



THOMSON REUTERS

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER
EDUARDO TALAMINI
COORDENADORES

PROVAS

Atipicidade, liberdade e instrumentalidade

PAULO OSTERNACK AMARAL

Diretora Responsável
MARISA HAIMS

Diretora de Operações de Conteúdo
JULIANA MAYUMI ONO

Editores: Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Ivê A. M. Loureiro Gomes e Luciana Felix

Assistente Administrativo Editorial: Juliana Camilo Menezes

Produção Editorial
Coordenação
JULIANA DE CICCO BIANCO

Analistas Editoriais: Danielle Rondon Castro de Moraes, Flávia Campos Marcelino Martines, Gabriele Laís Sant'Anna dos Santos, George Silva Melo, Luara Coentro dos Santos e Luciano Mazzolenis J. Cavalheiro

Analistas de Qualidade Editorial: Carina Xavier Silva, Cintia Mesojedovas Nogueira, Cinthia Santos Galarza e Maria Angélica Leite

Capa: Chrisley Figueiredo

Administrativo e Produção Gráfica
Coordenação
CAIO HENRIQUE ANDRADE

Analista Administrativo: Antonia Pereira

Assistente Administrativo: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Analista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Amaral, Paulo Osternack

Provas : atipicidade, liberdade e instrumentalidade / Paulo Osternack Amaral. -- São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015. -- (Coleção Liebman)

Bibliografia.

ISBN 978-85-203-6084-2

1. Processo civil 2. Processo civil -- Brasil 3. Prova (Direito) 4. Prova (Direito) -- Brasil I. Título. II. Série.

15-04488

CDU-347.941(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Prova : Processo civil 347.941(81)



Coleção
Liebman

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS
TRIBUNAIS

desde que compatíveis com o ordenamento e com preceitos éticos. A flexibilidade também é admissível por iniciativa das partes e do juiz, porém por meios diversos. A flexibilidade judicial é autorizada pela regra do art. 139, VI e parágrafo único, do CPC e legitima a alteração da ordem de produção de provas e dos prazos processuais. As partes também tem o poder de alterar o procedimento. Basta que celebrem negócio jurídico processual, por meio do qual poderão modificar consensualmente a estrutura do procedimento de produção de provas previamente definido em lei, desde que isso não viole concretamente o contraditório ou a isonomia.

8

OS AVANÇOS TECNOLÓGICOS E SUA REPERCUSSÃO SOBRE O SISTEMA PROBATÓRIO

8.1 Os progressos tecnológicos: realidade, consequências e desafios

Os progressos tecnológicos são uma realidade. Trazem uma série de facilidades, praticamente em todas as áreas da vida das pessoas. Há cerca de duas décadas ninguém teria como prever a enorme difusão e aperfeiçoamento dos meios de comunicação. As antigas cartas manuscritas são cada vez mais deixadas de lado, cedendo espaço aos correios eletrônicos (*e-mails*). Os custosos telefonemas internacionais caem em desuso, devido às diversas alternativas de comunicação instantânea viabilizadas pela *internet*. Dados estatísticos demonstram que já existem mais telefones celulares do que habitantes no Brasil. Ganham ar de romantismo os relatos de antigos juristas, que se deslocavam à Europa para adquirir livros e, especialmente, os catálogos de editoras. Isso lhes permitia posteriormente redigir cartas aos livreiros europeus, postando o dinheiro no próprio envelope e solicitando o envio de exemplares ao Brasil. Tais aquisições são atualmente feitas em questão de instantes pela *internet*, mediante pagamento por cartão de crédito ou equivalente. As próprias compras pela *internet*, que há poucos anos ainda eram exceção, hoje encontram adeptos nas mais variadas classes sociais e faixas etárias.

Apesar de conter enormes virtudes, a aceleração dos meios de comunicação trouxe dois fenômenos: a *despersonalização* e a *desmaterialização*. As relações passaram a ser impessoais. As comunicações são estabelecidas de forma veloz, entre sujeitos que jamais terão contato pessoal. Tais relações impessoais se estabelecem em ambiente virtual (*internet*). Por meio dela é possível desde a realização de reserva em um restaurante, até a celebração de um contrato com uma prestadora de serviço público.

Mas evidentemente que os avanços tecnológicos não possuem apenas virtudes. A rápida difusão desses meios de comunicação trouxe consigo uma série de incertezas, especialmente quanto à segurança da transmissão das informações. É comum ouvirmos casos de interceptação indevida de informações trocadas por meio eletrônico (senhas bancárias, fotografias etc.), o que pode causar sérios transtornos financeiros e pessoais aos envolvidos.

Tais incertezas impactam diretamente na esfera jurídica. Há dúvidas em relação à integridade e à autoria de documentos firmados em meio eletrônico. As informações mantidas ou transmitidas por meio digital ainda geram desconfiância quanto à sua inalterabilidade e sigilo.

Nesse contexto é que será examinada a prova documental, que é o meio probatório típico mais comumente empregado. Não há dúvida de que os meios típicos são concebidos (inclusive) com uma função facilitadora, de modo a definir de antemão um modelo em que determinada situação se enquadrará. É um instrumento orientado a conferir previsibilidade quanto ao método, ao procedimento e à eficácia no processo.

Todavia, as inovações tecnológicas implicam uma releitura de tais modelos legais. Afinal, o legislador consegue prever na lei a realidade existente em dado momento histórico. Seria impossível que tivesse a habilidade de contemplar de antemão toda e qualquer evolução que a ciência pudesse proporcionar.

Exemplo disso são as informações mantidas em meio eletrônico. Os seus contornos não estão suficientemente delineados na lei. Isso exigiu que parte da doutrina alargasse o conceito de documento, para assim abranger os meios modernos de comunicação.¹ Contudo, tal maleabilidade conceitual, muito embora possa parecer aderente aos anseios da atualidade, é limitada. Não tem condições de abranger todo e qualquer progresso científico e tecnológico, pois é “sempre possível que determinado instrumento não possa, de maneira nenhuma, ser incluído na previsão legal”.²

No sistema italiano, por exemplo, observa-se a tendência de que algumas provas não previstas na lei sejam reconduzidas a categorias de provas típicas.³ É o que ocorre, por exemplo, com os documentos eletrônicos (*fax* e *telex*), que são geralmente enquadrados na previsão legal contida no art. 2.712 (reproduções mecânicas) e no art. 2.719 (fotocópias) do Código Civil italiano. Mas, mesmo na Itália, reconhece-se a existência de outros tantos casos em que tal analogia seria impossível, como ocorre, por exemplo, em relação às declarações de terceiro.⁴ A doutrina italiana também se dedica a qualificar os chamados documentos eletrônicos como *documentos atípicos*, mas sempre com a ressalva de que isso não implica enquadrá-los como provas atípicas.⁵

O objetivo deste capítulo será examinar os principais aspectos da prova documental (definição de documento, força probante etc.) e o tratamento que os

1. GRECO, *Instituições*..., p. 123 e 125; BARBOSA MOREIRA, *Observaciones*..., p. 47-48; TABOSA, *Código*..., p. 1.049; CINTRA, *Comentários*..., p. 18.

2. BARBOSA MOREIRA, *Provas*..., p. 121.

3. BIANCHI, *La prova*..., p. 138.

4. ARIOLA, *Le prove*..., p. 67.

5. MAERO, *Le prove*..., p. 142.

chamados documentos eletrônicos recebeu no Brasil e em outros ordenamentos. Isso será fundamental para identificar se o documento eletrônico caracteriza ou não hipótese de prova atípica, o que será aferido à luz do sistema brasileiro e das premissas definidas no início deste trabalho. Ressalte-se desde logo que as informações mantidas em meio eletrônico situam-se, quando menos, em zona limítrofe, o que justifica um exame detalhado das vicissitudes da prova documental. Caso seja aferida alguma espécie de atipicidade (do meio de prova ou procedimental), serão envidados esforços no sentido de propor soluções pragmáticas à luz do sistema vigente e do código projetado.

8.2 A prova documental

Entende-se por prova documental o meio de prova destinado a levar ao juiz a informação contida na fonte de prova, denominada documento. Tanto o CPC quanto o Código Civil contêm disposições sobre a prova documental e sobre os documentos. Extrapolaria os limites do presente trabalho promover uma análise exhaustiva de todos os aspectos relacionados aos documentos, à sua introdução no processo, as formas de requisição, impugnações à autenticidade etc.

Nos tópicos seguintes serão examinados os principais aspectos relacionados aos documentos públicos e privados, tais como a sua força probante, autenticidade, autoria e reproduções. A análise desses temas constituirão as premissas necessárias ao correto enquadramento probatório das informações mantidas em meio eletrônico e a sua repercussão processual.

8.2.1 Definição de documento

O Código de Processo Civil não se ocupou de conceituar documento. Preferiu o legislador, nas dezenas de artigos que destinou ao capítulo da prova documental, dedicar-se a disciplinar temas como a eficácia probatória dos documentos públicos e privados, os meios de requisição de documentos, impugnação de autenticidade etc.

O Código de Processo Penal, por sua vez, traz um conceito de documento no *caput* do seu art. 232, repetido no art. 371 do CPP militar.⁶ No entanto, tal conceito está nitidamente ultrapassado, pois fica restrito a “documentos escritos, instrumentos ou papéis”.⁷

O conceito de documento, como fonte de prova, evoluiu com o passar dos tempos. Basta atentar para o conceito de documento previsto na lei francesa, da

6. Dispõe o art. 232, *caput*, do CPP: “Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares”.

7. CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 460; LOPES JR., *Direito*..., p. 716.

época napoleônica, que o restringia a “ato por escrito”.⁸ Carnelutti conferiu-lhe espectro bem mais amplo, considerando que “documento é uma coisa que serve para representar uma outra coisa”.⁹ Moacyr Amaral Santos trouxe um conceito mais preciso: “pode conceituar-se documento como toda e qualquer representação material destinada a reproduzir duradouramente uma representação do pensamento”.¹⁰

Atualmente, documento pode ser definido como qualquer coisa que seja capaz de fixar um pensamento ou registrar a ocorrência de um fato.¹¹ Tal singela definição traz consigo duas consequências relevantes. De um lado, admite que o documento tenha por conteúdo não apenas palavras escritas, mas também registros fáticos percebidos por meio de imagens, sons, símbolos, mapas, números, gráficos etc. Por outro lado, considera que o material sobre o qual será registrada a informação (denominado *suporte*) pode assumir as mais variadas formas. Assim, admite-se como documento não apenas o papel (contendo palavras escritas, gráficos etc.), mas também as imagens em fotografias ou radiografias, os sons gravados em fita magnética, uma inscrição feita em madeira ou mesmo os dados inseridos na memória de um computador. Qualquer desses suportes será meio hábil a conter o registro de um pensamento humano ou a fixar um fato.¹²

ResOLVE-se que nem todo objeto portador de informes será um documento, mas apenas aqueles que contenham símbolos de comunicação – o que exclui do conceito de documento, por exemplo, uma porta contendo uma perfuração à bala, que servirá como vestígios de fatos a serem examinados em perícia.¹³

8.2.2 Documentos e instrumentos

Documentos não se confundem com instrumentos. Costuma-se distingui-los por um critério de finalidade.

Documentos (ou *documentos em sentido estrito*) são caracterizados por não terem sido constituídos especificamente para provarem fatos no processo. Rigorosamente, só será considerado documento uma coisa que sirva para provar um fato. Uma fotografia como registro de uma viagem ao exterior, em princípio, não

8. MONIZ DE ARAGÃO, *Exegese*..., p. 213. Ainda hoje a doutrina francesa destaca o papel importante da prova escrita no direito francês (JEULAND, *Droit*..., p. 481).

