro conheça o algoritmo sem chave, poderá facilmente decifrar a mensagem. No intuito de se sanar esse problema, utiliza-se o segundo componente básico da criptografia de mensagens: a chave, ou par de chaves, que pode ser definida como uma cadeia de bits aleatoriamente produzida para ser utilizada, em conjunto com a mensagem a ser cifrada ou decifrada, por meio de um determinado algoritmo. Cada chave distinta faz com que um algoritmo resistente à criptoanálise, trabalhe de forma inesperadamente diversa.

Apesar de existirem algoritmos que, baseados no seu sigilo, dispensem o uso de chave, a utilização de algoritmos, cuja solidez se baseia nas chaves secretas, não no algoritmo, oferece três importantes vantagens: (i) permitir a utilização do mesmo algoritmo criptográfico para a comunicação com diferentes interlocutores, apenas trocando a chave; (ii) permitir trocar facilmente a chave no

caso de uma violação, mantendo o mesmo algoritmo; e (iii) permitir a criptografia de chave pública, com o seu uso mais relevante ao Direito, podendo ser oponível a terceiros, como manifestação pública de vontade.

O ponto crucial desse método é fazer com que o emissor e receptor tenham conhecimento da chave secreta sem que ninguém mais o tenha, pois a segurança da comunicação está baseada na garantia de segredo da chave. Não estando em emissor e receptor no mesmo local, é necessário um meio para compartilhar a chave e que se possa garantir a segurança dessa transmissão.

Na utilização desse sistema, qualquer pessoa que interceptar a chave em trânsito poderá ler ou modificar uma mensagem cifrada ou autenticada por essa chave. Para que permaneçam secretas, as chaves do sistema de criptografia simétrica demandam um árduo gerenciamento, ainda mais em um sistema aberto como a internet.

Para melhor elucidar, vale trazer o seguinte exemplo: para que dois indivíduos se comuniquem de forma segura é necessária a utilização de uma chave, para uma rede de n usuários, serão necessárias $(n-1)^2$ chaves. Utilizando essa fórmula, para uma rede de 10 pessoas, serão necessárias 81 chaves. Além disso, remanesce a questão da insegurança na transmissão dessas chaves em um sistema aberto.

O uso da criptografia simétrica é limitado pela natureza pela natureza da premissa de confiança implícita no compartilhamento do segredo. Dessa forma, acaba tendo maior utilização em redes fechadas, ou para garantir sigilo de arquivos pessoais armazenados em computadores isolados. Além disso, a criptografia simétrica não assegura a identidade do remetente ou destinatário da mensagem, exceto a de um para o outro interlocutor, sob a proposição do sigilo da chave compartilhada, não tendo muita valia como prova judicial.

Para tentar deixar mais inteligível cabe exemplificar que quando o emissor cifra uma mensagem, ele utiliza um algoritmo de ciframento e uma chave secreta para transformar essa mensagem clara em um texto cifrado. Já o receptor utiliza o mesmo processo de forma inversa. Um terceiro, mesmo tendo ciência do algoritmo utilizado, em razão de não possuir a chave secreta, não conseguirá transformá-la em uma mensagem clara. Assim, a segurança desse método está na chave secreta e não no algoritmo.

4.6.3 A criptografia assimétrica

A problemática da criptografia convencional ou de chave secreta é encontrar uma maneira de disponibilizar o acesso à chave secreta para os interlocutores da mensagem sem que ninguém mais tenha acesso. Assim, pode-se dizer que o desafio da criptografia simétrica é a distribuição da chave criptográfica.

Visando resolver essa questão, Whiffiel Diffie e Martin Hellman, introduziram o conceito de criptografia de chave pública ou assimétrica. As ideias expressas no algoritmo criado pelos dois em 1976, utilizado para o gerenciamento de chaves, forma estendidas a outros algoritmos de criptografia de chave pública, como o RSA⁸⁸, para permitir aplicações que incluem não apenas o gerenciamento das chaves, mas também a aplicação em sistemas de cifração e assinatura digital.

Os autores Ronald Rivest, Adi Shamir e Leonard Adleman *assinatura digital* o método de autenticação, possibilitado pela criptografia assimétrica, em razão de a chave de verificação não requerer sigilo para sua eficácia probatória (chave pública), permitindo que seja oponível a terceiros.

Para melhor elucidar, vale explicar que nesse sistema, cada entidade possui um par de chaves: a chave pública e a chave privada, esta última secreta e não compartilhada. A chave privada é mantida em sigilo pelo titular e a chave pública divulgada para terceiros interessados tenham conhecimento. Dessa forma, qualquer entidade poderá enviar uma mensagem confidencial apenas utilizando a chave pública do titular, pois a cifragem produzida apenas poderá ser decifrada com a chave privada correspondente ao receptor, supostamente o titular ou seu preposto. A segurança nesse sistema reside na confidencialidade da chave privada que, presume-se, está armazenada em local seguro e é de exclusivo conhecimento do seu titular.

O aspecto fundamental para a validade funcional e eficácia desse sistema é a garantia de independência entre as chaves. Deve ser assegurado que a partir de uma delas seja impossível deduzir a outra, na ausência de dados secretos imprescindíveis para a geração de ambas. A segurança relativa à robustez do

⁸⁸ Disponível em: <http://www.ime.unicamp.br/~ftorres/ENSINO/MONOGRAFIAS/oliv_RSA.pdf>. Acesso em 10 out. 2016

algoritmo é obtida por meio da dificuldade prática de se realizar tal dedução, pois ainda que ela seja teoricamente possível, as operações matemáticas necessárias são tão complexas e numerosas que demandariam milhares e milhares de milhões de cálculos, que, mesmo que realizados pelos computadores mais rápidos que a tecnologia oferece, e mesmo considerando a evolução histórica dessa tecnologia, levaria anos para se obter o resultado, mesmo durante os próximos anos, dado o conhecimento atual sobre as operações necessárias. Assim, pode-se dizer que a robustez está centrada no tempo necessário para se obter a chave a parte da outra e não na sua impossibilidade, considerando o contexto global de potenciais interessados em subverter a premissa de posse única da chave privada, pela via da criptoanálise contra o algoritmo para a qual foi criada.

4.6.4 Assinatura digital

A assinatura digital deriva do gênero assinatura eletrônica, igualmente como, por exemplo: senhas, chancelas mecânicas, biometria, entre outras.

Conforme trazido no item anterior, a assinatura digital foi possibilitada devido à descoberta da criptografia assimétrica, sendo o único método conhecido que permite tal utilização. Com sua utilização, garante-se, presumindo-se condições corretas e sadias de uso, a autenticidade na identificação de quem envia a mensagem, ou de quem, por meio dela, deseja manifestar sua vontade, associada à integridade do seu conteúdo.

Após analisar tudo o que foi vista até agora, percebe-se que, tanto o autor quanto o leitor de um documento que viajou pela internet, não possuem qualquer controle sobre percepção de confiança dos que participam dessa comunicação, pois, no mundo virtual, não há controle da troca de informações necessárias para a aquisição dessa comunicação. Tal fato se dá inicialmente por não existir certeza acerca da autenticidade daquela comunicação que se está vendo na tela do computador. “A menos que sejamos, ao mesmo tempo, ingênuos e teimosos”.⁸⁹

Como já se viu, essa confiança nas informações trocadas virtualmente gerou grande preocupação teórica dos criptólogos, que devido à revolução digital,

⁸⁹ Rezende, Pedro Antonio Dourado de. Entidades certificadoras, Assinaturas eletrônicas e projetos de lei. Disponível em: <<http://www.cic.unb.br/docentes/pedro/segdadtop.htm>>. Acesso em 27 jul. 2016

procuravam meios de oferecer segurança adequada à digitalização das comunicações.

Para Pedro Rezende “o conceito de assinatura digital originou-se de forma dedutiva. Os arquitetos pioneiros do ciberespaço chegaram a ela pela interpretação de teoremas matemáticos na teoria da informação, uma teoria semiótica desenvolvida por Claude Shannon a partir de 1949. O problema central da teoria é o seguinte. Dada uma sequência de zeros e uns, constituindo a representação digital de um documento, de que meios digitais poderá dispor seu autor para credibilizar a declaração de sua vontade ou autoria, ali nomeada?”⁹⁰

O que se buscava criar, nesse novo mundo, a segurança suficiente que as declarações de vontade, ali manifestadas, fossem aceitas, sem que houvesse a necessidade de se recorrer às testemunhas, que não fazem parte desse universo digital.

As partes envolvidas nessa comunicação teriam que se valer de algo semelhante à assinatura de próprio punho, que pode ser facilmente verificada (reconhecimento de firma), mesmo sem a presença de testemunhas. Contudo, as declarações virtuais de vontade só inspirariam credibilidade se houvesse um método autenticatório que conferisse aos interlocutores, ao menos, uma presunção de confiança.

A eficácia jurídica dos documentos em geral e dos documentos electrónicos em especial está, como já dissemos, fortemente dependentemente da confiança, credibilidade ou fiabilidade que possam merecer como reproduções – melhor se diria revelações – de factos ou objectos, o que depende essencialmente de dois factores: genuinidade e segurança. É genuíno o documento quando não sofreu alterações. É seguro tanto mais quanto mais difícil for alterá-lo e mais fácil for descobrir as alterações que tenham sofrido e reconstituir o texto original.⁹¹

A forma encontrada pela ciência para conferir esse controle foi a criptografia assimétrica. As marcas identificadoras de origem dos documentos são criadas por meio das chaves privadas, cuja referência pública, destinada à verificação dos autenticadores por elas criados, chama-se chave pública. E, a esse processo das

⁹⁰ Rezende, Pedro Antonio Dourado de. Entidades certificadoras, Assinaturas eletrônicas e projetos de lei. Disponível em <http://www.cic.unb.br/docentes/pedro/segdadttop.htm> Acesso em 27 jul. 2016

⁹¹ Sociedade da informação e Direito: A Assinatura Digital. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13816-13817-1-PB.htm>> Acesso em 12 abr. 2016

marcas identificadoras, de sua geração e verificação denominou-se assinatura digital.⁹²

A intenção é que a assinatura digital ofereça a mesma garantia de identificação de autoria do documento à qual é apostila, bem como a integridade de seu conteúdo desde a sua assinatura. Vale ressaltar que:

A verificação de assinaturas digitais não é, como a convencional, feita apenas por inspeção visual. Primeiro inverte-se o cálculo da assinatura, que deverá produzir a sequência binária à qual foi apostila, representando o conteúdo por ela autenticado. Para isso o verificador precisa obter do assinante uma outra chave criptográfica, capaz de sempre reverter a operação da chave privada que gera assinaturas. Estas duas chaves formam um par. A verificação se dá pela exatidão desta inversão, que assim atestarão a integridade do suporte (o documento) desde o ato da assinatura, e vinculará a mesma titularidade às chaves usadas na assinatura e na verificação, dando suporte à identificação do assinante.⁹³

Para melhor elucidar a questão, esclarece-se que, o que se busca com processos criptográficos é a confidencialidade das informações enviadas. Em um ambiente que se utilize a criptografia assimétrica, caso o emissor envie uma mensagem confidencial a um receptor específico, o emissor lançará mão da chave pública do receptor para cifrar a mensagem. Assim, o emissor terá certeza que apenas o receptor desejado poderá decifrar a informação enviada, pois somente sua chave privada correspondente poderá decifrá-la.

