

Maria Izabella Gullo Antonio Luiz

A Prova Obtida Por Meio Eletrônico

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da PUC-PR como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Econômico e Social.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier

Curitiba
Outubro de 2003

Maria Izabella Gullo Antonio Luiz

A Prova Obtida Por Meio Eletrônico

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da PUC-PR.

Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier

Orientador

Prof. Dr. Eduardo Augusto Salomão Cambi

Convidado

Prof. Antônio Carlos Efig

Membro

Curitiba, 10 de outubro de 2003

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da autora, do orientador e da universidade.

Maria Izabella Gullo Antonio Luiz

Graduou-se em Direito na PUC-Rio em 1996. Em 1999 fez o Curso de Aperfeiçoamento para o Ingresso na Carreira do Ministério Público na FEMPAR – Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná. cursou, em 2000, Especialização em Direito Processual Civil na PUC-PR, tendo ingressado no Mestrado em Direito Econômico e Social na mesma universidade em 2001. Já no mestrado, integrou o grupo de pesquisa coordenado pelo professor Dr. Luiz Rodrigues Wambier, *Tutela dos direitos fundamentais em juízo: individual e coletiva*, onde realizou pesquisa sobre o direito de acesso à justiça como onda de renovação do Direito.

Ficha Catalográfica

Antonio Luiz, Maria Izabella Gullo

A prova obtida por meio eletrônico/ Maria Izabella Gullo Antonio Luiz; orientador: Luiz Rodrigues Wambier. – Curitiba: PUC, Pós-Graduação *Stricto Sensu*, 2003.

v., 168f.: il.; 29,7cm

1. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Pós-Graduação *Stricto Sensu*.

Inclui referências bibliográficas.

1. Direito – dissertação. 2. Processo Civil. 3. Prova. 4. Documento eletrônico. I. Wambier, Luiz R. (Luiz Rodrigues). II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-Graduação *Stricto Sensu*. III. Título.

Para os meus queridíssimos e amados pais,
Decio e Maria Luiza, pelo incentivo,
apoio, carinho, amor e compreensão nos
meus momentos difíceis e,
principalmente, por acreditarem em
mim.

Agradecimentos

Ao meu orientador, Professor Dr. Luiz Rodrigues Wambier.

À PUC-PR, pelo ano de bolsa, em especial ao Professor Dr. Marés.

Aos meus pais, novamente, pelo incentivo.

À minha família barulhenta pelos momentos de paz.

À Eva pela ajuda sempre que solicitada.

A minha amiga Martine por cuidar dos nossos interesses na minha ausência, trabalhando por duas.

Ao colega, Leonardo Tessler, pelas preciosas dicas.

A todos que de alguma maneira contribuíram comigo.

Resumo

Antonio Luiz, Maria Izabella Gullo; Wambier, Luiz Rodrigues. **A prova obtida por meio eletrônico**. Curitiba, 2003, 168p. Dissertação de Mestrado – Pós-Graduação *Stricto Sensu*, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

A prova obtida por meio eletrônico é um importante instrumento colocado, atualmente, à disposição do litigante em processo judicial. O avanço tecnológico característico da era da informação, permite o acesso a uma série de facilidades proporcionadas pela informática. Essas facilidades são de suma importância para o comércio eletrônico, bem como para todos os atos jurídicos praticados *online*. A presente dissertação procura trazer a importância da prova para o resultado do processo, delineando os caminhos a serem percorridos por quem pretende fazer uso do documento eletrônico. Um desses caminhos é a criptografia assimétrica, que garante a confiabilidade, vale dizer, autenticidade e integridade do documento eletrônico.

Palavras-chave

Direito; Direito processual; processo civil; prova; documento eletrônico.

Abstract

Antonio Luiz, Maria Izabella Gullo; Wambier, Luiz Rodrigues (Advisor). **The electronic evidence**. Curitiba, 2003, 168p. MSc Dissertation – Pós-Graduação *Stricto Sensu*, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

The evidence collected through the internet is an important tool currently available to any litigant in a lawsuit. The technological development characteristic of the communication era, provides us access to several computerized facilities. These facilities are extremely important to the online market, as well as to all acts of law that take place online. The present dissertation aims at accounting for the importance of the evidence to the lawsuit outcome, tracing the paths to be taken by those who intend to make use of the electronic document. The Public Key Cryptography is one of the ways to be explored for it assures reliability, that is to say, the authenticity and integrity of the electronic document.

Keywords

Law; civil procedure; evidence; electronic document.

SUMÁRIO

1. Introdução	10
2. Breve histórico sobre a era da informação	12
2.1. Dos computadores à Internet	16
3. Teoria Geral das Provas	20
3.1. Conceito de prova	25
3.2. Meios de prova	29
3.2.1. Indícios e presunções como meio de prova	30
3.3. Finalidade da prova	34
3.4. Objeto da prova	37
3.5. Ônus da prova	42
3.5.1 A inversão do ônus da prova	46
3.6. Princípios aplicados às provas	50
3.6.1. Princípios constitucionais	53
3.6.2. Princípios processuais	54
3.7. Valoração da prova	56
3.8. Atividade do juiz na instrução: os poderes instrutórios do juiz	59
3.9. Classificação das provas: tipos de prova	62
3.10. A prova no novo Código Civil – Lei nº 10.406/2002	63
4. Prova documental	69
4.1. Conceito de documento	69
4.2. Classificação de documento	73
4.3. Autenticidade, subscrição e validade do documento	74
4.4. Momento de produção da prova documental	81
4.5. Documento Eletrônico	83

4.5.1. Legislação sobre documento eletrônico: pátria e de direito comparado	91
4.6. Confiabilidade do documento eletrônico	97
4.7. O documento eletrônico nos Tribunais Brasileiros	102
5. Recursos tecnológicos capazes de imprimir segurança ao documento eletrônico	107
5.1. Criptografia: histórico e conceito	110
5.2. Criptografia simétrica	113
5.3. Criptografia assimétrica	114
5.3.1. Assinatura digital	118
5.3.2. A certificação eletrônica	122
6. Conclusão	128
Glossário	136
Referências Bibliográficas	139
Anexo: Projeto de Lei nº 1.589/1999	151

1

Introdução

Nosso interesse pelo tema foi despertado a partir da disciplina ministrada pelo professor Mairan Gonçalves Maia Júnior, *O direito à prova no contexto do acesso à justiça*, em que nos propusemos a fazer, como trabalho final, um estudo sobre a prova obtida por meio eletrônico. Concluído o trabalho, sentimos que ainda havia muito a pesquisar, razão pela qual fizemos do assunto tema para nossa dissertação.

Como o Direito, lamentavelmente, nem sempre se modifica com a mesma velocidade que as relações sociais que pretende regular, inexistente, até o presente momento, qualquer previsão legal tratando das intensas trocas ocorridas no âmbito digital. Nessa exata medida, deparamo-nos com a prova obtida por meio eletrônico, entendida aqui como aquela prova, vale dizer aquele documento, cujo aporte seja eletrônico e a possibilidade de sua utilização no Processo Civil.

A ausência de regulamentação a respeito do assunto, melhor dizendo, de previsão legal para a utilização da prova obtida por meio eletrônico, gera muitas dúvidas com relação a sua confiabilidade, autenticidade, proveniência e integridade.

A presente pesquisa tem por objetivo analisar o posicionamento doutrinário bem como os projetos de lei a respeito do assunto, dentro dos quais destacamos o que, a nosso ver, melhor disciplina a matéria, o Projeto de Lei nº 1.589/1999. Traremos ainda, na medida do possível, a jurisprudência correlata, a fim de que possamos propor e reiterar critérios eficazes o suficiente para garantir a segurança de dados armazenados eletronicamente, tornando viável a utilização da prova obtida por meio eletrônico no processo.

Iniciaremos, assim, a presente dissertação com um capítulo introdutório em que trataremos da passagem da era industrial para a era da informação, era em que vivemos, para, em seguida, fazermos um breve histórico sobre o surgimento da Internet.

Nos dois capítulos seguintes, faremos um estudo sobre a prova, abordando a teoria geral das provas (terceiro capítulo) e, na seqüência, tratando da teoria da prova documental (quarto capítulo), para, então, conceituarmos o documento eletrônico, assim como os requisitos a serem observados para sua utilização como prova no processo civil.

No quinto capítulo abordaremos os recursos tecnológicos capazes de imprimir segurança ao documento eletrônico, dentre eles, o que mais interessa ao presente estudo, a criptografia assimétrica.

Por fim, teremos as notas de cunho conclusivo referentes ao estudo feito ao longo da presente dissertação.

2

Breve histórico sobre a era da informação: a vida digital

O avanço tecnológico dos últimos vinte anos certamente contribuiu para a democratização do acesso às facilidades oferecidas pela informática. Assim, mais e mais pessoas possuem em casa computador, os chamados PCs (*Personal Computer*), dotados de uma enorme variedade de recursos, dentre eles o acesso à rede mundial de computadores, a saber, a Internet.

Vivemos, com isso, uma época de intensa troca de informações a uma incrível velocidade, constatação que acaba por nos fazer reavaliar nossa idéia de tempo e espaço.

Desse modo, em que pese essa reavaliação, é fato que a passagem de uma era para a seguinte é algo que não se dá de maneira abrupta.

Entretanto, acreditamos ser possível afirmar que a passagem da era industrial, caracterizada pelos meios de produção em massa, dentre outras coisas, para a era da informação deu-se de maneira mais veloz.

É o que o professor do *Massachusetts Institute of Technology* (MIT), Nicholas Negroponte¹, chama de mudança dos átomos para os bits, a qual, segundo ele, é irrevogável, não havendo o que e nem como detê-la².

Ilustrando a diferença entre átomos e bits³, ele esclarece que átomos são, por exemplo, os livros; enquanto que os bits⁴ representam a transmissão de informações.

A informática vem evoluindo de tal maneira que o custo de acesso a todo esse aparato tecnológico, leia-se computadores, vem sendo reduzido consideravelmente. Com isso, vivemos um processo de democratização do acesso

¹ O professor Nicholas Negroponte é reconhecido como uma das mentes mais brilhantes do mundo da informática. É também um dos fundadores do Media Lab (laboratório de multimeios do Massachusetts Institute of Technology, também chamado de MIT).

² NEGROPONTE, N. *A vida digital*, p. 10.

³ *Bit* é a forma reduzida de *binary digit* que é a menor unidade de informação armazenada em um computador. Representa um estado de *ligado* ou *desligado*.

aos recursos tecnológicos, típico da chamada era da informação.

Assim, a queda do custo propicia também mais investimento no “aperfeiçoamento da facilidade de interação”⁵ entre o computador e o usuário.

Nicholas Negroponte salienta em seu livro que em 1972 havia 150 mil computadores mundo afora, sendo que dentro de cinco anos⁶ a empresa Intel, fabricante de circuitos integrados⁷, espera produzir 100 milhões de chips⁸ por ano, o que, na opinião do autor, representa um raciocínio por demais modesto.

O referido autor não pára por aí. Ainda nesse capítulo do livro, ele faz uma analogia que nos pareceu bastante pertinente. Segundo ele, há trinta anos atrás, utilizar um computador seria o mesmo que “dirigir um módulo lunar”⁹, tarefa para poucos gênios, especialistas “na parafernália necessária para pilotar”¹⁰ tais máquinas.

Dessa maneira, é possível notar que, há alguns anos atrás, o futuro e toda a evolução tecnológica a ele inerente tinha um quê de odisséia espacial, sonho alimentado fundamentalmente pelos filmes de ficção científica.

Com isso, temos, segundo Nicholas Negroponte, uma acirrada discussão sobre a transição da era industrial para a da informação, também denominada por ele de pós-industrial, inviabilizadora, em muito, da noção de que já vivemos em uma era da pós-informação.

Isso porque, conforme demonstra, durante a era da informação os meios de comunicação em massa conseguiram tornar-se maiores e menores ao mesmo tempo. Explicamos melhor.

Maiores pelas transmissões televisivas a um grande número de

⁴ Um bit, segundo o autor, “... não tem cor, tamanho ou peso e é capaz de viajar à velocidade da luz. Ele é o menor elemento atômico no DNA da informação.” Op. cit., p. 19.

⁵ NEGROPONTE, N., op. cit., p. 89.

⁶ Levando-se em consideração que o livro está em sua segunda edição, que data de 1995 e que foi escrito, portanto, em data anterior a 1995, esse dado pode não ser muito preciso, referindo-se, possivelmente ao ano de 2000. Entretanto, achamos por oportuno trazê-lo ao presente trabalho a título de ilustração e com o intuito de se demonstrar a proporção a que crescem os dados quando se trata de informática, barateamento dos custos a ela relativos e democratização do acesso à tecnologia nova.

⁷ Circuitos integrados representam a montagem de transistores e resistores em um chip de cristal silício ou outro material.

⁸ *Chip* é um circuito integrado. “Uma unidade semicondutora microscópica composta de transistores interconectados e outros componentes eletrônicos que, em conjunto, compõem a memória de qualquer computador.” GENNARI, M. C., *Minidicionário de informática*, p. 64.

⁹ NEGROPONTE, N., op. cit., p. 90.

¹⁰ *Ibid.*, p. 90.

espectadores¹¹ e menores pela especialização da informação em que se tem, por exemplo, revistas destinadas a um dado público mais reduzido, obviamente.

Já na era da pós-informação o que tem é um público de uma única pessoa. É a caracterização, na opinião do referido autor, do ser digital, ou seja, “uma unidade demográfica composta de uma só pessoa”¹².

Essa era da pós-informação caracteriza-se, portanto, pela personalização do serviço prestado pelos meios de comunicação.

Será ainda um momento em que as barreiras geográficas serão derrubadas, pois a vida digital prescindirá do indivíduo em um determinado lugar e em um dado horário, devido às facilidades a que terá acesso. Uma dessas facilidades, conforme nos ensina o autor, é a possibilidade de se trabalhar em sua própria casa, o que, certamente, constitui uma grande comodidade.

Em seguida, afirma Nicholas Negroponte que a vida digital, ou seja, a era da pós-informação representará um “ser assíncrono”. Ser assíncrono¹³, segundo ele, pressupõe a ausência de sincronismo, isto é, não haverá simultaneidade em uma conversa ou troca de informação.

Para entendermos melhor, explica o autor, que uma conversa telefônica implica em ser síncrono, duas pessoas fazendo algo ao mesmo tempo, ou seja, em tempo real, exatamente o oposto do que ele propõe para a vida digital.

A vida digital, portanto, nos oferece o conforto de dispensar, ou pelo menos de utilizar menos, a comunicação em tempo real, haja vista, por exemplo, um dos maiores atrativos da evolução da informática, o correio eletrônico. Esse, conforme nos ensina o autor, representa um instrumento assíncrono por excelência, pois alguém pode enviar uma mensagem para outra pessoa em um determinado horário, sem que o destinatário tenha de necessariamente estar em sua casa, em seu trabalho e quiçá em seu país, para recebê-la¹⁴. E mais, o

¹¹ É o que acontece com os canais por assinatura, cuja programação é transmitida via satélite. É o que se chama de *broadcasting* (transmissão).

¹² NEGROPONTE, N., op. cit., p. 158.

¹³ Assíncrono apresenta a seguinte definição no dicionário Novo Aurélio: “que não ocorre, ou não se processa, em sincronia com algum evento ou processo, ou segundo uma taxa constante em relação a determinada referência.” FERREIRA, A. B. de H. *Novo aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*, p. 215.

¹⁴ Achamos por oportuno transcrever uma interessante previsão que Nicholas Negroponte faz sobre o correio eletrônico: “É grande a probabilidade de, no próximo milênio, o correio eletrônico (...) vir a ser o veículo predominante nas telecomunicações interpessoais, alcançando – quando não eclipsando – a voz, e isso já dentro dos próximos quinze anos. Todos nós o estaremos utilizando, contanto que aprendamos algumas regras de decoro digital.” Op. cit., p. 182.

destinatário poderá até mesmo filtrar as mensagens que lhe forem encaminhadas, o que representa, desde já, uma enorme vantagem sobre as conversas em tempo real.¹⁵

Notamos, dessa maneira, que a vida digital já é uma realidade presente em nosso cotidiano, ainda que com vantagens, todas a que nos referimos ao longo do presente capítulo, e desvantagens. Essas últimas, conforme prevê Nicholas Negroponte consistiriam no desrespeito à propriedade intelectual, na invasão de privacidade, na pirataria de software, na apropriação indevida de dados e, a pior delas, o aumento do desemprego.

Contudo, é exatamente como realidade inexorável que a vida digital traz quatro características importantes, enumeradas por Nicholas Negroponte, a saber, a descentralização, a globalização, a harmonização e a capacitação.

A descentralização manifesta-se no comércio e na indústria de informática, onde inexistirá um sistema central de gerenciamento da informação. Isso significa que o poder de gerenciar essa nova vida será exercido de forma pulverizada, envolvendo, portanto, várias empresas ao mesmo tempo, empresas essas que deverão ser capazes de na solução dos mais complexos problemas relativos à informática e que, igualmente, deverão atender tanto às necessidades do indivíduo como de um grupo de pessoas.

A globalização caracteriza-se, segundo ele, pela diminuição gradativa do papel do Estado em nossas vidas. Isso porque a “... tecnologia digital pode vir a ser uma força natural a conduzir as pessoas para um maior harmonia mundial.”¹⁶

A harmonização diz respeito a algo que já testemunhamos, ou seja, a cooperação constante entre empresas, o que dá ensejo a uma linguagem comum, a qual, por sua vez, derruba fronteiras.

Por fim, a capacitação, a nosso ver a mais otimista de todas as características da vida digital. Essa será responsável pela maior mobilidade do indivíduo na vida moderna, o que certamente lhe propiciará significativas mudanças, para melhor, é claro.