9. CARNELUTTI, *Sistema*..., p. 691.

10. AMARAL SANTOS, *Prova*..., vol. 1, p. 77.

11. DINAMARCO, *Instituições*..., vol. 3, p. 591; WAMBIER e TALAMINI, *Curso*..., p. 556.

12. WAMBIER e TALAMINI, *Curso*..., p. 555. Para Dinamarco, nada impede que uma pessoa seja tomada como uma fonte passiva de prova, desde que ela traga em si a inscrição ou gravação de símbolos, como é o caso de tatuagens que eventualmente demonstrem a ocorrência de fatos (DINAMARCO, *Instituições*..., vol. III, p. 591).

13. DINAMARCO, *Instituições*..., vol. III, p. 592.

será uma prova, mas apenas o registro de uma viagem da família. Contudo, em uma ação de alimentos tais fotos podem servir de prova da capacidade do alimentante.

Instrumentos, por sua vez, consistem em registros de declarações de vontade elaborados especificamente para o fim de perpetuá-las no tempo de modo idôneo a vincular os declarantes.¹⁴ Estão intimamente ligados à forma escrita.¹⁵ Exemplo disso é o contrato escrito, formalizado mediante instrumento público, nos casos em que a lei exige tal formalidade. Em tal hipótese se terá elaborado contrato por meio de instrumento público como forma de atribuir-lhe validade jurídica e poder futuramente ser usado como prova.

8.2.3 Documento e prova documental

Documento não se confunde com prova documental. Documento é a fonte de prova, isto é, de onde provém a informação. Prova documental tem conotação processual, pois é o meio de prova concebido pelo legislador, que disciplina o método pelo qual a informação será levada ao processo para ser examinada pelo juiz.

Prova documental também não se confunde com prova escrita. É possível que a prova documental ampare-se em uma fotografia ou em um filme. Tampouco prova escrita será sempre uma prova documental. Exemplo disso é o laudo pericial, que é uma prova escrita, mas decorre de um meio de prova específico, a prova pericial.¹⁶

8.2.4 Documento público e documento particular

O documento público é o que se forma perante oficial público, no exercício da função pública¹⁷ (seja ela administrativa, legislativa ou judiciária).¹⁸ Existe uma série de documentos que a lei prescreve determinada forma, cuja observância é condição de validade para o negócio. Exemplo disso é a indispensabilidade de escritura pública para a validade dos negócios jurídicos que visem à transferência de direitos reais sobre imóveis de elevado valor (CC, art. 108). Todavia, a sua regularidade pressupõe a confecção por agente competente e a observância de formalidades legais (CC, art. 215, § 1º).

Por exclusão, são particulares todos os demais documentos que não forem constituídos por agente público.¹⁹ São aqueles documentos cujo suporte seja confeccionado por pessoas particulares.

14. DINAMARCO, *Instituições*..., vol. III, p. 592.

15. SANTO, *La prueba*..., p. 195; QUADRI, *La prueba*..., vol. II, p. 763; AGUIAR, *Comentários*..., p. 191.

16. MARINONI e ARENHART, *Prova*..., p. 551.

17. CARNELUTTI, *Sistema*..., vol. 1, p. 691.

18. BUENO, *Curso*..., vol. II, tomo I, p. 279.

19. QUADRI, *La prueba*..., tomo II, p. 797.

A diferença entre documento público e documento particular, portanto, não se relaciona com o regime jurídico a que eles estão submetidos. É perfeitamente possível que um contrato de compra e venda de um automóvel entre particulares seja confeccionado por um tabelião, o que lhe conferirá o status de documento público, mas que estará submetido ao regime jurídico de direito privado. O elemento distintivo entre documento público e particular é o seu autor material: se elaborado por uma autoridade pública, no exercício da função pública, será um documento público; se elaborado por um sujeito privado (ou por quem não desempenhe função pública), será então um documento particular.

8.2.5 Força probante do documento público

O documento público faz prova da sua formação e dos fatos que ocorreram na presença do oficial público (CPC, art. 405).²⁰ Disso decorre que a fé pública incide sobre a formação do ato e sobre tudo que se passou na presença do oficial. As declarações feitas pelo oficial público ostentam presunção de veracidade, o que dispensa o beneficiário do ato de produzir provas a esse respeito (CPC, art. 374, IV). Tal presunção de veracidade é relativa, pois admite prova em contrário.²¹

A fé atribuída aos documentos públicos não pode ser recusada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (CF/1988, art. 19, II).

Porém, as declarações feitas por particular ao oficial público não estão abrangidas pela fé pública e podem ser impugnadas por todos os meios de prova. Nesse caso, o documento público prova apenas que tal declaração foi prestada pelo particular ao oficial público, o que não equivale a reconhecer que o conteúdo de tal declaração seja verdadeiro.²²

O documento público irregular – feito por oficial público incompetente ou sem a observância das formalidades legais – assumirá a eficácia de documento particular, desde que o instrumento público não seja da substância do ato e que o documento esteja subscrito pelas partes (CPC, art. 407; CC/2002, art. 221).²³ Disso

20. O art. 405 do CPC brasileiro contém regra inspirada nos arts. 2.699 e 2700 do Código Civil italiano.

21. STJ, REsp 1.099.127/AM, 2.ª T., rel. Min. Castro Meira, DJe 24.02.2010. Na doutrina: CINTRA, *Comentários*..., p. 100-101; MONIZ DE ARAGÃO, *Exegese*..., p. 220.

22. STJ, REsp 37.173/SP, 3.ª T., rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 26.09.1994, p. 25.646.

23. O art. 407 do CPC brasileiro contém regra inspirada no art. 2.701 do Código Civil italiano ("Il documento formato da ufficiale pubblico incompetente o incapace ovvero senza l'osservanza delle formalità prescritte, se è stato sottoscritto dalle parti, ha la stessa efficacia probatoria della scrittura privata."). Comoglio percebe que essa regra de cunho conservativo é uma óbvia manifestação de bom senso, pois impede de antemão que alguém pretenda submeter o documento público irregular ao discursível regime das provas atípicas (COMOGLIO, *Le prove*..., p. 449).

decorre que tal documento público irregular não terá presunção de autenticidade das assinaturas, da regularidade das declarações prestadas pelas partes e das declarações feitas pelo oficial público dos fatos que presenciou. Todavia, nesse caso a irregularidade do instrumento não afetará a validade do negócio jurídico.²⁴ Mas, se por outro lado, o instrumento público for da substância do ato, o descumprimento de tal formalidade não permite que o ato irregular seja aproveitado.

8.2.6 Força probante do documento particular

O documento particular não tem fé pública em relação à regularidade da sua formação, pois não emanou de um agente público. Logo, não haverá presunção legal de regularidade do ato. O documento particular poderá conter declaração de ciência em relação a determinado fato. Nesse caso, ele fará prova da ciência, mas não do fato em si (CPC, art. 408, parágrafo único). Significa dizer que o documento prova apenas a existência da declaração nele constante, mas não prova que o seu conteúdo é verdadeiro. O conteúdo da declaração (fato declarado) deverá ser provado de acordo com o regime geral de distribuição do ônus da prova (CPC, art. 373). Não se aplica ao fato declarado em documento particular a presunção legal de veracidade (CPC, art. 374, IV).²⁵

A prova do instrumento particular, no entanto, pode ser suprida pelas outras de caráter geral (CC/2002, art. 221, parágrafo único), observadas as limitações da prova exclusivamente testemunhal (CC/2002, art. 227; CPC, art. 444).

8.2.7 A relevância da assinatura do documento particular

A assinatura assume especial relevância no que concerne aos documentos particulares, pois se presume que o subscritor do documento particular é responsável pela autoria das declarações nele contidas. Repare-se que essa regra não se aplica a todos os documentos particulares, mas apenas àqueles que estejam assinados.

O *caput* do art. 412 sintetiza as regras enunciadas nos arts. 408 e 411, do CPC. Basicamente, afirma que o documento particular autêntico (assim reconhecido pelo tabelião ou admitido pela parte contrária) prova que o seu autor fez a declaração que lhe é atribuída. O *caput* do art. 412 atribui presunção relativa de veracidade ao documento particular, que só persistirá se não houver dúvida acerca da autenticidade do documento.

24. MONIZ DE ARAGÃO, *Exegese*..., p. 229.

25. "(...) O documento particular faz prova da declaração, mas não do fato declarado; seu conteúdo é invocável apenas em relação aos subscritores e não a terceiros; e que a veracidade das declarações nele contidas são de natureza *iuris tantum*. (...)" (STJ, AgRg no Ag 1.088.781/MG, 5.ª T., rel. Min. Laurita Vaz, DJe 11.05.2009).

A lei presume a veracidade das declarações constantes do documento particular apenas em relação aos signatários (CPC, art. 408, *caput*; CC/2002, art. 219). Para que surta efeito perante terceiros, é necessário que seja submetido a registro público (CC/2002, art. 221, *caput*; art. 129 da Lei 6.015/1973).

8.2.8 Indivisibilidade do documento particular

Ainda quanto à eficácia probante, o documento particular é indivisível, desde que admitido expressa ou tacitamente (CPC, art. 412, parágrafo único). Disso decorre a impossibilidade de a parte aproveitar apenas a parcela do documento que lhe favorece, rejeitando as que repute contrárias a seus interesses. O documento será visto e valorado em sua integralidade.²⁶ Caso o documento expresse vários fatos, admite-se que a parte prove pelos demais meios probatórios que um ou alguns deles são inverídicos.²⁷

8.2.9 A questão da autenticidade do documento particular

A autenticidade relaciona-se com a certeza de que o responsável pelo documento é o sujeito nele indicado.²⁸ Caso o tabelião ateste que a assinatura constante do documento foi aposta na sua presença, tal declaração do agente conferirá fé pública em relação à autoria do ato, gerando presunção relativa de veracidade.²⁹

A autenticidade do documento particular pode ser comprovada por meio de reconhecimento de firma. Nesse caso, o agente público atestará que a assinatura existente no documento corresponde ao sujeito a quem ela é atribuída. O reconhecimento de firma poderá ser por semelhança ou presencial. Por semelhança, o oficial público comparará a assinatura que lhe é apresentada com outra que esteja registrada em seus arquivos (p. ex., autógrafos lançados em cartões próprios). No reconhecimento presencial a parte comparece perante o oficial, subscreve o documento na sua presença e tal circunstância é certificada com força de fé pública.

O art. 411 do CPC considera autêntico o documento quando o tabelião reconhecer a firma do signatário. Aqui se deve atribuir interpretação ampliada à regra, de modo que ela abranja não apenas o reconhecimento presencial da firma, mas também por semelhança.³⁰ Também se reputa autêntico o documento cuja

26. WAMBIER e TALAMINI, *Curso...*, p. 560.

27. CINTRA, *Comentários...*, p. 115.

28. CARNELUTTI, *Sistema...*, vol. 1, p. 701.

29. CINTRA, *Comentários...*, p. 109.

30. STJ, REsp 302.469/MG, 3.^a T., rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, DJe 07.10.2011.

autoria “estiver identificada por qualquer outro meio legal de certificação, inclusive eletrônico, nos termos da lei” e quando “não houver impugnação da parte contra quem foi produzido o documento”.

Em qualquer das hipóteses a presunção será relativa, que poderá ceder diante de prova em contrário.