Em contrapartida, ao se inverter os papéis das chaves, poderá se ter certeza da autoria da mensagem, mas, diferentemente do exemplo acima, não se obtém a confidencialidade na transmissão dos dados. Para que isso seja possível, faz-se necessário o uso correto dos sistemas, devendo a chave pública estar disponível, porém, ninguém, além de seu titular, possui ou controla o acesso à chave privada correspondente. Por conseguinte, o emissor utilizando sua chave privada para codificar a mensagem, o receptor terá, mediante uma decodificação bem sucedida, a certeza da autoria ou origem da mensagem, imputável ao titular do par de chaves, pois apenas ele poderia ter autenticado a mensagem com sua chave privada, supondo-se, que apenas ele controla a chave do par.

⁹² Rezende, Pedro Antonio Dourado de. Entidades certificadoras, Assinaturas eletrônicas e projetos de lei. Disponível em <<http://www.cic.unb.br/docentes/pedro/segdadtop.htm>> Acesso em 27 jul. 2016

⁹³ Disponível em <<http://www.observatoriodaimprensa.com.br/artigos/eno050920001.htm>> . Acesso em 13 abr. 2016

As chamadas conexões seguras na internet via protocolo SSL, que são identificadas pela presença de um cadeado amarelo em navegadores, são exemplos de utilização desse sistema. Para o estabelecimento de uma conexão desse tipo, o servidor acessado transfere, para o computador do usuário, um certificado digital. A partir daí todas as informações enviadas pelo usuário serão criptografadas com a chave pública recebida e serão transmitidas codificadas pela internet. Dessa forma, somente o servidor acessado, com a chave privada correspondente, poderá decodificar as informações enviadas pelo usuário, tornando a conexão segura para o usuário do navegador em relação à identidade do servidor, e para o servidor em relação à integridade do conteúdo linguístico transmitido.

Além disso, para se garantir a confidencialidade e a autoria de uma mensagem ou documento eletrônico, o emissor deve codificar o seu conteúdo utilizando a chave pública do receptor, apenas depois de assiná-lo com a chave privada. Já o receptor ao receber a mensagem ou documento eletrônico, irá decifrá-lo, utilizando a sua chave privada, para ter acesso ao conteúdo recebido. Após, para autenticar sua integridade e origem deverá aplicar a chave pública do emissor.

A problemática na utilização do sistema de criptografia de chave pública para cifrar ou assinar digitalmente é a demora para codificar uma mensagem inteira. Para se contornar esse problema foi desenvolvida uma forma de utilização de um resumo digital (*fingerprint ou digest*) do documento: este resumo é o que é cifrado com a chave privada do signatário para exarar sua assinatura digital no documento.

Essa função é denominada de *hash* unidirecional. Ela transforma uma mensagem de tamanho normal e produz um resumo digital (*fingerprint*), de um tamanho fixo, destinado a representá-la.

Na geração de uma mensagem ou documento digitalmente assinado utilizando-se esse procedimento, aplica-se o algoritmo de *hash* ao conteúdo digital do documento, por meio do qual será gerada, matematicamente, uma sequência de caracteres (letras e números), que, na prática, apenas poderiam ser criados especificamente por este conteúdo. Tal sequência leva o nome de *message digest*, que significa o resumo criptográfico do conteúdo do documento ou mensagem.

Após a criação desse resumo, o próximo passo é o emissor utilizar sua chave privada para assiná-lo digitalmente, enviando, posteriormente ao destinatário, o resumo cifrado acompanhado do documento. O resumo cifrado, ou assinatura digital lavrada nesse documento, pode ir anexada ou separada do documento,

conforme o protocolo escolhido para o processo de assinatura. O receptor do documento, quando quiser verificar a validade da assinatura aplicará a mesma função *hash* ao documento e obterá um outro resumo, neste caso o do conteúdo recebido. Ato contínuo, restaura o resumo do conteúdo enviado, decifrando a assinatura que acompanha o documento, por meio da utilização da chave pública do emissor. A partir daí estão presentes os elementos necessários para a verificação da integridade do conteúdo e origem do documento, pois se os dois resumos produzidos forem idênticos, a mensagem está íntegra e autêntica.⁹⁴

A utilização dos protocolos de assinatura digital da função de *hash* unidirecional é tida como segura em razão do resumo criptográfico representar fielmente o documento assinado, pois a probabilidade do conteúdo de duas mensagens gerarem um mesmo valor de *hash* é estatisticamente desprezível.

Uma função de *hash* de via única é desenvolvida para que seja praticamente impossível criar uma mensagem que produza um valor de *hash* pré-determinado, ou criar duas mensagens diversas que produzam o mesmo valor *hash*.

O grau mínimo de robustez para esta impossibilidade prática é dada pela possibilidade teórica do emprego de métodos chamados “de força bruta” para ataques.⁹⁵

Para esse tipo de ataque, seriam gerados *hash*’s de diversas variantes de duas versões de uma mensagem, por exemplo, um contrato, onde a primeira versão se destina a buscar acordo e a segunda, a após o acordo, contestar má-fé e, fraudulentamente, a originalidade da primeira versão, reutilizando-se na segunda versão a assinatura que a outra parte contratante lavre na primeira. Isto seria, possível, por exemplo, com o uso alternativo, ao final das linhas do texto, de espaços e branco adicionais para produzir variantes de cada versão, e com a descoberta de um par de variantes produzem o que na literatura técnica se chama de colisão na função *hash* empregada. E um método chamado de “força bruta” se desconsiderar diferenças de probabilidade de sucesso nas escolhas que precisa

⁹⁴ Cf. Digital Signature Guidelines. American Bar Association - <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/events/science_technology/2013/dsg_tutorial.authcheckdam.pdf> , Acesso em 15 out. 2016.

⁹⁵ Disponível em <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/2756/000325799.pdf?sequence=1>> acesso em 15 out. 2016.

fazer para perpetrar o ataque. O sucesso desse ataque dependerá do tamanho do valor do *hash*.⁹⁶

Vale esclarecer que os ataques por força bruta estabelecem uma medida inicial a maior, e não final ou definitiva de robustez para uma função *hash* ou algoritmo criptográfico conhecido. A função da criptonálise é encontrar métodos estatísticos de ataque contra tais algoritmos e funções que sejam significativamente mais eficientes do que os de força bruta, e a tarefa do projetista dessas funções e algoritmos é evitar esses métodos de ataques eficientes, na medida do possível.

4.6.5 Certificação digital

Permanece ainda a problemática da autenticidade de origem da mensagem. O sistema da assinatura digital baseada na criptografia assimétrica necessita de um instrumento para vincular o autor do documento eletrônico ou mensagem, que se disponha a utilizar sua chave privada para assinar-lhes digitalmente, à chave pública correspondente. O problema da segurança na titularidade, ou confiabilidade na origem da chave pública a ser utilizada para verificação dessas assinaturas precisa ser resolvido. A função de vinculação do autor à sua respectiva chave pública fica reservada para as chamadas entidades ou autoridades certificadoras.

A atividade da autoridade certificadora, basicamente, está centrada na chamada certificação digital. Por essa certificação. Que corresponde à autenticação de documentos eletrônicos destinados a transportar chaves públicas, junto com as informações sobre sua titulação e uso, buscando-se assegurar a identidade do titular de um par de chaves. Esses documentos eletrônicos, após digitalmente assinados pela certificadora, são chamados de certificados digitais de chave pública, ou, apenas, certificados digitais. Dessa forma, um certificado digital, devidamente autenticado, garante apenas que a chave e o nome de seu titular são iguais àqueles apresentados na autoridade certificadora.

Pode-se dizer que o certificado é um documento contendo uma assinatura da entidade ou autoridade certificadora e uma chave para verificação de assinaturas do titular. Não se confunde com a assinatura do titular, pois é somente o instrumento de sua verificação.

⁹⁶ Ricardo Staciari Puttini e Rafael Timóteo de Sousa Jr. Disponível em <http://www.redes.unb.br/security/cripto.pdf>. Acesso em 15 out. 2016

Essa solução requer a delegação de confiança, na medida que uma pessoa aceita a chave pública de outra, desconhecida para ela, somente porque, uma terceira pessoa, que ela conhece e confia garante que aquela chave pública é realmente da pessoa cuja assinatura deseja verificar. Ou seja, no ambiente digital, uma entidade confiável chamada de autoridade certificadora, assina eletronicamente um documento que pode se chamar de certificado digital, com os dados pessoais de uma pessoa, além da sua chave pública. De posse da chave pública da autoridade certificadora, qualquer um pode verificar a assinatura do certificado digital e ter a certeza de que a chave pública que ele carrega pertence à pessoa, física ou jurídica indicada.

Não é o objetivo desse trabalho, discutir quais as medidas para que esse sistema seja seguro, nem a questão da responsabilidade das autoridades certificadoras pelas possíveis fraudes no sistema. A intenção aqui é demonstrar que um documento digital pode se configurar como um meio de prova, uma vez que carrega consigo elementos suficientes para comprovar sua autenticidade e integridade, sob a premissa de uso correto e sadio dos correspondentes instrumentos digitais.⁹⁷

5 A EFICÁCIA JURÍDICA DO DOCUMENTO ELETRÔNICO

Inicialmente verifica-se que com a disseminação dos computadores e a crescente utilização da internet, criou-se uma necessidade de se entender e

⁹⁷ O debate sobre o tema é recorrente nos tribunais, tendo inclusive abordado as mais diversas questões: AGRAVO DE INSTRUMENTO - TRANSMISSÃO DO APELO POR E-MAIL - NECESSIDADE DE CERTIFICAÇÃO DIGITAL ACEITA PELA ICP-BRASIL - INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 9.800/99 - INTEMPESTIVIDADE. A Lei nº 9.800/99 aplica-se unicamente ao fac-simile, mecanismo díspar do e-mail. O envio de recurso por correio eletrônico é juridicamente aceitável apenas se houver certificação digital reconhecida pela ICP-Brasil, nos termos da MP 2.200-2/01. Logo, é juridicamente inexistente petição apresentada por intermédio de e-mail sem qualquer tipo de certificação digital. Ademais, se o envio tivesse se dado por fac-simile, o que não foi o caso, ainda assim o recurso seria inaceitável, pois este só deve ser considerado interposto quando protocolado na repartição judiciária. In casu, o agravo de instrumento foi recebido por e-mail no último dia do octódio recursal, às 18h01min, tendo sido protocolado somente no dia seguinte. Ora, cabia à Parte protocolizar sua petição dentro do prazo recursal e, caso não conseguisse fazê-lo por força maior, teria de provar a total impossibilidade, para que seu recurso fosse considerado válido, nos termos do art. 183 do CPC. Agravo de instrumento não conhecido.

(AIRR - 5507600-69.2002.5.03.0900 , Relator Ministro: Ives Gandra Martins Filho, Data de Julgamento: 29/10/2003, 4^a Turma, Data de Publicação: DJ 21/11/2003)

regulamentar o funcionamento desse novo mundo, que, apesar de material, passa do campo tangível (papel), para o campo intangível.

Todavia, essa revolução não fez desaparecer as questões relativas à segurança. Tanto numa, como noutra área, identifica-se o roubo, a extorsão, o estelionato, a exploração, entre outros. Nesse novo universo que se descobre, embora a ação dos criminosos ter ganhado requintes de especialidade e tecnicidade e, por isso ter se tornado mais difícil de ser praticada, em contrapartida, trouxe maiores facilidades para as mentes mais criativas.

