

PROVA ELETRÔNICA

ELETRONIC EVIDENCE

Leonardo José Rafful***Ana Cristina Rafful****

Como citar: RAFFUL, Leonardo José. RAFFUL, Ana Cristina. Prova eletrônica. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 12, n. 2, p. 48-76, ago. 2017. DOI: 10.5433/1980-511X.2017v12n2p48

Resumo: Este trabalho tem por objetivo o estudo da prova eletrônica e a sua admissibilidade perante o ordenamento jurídico brasileiro. Como é sabido, com a crescente utilização dos meios eletrônicos, as relações sociais ficam cada vez mais rápidas e complexas, gerando para o estudioso do Direito, a necessidade de estabelecer algumas premissas no que tange aos meios de comprovação dos fatos veiculados eletronicamente. Dessa forma, a legislação tem procurado, ainda que de forma tímida, regulamentar o assunto a fim de garantir a segurança e a idoneidade das provas a serem produzidas no curso das mais diversas demandas judiciais. Nesse sentido, o novo Código de Processo Civil trouxe disposições sobre os documentos eletrônicos, bem como sobre as imagens contidas na rede mundial de computadores, apontando a ata notarial, como meio de comprovação dos fatos veiculados eletronicamente. Já o Decreto 8.539/2015,

* Mestrando em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduado em Direito pela Universidade Braz Cubas. ljrafful@gmail.com

** Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Doutora em Língua Portuguesa pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Oficial de Registro do Estado de Minas Gerais. anarafful10@gmail.com

que regulamenta o processo administrativo eletrônico no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, apenas conceituou o que viria a ser um documento digital. Nesses termos, abordar-se-á o assunto de forma a abranger essa nova realidade jurídica de forma clara, objetiva e eficaz, a fim de que se possa contar com maior segurança jurídica ao fazer uso dos novos meios de comunicação.

Palavras-chave: Prova eletrônica. Verdade. Documento digital. Internet. Ata notarial.

Abstract: This research's objective is to study electronic evidence and its admissibility in the Brazilian legal system; furthermore, the rising use of electronic media leads to increasingly fast and complex social relations. This process generates problems for legal scholars; as there is growing necessity to establish legal premises for the various modalities of evidence that germinate in the digital age. Moreover, even if the Brazilian legislation has timidly regulated this matter, it nevertheless aims to ensure security and suitability for the evidence produced in legal demands. Furthermore, the Brazilian Code of Civil Procedure regulated some aspects of digital documents, as well as Internet images, ensuring that the notarial act is the legitimate instrument for these types of evidence. Even more, Decree n. 8.539/2015, which regulated the administrative electronic procedure for entities and organs of the direct, autarchic,

and functional public administration, merely conceptualized what would eventually be a digital document. In conclusion, this study analyzes evidence through the lenses of our current digital reality, and investigates it in a clear and objective manner as a means for upholding more judicial security in face of new technologies.

Key-words: Electronic evidence. Truth. Digital documents. Internet. Notarial act.

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo analisar a existência e a possibilidade de produção de provas eletrônicas, bem como sua utilização no processo, sob a âncora da força probante fornecida pelo ordenamento jurídico vigente. Para tanto, a metodologia utilizada, não foi outra senão a análise da legislação pátria vigente, bem como da doutrina acerca das provas no processo.

Justifica-se o tema abordado pela crescente utilização de meios eletrônicos como fonte de obrigações, não podendo olvidar-se que, atualmente, um grande número de pessoas assinam contratos, mesmo estando em locais diversos, enviam documentos, firmam acordos e outros negócios, utilizando-se dos mais diversos meios eletrônicos. As redes sociais tornaram-se protagonistas de um ambiente de intensas relações interpessoais, surgindo, com isso, incontáveis problemas e conflitos jurídicos.

Assim sendo, diante de um inadimplemento contratual ou da violação direitos, através da prática de atos ilícitos efetivados eletronicamente, surgirá para o inadimplente a obrigação, seja de reparar o dano causado, seja de forçar o cumprimento do contrato. Logo, com a ocorrência de uma lide, surge a necessidade de se comprovar os fatos jurídicos que deram ensejo a mesma, surgindo, nesse momento, a dificuldade e conseqüentemente o problema de se produzir uma prova eletrônica idônea.

Para tanto e a fim de se atingir os objetivos expostos nesse trabalho, primeiramente será analisada a teoria geral das provas, com o viés para as provas eletrônicas, passando pelo seu conceito, finalidade e objeto. Ainda, será verificada a relação entre a verdade, certeza e

realidade, abordando o conceito filosófico de verdade para encontrar o objeto de prova no processo.

Posteriormente, serão analisados os princípios processuais aplicáveis à prova eletrônica, como o devido processo legal, a proibição de produção de provas ilícitas, o princípio do livre convencimento motivado e a busca pela verdade real, sendo este último princípio de grande relevância, pois com a possibilidade da produção de provas eletrônicas, será possível reconstituir os fatos, atentando-se para o perigo de se produzirem provas ilícitas bem como as obtidas por meios ilícitos.