O acesso a um sem número de facilidades, recursos e, principalmente,

¹⁵ Esclarecemos que o autor não faz apologia ao fim da comunicação em tempo real, ele apenas traz as vantagens e facilidades da vida digital. Tanto é assim que mais adiante na obra citada, mais especificamente na página 169, ele salienta que há quatro meios eletrônicos que chegam às nossas casas, a saber, o telefone, o cabo, o satélite e a radiodifusão.

¹⁶ NEGROPONTE, N., op. cit., p. 218.

informação transformarão, e já transformam, nossas vidas considerável e inexoravelmente.

2.1.

Dos computadores à Internet

Até agora estudamos a vida digital propriamente dita, sem contudo, nos preocuparmos com o grande responsável, a grande estrela da era da informação, o computador.

Assim perguntamos: como ele surgiu ?

Salienta Ricardo Alcântara Pereira¹⁷ que a evolução que fez surgir a vida digital conforme a vemos hoje iniciou-se há 400 anos atrás, com o desenvolvimento da chamada matemática computacional. Isso ocorreu em 1623, conforme salienta o autor, com estudos feitos por Sir Francis Bacon.

O primeiro computador digital teve seu projeto de construção iniciado em 1943 e foi batizado de *ENIAC – Eletric Numerical Integrator and Calculator*. Esse computador foi idealizado para fazer cálculos de artilharia durante a Segunda Guerra Mundial, mas só foi concluído em 1946, em tempos de paz, portanto.

Desse modo, foi já em tempos de paz que o *ENIAC*¹⁸ foi utilizado em sua plenitude, proporcionando significativo avanço tecnológico à humanidade.

Ricardo Alcântara Pereira faz uma observação, em nosso sentir, muito relevante:

“Desde a Antigüidade, contudo, a história mostra que as guerras, algumas vezes, proporcionaram grandes inovações tecnológicas que, depois, em tempos de paz, de forma paradoxal, mas compensatória, tiveram aplicações, com grande proveito, no desenvolvimento e bem-estar da humanidade.”¹⁹

O próximo computador, agora denominado *EDVAC – Eletronic*

¹⁷ PEREIRA, R. A. Breve introdução ao mundo digital. In: OPICE BLUM, R. (coord). *Direito eletrônico – a internet e os tribunais*, p. 23-34.

¹⁸ Esse primeiro computador apresentava características, em nossa opinião, interessantíssimas: tinha 18.000 válvulas, ocupava uma sala de 9 X 30 metros, pesava 30 toneladas. E não pára por aí, seu funcionamento demandava a presença de 200 pessoas que chegavam a levar um dia inteiro para que operasse com capacidade plena. Dados do artigo de Ricardo Alcântara Pereira, acima citado, p. 25.

¹⁹ PEREIRA, R. A., op. cit., p. 25.

Discrete Variable Computer, foi projetado em 1947 por John Von Neuman, um matemático húngaro.

Somente em 1951, com a criação do chamado *UNIVAC I*, é que se tem um computador com utilidade comercial e não mais para fins puramente militares. O *UNIVAC I* foi utilizado no censo populacional ocorrido naquele ano nos Estados Unidos da América.

Já em 1959 temos um importante avanço no campo da computação. Nesse ano dois americanos, Jack Kilby e Robert Noyce²⁰, criaram o primeiro circuito integrado, onde os “... transistores e resistores são impressos num chassi.”²¹ Com isso, surgem os rádios a pilha, os quais tiveram grande aceitação na época, devido ao fato de representarem uma ótima novidade e comodidade.

À essa altura estamos em plena Guerra Fria, onde a corrida pela liderança no campo da tecnologia acirrou os ânimos das duas grandes potências que a protagonizam, a saber, Estados Unidos e União Soviética.

A necessidade de se ter algo que viabilizasse a manutenção da comunicação entre os órgãos do governo americano, mesmo em caso de bombardeios²², fez com que fosse criada uma agência para estudar o problema, a denominada *ARPA – Advanced Research Projects Agency*.

A idéia era de que uma mensagem chegaria seguramente ao seu destino, se seguisse de forma fragmentada, por diferentes rotas, isto é, diferentes cabos e seria equacionada já no destino, como se faz com um quebra-cabeça²³.

Eis aqui, portanto, a nosso ver, a raiz da Internet.

Assim, em 1968 o objetivo, a comunicação percorrendo um caminho em forma de rede, torna-se viável pela criação da *ARPANET – Advanced Research Projects Agency Network*. Essa apresentava quatro computadores conectados, sendo três na Califórnia (Universidades de Standford, Berkeley e

²⁰ Conforme ressalta Ricardo Alcântara Pereira em seu artigo, esses dois cientista uniram-se mais tarde a Gordon Moore e outros dois sócios e fundaram a empresa Intel, “... hoje a maior indústria de *chips* do mundo.” p. 26.

²¹ PEREIRA, R. A., op. cit., p. 25.

²² Lembremo-nos que a ameaça aqui era a bomba atômica.

²³ Conforme explica Ricardo Alcântara Pereira “... a estratégia da Rede descentralizada era a seguinte: se algum lugar se tornasse inviolável, hipoteticamente, um nó da Rede, situado num computador localizado numa Washington D.C. destruída por ataque nuclear, o pacote passaria a trafegar por uma outra rota alternativa à da capital americana para chegar a outro nó, por exemplo, um computador situado no Alasca, e por ele, e mais outros, em outros locais, iria encontrar-se com os outros pacotes que estavam fazendo a mesma operação, por outros lugares, para refazer, na íntegra, no destino final, a mensagem enviada. Em suma, se parte da rede caísse, o resto deveria se manter funcionando. Interessante, não?”. Op. cit., p. 27.

UCLA) e um na Universidade de Utah.

A partir daí a comunidade acadêmica passou a ter acesso a essa comunicação em rede, leia-se correio eletrônico. Todavia, o grande avanço nessa comunicação em rede deu-se em 1974 com o surgimento dos protocolos *TCP – Transmission Control Protocol* e o *IP – Internet Protocol*.

Esses protocolos permitiram que o número de conexões passassem para a casa dos 4 bilhões, o que, conforme esclarece Ricardo Alcântara Pereira “... se tornaram a linguagem universal do que mais tarde veio a se chamar *Internet*.”²⁴

Em 1990 a ARPANET sofre uma divisão, sendo criada a MILNET para atividades militares e a NSFNET para atividades acadêmicas. É exatamente aqui que surge o que conhecemos hoje por Internet, porém ainda com um número modesto de usuários.²⁵

Contudo, nada disso teria sido possível não fosse pela evolução tecnológica que fez, já desde o início dos anos 70, com que os computadores fossem diminuindo de tamanho e até mesmo de complexidade. É o que Ricardo Alcântara Pereira chama de “... microminiaturização do potencial incrível da computação ...”²⁶, quando o cérebro do computador, cuja função é interpretar e executar os comandos dados pelo usuário, passou a ter o tamanho de uma unha.

Com isso, temos um dado interessante: o investimento nas pesquisas que viabilizaram a redução do tamanho dos computadores foi de tal ordem que em 1981, mais precisamente em 12 de agosto desse ano, surge o paradigmático IBM *Personal Computer*, responsável pela popularização não só da Internet em si, como do jargão *PC*²⁷.

Sendo assim, temos de um lado a Internet, uma nova realidade a ser vivenciada e, do outro, o veículo capaz de nos conduzir nesta jornada. Isso porque, o computador mais acessível ao cidadão comum, ou seja, a democratização das facilidades oferecidas pela informática, impulsionou-nos definitivamente para vida digital.

A Internet revolucionou sobremaneira a comunicação em termos

²⁴ PEREIRA, R. A., op. cit., p. 28.

²⁵ Conforme nos ensina Ricardo Alcântara Pereira, havia 1.500 sub-redes e 250 mil *hosts*. Op. cit., p. 29.

²⁶ PEREIRA, R. A., op. cit., p. 29.

²⁷ *PC* é a abreviação de *personal computer* termo que passou a significar não somente o modelo lançado pela IBM, empresa do ramo de informática, como aquele conceito de computador que se tem em casa, com inúmeros recursos, dentre eles, o acesso à Internet.

mundiais, devido ao que José de Oliveira Ascensão chamou de “caráter atrativo”, responsável pelo fato de “... os destinatários nela se empenhassem e adestrassem, e por outro lado, ficassem dependentes deste modo de comunicação.”²⁸ É exatamente por isso, que, em sua opinião, com a qual concordamos, a Internet é um poderoso instrumento para a realização de negócios.

Segundo Nicholas Negroponte, a grande aplicação da Internet²⁹ é o correio eletrônico³⁰, também chamado de *e-mail*³¹, que veio a promover uma maior integração entre as pessoas, criando o que ele chamou de “... um tecido social inteiramente novo e global.”³²

Acrescentaríamos ao correio eletrônico algo que tem nos feito recorrer constantemente à Internet, seu incrível potencial como instrumento de pesquisa³³. É comum, atualmente, utilizar a Internet como uma imensa biblioteca à disposição de todos, cujo acervo engloba os mais variados assuntos e, melhor, nas mais variadas línguas.

²⁸ ASCENSÃO, J. de O., *Direito da internet e da sociedade da informação*, p. 69.

²⁹ Para ele a Internet “... é interessante não apenas por ser uma vasta e onipresente rede global, mas também como um exemplo de algo que se desenvolveu sem a presença de um projetista de plantão e que manteve um formato muito parecido com aquele dos patos voando em formação: inexistente um comando e, até agora, todas as suas peças se ajustam de modo admirável.” NEGROPONTE, N., op. cit., p. 173.

³⁰ NEGROPONTE, N., op. cit., p. 175.

³¹ *E-mail* do inglês *eletronic mail*, cuja tradução é correio eletrônico. Utiliza-se o termo e-mail tanto para a mensagem que se envia pela rede mundial de computadores (Internet) como o endereço para onde se envia as referidas mensagens.

³² NEGROPONTE, N., op. cit., p. 175.

³³ Já há até *sites*, no caso um *site* jurídico, oferecendo cursos sobre como pesquisar na Internet, como por exemplo o *Curso Prático em Metodologia da Pesquisa Jurídica na Internet*, disponível em: <<http://www.cadejur.com.br/html/atual/noticias.asp?id=362>>, acesso em 07 junho 2003.

3

Teoria geral das provas

A prova, conforme bem salienta Moacyr Amaral Santos³⁴, surge na medida em que o homem começa a organizar-se em sociedade, ainda que de maneira rudimentar, sendo certo que a história da prova caminha de mãos dadas com a própria história do homem. Afirma para tanto que “das épocas mais remotas à era contemporânea, a prova vem acompanhando, no espaço, os avanços e recuos dos povos, a evolução da civilização.”³⁵

Essa sociedade rudimentar já se utiliza da prova judiciária, aqui entendida como aquela “... com caráter de meio para se chegar a concluir por uma decisão.”³⁶ E é nessa época de organizações rudimentares que o homem, mesmo tendo em mente os mais variados interesses voltados para sua formação, está subjulgado a uma “força superior e intangível”³⁷, que garante a vida em comum, qual seja, a religião.

Com isso, notamos que a prova tem sua origem atrelada também à religião, muito em função do fato de que lei e religião, nos primórdios da vida em sociedade, confundem-se. Desse modo, conforme nos explica Moacyr Amaral Santos, “... a lei era a própria religião e esta influiu decisivamente sobre a conduta dos homens e da própria coletividade...” – o que o faz concluir que “... nada mais natural e explicável tivesse a religião atuação imperativa nas decisões dos litígios entre os particulares ou entre êstes e a sociedade.”³⁸

Utiliza-se, assim, o homem integrante dessa sociedade primitivamente organizada dos chamados *juízos de Deus*, que são frutos da crença de que a

³⁴ SANTOS, M. A., *Prova judiciária no cível e comercial*, p. 23 et. seq.

³⁵ *Ibid.*, p. 23.

³⁶ *Ibid.*, p. 23.

³⁷ *Ibid.*, p. 23.

³⁸ *Ibid.*, p. 24.

verdade que ele não conseguia descobrir raciocinando, haveria de descobrir por outros meios, meios estes que transcendiam “... à própria razão.”³⁹

Juntamente com os juízos de Deus, também chamados de *ordálias*, que resumem a “... crença de que Deus não deixaria de sustentar o direito do inocente”, havia o *juramento*, o qual se baseava “... no pressuposto de que ninguém se atreveria a tomar Deus como testemunha de uma falsidade.”⁴⁰

As ordálias tiveram aplicação amplamente difundida, o que fez com que sua utilização perdurasse por um bom tempo, sendo as modalidades mais conhecidas, de acordo com a lição de Moacyr Amaral Santos⁴¹, as que passaremos a tratar abaixo.

A *prova pela sorte*, utilizada pelos povos germanos, consistia em um sorteio feito com sete pessoas quando se ignorava a autoria de um crime de homicídio, as quais prestavam juramento. Em seguida tirava-se a sorte, um sacerdote ou um menino, com dois pedaços de madeira, um liso e o outro com uma cruz. Se saísse a cruz todos eram absolvidos, enquanto que se saísse o pedaço liso, procedia-se novo sorteio, agora com sete pedacinhos de madeira com os nomes dos acusados, sendo considerado culpado aquele cujo nome fosse sorteado.⁴²

A *prova pelo fogo* apresentava várias modalidades, dentre elas a de passar entre duas sarças vestindo uma camisa embebida em cera, ou ainda encostar a língua em ferro quente.⁴³

Na *prova pela água fervendo*, utilizada no sistema probatório longobardo-franco, o litigante tinha de retirar do fundo de uma caldeira de água fervendo objetos que lá foram depositados. Após a prova, suas mãos eram enfaixadas para serem examinadas três dias, quando, para ser inocentado, suas mãos não poderiam apresentar qualquer sinal de queimadura.⁴⁴

A *prova pela água fria*, igualmente utilizada no sistema longobardo-franco, também apresentava mais de uma modalidade. Uma delas consistia em atirar o acusado na água com pés e mãos atados, sendo considerado inocente

³⁹ Ibid., p. 24.

⁴⁰ Ibid., p. 24.

⁴¹ Ibid., p. 26 et. seq.

⁴² Ibid., p. 26.

⁴³ Ibid., p. 26.

⁴⁴ Ibid., p. 26-27.

aquele que afundasse, pois se boiasse implicaria em culpa, razão pela qual fora rejeitado pela água.⁴⁵

Na *prova pelo cadáver*, a nosso ver extremamente bizarra, o acusado era levado à presença do cadáver, onde prestava juramento de sua inocência com os dedos sobre a ferida ou o umbigo da vítima. Se esta voltasse a sangrar, o acusado era tido como culpado. Dada a peculiaridade dessa prova, só era possível realizá-la algumas horas após o crime.⁴⁶

A *prova pela cruz* era realizada de maneira que os litigantes ficassem de braços abertos, como se crucificados, diante de uma cruz, enquanto se rezava o Evangelho. Aquele que primeiro desistisse, deixando cair os braços, era tido como o culpado.⁴⁷

Na *prova do pão e queijo* o acusado deveria ingerir “... certa quantidade de pão e queijo, ficando demonstrada a sua culpabilidade se não o conseguia.”⁴⁸

Na *prova pela caldeira pendente* o acusado suspendia uma caldeira de água e pronunciava determinadas orações, sendo considerado culpado se a água viesse a agitar-se e a caldeira a virar.⁴⁹

A *prova do pão bento* resumia a prática do acusado apanhar um pão bento “... se era culpado, o pão devia fazer um movimento de ondulação; caso contrário, estava provada a inocência.”⁵⁰

A *prova pelas serpentes* consistia em jogar o acusado no meio das serpentes, onde sair ileso representava sua inocência, pois elas só morderiam os criminosos.⁵¹

Havia, por conseguinte, conforme nos ensina Moacyr Amaral Santos⁵², três espécies de provas divinas: as ordálias; os juramentos e o duelo.

Na medida em que as referidas provas foram caindo em desuso, ou melhor, abolidas, outros meios de provas tomaram seus lugares. Referimo-nos à prova testemunhal, a qual foi acompanhada pela prova literal, esta última resultado da descoberta da escrita.⁵³ Explica-nos Moacyr Amaral Santos que

⁴⁵ Ibid., p. 27.

⁴⁶ Ibid., p. 27-28.

⁴⁷ Ibid., p. 28.

⁴⁸ Ibid., p. 28.

⁴⁹ Ibid., p. 28.

⁵⁰ Ibid., p. 28.

⁵¹ Ibid., p. 29.

⁵² Ibid., p.29.

⁵³ Ibid., p.38 a 40.

“... se, a princípio e por muito tempo, a prova testemunhal prevaleceu sobre a literal, porque esta mais significava pelas testemunhas que a abonavam do que pela forma de que se revestia, com o progresso e a disseminação da arte de escrever, com a instituição dos tabeliães, com a marcha da civilização, enfim, a prova literal foi se impondo àquela.”⁵⁴

É, contudo, somente no século XV que o direito probatório estabeleceu-se como tal, aperfeiçoando-se de maneira que perdurou no direito contemporâneo.⁵⁵

Notamos, assim, que o estudo da prova é de grande relevância para o Direito Processual Civil. Essa relevância é facilmente notada quando nos damos conta da concepção publicista do processo⁵⁶, bem como da raiz constitucional do instituto da prova.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 representa um marco para a ciência processual, na medida em que “... a tendência de publicização do direito processual civil fica bastante perceptível a partir da estruturação axiológica e normativa que a Constituição confere ao processo.”⁵⁷ Deu ensejo, portanto, ao surgimento do denominado direito constitucional processual⁵⁸, onde as normas, já consideradas de ordem pública, têm previsão tanto no Código de Processo Civil como na própria Constituição.