A dura realidade é que nem a tecnologia, nem a decretação de sua legitimidade, aumentam a nossa segurança. O que a tecnologia aumentar é a volatilidade no processo de segurança, beneficiando quem tiver habilidade para usa-la em qualquer dos lados do divisor moral desse processo. Fraudes eletrônicas são mais difíceis de serem detectadas, e mais ainda de serem provadas, pois documentos eletrônicos independem de seus suportes físicos. A melhor tecnologia conhecida para autenticação digital, o uso de chaves assimétricas, é incapaz de equiparar-se, como sabem os criptógrafos, ao grau de irrefutabilidade que a assinatura de próprio punho pode oferecer. A falsificação ou reuso de uma assinatura de próprio punho requer habilidade superior à da perícia grafotécnica, envolvendo a cognição de padrões pessoais de ritmo, pressão e forma caligráfica, enquanto a de uma assinatura digital – inclusive as biométricas – requer apenas o vazamento de uma sequência de bits (a chave privada do assinante) e a correta sintaxe no seu uso⁹⁸.

Nesse sentido, as facilidades conferidas no mundo digital, são justamente o que o torna preocupantemente vulnerável, que são:

- Anonimato – os criminosos tem suas identidades preservadas, pois no ambiente digital a facilidade de se esconder é imensa;
- Automação – possibilita ao criminoso a tentativa de ação por muitas vezes;
- Difusão das informações – ágil disseminação das técnicas criminosas pela facilidade e rapidez na troca de mensagens;
- Ação à distância - como no mundo digital não existem fronteiras, as ações criminosas podem ser realizadas de qualquer lugar;
- Volatilidade – a manipulação das informações armazenadas é facilitada.

⁹⁸ Rezende, Pedro Antonio Dourado de. Assinaturas eletrônicas e seus riscos. Disponível em: <<http://www.cic.unb.br/docentes/pedro/segdadtop.htm>>. Acesso em 27 jul. 2016

Em razão dessas facilidades de ação no mundo digital, é que a segurança deve ser bem analisada, visando conferir garantias para uma utilização mais confiante desse novo ambiente.

É nesse enredo que se introduz o documento eletrônico, objetivando a registrar e dar perenidade às informações, para posterior utilização. Deve ser apresentado de maneira tal, a garantir a segurança quanto à sua autenticidade e integridade.

Quando se fala nos documentos tradicionais, a dificuldade das ações fraudulentas é notória, assim como também são amplamente conhecidos métodos para se descobrir a autenticidade e a integridade, isso porque, o desenvolvimento tecnológico conferiu ao documento tradicional garantias suficientes para que se registrem as informações com relativa segurança.

Todavia, para os documentos eletrônicos, em não havendo elementos tecnológicos suficientes para imprimir-lhes segurança, caso sejam contestadas as informações nele contidas ou sua própria autoria, o documento se mostrará totalmente inútil, incumbindo à parte buscar a prova que pretende produzir por outros meios.

Comoglio, Ferri e Taruffo⁹⁹, ao discorrerem sobre o tema, fazem os seguintes comentários acerca da preocupação com a utilização dos documentos eletrônicos como prova:

(...) a conformidade do documento informático à 'realidade' que ele representa pode ser de muito difícil reconhecimento, já que se trata de valorar a natureza da instrumentação técnica empregada, aquela dos programas de software, a acuidade da informação, a disponibilidade dos dados inseridos na memória, o funcionamento do sistema de controle de acesso, e cada outro elemento que possa influir na produção do documento informático. Também a este propósito poder-se-ia imaginar, no máximo, alguma eficácia do documento informático desde que ele não venha a ser contestado em juízo, em caso de contestação abrir-se-ia então o difícil problema de declarar se tal documento seja utilizável como representação dos dados inseridos no computador ou produzidos por este. (Tradução livre)

Apesar dos argumentos acima, muito bem articulados, já existe método – assinatura digital - para conferir ao documento eletrônico segurança para sua eficácia como meio de prova nos processos judiciais. E, como se verá, a forma de se garantir esses requisitos deve ser dada pela lei. Em todo caso, mesmo havendo

⁹⁹ Lezioni sul processo civile. p. 675/676.

legislação específica para regular o valor probatório dos documentos eletrônicos, ainda assim, essa forma de prova precisaria ganhar a confiança de seus usuários.

Como leciona Maria Eugenia Finkelstein¹⁰⁰, “entendemos que o documento eletrônico pode e deve ser aceito como meio de prova em juízo, mesmo sabendo que o meio eletrônico é um meio que facilita a modificação do documento, sem que seja viável para pessoas comuns comprovar a existência de adulterações realizadas”.

A possibilidade de elaborar e de admitir os documentos eletrônicos como meio de prova significa que não há norma alguma que iniba o juiz a utilizá-los como provas, ou que preveja a admissibilidade somente no caso de falta de outros meios, ou, ainda, que lhes imponha uma determinada eficácia probatória. Dessa forma, o documento eletrônico será submetido ao crivo do julgador como qualquer outro meio de prova, sendo-lhe atribuída a eficácia probatória que ele possa merecer.

5.1 ADMISSIBILIDADE DO DOCUMENTO ELETRÔNICO COMO MEIO DE PROVA

Pode-se dizer que documento é toda coisa capaz de registrar ou representar um fato, tornando-o, de certa forma, permanente. Embora associado ao papel, para que se caracterize um documento, necessário apenas a existência de qualquer coisa capaz de registrar fatos que ocorreram.

Conforme detalhado em capítulo específico, o documento eletrônico, ainda que também sirva para o registro de fatos para perdurarem no futuro, caracteriza-se pela dissociação do seu suporte, isso porque, as informações estão assentadas sobre bits, o que lhe confere mobilidade de transferência entre os possíveis suportes para seu registro e armazenamento, diversamente do documento tradicional.

Como mencionado anteriormente e a seguir será aprofundado, ficará claro que seu reconhecimento como meio de prova decorre da lei ou da vontade das partes. Ou seja, a sua admissibilidade como meio de prova provém de previsão no

¹⁰⁰ Aspectos jurídicos do Comércio eletrônico. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 163.

ordenamento jurídico, com fundamento em norma emanada de autoridade competente, observado o processo legislativo.

Apesar de o processo eletrônico ser uma realidade no Brasil, excetuando-se na órbita fiscal¹⁰¹, até a publicação da lei 11.419/2006¹⁰² que dispõe sobre a informatização do processo judicial, não haviam regras jurídicas sobre a valoração probatória do documento eletrônico. A sua admissibilidade como meio prova já estava disposta na medida provisória 2.200-2, de 24 de agosto de 2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, transforma o instituto nacional de tecnologia de informação em autarquia e dá outras providencias¹⁰³:

Art.10 Consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta medida provisória.

§ 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.

§ 2º 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.

Da análise do artigo citado, pode-se extrair que em virtude de sua equiparação legal com os documentos tradicionais, o documento eletrônico poderia ser encarado como prova documental típica, desde que produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil.

¹⁰¹ Instrução normativa SRF Nº 15, de 22 de Dezembro de 1999. Institui os certificados eletrônicos da secretaria da receita federal – SRF e – CPF e – CNPJ “Art. 3º. Os documentos assinados eletronicamente, inclusive pela SRF, mediante a utilização de certificado eletrônico e-CPF e e-CNPJ, consideram-se originais e têm o mesmo valor comprobatório daqueles emitidos em papel e firmados pelos meios convencionais”

¹⁰² Art. 11. 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.

§ 1º Os extratos digitais e os documentos digitalizados e juntados aos autos pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas autoridades policiais, pelas repartições públicas em geral e por advogados públicos e privados têm a mesma força probante dos originais, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização.

§ 2º A arguição de falsidade do documento original será processada eletronicamente na forma da lei processual em vigor.

¹⁰³ A medida provisória continua em vigor, por tempo indeterminado, pois editada antes da Emenda Constitucional nº 32 de, 12 de setembro de 2001, que introduziu o § 3º ao artigo 62 da Constituição Federal, que prescreve que as medidas provisórias perdem a eficácia se não convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogáveis nos termos do §7º, uma vez por igual período.

Pela leitura do art. 219 do Código Civil “as declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários”. Conforme se pode verificar, o artigo da medida provisória diz a mesma coisa, só que para nos documentos eletrônicos. Além disso, se aplicaria ainda a regra do artigo 408 do Código de Processo Civil (art. 368 do CPC/1973), que dispõem sobre a presunção da veracidade das declarações constantes do documento particular, escrito e assinado, ou somete assinado.

Ocorre que, a lei condicionou a garantia de integridade, autenticidade, e a validade jurídica de documento eletrônico à utilização de processos de certificação ou cadastro perante os órgãos do Poder Judiciário, para tanto criou a infraestrutura de chaves públicas - ICP-Brasil – para conferir-lhes tais atributos.

Art. 1º Fica instituída a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileiras – ICP – Brasil – para 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 seguras¹⁰⁴

Enquanto o *caput* parece restringir a admissibilidade dos documentos eletrônicos somente para aqueles que forem confeccionados com a utilização dos certificados do ICP- Brasil, o que traria um enorme e perigoso monopólio a autarquia federal controladora desta Infraestrutura (art. 12¹⁰⁵ da MP 2200-2), confere flexibilidade ao sistema, reconhecendo em seu § 2º, a autonomia das partes para se valerem de outro meio para conferir integridade e autenticidade aos documentos eletrônicos, sem que isso retire a sua característica, podendo, portanto, também ser admitido como prova.

“§ 2º O disposto nesta medida provisória não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos me 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”

¹⁰⁴ Como se verá, não tem a lei o poder de conferir a autenticidade e integridade aos documentos eletrônicos, pois quem lhes confere tais atributos são sistemas criptográficos apropriados. A lei somente poderia conferir tais garantias se dispusesse que compete a autoridade a definição do sistema criptográfico a ser utilizado.

¹⁰⁵ “Art. 12 – Fica transformado em autarquia federal, vinculada ao ministério da ciência e tecnologia, o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação – ITI com sede no Distrito Federal.”

Já com o advento da Lei 11.419/06 e a equiparação dos documentos assinados digitalmente aos originais, bem como conferindo aos documentos digitalizados e juntados aos autos a mesma força probante dos originais, a questão validade e da valoração ficaram mais estáveis.

A problemática dessa questão está na tentativa de se conferir autenticidade ou a integridade ao documento eletrônico por meio de dispositivos legais, como o fez o legislador. Tais características apenas poderão ser garantidas por instrumentos tecnológicos capazes de atestar a correspondência entre o autor do documento desde e aquele que se apresenta como tal (autenticidade) e da inalterabilidade do documento desde a sua criação até a sua utilização. A eficácia jurídica desse documento será uma consequência das suas características anteriores, assim, íntegro e autêntico, será aceito como prova.

Existem críticos à forma disposta, afirmando que o legislador, ao invés de pretender garantir a validade jurídica dos documentos eletrônicos, deveria limitar-se a reconhecer o seu valor probante, caso preenchidos os requisitos necessários a assegurar a autenticidade e a integridade.

Nesse sentido, a redação do projeto de lei¹⁰⁶ que visa regulamentar a questão parece mais coerente:

Art. 1º Esta lei dispõe sobre o valor probante do documento eletrônico e da assinatura digital, institui normas para as transações de comércio eletrônico e estabelece sanções administrativas e penais aplicáveis.

