

A PROVA DOCUMENTAL ELETRÔNICA NO PROCESSO DO TRABALHO. VALIDADE E VALORAÇÃO

Arthur Leopoldino Ferreira Neto*

Paulo Sergio João**

Resumo: A *Internet* e a revolução da tecnologia da informação, trouxe radical alteração nas relações jurídicas, tanto na forma de armazenamento de dados e troca de informações, quanto na condução dos processos judiciais. Os registros que antes eram realizados em papel, agora são realizados de forma digital, por meio de documentos eletrônicos. Essa facilidade levanta alguns pontos preocupantes. Entre eles, a credibilidade do documento eletrônico em razão de seu suporte abstrato face o suporte material do documento tradicional. Outro ponto é: a tecnologia disposta hoje em dia é suficiente para que possamos equipará-lo ao documento tradicional? A confiabilidade dos documentos eletrônicos está associada à convicção de que este não foi adulterado no caminho entre remetente e destinatário, bem como de que seu autor é quem o subscreve.

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

* Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP, Doutorando em Direito Constitucional pela PUC/SP, Doutorando em Filosofia pela PUC/SP, Professor Assistente do COGEAE da PUC/SP, Advogado.

** Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo, Mestre em Direito Social – *Universite Catholique de Louvain*, Bélgica. Professor Associado Doutor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo lecionando em graduação e pós-graduação. Coordenador do curso de Especialização em Direito do Trabalho da PUC. Professor de Direito do Trabalho na Faculdade de Direito da FGV. Advogado.

ELETRONIC DOCUMENTAL EVIDENCE IN THE LABOR JUDICIAL PROCESS VALIDITY AND VALUATION

Abstract: The Internet with the information technology revolution, has brought a radical change in legal relationships, both in the form of data storage and information exchange, and in the conduct of judicial processes. The records that were previously made on paper, are now carried out digitally, through electronic documents. This facility raises some troubling points. Among them, the credibility of the electronic document because of its abstract support in the face of the material support of the traditional document. Another point is: is the technology nowadays enough that we can equip it with the traditional document? The reliability of electronic documents is associated with the conviction that it has not been adulterated in the path between sender and receiver, and that its author subscribes.

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

Sumário. 1. Introdução. 2. Conceito de prova. 3. Prova documental. 4. Documento eletrônico. 5. Assinatura digital. 6. Certificação digital. 7. Admissibilidade do documento eletrônico como meio de prova. 8. Valoração da prova eletrônica. 9. Conclusão. 10. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO



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

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

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

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

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

Apesar disso, o documento eletrônico preocupa por sua volatilidade e se a tecnologia disponível é suficiente para sua equiparação com o documento tradicional.

2. CONCEITO DE PROVA

Ao iniciar sua definição de prova, Luiz Guilherme Marinoni² ressalta que: “*Antes de mais nada, impõe-se lembrar que*

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

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

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

Para Pontes de Miranda³ “*as provas destinam-se a convencer da verdade; tal o fim. Aludem a algum enunciado de fato (tema probatório), que se há de provar. Não só tem por fim convencer juízes, nem só se referem a enunciados de fato que se fizeram perante juízes”*”.

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco entendem que depois de deduzida a pretensão em juízo, que pode ou não corresponder à verdade, contrapõem-se a elas as questões efetuadas pela outra parte, que, igualmente, podem ou não corresponder à verdade. A essa dúvida se dá o nome de questões de fato, que deverão ser analisadas e resolvidas pelo juiz da causa, à vista das provas produzidas. Com essa fundamentação, conceitua a prova como sendo “o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo”⁴

Após analisar as diversas definições mencionadas, pode-se dizer que a prova é o meio pelo qual se leva ao conhecimento do magistrado os fatos envolvidos na relação jurídica posta pelas partes litigantes, visando convencê-lo das alegações, para que alcance uma conclusão e entregue, com segurança, a prestação jurisdicional. Esse, inclusive, é o significado trazido pelo art. 369 do CPC/2015.

3. PROVA DOCUMENTAL

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

³ Comentários ao código de processo civil. Tomo IV. P. 246.

⁴ Teoria Geral do Processo, 17ª ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 348.

dos fatos e de declarações.