Adverte-se que caracteriza delito reconhecer como verdadeira, no exercício da função pública, firma ou letra que não o seja (CP, art. 300).

8.2.10 A arguição de falsidade

A falsidade de um documento deve ser suscitada (i) na contestação, quando o documento tiver sido anexado à inicial, (ii) na réplica, se o documento foi juntado à contestação ou (iii) no prazo de quinze, contado a partir da juntada do documento aos autos. Naturalmente, terão o benefício do prazo em dobro os litisconsortes que sejam representados por procuradores diferentes, salvo se o processo tramitar em autos eletrônicos (CPC, art. 229, *caput* e § 2.º).

A arguição de falsidade poderá consistir em falsidade quanto à formação do documento (falsidade material) ou quanto ao seu conteúdo (falsidade ideológica).³¹ O ônus da prova recairá sobre a parte que arguir a falsidade do documento ou o preenchimento abusivo (CPC, art. 429, I). Quando a impugnação disser respeito à autenticidade, o ônus probatório será de quem produziu o documento (CPC, art. 429, II).

Ouvida a parte contrária no prazo de quinze dias, o juiz determinará o exame pericial, caso repute necessário no contexto dos autos. A arguição não será levada adiante caso a “parte que produziu o documento concordar em retirá-lo” dos autos (CPC, art. 432, parágrafo único).

O silêncio da parte em relação ao documento fará presumir que o tem por verdadeiro (CPC, art. 411, III). Também implicará presunção de veracidade a admissão expressa pela parte acerca da autenticidade da assinatura ou da veracidade do contexto do documento particular. Cessará a eficácia da admissão expressa ou tácita do documento particular caso se demonstre que ele foi obtido por erro de fato ou coação. Repare-se que para cessar tal eficácia o vício deverá incidir na formação do documento, e não na conduta processual no sentido de admiti-lo.

A regra geral será a resolução da arguição como questão incidental (CPC, art. 430, parágrafo único). A falsidade documental caracterizará uma questão prejudicial. Disso decorre que, não haverá coisa julgada sobre a questão da falsidade, a qual será decidida na motivação da sentença (CPC, art. 504, II).

31. DIDIER, OLIVEIRA e BRAGA, *Curso...*, vol. 2, p. 235.

Mas se a parte requerer que o juiz decida como questão principal (CPC, art. 430, parágrafo único), a declaração sobre a falsidade constará da parte dispositiva da sentença e sobre ela incidirá a autoridade da coisa julgada material (CPC, art. 433).

Há precedente jurisprudencial reputando inadmissível que o juiz se manifeste de ofício a esse respeito, sob pena de julgamento *extra petita*.³² Todavia, parece mais adequado o posicionamento sustentado por Egas Moniz de Aragão, segundo o qual não “há sequer dependência de que o interessado a requeira; o juiz poderá agir de ofício (cfr. o art. 130) por ser ele o destinatário da prova e ter o maior interesse em não se valer de fonte impura”.³³

A declaração judicial de falsidade faz cessar a fé do documento público ou particular (CPC, art. 427).

8.2.11 Incerteza quanto à data do documento particular

Todo ato humano é realizado em determinado tempo e local. Tradicionalmente identifica-se no documento a data da sua confecção e o local em que ele se passou. A importância da data no contexto do documento pode variar de um caso para outro, no que tange aos efeitos jurídicos esperados para o ato. Por exemplo, a data constituirá um elemento relevante no testamento.³⁴

Contudo, é possível que haja incerteza acerca da data do documento particular (CPC, art. 409). A dúvida pode derivar da inexistência de indicação de data no documento ou da inserção de data equivocada.³⁵

A dúvida ou impugnação em relação à data do documento particular pode se estabelecer entre os “litigantes”, assim entendidos os participantes da formação do documento; sob essa perspectiva, serão terceiros os sujeitos que não participaram do documento. Em qualquer caso, a disputa acerca da data será dirimida pela produção de todos os meios de prova,³⁶ inclusive por prova testemunhal.³⁷

Caso seja oposto um documento particular a terceiro e ele impugne a sua data, a lei brasileira, a exemplo da lei italiana (CC italiano, art. 2.704), presume que tal

32. STJ, REsp 11.138/CE, 1.ª T., rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 20.02.1995, p. 3.151.

33. MONIZ DE ARAGÃO, *Exegese*..., p. 241.

34. LIEBMAN, *Manuale*..., p. 330.

35. MONIZ DE ARAGÃO, *Exegese*..., p. 234.

36. STJ, AgRg no REsp 857.579/SP, 6.ª T., rel. Des. Conv. do TJSP Celso Limongi, DJe 19.04.2010; STJ, REsp 24.601/MS, 3.ª T., rel. Min. Nilson Naves, rel. p/ Acórdão Ministro Eduardo Ribeiro, DJ 14.12.1992, p. 23.920.

37. AGUIAR, *Comentários*..., p. 206.

documento não foi datado em momentos posteriores aos previstos nos incs. I a V do art. 409 do CPC. As hipóteses contidas nos incs. I a V são exemplificativas, o que se evidencia pela amplitude da hipótese prevista no inc. V (“do ato ou do fato”). Assim, perante terceiros, presume-se que o documento foi datado (I) no dia registro (no Cartório de Títulos e Documentos, de Registro Civil, de Registro de Imóveis etc.), (II) desde a morte de qualquer dos signatários, (III) a partir da impossibilidade física impeditiva a qualquer dos signatários firmar o documento ou (IV) no dia do protocolo, arquivamento ou juntada do documento na repartição pública ou em juízo.

Se o caso concreto incidir em mais de uma hipótese objetiva para a aferição da data, prevalecerá a hipótese que determine a maior antiguidade do documento. Assim, se a morte de algum dos signatários ocorrer antes do registro do documento, evidentemente prevalece a data do falecimento.³⁸ Caberá a produção de provas pela parte que tiver interesse em demonstrar que a data do documento particular não corresponde à presunção relativa estabelecida na lei.

8.2.12 Força probante das reproduções mecânicas e eletrônicas

O art. 422 do CPC contém rol exemplificativo de espécies de reproduções mecânicas passíveis de fazer prova de fatos e coisas que representar. Tal dispositivo deve ser interpretado em consonância com o art. 225 do CC/2002, que contém redação ainda mais abrangente, pois consigna a eficácia probatória de *qualquer reproduções mecânicas ou eletrônicas* de fatos ou de coisas. Inclui-se em tais previsões a forma impressa de mensagem eletrônica (CPC, art. 422, § 3.º). Ambos os dispositivos condicionam a eficácia probatória à ausência de impugnação.

Como a lei não fixa prazo para a impugnação da autenticidade, entende-se aplicável o prazo constante do art. 430 do CPC (contestação, réplica ou quinze dias da intimação da juntada do documento aos autos).

As fotografias digitais e as extraídas da rede mundial de computadores fazem prova das imagens que reproduzem. Caso sofram impugnação, incumbe à parte que trouxe tais imagens aos autos apresentar a respectiva autenticação eletrônica (CPC, art. 422, § 1.º). Caso se trate de fotografia publicada em jornal ou revista, a existência de impugnação exigirá a apresentação do exemplar original do periódico pela parte que anexou o documento.

A impugnação da autenticidade da reprodução não impõe necessariamente que o juiz determine a realização de exame pericial. Contudo, o juiz deverá deter-

38. CINTRA, *Comentários*..., p. 111.

minar a realização de perícia sempre que, na sua avaliação, ela seja necessária para dissipar dúvida quanto à autenticidade do documento. Nesse caso, a perícia incidirá unicamente sobre a conformidade da reprodução e do reproduzido.³⁹

8.2.13 Autoria do documento

A autoria do documento pode ser aferida a partir dos aspectos material e intelectual. A autoria material consiste na identificação de quem confeccionou o documento. O autor material (ou autor propriamente dito) é o responsável pela criação do suporte sobre o qual o fato está representado. A autoria intelectual identifica-se com o responsável pelo conteúdo das declarações prestadas.⁴⁰

Não é necessário que a autoria material e intelectual recaia sobre o mesmo sujeito. A escritura pública é exemplo disso, pois a autoria material recai sobre a autoridade pública que o lavra e a autoria intelectual sobre o autor da declaração.

Caso a autoria material e a intelectual recaiam sobre o mesmo sujeito, o documento será *autógrafo*. Quando o autor material e o intelectual são sujeitos distintos, o documento é chamado de *heterógrafo*.

A identificação da paternidade do documento é feita pela assinatura, que nada mais é do que a aposição de um sinal característico.⁴¹ Isso permite que o analfabeto assum a paternidade de um documento público lançando-lhe uma impressão digital. Normalmente a assinatura corresponde ao nome da pessoa, grafado à mão com seu traço característico, mas a finalidade do ato também será alcançada por meio da aposição de um carimbo. A assinatura é tradicionalmente lançada ao final do documento, presumindo-se que qualquer registro após, para ter validade, deverá ser novamente assinado.⁴² O documento será autêntico quando houver a coincidência entre a aparência e a realidade.⁴³

Apenas a autoria intelectual assume relevância para a identificação do autor do documento particular. Os dois primeiros incisos do art. 410 do CPC atribuem a autoria do documento particular (inc. I) a quem confeccionou e assinou o documento ou (inc. II) a quem solicitou a sua realização em seu próprio interesse. O inc. III destina-se a identificar a autoria dos documentos que costumemente não são assinados. Muito embora o inc. III cite dois exemplos de documentos que

39. STJ, REsp 1.046.497/RJ, 4.^a T., rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 09.11.2010; STJ, REsp 56.535/RJ, 2.^a T., rel. Min. Ari Pargendler, DJ 03.02.1997, p. 688.

40. MONIZ DE ARAGÃO, *Exegese*..., p. 218; TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1989, vol. 2, p. 393.

41. CARNELUTTI, *Sistema*..., vol. 1, p. 706; LIEBMAN, *Manual*..., p. 329.

42. No âmbito do direito probatório, tem-se tratado como sinônimos os substantivos "assinatura", "firma" e "subscrição" (MONIZ DE ARAGÃO, *Exegese*..., p. 238-239).

43. TUCCI, *Curso*..., vol. 2, p. 396.

não costumam ser assinados ("livros empresariais e assentos domésticos"), será considerado autor de um documento particular não assinado o sujeito que determinou a sua confecção, sendo irrelevante quem efetivamente o fez.

8.2.14 Produção da prova documental

A prova documental certamente é o meio probatório de mais fácil produção. Basta que o documento seja encartado aos autos e a prova estará produzida. Mas isso não significa que o legislador não tenha conferido atenção a esse meio de prova. Muito pelo contrário. O Código possui dezenas de dispositivos para tratar do assunto, cuja disciplina inicia-se pelo momento de produção da prova, hipóteses de juntada posterior de documentos, passando pelas regras de requisição de documentos em posse do adversário ou de terceiros, eficácia probatória de documentos públicos e particulares, incidente de falsidade e estabelecimento do contraditório.

Não é a sede própria para o exame de todos os aspectos relacionados à atividade de produção da prova documental. Serão analisadas apenas as regras que guardam pertinência com a investigação que será realizada adiante, a propósito dos chamados documentos eletrônicos.

8.2.14.1 Momento da produção da prova documental: a regra geral

A prova documental disponível deverá ser trazida aos autos junto com a petição inicial e com a contestação, desde que indispensáveis à comprovação da admissibilidade da demanda ou da defesa (CPC, art. 434). Entendem-se como indispensáveis à propositura da ação aqueles documentos aptos a demonstrar o cumprimento das condições da ação e dos pressupostos processuais.⁴⁴

A exigência de que a prova documental seja toda produzida na fase postulatória merece temperamentos.⁴⁵ Eventualmente alguns documentos indispensáveis poderão estar, por exemplo, em poder da parte contrária (CPC, art. 396) ou de terceiro (CPC, art. 401) – hipótese em que o juiz deverá determinar que sejam trazidos aos autos.