E, no seu artigo 4º, disciplina quais os requisitos que, se preenchidos garantirão a eficácia dos documentos eletrônicos:

Art. 4º As declarações constantes de documento eletrônico presumem-se verdadeiras em relação ao signatário, nos termos do código civil, desde que a assinatura digital:

- I – Seja única e exclusiva para o documento assinado;
- II – Seja passível de verificação pública;
- III – seja gerada com chave privada cuja titularidade esteja certificada por autoridade certificadora credenciada e seja mantida sob exclusivo controle do signatário;
- IV – Esteja ligada ao documento eletrônico de tal modo que se o conteúdo deste se alterar, a assinatura digital será invalidada;
- V – Não tenha sido gerada posteriormente à expiração, revogação ou suspensão das chaves.

¹⁰⁶ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=29955>. Acesso em 27 mar. 2016

De outra forma, mesmo que não houvesse previsão específica de equiparação dos documentos eletrônicos aos documentos tradicionais, a sua admissibilidade como meio de prova estaria amparada pelo art. 369 do Código de Processo Civil (332 do CPC/1973), que redação admite “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste código, para provar a verdade dos fatos, em que se funda o pedido ou a defesa (...)"

Além disso, caso o documento eletrônico não fosse caracterizado como documento, entraria no rol das provas atípicas¹⁰⁷.

Nelson Nery Junior, ao comentar o artigo 332 do Código de Processo Civil, ensina que:

Meios processuais ou materiais considerados idôneos pelo ordenamento jurídico para demonstrar a verdade, ou não, da existência e verificação de um fato jurídico. É da substância do direito material apontar as hipóteses em que se exige a prova legal – que corresponde à forma do negócio jurídico, um dos elementos de sua essência (CC 104) -, bem como a forma como podem ser provados os fatos jurídicos que não exigem forma especial (CC 212). É da substância do direito processual fornecer o rol dos meios de prova admitidos no processo, a discriminação pormenorizada da forma e do momento de sua produção, bem como a forma e os limites de sua avaliação pelo julgador¹⁰⁸

Augusto Tavares Rosa Marcacini, ao avaliar a questão da autenticidade e integridade do documento eletrônico, sob a ótica das técnicas existentes para assegurar-lhes essas características, entende que não existem impedimentos para a utilização do documento eletrônico como meio de prova ser produzida em juízo:

(...). Nada há a impedir a utilização de documentos eletrônicos, seja como forma para se documentar atos jurídicos, seja como meio de prova a ser produzido em juízo. Até porque, nos termos do artigo 332, do CPC, “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste código, são hábeis a provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”. Não me parece imoral o uso de documentos eletrônicos, razão pela qual não haveria porque restringir sua utilização. Muito menos ilícito, não afrontado, igualmente, o art. 5º, inciso

¹⁰⁷ Consoante magistério de Nelson Nery Junior (Código de Processo Civil comentado: e legislação extravagante: atualizado até 3 de setembro de 2004. – 8º ed., rev., ampl., e atual. – São Paulo, editora: Revista dos Tribunais, 2004.) “Nada obstante o CC 212 arrolar como meio de prova dos fatos jurídicos a confissão, o documento, a testemunha, a presunção, e a perícia, vigora no processo civil brasileiro a regra da atipicidade dos meios de prova”

¹⁰⁸ Nery Junior, Nelson. Código de Processo Civil comentado: e legislação extravagante: atualizado até 3 de setembro de 2004. Art. 332 – nota 1. p. 794/795

LVI, da Constituição Federal. Evidentemente além de moralmente legítimo, o meio de prova deve mostrar-se idôneo e permitir o convencimento¹⁰⁹.

De acordo com Comoglio, Ferri e Taruffo “à categoria das provas documentais se reduzem em geral todas as coisas que parecem idôneas a documentar um fato, ou seja a narrá-lo, a representa-lo ou a reproduzi-lo”¹¹⁰. Mesmo que a definição seja genérica, demonstra que a impossibilidade de se assimilar a prova documental pela prova escrita, mesmo porque, como visto em capítulo acima, o documento pode ser não escrito, como uma fotografia, assim, pode-se ter uma prova escrita, que não represente um documento, como um laudo pericial, ou termo de oitiva de testemunha.

Dessa forma, a representação a que aludem os autores não se resume apenas às escriturações ou declarações. Ao invés, abrange imagens, sons, ações e comportamentos, e ainda os “documentos criados através das tecnologias modernas da informação e das comunicações, como os dados insertos na memória do computador ou transmitidas através de uma rede de informática, e em geral os assim ditos documentos informáticos”¹¹¹

Equiparado ao documento tradicional, por óbvio que o documento eletrônico não poderá ser admitido como prova caso tenha sido obtido por meio ilícito (art. 5º, LVI da Constituição Federal).

Conforme expõe Luiz Rodrigues Wambier¹¹², temos três correntes sobre o tema das provas ilícitas: a primeira, a obstativa, considera inadmissível a prova obtida por meio ilícito, em qualquer hipótese e sob qualquer argumento, tendo como derivação desse entendimento a teoria do fruto da árvore envenenada, que considera que o ilícito na obtenção da prova contamina o seu resultado; a segunda permissiva, aceita a prova, entendendo que o ilícito se refere ao meio de obtenção, não ao seu conteúdo e a terceira, intermediaria, a admite, dependendo dos valores jurídicos e morais envolvidos, aplicando-se o princípio da proporcionalidade.

Reforçando esse entendimento o professor Nelson Nery Junior,¹¹³ afirma que a terceira corrente é a que melhor harmoniza com o que se denomina

¹⁰⁹ O Documento eletrônico como meio de prova. Disponível em: <<http://augustomarcacini.net/index.php/DireitoInformatica/DocumentoEletronico>>. Acesso em 27 jul. de 2016.

¹¹⁰ Comoglio, Luigi Paolo, Ferri, Corrado e Tarufo, Michele. *Lezioni sul processo civile*. p. 657.

¹¹¹ Comoglio, Luigi Paolo, Ferri, Corrado e Tarufo, Michele. *Lezioni sul processo civile*. p. 657.

¹¹² Curso avançado de processo civil. P. 482.

¹¹³ Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. P. 152.

modernamente princípio da proporcionalidade, pois “a ilicitude do meio de obtenção da prova seria afastada quando, quando, por exemplo, houver justificativa para a ofensa a outro direito por aquele que colhe a prova ilícita”¹¹⁴. A jurisprudência também tem se enveredado para a adoção dessa corrente intermediaria¹¹⁵

Uma questão recorrente na justiça do trabalho é o monitoramento de e-mail em empresas para a obtenção de provas que justifiquem a aplicação da justa causa na demissão de um empregado, pode ser considerada obtida ilicitamente, caso o e-mail seja particular do empregado, e, portanto, não admissível no processo. O tema encontra-se pacificado no tocante ao monitoramento do e-mail concedido pelo empregador como ferramenta de trabalho. Há algumas decisões, mas a discussão, muitas vezes, cinge-se a violação da correspondência¹¹⁶ e não na ilicitude da obtenção da prova.

Todavia, quando se trata do e-mail corporativo, fornecido pelo empregador, a jurisprudência se inclinou pela legalidade da fiscalização¹¹⁷.

Resta, ainda, a verificação da integridade e autenticidade dos documentos eletrônicos para sua valoração como prova apesar da lei equipará-lo ao original para todos os efeitos legais. Considerando as especificidades e tecnicidade de sua

¹¹⁴ Ibid. p. 153.

¹¹⁵ TACivSP – Prova – Reprodução fonográfica de conversa telefônica – Obtenção sem interceptação ou qualquer outro meio ilícito – Admissibilidade – Desnecessidade de conhecimento de sua formação pela parte contrária - inteligência e aplicação dos arts. 332 e 383 do CPC.

¹¹⁶ AGRAVO DE INSTRUMENTO - PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIAL - NÃO-OCORRÊNCIA Não há negativa de prestação jurisdicional se o Eg. Tribunal Regional consigna os motivos de seu convencimento. Mera contrariedade das razões do decisum às pretensões da parte não é suficiente a configurar a abstenção da atividade julgadora. UNICIDADE CONTRATUAL - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA Evidenciada a fraude na contratação do Reclamante, mediante empresa interposta, correto é o reconhecimento do vínculo de emprego com a tomadora dos serviços. Inteligência da Súmula nº 331, I, do TST. JUSTA CAUSA O Tribunal de Origem entendeu que o uso de e-mail particular para envio de mensagens pessoais não caracteriza justa causa. Entender diversamente encontra óbice na Súmula nº 126/TST. Agravo de Instrumento a que se nega provimento. (AIRR - 305840-29.2005.5.09.0013, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 06/05/2009, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/05/2009)

¹¹⁷ “Resolução contratual. Sistema de comunicação eletrônica. Utilização indevida. Envio de fotos pornográficas. Sigilo de correspondência. Quebra. Inocorrência. Se o e-mail é concedido pelo empregador para o exercício das atividades laborais, não há como equipara-lo às correspondências postais e telefônicas, objetos da tutela constitucional inscrita no art. 5º, inciso XII, da CF. Tratando-se de ferramenta de trabalho, e não de benefício contratual indireto, o acesso ao correio eletrônico não se qualifica como espaço eminentemente privado, insuscetível de controle por parte do empregador, titular do poder diretivo e proprietário dos equipamentos e sistemas operados. Por isso o rastreamento do sistema de provisão de acesso à internet, como forma de identificar o responsável pelo envio de fotos pornográficas a partir dos documentos da empresa, não denota quebra de sigilo de correspondência (art. 5º, inciso XII, da CF), igualmente não desqualificando a prova assim obtida (art. 5º, inciso LVI, da CF) nulificando a justa causa aplicada (CLT, art. 482)”. (TRT-DF-RO 0504/2002 – Acordão 3º turma)”.

criação, é essencial a existência de legislação que forneça os contornos necessários para essa valoração nos processos judiciais.

Augusto Tavares Rosa Marcacini, assevera que “para que um documento eletrônico possa ter força probante, é necessário que algumas características comuns ao documento tradicional estejam presentes”¹¹⁸.

E mais, ao questionar sobre a necessidade ou não de alterações legislativas para se conferir-lhes força probante, sustenta que não são necessárias, embora sejam observadas as técnicas, que permitam demonstrar a autenticidade da chave pública e a intenção das partes em atribuir eficácia a assinatura digital, mas, considera que a existência seria bem-vinda:

(...) A existência de uma nova Lei não se mostra um imperativo, mas, certamente, um futuro tratamento legislativo será bem-vindo, para o fim de definir com clareza qual a eficácia e validade de assinaturas de documentos eletrônicos, que requisitos eles deverão conter, ou quais os direitos e deveres daqueles que criam, certificam, ou se utilizam de chaves eletrônicas¹¹⁹.

Ante o exposto, pode-se dizer que a regulamentação da utilização dos documentos eletrônicos não é imprescindível para a sua admissibilidade como meio de prova, pois Lei 11.419/06 e a MP 2002-2, lhe conferem eficácia probatória. Todavia, para a sua apropriada valoração, bem como para a validade das técnicas, que lhes garantirão a autenticidade e integridade (criptografia assimétrica e assinatura digital), é imprescindível a existência de prévia legislação regulamentadora, para que se tenha clareza no tratamento a ser dado para esse meio de prova.

Em 2016 foi publicada a Lei 11.419/2006, que convive conjuntamente com a MP 2002-2, a legislação citada que dispõe sobre a informatização do processo judicial, tendo ainda alterado alguns dispositivos do CPC de 1973, deixa claro, em seu artigo 11¹²⁰ que “Os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos

¹¹⁸ O Documento eletrônico como meio de prova. Disponível em: <<http://augustomarcacini.net/index.php/DireitoInformatica/DocumentoEletronico>>. Acesso em 27 jul. de 2016.