Com o passar do tempo, levemente se notou uma minimização da importância da escrita. Isso porque, foram surgindo outras formas de armazenamento e transmissão de informações e, aos poucos, foi se adquirindo confiança nos novos métodos.

Nos dias de hoje, com o avanço tecnológico, o papel vem perdendo espaço como método para tornar perene uma informação. Vários são os motivos. Apenas para exemplificar, pode-se mencionar o volume de espaço que ocupam, se comparados com meios eletrônicos de armazenagem, os custos de arquivamento, tendo em vista o espaço necessário e o ambiente controlado, para que não pereçam, entre outros.

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

Luiz Guilherme Marinoni, afirma que “constitui o elemento físico do documento, a sua expressão exterior, manifestação concreta e sensível; é, enfim, o elemento material, no qual se imprime a ideia transmitida”.⁵ Concluindo que o suporte do documento não se limita ao papel escrito, isso porque, o que o caracteriza é o fato de ser um elemento real, não importando sua natureza.

4. DOCUMENTO ELETRÔNICO

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

A transformação gerada nos meios de comunicação decorrentes da disseminação do uso da *Internet*, que criou uma

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

forma eficiente e veloz de interação entre as pessoas, independentemente de onde estejam. Dessa forma, como não poderia deixar de ser, os relacionamentos interpessoais sofreram enormes transformações, demandando uma regulação jurídica que não existia.

Com o objetivo de conferir confiabilidade, surgiram algumas propostas de regulamentação dos documentos eletrônicos. A Comissão de Informática da OAB – Seção de São Paulo foi uma das pioneiras ao apresentar o Anteprojeto de Lei, que foi transformado no Projeto de Lei 1483/99 (Institui a fatura eletrônica e a assinatura digital nas transações de “comércio” eletrônico) apensado ao Projeto de Lei nº 1589/1999 (Dispõe sobre o comércio eletrônico, a validade jurídica do documento eletrônico e a assinatura digital, e dá outras providências) e, após apensado ao Projeto de Lei nº 4906/01 que dispõe sobre comércio eletrônico e ao Projeto de Lei nº 672/99, do Senado Federal.

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

E já existe este tipo de regulamentação em vários países, verificando-se que a regulamentação das assinaturas digitais e documentos eletrônicos é assunto atual, recebendo atenção em todos os cantos do globo.

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

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

Aperfeiçoada a definição de documento, como sendo o registro de um fato, e incluindo esse prisma no conceito jurídico de documento, torna-se possível, propor mais de uma

classificação, diferenciando o documento tradicional do eletrônico, sem o descaracterizar como documento.

Em contrapartida, como o documento eletrônico não se mantém por meio físico, pode ser definido como uma sequência de *bits*, armazenados em formato digital, não perceptível, senão após serem traduzidos, através de um programa de computador, que seja representativa de um fato, ou de um pensamento. Vale ressaltar que essa representação, assim como no documento tradicional, não precisa, necessariamente, ser um escrito, podendo conferir-lhe diversas outras formas: desenho, fotografia digitalizada, sons, imagens, etc.⁶

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

E de que maneira são exibidos? Os documentos eletrônicos são guardados de forma digital, não sendo compreensíveis às pessoas, senão com a utilização de equipamentos eletrônicos. Por intermédio de programas, as informações que se encontram em formato de *bits*, são transformadas em linguagem perceptível às pessoas. Ou seja, apesar de armazenado numa base física, suas informações estão registradas num elemento incorpóreo, as quais apenas poderão ser compreendidas com a ajuda de instrumentos eletrônicos capazes de transformar os códigos ali contidos.

5. ASSINATURA DIGITAL

A assinatura digital deriva do gênero assinatura

⁶ Consoante o artigo 2º, I do Substitutivo ao Projeto de Lei nº 4906/2001, define o documento eletrônico como “a informação gerada, enviada, recebida armazenada ou comunicada por meios eletrônicos, ópticos, opto-eletrônicos ou similares”.

eletrônica, igualmente como, por exemplo: senhas, chancelas mecânicas, biometria, entre outras.

Com sua utilização, garante-se, presumindo-se condições corretas e sadias de uso, a autenticidade na identificação de quem envia a mensagem, ou de quem, por meio dela, deseja manifestar sua vontade, associada à integridade do seu conteúdo.