Por fim, através do suporte doutrinário analisado, verificar-se-á o conceito de prova eletrônica bem como o conceito de documento eletrônico à luz da legislação vigente e da doutrina, a sua natureza jurídica, o seu valor probatório e a questão referente a produção e materialização da prova eletrônica por meio da lavratura de ata notarial efetivada junto aos tabelionatos de notas espalhados pelo território nacional, bem como tomadas as notas em livros de bordo em caso de urgência, seguindo-se posteriormente os procedimentos estabelecidos pelas normas da Corregedoria Geral de Justiça de cada Estado.

1 TEORIA GERAL DAS PROVAS

1.1 Conceito de prova e sua relação com o processo

A relação da prova com o processo baseia-se no fato de que, nas lides, seja qual for o âmbito a ser abordado, esta terá sempre por objeto fatos juridicamente relevantes. Assim sendo, a prova é necessária para que as partes possam reconstituir os acontecimentos e tornar possível o julgamento pelo magistrado aplicando-se adequadamente a subsunção

da norma ao fato concreto.

O verbo “provar” tem origem do latim “*probatio*”, que significa verificação, exame ou inspeção. Provar, portanto, é o ato de evidenciar a verdade sobre algum fato. Essa terminologia pode se referir tanto ao instrumento que o magistrado possui para ter conhecimento dos fatos submetidos à sua jurisdição, como representar o procedimento através do qual os instrumentos de cognição se formam e são recepcionados pelo juízo, ou ainda, a atividade lógica do magistrado para o conhecimento dos fatos (MARINONI; ARENHAT; MITIDIERO, 2015, p. 249).

De qualquer forma, a partir da narração dos fatos, com as provas trazidas pelas partes ao processo, o juiz poderá formar livremente a sua convicção, julgando adequadamente a lide, visando a pacificação da sociedade.

Portanto, a relação entre prova e processo está, justamente, nos fatos alegados ao juiz, para que este resolva o litígio, aplicando a lei ao fato, de forma que traga maior proximidade à realidade. Neste sentido, para Guilherme de Souza Nucci, a prova é “[...] a demonstração lógica da realidade, no processo, por meio dos instrumentos legalmente previstos, buscando gerar, no espírito do julgador, a certeza em relação aos fatos alegados e, por consequência, gerando a convicção objetivada para o deslinde da demanda (NUCCI, 2009, p. 15).

Destarte, através da reconstituição dos fatos pelos instrumentos de cognição postos em juízo, poderá o magistrado proferir a sua sentença, embasando sua convicção no conjunto probatório produzido nos autos do processo sob análise.

1.2 Relação da prova com a verdade, certeza e realidade

Para entender a verdade, bem como o princípio da busca pela verdade ou princípio da verdade real, é necessário analisar o seu conceito e a relação entre verdade, certeza e realidade com o processo.

Parece que o sistema processual adota a ideia de verdade inspirada em São Tomás de Aquino, tendo por princípio os ensinamentos de Aristóteles, considerando que o convencimento do juiz deve se dar através da análise das provas, tendo total liberdade para valorá-las.

A verdade para os sofistas se dava pela retórica, sendo o simples convencimento e persuasão. Platão, relatando os diálogos entre Sócrates e Górgias, afirmava que a retórica é apenas uma espécie de arte utilizada pelo orador, sem se importar com valores (PLATÃO, 2016, p. 60). Para o pensamento platônico, a verdade se encontra em um mundo ideal, que transcende o mundo real (PLATÃO, 2014, p. 255).

Aristóteles, contrapondo a ideia de Platão, entendeu que é possível extrair a verdade através da análise do próprio objeto, sem que se recorra à metafísica (ARISTÓTELES, 2012, p. 125).

São Tomás de Aquino, na primeira parte da Suma Teológica, questão 16, faz inquirições sobre a verdade e afirma que esta não está apenas no intelecto, mas nas coisas. Fundamenta o teólogo e filósofo com uma resposta simples: “[...] se a verdade está unicamente no intelecto, nada será verdadeiro a não ser à medida que é conhecido (AQUINO, 2003, p. 357). Portanto, a verdade se manifesta através do conhecimento do objeto posto em análise.

O ato de provar consiste na demonstração do que realmente aconteceu através da análise de suportes que contenham informações perpetuadas no tempo. Assim, Guilherme de Souza Nucci explica que: “[...] a prova vincula-se à verdade e à certeza, que se ligam à realidade, todas voltadas, entretanto à convicção de seres humanos (NUCCI, 2009,

p. 13).

Realidade é composta pelos fatos ocorridos no plano real, enquanto que a verdade é aquilo que está em conformidade com a realidade. Já a certeza é a crença de que determinado fato ocorreu.

Ter certeza é, sempre, aspecto subjetivo, gerando, pois, uma verdade igualmente subjetiva, que pode não ser compatível com a realidade (aquilo que efetivamente ocorreu no mundo naturalístico). Por outro lado, a verdade objetiva é a exatidão da noção da realidade com o que efetivamente aconteceu (NUCCI, 2009, p. 14).

O que se pretende com a prova é formar esta “certeza” do juiz no processo.