¹¹⁹ Ibid.

¹²⁰ Art. 11. 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.

§ 1º Os extratos digitais e os documentos digitalizados e juntados aos autos pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas autoridades policiais, pelas repartições públicas em geral e por advogados públicos e privados têm a mesma força

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

Ora, dessa forma, resta nítido que os documentos que atenderem aos requisitos legais serão tidos como válidos e originais.

Conclui-se que não se vislumbra qualquer impedimento à adoção dos documentos eletrônicos como meio de prova, seja pela previsão contida na medida provisória nº 2.200-2 e posteriormente na Lei 11.419/06, seja pelo artigo 369 do CPC (art. 332 do CPC/1973), que preceitua norma flexível, não restringindo, ou enumerando os meios de prova admitidos, considerando que (i) eles podem ser caracterizados como um documento tradicional, apesar de seu suporte ser diverso; (ii) existe tecnologia eficaz à conferir-lhes autenticidade e integridade e (iii) possuem também à característica da perenidade¹²¹.

Contudo, para a sua correta valoração, bem como para a validade das técnicas, que lhes garantirão a autenticidade e integridade (criptografia assimétrica e assinatura digital) o §1º do artigo 11 da Lei 11.419/06 trouxe clareza ao tema,

probante dos originais, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização.

§ 2º A arguição de falsidade do documento original será processada eletronicamente na forma da lei processual em vigor.

§ 3º Os originais dos documentos digitalizados, mencionados no § 2º deste artigo, deverão ser preservados pelo seu detentor até o trânsito em julgado da sentença ou, quando admitida, até o final do prazo para interposição de ação rescisória.

§ 4º (VETADO)

§ 5º Os documentos cuja digitalização seja tecnicamente inviável devido ao grande volume ou por motivo de ilegibilidade deverão ser apresentados ao cartório ou secretaria no prazo de 10 (dez) dias contados do envio de petição eletrônica comunicando o fato, os quais serão devolvidos à parte após o trânsito em julgado.

§ 6º Os documentos digitalizados juntados em processo eletrônico somente estarão disponíveis para acesso por meio da rede externa para suas respectivas partes processuais e para o Ministério Público, respeitado o disposto em lei para as situações de sigilo e de segredo de justiça.

121 Entretanto durante a transição não foram poucas as vezes que decisões, embora reconhecessem a inovação que representam os documentos eletrônicos, alegavam que ainda não encontram no campo processual sofisticação teórica a altura "TRT-PR 21.03.2003 Documento eletrônico- Assinatura Digital – Embargos à execução Apócrifos. A tradição processual está alicerçada no uso do papel, como suporte material das declarações de vontade. Documento eletrônico e assinatura digital de são inovações, que embora bem vindas, não encontram ainda no campo processual sofisticação teórica a altura dos problemas. Necessário para, sua adoção, grau de certeza conceitual mínimo. Reflexões no campo do direito Civil, comercial e da informática jurídica vinculam a "assinatura digital", necessariamente, a um sistema criptográfico de mensagens, atualmente por algoritmos, formando um complexo sistema de processos eletrônicos de identificação, com senhas, chancelas mecânicas e assinaturas autográficas digitalizadas. Além do que, o envio eletrônico de peças processuais carece de regulamentação legal. Envio de texto pelo procurador da Ré o preposto, com redação de embargos, por e-mail, para assinatura deste e protocolo no prazo recursal, não confunde com documento eletrônico ou assinatura digital. Embargos conhecidos, no entanto por força do jus postulandi , previsto no art. 791 da CLT (9º Região-TRT-PR-93-2000—653-09-00-6 (AP-02048-2002) – Acordão – 05174-2003. Relator Exma. Juíza Marlene T. Fuverku Suguimatsu. Publicado em DJPr em 21.03.2003).

deixando os operadores do direito mais tranquilos na utilização, admissão e valoração desses documentos, pois, além de garantir melhores condições para a avaliação do magistrado, não deixando a cargo, apenas, do seu livre convencimento.

A legislação prevê uma presunção relativa (*juris tantum*) de veracidade. Ou seja, o documento eletrônico produzido, juntados ao processo, assinado digitalmente e certificado por autoridade credenciada tem presunção jurídica e técnica de autenticidade e integridade, ou seja, de veracidade, que se limita ao seu signatário, trazendo apenas uma inversão do ônus da prova.

Esse sistema dá ao juiz menos mobilidade para livremente apreciar a prova, uma vez que a lei confere a ela valor específico, que deverá ser observado pelo magistrado no momento de analisa-la, mesmo porque, nos termos do artigo 374, III, do Código de Processo Civil, independem de prova os fatos em cujo favor milita a presunção de veracidade. Mas, em todo o caso, o juiz deverá analisar e valorar a prova com base em todo o conjunto probatório constante do processo, mesmo porque a presunção legal é relativa.

A outra situação está no §2º do artigo 10, no qual estabelece a prova livre para a demonstração de integridade e autenticidade. Essa é a mais sensata regra, pois adota a linha das legislações mais modernas, reconhecendo que os documentos eletrônicos podem servir como meio de prova, mesmo não estando certificados pela ICP-Brasil, ou por qualquer outra autoridade certificadora credenciada.

Observa-se nesse texto a liberdade de utilização de assinaturas digitais, uma vez que o ordenamento jurídico dispensa os certificados da ICP-Brasil, ou de qualquer de suas autoridades credenciadas, para que seja conferida eficácia probatória aos documentos eletrônicos.

A diferença entre as duas situações é que, para a segunda, não haverá presunção de veracidade. Em sendo aceito pelas partes como verdadeiro, não haverá o magistrado que apreciar a prova, pois o fato estará incontroverso, ou nos termos da redação do parágrafo, “admitido pelas partes como valido, ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento”.

O que não se pode confundir é a questão relativa à autenticidade desse documento eletrônico assinado com um par de chaves não certificadas pela ICP-Brasil. Isto é, a prova de que foi efetivamente o titular do certificado digital que

assinou o documento, questão que afeta a chave pública utilizada na conferência. Nesse caso a quem for oposto o documento poderá contestar a sua autenticidade, alegando que a chave privada utilizada para assinar o documento não é de sua titularidade.

Havendo impugnação, caberá à parte que produziu o documento o ônus de provar que ele é verdadeiro e que não existe a alegada falsidade no documento. Aí reside a diferença com os documentos produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil, pois para esses casos, como há uma presunção de veracidade do documento, há uma inversão do ônus da prova, devendo o signatário, ou aquele contra quem se produziu o documento, comprovar que o documento é autentico. Sem essa presunção, as regras do ônus da prova são aquelas previstas no artigo 373 e 429 ambos do Código de Processo Civil.

Conclui-se dessa forma, que estando o documento eletrônico assinado com um par de chaves certificado pela ICP-Brasil ou mediante cadastro realizado junto aos órgãos do Poder Judiciário, sobre ele recairá a presunção de veracidade, em relação ao seu autor (art. 10, §1º da MP 2.200-2), ou mais, nos termos da Lei 11.419/06 será considerado original para todos os efeitos legais.

Se o par de chaves não tiver sido certificado pela ICP-Brasil, ao documento também será atribuída eficácia de prova, mas não a presunção de veracidade (§2º, do art. 10). Nesse caso, não haverá a inversão do ônus da prova, cabendo a quem, produziu o documento a comprovação de que ele é autentico.

Por todo exposto, pode-se dizer que o documento eletrônico, para ter eficácia, não precisa estar baseado em chaves certificadas por uma autoridade certificadora, mas à assinatura digital precisam ser atribuídas as mesmas garantias aqui enumeradas, devendo ser: (i) única e exclusiva para o documento assinado; (ii) passível de verificação pública, ainda que por uma autoridade certificadora credenciada; (iii) gerada com chave privada cuja titularidade esteja certificada, ainda que por autoridade não credenciada, e mantidas sob o exclusivo controle da ICP-Brasil sob o documento eletrônico de tal modo que se o conteúdo se alterar, a assinatura digital ficará invalida e (v) gerada anteriormente à expiração, revogação ou suspensão das chaves.¹²²

¹²² A falta de clareza na definição do documento eletrônico acabou por gerar decisões inusitadas, como: AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO - SUBSTABELECIMENTO COM ASSINATURA DIGITALIZADA POR MEIO DE

Para melhor ilustrar a discussão sobre o tema, comparando com outros países, vale destacar que na Itália a admissibilidade probatória do documento eletrônico admitida pelo DL nº 10/2002, que em seu artigo 6º dispõe que será conferida eficácia probatória ao documento eletrônico previsto no artigo 2.712 do Código Civil, considerando o fato e a coisa representada.

Nesse ordenamento jurídico a assinatura eletrônica satisfaz o requisito legal de forma escrita e sobre o plano probatório o mesmo documento é livremente validável, observadas suas características objetivas de qualidade e segurança.

Em Portugal, pelo decreto Lei 290-D/99¹²³, alterado pelo decreto Lei do parlamento Europeu e do conselho nº 1999/93/CE, de 13 de Dezembro, também foi concedida eficácia probatória aos documentos eletrônicos, estando assinado com assinatura eletrônica qualificada. Conforme a exposição de motivos do decreto Lei 290-D/99, “o presente diploma, por um lado regula o reconhecimento e o valor jurídico dos documentos eletrônicos e das assinaturas digitais e, por outro lado, confia o controle da atividade e os direitos das entidades certificadoras”.

O sistema instituído pela norma citada, como analisado por Miguel José de Almeida Pupo¹²⁴, não se limitou a conferir a validade jurídica a assinatura digital e, consequentemente ao documento eletrônico, mas abrange outros aspectos relevantes para o desenvolvimento dos aspectos econômicos e político-administrativos da sociedade de informação, iniciando com a definição das regras básicas sobre os documentos eletrônicos como meio de prova dos fatos por ele revelados ou indiciados, introduzindo certas limitações no princípio geral da livre apreciação desses documentos pelo julgador.

ESCANEAMENTO. A tese de violação do artigo 830 da Consolidação das Leis do Trabalho justifica o processamento do recurso de revista. Agravo provido. RECURSO DE REVISTA. IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO - SUBSTABELECIMENTO COM ASSINATURA DIGITALIZADA POR MEIO DE ESCANEAMENTO. O caso em apreço não é o da assinatura digital - que assegura a autenticidade de documentos em meio eletrônico -, mas o da assinatura digitalizada, obtida por meio de escaneamento (processo pelo qual se 'captura' a imagem da firma, transpondo-a para meio eletrônico). Embora a assinatura digitalizada por meio de escaneamento seja hoje cada vez mais usual, sobretudo na esfera privada, fato é que esse procedimento não foi ainda regulamentado, não podendo ser considerado válido no mundo jurídico, até porque não gera mais do que a mera cópia da firma escaneada. Recurso de revista conhecido e provido. Prejudicada a análise dos demais temas. (RR - 105140-83.2002.5.05.0003 , Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, Data de Julgamento: 13/02/2008, 2ª Turma, Data de Publicação: DJ 07/03/2008)

¹²³ Comissão intersectorial de tecnologia da informação para a administração pública. Disponível em <<http://pj.pt/htm/legislacao/dr/informatica/DL290D99.htm>> Acesso em 21.out. 2016.

¹²⁴ Documentos eletrônicos e assinatura digital: as novas leis portuguesas. Alfa – Redi: Revista de derecho informático. Junho de 2005. Disponível em: <<http://www.alfa-redi.org/revista/data/24-5.asp>>. Acesso em 21 out. 2016.