Para Pedro Rezende “o conceito de assinatura digital originou-se de forma dedutiva. Os arquitetos pioneiros do ciberespaço chegaram a ela pela interpretação de teoremas matemáticos na teoria da informação, uma teoria semiótica desenvolvida por Claude Shannon a partir de 1949. O problema central da teoria é o seguinte. Dada uma sequência de zeros e uns, constituindo a representação digital de um documento, de que meios digitais poderá dispor seu autor para credibilizar a declaração de sua vontade ou autoria, ali nomeada?”⁷

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

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

As chamadas conexões seguras na internet via protocolo SSL, que são identificadas pela presença de um cadeado amarelo em navegadores, são exemplos de utilização desse sistema. Para o estabelecimento de uma conexão desse tipo, o servidor acessado transfere, para o computador do usuário, um certificado

⁷ Rezende, Pedro Antonio Dourado de. Entidades certificadoras, Assinaturas eletrônicas e projetos de lei. Disponível em <http://www.cic.unb.br/docentes/pedro/segdadtop.htm> Acesso em 27 jul. 2016

digital. A partir daí todas as informações enviadas pelo usuário serão criptografadas com a chave pública recebida e serão transmitidas codificadas pela internet. Dessa forma, somente o servidor acessado, com a chave privada correspondente, poderá decodificar as informações enviadas pelo usuário, tornando a conexão segura para o usuário do navegador em relação à identidade do servidor, e para o servidor em relação à integridade do conteúdo linguístico transmitido.

6. CERTIFICAÇÃO DIGITAL

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

A atividade da autoridade certificadora, basicamente, está centrada na chamada certificação digital. Esses documentos eletrônicos, após digitalmente assinados pela certificadora, são chamados de certificados digitais de chave pública, ou, apenas, certificados digitais. Dessa forma, um certificado digital, devidamente autenticado, garante apenas que a chave e o nome de seu titular são iguais àqueles apresentados na autoridade certificadora.

Essa solução requer a delegação de confiança, na medida que uma pessoa aceita a chave pública de outra, desconhecida para ela, somente porque, uma terceira pessoa, que ela conhece e confia garante que aquela chave pública é realmente da pessoa

cuja assinatura deseja verificar. Ou seja, no ambiente digital, uma entidade confiável chamada de autoridade certificadora, assina eletronicamente um documento que pode se chamar de certificado digital, com os dados pessoais de uma pessoa, além da sua chave pública.

7. ADMISSIBILIDADE DO DOCUMENTO ELETRÔNICO COMO MEIO DE PROVA

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

É claro que seu reconhecimento como meio de prova decorre da lei ou da vontade das partes. Ou seja, a sua admissibilidade como meio de prova provém de previsão no ordenamento jurídico, com fundamento em norma emanada de autoridade competente, observado o processo legislativo.

Apesar de o processo eletrônico ser uma realidade no Brasil, excetuando-se na órbita fiscal⁸, até a publicação da Lei nº 11.419/2006⁹ que dispõe sobre a informatização do processo

⁸ Instrução normativa SRF Nº 15, de 22 de Dezembro de 1999. Institui os certificados eletrônicos da secretaria da receita federal – SRF e – CPF e – CNPJ “Art. 3º. Os documentos assinados eletronicamente, inclusive pela SRF, mediante a utilização de certificado eletrônico e-CPF e e-CNPJ, consideram-se originais e têm o mesmo valor probatório daqueles emitidos em papel e firmados pelos meios convencionais”

⁹ Art. 11. Os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário, na forma estabelecida nesta Lei, serão considerados originais para todos os efeitos legais.

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

judicial, não havia regras jurídicas sobre a valoração probatória do documento eletrônico. A sua admissibilidade como meio prova já estava disposta na Medida Provisória 2.200-2, de 24 de agosto de 2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, transforma o instituto nacional de tecnologia de informação em autarquia e dá outras providências¹⁰: “Art.10 Consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta medida provisória. § 1º As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916 – Código Civil. § 2º O disposto nesta medida provisória não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento.”

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

Pela leitura do art. 219 do Código Civil “as declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários”. Conforme se pode verificar, o artigo da Medida Provisória diz a mesma coisa, só que para os documentos eletrônicos. Além disso, se aplicaria ainda a regra do

digitalização.