Convencendo-se disso, o magistrado, ainda que possa estar equivocado, alcança a certeza necessária para proferir a decisão. Quando forma sua convicção, ela pode ser verdadeira (correspondente à realidade – verdade objetiva) ou errônea (não correspondendo à realidade – verdade subjetiva), mas jamais falsa, que é um “juízo não verdadeiro”. Sustentar que o juiz atingiu uma convicção falsa seria o mesmo que dizer que o julgador atingiu uma “certeza incerta”, o que é um contrassenso (NUCCI, 2009, p. 15).

Nesse sentido, verdade, certeza e realidade estão unidos no processo, sendo que as provas devem demonstrar o alegado sobre o fato (realidade) em litígio (verdade), convencendo o juiz, em seu íntimo, para que possa proferir a sentença (certeza). Assim sendo, a realidade torna-se verdade no processo e o juiz, ao julgar, forma a sua certeza.

Retomando o pensamento da filosofia clássica acerca da verdade,

o juiz tenta extraí-la através da análise das provas contidas no processo, e assim, julga conforme a legislação vigente. Problema haverá se a dilação probatória não foi maturada, ou seja, se não forem trazidas pelas partes as provas suficientes ao processo para que o juiz possa extrair uma conclusão lógica. Dois caminhos, neste caso, poderão surgir. O primeiro é a regra de julgamento instituído pelos diplomas processuais, qual seja, o ônus da prova. Já o segundo e o mais perigoso, é o caminho do sofismo, ou seja, aquele que melhor argumentou convencerá o magistrado e obterá a procedência da ação.

1.3 Finalidade e objeto da prova

A prova tem por fim convencer o magistrado sobre a verdade dos fatos trazidos aos autos do processo. Seu objeto é composto pelos fatos alegados pelas partes. Conforme Luiz Guilherme Marinoni: “[...] a prova não se destina a provar fatos, mas sim afirmações de fato” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 251). Assim, a alegação do fato que possui relevância para a demonstração da verdade será objeto de prova. Esses fatos afirmados pelas partes na petição inicial e na contestação, tem por destino a demonstração dos fatos ocorridos e a possibilidade de se verificar qual das partes possui razão no pleito.

Quanto à produção de provas sobre direito, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu art. 14, bem como o novo Código de Processo Civil, art. 376, dispõem que não é preciso provar a existência e vigência de lei federal, mas, haverá tal necessidade para o direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário.

Por fim, também não será objeto de prova os fatos notórios, os confessados, os incontroversos e em cujo favor milita presunção legal de

existência ou de veracidade, conforme art. 374 do diploma processual.

2 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS APLICÁVEIS ÀS PROVAS ELETRÔNICAS

2.1 Princípio do devido processo legal

O princípio do devido processo legal está inserido expressamente na Constituição Federal, no art. 5º, inciso LIV, nos seguintes termos: “[...] ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Este princípio é caracterizado pelo trinômio vida, liberdade e propriedade (NERY JUNIOR, 2010, p. 81), no sentido de que para ser privado da liberdade ou de seus bens, o sujeito deverá ser processado pela autoridade competente, respeitando as garantias processuais. Dentro de um Estado Democrático de Direito, com uma Constituição garantista, as leis processuais são irrigadas por princípios já contidos na própria norma vigente. Assim, é possível deduzir que o princípio analisado é o respeito às regras processuais e as suas garantias processuais. Destarte, para que haja um processo justo, a lei processual não poderá ser mitigada, salvo se o ato atingiu o seu fim, sem contrariar os bons costumes e a moral.

Na prova eletrônica, o princípio do devido processo legal deve ser amplamente aplicado. Quanto à produção de provas, vigora a liberdade probatória, ou seja, são aceitas todas as provas produzidas pelas partes, típicas e atípicas, desde que não viole a lei, a moral e aos bons costumes. Portanto, desde que a obtenção e a própria informação não violem a norma, é possível a sua utilização no direito processual.

2.2 Princípio da proibição de produção de provas ilícitas

A Constituição Federal dispõe expressamente a vedação da produção de provas ilícitas, no seu art. 5º, inciso LVI, observando-se que prova ilícita é aquela que, em si mesma considerada, contraria a norma jurídica. Difere, portanto, da prova obtida por meio ilícito, uma vez que esta, em si mesmo considerada é admitida pelo sistema, mas sua forma de obtenção fere o ordenamento jurídico (BUENO, 2011, p. 173).

Antes da promulgação da Constituição, a doutrina fazia a diferenciação entre provas ilícitas e provas ilegítimas. As primeiras são as que violam direitos materiais, enquanto que a segunda são as que violam as regras processuais. Entretanto, atualmente, tanto a prova originalmente ilícita como a obtida por meios ilícitos não são permitidas. Deve-se ressaltar, nesse sentido que, as provas derivadas da ilícita também não são admitidas.

Quanto às provas eletrônicas, elas serão ilícitas quando forjadas ou maculadas a partir de *softwares* que criam ou modificam documentos eletrônicos. Já quanto à sua obtenção, poderá também ser ilícita quando violadas as garantias constitucionais ou processuais. Verifica-se tal hipótese quando alguém invade, através da rede mundial de computadores, computador alheio, ferindo a privacidade. É possível até o entendimento que uma invasão no computador fere também o domicílio, supondo a existência de um ambiente e de um endereço virtual.