Caso o juiz verifique de plano a ausência de algum documento indispensável à admissibilidade da demanda, determinará a sua apresentação no prazo de quinze dias, sob pena de indeferimento da inicial (CPC, art. 321).

8.2.14.2 Admissibilidade da juntada posterior de documentos

Ultrapassada a fase postulatória, será admitida a juntada de documentos quando destinados a provar fatos supervenientes (ocorridos depois da fase pos-

44. STJ, REsp 1.102.277/PR, 1.^a T., rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 31.08.2009.

45. STJ, AgRg no REsp 1.050.708/TO, 3.^a T., rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 11.12.2012.

tulatória) ou para contrapor documentos trazidos aos autos pela parte contrária (CPC, art. 435). Admite-se também a juntada posterior de documentos formados após a propositura da petição inicial ou o oferecimento da contestação (CPC, art. 435, parágrafo único).

Permite-se, ainda, que sejam trazidos aos autos documentos que se tornaram conhecidos, acessíveis ou disponíveis após a inicial e a contestação. Nesse caso, incumbe à parte que trouxe tais documentos posteriormente comprovar o motivo que a impediu de juntá-los anteriormente.

Em todas essas hipóteses exige-se o respeito à boa-fé (CPC, art. 5.º), como forma de evitar manobras indevidas em razão da ocultação do documento.

Tem-se aceitado a juntada de documentos a qualquer tempo, inclusive com recurso ou em sede recursal, desde que a fase do procedimento admita, seja observado o contraditório e não haja má-fé do recorrente.⁴⁶

8.2.14.3 O respeito ao contraditório

Sempre que uma parte trazer aos autos um documento, necessariamente será concedida à parte contrária a oportunidade de se manifestar a respeito dele, no prazo de quinze dias (CPC, art. 437, § 1.º). A requerimento da parte, o juiz poderá dilatar esse prazo, considerando-se a quantidade e a complexidade da documentação (CPC, art. 437, § 2.º). A abertura de vista obrigatória deriva do princípio do contraditório, que impõe a concessão de oportunidade de ampla impugnação do documento (em relação à sua admissibilidade ou em relação ao seu valor probante). Também se deve franquear às partes o direito de se manifestar sobre quaisquer outros documentos que sejam juntados aos autos, tais como certidões de repartições públicas, informações prestadas por auxiliares do juízo e documentos apresentados por terceiros.

A ausência de oportunidade de vista sobre os documentos juntados aos autos poderá gerar nulidade. A nulidade somente será decretada caso se demonstre que o documento foi relevante para o julgamento da controvérsia, isto é, exige-se a comprovação de que a não intimação da parte para falar sobre o documento lhe gerou prejuízo.⁴⁷

Já se vislumbrou prejuízo decorrente da prolação de sentença proferida sem oportunizar a prévia manifestação das partes acerca do laudo pericial.⁴⁸ Em outro

46. STJ, AgRg no REsp 1.166.670/PB, 4.ª T., rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 19.05.2011; STJ, REsp 980.191/MS, 3.ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 10.03.2008. Na doutrina, por todos: DINAMARCO, *Instituições...*, vol. III, p. 609-610.

47. STJ, REsp 1.113.820/SP, 2.ª T., rel. Min. Castro Meira, DJe 18.06.2013; STJ, AgRg no REsp 1.163.175/PA, 4.ª T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 11.04.2013. Na doutrina, dentre tantos, confira-se: TUCCI, *Curso...*, vol. 2, p. 391-392.

48. STJ, REsp 92.313/SP, 4.ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 08.06.1998, p. 113.

caso, no entanto, afirmou-se a desnecessidade de abertura de vista para que a parte contrária se manifestasse sobre parecer de jurista, sob o fundamento de que ele não está compreendido no conceito de documento para os efeitos do art. 437 do CPC, tratando-se de mero reforço de argumentação destinado a apoiar determinada tese jurídica.⁴⁹

8.3 O documento eletrônico

Não é tarefa simples a análise dos contornos probatórios do chamado documento eletrônico. A ausência de uma precisa definição legal, aliada à incipiente experiência brasileira a respeito do tema, tornam ainda mais complicado o exame a que ora se propõe.

Todavia, o atingimento de uma precisa conceituação de *documento eletrônico* é fundamental aos objetivos do presente estudo. Permitirá aferir se o chamado documento eletrônico realmente pode ser abrangido no conceito jurídico de documento. O estabelecimento dessa premissa será necessário para que se possa identificar se as informações mantidas em meio digital enquadram-se ou não na categoria de meio de prova atípico. Disso decorrerá a definição de qual será o procedimento relacionado a ser adotado para a produção de tal prova no processo, isto é, se o ingresso de tais informações no processo seguirá um procedimento específico previamente definido no processo eletrônico, se seguirá um regime geral previsto em lei ou, ainda, se estaremos no campo da atipicidade procedimental.

8.3.1 Definição

A doutrina brasileira não se ocupou adequadamente dos aspectos probatórios relacionados aos documentos eletrônicos, o que é revelado pela escassez de estudos específicos dedicados ao enfrentamento dos documentos eletrônicos à luz dos meios probatórios admitidos pelo sistema brasileiro.

O legislador nacional, por sua vez, não definiu o que se deveria compreender por um documento eletrônico. Encontra-se no *caput* do art. 10 da MP 2.200-2/2001 a seguinte equiparação: “Consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta Medida Provisória”.⁵⁰

AMP então equiparou documento eletrônico a documento público ou particular, mas sem enfrentar aspectos relevantes sobre a sua configuração, procedimento de produção da prova e a respectiva eficácia processual.

É possível extrair das regras esparsas (que serão adiante examinadas) que um documento eletrônico não se confunde com a versão digitalizada de um documento

49. STJ, AgRg no Ag 750.021/SP, 4.ª T., rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 12.11.2007, p. 222.

50. A vigência da Medida Provisória 2.200-2/2001 foi mantida por força da EC 32/2001.

concebido originalmente em meio físico, que ele pode ser público ou privado e que caso sejam inseridos no processo eletrônico serão considerados originais para todos os efeitos.

A precisa compreensão acerca da definição do documento eletrônico pode ser extraída a partir das premissas firmadas a propósito dos contornos jurídicos do documento, assim como das conclusões atingidas pela doutrina estrangeira. Essas duas fontes terão condições de fornecer valiosas premissas para a construção de uma definição compatível com o sistema brasileiro.

Os documentos eletrônicos devem ser compreendidos como aqueles que contêm informações concebidas e mantidas em um suporte digital. Tais registros digitais (símbolos representativos de fatos) podem pertencer a duas categorias: (i) que necessitam de um equipamento de informática para a extração das informações, o que pode ocorrer pela leitura em uma audiência ou apresentação em meio impresso; (ii) as informações só são passíveis de serem percebidas por meio de um perito de informática, que conseguirá trazer ao processo tal conteúdo.⁵¹ Em ambos os casos será necessário o emprego de uma ferramenta de informática para se ter acesso às informações e torná-las inteligíveis.

É nesse contexto que se inserem os documentos eletrônicos. São criados por um computador, gravados em um suporte eletrônico e passíveis de serem reproduzidos. Tecnicamente, portanto, o documento eletrônico é um conjunto de impulsos elétricos,⁵² ou ainda, um conjunto de campos magnéticos aplicados a um suporte, de acordo com um determinado código.⁵³ Isso significa que é da essência do documento eletrônico a sua formação e manutenção em meio digital. A manifestação do pensamento ou o registro de um fato ficarão então armazenados em um suporte eletrônico (não no tradicional suporte de papel) e somente se tornarão inteligíveis por meio do emprego de uma ferramenta informática.⁵⁴

É possível então concluir que os documentos eletrônicos estão abrangidos pelo conceito de documento⁵⁵, mas com características próprias: são informações concebidas e mantidas em suporte eletrônico (ambiente virtual),⁵⁶ cons-

51. NOVARIO, *Le prove...*, p. 80.

52. QUADRI, *La prueba...*, p. 865.

53. FALCÓN, *Tratado...*, t. 2, p. 93.

54. COMOGGIO, *Le prove...*, p. 530.

55. FALCÓN, *Tratado...*, t. 2, p. 94 e La informática y la prueba. In: MORELLO, Augusto M. (coord.). *La prueba*: libro en memoria del profesor Santiago Sentís Melendo. La Plata: Platense, 1996; COLERIO, Juan Pedro. *Prueba electrónica. Debido proceso*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 327.

56. CONTE, *Le prove...*, p. 146; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de derecho procesual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, vol. II, t. I, p. 277.

truídos em uma linguagem específica e que só podem ser lidos com o auxílio de um computador.⁵⁷

Tal conclusão é perfeitamente compatível com a legislação vigente. Aliás, uma interpretação semelhante precisou ser feita quando do surgimento das *fotos digitais*. No momento da concepção do Código de Processo Civil de 1973, o método fotográfico tradicional dependia do emprego de processos químicos e mecânicos sobre o papel para que se obtivesse a foto. Isso levou o legislador a exigir que, caso se pretendesse utilizar uma reprodução fotográfica como prova, deveria ser apresentado no processo o seu original, que é o chamado “negativo” (CPC/1973, art. 385, §§ 1.º e 2.º). Foi a forma concebida pelo legislador para que fosse possível comparar a fotografia com o seu original. Com a evolução e difusão dos meios tecnológicos, a câmera fotográfica tradicional cedeu espaço à câmera digital. Com isso, a exigência da apresentação do negativo tornou-se anacrônica. Afinal, não há negativo na câmera digital. As imagens ficam registradas em um microcomputador, existente no interior da câmera. Atualmente, para fins de apresentação em juízo, o cartão de memória da câmera digital faz as vezes do negativo. É a partir do cartão (ou mesmo da memória da câmera) que um perito poderá verificar a autenticidade e regularidade da fotografia.⁵⁸ A evolução tecnológica implicou alteração do suporte sobre o qual a imagem está registrada e a forma de apresentá-la em juízo. Todavia, à luz do CPC/15 a fotografia continua sendo uma prova documental, destinada a provar um fato por meio de uma imagem (CPC, art. 422).

O documento eletrônico pode então ser definido como um documento cujo conteúdo expressa um pensamento humano ou um fato, que é formado por programas de informática, mediante a criação e armazenamento de informações na memória de um computador e que só podem ser lidos com o auxílio de uma máquina, o que as tornará inteligíveis ao homem.

Portanto, os documentos eletrônicos enquadram-se no conceito de documentos. Não podem ser reconduzidos à categoria de reproduções mecânicas, na medida em que o documento eletrônico é um documento original; não caracteriza a reprodução de outra coisa.

A partir dessas premissas, em tese os documentos eletrônicos são capazes de exprimir um pensamento e comprovar um fato.

57. LIEBMAN, *Manuale...*, p. 339; NOVARIO, *Le prove...*, p. 5; INFANTINO, *Le prove...*, p. 175; HERRÁN, José M. Documento electrónico y firma digital: cuestiones probatorias. In: DE LA RÚA, Angelina Ferreyra de. (org.). *La prueba en el proceso*: doctrina y jurisprudencia. Córdoba: Advocatus, 2007, p. 349; GRAZIOSI, Andrea. Premesse ad una teoria probatoria del documento informatico. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 2 (anno LII), p. 493, jun. 1998.