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

¹⁰ A Medida Provisória continua em vigor, por tempo indeterminado, pois editada antes da Emenda Constitucional nº 32 de, 12 de setembro de 2001, que introduziu o § 3º ao artigo 62 da Constituição Federal.

artigo 408 do Código de Processo Civil, que dispõe sobre a presunção da veracidade das declarações constantes do documento particular, escrito e assinado, ou somete assinado.

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

Enquanto o *caput* parece restringir a admissibilidade dos documentos eletrônicos somente para aqueles que forem confeccionados com a utilização dos certificados do ICP- Brasil, o que traria um enorme e perigoso monopólio à Autarquia Federal controladora desta Infraestrutura (art. 12¹¹ da MP 2200-2), confere flexibilidade ao sistema, reconhecendo em seu § 2º, a autonomia das partes para se valerem de outro meio para conferir integridade e autenticidade aos documentos eletrônicos, sem que isso retire a sua característica, podendo, portanto, também ser admitido como prova.

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

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

¹¹ “Art. 12 – Fica transformado em autarquia federal, vinculada ao ministério da ciência e tecnologia, o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação – ITI com sede no Distrito Federal.”

consequência das suas características anteriores, assim, íntegro e autêntico, será aceito como prova.

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

Nesse sentido, a redação do Projeto de Lei¹² que visa regulamentar a questão parece mais coerente: “Art. 1º Esta lei dispõe sobre o valor probante do documento eletrônico e da assinatura digital, institui normas para as transações de comércio eletrônico e estabelece sanções administrativas e penais aplicáveis.”

E, no seu artigo 4º, disciplina quais os requisitos que, se preenchidos garantirão a eficácia dos documentos eletrônicos: “Art. 4º As declarações constantes de documento eletrônico presumem-se verdadeiras em relação ao signatário, nos termos do código civil, desde que a assinatura digital: I – Seja única e exclusiva para o documento assinado; II – Seja passível de verificação pública; III – seja gerada com chave privada cuja titularidade esteja certificada por autoridade certificadora credenciada e seja mantida sob exclusivo controle do signatário; IV – Esteja ligada ao documento eletrônico de tal modo que se o conteúdo deste se alterar, a assinatura digital será invalidada; V – Não tenha sido gerada posteriormente à expiração, revogação ou suspensão das chaves.”

De outra forma, mesmo que não houvesse previsão específica de equiparação dos documentos eletrônicos aos documentos tradicionais, a sua admissibilidade como meio de prova estaria amparada pelo art. 369 do Código de Processo Civil, cuja redação admite “todos os meios legais, bem como os

¹² Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2995>

5. Acesso em 27 mar. 2016

moralmente legítimos, ainda que não especificados neste código, para provar a verdade dos fatos, em que se funda o pedido ou a defesa (...)”

Além disso, caso o documento eletrônico não fosse caracterizado como documento, entraria no rol das provas atípicas¹³.

Augusto Tavares Rosa Marcacini, ao avaliar a questão da autenticidade e integridade do documento eletrônico, sob a ótica das técnicas existentes para assegurar-lhes essas características, entende que não existem impedimentos para a utilização do documento eletrônico como meio de prova ser produzida em juízo: “(...). Nada há a impedir a utilização de documentos eletrônicos, seja como forma para se documentar atos jurídicos, seja como meio de prova a ser produzido em juízo. Até porque, nos termos do artigo 332, do CPC, “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste código, são hábeis a provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”. Não me parece imoral o uso de documentos eletrônicos, razão pela qual não haveria porque restringir sua utilização. Muito menos ilícito, não afrontado, igualmente, o art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal. Evidentemente além de moralmente legítimo, o meio de prova deve mostrar-se idôneo e permitir o convencimento”¹⁴.