Artigo 3º

Forma e força probatória

- 1- O documento eletrônico satisfaz o requisito legal da forma escrita quando o seu conteúdo seja suscetível de representação como declaração escrita.
- 2- Quando lhe seja apostada uma assinatura eletrônica qualificada certificada por uma entidade certificadora credenciada, o documento eletrônico com o conteúdo referido no número anterior tem a força probatória de documento particular assinado, nos termos do artigo 376 do código civil.
- 3- Quando lhe seja apostada uma assinatura eletrônica qualificada certificada por uma entidade certificadora credenciada, o documento eletrônico cujo conteúdo não seja suscetível de representação como declaração escrita tem a força probatória prevista no art. 368 do código civil e no art. 167 do código de processo penal.
- 4- O disposto dos números anteriores não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos eletrônicos, incluindo outras modalidades de assinatura eletrônica, desde que tal meio seja adotado pelas partes ao abrigo de válida convenção sobre prova ou seja aceito pela pessoa a quem for oposto o documento.
- 5- Sem prejuízo do disposto no número anterior, o valor probatório dos documentos eletrônicos aos quais não seja apostada uma assinatura eletrônica qualificada certificada por entidade certificadora credenciada é apreciado nos termos gerais do direito.

Não é apenas na Europa que o tema foi positivado, na Argentina a lei nº 25.506, de 11 de Dezembro de 2001¹²⁵, intitulada Lei de assinatura digital, regulamentada pelo decreto nº 2628, de 19 de Dezembro de 2002¹²⁶, também confere eficácia ao documento eletrônico, na medida em que o artigo 6º prescreve, em sua parte final que “um documento digital satisfaz a exigência da forma escrita”.

Ricardo Lorenzetti afirma que o fato de o documento eletrônico ainda não apresentar a mesma segurança que um documento escrito, ou que permita o comparecimento pessoal do autor, os seus efeitos são limitados e, em geral, as legislações coincidem em excluir de seu campo de aplicação:

- Os atos que requerem forma especial;
- Os atos personalíssimos ou aqueles para os quais a lei exige a presença de algumas partes;
- Os atos jurídicos relativos ao Direito de família¹²⁷.

Como se nota o Brasil, apesar de não ser o pioneiro no reconhecimento legal da eficácia jurídica dos documentos eletrônicos, acompanha o contexto mundial, em que pese o reconhecimento ter sido feito inicialmente por uma medida provisória e a Lei 11.419/06 não regrar a matéria por inteiro. Todavia, a eficácia

¹²⁵ Disponível em: <<http://infoleg.mecon.gov.ar/70749.htm>>. Acesso em 21 jun. 2016.

¹²⁶ Ibid.

¹²⁷ Comercio eletrônico, p. 135

jurídica do documento eletrônico no Brasil é reconhecida e com a implementação do processo judicial eletrônico, esta presente no cotidiano dos operadores do direito.

5.2 VALORAÇÃO DA PROVA ELETRÔNICA

De tudo que foi abordado, pode-se afirmar com segurança que a valoração da prova eletrônica decorre de dois pontos: a disposição do legislador em conferir força probatória ao documento eletrônico e o nível de segurança técnico, capaz de garantir certeza e confiabilidade no sistema que irá assegurar as características necessárias para que os documentos eletrônicos possam ser corretamente valorados pelo magistrado, na formação de seu convencimento.

Desde que a prova é criada e posteriormente produzida no processo judicial, o magistrado, ao decidir a lide, deverá valorá-la, buscando formar sua convicção sobre os fatos postos pelas partes na ação judicial. Todavia, problemática da valoração do documento eletrônico reside na garantia de que a ele possa ser conferida autenticidade e integridade, capaz de atribuir-lhe credibilidade suficiente para que seja utilizado na formação do convencimento do juiz que o analisa.

A admissão dos documentos eletrônicos como prova, não quer dizer que a todos eles possam ser dados o mesmo valor, pois, diversamente da sua admissibilidade, a valoração traduz a força de convencimento e a carga de informação recebida pelo magistrado no momento de sua avaliação.

Em vista disso, tornou-se fundamental o adequado reconhecimento legal de métodos eficazes para conferir-lhe os requisitos necessários à garantia de segurança da integridade e autenticidade, bem como de sua perenidade, tal como conferido aos documentos tradicionais.

No tocante à perenidade dos documentos eletrônicos, esta é garantida pelo simples fato de também serem registrados numa base física, ainda que intangível, como ocorre com os documentos tradicionais. A segurança do armazenamento é tão, ou mais eficaz, quanto à dos documentos tradicionais, em razão que estes, com o passar do tempo, se deterioram caso não armazenados de forma adequada.

Quanto à integridade, baseia-se na segurança e confiança de que as informações contidas nas mensagens ou dos documentos eletrônicos não foram

adulteradas após a sua criação. É óbvio que, um documento, cujo conteúdo não se pode afirmar ser reflexo daquele originalmente criado, não se presta como prova de nenhum fato e/ou declaração, daí a previsão legal para que os originais dos documentos digitalizados sejam preservados pelo seu detentor até o trânsito em julgado da sentença ou, quando admitida, até o final do prazo para interposição de ação rescisória (§3º do art. 11 da lei 11.419/06). Tal certeza precisa ser garantida, para que as relações se revistam de segurança. No documento tradicional as alterações realizadas em seu conteúdo podem muitas vezes ser facilmente detectadas à primeira vista, ou, nas fraudes mais sofisticadas, por meio de exames periciais, pois as alterações deixam indícios.

Como visto em capítulo anterior, nos documentos eletrônicos as fraudes podem ser realizadas sem que sinais sejam encontrados, dificultando, ou até mesmo impedindo que elas sejam identificadas, ainda que se valesse da melhor tecnologia existente na busca da sua prática.

Daí, a técnica encontrada para garantir essa integridade, foi a da assinatura digital, baseada no sistema de criptografia assimétrica, já estudada em capítulo próprio. Com a utilização da assinatura digital baseada na criptografia assimétrica nos documentos eletrônicos, fica assegurado que o conteúdo não foi modificado após sua criação, pois a menor mudança será acusada quando da verificação da assinatura digital.

Todavia, para alguns documentos específicos, cuja lei determina forma específica como, por exemplo, as escrituras públicas, nenhuma validade jurídica pode ser conferida ao documento digital enquanto a legislação não for adaptada, ou mesmo criada.

Nesses casos, o notário é obrigado a escriturar os documentos “em livros encadernados, que obedecerão aos modelos anexos a esta lei, sujeitos a correição da autoridade judiciária competente” (art. 3º da lei 6.015, de 31.12.1973 – lei dos registros públicos).

Quanto ao requisito autenticidade, que está diretamente relacionada com o conhecimento da autoria do documento. A autenticidade resulta da garantia de que a assinatura digital baseada no sistema de criptografia assimétrica, conferida por uma chave pública, foi obrigatoriamente gerada pela chave privada daquele que se intitula autor do documento. Tal garantia decorre da impossibilidade de se encobrir a chave privada pela fatoração da chave pública.

No mesmo sentido, Marcos da Costa¹²⁸ discorre sobre os documentos eletrônicos e a assinatura digital comentando sobre a impossibilidade de se descobrir a chave privada por meio da chave pública:

Se uma assinatura digital for validada por determinada chave pública, é porque foi gerada pela chave privada a ela inter-relacionada. Isto porque os sistemas criptográficos partem de cálculos algorítmicos extremamente complexos, de forma, de um lado, a confirmar o inter-relacionamento das duas chaves, ou seja, só a chave pública gerada simultaneamente com a privada pode validar uma assinatura e, de outro, a impedir que, a partir da chave pública, se possa calcular a chave privada correspondente.

Com uma perspectiva mais técnica, Pedro Rezende, explica as dificuldades de se descobrir a chave privada pela fatoração da chave pública e as razões da segurança do sistema:

A criptografia assimétrica oferece, ao indivíduo que precisa se identificar eletronicamente, protocolos onde ele mesmo detém o controle sobre o risco de certo tipo de fraude na sua identificação: aquelas forjáveis a partir dos mecanismos que verificam sua identidade. Este controle é possibilitado por duas propriedades, que definem para os computadas a criptografia assimétrica:

- A posse do segredo que o identifica (sua chave privada) não precisa ser compartilhado com quem precisa identificá-lo, pois quem precisa identificá-lo usará para isso algo distinto deste segredo (sua chave pública)
- O custo (em tempo e máquinas necessários) para a derivação deste segredo (a chave privada) a partir do mecanismo para verificar seu uso (a chave pública), pode ser controlado pelo indivíduo ao gerar seu par de chaves, através da escolha do tamanho adequado destas, onde esta derivação permitiria forjas em condições normais de uso do protocolo.

Sabemos que o custo desta derivação diminui com o aumento da capacidade computacional disponível no mundo, e também com a descoberta de algoritmos mais eficientes para fatoração de números inteiros. Mas o que realmente conta para a funcionalidade do protocolo é o controle sobre este custo, que deve estar na escolha de parâmetros para a geração do par de chaves.

A medida que cai o custo da derivação do segredo da chave privada, com o aumento da velocidade e quantidade de computadores disponíveis a quem esteja na rede, esta queda pode ser recuperada com a geração de um novo par de chaves mais longas. Este ajuste tem sido sugerido para cada cinco anos. Mas precisamos saber em que condições esta tática pode manter a eficácia do algoritmo. A resposta é simples e de natureza aritmética: esta tática, de aumentar a chave para manter inviável o custo de certas fraudes, será eficaz enquanto a relação entre o custo para operar as chaves, e o custo para derivar uma chave a partir de outra, estiver sob controle do tamanho da chave. Controlar a ordem de grandeza da relação entre estes dois custos significa tornar praticável a assinatura digital e impraticável sua forja através da manipulação do mecanismo de verificação de assinaturas.¹²⁹

¹²⁸ Direito em bits. São Paulo: Fiúza Editores, 2004. P. 67

¹²⁹ Carta aberta ao Dr. Renato Opice Blum. Disponível em: <<http://www.cic.unb.br/docentes/pedro/segdadtop.htm>>. Acesso em 21 de jul. 2016.

Referidos requisitos de autenticidade e integridade são validos no plano teórico, mas, não necessariamente efetivos no plano real, pois a sua validade está intimamente condicionada ao sistema criptográfico que irá gerar o par de chaves.

Como examinado, existem diversos padrões criptográficos, e não seria possível afirmar que todos os padrões observam os parâmetros matemáticos com precisão, bem como empregam as técnicas adequadas de segurança. Isso, sem levar em consideração os riscos da existência de sistemas maliciosos, que podem permitir a extração e envio ao autor do sistema de cópias das chaves privadas quando o par for gerado.

Essas questões não foram observadas pelo parágrafo único, do artigo 6º da medida provisória 2.200-2, ao dispor que *o par de chaves criptográficas será gerado sempre pelo próprio titular e sua chave privada de assinatura será de seu exclusivo controle, uso e conhecimento.*

Pelo teor do dispositivo citado, o titular poderá obter um certificado digital, que será o meio de transporte da sua chave pública. A titulação da chave pública do par em um certificado emitido, por uma certificadora credenciada, registra, portanto, a intenção e concordância do seu titular quanto à autenticação da sua vontade nos documentos eletrônicos.