Importante aqui ressaltarmos, com relação à prova, que quanto mais fielmente se consegue reconstituir os fatos, aqueles que deram ensejo à demanda, tanto melhor será o resultado que advirá do processo.

⁵⁴ Ibid., p. 41.

⁵⁵ Ibid., p. 43.

⁵⁶ Uma vez constatado que a relação jurídica processual dissocia-se da de direito processual, tem-se o estudo do direito processual como ramo autônomo do Direito. Presta-se, por via de consequência, o direito processual a tutelar os direitos subjetivos pelo processo, legitimando o Estado-juiz para mediar os conflitos.

A partir disso, temos a concepção publicista do processo, segundo a qual o processo deixaria de ser visto como uma conversa entre duas partes e passaria a tutelar uma ordem superior, representada por princípios e valores, tais como o bem comum, que, por sua vez, se sobrepõe ao interesse das partes. CAMBI, E., *Direito constitucional à prova no processo civil*, p. 91-93.

⁵⁷ CAMBI, E., op. cit., p. 93.

⁵⁸ Para Eduardo Cambi “... ‘direito constitucional processual’ não se refere a um ramo autônomo do direito processual, mas apenas a um ponto de vista metodológico e sistemático pelo qual se pode analisar o processo em suas conexões com a Constituição. A relação entre a Constituição e o direito processual pode ser percebida tanto pela ótica da *jurisdição constitucional*, disciplinada, sobretudo, no capítulo da Constituição referente ao Poder Judiciário, que cuida da organização, competência e garantias dos órgãos da jurisdição, quanto no que se denomina *tutela constitucional do processo*.” CAMBI, E., op. cit., p. 102.

Cabe, portanto, ao litigante desincumbir-se dessa tarefa de modo mais satisfatório possível, na medida em que isso representará um aumento significativo na probabilidade de se ter uma decisão favorável.

E não é só isso.

Segundo José Carlos Barbosa Moreira, é de suma importância para a justiça da decisão que os fatos sejam reconstituídos, ou melhor, provados, da melhor maneira possível. Afirma para tanto o seguinte:

“... só por meio das provas tem o juiz acesso ao conhecimento dos fatos, e facilmente se concluirá que, ao menos em princípio, a probabilidade de atingir-se uma decisão justa cresce na razão direta do rendimento dos mecanismos probatórios. Quanto mais abundantes e mais seguros subsídios se puderem obter das provas, tanto menor a margem de erro a que ficará sujeito o órgão judicial, na hora de sentenciar.”⁵⁹

Temos assim o que Cândido Rangel Dinamarco chamou de “imperativos do próprio interesse”⁶⁰, que representam os inúmeros ônus⁶¹ de que deve desincumbir-se a parte ao longo do procedimento.

Não falaremos aqui sobre o ônus da prova, tendo em vista o fato de que o assunto será tratado em item próprio no presente trabalho, contudo, não podemos deixar de ressaltar que a parte tem sim esse ônus, o chamado ônus processual de provar o que alega⁶² e que a distribuição do ônus da prova é fruto da aplicação do princípio dispositivo⁶³.

Salientamos ainda que não raro ocorre de se ter a aplicação de princípios, em um primeiro momento, opostos, melhor dizendo, contraditórios entre si, em uma mesma situação. É o que acontece com o referido princípio

⁵⁹ BARBOSA MOREIRA, J. C., *Alguns problemas atuais da prova civil*, p. 122.

⁶⁰ DINAMARCO, C. R., *A instrumentalidade do processo*, p. 201.

⁶¹ Ônus processual, segundo Cândido Rangel Dinamarco, “... são encargos ou ‘pesos’ postos sobre as partes para a realização de atos de sua própria conveniência, referem-se a *atos causativos ou indutivos*.” Op. cit., p. 202.

⁶² Esse ônus encontra-se definido no artigo 333 do Código de Processo Civil:

“Art. 333 – O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único – É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I – recair sobre direito indisponível da parte;

II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.”

⁶³ Princípio dispositivo “... é aquele segundo o qual cabe à parte, isto é, àquele que se diz titular do direito que deve ser protegido, colocar em movimento a máquina estatal (isto é, a estrutura do Poder Judiciário), para que dela obtenha uma concreta solução quanto à parcela da controvérsia, ou do conflito (a essa parcela se denomina lide) trazida à juízo.” WAMBIER, L. R.; ALMEIDA, F. R. C. de.; TALAMINI, E., *Curso avançado de processo civil*, p. 68.

dispositivo, cuja atuação, vem à tona, por exemplo, com a distribuição do ônus da prova e o princípio do impulso oficial, segundo o qual o processo é instaurado pela parte, porém seguirá seus trâmites impulsionado pelo juiz⁶⁴.

O assunto será, contudo, visto mais detalhadamente quando tratarmos do ônus da prova e da atividade do juiz na instrução processual, nos respectivos itens.

3.1.

Conceito de prova

O termo prova tem sua origem no Latim *probatio* que significa verificação, exame, inspeção.

A prova, de um modo geral, tem seu conceito atrelado “... à idéia de reconstrução (pesquisa) de um fato.”⁶⁵ Com isso, é possível notar que há um quê de passado no conceito de prova, uma vez que se destina a comprovar algo já ocorrido. Podemos dizer que esse é um conceito elaborado a partir da função que ela desempenha no processo.

Além desse sentido, a prova também pode ser analisada de um ponto de vista mais filosófico, conforme uma das tentativas de conceituação trazidas por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁶⁶. Para eles, “... tem-se que a prova pode resumir-se em um aspecto argumentativo-retórico, apto a justificar a escolha de uma das teses apresentadas pelas partes no processo.”

Continuando a tarefa de conceituar prova, os autores acima citados acabam por concluí-la a partir da natureza da prova, afirmando para tanto o seguinte:

“A prova, em direito processual, é todo meio retórico, regulado pela lei, e dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo Direito e de critérios racionais, convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnações, feitas no processo.”⁶⁷

⁶⁴ É o que dispõe o artigo 262 do Código de Processo Civil, vejamos:

“Art. 262 – O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial.”

⁶⁵ MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C., *Comentários ao código de processo civil*, p. 69.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 72.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 72.

A partir da definição acima podemos identificar três características apontadas pelos autores, típicas da prova: é o estabelecimento do diálogo entre as partes e o Estado-juiz; tem regulamentação prescrita em lei e serve ao convencimento do juiz.

Dito isso, resta-nos ainda apresentar um conceito que leve em conta o que a prova representa para a parte. É o conceito trazido por Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini⁶⁸, para quem a prova é “... o instrumento processual adequado a levar ao conhecimento do juiz os fatos que envolvem a relação jurídica objeto da atuação jurisdicional.”

Francesco Carnelutti ao conceituar a prova faz uma observação que nos parece extremamente pertinente: ele diz que há dois sentidos para a prova, um deles é o sentido usual, chamado por ele de sentido da linguagem comum, e o outro é o sentido jurídico do termo.

Em sentido comum, afirma ele, prova significa “... comprovação da verdade de uma proposição...”⁶⁹ enquanto que para o Direito provar “... não quer dizer demonstrar já a verdade dos fatos discutidos, e sim *determinar ou fixar formalmente os mesmos fatos mediante procedimentos determinados*.”⁷⁰

É, todavia, quando tenta apresentar a sutileza entre o resultado da atividade probatória e a atividade em si, que o autor italiano, a nosso ver, denota um grande diferencial. Diz para tanto o seguinte:

“... a *prova* deve diferenciar-se do *procedimento utilizado* para a verificação da proposição (afirmada); a distinção surge de maneira clara do exemplo da operação aritmética: a *prova* (do resultado) de uma operação se faz *mediante outra operação*, que é a operação de prova. Assim, a *prova* da afirmação acerca da existência de um mesmo fato; o *conhecimento* não é a prova, porém *dá* a prova da afirmação.”⁷¹

João Batista Lopes⁷² antes de apresentar seu conceito de prova faz a ressalva de que a parte, ao propor uma demanda, pode basear-se em fatos e na norma jurídica, somente em fatos ou somente na norma jurídica. Quando a

⁶⁸ WAMBIER, L. R.; ALMEIDA, F. R. C. de.; TALAMINI, E., *Curso avançado de processo civil*, p. 473.

⁶⁹ CARNELUTTI, F., *A prova civil*, p. 67.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 72.

⁷¹ *Ibid.*, p. 67.

⁷² LOPES, J. B., *A prova no direito processual civil*, p. 25 et. seq.

pretensão deduzida em juízo tiver fulcro somente na norma jurídica, não haverá atividade probatória no processo devido à máxima de que o juiz deve conhecer o ordenamento jurídico, cabendo a ele resolver a questão posta em juízo, logo após a fase postulatória.⁷³

Por outro lado, quando a demanda tiver como base fatos (somente eles ou fatos e a lei), esses deverão ser comprovados. É exatamente a partir dessa atividade da parte, que João Batista Lopes de Oliveira conceitua a prova. Para ele “à demonstração dos fatos (ou melhor, das alegações sobre fatos) é que se dá o nome de prova, ...”.⁷⁴

Humberto Theodoro Júnior apresenta um conceito de prova que se subdivide em dois aspectos: o aspecto objetivo e o aspecto subjetivo. Desenvolve o conceito da seguinte forma:

“a) um *objetivo*, isto é, como instrumento ou o meio hábil para demonstrar a existência de um fato (os documentos, as testemunhas, a perícia etc.);
b) e outro sentido *subjetivo*, que é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado.”⁷⁵

Moacyr Amaral Santos conceitua a prova levando em consideração seu efeito, ou, segundo a doutrina de Humberto Theodoro Júnior, o sentido subjetivo do conceito de prova, a saber a convicção do julgador. Sendo assim, para ele prova é a “... convicção sobre os fatos alegados em Juízo ...”.⁷⁶

Vicente Greco Filho define a prova de modo bem resumido, alegando para tanto ser prova “... todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém.”⁷⁷

Conceito que nos cativou pela singeleza e propriedade é o apresentado por Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. Para eles a prova “... constitui, pois, o instrumento por meio do qual

⁷³ Ocorrerá aqui o chamado julgamento antecipado da lide, conforme prevê o artigo 330 do Código de Processo Civil, vejamos:

“Art. 330 – O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

I – quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;

II – quando ocorrer a revelia (art. 319).”

⁷⁴ LOPES, J. B., op. cit., p. 25.

⁷⁵ THEODORO JÚNIOR, H., *Curso de direito processual civil*, vol. I, p. 412.

⁷⁶ SANTOS, M. A., *Prova judiciária no cível e comercial*, p. 17.

⁷⁷ GRECO FILHO, V., *Direito processual civil brasileiro*, 2^o vol., p. 193-4.

se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo.”⁷⁸

Analisando o conceito acima temos, desde já, a delimitação do objeto de prova que são os fatos controvertidos. Entretanto, estudaremos o assunto com mais vagar em item próprio no presente trabalho.

Arruda Alvim é um autor que conceitua a prova a partir de sua finalidade e das implicações da atividade probatória. Nessa esteira tira a seguinte conclusão:

“Examinando o que seria(m) o(s) conceito(s) jurídico de prova (*rectius*, ‘meio[s] de prova’), concluímos que consiste(m) naqueles meios, definidos pelo Direito ou contidos por compreensão num sistema jurídico (v. arts. 332 e 366), como idôneos a convencer (prova como ‘resultado’) o juiz da ocorrência de determinados fatos, isto é, da verdade de determinados fatos, os quais vieram ao processo em decorrência de atividade, principalmente dos litigantes (prova como ‘atividade’).”^{79 80}

Jean Carlos Dias traz em seu conceito de prova interessantes implicações no que diz respeito ao desenrolar da fase instrutória no processo, consignando que a prova representa “... a tentativa de demonstração objetiva dos fatos controvertidos com a intenção de facultar ao juiz a formação de uma hipótese razoável que possa ser adotada como suporte fático para a formulação de uma decisão.”⁸¹

Finalizando o conceito de prova, sentimos que a melhor definição, em nossa opinião, como já afirmamos, é a definição apresentada pelos mestres Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, dada a simplicidade com que aborda o que há de mais significativo no instituto.

⁷⁸ CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMRICO, C. R., *Teoria geral do processo*, p. 352.

⁷⁹ ARRUDA ALVIM, *Manual de direito processual civil*, p. 440.

⁸⁰ Achamos oportuno transcrever o conteúdo dos artigos citados na definição de Arruda Alvim: “Art. 332 – Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.”

“Art. 366 – Quando a lei exigir, como substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta.”

3.2.

Meios de prova

Cabe-nos, aqui, inicialmente, fazer uma breve distinção entre o que acabamos de conceituar como prova e o chamado *meio de prova*. Meios de prova, segundo a lição de Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini⁸², “... são as diversas modalidades pelas quais a ocorrência dos fatos chegam ao conhecimento do juiz.”

Os meios de prova resumem o veículo de que se vale a parte para formar a opinião, vale dizer, convencimento do juiz. Sendo assim, parece-nos que não se coaduna com nossa realidade, portanto, a definição de meio de prova feita por Francesco Carnelutti⁸³, segundo a qual o meio de prova representaria a atividade desempenhada pelo juiz na busca da verdade sobre os fatos que serão objeto de prova.

São meios de prova aqueles previstos no Código de Processo Civil, a saber: o depoimento pessoal, a confissão, a exibição de documento ou coisa, o documento, o testemunho, a perícia e a inspeção judicial.

Todos esses meios são chamados pela doutrina de provas típicas, em virtude de sua previsão específica no Código de Processo Civil. Entretanto, os meios de prova não se esgotam por aí, tendo em vista o disposto no artigo 332 da lei processual⁸⁴, trazendo uma previsão mais genérica para os meios de prova, autorização legal para as denominadas provas atípicas.

Quando se afirma que uma prova é atípica, a única coisa que se pode inferir disso é que não se trata de nenhuma daquelas expressamente previstas, o que nos leva a crer que a classificação entre típica e atípica ocorrerá por meio de um raciocínio excludente.

⁸¹ DIAS, J. C., *A dimensão jurídica da prova e sua valoração no moderno estudo do processo civil*, p. 87-88.

⁸² WAMBIER, L. R.; ALMEIDA, F. R. C. de.; TALAMINI, E., op. cit., p. 473.

⁸³ Afirma para tanto o seguinte: “... chamo por minha conta *meio de prova* a atividade do juiz mediante a qual busca a verdade do fato a provar, e *fonte de prova* ao fato do qual se serve para deduzir a própria verdade ...” Op. cit., p. 99.

⁸⁴ “Art. 332 – Todos os meios legais, bom como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.”

Na opinião de José Carlos Barbosa Moreira⁸⁵ a nossa lei processual esgota todas as possibilidades de aquisição de conhecimento sobre os fatos relevantes para o processo, quais sejam, pessoas, coisas e fenômenos materiais. Com isso, quis o autor dizer que, na verdade, a prova atípica consiste sobretudo em se colher diversamente, porém daquelas mesma fontes, a prova, afirmando para tanto que o que muda “... é a maneira pela qual o juiz tem acesso a essa fonte, e então procura retirar dela conhecimentos úteis ao esclarecimento dos fatos relevantes.”⁸⁶

Muito perspicaz, assim, foi, a nosso ver, o legislador por não fazer uma previsão taxativa, leia-se exaustiva, dos meios de prova. Demonstrou, com isso, uma visão de futuro, sobretudo no que diz respeito ao que o avanço tecnológico pode nos proporcionar, haja vista o tema da presente dissertação .

Feito isso, cabe-nos apenas diferenciar os conceitos de prova e meio de prova do que os doutrinadores Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini denominam *conteúdo* da prova. Para eles, conteúdo da prova seria “... o resultado que o meio produz, ou seja, o conhecimento que o juiz passa a ter dos fatos, porque lhe foram levados pelo meio.”⁸⁷

3.2.1.

Indícios e presunções como meio de prova

⁸⁵ BARBOSA MOREIRA, J. C., *Provas atípicas*, p. 114 et. seq.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 115.

⁸⁷ WAMBIER, L. R.; ALMEIDA, F. R. C. de.; TALAMINI, E., *op. cit.*, p. 473.

Muito se discute na doutrina sobre a natureza dos indícios e das presunções: seriam eles meios de prova ?

Para alguns seriam, sim, meios de prova, já para outros não. Sucede que independentemente de serem considerados os indícios e as presunções como meio de prova ou não, de um modo geral são tidos como prova indireta, não obstante a ausência de previsão no Código de Processo Civil de 1973, o qual não manteve o disposto no diploma legal anterior (Código de Processo Civil de 1939).

Partiremos da premissa de que são, de fato, meio de prova⁸⁸ para, em seguida, apresentarmos seus respectivos conceitos.

Os indícios são tidos por João Batista Lopes como “... sinais, vestígios ou circunstâncias que, isoladamente, são insuficientes para demonstrar a verdade de uma alegação.”⁸⁹

Vicente Greco Filho⁹⁰ define indício como “... toda circunstância de fato da qual se pode extrair a convicção da existência do fato principal.” Explicando melhor, diz que os indícios são “... como fatos não principais dos quais se vai extrair (ou se pretende extrair) a convicção da existência do fato constitutivo.”

Por fim, temos ainda a definição de Custódio da Piedade Ubaldino Miranda para quem os indícios são “... como vestígio, sinal, índice...”⁹¹ que funcionariam como fatos auxiliares (indiciários), os quais constituem verdadeira prova em 2º grau.

As definições que trouxemos, de uma forma ou de outra, caminham numa mesma direção, razão pela qual somos levados a concluir que os indícios são sinais (auxiliares) a serem analisados dentro de dadas circunstâncias, a fim de produzirem um determinado efeito desejado, qual seja, a formação de juízo sobre algo que não se encontra propriamente comprovado nos autos.