58. Esse exemplo é trazido por Cassio Scarpinella Bueno, com quem se concorda integralmente (BUENO, *Curso...*, vol. II, t. I, p. 278).

Adiante serão examinados os contornos que o documento eletrônico recebeu no direito estrangeiro e no direito brasileiro. Isso permitirá aferir se o documento eletrônico, muito embora possa ser reconduzido à categoria dos documentos, possui um regime suficiente no sistema vigente, que permita a sua regular admissão, produção e valoração no processo civil.

Mais do que isso, tal análise será fundamental para se verificar se o documento eletrônico possui eficácia probatória no processo e, em caso afirmativo, se ele será produzido de acordo com as regras da prova documental ou mediante um procedimento probatório atípico. Se a constatação for no sentido de faltar um procedimento de produção do documento eletrônico, será então necessário conceber soluções para suprir tal atipicidade procedimental, de modo a viabilizar a regular introdução no processo das informações mantidas em meio digital.

8.3.2 Marco legislativo

Adiante serão examinados relevantes regramentos que se dedicaram a disciplinar a forma e a força probatória dos chamados documentos eletrônicos. Como se verá adiante, a Comunidade Europeia contém uma relevante Diretiva com amplitude geral, que é seguida pelos países integrantes.

O exame detalhado do regramento europeu se justifica por enfrentar e solucionar situações semelhantes às existentes no Brasil. Tal investigação será então importante para iluminar não apenas a mente do intérprete, mas também a do próprio legislador. Ainda, será de especial relevância para o presente trabalho, pois permitirá identificar não apenas a qual regime probatório se submetem as informações concebidas ou mantidas em meio informatizado, mas também se existe alguma espécie de atipicidade nesses meios de prova.

8.3.2.1 A Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho

Em dezembro de 1999, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia aprovaram a Diretiva 1999/93/CE, que teve como destinatários os Estados-Membros. A Diretiva destina-se a facilitar a utilização de assinaturas eletrônicas e contribuir para o seu reconhecimento legal. Institui um quadro legal comunitário para assinaturas eletrônicas e para serviços de certificação. A Diretiva não se propõe a disciplinar a celebração e a validade de contratos e a constituição de obrigações legais para os quais a legislação nacional ou comunitária preveja determinados requisitos de forma, nem afeta as normas e as restrições acerca de documentos, constantes da legislação nacional ou comunitária.

O art. 2.º da Diretiva contém uma série de definições, destinadas a esclarecer, uniformizar e facilitar o emprego de suas regras por todos os membros da Comunidade Europeia. Define que “assinatura eletrônica” deve ser compreendida como os dados sob a forma eletrônica, ligados ou logicamente associados a outros dados

eletrônicos, que sejam utilizados como método de autenticação. Concebe a figura da “assinatura eletrônica avançada”, que será assim qualificada caso preencha requisitos de identificação do signatário e segurança quanto a alterações. Mais adiante, esclarece que “certificado” é um atestado eletrônico que liga os dados de verificação de assinaturas a uma pessoa e confirma a identidade dessa pessoa. Será um “certificado qualificado” aquele que preencher determinados requisitos adicionais de segurança (Anexo I da Diretiva) e for emitido por um prestador de serviços que cumpra exigências de confiabilidade (Anexo II da Diretiva).

O art. 5.º da Diretiva consigna três consequências decorrentes de uma assinatura eletrônica avançada, baseada em certificado qualificado: (i) equipara tal assinatura digital à assinatura manuscrita, (ii) torna-a admissível como meio de prova para fins processuais e (iii) impede que os Estados-Membros neguem eficácia probatória às assinaturas eletrônicas que não contenham certificado qualificado ou não tenham sido concebidas a partir de um dispositivo seguro de criação.

8.3.2.2 A experiência italiana

Sob o perfil normativo, o conceito jurídico do documento eletrônico adotado na Itália possui uma gênese complexa. Ele foi concebido inicialmente no campo penal (CP, art. 491)⁵⁹ e posteriormente desenvolvido por meio de normas especiais, de que é exemplo o Decreto Presidencial 513/1997, que regulamentou os critérios e procedimentos para a formação, armazenamento e transmissão de documentos por meios informáticos e telemáticos, nos termos do art. 15, § 2.º, da Lei 59/1997. Posteriormente, ainda, sobreveio o Decreto Presidencial 445/2000, que redefiniu os conceitos de validação da assinatura digital. Atualmente, as regras atinentes ao documento eletrônico estão contidas no “Codice dell’Amministrazione Digitale” (CAD), instituído pelo Dec.-lei 82, de 7 de março de 2005 (e sucessivas alterações).

O CAD possui uma estrutura detalhada, contendo 92 artigos. Evidentemente que não examinaremos todos eles, mas apenas aqueles que sejam relevantes para identificar o conceito de documento eletrônico e a sua eficácia probatória.

O “documento informático” é definido logo no art. 1.º, “p” do CAD, sendo compreendido como a representação eletrônica de atos, fatos ou dados juridicamente relevantes.

O capítulo II do CAD disciplina especificamente os documentos eletrônicos e as assinaturas eletrônicas, ao longo de seus arts. 20 a 25.

O exame conjugado de diversos dispositivos do CAD – em especial o art. 20 e seguintes – desvenda que o legislador italiano concebeu três espécies diferentes de

59. O art. 491 do Código Penal italiano continha uma parte final destinada a definir “documento informático”, que foi suprimida pela Lei 48/2008, que ratificou a execução da Convenção do Conselho Europeu, de 2001, sobre crimes cibernéticos.

assinatura eletrônica: (i) assinatura eletrônica simples, caracterizada pela reunião de dados, conexos uns aos outros, útil enquanto método de autenticação eletrônica; (ii) assinatura eletrônica qualificada, que permite a precisa identificação do signatário dos dados e destaca a eventual ocorrência de alteração ou manipulação, sistema esse baseado em um certificado qualificado e seguro; e (iii) assinatura digital, considerada uma particular assinatura qualificada, baseada em um sistema de chaves criptográficas assimétricas, que permite a verificação da procedência e integridade do documento eletrônico.⁶⁰

O documento eletrônico subscrito com assinatura eletrônica qualificada ou com assinatura digital, nos termos das regras técnicas exigidas pelo art. 71 do CAD (que garantem a identificação do autor, a integridade do documento), presume-se atribuído ao titular da assinatura e satisfaz o requisito da forma escrita.⁶¹

O CAD admitiu o emprego da assinatura digital, a qual é definida no art. 1.º, I, “n”, do Decreto Presidencial 445/2000. A assinatura digital é capaz de garantir autenticidade acerca da procedência e a integridade do documento. É fator de enorme segurança nas relações jurídicas que se aperfeiçoam à distância.

A assinatura digital baseia-se em um sistema de chaves assimétricas, em que existe uma chave pública e uma chave privada. Caso o autor codifique o documento com a chave pública do destinatário, este será o único sujeito capaz de decodificar tal documento, na medida em que será o único detentor da chave privada. O contrário também é verdadeiro: um documento codificado a partir da chave privada será decodificado apenas pela chave pública correspondente.⁶² As duas chaves, portanto, são capazes de identificar-se reciprocamente, se colocadas uma em relação à outra e empregado um especial procedimento de informática.

A luz do sistema italiano, a eficácia probatória do documento eletrônico variará de acordo com o grau de segurança a que ele estará submetido.

Caso o documento contenha assinatura digital ou assinatura eletrônica qualificada, será equiparado a escritura privada e assumirá eficácia probatória privilegiada (prova legal).⁶³ Presume-se que a assinatura utilizada no documento pertence ao seu titular, salvo prova em contrário.⁶⁴

60. BUFFA, *Prove...*, p. 92-93; NOVARIO, Filippo. *Le prove informatiche nel processo civile*. Torino: G. Giappichelli, 2014, p. 10.

61. INFANTINO, Daniela. *Le prove civili*. Torino: G. Giappichelli, 2012, p. 176-177; NOVARIO, *Le prove...*, p. 79.

62. INFANTINO, *Le prove...*, p. 177; NOVARIO, *Le prove...*, p. 10.

63. GRAZIOSI, Andrea. Premesse ad una teoria probatoria del documento informatico. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 2 (anno LII), p. 514-515, jun. 1998; CONTE, *Le prove...*, p. 152-153.

64. BUFFA, *Prove...*, p. 99.

Se possuir assinatura eletrônica simples ou não qualificada, o documento permanece útil sob o plano probatório e será livremente valorado pelo juiz, considerando-se as características objetivas de qualidade e segurança.⁶⁵

Contudo, se não possuir assinatura, o documento terá o mesmo valor das reproduções mecânicas de documentos, digitais ou em papel, nos termos do art. 2.712 do Código Civil italiano,⁶⁶ hipótese em que submete o documento à livre valoração judicial.⁶⁷ Se o documento for impugnado, não será objeto da verificação judicial de que trata o art. 215 do CPC italiano, mas se admite que o juiz afira a conformidade, por exemplo, por meio das presunções.⁶⁸

Os documentos eletrônicos também podem ser objeto de cópia. A cópia do documento eletrônico corresponde a um documento eletrônico guardado em um depositário público. A eficácia probatória da cópia seguirá as regras dos arts. 2.714 e 2.715 do Código Civil italiano, estando subordinada à autenticidade reconhecida pelo oficial público que o emitiu ou que mantém depositado o original, ou à autenticidade de quem deve produzir o documento.

Admite-se também a eficácia probatória da transmissão do documento eletrônico por via telemática. A data e a hora da transmissão são oponíveis a terceiros. Se preencher requisitos de segurança, a transmissão do documento eletrônico equivalerá à notificação por meio postal.

De resto, o CAD encampou de forma expressa diversas regras contidas na Diretiva da Comunidade Europeia, tais como os requisitos do certificado qualificado (art. 1.º, I, “f”) e do ente certificador (art. 21, IV, “a” e art. 26), o valor jurídico da assinatura qualificada e das assinaturas digitais certificadas (art. 29, VIII) e regras de segurança das assinaturas (art. 35).

8.3.2.3 A experiência portuguesa

O Governo de Portugal detectou há anos que as empresas (pequenas médias e grandes) concorrem em mercados cada vez mais amplos, definem suas estratégias sob uma perspectiva global e abreviam distâncias por meio do emprego de novas tecnologias de informação.

65. NOVARIO, *Le prove...*, p. 79.

66. INFANTINO, *Le prove...*, p. 177.

67. LIEBMAN, *Manuale...*, p. 339. Filippo Novario retrata dois julgados que enfrentam a eficácia probatória de e-mail não certificado, que em ambos os casos foram considerados documentos eletrônicos dotados de assinatura simples e então submetidos à livre valoração judicial (NOVARIO, *Le prove...*, p. 11 e 80). No mesmo sentido: BIANCHI, *La prova...*, p. 141.

68. LIEBMAN, *Manuale...*, p. 340.

Resolveu então desenvolver o comércio eletrônico em Portugal, diante da consciência de que é uma das vias fundamentais para aumentar a competitividade das empresas e promover o desenvolvimento.

Nesse contexto foi publicada a Resolução do Conselho de Ministros 115/1998, que criou a “Iniciativa Nacional para o Comércio Eletrônico”, cujo principal objetivo foi determinar a criação de um quadro normativo destinado a disciplinar o regime jurídico aplicável aos documentos eletrônicos.