Contudo, a doutrina e jurisprudência tem admitido a produção de provas ilícitas quando o bem jurídico tutelado for maior do que o violado pela aplicação do princípio da proporcionalidade, bem como a legítima defesa do direito penal.

2.3 Princípio do livre convencimento motivado

Ao adentrar no assunto do sistema de avaliação das provas, a doutrina, em geral, trata sobre três sistemas. O primeiro deles é o da prova tarifada, o qual a prova tem o seu valor previamente fixado pela lei processual. Este sistema está abolido no Brasil e em muitos países desenvolvidos. O seu resquício ainda existe no seio da sociedade ao mencionar que o documento é a rainha das provas e a testemunha é a prostituta das provas.

O segundo sistema de avaliação é o sistema do livre convencimento imotivado. Neste sistema, o julgador, ao proferir sua decisão, não menciona os motivos que gerou a sua convicção e persiste, ainda, no Tribunal do Júri. Os jurados decidem se o réu é culpado ou não, sem manifestar os motivos que o levaram a este veredicto. O juiz togado, por sua vez, fixa a pena, motivando a dosimetria.

Por fim, o terceiro sistema é o da livre convicção motivada, sendo este o sistema em vigor no Brasil. O juiz, livremente, aprecia as provas e, ao julgar, fundamenta com base nas provas contidas nos autos.

2.4 Princípio da busca pela verdade real

A doutrina processualista antes do advento da Constituição de 1988 fazia distinção entre a verdade real ou material e a verdade formal. A primeira consiste na perfeita correspondência entre a realidade e a ideia que dela se faz. Já a segunda é a verdade trazida aos autos do processo, não sendo necessária a perfeita correspondência. Vigorava esta última para o processo civil, sendo possível, inclusive, lembrar do brocardo latino: *quod non est in actis, non est in mundo*.

Após a promulgação da Constituição em vigor, a doutrina incorporou a busca da verdade real também no processo civil, assim, o magistrado não pode ser apenas um mero espectador, mas ele deve realizar todos os atos possíveis para proferir a melhor sentença. Neste sentido, o art. 130 do Código de Processo Civil de 1973 permite ao magistrado que, *ex officio*, produza provas. Regra esta repetida pelo Novo Código de Processo civil, no art. 370.

3 DA PROVA ELETRÔNICA

3.1 Conceito de prova eletrônica

Já foi objeto de análise o conceito de prova, logo se a prova é o ato de evidenciar determinado fato, a prova eletrônica possui o mesmo conceito, modificando-se apenas o meio material pelo qual ela vem a se materializar. Portanto, prova eletrônica é o ato de evidenciar determinado fato através de meios eletrônicos. Neste sentido, Patrícia Peck Pinheiro (2013, p. 216) entende que: “[...] a evidência digital é toda informação ou assunto de criação, intervenção humana ou não, que pode ser extraído de um compilado ou depositário eletrônico.”

Desta feita, pode ser verificado que o conceito, finalidade e objeto de prova não mudam, mas sim o seu suporte. Enquanto a prova tradicional se dá por meio de papel ou objetos corpóreos, a prova eletrônica é constituída por meio de *bits*, que nada mais é do que uma unidade de informação.

A primeira legislação sobre prova e a evolução da tecnologia se deu por meio da lei n. 9.800/1999 que regulou a apresentação de documentos por via de *fac-símile*. Não se trata de prova digital ou

informatizada, mas sim telemática, que significa “[...] documentos que se prestam à transmissão de informações por meio de redes de comunicações.” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 366).

O Novo Código de Processo Civil dispôs, de forma muito concisa, sobre a prova eletrônica em apenas quatro artigos, quais sejam, 422, §§ 1º e 3º, 439, 440 e 441, como documentos eletrônicos.

O primeiro dispositivo aborda a questão referente as fotografias digitais. Conforme o §1 do art. 422, as fotografias digitais extraídas da rede mundial de computadores fazem prova das imagens que estão reproduzidas. Trata-se de presunção relativa, pois poderá ser contestada a sua autenticidade. Neste caso, deverá a parte que procedeu a juntada dessas provas no processo, trazer a fotografia original ou, caso não seja possível, que seja realizada perícia.

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery entendem que a fotografia digital possui valor de documento particular, devendo ser confirmado pela parte contrária para que possa ser aperfeiçoada, nos seguintes termos:

Apresentada em juízo uma fotografia, deverá ser considerada documento privado, ou seja, submetido a reconhecimento pela parte contrária. Reconhecida, seu valor se aperfeiçoa; impugnada, valerá o que surja do conjunto de provas contrárias ou coadjuvantes que sejam produzidas pelas partes. (NERY JUNIOR; NERY, 2015, p. 1045).

Contudo, a lei processual, em nenhum momento, menciona a necessidade de submissão da fotografia digital para se ter validade de prova. Muito pelo contrário, a lei é taxativa ao mencionar que “[...]”

as fotografias digitais e as extraídas da rede mundial de computadores fazem prova das imagens que reproduzem”. Assim, dá-se o contraditório para impugnar a imagem que não sendo contestada, fará prova de seu conteúdo.