⁸⁸ É o que se infere, por exemplo, a partir da leitura do artigo 212 do novo Código Civil (Lei n.º 10.406/2002), vejamos:

“Art. 212 – Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante:

I - confissão;

II - documento;

III - testemunha;

IV - *presunção*;

V - perícia.” (grifamos)

⁸⁹ LOPES, J. B., op. cit., p. 66.

⁹⁰ GRECO FILHO, V., op. cit., p. 208.

⁹¹ MIRANDA, C. da P. U., *Indícios e presunções como meio de prova*, p. 53.

E como se dá a formação desse juízo ?

Responderemos tratando das presunções.

Presunções são “... raciocínios, deduções...”⁹², não constituindo, portanto, na opinião de João Batista Lopes meio de prova.

As presunções representam, assim, o raciocínio do juiz que, a partir de um fato provado, presume a existência de outro, este último verdadeiramente importante para a pretensão deduzida em juízo.

Moacyr Amaral Santos explica-nos que o indício provoca uma operação mental capaz de conduzir , no caso do juiz, a um fato desconhecido “... como causa ou efeito daquele”, conseqüentemente “o resultado positivo dessa operação será uma *presunção*.”⁹³

A verdadeira dimensão das presunções, em nossa opinião, encontra-se bem definida por Custódio da Piedade Ubaldino Miranda, para quem elas seriam “... as ilações que o julgador tira de um ou mais fatos conhecidos, desde que logicamente encadeados, numa relação de causalidade, para firmar um fato desconhecido.”⁹⁴

Sílvio de Salvo Venosa salienta que, apesar dos indícios e das presunções apresentarem valor probatório equivalente, não são a mesma coisa. Demonstra, portanto, a diferença entre ambos aduzindo o seguinte:

“O *indício* é o ponto de partida de onde, por inferência, chega-se a estabelecer uma presunção. É o caso de, ao se deparar com uma ponta de gelo no mar glacial, entender-se que é indício de um *iceberg*. Ou, no campo do Direito, quando se verifica que o agente vende bem por preço irrisório a um parente, estando assoberbado por dívidas, tal fato indicia que pode haver fraude contra credores. O *indício*, portanto, deve ser entendido como causa ou meio de se chegar a uma presunção, que é o resultado.”⁹⁵

De acordo com sua origem, as presunções serão tidas como *legais*, quando decorrente de disposição de lei, sendo certo que quem faz o raciocínio aqui é o legislador e a lei estabelece a presunção, ou *simples*⁹⁶, quando resultado

⁹² LOPES, J. B., op. cit., p. 66.

⁹³ SANTOS, M. A., *Primeiras linhas de direito processual civil*, 2º vol., p. 495.

⁹⁴ MIRANDA, C. da P. U., op. cit., p. 53. Complementando sua definição, afirma que as presunções são “... ilações que o julgador tira de um ou mais fatos conhecidos para firmar um fato desconhecido desde que, encadeados logicamente, numa relação de causalidade, mediante ligações estabelecidas entre uns e outros fatos de acordo com as máximas de experiência.” Op. cit., p. 54.

⁹⁵ VENOSA, S. de S., *Direito civil: parte geral*, p. 564.

⁹⁶ Também são denominadas *comuns* ou de *homem*.

do raciocínio do juiz. Esta última, segundo Moacyr Amaral Santos, para que seja feita é preciso que se respeite uma condição, vale dizer, é preciso que “... o fato base, auxiliar, indiciante, o *indício*, enfim, *esteja provado*, o que não importa excluir que a sua prova resulte de outra presunção.”⁹⁷

Como presunção legal temos, por exemplo, o comando dos artigos 322 e *caput* do 324⁹⁸, ambos do novo Código Civil (Lei n°10.406/2002), que tratam do pagamento (e prova deste) das obrigações.

Explicando a estrutura da presunção legal, Moacyr Amaral Santos esclarece o seguinte:

“Por ser legal, a presunção não deixa de ser uma presunção, e, portanto constituída de três elementos: 1°, o fato conhecido; 2°, o fato desconhecido; 3°, o nexo de causalidade entre o fato conhecido e o fato desconhecido. O fato desconhecido é havido como provado pela lei, que também tem como reconhecido e preestabelecido o nexo de causalidade, mas isto e aquilo somente se verificam quando quem invoca a presunção faça provado o fato do qual ela emana, isto é, o fato conhecido. Por outras palavras, não há lugar para uma presunção legal senão quando haja prova do fato do qual ela se deduz.”⁹⁹

Interessante disposição traz o novo Código Civil em seu artigo 230¹⁰⁰, vedando as presunções simples nos casos em que a lei excluir a prova testemunhal. O dispositivo refere-se, parece-nos, ao artigo 227, também do novo Código Civil, o qual, por sua vez traz previsão idêntica a do artigo 401 do Código de Processo Civil¹⁰¹, vedando a prova exclusivamente testemunhal para contratos que não excedam um décuplo do salário mínimo vigente à época da celebração do negócio.

⁹⁷ SANTOS, M. A., *Primeiras linhas de direito processual civil*, 2° vol., p. 501. Continuando seu raciocínio, ainda na mesma página, nos explica o autor que a importância das presunções simples fica evidenciada quando se trata de provar “estados do espírito”, tais como boa-fé, má-fé, e as “intenções” quando da celebração dos negócios jurídicos.

⁹⁸ “Art. 322 – Quando o pagamento for em quotas periódicas, a quitação da última estabelece, até prova em contrário, a *presunção* de estarem solvidas as anteriores.” (grifamos)

“Art. 324 – A entrega do título ao devedor firma a *presunção* do pagamento.” (grifamos)

⁹⁹ SANTOS, M. A., *Comentários ao código de processo civil*, v. IV, p. 40.

¹⁰⁰ “Art. 230 – As presunções, que não as legais, não se admitem nos casos em que a lei exclui a prova testemunhal.”

¹⁰¹ “Art. 227 – Salvo os casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados.”

“Art. 401 – A prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados.”

As presunções legais podem ser classificadas em absolutas, mistas e condicionais, conforme nos ensina Moacyr Amaral Santos¹⁰². As absolutas (também chamadas de presunção *juris et de jure*) constituem as presunções que não admitem prova em contrário; as condicionais ou relativas como a denominam outros doutrinadores (também chamadas de *juris tantum*), por outro lado, admitem prova em contrário e as mistas representam as presunções que só admitem em contrário uma determinada prova prevista em lei.

Vicente Greco Filho¹⁰³ ao tratar da matéria, baseando-se na subdivisão das presunções legais feita por Moacyr Amaral Santos, faz uma crítica a este, a nosso ver, extremamente pertinente. Diz ele que não há uma categoria lógica entre o absoluto e o relativo; pois, o que não é absoluto só pode ser relativo, havendo, sim, graus de relatividade.

Dessa maneira, para Vicente Greco Filho, melhor seria classificar as presunções legais somente em absolutas e relativas, sendo que estas subdividir-se-iam em “... presunções relativas de contraprova livre e presunções relativas de contraprova vinculada ou determinada (estas últimas seriam as ‘mistas’).”¹⁰⁴ Aquelas representariam, segundo a classificação de Moacyr Amaral Santos, as presunções legais condicionais (relativas) e estas as presunções legais mistas.

Por derradeiro, cabe-nos fazer menção à crítica de João Batista Lopes¹⁰⁵, no sentido de que o artigo 319 do Código de Processo Civil¹⁰⁶ não traz uma presunção legal. Segundo ele, trata-se apenas de uma consequência prevista pelo legislador para a hipótese de ausência de contestação, tendo em vista o fato de que o autor poderá ter feito alegações absurdas, impassíveis de serem aceitas, isto é, tidas como verdadeiras, as quais não terão o condão de levar à procedência do pedido por ele formulado.

Parece-nos que a previsão do referido artigo é, efetivamente, uma presunção legal relativa, vale dizer, uma presunção que admite prova em contrário, a qual deve ser entendida dentro do sistema processual como um todo.

¹⁰² SANTOS, M. A., *Primeiras linhas ...*, 2° vol., p. 498.

¹⁰³ GRECO FILHO, V., op. cit., p. 209.

¹⁰⁴ Ibid., p. 209.

¹⁰⁵ LOPES, J. B., op. cit., p. 67.

¹⁰⁶ “Art. 319 – Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.”

É nesse sentido o comando contido no artigo 320 do Código de Processo Civil¹⁰⁷, comando este que tempera a regra do artigo 319.

3.3.

Finalidade da prova

O estudo sobre o conceito de prova é necessário para que se compreenda sua finalidade. A prova tem como finalidade, antes de mais nada, atestar a ocorrência de fatos pretéritos. Entretanto não é só, há muito mais.

A prova destina-se a formar a convicção do magistrado, sendo ele, por isso, denominado o destinatário da prova. A parte não produz a prova para si, ela o faz para embasar sua pretensão e, portanto, convencer o juiz de seu direito. Em virtude disso, podemos afirmar com segurança que “... o interesse em provar consiste no interesse de dirigir ao juiz a prova, pois é a este que cabe a solução jurídica adequada, a partir do conhecimento que tiver dos fatos.”¹⁰⁸

Com isso, entendemos melhor o princípio da identidade física do juiz¹⁰⁹, segundo o qual aquele que presidiu toda a colheita das provas, deverá, preferencialmente, proferir a sentença. Isso porque, as impressões (pessoais) por ele obtidas durante a atividade probatória da parte são de suma importância para a formação de sua convicção.

Constatado que o juiz é o destinatário da prova, em outras palavras, a finalidade desta é formar o convencimento daquele, temos uma interessante e relevante implicação: ao juiz, conforme leciona Humberto Theodoro Júnior, “... só é lícito julgar segundo o alegado e provado nos autos.”¹¹⁰ Daí porque dizemos que o que não está nos autos, não está no mundo.

¹⁰⁷ “Art. 320 – A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente:

I – se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação;

II – se o litígio versar sobre direitos indisponíveis;

III – se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público, que a lei considere indispensável à prova do ato.”

¹⁰⁸ WAMBIER, L. R.; ALMEIDA, F. R. C. de.; TALAMINI, E., op. cit., p. 475.

¹⁰⁹ Princípio consagrado no *caput* do artigo 132 do Código de Processo Civil. Vejamos:

“Art. 132 – O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.”

¹¹⁰ THEODORO JÚNIOR, H., op. cit., p. 415.

Eduardo Cambi ao tratar do que ele chama de funções da prova faz uma interessante observação, no sentido de que a prova apresenta duas funções, a saber, uma interna e outra externa. Afirma para tanto que:

“A primeira refere-se à *cognição*, isto é, a prova é um instrumento adequado à reconstrução dos fatos no processo, a fim de permitir que, após a discussão e a compreensão dos fatos necessários ao julgamento da causa, o juiz possa formar a sua convicção. Por outro lado, a prova cumpre, ainda, uma função externa, estando voltada à legitimação social do exercício do poder jurisdicional.”¹¹¹

Nessa mesma esteira, complementa o autor sua opinião aduzindo que para que as duas funções se dêem efetivamente, é preciso que se tenha um sistema probatório orientado para a busca da verdade e para a realização da justiça da decisão.

Observemos que *verdade* aqui é, de fato, uma mera representação dos fatos ocorridos, os quais, por sua vez, servem de base para a pretensão deduzida em juízo. Isso porque, conforme bem salientado por Jean Carlos Dias “... o processo não produz a verdade, mas apenas *representações parciais dos fatos*.”¹¹²

É por isso que a doutrina utiliza-se dos termos verdade real e verdade formal ou processual para designar aquela a verdade propriamente dita e esta a reconstituição parcial da verdade feita no curso de um processo.

Segundo Jean Carlos Dias, nenhuma das duas pode ser chamada de verdade¹¹³, porque “... não representam integralmente os fatos.”¹¹⁴

Importante notarmos que a preocupação do autor tem motivo nobre, principalmente quando estamos diante da produção de prova testemunhal. Ora é sabido que o ser humano ao presenciar um fato e registrá-lo em sua memória, o faz levando em conta uma série de fatores, dentre eles os culturais, o que, de plano, inviabiliza uma reconstituição fidelíssima do ocorrido.

Parece-nos válido, assim, transcrever aqui o que Jean Carlos Dias¹¹⁵ diz ser a finalidade da prova. Para ele “... a finalidade da prova é demonstrar o que *provavelmente* ocorreu, isto é, quais são *provavelmente* os fatos.”¹¹⁶

¹¹¹ CAMBI, E., op. cit., p. 57.

¹¹² DIAS, J. C., op. cit., p. 89.

¹¹³ Segundo o autor “... a verdade é um valor intelectual absoluto quando se refere (qualifica) a ocorrências fáticas; ...”. Op. cit., p. 88. Daí porque defende a intangibilidade da verdade como valor intelectual absoluto por meio da atividade probatória.

¹¹⁴ DIAS, J. C., op. cit., p. 90.

Pensamos que, de fato, a prova cumpre seu papel no processo, na medida em que contribui para a formação do convencimento do juiz, sendo essa, portanto, sua grande finalidade, em que pese a constatação de que o juízo formado tenha como supedâneo uma aproximação, uma probabilidade.

¹¹⁵ Para ele há uma impropriedade do artigo 332 do Código de Processo Civil ao apontar a prova como o instrumento de obtenção da “verdade dos fatos, em que se funda a ação ou defesa.” Op. cit., p. 87 e ss.

¹¹⁶DIAS, J. C., op. cit., p. 91.

3.4.

Objeto da prova

Se definimos *prova* como o instrumento pelo qual a parte leva ao judiciário a comprovação dos fatos em que se baseia sua pretensão e estabelecemos sua finalidade como sendo a de formar a convicção do magistrado (Estado-juiz), resta-nos, portanto, delinear os contornos da atividade probatória, tratando do que vem a ser o seu objeto.

São, portanto, objeto da prova os fatos. A pergunta que fazemos é: que fatos deverão ser provados ?

É exatamente o que preceitua, ainda que *a contrario sensu*, o artigo 334 do Código de Processo Civil¹¹⁷ ao estabelecer que não precisam ser provados os fatos notórios, os fatos afirmados por uma parte e confessados pela outra, os fatos incontroversos e, por fim, os fatos legalmente presumidos como existentes ou verdadeiros.

Restam assim, por exclusão, para serem objeto da prova, os fatos controvertidos, dos quais trataremos após explicarmos cada um dos fatos que independem de prova.

Fatos *notórios* resumem aqueles que são de conhecimento geral e incontestes, tais como, datas históricas. Até aqui nenhuma polêmica, pois todos sabemos, por exemplo, que no dia 7 de setembro comemora-se o dia da independência.

Humberto Theodoro Júnior entende por notórios os fatos conhecidos dentro de um círculo social ou profissional¹¹⁸, enquanto que Vicente Greco Filho tem por bastante a notoriedade relativa, isto é, a regional e a do “pessoal do foro”, advertindo ainda que a notoriedade deverá também abranger o segundo grau de jurisdição, “... que em tese poderá julgar o recurso, sob pena de, futuramente, nascer dúvida sobre a sua existência.”¹¹⁹

¹¹⁷ “Art. 334 – Não dependem de prova os fatos:

I – notórios;

II – afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III – admitidos, no processo, como incontroversos;

IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.”

¹¹⁸ THEODORO JÚNIOR, H., op. cit., p. 414.

¹¹⁹ GRECO FILHO, V., op. cit., p. 195.

Parece-nos que a abrangência dos fatos notórios, leia-se de sua notoriedade, não há que ser infinita. É preciso que haja um divisor de águas, o qual, a nosso ver, será o conhecimento regional e/ou de fácil constatação¹²⁰.

Assim, pode acontecer do juiz, recém-chegado em determinada comarca, ainda não estar familiarizado com os hábitos locais. Contudo, caso possa facilmente se inteirar de determinado costume regional, parece-nos que estaremos diante de um fato notório.

O entendimento daquilo que sejam fatos *confessados*, a nosso ver, prescinde de maiores explicações, resumindo aqueles fatos que foram alegados por um dos litigantes e admitidos pelo outro. A confissão aqui poderá dar-se judicial ou extrajudicialmente, de maneira espontânea ou provocada¹²¹ e terá o condão de fazer prova contra o confitente. É o que se depreende do conteúdo do artigo 348 e *caput* dos artigos 349 e 350 do Código de Processo Civil¹²².

Fatos *incontroversos* resumem aqueles sobre os quais não há discórdia, ou seja, aqueles que ambos os lados, autor e réu, aceitam como ocorridos. É o que ocorre, por exemplo, em uma ação de guarda, quando a mãe ao apresentar a contestação não traz em sua defesa o fato do pai não ser o verdadeiro pai. Nesse caso, a paternidade será uma fato incontroverso.

¹²⁰ É nesse sentido a decisão que transcrevemos abaixo:

“Apelação Cível nº 598147494 – 17ª Câmara Cível – Santa Rosa
PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. PROVA. 1. FRAUDE À EXECUÇÃO.
CONJUGAÇÃO DE FATO NOTÓRIO COM AS MÁXIMAS DA EXPERIÊNCIA.
INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 334, INC. I, E 335, AMBOS DO CPC.

Tem-se como caracterizada a fraude à execução quando na mesma data da lavratura do auto de penhora ocorre a revenda do imóvel para terceiro, por preço irrisório, sem esquecer que já havia tutela executiva contra o devedor, cuja situação econômica já era comprometedor. Ademais impossível deixar de reconhecer que a transação derradeira serviu para dissimular o estratagem anterior.

2. CERCEAMENTO DE DEFESA.

Uma vez demonstrada a evidente desnecessidade da prova oral, ostenta-se adequado o julgamento conforme o estado do processo, ainda mais quando os fatos ficaram objetivamente demonstrados. *Os fatos qualificadores das partes, quando notórios no seio da comunidade, independem de outras provas. Apelação desprovida.*” (grifamos) *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*, n. 197, p. 279.