De acordo com Comoglio, Ferri e Taruffo, a representação de documentos não se resume apenas às escriturações ou declarações. Ao invés, abrange imagens, sons, ações e comportamentos, e ainda os “documentos criados através das tecnologias

¹³ Consoante magistério de Nelson Nery Junior (Código de Processo Civil comentado: e legislação extravagante: atualizado até 3 de setembro de 2004. – 8º ed., rev., ampl., e atual. – São Paulo, editora: Revista dos Tribunais, 2004.) “Nada obstante o CC 212 arrolar como meio de prova dos fatos jurídicos a confissão, o documento, a testemunha, a presunção, e a perícia, vigora no processo civil brasileiro a regra da atipicidade dos meios de prova”

¹⁴ O Documento eletrônico como meio de prova. Disponível em: <<http://augustomarcacini.net/index.php/DireitoInformatica/DocumentoEletronico>>. Acesso em 27 jul. de 2016.

modernas da informação e das comunicações, como os dados insertos na memória do computador ou transmitidas através de uma rede de informática, e em geral os assim ditos documentos informáticos”¹⁵

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

Uma questão recorrente na Justiça do Trabalho é se o monitoramento de *e-mail* em empresas para a obtenção de provas que justifiquem a aplicação da justa causa na demissão de um empregado, podem ser consideradas obtidas ilicitamente, caso o *e-mail* seja particular do empregado, e, portanto, não admissível no processo? O tema encontra-se pacificado no tocante ao monitoramento do *e-mail* concedido pelo empregador como ferramenta de trabalho. Há algumas decisões, mas a discussão, muitas vezes, cinge-se a violação da correspondência¹⁶ e não na ilicitude da obtenção da prova.

Todavia, quando se trata do *e-mail* corporativo, fornecido pelo empregador, a jurisprudência se inclinou pela legalidade da fiscalização¹⁷.

¹⁵ Comoglio, Luigi Paolo, Ferri, Corrado e Tarufo, Michele. Lezioni sul processo civile. p. 657.

¹⁶ AGRAVO DE INSTRUMENTO - PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - NÃO-OCORRÊNCIA Não há negativa de prestação jurisdicional se o Eg. Tribunal Regional consigna os motivos de seu convencimento. Mera contrariedade das razões do decism às pretensões da parte não é suficiente a configurar a abstenção da atividade julgadora. UNICIDADE CONTRATUAL - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA Evidenciada a fraude na contratação do Reclamante, mediante empresa interposta, correto é o reconhecimento do vínculo de emprego com a tomadora dos serviços. Inteligência da Súmula nº 331, I, do TST. JUSTA CAUSA O Tribunal de Origem entendeu que o uso de e-mail particular para envio de mensagens pessoais não caracteriza justa causa. Entender diversamente encontra óbice na Súmula nº 126/TST. Agravo de Instrumento a que se nega provimento. (AIRR - 305840-29.2005.5.09.0013, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 06/05/2009, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/05/2009)

¹⁷ “Resolução contratual. Sistema de comunicação eletrônica. Utilização indevida.

Resta, ainda, a verificação da integridade e autenticidade dos documentos eletrônicos para sua valoração como prova apesar da lei equipará-lo ao original para todos os efeitos legais. Considerando as especificidades e tecnicidade de sua criação, é essencial a existência de legislação que forneça os contornos necessários para essa valoração nos processos judiciais.

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

Em 2016 foi publicada a Lei 11.419/2006, que convive conjuntamente com a MP 2002-2, a legislação citada que dispõe sobre a informatização do processo judicial, tendo ainda alterado alguns dispositivos do CPC de 1973, deixa claro, em seu artigo 11¹⁸ que “Os documentos produzidos eletronicamente e juntados

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

¹⁸ Art. 11. Os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário, na forma estabelecida nesta Lei, serão considerados originais para todos os efeitos legais.

§ 1o Os extratos digitais e os documentos digitalizados e juntados aos autos pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas

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

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

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

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

procuradorias, pelas autoridades policiais, pelas repartições públicas em geral e por advogados públicos e privados têm a mesma força probante dos originais, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização.

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

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

§ 4º (VETADO)

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

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

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

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

Esse sistema dá ao Juiz menos mobilidade para livremente apreciar a prova, uma vez que a lei confere a ela valor específico, que deverá ser observado pelo magistrado no momento de analisá-la, mesmo porque, nos termos do artigo 374, III, do Código de Processo Civil, independem de prova os fatos em cujo favor milita a presunção de veracidade.