Nesse sentido, é o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni, nos seguintes termos:

Realmente, se não surgir qualquer impugnação a respeito do teor da fotografia exibida, nenhum problema surgirá, tendo aplicação inquestionável o comando apontado. Todavia, surgindo polêmica sobre a fotografia digital (sendo alegada sua montagem, questionando-se sua veracidade etc.), não se pode mais recorrer à solução legal, embora seja precisamente neste caso que se impõe a orientação do legislador. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 374).

O §3º dispõe que as regras da fotografia são aplicadas à forma impressa de mensagem eletrônica. Estas mensagens eletrônicas podem ser e-mails ou mesmo mensagens transmitidas por *smartphones* através de programas específicos de transmissão de mensagens.

O art. 439 dispõe sobre a necessidade da conversão do documento eletrônico da forma impressa e que seja possível realizar a verificação na forma da lei, para o processo convencional.

Já o art. 440 dispõe sobre o valor probatório do documento eletrônico que não seja possível a sua conversão. Neste caso, é aplicável o princípio da instrumentalidade das formas podendo o juiz, livremente, valorar.

Por fim, o art. 441 dispõe sobre a admissibilidade do documento eletrônico, sendo que todos os documentos eletrônicos

serão admitidos quando produzidos e conservados com observância da legislação específica. Além dos dispositivos acima mencionados, o ordenamento jurídico conta com a Lei do Processo Eletrônico (Lei 11.419/06), a Medida Provisória que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (MedProv 2200-2/01) e o Decreto sobre o processo administrativo eletrônico (Decreto n. 8.539/15).

3.2 Natureza jurídica da prova eletrônica

Se o conceito de prova não foi modificado pela sua alteração de meio, a natureza jurídica também não. João Batista Lopes sustenta que a prova eletrônica é uma espécie de documento com características próprias (LOPES, 2006, p. 190), portanto, as mesmas regras das provas documentais são aplicáveis às provas eletrônicas, no que tange à sua admissibilidade, autenticidade, produção e valoração.

Ainda, deve ser ressaltado que o novo Código de Processo Civil traz a prova eletrônica como documento eletrônico, conforme a seção VIII, do Capítulo XII, do Livro I, da Parte Especial. Ao mencionar o título “Dos Documentos Eletrônicos”, o legislador conferiu a natureza jurídica das provas eletrônicas como documentos.

3.2.1 Documento eletrônico

Documento é uma informação consubstanciada em uma matéria. A sua finalidade é a de registrar fatos. O documento tem origem no passado e é perpetuado para o futuro e, para atingir esta finalidade, deve ser possível a demonstração da autoria e a inexistência de falsificação, conforme o disposto nos arts. 430 a 433 do novo Código de Processo

Civil que fazem menção expressa sobre a arguição de falsidade, tendo força de coisa julgada.

Na análise das codificações, dentre elas, Código Civil, Código Penal, Código de Processo Civil e Código de Processo Penal, apenas este último apresenta um conceito de documento. Assim, conforme art. 232 do referido diploma legal, documento é qualquer escrito, instrumento ou papel, público ou particular.

Para Guilherme de Souza Nucci, documento é “[...] toda base materialmente disposta a concentrar e expressar um pensamento, uma ideia ou qualquer manifestação de vontade do ser humano, que sirva para expressar e provar um fato ou acontecimento juridicamente relevante.” (NUCCI, 2009, p. 123). Para Humberto Theodoro Jr.:

[...] é o resultado de uma obra humana que tenha por objetivo a fixação ou retratação material de algum acontecimento. Contrapõe-se ao testemunho, que é o registro de fatos gravados apenas na memória do homem. Em sentido lato, documento compreende não apenas os escritos, mas toda e qualquer coisa que transmita diretamente um registro físico a respeito de algum fato, como os desenhos, as fotografias, as gravações sonoras, filmes cinematográficos etc. Mas, em sentido estrito, quando se fala na prova documental, cuida-se especificamente dos documentos escritos, que são aqueles em que o fato vem registrado pela palavra escrita, em papel ou outro material adequado.” (THEODORO JUNIOR, 2015, p. 944).

Diante do *quantum* exposto, pode-se verificar que o documento possui dois elementos. O primeiro é a informação ou conteúdo. Este, conforme Luiz Guilherme Marinoni, “[...] equivale ao aspecto

semiótico do documento, à ideia que pretende transmitir” (MARINONI; ARENHART; MITIDIÉRO, 2015, p. 360). Já o segundo elemento é o suporte que é o elemento material do documento, ou seja, é o ambiente em que a informação será preservada.

Primeiramente, o papel foi a única maneira (salvo os escritos e desenhos em paredes, nos tempos primitivos) de registrar informações e preservá-las por longos períodos. Contudo, com os avanços da tecnologia, tem se tornado cada vez mais frequente o uso de suporte eletrônico. O papel traz a certeza, mas também pode ser fraudado, enquanto que o registro digital é prático, mas não há como fixar sinal que permita atribuir a autoria, não estando este preso ou vinculado a nenhum meio físico, tratando-se, apenas, de um documento lógico.

Assim, documento eletrônico é a informação obtida por meio eletrônico, diga-se, não material, como páginas da internet, contratos eletrônicos, redes sociais etc.