Todavia, como compete ao usuário gerar o par de chaves, consequentemente, compete-lhe também a opção pelo padrão criptográfico, que, em tese, poderá não ser o mais seguro, podendo até mesmo conter erros de programação, ou alguma função oculta, prejudicando sua característica essencial: a confidencialidade da chave privada. Por essas razões poderão acarretar o não atendimento das características da autenticidade e integridade, na medida em que a geração dos números aleatórios no sistema da criptografia é o ponto essencial da segurança das chaves. Se, por qualquer motivo, houver um meio de reproduzir o processo de geração das chaves, ou mesmo limitar o espaço de procura dos números gerados, o sistema tornar-se-á inseguro.

Para melhor elucidar o tema, não se pode confundir e nem igualar os diversos momentos de criação de um certificado digital. Em um primeiro momento há a criação do par de chaves, cuja responsabilidade de acordo com a lei, é inteiramente do usuário. Após sua criação é que se poderá obter um certificado digital, que irá, simplesmente, transportar a chave pública.

É aí que se inicia a função das autoridades certificadoras, que podem ser definidas como estruturas de chaves públicas, predispostas a criar uma rede de segurança, que irá permitir a demonstração da titularidade das chaves públicas ali certificadas. Assim, não faz sentido afirmar que as autoridades certificadoras conferem a autenticidade ou a integridade aos documentos eletrônicos, que, como analisado, são auferidas pelo sistema criptográfico usado para se criar o par de chaves.

Assim como ocorre com o documento tradicional, a certificação digital poderá garantir se o documento eletrônico assinado digitalmente foi gerado por quem diz tê-lo feito e apenas isso. Para tais situações, há necessidade de um terceiro alheio à relação que possa certificar a titularidade da chave pública, a fim de que o receptor tenha essa certeza. Como visto, esse terceiro é a Autoridade Certificadora.

Vale deixar claro que a certificação não recai sobre a assinatura, mas sim sobre a chave pública. Decorrendo daí a necessidade de se garantir a qualidade técnica da geração do par de chaves, para se assegurar a autenticidade e a integridade do documento eletrônico assinado digitalmente pelo sistema da criptografia assimétrica.

Assim, a redação do artigo 11 da Lei 11.419/06 em conjunto com o artigo 1º da medida 2.200-2, que pretendem garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos eletrônicos, apenas pela instituição da infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP – BRASIL) merecem ressalvas. Isso porque, pelo exposto nesse trabalho, ficou claro que não é a lei, nem muito menos a autoridade certificadora, que poderá conferir aos documentos eletrônicos as características que pretende (autenticidade e integridade).

Dessa forma, tais garantias apenas poderão ser conferidas pelo sistema criptográfico que foi utilizado para a geração do par de chaves. Ou seja, a garantia de autenticidade e a integridade estão inteiramente ligadas à segurança na geração do par de chaves público-privada e, por consequência, do sistema criptográfico de chaves assimétricas utilizado. Caso o documento seja criado com a utilização de um sistema confiável, estará teórica e tecnicamente assegurada a segurança dos documentos eletrônicos, em sendo criado dessa forma, essa garantia não existirá, ainda que a lei disponha de forma contrária, afirmando que ao documento assinado

e certificado por uma infraestrutura de chaves públicas seja conferida autenticidade e integridade e, consequentemente, eficácia jurídica.

No texto titulado Sistema de Pagamento e ICP-Brasil, Pedro Rezende expõe:

Ora, quem pode garantir a autenticidade e a integridade de documentos em forma eletrônica são sistemas criptográficos apropriados (os de pares de chaves assimétricas – pública e privada) operando em condições adequadas, e não a norma jurídica. Em linguagem técnica, o uso do termo “infraestrutura de chaves públicas” se refere a um conjunto desses sistemas e dos meios adequados para a sua operação. Tais sistemas são propriedade de certas formas matemáticas do mundo platônico, de conhecimento público há mais de 24 anos e de domínio público há mais de dois. São sistemas de manipulação de símbolos que obedecem a certas leis semiológicas, mensuráveis enquanto tais sistemas operam em condições adequadas. Tendo sido já descobertas e não sendo criação ou propriedade intelectual ou material do legislador, ou de quem quer que seja, esses sistemas não estão em poder do legislador para serem por ele instituídos no sistema jurídico brasileiro. Estão na bagagem cultural da sociedade, na forma como esta os disponha. O que caberia a uma norma jurídica instituir sobre uma tal infraestrutura seria, apenas, a regulação dos efeitos jurídicos do uso de tais sistemas sob condições adequadas. A norma jurídica não pode, por si só, garantir integridade e autenticidade digital alguma. São leis semiológicas que garantem. Da mesma forma que não faz sentido uma norma jurídica decretar ou revogar uma lei física, como a lei da gravidade, a lei da relatividade, ou as leis da termodinâmica, estas as que mais se assemelham as leis semiológicas¹³⁰.

Pode-se dizer que a medida provisória deveria ter se limitado a conferir apenas valor probatório ao documento eletrônico, em estando presentes os requisitos necessários e garantir-lhes a autenticidade e integridade, assim como bem o fez o substitutivo ao projeto de lei nº 4.906, de 2001, no qual está apensado o apresentado pela Ordem dos Advogados do Brasil (PL nº 1589/99), ao dispor, em seu artigo 1º que dispõe “sobre o valor probante do documento eletrônico e da assinatura digital, regula a certificação digital, institui normas para as transações de comércio eletrônico e estabelece sanções administrativas e penais aplicáveis”

Já a Lei 11.419/06 equipara o documento eletrônico que preencha os requisitos de assinatura e criação ali constantes com o original, e foi mais além, conferindo a mesma força probante dos originais.

Com relação ao valor de prova do documento eletrônico, apesar da referida medida provisória prever duas situações distintas para a sua valoração, ela não trás as características necessárias para que lhe seja conferida a autenticidade e a

¹³⁰ Disponível em: <<http://www.cic.unb.br/docentes/pedro/segdadtop.htm>>. Acesso em 21 de Out. de 2016

integridade. A primeira disposição é encontrada na redação na redação do § 1º, do art. 10. De acordo essa situação as declarações constantes dos documentos eletrônicos presumir-se-ão verdadeiras em relação aos seus signatários, caso o documento tenho sido produzido com a utilização do processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil¹³¹, na forma do artigo 131 do código civil de 1916, cuja redação não foi alterada pelo Novo Código Civil (art. 219).

Prevê a legislação uma presunção seletiva (*juris tantum*) de veracidade dos fatos descritos ou declarados nos documentos eletrônicos assinados com chaves certificadas pela ICP-Brasil. Isto é, o documento eletrônico criado, assinado digitalmente e certificado por autoridade credenciada tem presunção jurídica e técnica de autenticidade e integridade, ou seja, de veracidade, que se limita ao seu signatário.

Essa presunção trará uma inversão do ônus da prova, pois transfere a quem alega a falsidade, a missão de demonstrar e comprovar tal fato ao magistrado e, na falta dessa prova, prevalecerá a presunção legal, de que o documento não é autentico.

Esse sistema dá menor mobilidade à livre analise da prova, uma vez que a lei confere a ela presunção de veracidade, que deverá ser observada pelo magistrado no momento de analisá-la, mesmo porque, nos termos do artigo 374, III do CPC/15, independem de prova os fatos, em cujo favor milita a presunção de veracidade. Mas, isso não quer dizer que o juiz deverá decidir a demanda exclusivamente com base nessa presunção, pois ela é relativa. No entanto, esta presunção não pode ser considerada com exclusividade, há que vir acompanhada de outros elementos probantes que possam conduzir o julgador á razoável certeza (art. 410. CPC/15), devendo, inclusive, fundamentar sua decisão. A presunção deve ser invocada exclusivamente no conjunto das provas produzidas, em que todos os elementos probantes devem ser avaliados, sem que se verifique o tarifamento e a subestimação dos recursos usuais de prova judiciária, fazendo com que a presunção seja lançada a categoria de prova plena, capaz de, por si só gerar os efeitos nela contidos.

¹³¹ Aqui se entende que a lei quis dar a presunção para os documentos assinados com chaves certificadas pela ICP-Brasil, mesmo porque os documentos são gerados de forma independente do processo de certificação. Após a criação do documento é que ele será digitalmente assinado e aí sim, é que o poderá ser feito com a utilização de um par de chaves certificados pela ICP-Brasil.

Isto é, se uma parte assina um documento, reconhece como verdadeiro o seu conteúdo. Não obstante haja a presunção de sua veracidade, ela não é absoluta, podendo o signatário impugnar lhe, alegando que, embora materialmente verdadeiro, não foi criado e assinado por ele. Entretanto, essa presunção faz com que o ônus da prova recaia sobre ele (signatário), que deverá comprovar suas alegações.

Outra situação está na redação do § 2º do artigo 10. Segundo ele, o disposto na 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”

Pode-se dizer que essa foi um dos preceitos mais equilibrados da medida provisória, pois, adotando a linha das legislações mais modernas, reconhece que os documentos eletrônicos podem servir como meio de prova, mesmo não estando certificados pela ICP-Brasil, ou de qualquer de suas autoridades credenciadas, para que lhe seja conferida eficácia probatória.

O que se pode extrair do texto é que o uso de assinaturas digitais se tornou livre, sendo reconhecido pelo ordenamento jurídico a dispensa dos certificados da ICP-Brasil, ou de qualquer de suas autoridades credenciadas, para que lhe seja conferida eficácia probatória.

Nesse sentido a Lei 11.419/06 dispensa a utilização do certificado digital nos em que o usuário efetuar cadastro no Poder Judiciário, devendo ser disciplinado por cada órgão, conforme disposto no art. 1º, §2º, III, b.¹³²

Todavia, a comprovação da autenticidade e integridade do documento eletrônico não deveria deixar utilizar a criptografia assimétrica e a assinatura digital com ela produzida, pois como visto em capítulo próprio, essa é a única maneira

¹³² Art. 1º O uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais será admitido nos termos desta Lei.

§ 1º Aplica-se o disposto nesta Lei, indistintamente, aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição.

§ 2º Para o disposto nesta Lei, considera-se:

I - meio eletrônico qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais;
II - transmissão eletrônica toda forma de comunicação a distância com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores;

III - assinatura eletrônica as seguintes formas de identificação inequívoca do signatário:

a) assinatura digital baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, na forma de lei específica;
b) mediante cadastro de usuário no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos.

conhecida que permite equiparar as características dos documentos eletrônicos com aquelas encontradas nos documentos em papel.

A autoria do documento eletrônico envolverá a demonstração da titularidade da chave privada, utilizada para a conferência da assinatura e, essa questão é de fato. Sendo assim, a sua comprovação poderá ser realizada por quaisquer outros meios, não sendo necessária a utilização de nenhum certificado digital, seja ele da ICP-Brasil, ou de suas autoridades credenciadas.

A diferença, para esses casos, é que não haverá presunção de veracidade. Em sendo aceito pelas partes como verdadeiro. Não haverá o magistrado de apreciar a prova, pois o fato estará incontrovertido, ou nos termos da redação da norma em análise, “admitido pelas partes como valido, ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento” é a mesma que o assinou, haja vista que os documentos em geral fazem prova contra o signatário. O mero ato de gerar um par de chaves e utilizar a chave privada para assinar digitalmente um documento, já caracteriza, por si só, a aceitação do seu conteúdo, sendo inerente ao ato de assinar. Assim, já se presume aceito pelas partes, inclusive por aquele que o assinou.