Em 1999 foi publicado o Dec.-lei 290-D/1999, que regulou “a validade, a eficácia e valor probatório dos documentos eletrônicos e a assinatura digital”. Tal regramento foi profundamente alterado pelo Dec.-lei 62/2003, de modo a compatibilizá-lo com o regime definido na Diretiva 1999/193/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa a um quadro geral comunitário para as assinaturas eletrônicas.

De forma resumida, pode-se extrair as seguintes diretrizes acerca da força probante dos documentos eletrônicos em Portugal, que variam de acordo com a presença de assinatura qualificada certificada por entidade certificadora credenciada e de o documento eletrônico ser ou não suscetível de representação como declaração escrita.⁶⁹

Caso o documento eletrônico seja passível de representação como declaração escrita e contenha uma assinatura eletrônica qualificada certificada por entidade certificadora credenciada, ele ostentará força probatória de documento particular assinado, fazendo prova plena das declarações. Se o documento não for suscetível de representação como declaração escrita, por conter uma imagem, ele terá a força probatória prevista nos art. 368 do Código Civil⁷⁰ e no art. 167 do Código de Processo Penal.⁷¹ Nesse caso, portanto, o documento fará prova plena dos fatos e das coisas que representar, desde que contenha uma assinatura eletrônica qualificada.

69. Esse é o posicionamento de José Maria Gonçalves Sampaio, cujos desdobramentos estão adiante resumidos (SAMPAIO, José Maria Gonçalves. *A prova por documentos particulares*: na doutrina, na lei e na jurisprudência. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 113, 114 e 159-160).

70. Dispõe o art. 368 do Código Civil português: “As reproduções fotográficas ou cinematográficas, os registos fonográficos e, de um modo geral, quaisquer outras reproduções mecânicas de factos ou de coisas fazem prova plena dos factos e das coisas que representam, se a parte contra quem os documentos são apresentados não impugnar a sua exactidão”.

71. Dispõe o art. 167 do Código de Processo Penal português: “1 – As reproduções fotográficas, cinematográficas, fonográficas ou por meio de processo electrónico e, de um modo geral, quaisquer reproduções mecânicas só valem como prova dos factos ou coisas reproduzidas se não forem ilícitas, nos termos da lei penal. 2 – Não se consideram, nomeadamente, ilícitas para os efeitos previstos no número anterior as reproduções mecânicas que obedecerem ao disposto no título III deste livro”.

Na falta de assinatura eletrônica qualificada, a autoria e integridade do documento eletrônico serão objeto de prova, desde que tal meio tenha sido convencionado pelas partes⁷² ou seja aceito pelo sujeito a quem o documento foi oposto.

Ainda, o valor probatório dos documentos eletrônicos que não contenham assinatura digital certificada por uma entidade credenciada e com os requisitos previstos no Decreto-Lei 290-D/99 é apreciado nos termos gerais de direito.

De acordo com o art. 4.º do Dec.-lei 290-D/1999, as cópias de documentos eletrônicos são válidas e eficazes nos termos gerais de direito e têm a mesma força probatória atribuída às cópias fotográficas (CC/2002, art. 387, II; CPP, art. 168), desde que preenchidos os requisitos legais.

No que concerne às assinaturas eletrônicas, o art. 7º do Decreto-Lei 290-D/99, na redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei 62-D/1999 equiparou a “assinatura eletrônica qualificada aposta a um documento electrónico” à “assinatura autografa dos documentos com forma escrita sobre suporte de papel”. A doutrina destaca que dessa equiparação resultou uma tripla presunção⁷³: (i) *identificadora* (quem após a assinatura é o seu titular); (ii) *confirmadora* (vontade do subscritor de assinar o documento); e de (iii) *inalterabilidade* (o documento é original, sem alterações).

8.3.2.4 A experiência argentina

A Argentina também sentiu a necessidade de disciplinar questões relacionadas aos documentos eletrônicos, com o objetivo principal de conferir segurança às relações jurídicas, que cada vez mais se desenvolvem por meio digital.

Há dois diplomas que merecem atenção: Lei 25.506/2001 (Ley de Firma Digital) e o Decreto 2.628/2002 (regulamentou a Lei 25.506/2001). Ambos os regramentos disciplinam a eficácia probatória do documento eletrônico, com especial ênfase na assinatura eletrônica e nas certificações.

O exame de tais normas não será exaustivo. Ficará restrito ao destaque das principais regras que permitam extrair a força probante dos documentos eletrônicos na experiência argentina.

À luz do sistema argentino, considera-se documento eletrônico a representação digital de atos ou eventos, independentemente do meio utilizado para a fixação, armazenamento ou arquivo. O documento eletrônico é equiparado ao documento escrito.

72. De acordo com o art. 345, inc. II, do Código Civil português, é nula “a convenção que excluir algum meio legal de prova ou admitir um meio de prova diverso dos legais; mas, se as determinações legais quanto à prova tiverem por fundamento razões de ordem pública, a convenção é nula em quaisquer circunstâncias”.

73. SAMPAIO, A prova.... p. 113 e 159.

Tais documentos são passíveis de serem assinados eletronicamente. Para tanto, a lei estabeleceu duas espécies de assinatura eletrônica: assinatura digital e assinatura eletrônica simples. Como se verá, a distinção se estabelece a partir de um critério de confiabilidade, repercutindo sobre a eficácia probatória do documento eletrônico e o ônus da prova.

A assinatura digital implica aplicar ao documento eletrônico um procedimento matemático que só é conhecido pelo signatário e que está sob o seu absoluto controle. A assinatura digital deve ser passível de verificação por terceiros, de modo a se aferir simultaneamente a identificação do signatário e detectar qualquer alteração do documento eletrônico posterior à sua assinatura. Nesse caso haverá uma entidade certificadora que emitirá um certificado digital, que permitirá a assinatura digital de documentos, por meio de um sistema de chaves (pública e privada) criptografadas (anexo da Lei 25.506).

Assim, a oposição de uma assinatura digital estabelece uma dupla presunção. De um lado, presume-se que a assinatura digital pertence ao titular do certificado digital, que permite a conferência da assinatura (*autoria*). Por outro, estabelece-se a presunção de que o documento eletrônico não foi modificado após a assinatura (*integridade*).⁷⁴

Ambos os casos caracterizam hipóteses de presunção *iuris tantum*, que podem ser desconstituídas mediante prova em contrário.⁷⁵ Nesse caso, o ônus da prova será da parte que impugnar a regularidade da assinatura.

Tamanho é o grau de confiabilidade transmitido pela assinatura digital, que a Lei 25.506 definiu que, quando a lei exigir uma assinatura manuscrita, tal exigência também será satisfeita por uma assinatura digital (art. 3.º).

A assinatura eletrônica, por sua vez, caracteriza-se por ser um conjunto de dados eletrônicos integrados, ligados ou associados de forma lógica a outros dados eletrônicos, utilizada pelo signatário como seu meio de identificação. A assinatura eletrônica será assim considerada quando não ostentar nenhum dos requisitos legais exigidos para uma assinatura digital. Isso ocorrerá, por exemplo, caso o seu sistema de segurança ampare-se em uma senha. Em caso de contestação da assinatura pela parte contrária, o ônus da prova da validade caberá à parte que invocar a assinatura.

Nem todos os atos são passíveis de assumir validade por meio de assinatura eletrônica (simples ou digital). O art. 4.º da Lei 25.506 exclui a sua aplicação (i) às estipulações relacionadas a falecimento (p. ex., testamentos), (ii) aos atos jurídicos

74. QUADRI, Gabriel H. *La prueba en el proceso civil y comercial*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2011, vol. II, p. 873.

75. FALCÓN, Enrique M. *Tratado de la prueba*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2009, vol. II, p. 29; QUADRI, *La prueba...*, vol. II, p. 871.

relacionados a direito da família (p. ex., reconhecimento de paternidade), (iii) aos atos personalíssimos em geral e (iv) aos atos que devem ser instrumentalizados de acordo com exigências ou formalidades incompatíveis com o uso de assinatura digital, seja como resultado de lei ou acordo entre as partes (p. ex., situações para as quais se exija instrumento público)⁷⁶.

O Dec. 2.628/2002 regulamenta o uso de assinaturas eletrônicas, assinaturas digitais e sua eficácia jurídica. Determina que, nos casos abrangidos pelos arts. 3.º, 4.º e 5.º da Lei 25.506, poderão ser utilizados quatro sistemas de comprovação de autoria e integridade do documento eletrônico: (a) assinatura eletrônica; (b) assinatura digital certificada por certificador não autorizado; (c) assinatura digital certificada por certificador autorizado; (d) assinatura digital certificada por certificador estrangeiro.

Contudo, os certificados digitais emitidos por entidade certificadora não licenciada serão válidos para produzir os efeitos jurídicos que a lei atribui à assinatura eletrônica.

Caso o documento eletrônico apresentado no processo só possa ser “lido” com o emprego de equipamentos de informática, o procedimento de verificação de que trata o art. 8.º da Lei 25.506 poderá ser realizado em audiência, de modo a garantir o exercício do contraditório.⁷⁷

8.3.2.5 A experiência brasileira

Diante da disseminação dos novos meios de comunicação, os tribunais dedicaram-se a normatizar a execução de atos processuais por meio da *internet* – inicialmente centrado na transmissão e protocolo de petições, para posteriormente enfrentar outros temas procedimentais.⁷⁸ Mas foi a partir da Lei 11.280, de fevereiro de 2006, que o legislador processual se dedicou a permear o CPC de dispositivos orientados a compatibilizar os meios eletrônicos de comunicação com o tradicional processo materializado em autos físicos. Não examinaremos todos os dispositivos que foram incluídos no CPC com tais características.

76. Tais exemplos são trazidos por Enrique M. Falcón (FALCÓN, *Tratado...*, p. 28).

77. HERRÁN, José M. Documento electrónico y firma digital: cuestiones probatorias. In: DE LA RUJA, Angelina Ferreyra de. (org.). *La prueba en el proceso: doctrina y jurisprudencia*. Córdoba: Advocatus, 2007, p. 352-353.

78. Como exemplo, confira-se a Resolução 427/2010 do STF (com as alterações promovidas pelas Resoluções 442/2010, 476/2011, 489/2012 e 490/2012) e a Resolução 14/2013 do STJ (com as alterações promovidas pelas Resoluções 19/2013 e 2/2014). Essas são as versões mais atuais das resoluções dos tribunais superiores, mas a disciplina acerca da transmissão e protocolo de petições por meio eletrônico foi concebida muito antes, por volta de 2004, através de resoluções atualmente revogadas pelas atuais.

Merece registro a diretriz geral, contida no arts. 195 e 196 do CPC, que atribui ao Conselho Nacional de Justiça e, supletivamente, aos tribunais regulamentar a prática e a comunicação oficial de atos processuais por meios eletrônicos, atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, temporalidade, não repúdio, conservação e confidencialidade (nos casos de segredo de justiça), observada a infraestrutura de chaves públicas unificada nacionalmente, nos termos da lei.

A Lei 11.419, de dezembro de 2006, dispõe sobre a informatização do processo judicial, a partir da qual se admitiu o emprego do meio eletrônico na tramitação de processos judiciais (cíveis, penais, trabalhistas e juizados), comunicação de atos e transmissão de peças processuais. A Lei se divide em quatro capítulos, que tratam da “informatização do processo judicial”, da “comunicação eletrônica dos atos processuais”, do “processo eletrônico”, tendo o quarto capítulo se ocupado das “disposições gerais e finais”.