Recentemente, foi publicado o Decreto n. 8.539, de 8 de outubro de 2015, dispondo sobre o uso do meio eletrônico para a realização do processo administrativo no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Este ato normativo trouxe a definição de documento digital, em seu artigo 2º, inciso II, nos seguintes termos: “[...] documento digital – informação registrada, codificada em dígitos binários, acessível e interpretável por meio de sistema computacional” (BRASIL, 2015).

Este é o primeiro conceito de documento digital positivado pelo legislador, considerando como documento digital aquelas informações contidas no suporte eletrônico codificada em dígitos binários.

O suporte do documento eletrônico é uma sequência de *bits*, como dito anteriormente. *Bits* significa *binary digit*, sendo a menor

informação que pode ser armazenada ou transmitida por meio eletrônico, podendo assumir os valores de 0 e 1. É um armazenamento como uma carga elétrica em um único capacitor dentro de um dispositivo de memória. Assim, fisicamente, tudo no computador não existe, pois são apenas números. O computador, por meio de sua programação, traduz o código binário em informação que pode ser compreendida pelo ser humano.

O decreto sobre o uso do meio eletrônico no processo administrativo, nas alíneas “a” e “b” do art. 2º, inciso II, faz a diferenciação do documento nato-digital e o documento digitalizado. O documento nato-digital é aquele criado originariamente em meio eletrônico através de programas de computador ou aparelhos eletrônicos como documentos digitais, fotos, vídeos etc.

Por sua vez, o documento digitalizado é aquele obtido a partir da conversão de um documento não digital, gerando uma fiel representação em código digital, ou seja, é o documento com suporte em matéria como papel, mas transformado em meio digital, seja através de aparelhos de *scanners* ou mesmo fotocópias digitais. É a captura da imagem do documento em suporte físico em meio digital.

3.3 Valor probatório das provas eletrônicas

As provas obtidas por meios eletrônicos possuem natureza jurídica de documento. Se o documento eletrônico é qualquer informação obtida por meios não materiais há problema na aceitação destas como meio de prova. Assim sendo, as provas eletrônicas são instáveis. São facilmente corruptíveis e, a qualquer, tempo podem ser retiradas do meio em que se encontram.

Já foi analisada a valoração das provas pelo juiz, que se dá através do livre convencimento motivado. Nesse diapasão, o juiz analisa o conjunto probatório e dele extrai o seu convencimento, posto que todo documento deve conter a manifestação da vontade do signatário. Inclusive, é requisito do negócio jurídico a manifestação da vontade, conforme art. 107 do Código Civil, o qual dispõe que: “[...] a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei exigir”.

No caso dos documentos eletrônicos, estes foram regulamentados pelo art. 10 da Medida Provisória 2.200/2001 nos seguintes termos:

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 (BRASIL, 2001).

Portanto, terá validade de prova o documento eletrônico assinado digitalmente, com a criptografia adequada. Os demais documentos, conforme §2º da Medida Provisória, poderão ser utilizados desde que as partes concordem com a sua utilização.

Quanto aos e-mails, a regra é a mesma. Sendo uma nova forma de comunicação, o e-mail nada mais é do que uma carta em suporte digital. Como todo documento, faz-se necessário reconhecer a identificação das partes, bem como se o destinatário recebeu o conteúdo pretendido pelo remetente.

Sustenta William Santos Ferreira (2013, p. 83) que:

[...] o desafio não está na adoção ou não do e-mail como prova, pois é impossível não o considerar documento. O que, guardada as devidas proporções, ocorre com um instrumento particular cuja autenticidade é questionada em relação ao conteúdo ou à assinatura nele aposta. A adoção cada vez mais comum do sistema de certificação digital, no Brasil denominado ICP-Brasil, irá mitigar os questionamentos, pois amplia as medidas de segurança (com a utilização de chaves públicas e chaves privadas) e torna mais difícil os questionamentos em torno de assinatura, conteúdo, envio e recepção de e-mails, desde que certificados.

Com a adoção da chave pública, é possível entender que o e-mail não assinado é documento que tem a sua validade questionada, devendo ser considerado um indício de prova a ser ratificado judicialmente. A falta de assinatura retira a validade do documento produzido digitalmente.

Sendo assim, prova eletrônica regulamentada é apenas o documento eletrônico que contenha a assinatura digital, conforme regulamentado pela Medida Provisória 2.200/2001. Nesse sentido, o novo Código de Processo Civil, no art. 439 e 440 dispõe sobre a valoração da prova eletrônica no processo, devendo estes possuírem os requisitos de validade do documento eletrônico que além da conversão em papel, esteja assinado digitalmente. Caso não seja possível a sua conversão, o

juiz valorará livremente, conforme art. 440.

3.3.1 Das informações retiradas dos meios eletrônicos

Documento eletrônico, como dito anteriormente, é o assinado digitalmente que valerá como prova no processo. Quanto as demais informações retiradas de sites, redes sociais etc., é possível entender que estas poderão servir apenas como indícios.