¹²¹ NERY JR., N. e NERY, R. M. A., *Código de processo civil comentado*, p. 840.

¹²² “Art. 348 – Há confissão, quando a parte admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário. A confissão é judicial ou extrajudicial.

Art. 349 – A confissão judicial pode ser espontânea ou provocada. Da confissão espontânea, tanto que requerida pela parte, se lavrará o respectivo termo nos autos; a confissão provocada constará do depoimento pessoal prestado pela parte.

Art. 350 – A confissão judicial faz prova contra o confitente, não prejudicando, todavia, os litisconsortes.”

Vicente Greco Filho¹²³ faz a ressalva de que o fato incontroverso poderá vir a ser objeto de prova, na hipótese em que o instrumento público for essencial à prova e forma do ato, uma vez que nesses casos, a admissão ou confissão não terão o condão de lhe suprir a falta, conforme estipula o artigo 366 do Código de Processo Civil.¹²⁴

Fatos sobre os quais incide a presunção legal de existentes ou verdadeiros igualmente não serão objeto de prova. Entretanto, a regra aqui comporta uma exceção.

Conforme já nos pronunciamos, há dois tipos de presunção legal: as que admitem prova em contrário e as que não admitem. Sendo assim, se se tratar de uma presunção legal absoluta (*juris et de juri*) não haverá contraprova capaz de desfazê-la, por outro lado, em se tratando de uma presunção legal relativa (*juris tantum*), será possível que se produza prova em contrário.

Há ainda outros fatos tidos, por construção doutrinária, como fatos que independem de prova. São eles: fatos irrelevantes, imprecisos (inconcludentes) e os fatos intuitivos.

Os fatos irrelevantes e imprecisos são fatos impassíveis de influir no resultado que advirá do processo, não tendo, portanto, implicações a serem levadas em conta.

Os fatos intuitivos ou evidentes são aqueles cuja verificação se dá uma vez que se constate determinados indícios. Eles representam fatos que ocorrem naturalmente na vida, sendo detectados pelo juiz com a simples aplicação das chamadas regras de experiência, “... tendo como certos aqueles fatos que a própria vida demonstra que acontecem, independentemente de estarem provados.”¹²⁵

Com isso, parece-nos válida a conclusão de Vicente Greco Filho no sentido de que “... objeto da prova, referida a determinado processo, são os fatos pertinentes, relevantes, controvertidos, não notórios e não submetidos a presunção legal.”¹²⁶ A esses acrescentamos, conforme nos ensina João Batista Lopes¹²⁷, os fatos precisos.

¹²³ GRECO FILHO, V., op. cit., p. 195.

¹²⁴ “Art. 366 – Quando a lei exigir, como substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta.”

¹²⁵ WAMBIER, L. R.; ALMEIDA, F. R. C. de.; TALAMINI, E., op. cit., p. 477.

¹²⁶ GRECO FILHO, V., op. cit., p. 196.

¹²⁷ LOPES, J. B., op. cit., p. 32.

Fatos *pertinentes* são aqueles fatos que possuem relação direta ou indireta com a causa posta em juízo (em uma ação em que se pleiteia uma indenização em virtude de acidente de carro, é pertinente averiguar a extensão dos danos provocados por ocasião do acidente)¹²⁸, enquanto que os fatos *relevantes* são aqueles que têm influência direta no julgamento da lide.

Fatos *precisos* ou *determinados* resumem os fatos que delimitam circunstâncias de suma importância para a causa. Segundo Moacyr Amaral Santos, são fatos “... apresentados com características suficientes que os distingam de outros que se lhe assemelham.”¹²⁹

Os fatos *controversos* ou *controvertidos* são os fatos afirmados por um dos litigantes e objeto de impugnação pela parte adversa. Poderá ocorrer do fato não ser impugnado especificamente pela parte contrária, ou seja, ser um fato incontroverso e, mesmo assim, ser objeto de prova. Isso acontece, conforme nos ensina Moacyr Amaral Santos, nas seguintes situações:

“a) quando reclamada pelo juiz, para o fim de formar com mais segurança o seu convencimento; b) ou quando a lide versar sobre direitos indisponíveis como nas ações de anulação de casamento; ou c) quando a lei exija que a prova do ato jurídico se revista de forma especial (prova da propriedade imobiliária, de direito real de garantia, do casamento, da separação, etc.).”¹³⁰

Notamos aqui que a terceira hipótese prevista por Moacyr Amaral Santos coaduna-se perfeitamente com a ressalva a que nos referimos supra de autoria de Vicente Greco Filho.

Os fatos *imorais*, ao contrário do que se possa pensar, poderão, sim, ser objeto da prova. Isso porque há casos em que sua comprovação será extremamente importante para o rumo do litígio, como, por exemplo, na hipótese de má-fé ou coação.

O que não se admite no Direito (aqui considerado como um todo, um sistema) é a parte que fizer prova do fato imoral beneficiar-se da própria torpeza. Assim o autor da coação jamais poderá fazer prova dela, cabendo essa prova, portanto, ao coagido.

¹²⁸ Ibid., p. 32-33.

¹²⁹ SANTOS, M. A., *Primeiras linhas...*, 2º vol., p. 337.

¹³⁰ Ibid., p. 335.

Fatos *negativos e negativa de fato* são coisas distintas. Este refere-se à hipótese em que o réu simplesmente nega a ocorrência de determinado fato, alegando que ele não ocorreu, oportunidade em que caberá ao autor fazer a prova de que o fato efetivamente se deu.

Já os fatos negativos que serão objeto da prova representam algo que, porque não aconteceu, a parte recorre ao judiciário. Sendo assim “... dessa inexistência é que se busca a consequência jurídica pretendida.”¹³¹

Todavia, para que essa prova não seja uma prova impossível, será necessário que se trate de um fato negativo definido, pois o fato negativo indefinido pressupõe uma universalidade incompatível com o nosso sistema probatório. É o que acontece se pretendermos provar que nunca estivemos em determinada cidade (fato negativo indefinido e, portanto, impossível de ser provado), ao passo que é possível provar que determinada obra de reparo contratada jamais foi realizada (fato negativo definido).

Excepcionalmente será necessário realizar a prova do direito, exatamente nos termos do artigo 337 do Código de Processo Civil¹³², na medida em que “o juiz é obrigado a conhecer o direito federal em caráter absoluto”¹³³ e não o direito estadual, municipal, estrangeiro ou consuetudinário, o que nos leva a crer que a Lei de Introdução ao Código Civil ao estabelecer, em seu artigo terceiro¹³⁴, que ninguém pode deixar de cumprir a lei alegando não conhecê-la, estava, na verdade, a referir-se à legislação federal, publicada na imprensa oficial.

¹³¹ WAMBIER, L. R.; ALMEIDA, F. R. C. de.; TALAMINI, E., op. cit., p. 482.

¹³² “Art. 337 – A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz.”

A prova será necessária somente quando a parte invocar a aplicação de direito estrangeiro, vejamos:

“EMENTA: - DIREITO ESTRANGEIRO. PROVA

I – Sendo caso de aplicação de direito estrangeiro, consoante as normas de Direito Internacional Privado, caberá ao Juiz fazê-lo, ainda de ofício. Não se poderá, entretanto, carregar à parte o ônus de trazer a prova de seu teor e vigência, salvo quando por ela invocado.

II – Não sendo viável produzir-se essa prova, como não pode o litígio ficar sem solução, o Juiz aplicará o direito nacional.”

Recurso Especial n. 254.544 – MG (2000.0033853-2)

Terceira Turma (DJ, 14.08.2000)

Relator: Min. Eduardo Ribeiro. *LEX-Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais*, n. 135, p. 239.

¹³³ GRECO FILHO, V., op. cit., p. 196.

¹³⁴ Art. 3º da LICC – “Ninguém se escusa de cumprir a lei alegando que não a conhece.”

Por fim, cabe-nos apenas fazer breve menção à prova ilícita, a qual é vedada por expressa disposição constitucional¹³⁵, regra analisada e temperada por duas das três correntes doutrinárias que tratam do assunto.¹³⁶

3.5.

Ônus da prova

O ônus da prova, conforme já tivemos a oportunidade de mencionar, encontra-se previsto no artigo 333 do Código de Processo Civil¹³⁷, o qual estabelece que caberá ao autor provar o fato constitutivo do seu direito e ao réu o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito daquele.

Antes de estudarmos essa repartição de tarefas, é preciso que tracemos os contornos do que vem a ser ônus. Então, perguntamos, o que significa exatamente *ônus* ?

Ônus, ao contrário da obrigação que se caracteriza pela subordinação de um interesse próprio ao interesse alheio, pressupõe a subordinação de um interesse próprio a outro, também próprio¹³⁸. Assim, o descumprimento de um ônus acarretará, porém não necessariamente, conseqüências negativas para o próprio possuidor do ônus, ou seja, as conseqüências dar-se-ão tão-somente em sua esfera. Além disso, a obrigação poderá, devido a sua tradução em valor, vir a ser convertida em pecúnia, ao passo que o ônus não.

¹³⁵ “Art. 5º - ...

LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;”

¹³⁶ São três as correntes: 1º) obstativa – inadmite qualquer prova obtida em contrariedade com as normas de direito material e processual; 2º) permissiva – admite a prova obtida por meio ilícito, por não considerar seu conteúdo eivado de ilicitude e 3º) intermediária – reza que a prova obtida por meio ilícito deverá ser aceita com reserva, sempre que o direito em jogo, por sua carga valorativa, implicar em tratamento diferenciado. WAMBIER, L. R.; ALMEIDA, F. R. C. de.; TALAMINI, E., op. cit., p. 482-483.

¹³⁷ “Art. 333 – O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único – É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I – recair sobre direito indisponível da parte;

II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.”

¹³⁸ LOPES, J. B., op. cit., p. 38.

Diferem, o ônus e a obrigação, do *dever*, na medida em que este apresenta um traço de perpetuidade¹³⁹, ao contrário daqueles que se esgotam em seu cumprimento.

Arruda Alvim subdivide o ônus em perfeito e imperfeito, salientando que do descumprimento deste surgirá possível, mas não necessariamente, uma conseqüência danosa, como quando, por exemplo, a parte não se desincumbe satisfatoriamente do ônus de provar um fato; porém, este fato acaba provado pelo outro litigante. Já aquele, em sendo descumprido, provocará necessariamente “... um conseqüência jurídica danosa.”¹⁴⁰ É o caso da parte que sucumbiu e não apresenta recurso, tendo de suportar os efeitos da sentença.

Despreocupado com a diferença entre ônus, dever e obrigação, assevera Moacyr Amaral Santos que a palavra ônus vem do latim *onus* e significa carga, fardo, peso, representando, portanto, *onus probandi* o “... *dever de provar*, no sentido de *necessidade de provar*” – e continua sua explicação, afirmando que se trata “... apenas de *dever* no sentido de interesse, necessidade de fornecer a prova destinada à formação da convicção do juiz quanto aos fatos alegados pelas partes.”¹⁴¹

Trata-se, segundo a lição de Eduardo Arruda Alvim, de equívoco falar em “... *dever de provar*”¹⁴², visto que estamos, em verdade, diante de um “... ônus probatório que, uma vez não atendido, deve acarretar conseqüências processuais negativas à parte que não o tiver observado, que se traduz no risco de perder a demanda.”¹⁴³

Para Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery não há “... *obrigação* que corresponda ao descumprimento do ônus”¹⁴⁴, o que ocorre, segundo ele, é que quando a parte ignora o ônus que tem de provar, acaba por colocar-se em posição de desvantagem para ganhar a causa, uma vez que “a produção probatória, no tempo e na forma prescrita em lei, é ônus e condição de parte.”¹⁴⁵

Antes, contudo, do ônus de provar, tem a parte de se desincumbir do ônus de alegar, isto é, trazer para o processo os fatos que embasam seu pedido,

¹³⁹ Conforme nos ensina Arruda Alvim, a parte tem o dever processual de lealdade. Op. cit., p. 473.

¹⁴⁰ ARRUDA ALVIM, op. cit., p. 474.

¹⁴¹ SANTOS, M. A., *Primeiras linhas ...*, 2º vol., p. 344.

¹⁴² ARRUDA ALVIM, E., *Curso de direito processual civil*, vol. 1, p. 517.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 517.

¹⁴⁴ NERY JR., N. e NERY, R. M. A., *Código de processo civil...*, p. 835.

para que estes, uma vez contestados e, portanto, controvertidos, sejam objeto da prova. Dessa maneira, teremos traçados os limites da lide¹⁴⁶.

Definido então o ônus da prova como aquela tarefa da qual deverá desincumbir-se a parte, sob pena de vir a, possivelmente, suportar uma consequência danosa, passamos a estudar o que representa para cada um dos litigantes no processo.

Ao autor, de acordo com dispositivo da lei processual, caberá provar o(s) fato(s) constitutivo(s) do seu direito. Por fato *constitutivo* entende-se aquele que “... tem o condão de gerar o direito postulado pelo autor e que, se demonstrado, leva à procedência do pedido.”¹⁴⁷

Ao réu, por sua vez, caberá provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivo do direito do autor¹⁴⁸. Fato *impeditivo* é aquele que impede que ocorra a consequência jurídica esperada pelo autor, como por exemplo, a incapacidade civil; fato *modificativo* é aquele que altera a relação jurídica em questão, como por exemplo a ocupação de um imóvel que se deu primeiramente a título de comodato e, só depois, converteu-se em locação; e fato *extintivo* pressupõe o fim da relação jurídica objeto da ação, como o pagamento da dívida.¹⁴⁹

Moacyr Amaral Santos sintetiza, conforme diz, a distribuição do ônus da prova em duas regras:

“1^a) Compete, em regra, a cada uma das partes fornecer os elementos de prova das alegações que fizer. Ao autor cabe a prova dos fatos dos quais deduz o seu direito; ao réu a prova dos fatos que, de modo direto ou indireto, atestam a inexistência daqueles (*prova contrária, contraprova*). O ônus da prova incumbe *ei qui dicit*.

2^a) Compete, em regra, ao autor a prova do fato constitutivo e ao réu a prova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo. Essa regra reafirma a anterior, quanto ao autor, e atribui o ônus da prova ao réu que se defende por meio de exceção, no sentido amplo. *Reus in excipiendo fit actor*.”¹⁵⁰

¹⁴⁵ Ibid., p. 835.

¹⁴⁶ É o que dispõe o parágrafo segundo do artigo 331 do Código de Processo Civil, estabelecendo: “Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.”

¹⁴⁷ WAMBIER, L. R.; ALMEIDA, F. R. C. de.; TALAMINI, E., op. cit., p. 481.

¹⁴⁸ Há uma exceção para a essa regra prevista nos incisos do parágrafo único do artigo 333 do Código de Processo Civil, segundo a qual as partes poderão convencionar de maneira diversa, desde que não verse a lide sobre direitos indisponíveis e não acabe, a convenção, por dificultar em demasia o exercício do direito à prova.

¹⁴⁹ LOPES, J. B., op. cit., p. 43.

¹⁵⁰ SANTOS, M. A., *Primeiras linhas ...*, 2^o vol., p. 347.

Na opinião de Arruda Alvim, a repartição do ônus da prova é fruto da aplicação de dois fundamentos ou princípios gerais do Direito: o primeiro é o da igualdade entre as partes e o segundo, decorrente do primeiro, é o da auto-responsabilidade dos litigantes, no sentido de que as partes serão responsáveis por seus atos e omissões no processo.¹⁵¹

Já de acordo com Vicente Greco Filho o ônus decorre da aplicação de três princípios: o princípio da indeclinabilidade da jurisdição, segundo o qual o juiz não pode rejeitar-se a proferir uma decisão por não ter conseguido formar sua convicção, o chamado *non liquet*; o princípio dispositivo, segundo o qual cabe à parte a iniciativa de propor a ação; e o princípio da persuasão racional, segundo o qual o juiz apreciará as provas, demonstrando os motivos que levaram a seu convencimento.¹⁵²

Até agora tratamos do que João Batista Lopes chama de ônus subjetivo da prova, isto é, a disposição contida no artigo 333 do Código de Processo Civil. Há ainda, em sua opinião, o ônus objetivo da prova, que diz respeito ao momento em que, encerrada a instrução, não mais se cuidará de “... indagar se houve estrita observância das regras que regem o ônus subjetivo da prova, pois o juiz, destinatário dela, julgará levando em consideração todos os elementos constantes dos autos.”¹⁵³

Salienta Nelson Nery Jr. que o ônus da prova é “... *regra de juízo*, isto é, de julgamento, cabendo ao juiz, quando da prolação da sentença, proferir julgamento contrário àquele que tinha o ônus de provar e dele não se desincumbiu”¹⁵⁴ – completando ainda seu raciocínio aduz que “o sistema não determina quem deve fazer a prova, mas sim quem assume o risco caso não se produza.”¹⁵⁵

Eduardo Arruda Alvim igualmente alerta que o ônus da prova é uma *regra de juízo*, o que implica em dizer que ele “destina-se especificamente ao juiz,

¹⁵¹ ARRUDA ALVIM, op. cit., p. 478.

¹⁵² GRECO FILHO, V., op. cit., p. 199-200.

¹⁵³ LOPES, J. B., op. cit., p. 47.