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

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

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

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

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

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

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

Por todo exposto, pode-se dizer que o documento eletrônico, para ter eficácia, não precisa estar baseado em chaves certificadas por uma autoridade certificadora, mas à assinatura

digital precisam ser atribuídas as mesmas garantias aqui enumeradas, devendo ser: (i) única e exclusiva para o documento assinado; (ii) passível de verificação pública, ainda que por uma autoridade certificadora credenciada; (iii) gerada com chave privada cuja titularidade esteja certificada, ainda que por autoridade não credenciada, e mantidas sob o exclusivo controle da ICP-Brasil sob o documento eletrônico de tal modo que se o conteúdo se alterar, a assinatura digital ficará inválida; e (iv) gerada anteriormente à expiração, revogação ou suspensão das chaves.¹⁹ Para melhor ilustrar a discussão sobre o tema, comparando com outros países, vale destacar que na Itália a admissibilidade probatória do documento eletrônico admitida pelo DL nº 10/2002, que em seu artigo 6º dispõe que será conferida eficácia probatória ao documento eletrônico previsto no artigo 2.712 do Código Civil, considerando o fato e a coisa representada.

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

¹⁹ A falta de clareza na definição do documento eletrônico acabou por gerar decisões inusitadas, como: AGRADO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO - SUBSTABELECIMENTO COM ASSINATURA DIGITALIZADA POR MEIO DE ESCANEAMENTO. A tese de violação do artigo 830 da Consolidação das Leis do Trabalho justifica o processamento do recurso de revista. Agravo provido. RECURSO DE REVISTA. IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO - SUBSTABELECIMENTO COM ASSINATURA DIGITALIZADA POR MEIO DE ESCANEAMENTO. O caso em apreço não é o da assinatura digital - que assegura a autenticidade de documentos em meio eletrônico -, mas o da assinatura digitalizada, obtida por meio de escaneamento (processo pelo qual se 'captura' a imagem da firma, transpondo-a para meio eletrônico). Embora a assinatura digitalizada por meio de escaneamento seja hoje cada vez mais usual, sobretudo na esfera privada, fato é que esse procedimento não foi ainda regulamentado, não podendo ser considerado válido no mundo jurídico, até porque não gera mais do que a mera cópia da firma escaneada. Recurso de revista conhecido e provido. Prejudicada a análise dos demais temas.

(RR - 105140-83.2002.5.05.0003 , Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, Data de Julgamento: 13/02/2008, 2ª Turma, Data de Publicação: DJ 07/03/2008)

Em Portugal, pelo decreto Lei 290-D/99²⁰, alterado pelo decreto Lei do parlamento Europeu e do conselho nº 1999/93/CE, de 13 de Dezembro, também foi concedida eficácia probatória aos documentos eletrônicos, estando assinado com assinatura eletrônica qualificada. Conforme a exposição de motivos do decreto Lei 290-D/99, “o presente diploma, por um lado regula o reconhecimento e o valor jurídico dos documentos eletrônicos e das assinaturas digitais e, por outro lado, confia o controle da atividade e os direitos das entidades certificadoras”.

Ricardo Lorenzetti afirma que o fato de o documento eletrônico ainda não apresentar a mesma segurança que um documento escrito, ou que permita o comparecimento pessoal do autor, os seus efeitos são limitados e, em geral, as legislações coincidem em excluir de seu campo de aplicação: “os atos que requerem forma especial; os atos personalíssimos ou aqueles para os quais a lei exige a presença de algumas partes; os atos jurídicos relativos ao Direito de família”²¹.

Como se nota o Brasil, apesar de não ser o pioneiro no reconhecimento legal da eficácia jurídica dos documentos eletrônicos, acompanha o contexto mundial, em que pese o reconhecimento ter sido feito inicialmente por uma Medida Provisória e a Lei 11.419/06 não regram a matéria por inteiro. Todavia, a eficácia jurídica do documento eletrônico no Brasil é reconhecida e com a implementação do processo judicial eletrônico, está presente no cotidiano dos operadores do direito.

8. VALORAÇÃO DA PROVA ELETRÔNICA

De tudo que foi abordado, pode-se afirmar com segurança que a valoração da prova eletrônica decorre de dois pontos: a disposição do legislador em conferir força probatória ao

²⁰ Comissão intersetorial de tecnologia da informação para a administração pública. Disponível em <<http://pj.pt/htm/legislacao/dr/informatica/DL290D99.htm>> Acesso em 21.out. 2016.