Indícios não se confundem com provas. Conforme Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 126):

[...] o indício é um fato secundário, conhecido e provado, que, tendo relação com o fato principal, autorize, por raciocínio indutivo-dedutivo, a conclusão da existência de outro fato secundário ou outra circunstância. Aprimorando o entendimento anteriormente adotado, pensamos ser o indício algo mais que simples conhecimento de circunstâncias (algo que está em redor do fato). Na verdade, a prova indiciária é composta por vários fatos secundários, ou seja, inúmeros acontecimentos prontos a constituir um quadro maior indicativo da concretização do fato principal, objeto da imputação. É natural que, ao longo da colheita da prova, sejam captados elementos meramente circunstanciais, quase irrelevantes, passíveis de auxiliar na formação do contexto completo do crime, mas não são capazes de criar o fato principal.

Enquanto prova é a reprodução ou a tentativa de reprodução da realidade para que se possa trazer a verdade, indícios são fatos secundários que tem relação com o fato principal, podendo clarear a verdade. Por este motivo, o juiz não poderá julgar exclusivamente com

base em indícios produzidos no inquérito, conforme o estabelecido no art. 155 do Código de Processo Penal.

O Código de Processo Civil, no seu art. 422, §3º, dispõe sobre as mensagens eletrônicas, sendo aplicável o regramento das reproduções mecânicas. Portanto, para se fazer uso de mensagens eletrônicas como mensagens enviadas e recebidas por celulares e *smartphones*, estas deverão ser convertidas em imagens para que possam ser avaliadas no processo.

Quanto aos e-mails, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery dão o mesmo regramento das mensagens eletrônicas (NERY JUNIOR; NERY, 2015, p. 1045). Já William Santos Ferreira entende que, como cartas, devem ser assinadas digitalmente para terem validade (FERREIRA, 2013, p. 83).

3.4 Provas obtidas por meios eletrônicos e a função da ata notarial como meio de comprovação da prova eletrônica

Como afirmado acima, a prova eletrônica tem natureza jurídica de prova documental, sendo esta submetida ao regramento das provas documentais no processo civil (arts. 405 a 441).

A ata notarial está disciplinada nas leis números 8.935/94, 6.015/73 e respectivas normas das Corregedorias Gerais de Justiça de cada Estado. Trata-se de instrumento público por meio do qual o tabelião de notas certifica a ocorrência de determinado fato por ele presenciado. Tem por finalidade atestar a veracidade de fatos ocorridos na presença do notário. Difere este ato da escritura pública, uma vez que a primeira tem por conteúdo a descrição de fatos e a segunda documenta atos e negócios jurídicos, certificando a vontade das partes. O notário tem o

dever de imparcialidade e, por esta condição, não pode realizar qualquer emissão de juízo de valor sobre aquilo que atesta, nem mesmo juízos técnicos ou científicos.

No novo Código de Processo Civil, a ata notarial foi alocada como prova típica no art. 384, sendo o meio de se provar a existência e o modo de existir algum fato. O parágrafo único dispõe que imagens ou sons gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial. Se a simples impressão do conteúdo do ambiente virtual não traz a segurança ao julgador e, por via de consequência, não pode ser considerado como prova, a alternativa que se encontra é a utilização da ata notarial como meio de prova.

Nesse mesmo sentido, William Santos Ferreira (2013, p. 84) afirma que:

[...] outro caminho que vem sendo utilizado, não no escopo de permitir sua utilização no processo eis que qualquer meio de reprodução é admitido (*rectius*, não vedado), porém o *grau de convencimento* é que vem sendo o grande problema, é a adoção da chamada “ata notarial” em que, solicita-se a um Tabelião (Cartório de notas) a lavratura de uma ata em que, pelo computador do notário, são acessados endereços eletrônicos indicados pelo requerente do serviço cartorial, e há o relato do dia, horário, conteúdo, imagens e até filmes, tudo descrito pelo Tabelião, cujas declarações do que ocorreu diante dele ter fé-pública, agrega fortíssima carga de convencimento à prova exibida em juízo, transferindo o ônus da prova à outra parte, o que particularmente em nossa atividade profissional (advocacia) vem sendo muito útil, eis que admitido judicialmente e raras vezes questionado o fato pela parte contrária.

Assim, é possível transformar a informação no ambiente virtual em prova, desde que o notário, portador de fé-pública, descrever o que consta na página objeto do litígio.

CONCLUSÃO

A prova no processo civil é essencial para possibilitar o julgamento através da reconstrução dos fatos, formando, desta maneira, a certeza do magistrado. Considerando que a simples argumentação nunca pode ser fundamento para o convencimento, o julgador deve realizar uma análise profunda dos elementos trazidos ao processo, no que tange não só ao seu conteúdo, mas também quanto à sua forma.

O problema existente na modernidade, em se tratando do mundo virtual, é a inexistência da ética nos meios eletrônicos. O que se busca é o imediatismo, tanto no que se refere à informação quanto aos bens de consumo. Com a velocidade exercida em tais meios, não se tornou possível conceber e concretizar regras de conduta que possibilitariam impedir atos nocivos aos usuários.

Por uma questão de justiça, quando alegado em juízo um dano ocorrido na internet, a parte lesada, ao tentar comprovar o dano, utiliza quaisquer meios existentes e, em diversos casos, o julgador acolhe o pedido sem a observância dos requisitos formais e materiais dos documentos e das provas.