¹⁵⁴ NERY JR., N., *Código de processo civil...*, p. 835.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 835.

que poderá (normalmente, deverá) julgar em desfavor daquele que tinha o ônus de provar determinado fato, mas dele não se desincumbiu adequadamente.”¹⁵⁶

A bem da verdade, a regra que estabelece o ônus da prova mostra sua real dimensão quando nos deparamos com a falta da prova, momento em que será necessário “... que o sistema trace os princípios a serem trilhados pelo juiz para chegar à justa solução da demanda.”¹⁵⁷

A regra exprime, assim, dois valores: a facilitação da atividade jurisdicional e a equidade. Isso porque, faltando a prova, havendo dúvida no momento em que se encerra a fase instrutória e passa-se para a decisória, “... o juiz deverá julgar conforme a desincumbência de cada parte de seu ônus”¹⁵⁸, pois somente agindo assim, poderá o juiz cumprir seu dever legal de decidir a lide.

3.5.1.

A inversão do ônus da prova

É possível, tendo em vista a autorização contida no parágrafo único do artigo 333 do Código de Processo Civil¹⁵⁹, que se convencie diferentemente do exposto acima sobre o ônus da prova. Trata-se do que Humberto Theodoro Júnior¹⁶⁰ chama de estipulação em cláusula contratual.

Todavia, como a própria letra da lei estabelece, alerta o referido autor que tal estipulação “... só será admissível quando a cláusula referir-se a direitos *disponíveis*, ou quando não tornar impraticável o próprio direito da parte.”¹⁶¹

Chamaríamos essa estipulação com base no dispositivo legal acima citado de *convenção contratual sobre ônus da prova* e não de inversão contratual do ônus da prova¹⁶². Isso porque a lei é bem clara em permitir, ainda que a

¹⁵⁶ ARRUDA ALVIM, E., op. cit., p. 518.

¹⁵⁷ WAMBIER, L. R.; ALMEIDA, F. R. C. de.; TALAMINI, E., op. cit., p. 481.

¹⁵⁸ DIAS, J. C., op. cit., p. 93-94.

¹⁵⁹ “Art. 333 – ...

Parágrafo único – É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I – recair sobre direito indisponível da parte;

II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.”

¹⁶⁰ THEODORO JÚNIOR, H., op. cit., p. 420.

¹⁶¹ Ibid., p. 421.

¹⁶² É assim que Vicente Greco Filho refere-se à autorização do parágrafo único do artigo 333 do Código de Processo Civil. Op. cit., p. 205.

contrario sensu, estipulação diversa da do *caput* do artigo 333, em sede contratual, sem que com isso tenhamos uma inversão do ônus propriamente dita.

Temos por inversão do ônus da prova, aquela prevista em dispositivo do Código de Defesa do Consumidor¹⁶³, qual seja, artigo 6º, inciso VIII, o qual prevê a possibilidade de se inverter do ônus da prova, quando presente um de dois fatores, a saber, a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência do consumidor.

A inversão do ônus da prova, segundo Carlos Roberto Barbosa Moreira, representa a autorização legal que permite que “... se atribua ao consumidor a vantagem processual, consubstanciada na *dispensa* do ônus de provar determinado fato, o qual, sem a inversão, lhe tocava demonstrar, à luz das disposições do processo civil *comun...*”.¹⁶⁴ De acordo com sua lição, a inversão tem o condão de eximir o consumidor do ônus de provar, transferindo-se esse mesmo ônus ao fornecedor, o que implica na criação de um novo ônus “... que se *acrescenta* aos demais, existentes desde o início do processo e oriundos do art. 333 do CPC.”¹⁶⁵

Na opinião de José Geraldo Brito Filomeno, a inversão não é obrigatória, resumindo, portanto, uma “... faculdade judicial, desde que a alegação tenha aparência de verdade, ou quando consumidor for hipossuficiente...”.¹⁶⁶

Permitimo-nos discordar do autor supra citado, visto que a atividade jurisdicional não representa uma faculdade. Sentimos que tal qual ocorre com as liminares¹⁶⁷, presentes os requisitos que autorizam a inversão, deverá o juiz, de ofício¹⁶⁸ ou a requerimento da parte, concedê-la.

¹⁶³ Trata-se do art. 6º, inciso VIII, o qual estabelece como direito básico do consumidor: “ a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.”

¹⁶⁴ BARBOSA MOREIRA, C. R., *Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor*, p. 136.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 136.

¹⁶⁶ FILOMENO, J. G. B., *Manual de direitos do consumidor*, p. 302.

¹⁶⁷ Referimo-nos aqui à opinião, com a qual concordamos, obviamente, de Betina Rizzato Lara, que, em brilhante obra, assim aduz:

“Quando, portanto, o juiz deparar com conceitos indeterminados e verificar, após a realização da tarefa interpretativa, que a situação concreta se enquadra no modelo previsto na norma, ele deverá *obrigatoriamente* conceder a liminar.

O juiz não tem, segundo nosso entendimento, a discricionariedade de escolher entre conceder ou não a liminar se verificar que os pressupostos para a sua concessão estão presentes. Não há, nestes casos, aquele tipo de discricionariedade em que é facultado ao aplicador da norma agir ou omitir, tomar ou não uma medida. Ele terá sempre a obrigação de conceder a liminar se concluir pela existência dos requisitos e a obrigação de indeferir-la se estes requisitos estiverem ausentes.” LARA, B. R., *Liminares no processo civil*, p. 61.

¹⁶⁸ Inversão como ato do juiz:

Conforme previsto no citado artigo do Código de Defesa do Consumidor, o ônus da prova será invertido quando a alegação do consumidor for verossímil, vale dizer, quando os elementos trazidos pela parte sejam suficientes para demonstrar tal necessidade. Dessa maneira, “... estará o juízo autorizado a inverter o ônus da prova quando formar, pelo material probatório à sua disposição no processo, um juízo de *probabilidade*, de tal modo que se lhe afigure *provavelmente verdadeira* a alegação do consumidor.”¹⁶⁹

Deverá ainda o juiz conceder a inversão com base na hipossuficiência do consumidor, comumente tida como inferioridade financeira. Contudo, Carlos Roberto Barbosa Moreira, faz ressalva no sentido de que essa hipossuficiência precisa ser definida “... a partir da *finalidade* da norma, que é a de tornar mais fácil, no campo específico da *instrução*, a defesa dos direitos do consumidor.”¹⁷⁰

Bastará, assim, que o consumidor apresente dificuldade em produzir prova, sem que isso represente, necessariamente (e tão-somente), a impossibilidade de arcar com as despesas de um perícia.

Por fim, cabe-nos tratar do momento da inversão.

Carlos Roberto Barbosa Moreira¹⁷¹ sistematizou o assunto enumerando as três correntes que tratam dele: a *primeira* tem como momento adequado o do *despacho inicial*¹⁷², a qual, conforme aduz, erra porque enquanto não se tem a resposta do réu não é possível delimitar os fatos a serem provados

“*Ementa*: Código de Defesa do Consumidor – Prova – Juntada – Documentos.

O Juiz pode ordenar ao banco-réu a juntada de cópia de contrato e de extrato bancário, atendendo aos princípios da inversão do ônus da prova e da facilitação da defesa do direito do consumidor em juízo. Art. 6º, VIII, do CDC. Art. 381 do CPC.

Exclusão da multa do art. 538 do CPC.

Recurso conhecido em parte e provido.”

Recurso Especial nº 264.083 – RS (registro nº 2000.0061493-9)

Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. In: *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, n. 154, junho 2002, p. 438-443.

¹⁶⁹ BARBOSA MOREIRA, C. R., op. cit., p. 142.

¹⁷⁰ Ibid., p. 143.

¹⁷¹ Ibid., p. 145-147.

¹⁷² Adotou esse posicionamento a seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “ÔNUS DA PROVA. Inversão. Possibilidade concedida pelo Código de Defesa do Consumidor. Requisitos. Oportunidade. Inversão concedida no despacho inicial. Possibilidade.

Ementa: Em se tratando de assunto relacionado ao tabagismo, e já comprovadas pela agravada sua dependência ao fumo e sua hipossuficiência econômica, cabe à empresa agravante provar que o cigarro não causa dependência, não vicia e não produz diversos males à saúde. Sendo assim, com apoio no art. 6º, VIII, do CDC, é possível, no caso, a inversão do ônus da prova concedida no despacho inicial.

AgIn 188.669.4/9 – 8ª Câm. de Direito Privado – TJSP – j. 05.03.2001 – rel. Des. Silvio Marques Neto. In: *Revista de Direito do Consumidor*, n. 40, out./dez. 2001, p. 335-338.

(controvertidos); a *segunda*, defendida por Kazuo Watanabe¹⁷³ e Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery¹⁷⁴, tem como momento adequado a *sentença*¹⁷⁵, restando igualmente, conforme explica Carlos Roberto Barbosa Moreira, equivocada, na medida em que feriria os princípios do contraditório e da ampla

¹⁷³ Afirma Kazuo Watanabe que “quanto ao *momento da aplicação da regra de inversão do ônus da prova*, mantemos o mesmo entendimento sustentado nas edições anteriores: é o do *juízo da causa*. É que as regras de distribuição do ônus da prova são *regras de juízo* e orientam o juiz, quando há um *non liquet* em matéria de fato, a respeito da solução a ser dada à causa.” GRINOVER, A. P. et al., *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 714.

¹⁷⁴ Defende seu posicionamento afirmando que “como se trata de *regra de juízo*, quer dizer, de julgamento, apenas quando o juiz verificar o *non liquet* é que deverá proceder à inversão do ônus da prova, fazendo-o na sentença, quando for proferir o julgamento de mérito.” NERY JR., N. e NERY, R. M. A., *Código de processo civil...*, p. 1.805.

E por assim entender, aduz que “... o fornecedor (CDC 3º) já sabe, de antemão, que tem de provar tudo o que estiver a seu alcance e for de seu interesse nas lides de consumo” e evitará com isso, conforme esclarece o autor, ser “... pego de surpresa com a inversão na sentença.” Op. cit., p. 836.

¹⁷⁵ Pensamos poder afirmar que é esse o entendimento majoritário do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, tendo em vista o fato de que todas as decisões que encontramos quando da pesquisa no Centro de Documentação do tribunal adotaram essa segunda corrente, vejamos três ementas:

1) Agravo de Instrumento 1179441900

Acórdão 8319

5ª Câmara Cível

Relator: Desembargador Domingos Ramina

Julgamento em: 26/03/2002

“Ementa: Agravo de Instrumento – inversão do ônus da prova – Código de Defesa do Consumidor – sentença – momento oportuno a ser considerada a inversão – provimento do agravo para resguardar a agravante o direito à inversão do ônus da prova na sentença, se comprovada na instrução probatória, a verossimilhança de suas alegações. O ‘onus probandi, traduz-se apropriadamente por dever de provar, no sentido de necessidade de provar. Trata-se apenas de dever no sentido de interesse, necessidade de fornecer a prova destinada à formação da convicção do juiz quanto aos fatos alegados pelas partes.’ (Min. Moacyr Amaral Santos).”

2) Agravo de Instrumento 116993900

Acórdão 20115

4ª Câmara Cível

Relator: Desembargador Sydney Zappa

Julgamento em: 20/03/2002

“Ementa: Processual Civil – Agravo de instrumento – ação de indenização – pretensão de inversão do ônus da prova com base no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor – falta de comprovação da hipossuficiência ou verossimilhança da alegação do direito afirmado – inadmissibilidade da inversão – decisão mantida – recurso improvido. A inversão do ônus da prova constitui regra de julgamento, que vai incidir – se presentes os seus pressupostos – no momento da sentença, desde que, a critério do julgador, seja necessária a adoção da regra protetiva do consumidor.”

3) Agravo de Instrumento 92089600

Acórdão 5682

6ª Câmara Cível

Relator: Desembargadora Rosene Arão de Cristo Pereira

Julgamento em: 01/11/2000

“Ementa: Ação monitoria. Contrato bancário. Prova pericial. Adiantamento da verba honorária do perito. Inversão do ônus da prova. Descabimento. 1. A inversão do ônus da prova é regra de julgamento a ser efetuada pelo juiz no momento da prolação da sentença. 2. O adiantamento da verba honorária do perito resolve-se nos termos dos artigos 19 e 33 do Código de Processo Civil. Agravo provido.”

defesa¹⁷⁶; e a *terceira*, a qual se filia, que traz como momento adequado o *início da instrução*.

Com efeito, pensamos que o melhor momento é, de fato, o momento que antecede ao início da instrução, onde serão fixados os pontos controvertidos (muito provavelmente em audiência de conciliação), ficando as partes, desde logo, intimadas e preservando-se “... a garantia constitucional da ampla defesa.”¹⁷⁷

3.6.

Princípios aplicados às provas

Os princípios, conforme nos ensina Paulo Bonavides¹⁷⁸, há muito vêm sendo estudados pelos teóricos do direito. É nessa medida que sua juridicidade apresenta três diferentes fases, a saber, a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista. Cada uma dessas linhas do pensamento jurídico deu a eles uma interpretação e, por conseguinte, um tratamento distinto.

A primeira é a fase jusnaturalista. Os jusnaturalistas praticamente não reconhecem a normatividade dos princípios, sendo certo, portanto, que esta é tida como nula e duvidosa para esses teóricos mais antigos e tradicionais. Para eles, os princípios têm sua importância explicada pela “dimensão ético-valorativa”¹⁷⁹ inspiradora dos postulados de justiça.

A segunda fase é a chamada fase juspositivista, onde já se tem princípios como parte integrante da legislação, isto é, eles aparecem nos códigos. Aqui eles informam o Direito Positivo ao mesmo tempo em que lhe servem de fundamento. Nota-se, assim, que nessa fase os princípios encontram-se escritos, positivados, derivando das próprias leis.

¹⁷⁶ Conforme nos ensina, “... a inversão, se ordenada na sentença, representará, quanto ao fornecedor, não só a mudança da regra *até ali vigente*, naquele processo, como também algo que comprometerá sua defesa, porquanto, se lhe foi transferido um ônus – que, para ele, *não existia antes da adoção da medida* -, obviamente deve o órgão jurisdicional assegurar-lhe a efetiva oportunidade de dele se desincumbir.” Op. cit., p. 146.

¹⁷⁷ Ibid., p. 147.

¹⁷⁸ BONAVIDES, P., *Curso de Direito Constitucional*, p. 228 et. seq.

¹⁷⁹ Ibid., p. 232.

Da mesma forma que os jusnaturalistas, os juspositivistas não acreditam na normatividade dos princípios, vale dizer, para estes últimos, os princípios são “meras pautas programáticas supralegais”.¹⁸⁰

Dentre os juspositivistas, segundo Paulo Bonavides, apenas Norberto Bobbio reconhece a normatividade dos princípios, ainda que de forma reflexa, pois para ele os princípios são normas diferenciadas, fundamentais e generalíssimas, que só são normas por derivarem de normas. Segundo ele, há cinco critérios capazes de diferenciar os princípios de outras normas, são eles: a) princípios são normas mais gerais; b) são normas fundamentais por constituírem a base do sistema; c) são normas diretivas; d) são normas indefinidas e, por último, e) são normas indiretas.

A terceira e última fase da teorização dos princípios é a denominada fase pós-positivista. Estes sim são responsáveis pela bandeira da normatividade dos princípios, sendo certo que um de seus mais ilustres defensores é Ronald Dworkin.

Os pós-positivistas convertem os princípios em “pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.”¹⁸¹

Princípios são, nos dizeres de Teresa Arruda Alvim Wambier, “... regras gerais, que orientam certos universos (no caso, o sistema jurídico), no plano de sua estrutura. Mas nem tudo o que existe num determinado universo obedece necessariamente aos princípios que estão na base de sua estrutura.”¹⁸²

Eles representam algo que serve de base para uma construção a se desenvolver posteriormente. Construção essa que se subordinará a eles.

Os princípios são uma espécie do gênero norma e apresentam seis características, enumeradas por Paulo Bonavides¹⁸³, que os diferem das regras (outra espécie do gênero norma), a saber: 1º) são dotados de alto grau de generalidade; 2º) possuem alto grau de indeterminação, o que acaba por requerer um exercício interpretativo para sua efetivação; 3º) têm conteúdo programático; 4º) ocupam posição muito elevada na hierarquia das fontes do Direito; 5º) desempenham uma função importante e fundamental dentro do sistema jurídico e

¹⁸⁰ Ibid., p. 236.

¹⁸¹ BONAVIDES, P., op. cit., p. 237.

¹⁸² WAMBIER, T. A. A., *Símula Vinculante: desastre ou solução?*, p. 296.

¹⁸³ BONAVIDES, P., op. cit., p. 230-1.

6º) são dirigidos aos órgãos de aplicação do direito, a quem cabe escolher os dispositivos e normas pertinentes aos casos concretamente considerados.

Analisando-se as características acima enumeradas, notamos que os princípios têm aplicação infinita e indefinida, o que acaba por torná-los extremamente abrangentes e atemporais. É nessa exata medida que eles apresentam duas importantes funções: a interpretativa e a integrativa.

Eles são, na verdade, um recurso de que se vale o operador do direito, mais comumente os juízes, para interpretar leis dotadas de obscuridade, assim como para suprir suas lacunas.

Rui Portanova¹⁸⁴ ao tratar dos princípios o faz atribuindo-lhes graus, do mais específico para o mais genérico. Assim, os princípios relativos à prova, princípios de primeiro grau, são desdobramentos do princípio do devido processo legal, este um princípio de segundo grau, sendo ambos informados por princípios de terceiro grau, os chamados princípios informativos ou formativos.

Aos princípios informativos ou formativos que são os princípios *lógico*, *econômico*, *político* e *jurídico*, acrescenta o referido autor os princípios da *instrumentalidade* e da *efetividade*.