Não se pode confundir a questão relativa à autenticidade desse documento eletrônico assinado com um par de chaves não certificadas pela ICP-Brasil. Isto é, a prova de que foi realmente o titular do certificado digital que assinou o documento, questão que afeta a chave pública utilizada na conferência. Nesse caso a pessoa a quem for oposto o documento poderá contestar a sua autenticidade, alegando que a chave privada utilizada para assinar o documento não é de sua titularidade.

Nos casos dos documentos assinados mediante cadastro de usuário no Poder Judiciário, como era o caso do SISDOC na justiça do trabalho, não havia necessidade de utilização de certificado digital. Todavia, atualmente esse sistema exige a assinatura mediante certificado digital a fim de garantir maior confiabilidade aos atos processuais.

Além da justiça do trabalho, o Tribunal Regional Federal da 3^a Região, por meio do Juizado Especial Federal, utiliza, há bastante tempo, o sistema de assinatura digital mediante cadastro do interessado. Fica a dúvida se com o início da migração para o PJE – Processo Judicial Eletrônico, o sistema atualmente utilizado no JEF será extinto, ou se irá conviver em harmonia com o PJE.

Não são poucos os Tribunais que, Brasil afora, criaram suas próprias ferramentas de informatização e utilização de assinatura mediando cadastro.

Qualquer que seja a forma de assinatura, por cadastro ou certificado digital, caso seja arguida a falsidade do documento, cabe à parte que produziu o documento o ônus de provar que ele é verdadeiro e que não existe falsidade no documento. Aí reside a diferença com os documentos produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil, pois para esses casos, como há uma presunção de veracidade do documento, há uma inversão do ônus da prova, devendo o signatário, ou aquele contra quem se produziu o documento, comprovar que o documento não é autêntico.

Sem essa presunção, as regras do ônus da prova são aquelas previstas no artigo 373 e 429 do Código de Processo Civil.

Dessa forma, nos termos da medida provisória e da Lei 11.419/06, tendo sido o documento eletrônico assinado com um par de chaves certificado pela ICP-Brasil ou mediante cadastro de usuário no Poder Judiciário conforme disciplinado pelos órgãos respectivos, sobre ele recairá a presunção de veracidade e será tido como original, em relação à sua autoria, cabendo ao signatário comprovar que o documento é autêntico, pois é implícita, com a instrução do documento, a alegação de autenticidade e, portanto, a vinculação do autor ao conteúdo.

Como visto, a alteração do documento eletrônico, quando não apostar assinatura digital, torna sua prova uma tarefa árdua, em razão de não deixar evidências, salvo mediante comprovação por testemunhas ou outras provas.

6 CONCLUSÃO

Como se discorreu ao longo desse trabalho, o momento atual é de ampla discussão sobre a equiparação do documento eletrônico com o documento tradicional, buscando poder usufruir e utilizar-se de todos seus benefícios, uma vez que suas diferenças básicas estão somente em suas formas de materialização e não na informação armazenada, informação esta, que representa o interesse das partes envolvidas.

Verifica-se que a assinatura digital é um grande avanço tecnológico na tentativa de aumentar a segurança dos documentos eletrônicos, visando garantir sua integridade, autenticidade, perenidade do conteúdo e tempestividade. Para os estudiosos e conhecedores da tecnologia, o método de criptografia assimétrica e certificação digital é um modelo de técnica relativamente segura apta a garantir os requisitos básicos da validade jurídica dos documentos eletrônicos. Além disso, vê-se que já há algum tempo o legislador vem tentando agasalhar esse meio de prova, como, por exemplo, pela medida provisória 2200-2 de 2001 que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, posteriormente pela Lei 11.419/06 que dispõe sobre a informatização do processo judicial eletrônico, trazendo inclusive alterações para o CPC/73 vigente à época que foram recepcionadas pelo CPC/15, praticamente de forma integral.

A relevância do tema é tanta que foi criada uma seção específica para o processo eletrônico no CPC/15.

Percebe-se que o documento digital se fará cada vez mais presente como forma de registro. Todavia, sua ampla utilização além de depender da incessante busca de tecnologias que garantam sua segurança, depende ainda de uma mudança de cultura. Todavia, pode-se dizer que essa mudança é agora, ontem, hoje, e amanhã, diariamente o uso dos meios informáticos é cada vez mais comum em todas as atividades, e se tornam ainda mais necessários na medida em que há o aumento expressivo do volume de informações com o qual os operadores do direito são obrigados a lidar.

A principal problemática apresentada situa-se na questão da segurança e consequente validade do documento eletrônico, isso porque, como amplamente discorrido, a sua validade como meio de prova é conferida pela lei e não pelos meios tecnológicos empregados na segurança do documento.

A certificação digital foi uma forma encontrada para que se pudesse conferir validade ao documento eletrônico, porquanto que um terceiro alheio à relação (Autoridade Certificadora) conferiria meios para garantir a identificação do autor e consequente subscritor do documento.

Além dela, a Lei 11.419/06 conferiu à assinatura eletrônica exarada mediante cadastro do usuário no Poder Judiciário conforme disciplinado pelos respectivos órgãos, patamar de identificação inequívoca do signatário.

Todavia, essas não podem ser as únicas formas de validar o documento eletrônico, até porque, o projeto de lei ainda em tramitação, traz outros requisitos que podem garantir a identificação inequívoca do seu signatário: I – Seja única e exclusiva para o documento assinado; II – Seja passível de verificação pública; III – seja gerada com chave privada cuja titularidade esteja certificada por autoridade certificadora credenciada e seja mantida sob exclusivo controle do signatário; IV – Esteja ligada ao documento eletrônico de tal modo que se o conteúdo deste se alterar, a assinatura digital será invalidada; e V – Não tenha sido gerada posteriormente à expiração, revogação ou suspensão das chaves.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 5. ed., Rio de Janeiro. Editora Forense. 1966.

_____. **Elementos de Teoria Geral do Processo**, 6^a ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

AMERICAN BAR ASSOCIATION, Section of Science and Technology Information Security Committee **Digital Signature Guidelines Tutorial**. Disponível em http://www.americanbar.org/content/dam/aba/events/science_technology/2013/dsg_tutorial.authcheckdam.pdf. Acesso em 15 out. 2016.

ARGENTINA, Centro de documentación e información del Ministério de Economia. Disponível em: <<http://infoleg.mecon.gov.ar/txtnorma/70749.htm>>. Acesso em 21 out. 2016

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao código de processo civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**, 10^a ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1998. vol. I.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3^a ed. rev., atual. e ampli. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2001.

BRASIL, Instituto Nacional de Tecnologia a Informação. ICP-Brasil. Disponível em <<http://www.iti.gov.br>>. Acesso em 11 out. 2016.

BRASIL, Angela Bittencourt. **Informática jurídica: o ciber direito**. Rio de Janeiro, 2000.

_____. **O documento físico e o documento eletrônico**. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/1781/o-documento-fisico-e-o-documento-eletronico>>. Acesso em 10 de out. 2016

CALAMANDREI, Pietro. **Direito processual civil**. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiry. Campinas: Bookseller, 1999. 1v..

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. – (coleção temas atuais de direito processual civil, v. 3).

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil: o conceito jurídico da prova**. Tradução e notas por Amilcare Carletti. São Paulo: Universitária de Direito, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel, **Teoria Geral do Processo**, 17^a ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Comentários ao código de processo civil.** v. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil.** v. III, Campinas: Bookseller, 2000.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado e TARUFFO, Michele. **Lezione sul processo civile.** 2^a ed. Bologna: Il Mulino, 1998.

CORREIA, Miguel Pupo. **Sociedade da informação e Direito: A Assinatura Digital.** Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13816-13817-1-PB.htm>>. Acesso em 12 abr. 2016

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do Direito Processual Civil.** Tradução Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Saraiva&Cia, 1946.

COSTA, Marcos da; MARCACINI, Augusto Tavares Rosa,. **Direito em bits.** São Paulo: Fiúza Editores, 2004.

ESTADOS UNIDOS. **Utah State Legislature.** Disponível em: <http://www.le.state.ut.us/~code/TITLE_46/htm46_02020.htm>. Acesso em 22 out. 2016.

FINKELSTEIN, Maria Eugenia Reis. **Aspectos jurídicos do Comércio eletrônico.** Porto Alegre: Síntese, 2004.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa.** 1^a reimpressão com alterações. Rio de Janeiro, Ed. Objetiva, 2009.

LOPES, João Batista; **A prova no direito processual civil.** 2^a ed. ver. Atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio Eletrônico.** Tradução de Fabiano Menke; como notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **O documento eletrônico como meio de prova.** Disponível em: <<http://augustomarcacini.net>> Acesso em 10 mai. 2016

MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do processo de conhecimento. A tutela jurisdicional através do processo de conhecimento.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao código de processo civil: do processo de conhecimento.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Prova.** 2^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil.** 3^o ed. São Paulo, Saraiva. 1997.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho.** 28. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado**, 4^a ed. rev., atual, e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MILHOMENS, Jônatas. **A prova no processo civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1982.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil.** 3^a ed., atualização legislativa de Sérgio Bermudes, Rio de Janeiro, Forense, 1996.

NEGRÃO, Theotônio. GOUVÊA, José Roberto Ferreira. **Código de processo civil e legislação processual em vigor.** 46^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante:** 8^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PORTUGAL, Comissão intersetorial de tecnologias da informação para a administração pública. Disponível em <<http://pj.pt/htm/legislacao/dr/informatica/DL290D99.htm>> Acesso em 21 out. 2016.

PUPO, Miguel José de Almeida. Documentos eletrônicos e assinatura digital: as novas leis portuguesas. Alfa – Redi: Revista de Derecho Informático. Junho de 2005. Disponível em: <<http://www.alfa-redi.org/revista/data/24-5.asp>>. Acesso em 21 out. 2016.

PUTTINI, Ricardo Staciari e SOUSA JR., Rafael Timóteo de. Disponível em <<http://www.redes.unb.br/security/cripto.pdf>>. Acesso em 15 out. 2016.

REZENDE, Pedro Antonio Dourado de. Assinaturas eletrônicas e seus riscos. Disponível em: <<http://www.cic.unb.br/docentes/pedro/segdadtop.htm>>. Acesso em 27 jul. 2016.

_____. Carta aberta ao Dr. Renato Opice Blum. Disponível em: <<http://www.cic.unb.br/docentes/pedro/segdadtop.htm>>. Acesso em 21 de jul. 2016.

_____. Entidades certificadoras, Assinaturas eletrônicas e projetos de lei. Disponível em <http://www.cic.unb.br/docentes/pedro/segdadtop.htm> Acesso em 27 jul. 2016.

ROSENBERG, Leo. **Tratado de derecho procesal civil.** El procedimiento de sentencia. Tradução de Angela Romera Vera. Buenos Aires. Ediciones Juridicas Europa America., 1955.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil.** 20^a ed. São Paulo: Saraiva. 1999.

_____. **Prova judiciária no cível e no comercial. Parte geral.** 4^a ed. São Paulo: Max Limonad. 1970.

_____. **Comentários ao código de processo civil.** 3^a ed. Rio de Janeiro: Forense. 1982.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil (processo de conhecimento).** 2^a ed. Porto Alegre, Fabris1, 1991.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. **A informática e o mundo moderno.** Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/1756/a-informatica-e-o-mundo-moderno>> Acesso 15 out. 2016

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual.** Rio de Janeiro: Forense, 1995.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, **Doutrinas Essenciais Processo Civil, Atividade Probatória** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil.** 3^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.