²¹ Comercio eletrônico, p. 135

documento eletrônico e o nível de segurança técnico, capaz de garantir certeza e confiabilidade no sistema que irá assegurar as características necessárias para que os documentos eletrônicos possam ser corretamente valorados pelo magistrado, na formação de seu convencimento.

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

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

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

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

Quanto à integridade, baseia-se na segurança e confiança de que as informações contidas nas mensagens ou dos documentos eletrônicos não foram adulteradas após a sua criação. É óbvio que, um documento, cujo conteúdo não se pode afirmar ser

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

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

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

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

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

Quanto ao requisito autenticidade, que está diretamente

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

No mesmo sentido, Marcos da Costa²² discorre sobre os documentos eletrônicos e a assinatura digital comentando sobre a impossibilidade de se descobrir a chave privada por meio da chave pública: “Se uma assinatura digital for validada por determinada chave pública, é porque foi gerada pela chave privada a ela inter-relacionada. Isto porque os sistemas criptográficos partem de cálculos algorítmicos extremamente complexos, de forma, de um lado, a confirmar o inter-relacionamento das duas chaves, ou seja, só a chave pública gerada simultaneamente com a privada pode validar uma assinatura e, de outro, a impedir que, a partir da chave pública, se possa calcular a chave privada correspondente.”

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

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

Essas questões não foram observadas pelo parágrafo único, do artigo 6º da Medida Provisória 2.200-2, ao dispor que *o par de chaves criptográficas será gerado sempre pelo próprio*

²² Direito em bits. São Paulo: Fiúza Editores, 2004. P. 67

titular e sua chave privada de assinatura será de seu exclusivo controle, uso e conhecimento.

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

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

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

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

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

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

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

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

consequentemente, eficácia jurídica.

No texto titulado Sistema de Pagamento e ICP-Brasil, Pedro Rezende expõe: “Ora, quem pode garantir a autenticidade e a integridade de documentos em forma eletrônica são sistemas criptográficos apropriados (os de pares de chaves assimétricas – pública e privada) operando em condições adequadas, e não a norma jurídica. Em linguagem técnica, o uso do termo “infraestrutura de chaves públicas” se refere a um conjunto desses sistemas e dos meios adequados para a sua operação. Tais sistemas são propriedade de certas formas matemáticas do mundo platônico, de conhecimento público há mais de 24 anos e de domínio público há mais de dois. São sistemas de manipulação de símbolos que obedecem a certas leis semiológicas, mensuráveis enquanto tais sistemas operam em condições adequadas. Tendo sido já descobertas e não sendo criação ou propriedade intelectual ou material do legislador, ou de quem quer que seja, esses sistemas não estão em poder do legislador para serem por ele instituídos no sistema jurídico brasileiro. Estão na bagagem cultural da sociedade, na forma como esta os disponha. O que caberia a uma norma jurídica instituir sobre uma tal infraestrutura seria, apenas, a regulação dos efeitos jurídicos do uso de tais sistemas sob condições adequadas. A norma jurídica não pode, por si só, garantir integridade e autenticidade digital alguma. São leis semiológicas que garantem. Da mesma forma que não faz sentido uma norma jurídica decretar ou revogar uma lei física, como a lei da gravidade, a lei da relatividade, ou as leis da termodinâmica, estas as que mais se assemelham às leis semiológicas”²³.

Pode-se dizer que a Medida Provisória deveria ter se limitado a conferir apenas valor probatório ao documento eletrônico, em estando presentes os requisitos necessários e garantir-lhes a autenticidade e integridade, assim como bem o fez o

²³ Disponível em: <<http://www.cic.unb.br/docentes/pedro/segdadtop.htm>>. Acesso em 21 de Out. de 2016

substitutivo ao Projeto de Lei nº 4.906, de 2001, no qual está apensado o apresentado pela Ordem dos Advogados do Brasil (PL nº 1589/99), ao dispor, em seu artigo 1º que dispõe “sobre o valor probante do documento eletrônico e da assinatura digital, regula a certificação digital, institui normas para as transações de comércio eletrônico e estabelece sanções administrativas e penais aplicáveis”

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

Com relação ao valor de prova do documento eletrônico, apesar da referida Medida Provisória prever duas situações distintas para a sua valoração, ela não trás as características necessárias para que lhe seja conferida a autenticidade e a integridade. A primeira disposição é encontrada na redação do § 1º, do art. 10. De acordo essa situação as declarações constantes dos documentos eletrônicos presumir-se-ão verdadeiras em relação aos seus signatários, caso o documento tenha sido produzido com a utilização do processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil²⁴, na forma do artigo 131 do código civil de 1916, cuja redação não foi alterada pelo Novo Código Civil (art. 219).