No que concerne aos aspectos probatórios, se verá adiante que o sistema brasileiro encampou boa parte das diretrizes contidas nas normativas europeias e argentina. Todavia, a comparação entre o sistema brasileiro e os estrangeiros acima examinados desvenda que o regramento nacional é ainda muito tímido acerca dos documentos eletrônicos e sua eficácia probatória. Serão então examinados tais aspectos da Lei de Informatização, de modo a extrair as principais características probatórias relacionadas aos documentos eletrônicos.

A Lei 11.419/2006 não cuidou de definir *documento eletrônico*. Preferiu se dedicar a aspectos relacionados à segurança das informações. O art. 1.º, § 2.º, III, “a” e “b”, aparentemente prevê duas formas para a assinatura eletrônica: (a) assinatura digital baseada em certificado digital emitido por autoridade certificadora credenciada, na forma da lei específica e (b) mediante cadastro de usuário no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos.

A exigência de que a assinatura digital baseie-se em certificado digital emitido por autoridade certificadora credenciada seguiu a tendência mundial em termos de segurança das informações e documentos. Emprega o método da criptografia assimétrica, que consiste na existência de duas chaves, uma privada e outra pública, que assegura a autoria e a autenticidade da mensagem.

A “lei específica” a que alude o art. 1.º da Lei 11.419 é a MP 2.200-2/2001. Tal MP instituiu a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileiras – ICP-Brasil e estabelece o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação – ITI como a Autoridade Certificadora Raiz (art. 13), transformando-o em autarquia federal (art. 12). Com isso, o sistema brasileiro aproximou-se do sistema europeu, pois atribuiu ao Estado as funções de coordenação, supervisão, auditoria e credenciamento de autoridades certificadoras, sem no entanto proibir a atuação de entidades certificadoras autônomas.⁷⁹

79. CALMON, Petrólio. *Comentários à lei de informatização do processo judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 59.

O *caput* do art. 10 da MP 2.200-2/2001 referiu-se a documento eletrônico, nos seguintes termos: “Consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta Medida Provisória”.

O § 1.º do mesmo art. 10 estabeleceu presunção de veracidade das declarações constantes dos documentos em forma eletrônica, em relação aos signatários, desde que o documento tenha se submetido a processo de certificação. Contudo, nada impede que sejam empregados outros meios de comprovação da autoria e integridade de documentos eletrônicos, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento (§ 2.º).

O art. 11 da Lei 11.419/2006 dispôs timidamente sobre a eficácia probatória da prova documental eletrônica. Consignou que 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”. Com isso, a lei equiparou aos originais os documentos produzidos eletronicamente e trazidos ao processo eletrônico. Todavia, há quem sustente que muito embora a lei aluda a “documentos produzidos eletronicamente”, seu objetivo é tratar de documentos digitalizados, o que seria extraível dos parágrafos do art. 11.⁸⁰

De qualquer forma, a lei não considerou o documento eletrônico como original, mas lhe atribuiu a mesma força probante. Tal orientação é criticável, pois o documento eletrônico é tão original quanto o produzido em papel.⁸¹

O § 1.º do art. 11 disciplina duas situações. De um lado, reconhece aos extratos digitais e os documentos digitalizados juntados aos autos a mesma força probante dos originais. Por outro, retira tal força probante no caso de motivada alegação de adulteração do próprio documento (na forma impressa) ou durante o processo de digitalização.

Em abril de 2014 foi sancionada a Lei 12.965, que estabeleceu princípios, garantias, direitos, deveres e responsabilidades relacionadas ao uso da internet no Brasil. Não foram previstas regras específicas de direito probatório, mas apenas algumas diretrizes necessárias à preservação de dados e comunicações privadas.

8.3.3 A assinatura eletrônica

Tradicionalmente confere-se maior confiabilidade à prova documental em relação às demais provas em virtude da estabilidade do suporte em que a informação é registrada. Presume-se que um fato retratado em papel será mais difícil de ser adulterado do que o mesmo fato registrado na areia da praia. Como o documento

80. MARINONI e ARENHART, *Prova...*, p. 566.

81. CALMON, *Comentários...*, p. 148.

eletrônico ampara-se em suporte virtual, aparentemente as informações nele contidas serão mais suscetíveis de adulteração por quem detenha um conhecimento suficiente de informática.⁸²

Portanto, o maior desafio em relação aos documentos eletrônicos consiste na confiabilidade da autoria e da inalterabilidade das informações contidas no documento. Isso se refletirá na eficácia probatória e no valor que a informação mantida em meio eletrônico receberá no âmbito do processo.

O exame das regras nacionais e estrangeiras permite concluir que o documento eletrônico não admite, em termos práticos, que ele seja firmado de forma similar às assinaturas manuscritas apostas aos documentos impressos. A relação entre o sujeito e a assinatura passa a ser enfrentada de forma diversa da tradicional. É então necessário um sistema eficaz que garanta segurança aos documentos eletrônicos, de modo a afastar o temor que as técnicas modernas causam em relação à eventual manipulação fraudulenta de dados.

O método de comprovação da autoria e da integridade do documento eletrônico é a assinatura eletrônica. Os regramentos examinados evidenciam características semelhantes acerca desse método. Enquadram a assinatura eletrônica como um gênero, de que são espécies as convencionalmente chamadas *assinatura digital* e *assinatura eletrônica simples*. A diferença entre as espécies deriva do grau de segurança que a assinatura confere ao documento.

A assinatura digital é o mecanismo mais seguro. Baseia-se em certificado emitido por autoridade certificadora credenciada e funciona por meio de criptografia assimétrica, isto é, pelo sistema de dupla chave (chave privada e chave pública).

A assinatura eletrônica simples, por sua vez, ampara-se no tradicional sistema da criptografia simétrica, que nada mais é do que o uso de uma mesma senha pelo transmissor e pelo receptor da mensagem. Como essa *chave* é constantemente transmitida para identificar o usuário, permite que ela seja interceptada por *hackers*, que então terão acesso ao conteúdo das mensagens trocadas e a partir de tais informações promover atividades fraudulentas.⁸³

A doutrina é unânime ao afirmar que a assinatura digital é tão ou mais segura que a assinatura manuscrita.⁸⁴ Ela permite a verificação da procedência e integri-

82. MARINONI e ARENHART, *Prova...*, p. 563-564.

83. CALMON, *Comentários...*, p. 19.

84. BIANCHI, *La prova...*, p. 134; QUADRI, *La prueba...*, vol. II, p. 871; PATTI, Salvatore. L'efficacia probatoria del document informatico. *Rivista di diritto processuale*, n. 1, p. 67, 2000; CABRAL, Sonia. Las grabaciones y filmaciones como medios de pruebas en el proceso civil. In: DE LA RÚA, Angelina Ferreyra de. (org.). *La prueba en el proceso: doctrina y jurisprudencia*. Córdoba: Advocatus, 2007, p. 297.

dade do documento eletrônico. Rigorosamente, ela não evita por completo que o documento seja interceptado e alterado, mas garante que tal alteração posterior ficará registrada e que o destinatário saberá que o documento remetido é diferente do recebido.

8.3.4 Conservação e produção da prova documental eletrônica

A produção da prova documental eletrônica seguirá, no que for compatível, as regras previstas nos arts. 439 a 441 do CPC, assim como a disciplina geral atinente à produção da prova documental. Todavia, há algumas peculiaridades que merecem ser destacadas.

8.3.4.1 Conservação do documento eletrônico

Deve-se considerar eventuais casos em que a via original de um e-mail ou de qualquer registro telemático só poderá ser examinada por meio de equipamentos de informática. Em tais hipóteses, deve-se abrandar a exigência de que todos os documentos sejam apresentados no processo com a petição inicial e com a resposta, pois a extração de certas informações só será possível por meio da intervenção de um especialista, o que eventualmente ocorra apenas na fase instrutória.⁸⁵ Caso seja possível que as informações sejam gravadas em um CD ou DVD, elas deverão então ser levadas aos autos no momento apropriado para serem submetidas ao contraditório.

Disso decorre a necessidade de se atentar aos meios de preservação da informação eletrônica. Somente uma informação confiável poderá ser aproveitada no processo. Tal preocupação, obviamente, não é privativa dos documentos eletrônicos. Não há dúvida de que os documentos materializados em suporte de papel precisam ser protegidos contra deteriorações. Todavia, o risco de adulteração dos documentos mantidos em ambiente virtual é aparentemente maior, o que exigirá que tais dados sejam estabilizados em um suporte material que assegure, da melhor forma possível, a estabilidade da informação.

A preocupação com a integridade do documento eletrônico está retratada na regra do art. 1.316-1, do Código Civil francês, o qual admite a sua eficácia probatória desde que possa ser devidamente identificada a pessoa que o emitiu e assegure-se que a informação é mantida em condições que garantam a integridade.⁸⁶

85. COLERIO, *Prueba...*, p. 321.

86. Dispõe o art. 1.316 do Código Civil francês: "L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité".

Em termos práticos, tal objetivo pode ser alcançado por meio da gravação das informações digitais em CD, DVD, discos-rígidos, ou qualquer outro suporte que preserve a informação.⁸⁷

No Brasil, admitem-se no processo os “documentos eletrônicos produzidos e conservados com a observância da legislação específica” (CPC, art. 441). A compreensão dessa previsão exige algumas reflexões.

Inicialmente, é de se destacar a perspicácia da regra ao reconhecer a relevância da conservação dos documentos produzidos em meio eletrônico. Trata-se de preocupação sempre presente quando o tema é documento eletrônico. Afinal, é da essência da prova documental cristalizar uma informação (pensamento ou registro de um fato), de modo seguro e com a possibilidade de posteriormente acessá-la.

Todavia, ao contrário do que enuncia o aludido art. 441, não há em nosso ordenamento “legislação específica” tratando da forma de armazenamento dos documentos eletrônicos. A Lei 11.419/2006, a MP 2.200-2/2001 e a Resolução 185/2013 do CNJ, que têm pertinência com o tema, efetivamente não disciplinam a preservação das informações eletrônicas.

Disso decorrem duas possíveis interpretações para a expressão “legislação específica”: ou o código projetado referiu-se a um regramento que efetivamente não existe, ou, em caráter programático, remeteu o regramento acerca do armazenamento de dados em meio digital para o legislador.

Outra peculiaridade dos documentos eletrônicos é o fato de que eles têm que ser armazenados em ambiente que permita o acesso para consulta a qualquer tempo, ainda que em momento futuro. Deve-se cuidar para que o avanço tecnológico não inviabilize o acesso à informação. Afinal, o ambiente virtual que hoje é adequado e facilmente acessível pode não mais existir em um futuro próximo. Assim, para fins de documentação e posterior emprego como prova no processo, é fundamental que os dados armazenados possam ser lidos independentemente do progresso tecnológico.⁸⁸

Na Argentina, cabe mencionar o art. 339 do CPC da Província de San Juan (Lei 8.037/2009). A parte final do dispositivo dispõe que, quando as partes oferecerem no processo meios de prueba informáticos, o juiz poderá ordenar a sua preservação da forma que reputar segura e adequada. Ainda, o tribunal poderá estabelecer a forma, o modo e os procedimentos para tal fim.

Tal orientação é perfeitamente compatível com o sistema brasileiro. Os poderes de instrução e direção do processo pelo juiz autorizam que ele defina concretamente a forma de preservar as informações relevantes ao processo, constantes de

87. MARINONI e ARENHART, *Prova...*, p. 568.

88. MARINONI e ARENHART, *Prova...*, p. 568.

mídias eletrônicas – especialmente em casos em que as informações não possam ser gravadas em suportes móveis e levadas aos autos.