Segundo Rui Portanova o princípio *lógico* é responsável pela orientação no sentido de que o processo deve desenvolver-se da maneira mais apta a descobrir a verdade e evitar o erro; o princípio *econômico* prima pela busca da economia processual (maior resultado com o mínimo esforço); o princípio *político* tem no processo um instrumento de garantia para o cidadão; o princípio *jurídico* representa um equalizador do sistema, colocando todos sob o julgo da ordem jurídica; o princípio da *instrumentalidade* busca, por meio de procedimentos úteis, cumprir os escopos jurídicos, sociais e políticos do processo, uma vez que não representa um fim em si mesmo e, por fim, o princípio *efetivo* ou da *efetividade* visa, por meio do processo, realizar a justiça social.¹⁸⁵

Há muitos princípios aplicáveis às provas, por isso optamos por enumerar os relacionados por Nelson Nery Jr.¹⁸⁶ Ele traz, parece-nos para efeitos didáticos, uma divisão desses princípios, a qual aderimos, separando os princípios constitucionais relativos à prova dos princípios processuais.

¹⁸⁴ PORTANOVA, R., *Princípios do processo civil*, p. 14 et. seq.

¹⁸⁵ PORTANOVA, R., op. cit., p. 19 passim.

¹⁸⁶ NERY JR., N., op. cit., p. 833.

3.6.1.

Princípios constitucionais

Os princípios constitucionais aplicáveis à prova enumerados por Nelson Nery Jr.¹⁸⁷ são os princípios da ampla defesa, da proibição da prova ilícita e da proporcionalidade, aos quais acrescentaríamos o princípio do contraditório.

Pelo princípio da *ampla defesa*, previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal¹⁸⁸, a parte tem o direito de se defender em juízo, utilizando-se de todos os meios hábeis a tal defesa, o que, por conseguinte, implica no direito de produzir as provas que entenda capazes de atestar suas alegações.

O princípio da *proibição da prova obtida ilicitamente*, conforme disposto no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal¹⁸⁹, proíbe admissão no processo de uma prova que tiver sido obtida ilicitamente, como, por exemplo, um escuta telefônica clandestina. Segundo já tivemos a oportunidade de afirmar supra (item 3.4), há três correntes doutrinárias distintas que tratam da matéria.

A despeito de não possuir previsão legal expressa em nosso ordenamento jurídico, princípio da *proporcionalidade* nos é de grande utilidade. Com relação à prova, o princípio da proporcionalidade vem temperar a proibição da prova obtida por meio ilícito, permitindo a utilização dessa prova quando em jogo outro princípio que mereça prevalecer sobre este, vale dizer, quando o bem da vida objeto do litígio for de tal ordem que acabe por justificar o afastamento da regra.

Para Rui Portanova o princípio da proporcionalidade está acima dos princípios de terceiro grau, os princípios informativos, e representa um princípio de grau superior e “... nesse nível, já se está em sede dos princípios monovalentes que informam toda a ciência do direito.”¹⁹⁰

¹⁸⁷ NERY JR., N., op. cit., p. 833.

¹⁸⁸ “Art. 5º - ...

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

¹⁸⁹ “Art. 5º - ...

LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;”

¹⁹⁰ PORTANOVA, R., op. cit., p. 14.

Segundo o princípio do *contraditório*, cuja previsão legal encontra-se no já mencionado inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal, sempre que uma das partes manifestar-se, praticando algum ato, no processo, a outra parte haverá de ter a mesma oportunidade. Daí porque esse princípio também ser denominado princípio da paridade de tratamento ou princípio da bilateralidade de audiência.¹⁹¹

José Carlos Barbosa Moreira¹⁹², tratando da garantia do contraditório na instrução probatória, afirma que ela implica em se conceder às partes oportunidades iguais de pleitear a produção da prova, em evitar a disparidade de critérios no deferimento e indeferimento da prova e em mesmas possibilidades de participação nos atos probatórios.

Como vemos, segundo o referido autor, o princípio do contraditório tem ampla aplicação quando se trata da fase instrutória do processo, o que, conforme nos ensina, não pressupõe incidência absoluta do mencionado princípio¹⁹³. Para ele, é possível que se atenuem a regra do contraditório quanto à formação da prova, em hipóteses especialíssimas, como a concernente à prova atípica.

3.6.2.

Princípios processuais

Os princípios processuais referentes à prova resumem o princípio do *livre convencimento motivado do juiz*, o princípio da *oralidade*, o princípio da *imediação*, o princípio da *identidade física do juiz* e o princípio da *aquisição processual* ou da *comunhão da prova*. A esses acrescentamos um dos muitos enumerados por Rui Portanova¹⁹⁴, a saber, o princípio da *concentração*.

¹⁹¹ WAMBIER, L. R.; ALMEIDA, F. R. C. de.; TALAMINI, E., op. cit., p. 67.

¹⁹² BARBOSA MOREIRA, J. C., *A garantia do contraditório na atividade de instrução*, p. 231 et seq.

¹⁹³ Em artigo posterior ao referido acima, José Carlos Barbosa Moreira reviu seu posicionamento afirmando o seguinte: “Eu hoje gostaria até de retificar algumas afirmações que fiz, muito peremptórias, muito categóricas, a respeito da garantia do contraditório na atividade de instrução, em artigo escrito já há alguns anos. Nele eu dizia, entre outras coisas, que é preciso que as partes tenham sempre igual oportunidade de participar da formação da prova. Hoje já não escreveria isso com as mesmas palavras. Acho que a formação da prova pode, em certos casos, ser legítima mesmo escapando a essa rígida observância do princípio do contraditório.” BARBOSA MOREIRA, J. C., *Provas atípicas*, p. 124.

¹⁹⁴ PORTANOVA, R., op. cit., p. 224.

O princípio do *livre convencimento motivado do juiz*, com previsão no artigo 131 do Código de Processo Civil¹⁹⁵, de que trataremos com mais vagar adiante, diz respeito à valoração da prova e dispõe que o juiz apreciará livremente a prova, porém terá de apresentar as razões que lhe convenceram.

Reza o princípio da *oralidade*, consagrado pelo *caput* do artigo 336 do Código de Processo Civil¹⁹⁶, que as provas serão realizadas preferencialmente na audiência de instrução e julgamento.

O princípio da *imediação*, cuja previsão está contida no artigo 446, inciso II, do Código de Processo Civil¹⁹⁷, trata-se, a nosso ver, de uma consequência do fato de ser o juiz o destinatário da prova. Assim, segundo o citado princípio, é o juiz que colherá direta e imediatamente a prova, podendo as partes fazer suas reperguntas aos que deporão, incluídos aqui os depoentes e as testemunhas.

De acordo com o princípio da *identidade física do juiz*, conforme dispõe o *caput* do artigo 132 do Código de Processo Civil¹⁹⁸, o juiz que instrui o processo, isto é, participa da colheita das provas, ficará a ele vinculado, devendo, portanto, vir a proferir a sentença de mérito.

Pelo princípio da *aquisição processual* ou da *comunhão da prova*, a prova produzida pertence ao juízo, passando a integrar o processo e não podendo, assim, ser extraída ou desentranhada, independentemente de quem a produziu. Isso porque, em que pese a pretensão dos litigantes de ver suas alegações acolhidas e provadas, o interesse visado aqui, o qual está acima do interesse das partes, é o interesse público.

Por fim, temos o princípio da *concentração*, segundo o qual os atos processuais dar-se-ão o mais proximamente possível. Com isso, tenta-se prestigiar um processo mais célere, em que os atos processuais aconteçam em curtos

¹⁹⁵ “Art. 131 – O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.”

¹⁹⁶ “Art. 336 – Salvo disposição especial em contrário, as provas devem ser produzidas em audiência.”

¹⁹⁷ “Art. 446 – Compete ao juiz em especial:

...

II – proceder direta e pessoalmente à colheita das provas;”

¹⁹⁸ “Art. 132 – O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.”

intervalos “... para que não se esmaçam na cabeça do julgador, para que não desapareçam da memória do juiz.”¹⁹⁹

A partir dos princípios acima citados, podemos estudar a prova no processo, resolvendo questões com as quais nos deparamos e que, em um primeiro momento, podem parecer de solução impossível. Para exemplificar temos o objeto desse estudo, ou seja, o documento eletrônico.

3.7.

Valoração da prova

O momento da valoração da prova é a oportunidade que o julgador tem para demonstrar sua avaliação sobre as provas produzidas no processo.²⁰⁰ Essa avaliação é caracterizada por um processo intelectual condicionado a determinados critérios, a serem estudados no presente item, tendo em vista o fato de que não poderá manifestar-se de forma aleatória, desordenada.

Durante sua evolução, a valoração da prova no estudo do Direito apresenta duas fases distintas: a primeira, em que a valoração era feita de maneira aleatória e a segunda, em que a valoração era feita pelo julgador²⁰¹.

O primeiro sistema utilizado é denominado sistema *legal* ou das *provas legais*, cuja origem remonta às ordálias²⁰² ou júzos de Deus, em que o julgador funciona como mero espectador atrelado a um formalismo, uma vez que o valor de cada prova já está previamente definido na legislação.

Como exemplo de aplicação desse sistema, temos o brocardo latino *testis unus, testis nullus* (uma só testemunha não tem valor), tendo em vista o fato de que o depoimento de uma testemunha, ainda que idônea, funcionava como prova semiplena, mesmo que falando a verdade, ao passo que os depoimentos

¹⁹⁹ PORTANOVA, R., op. cit., p. 225.

²⁰⁰ Moacyr Amaral Santos define avaliação como sendo “... processo intelectual destinado a estabelecer a verdade produzida pelas provas.” *Primeiras linhas...*, 2º vol., p. 377.

²⁰¹ DIAS, J. C., op. cit., p. 94.

²⁰² Ordália representava a prática de se “... submeter alguém a uma prova, na esperança de que Deus não o deixaria sair com vida, ou sem um sinal evidente, se não dissesse a verdade. Daí as ordálias denominarem-se, também, *júzos de Deus*.” SANTOS, M. A., *Primeiras linhas...*, 2º vol., p. 377.

(iguais) de duas testemunhas, também idôneas, porém narrando fatos absurdos resumiriam uma prova plena²⁰³.

O segundo sistema é o do *livre convencimento* ou *íntima convicção*, utilizado preponderantemente pelos povos de cultura germânica, no qual o juiz tem liberdade plena na apreciação das provas. Aqui a convicção do julgador não decorre somente das provas, pois ele poderá utilizar-se igualmente de seu conhecimento pessoal.

Com isso, é possível perceber que esse critério é dotado de um assustador grau de subjetividade, o que acabou por acarretar arbitrariedades e injustiças, razão pela qual foi afastado pela doutrina.

O terceiro sistema é chamado de sistema da *persuasão racional* ou do *livre convencimento motivado* e surgiu com os códigos napoleônicos. Nele o juiz aprecia as provas constantes dos autos livremente, não mais podendo, contudo, utilizar-se de impressões pessoais, fundamentando sua decisão com base naquelas, bem como nas regras jurídicas e de experiência²⁰⁴.

Dessa maneira, a convicção do magistrado deverá obedecer : “a) aos fatos nos quais se funda a relação jurídica controvertida; b) às provas desses fatos, colhidas no processo; c) às regras legais e a máxima de experiência; e, por isso que é condicionada, deverá ser motivada.”²⁰⁵

O nosso código consagra o sistema do livre convencimento motivado, conforme preceitua o artigo 131²⁰⁶, em que se tem a fixação dos limites de atuação do magistrado, sendo-lhe vedado recorrer a outros elementos estranhos aos autos e imposto motivar sua sentença.

Todavia, há uma exceção à regra segundo a qual o juiz deverá ater-se aos elementos constantes dos autos, é a hipótese em que se admite a chamada *prova emprestada*²⁰⁷, ou seja, uma prova que foi produzida em outro processo,

²⁰³ SANTOS, M. A., *Comentários ao ...*, p. 13.

²⁰⁴ Regras de experiência ou máximas de experiência são “... juízos formados na observação do que comumente acontece e que, como tais, podem ser formados em abstrato por qualquer pessoa de cultura média.” SANTOS, M. A., *Primeiras linhas ...*, 2º vol., p. 337.

²⁰⁵ SANTOS, M. A., *Primeiras linhas ...*, 2º vol., p. 380.

²⁰⁶ “Art. 131 – O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.”

²⁰⁷ “A prova de um fato, produzida num processo, seja por documentos, testemunhas, confissão, depoimento pessoal ou exame pericial, pode ser trasladada para outro, por meio de certidão extraída daquele. A essa prova, assim transferida de um processo para o outro, a doutrina e a jurisprudência dão o nome de *prova emprestada*.” SANTOS, M. A., *Primeiras linhas ...*, 2º vol., p. 363.

cuja admissibilidade será diretamente proporcional à dificuldade que apresentar a parte de produzir determinada prova. Há de se observar, assim, alguns requisitos: “... a) identidade da relação *fática*; b) as mesmas partes,...”²⁰⁸

Ainda com relação ao sistema de valoração da prova adotado pelo nosso código, temos, de acordo com as regras contidas no Código de Processo Civil, quatro passos a serem seguidos pelo juiz: 1º) formar sua convicção livremente, porém condicionada aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, mesmo que não tenham sido alegados pelas partes; 2º) não dispensar os dispositivos legais relativos à forma e à prova dos atos jurídicos²⁰⁹; 3º) guiar-se pelas regras de experiência, nos moldes do artigo 335 do Código de Processo Civil²¹⁰; 4º) motivar sua decisão (sentença), exteriorizando seu raciocínio.²¹¹

Em que pese o legislador pátrio ter adotado em nosso código o sistema do livre convencimento motivado, isso não se deu de maneira inflexível, haja vista os nítidos traços do sistema legal encontrados na lei processual.

Referimo-nos a algumas disposições legais, dentre elas os artigos 366 e 401 do Código de Processo Civil²¹², os quais estabelecem, desde já, o valor das provas a que se referem, cabendo ao juiz tão-somente acatá-lo, bem como aceitar as suas conseqüências jurídicas. Contudo, as regras legais que dispõem sobre o valor da prova deverão ser “... interpretadas sempre dentro do contexto geral da persuasão racional.”²¹³

²⁰⁸ ARRUDA ALVIM, op. cit., p. 439.

²⁰⁹ Conforme expressa disposição legal contida no artigo 364 do Código de Processo Civil:

“Art. 364 – O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença.”

²¹⁰ “Art. 335 – Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.”

²¹¹ SANTOS, M. A., *Primeiras linhas ...*, 2º vol., p. 381-2.

²¹² “Art. 366 – Quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta.”

“Art. 401 – A prova exclusivamente testemunhal só de admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados.”

²¹³ GRECO FILHO, V., op. cit., p. 215.

3.8.

Atividade do juiz na instrução: os poderes instrutórios do juiz

Consagra o artigo 130 do Código de Processo Civil²¹⁴ os chamados poderes instrutórios do juiz. Assim, notamos que, como destinatário da prova que é, caberá ao juiz o exercício de alguns poderes durante a instrução processual, o que, de plano, denota a impossibilidade de uma postura de mero espectador por parte dele²¹⁵. É função desses poderes, portanto, “... assegurar a tranqüilidade necessária para o julgamento perfeito, sempre que a prova de iniciativa da parte não for suficiente para seu convencimento.”²¹⁶

De forma sistemática é plausível afirmar que os poderes instrutórios exercidos pelo julgador compreendem: poderes de *inspeção*, como, por exemplo, o de indeferir diligências inúteis requeridas pelas partes e o de inquirir testemunhas; poderes de *concessão* ou *recusa*, como quando ordena ou indefere diligências; poderes de *repressão*, exercido quando pune uma testemunha que se nega a comparecer em juízo; poderes de *apreciação da prova*, concedido-lhe pelo já mencionado artigo 131 do Código de Processo Civil; e, por fim, poderes de *iniciativa*, como quando ouve um terceiro, a quem se fez referência no processo.²¹⁷

Para alguns doutrinadores²¹⁸ esses poderes instrutórios do juiz implicam numa mitigação do princípio dispositivo, sem terem o condão, porém, de transformar o juiz, no uso desses poderes investigatórios, num verdadeiro inquisidor.

²¹⁴ “Art. 130 – Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.”

²¹⁵ “DEVER DE COLABORAÇÃO PARA O DESCOBRIMENTO DA VERDADE SUBSTANCIAL – ART. 339, CPC

- Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade. Art. 339, CPC.

- *É dever do juiz envidar esforços para buscar informações quando a parte não logrou fazê-lo pessoalmente, até mesmo em face do interesse da Justiça para uma prestação jurisdicional célere e eficaz.*

- Recurso provido.

(...)

Ag. de Instr. nº 70002554590 – Presidente e Relator: Des. Clarindo Favaretto.” (grifamos) in: *Revista Forense*, vol. 364, nov./dez. 2002, p. 390.

²¹⁶ WAMBIER, L. R.; ALMEIDA, F. R. C. de.; TALAMINI, E., op. cit., p. 480.

²¹⁷ SANTOS, M. A., *Primeiras linhas ...*, 1º vol., p. 329-30.

²¹⁸ Referimo-nos a Vicente Greco Filho e Humberto Theodoro Júnior, nas obras aqui citadas, páginas 199 e 417-8, respectivamente.

Opõe-se a esse posicionamento José Roberto dos Santos Bedaque, para quem a concepção publicista do processo é suficiente para justificar os poderes do juiz na instrução processual, sendo que a aplicação do princípio dispositivo deverá ficar adstrita ao direito material relativo discutido na lide.²¹⁹

Assevera ainda, em suas notas conclusivas, que não procede a crítica no sentido de que o juiz, exercendo os poderes instrutórios, venha a agir como substituto das partes, uma vez que nesse exercício agirá, sim, em conjunto com as partes. Essa postura mais ativa do juiz, conforme prossegue, justifica-se diante da noção de instrumentalidade do processo, o que acaba por facilitar o gerenciamento da desigualdade de oportunidades, típica de quando as partes têm situações econômicas diferentes, o que contribui para a efetividade do processo.²²⁰

Parece-nos que a argumentação de José Roberto dos Santos Bedaque é pertinente, ainda mais quando se leva em conta que os poderes instrutórios aqui referidos não são ilimitados. Tal qual afirma, o juiz, no uso de suas atribuições, não substituirá as partes. Ficará o magistrado adstrito às ficções legais²²¹, ou seja, às presunções absolutas (*juris et de jure*), as quais “... limitam seu poder de esclarecer-se adequadamente sobre a verdade dos fatos, para tanto exercendo o controle de sua pertinência e relevância.”²²²

José Carlos Barbosa Moreira²²³ em artigo sobre a atividade do juiz durante a instrução probatória, dividido por ele em três tópicos, vale dizer, a determinação da prova, a realização da prova e a valoração da prova, faz observações, a nosso ver, relevantíssimas, dentre as quais destacamos duas.