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

²⁴ Aqui se entende que a lei quis dar a presunção para os documentos assinados com chaves certificadas pela ICP-Brasil, mesmo porque os documentos são gerados de forma independente do processo de certificação. Após a criação do documento é que ele será digitalmente assinado e aí sim, é que o poderá ser feito com a utilização de um par de chaves certificados pela ICP-Brasil.

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

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

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

Outra situação está na redação do § 2º do artigo 10. Segundo ele, o disposto na medida provisória “não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o

documento”.

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

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

Nesse sentido a Lei 11.419/06 dispensa a utilização do certificado digital nos em que o usuário efetuar cadastro no Poder Judiciário, devendo ser disciplinado por cada órgão, conforme disposto no art. 1º, §2º, III, b.²⁵

Todavia, a comprovação da autenticidade e integridade do documento eletrônico não deveria deixar utilizar a criptografia assimétrica e a assinatura digital com ela produzida, pois como visto em capítulo próprio, essa é a única maneira conhecida que permite equiparar as características dos documentos eletrônicos com aquelas encontradas nos documentos em papel.

²⁵ Art. 1º O uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais será admitido nos termos desta Lei.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Além da Justiça do Trabalho, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por meio do Juizado Especial Federal, utiliza,

há bastante tempo, o sistema de assinatura digital mediante cadastro do interessado. Fica a dúvida se com o início da migração para o PJE – Processo Judicial Eletrônico, o sistema atualmente utilizado no JEF será extinto, ou se irá conviver em harmonia com o PJE.

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

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

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

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

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

9. CONCLUSÃO

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

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

A relevância do tema é tanta que foi criada uma seção específica para o processo eletrônico no CPC/15. Percebe-se que o documento digital se fará cada vez mais presente como forma de registro. Todavia, sua ampla utilização além de depender da incessante busca de tecnologias que garantam sua segurança, depende ainda de uma mudança de cultura. Todavia, pode-se dizer que essa mudança é agora, ontem, hoje, e amanhã, diariamente o uso dos meios informáticos é cada vez mais comum em todas as atividades, e se tornam ainda mais necessários na medida em que há o aumento expressivo do volume de

informações com o qual os operadores do direito são obrigados a lidar.



10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL, Instituto Nacional de Tecnologia a Informação. ICP-Brasil. Disponível em <<http://www.itl.gov.br>>. Acesso em 11 out. 2016.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria Geral do Processo*, 17^a ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.
- COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado e TARUFFO, Michele. *Lezione sul processo civile*. 2^a ed. Bologna: Il Mulino, 1998.
- COSTA, Marcos da; MARCACINI, Augusto Tavares Rosa,. *Direito em bits*. São Paulo: Fiúza Editores, 2004.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4. ed., v. 3. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- LORENZETTI, Ricardo L. *Comércio Eletrônico*. Tradução de Fabiano Menke; como notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *O documento eletrônico como meio de prova*. Disponível em: <<http://augustomarcacini.net>> Acesso em 10 mai. 2016
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao código de processo civil: do processo de conhecimento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. *Prova*. 2^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

- MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. 3ª ed., atualização legislativa de Sérgio Bermudes, Rio de Janeiro, Forense, 1996.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*: 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- PORTUGAL, Comissão intersetorial de tecnologias da informação para a administração pública. Disponível em <<http://pj.pt/htm/legislacao/dr/informatica/DL290D99.htm>> Acesso em 21 out. 2016.
- REZENDE, Pedro Antonio Dourado de. Assinaturas eletrônicas e seus riscos. Disponível em: <<http://www.cic.unb.br/docentes/pedro/segdadtop.htm>>. Acesso em 27 jul. 2016.