O princípio da livre persuasão racional é aplicado apenas ao conteúdo da prova. Contudo, em relação aos requisitos de validade do negócio jurídico realizado, devem ser todos preenchidos, sob pena de não ser considerada a sua validade e, conseqüentemente, não será possível obter a reparação do dano.

Sobre às provas eletrônicas, estas também estão submetidas aos princípios constitucionais e aos requisitos dispostos pela lei. O Código de Processo Civil admite a sua produção (art. 413, art. 422, § 1º e art. 439 ao art. 441), inclusive conferindo presunção de veracidade relativa às fotografias produzidas por meios digitais.

Contudo, quando é necessária a produção de provas sobre determinado negócio jurídico que foi elaborado e concretizado por meio eletrônico, deverá ser comprovado o consentimento exarado no documento, tendo em vista se tratar de requisito de validade, nos termos do art. 104 do Código Civil.

Para tanto, é obrigatório que o documento esteja devidamente assinado, nos termos da Medida Provisória 2.200/2001, ou seja, através da assinatura eletrônica pela chave ICP-Brasil. Esta assinatura eletrônica confere uma codificação ao documento que pode ser verificada a sua autenticidade. Qualquer alteração acarretará na invalidação da assinatura.

Recentemente, o documento eletrônico foi conceituado pelo Decreto n. 8.539/2015, que regulamenta o processo administrativo eletrônico no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. A lei dispõe que o documento digital é uma informação registrada e codificada em dígitos binários, acessível e interpretável por meio de computador, conforme o art. 2º do Decreto mencionado.

O Decreto diferenciou o documento nato-digital do documento digitalizado. O primeiro é aquele criado originariamente em meio eletrônico através de programas de computador ou aparelhos eletrônicos. Já o documento digitalizado é aquele obtido a partir da conversão de um documento não digital, gerando uma fiel representação em código digital. Em ambos os casos o documento possuirá validade, desde que estejam

preenchidos os requisitos do negócio jurídico, principalmente quanto à manifestação de vontade.

Quanto ao valor probatório das provas eletrônicas, deve-se atentar para a facilidade na adulteração dos documentos. Os documentos elaborados eletronicamente necessitam da assinatura digital, a qual comprovará a manifestação de vontade dos signatários, bem como a sua validade.

Caso as provas eletrônicas não possuam tais requisitos, o §3º, do art. 422 do novo Código de Processo Civil, dispõe que o juiz julgará livremente, conforme a sua convicção. Contudo, ao considerar a assinatura como requisito essencial de qualquer negócio jurídico, não deverá a prova ser aceita, uma vez que a manifestação de vontade não estará presente, salvo se ratificado pelas partes em juízo. Por isso, o documento eletrônico que não possuir os mesmos requisitos do negócio jurídico, deve ser tratado como indício e não como prova.

O mesmo se dá quanto à utilização de e-mails como provas. O e-mail nada mais é do que uma correspondência eletrônica. Porém, a fraude é facilitada pela ausência de segurança dos servidores. Caso não seja ratificado pelas partes em juízo, o documento não poderá ser válido.

Quanto à ata notarial, esta foi regulamentada como meio de prova, conforme disposto no art. 384 do Código de Processo Civil. Tem por função comprovar os fatos ocorridos na presença do tabelião de notas, conferindo segurança jurídica ao magistrado para avaliar e julgar fatos jurídicos ocorridos por meios eletrônicos. É uma forma pela qual confere segurança jurídica sobre a existência de determinado fato, considerando que, qualquer publicação realizada no mundo digital, pode ser criada e eliminada a qualquer tempo.

Considerando, portanto, a falha na segurança dos meios

digitais, a legislação escassa dispõe de meios para validar os documentos eletrônicos. Uma vez desconsiderados os requisitos de validade do documento e da sua produção, estes não poderão ser admitidos em juízo, salvo se ratificados pelas partes. Caso qualquer documento seja aceito pelo magistrado sem a ratificação, poderá ocorrer um julgamento injusto e arbitrário, tendo em vista a invalidade das provas apresentadas.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Tomás. **Suma teológica**. São Paulo: Loyola, 2003.

ARISTÓTELES. **Metafísica**, 2. ed. São Paulo: Edipro, 2012. (Livro IV).

BRASIL. **Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015**. Dispõe sobre o uso do meio eletrônico para a realização do processo administrativo no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8539.htm>. Acesso em: 2 mar. 2017.

BRASIL. **Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001**. Institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, transforma o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/antigas_2001/2200-2.htm>. Acesso em: 2 mar. 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na constituição federal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PLATÃO. **A república**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. **Diálogos II: górgias (ou da retórica), eutidemo (ou da disputa), hípias maior (ou do belo), hípias menor (ou do falso)**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2016.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Forense, 2015. v. 1.

Como citar: RAFFUL, Leonardo José. RAFFUL, Ana Cristina. Prova eletrônica. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 12, n. 2, p. 48-76, ago. 2017. DOI: 10.5433/1980-511X.2017v12n2p48

Recebido em: 14/06/2016

Aprovado em: 08/05/2017