Ainda, especial atenção deve ser conferida à hipótese de os dados eletrônicos estarem em poder da parte contrária ou de terceiros. A colheita das informações nesses casos deverá ser revestida de cautelas adicionais, como forma de evitar a manipulação ou destruição de informações, assim como a eventual alteração do suporte em que os registros estão armazenados.⁸⁹

8.3.4.2 Produção da prova documental eletrônica

A legislação nacional contém regras esparsas sobre a produção da prova documental eletrônica. Não constituem disciplina exaustiva, mas tem serventia para as situações a que se destinam.

O art. 438, § 2.º, do CPC, admite que, atendendo a determinação judicial, as repartições públicas forneçam ao juízo todos os documentos em meio eletrônico. Nesse caso, deverão certificar, pelo mesmo meio, que se trata de extrato fiel do que consta em seu banco de dados ou do documento digitalizado.

A Lei 11.419, por sua vez, destinou regras atinentes à introdução de documento digitalizado no processo eletrônico. Com relação aos documentos produzidos eletronicamente, como se verá adiante, a lei nem sequer se preocupou em disciplinar a sua eficácia.

Assim, quando forem juntados aos autos do processo eletrônico documentos digitalizados, os respectivos originais deverão ser preservados pelo seu detentor até o trânsito em julgado da sentença ou, quando admitida, até o final do prazo para a interposição de ação rescisória (art. 11, § 3.º). Apenas as partes e o Ministério Público poderão acessar os documentos digitalizados e juntados aos autos do processo eletrônico, preservadas as situações de sigilo e de segredo de justiça (art. 11, § 6.º).

O art. 439 do CPC disciplina a utilização de documentos eletrônicos no processo convencional (meio físico, papel). A eficácia processual do documento eletrônico dependerá do preenchimento de duas exigências: (i) conversão do documento à forma impressa; (ii) verificação de autenticidade, na forma da lei.

A regra é anacrônica e já seria extraível do *caput* do art. 11 da Lei 11.419/2006. Destina-se a disciplinar a inserção de um documento eletrônico em um processo materializado em autos físicos. Com isso, a norma ignora a tendência de integral informatização dos processos judiciais no Brasil. Rigorosamente, em um futuro muito próximo os autos físicos desaparecerão. Todavia, por enquanto, a regra da conversão do documento para o meio impresso ainda terá alguma serventia.

89. QUADRI, *La prueba...*, vol. II, p. 879-880.

A autenticidade relaciona-se com a certeza de que o responsável pelo documento é o sujeito nele indicado. Em termos de documento eletrônico, o CPC/15 não trouxe relevante inovação quanto à autenticidade. Ela continuará sendo assegurada por uma assinatura digital,⁹⁰ baseada em certificado digital emitido por autoridade certificadora credenciada, nos termos da MP 2.200-2/2001 e da Lei 11.419/2006. Tal sistema emprega o método da criptografia assimétrica, que consiste em duas chaves, uma privada e outra pública, que preserva a autoria e a autenticidade da mensagem.

A Lei 11.419/2006 atentou aos documentos impassíveis de digitalização devido ao volume ou por motivo de ilegitimidade. Nesse caso, tais documentos deverão ser entregues em cartório ou secretaria, no prazo de 10 dias da comunicação do fato. A documentação será devolvida à parte após o trânsito em julgado (art. 11, § 5º).

Em qualquer caso, o contraditório será amplamente exercido em relação ao documento eletrônico. As partes e o juiz poderão se valer de meios idôneos (equipamentos ou outros meios de prova) que viabilizem o exaustivo exame das informações mantidas em meio digital. A supressão do contraditório poderá implicar nulidade, por cerceamento de defesa, se e quando ficar comprovada a ocorrência de prejuízo.

8.3.4.3 Eficácia probatória do documento eletrônico

O “documento eletrônico” foi equiparado a “documentos públicos ou particulares” e a “documentos originais”. Contudo, persistem incertezas relacionadas à autenticidade da informação concebida em meio digital, o que se reflete na sua força probante.

A partir disso podem ser imaginadas algumas particularidades, que serão adiante demonstradas.

Não se vislumbra nenhuma peculiaridade acerca da eficácia probatória do *documento público eletrônico*. Tal como no documento concebido sobre o suporte de papel, no documento público eletrônico existirá presunção veracidade acerca da formação do ato e de tudo que eventualmente tenha se passado na presença do oficial público. O particular estará dispensado de produzir provas a esse respeito. Contudo, como se trata de uma presunção relativa, admite prova em contrário.

O documento particular eletrônico, no entanto, ostenta certa peculiaridade, a depender da forma que ele foi firmado.

90. No entanto, nada “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 aceite pela pessoa a quem for oposto o documento” (MP 2.200-2/2001, art. 10, § 2º).

O documento eletrônico particular que contenha assinatura digital certificada por entidade certificadora autorizada equivalerá ao reconhecimento de firma por tabelião. A existência de uma assinatura digital certificada implicará presunção de que o responsável pelo documento é quem ali consta como signatário.⁹¹ Recairá sobre quem invoca tal documento eletrônico o ônus de provar que ele preenche todos os requisitos legais da assinatura digital (certificado vigente, certificadora autorizada...). De todo modo, a presunção decorrente da assinatura digital é relativa e admite prova em contrário.

O documento eletrônico particular sem assinatura digital – mas firmado de qualquer outra forma não prevista na lei – não terá presunção legal de regularidade. Assim, eventuais declarações constantes, por exemplo, em um *e-mail* particular sem assinatura digital serão presumidas verdadeiras unicamente em relação ao signatário. Se contiver a declaração de ciência quanto a um fato, o documento eletrônico provará a existência da declaração, mas não o fato declarado (que deverá ser provado, nos termos do art. 373, do CPC).⁹²

8.3.4.4 Valoração do documento eletrônico

O juiz apreciará o valor probante do documento eletrônico não convertido, assegurando às partes o acesso ao seu teor (art. 440).

Essa regra contém duas determinações bem definidas.

Primeiro, reafirma a incidência dos poderes instrutórios do juiz na apreciação dos documentos eletrônicos mantidos em ambiente eletrônico (isto é, não convertido para o meio impresso). O processo de valoração do documento eletrônico assumirá contornos muito mais sofisticados do que os da prova documental tradicional. Tais poderes serão fundamentais para o exame dos documentos eletrônicos que somente sejam decifráveis a partir do emprego de conhecimentos técnicos especializados ou de equipamentos de informática. Contudo, a regra é novamente incongruente com a tendência de informatização integral dos processos judiciais. Mais uma vez se ocupa da conversão de documento eletrônico para a forma impressa. Perdeu o legislador uma boa oportunidade de disciplinar expressamente o valor probante do documento eletrônico concebido e mantido em ambiente virtual.

91. De forma equivalente à defendida no presente trabalho, o art. 1.316-4 do Código Civil francês presume a identidade do signatário e a integridade do documento, desde que preencham requisitos prefixados pelas normas correspondentes. Entretanto, tal presunção de confiabilidade pode ser desfeita pelo juiz, caso ele vislumbre elementos que justifiquem tal reversão (CPC francês, art. 288-1).

92. À luz do sistema argentino, mas atingindo conclusões equivalentes às expostas no texto: FALCÓN, Enrique M. *Manual de derecho procesal*. Buenos Aires: 2005, vol. I, p. 377; QUADRI, La prueba..., vol. II, p. 871.

Depois, reafirma a incidência do contraditório em relação ao documento eletrônico. Tal regra assumirá especial relevância no que tange aos documentos eletrônicos que não forem passíveis de apresentação desde logo no processo. Nesse caso a valoração pelo juiz não será possível de imediato. Precisarão recorrer ao auxílio de profissionais, ainda que o juiz detenha expertise na área de informática, cujo emprego no processo é vedado pela proibição da ciência privada. Garantirá a participação ativa das partes – inclusive por meio de assistentes técnicos – em qualquer diligência (audiência, perícia, testemunha técnica...) destinada a ler ou decifrar informações mantidas em ambiente eletrônico.

Contudo, se na avaliação do juiz o caso envolver situação mais intrincada – em que seja necessária a extração dos dados e já exista uma imputação de desconformidade em relação a eles – ele determinará uma perícia técnica complexa, cujo trabalho envolverá muito mais do que a simples extração das informações.⁹³ Isso será necessário para que o juiz se assegure da confiabilidade dos dados mantidos em meio eletrônico e a sua aptidão de provar fatos relevantes aos desfechos do processo.

Em qualquer caso deverá ser preservado o contraditório efetivo, em que as partes tenham a oportunidade de requerer as provas necessárias, participar da sua produção e falar sobre os seus resultados – tudo isso, previamente à tomada de decisão.

A despeito das presunções de veracidade que possam incidir sobre o documento eletrônico público ou particular, com ou sem assinatura, em qualquer caso o documento ingressará no processo, será incorporado ao conjunto probatório e se submeterá ao livre convencimento motivado do juiz.⁹⁴

8.3.5 Arremate

O documento eletrônico enquadra-se no conceito jurídico de documento, mas com características especiais: contém uma manifestação de pensamento humano ou registro de um fato, é produzido e mantido em meio digital, só podendo ser lido a partir do emprego de um equipamento de informática. Sob o aspecto do meio de prova, portanto, o documento eletrônico é um meio de prova típico (prova documental).

93. QUADRI, *La prueba...*, vol. II, p. 883.

94. COLERIO, *Prueba...*, p. 327; VARELA, *Valoración...*, p. 227; FALCÓN, *Tratado...*, t. 2, p. 96 e *Manual...*, p. 375. Em sentido contrário, MARINONI e ARENHART sustentam que "o emprego da prova eletrônica, em especial do documento telemático não certificado, exige análise semelhante àquela utilizada pelo magistrado para a avaliação da confiabilidade da prova indiciária". Todavia, nos casos em que houver previsão legal do emprego de certificação digital, os documentos eletrônicos serão considerados como provas documentais em sentido próprio, pois estará garantida a sua integridade, na medida do possível (MARINONI e ARENHART, *Prova...*, p. 569).

Todavia, o documento eletrônico não possui um regramento suficiente, que viabilize a sua introdução no processo de forma segura. Além do regramento específico (CPC, arts. 439-441), poderão ser aproveitadas as regras atinentes à prova documental (no que for compatível). Mas tal regramento não abrange todas as características peculiares do documento mantido em meio digital.

Muitos casos serão resolvidos a partir do emprego concreto dos poderes instrutórios do juiz, do empréstimo de regras atinentes a outros meios de prova, das máximas da experiência e do emprego de meios probatórios atípicos (para a extração de informações mantidas em meio digital, por exemplo).

Deverão ser flexibilizadas regras como a do momento da produção da prova documental, pois haverá casos em que a informação não será passível de ser gravada em um suporte e apresentada no processo na fase postulatória.

Como os documentos eletrônicos possuem peculiaridades quanto à assinatura e à extração dos dados, o juiz deverá empregar os seus poderes instrutórios para conceber meios que permitam o estabelecimento do efetivo contraditório acerca de tais informações.

Disso decorre que a produção da prova documental eletrônica ostentará, sob certo ângulo, uma atipicidade procedimental. Serão necessários diversos ajustes no regramento vigente. Além da criação de regras destinadas a preservar as informações eletrônicas, será indispensável a adoção de providências orientadas a conferir segurança acerca da autoria do documento e da integridade das informações nele contidas, o que repercuta na eficácia probatória das informações eletrônicas.