²¹⁹ BEDAQUE, J. R. dos S., *Poderes instrutórios do juiz*, p. 71. Para ele “... a denominação ‘princípio dispositivo’ deve expressar apenas as limitações impostas ao juiz, em virtude da disponibilidade do direito; e que são poucas, pois se referem aos atos processuais das partes voltados diretamente para o direito disponível. As demais restrições, quer no tocante ao início do processo, quer referentes à instrução da causa, não têm qualquer nexo com a relação material; não decorrem, portanto, do chamado “princípio dispositivo”. Somente a adoção de um significado diverso para a expressão, tornaria sua utilização para representar tais restrições.

De qualquer modo, ainda que se dê maior abrangência ao referido princípio, não pode ele implicar restrição ao poder investigatório do juiz. O chamado princípio dispositivo em sentido impróprio ou processual não tem razão de ser, pois entre os deveres do juiz, está o de assumir meios probatórios, nos limites dos fatos alegados.

O único limite imposto ao juiz reside nos limites da demanda (CPC, arts. 128 e 460). No mais, deve ele desenvolver toda a atividade possível para atingir os escopos do processo.” p. 71.

²²⁰ BEDAQUE, J. R. dos S., op. cit., p. 110.

²²¹ Quando o réu não apresentar contestação e a lide versar sobre direito disponível, ter-se-á uma ficção legal, caracterizada pela presunção legal absoluta de veracidade dos fatos narrados pelo autor, exatamente como preceitua o artigo 319 do CPC (Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.).

²²² MONIZ DE ARAGÃO, E. D., *Direito à prova*, p. 104.

²²³ BARBOSA MOREIRA, J. C., *O juiz e a prova*, p. 178 et. seq.

A primeira diz respeito à determinação da prova. Salienta José Carlos Barbosa Moreira que o juiz ao tomar a iniciativa de ordenar determinada prova, como por exemplo uma perícia, não infringe seu dever de imparcialidade, tendo em vista o fato de que o faz sem saber que resultado advirá da mencionada prova. Isso porque, segundo ele, o juiz não possui bola de cristal e muito menos comporta-se como futurólogo, sendo irrelevante para sua atuação quem vencerá o litígio. Importa, sim, conforme assevera, que seja vencedor aquele que tenha, efetivamente, razão, pois a grande meta do Estado-juiz é que se faça justiça.

A segunda e última observação que destacamos diz respeito à realização da prova, em que, por força do princípio da imediação, o juiz acaba por funcionar como peça fundamental na colheita da prova ao formular as perguntas e reperguntas e ditar para o assistente as respostas do depoente.

De acordo com José Carlos Barbosa Moreira, por vezes, os juízes tentam melhorar o depoimento (abrangendo-se aqui tanto o da parte como o da testemunha), o que, ainda que com intenção genuína, acaba por desfigurá-lo.

Quando o juiz que prolata a sentença, conforme nos ensina, é o mesmo que presidiu a colheita da prova, tal atitude não gera maiores conseqüências, uma vez que ainda terá em sua memória lembranças a serem consideradas. O problema ocorrerá quando se proceder a reavaliação da prova, em grau de apelação, agora pelo juiz que julgar o recurso, o qual terá diante de si uma “... pálida caricatura de depoimento que se encontra escrita nos autos.”²²⁴

Pensamos que o problema levantado pelo ilustre processualista é de grande relevância, ainda mais quando nos damos conta de que será a apelação a última oportunidade que terá a parte de discutir questões referentes ao exame das provas, uma vez que, em grau de recurso excepcional, inexistente tal possibilidade, conforme teor das súmulas editadas pelos Tribunais Superiores.²²⁵

Exatamente por isso, sugere José Carlos Barbosa Moreira que, enquanto não se tem o avanço tecnológico capaz de possibilitar a gravação de um depoimento em fita de videocassete, para ser assistido posteriormente, quando do julgamento da causa em grau de recurso, em tela de televisão, os juízes façam

²²⁴ BARBOSA MOREIRA, J. C., op. cit., p. 183.

²²⁵ Referimo-nos aqui aos enunciados de súmula 279 do STF e 7 do STJ, cujos teores são os seguintes, respectivamente:

S. 279 – “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.”

S. 7 – “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”

constar dos autos determinadas peculiaridades do depoimento, como por exemplo, uma expressão facial.

A despeito do referido artigo ter sido publicado no ano de 1984 e, portanto, em realidade tecnológica bem diversa da atual, notamos em Barbosa Moreira, ao propugnar o acesso do Poder Judiciário às facilidades características do avanço tecnológico²²⁶, um espírito de vanguarda, o qual se coaduna imensamente com o tema de nosso trabalho.

O papel do juiz na instrução do processo, parece-nos, deve ser o mais ativo possível, desde de que respeitadas os limites a que nos referimos, obviamente, em virtude de sua qualidade de destinatário da prova e da necessidade de formar seu convencimento, o qual há de restar demonstrado em suas razões. E mais, deverá ainda pautar sua conduta na noção de que lhe é vedado o *non liquet*, pois não poderá negar-se a proferir decisão por não ter logrado êxito em formar sua convicção.

3.9.

Classificação das provas: tipos de prova

A classificação das provas é feita, pela doutrina, levando-se em consideração o *sujeito*, o *objeto* e a *forma da prova*.

Sujeito em relação à prova “... é a pessoa ou coisa de quem ou de onde dimana a prova.”²²⁷ Pela ótica do *sujeito*, leia-se litigantes e o juiz, a prova será classificada em *peçoal* e *real*. Na *peçoal* a prova advirá de afirmação *peçoal*, como ocorre no depoimento de testemunha; enquanto que na *real* o fato probando restará demonstrado por documento ou perícia.

Com relação ao objeto da prova, ou seja, fato que se pretende demonstrar com a prova, a prova será *direta* ou *indireta*.

²²⁶ Imaginemos, por exemplo, a possibilidade de, por meio de uma câmera digital acoplada ao computador da sala de audiência, se gravar o depoimento das partes e testemunhas, arquivando-se este em um CD. Com isso, conservamos a colheita da prova de maneira fiel em um mínimo espaço, dispensando-se algumas folhas de papel.

Constitui hábito de um juiz do Juizado Especial Cível de Curitiba, a nosso ver extremamente válido, gravar os depoimentos em fita cassete, o que mantém consideravelmente a integridade destes, por se tratar de reprodução fiel do ocorrido em audiência.

²²⁷ SANTOS, M. A., *Primeiras linhas...*, 2º vol., p. 330.

Por prova direta temos aquela que se refere ao próprio fato probando, isto é, ao fato (ou fatos) em que se fundamenta o pedido deduzido em juízo de uma maneira direta. É o que ocorre, por exemplo, na inspeção judicial, onde o juiz toma conhecimento dos fatos sem intermediários.

Já a prova indireta sugere uma intermediação no curso da prova, uma vez que aqui ter-se-á a prova de um fato (não o probando) que, por raciocínio, levará à prova do fato probando. É o que ocorre quando se está diante de uma presunção.

Com relação à forma, que “... é a modalidade ou maneira pela qual a prova se apresenta em juízo”²²⁸ a prova será considerada *testemunhal*, *documental* ou *material*.

A prova testemunhal é fruto, conforme já afirmamos, de uma afirmação pessoal oral, enquanto que na prova documental a afirmação encontra-se escrita, gravada em um aporte físico.

Será, por fim, material a prova “... consistente em qualquer materialidade ...”²²⁹ apta a demonstrar objeto da prova, como o exame de corpo de delito.

Moacyr Amaral Santos²³⁰ traz ainda mais uma subdivisão na classificação das provas, tendo em vista sua *preparação*. Segundo a preparação, ele as divide em *casuais*, para aquelas formadas no curso da demanda, como é o caso da prova testemunhal, e *preconstituídas* que representam as já existentes antes da propositura da ação, como, em regra, acontece com a prova documental.

3.10.

A prova no novo Código Civil – Lei nº 10.406/2002

O primeiro assunto a ser enfrentado quando estudamos a prova tal qual prevista no Código Civil é a questão da natureza das normas a ela relativas. Exatamente por isso aduz Moacyr Amaral Santos o seguinte:

²²⁸ Ibid., p. 330.

²²⁹ Ibid., p. 331.

²³⁰ SANTOS, M. A., *Primeiras linhas...*, 2º vol., p. 331.

“É sabido que as leis, no tocante à sua natureza, ou são *substantivas*, também chamadas *materiais*, ou são *adjetivas*, também chamadas *formais*, *instrumentárias* ou *processuais*. Aquelas estabelecem a norma de conduta jurídica, são atributivas de direitos, reguladoras da sua extinção, transferência, conservação ou sucessão, dizem respeito à essência do ato e, como tais, existem por si mesmas. Estas, as *adjetivas*, asseguram a realização das leis *substantivas*.”²³¹

A partir dessa afirmação e do conceito de prova que trouxemos, somos, em um primeiro momento, levados a pensar que as normas relativas à prova são normas de natureza instrumental. Todavia, não podemos desconsiderar o fato de que há previsão quanto à prova também em lei substantiva, vale dizer, no Código Civil.

Em virtude disso, dessa dupla previsão há, parece-nos, uma certa divisão de tarefas com relação à disciplina da matéria. Diante disso, assevera Moacyr Amaral Santos que “entram na esfera do direito civil a determinação das provas e a indicação tanto do seu valor jurídico quanto das condições de sua admissibilidade. Ao direito processual cabe estabelecer o modo de constituir a prova e de produzi-la em juízo.”²³²

Essa divisão de tarefas a que nos referimos acima não é estanque, visto que, o que ocorre, em verdade, é que “... o direito substantivo e o adjetivo se penetram e se completam, de tal maneira que, conquanto distinto um do outro, não se sabe às vezes, onde aquele termina e este começa...”²³³

Eduardo Cambi tratando do melhor critério a ser utilizado para que se proceda a distinção da natureza jurídica das normas relativas à prova, o faz com base em sua finalidade. Assim sendo, em sua opinião, “... são processuais as normas sobre as provas que são ditadas por razões processuais, e, em contrapartida, são substanciais as que visam regular uma certa relação ou estado jurídico de direito material.”²³⁴

Salienta ainda que a prova funciona como um instrumento responsável pelo reconhecimento e tutela jurisdicional do direito material, razão pela qual sua verdadeira importância dá-se no âmbito do processo. Com isso, segundo o autor, a

²³¹ SANTOS, M. A., *Prova judiciária no cível e comercial*, p. 45.

²³² *Ibid.*, p. 48.

²³³ *Ibid.*, p. 48-49.

²³⁴ CAMBI, E., *op. cit.*, p. 81.

prova “... em sentido substancial, tem outra conotação, referindo-se à *forma* do ato jurídico, que é um problema que concerne propriamente ao direito material.”²³⁵

Conclui, assim, em sentido diverso de Moacyr Amaral Santos, que como o direito à prova tem natureza processual, as normas relativas à prova têm, igualmente, natureza processual, sendo certo que

“... a natureza processual das regras da prova decorre da sua preordenação a contribuírem com uma decisão judicial, e as regras da prova, contidas no Código Civil, não têm essa finalidade, uma vez que a prova *ad substantiam* não é realmente prova, mas elemento formal do ato.”²³⁶

Para Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery a prova prevista no Código Civil representa aquela prova dos atos jurídicos tida como “... condição da existência das relações de direito...”.²³⁷ Isso porque, segundo ele, *prova* é instituto de direito adjetivo pertencente, portanto, ao quadro das leis de processo.²³⁸

Sílvio de Salvo Venosa, em sentido contrário, ressalta que a forma dos atos jurídicos não se confunde com sua prova, tendo em vista o fato de que “a forma é vista sob aspecto estático...” – explicando que esse aspecto “... é aquele envoltório que reveste a manifestação de vontade.”²³⁹ Por isso, assevera ainda que “a prova é vista sob o aspecto dinâmico, serve para demonstrar a existência do ato”, conseqüentemente “quando a lei impõe determinada forma, o ato não se pode provar senão quando obedecida.”²⁴⁰

Explica-nos ainda o civilista que

“Em alguns sistemas e em nosso Direito anterior, as formas distinguiam-se em *ad solemnitatem*, quando sem elas o ato jurídico não se configurava; e *ad probationem tantum*, quando o ato não podia ser provado, porque sua consubstanciação ficaria condicionada à forma imposta pela lei. No sistema atual, não há utilidade nessa distinção, pois não há formas impostas exclusivamente para a prova dos atos: os atos ou negócios jurídicos têm forma especial, determinada pela lei, ou sua forma é livre. Se a forma é estampada na lei, dela não se pode fugir sob pena de invalidade do ato; se a forma é livre, podem os atos ser demonstrados pelos meios de prova admitidos em geral no Direito.”²⁴¹

²³⁵ Ibid., p. 82.

²³⁶ Ibid., p. 82.

²³⁷ NERY JR., N., e NERY, R. M. A., *Código civil anotado*, p. 272.

²³⁸ Ibid., p. 272.

²³⁹ VENOSA, S. de S., *Direito civil: parte geral*, p. 543.

²⁴⁰ Ibid., p. 543-544.

Certo é que Sílvio de Salvo Venosa ao conceituar a prova como “... meio de que o interessado se vale para demonstrar legalmente a existência de um negócio jurídico”²⁴² o faz sob uma perspectiva civilista; pois, conforme já aduzimos por ocasião do conceito de prova, esta serve para levar ao juiz o conhecimento de um fato importante para a lide, não necessariamente um negócio jurídico.

Conclui, assim, aproximando-se da doutrina de Moacyr Amaral Santos, que a matéria apresenta-se em uma zona fronteira entre o direito material e o processual, cabendo ao Código Civil delinear os contornos principais e ao Código de Processo Civil tecer “... maiores minúcias sobre o tema.”²⁴³ Daí afirmar que

“O Direito Civil estipula ‘os meios de prova’ e os fundamentos principais respectivos pelos quais se comprovarão fatos, atos e negócios jurídicos. O direito processual traça os limites da produção da prova, sua apreciação pelo juiz, bem como a técnica de produzi-la em juízo. Como é íntimo o conteúdo do negócio jurídico com sua prova, é acertado o enfoque do Código Civil, ao traçar princípios fundamentais e dispor sobre meios de prova.”²⁴⁴

Creemos que, de fato, a matéria pertence a uma zona fronteira, razão pela qual aquele que pretender estudar a prova não poderá fazê-lo sem consultar ambos diplomas legais, a saber, o Código Civil e o Código de Processo Civil.

Fazendo isso, notará o operador do Direito que, em verdade, não há conflito entre os diplomas acima citados, há sim, uma complementaridade entre ambos, sendo certo que a lei processual é infinitamente mais detalhada que a lei civil.

O primeiro dispositivo que nos chama a atenção no Código Civil é o artigo 212²⁴⁵, primeiro do *Título V – Da Prova*, que traz o rol dos meios capazes de provar o negócio jurídico. Em que pese não haver um artigo correspondente na lei processual, ele não difere substancialmente do artigo 332 do Código de

²⁴¹ Ibid., p. 545.

²⁴² Ibid., p. 548.

²⁴³ Ibid., p. 548.

²⁴⁴ Ibid., p. 548-549.

²⁴⁵ “Art. 212 – Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante:

I - confissão;

II - documento;

III - testemunha;

IV - presunção;

V - perícia.”

Processo Civil²⁴⁶, porém enumera um meio de prova não previsto no referido diploma legal, qual seja, a *presunção*, de que já tratamos supra.

Importante ressaltar que, de modo geral, os artigos sobre a prova do Código Civil (artigos que vão do 212 ao 232) apresentam um correspondente no Código de Processo Civil, ainda que essa correspondência não seja literal. Referimo-nos, por exemplo, ao artigo 227 do Código Civil²⁴⁷ cujo teor segue a mesma linha do artigo 401 do Código de Processo Civil²⁴⁸ e ao artigo 219 do Código Civil²⁴⁹ cujo teor muito se assemelha ao do artigo 368 do Código de Processo Civil²⁵⁰.

Notamos, destarte, que os dispositivos do Código Civil relativos à prova, em sua essência, seguem a orientação da lei processual, cabendo-nos destacar por ocasião desse breve apanhado, os artigos 225, 231 e 232 daquele diploma legal.

O artigo 225 do Código Civil²⁵¹ inovou ao admitir como prova quaisquer outras *reproduções* mecânica ou *eletrônica*, demonstrando, com isso, o legislador estar em compasso com a evolução tecnológica, especialmente relevante para o presente estudo. É nessa medida que Sílvio de Salvo Venosa, comentando o dispositivo em questão, assevera que “dentro desse diapasão deve ser colocado o correio eletrônico”, pois, conforme nos explica, “o jurista não pode ficar insensível ao avanço tecnológico e deve adaptar os velhos conceitos da prova aos avanços da ciência, em seus vários campos.”²⁵²

²⁴⁶ “Art. 332 – Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.”

²⁴⁷ “Art. 227 – Salvo os casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados.”

²⁴⁸ “Art. 401 – A prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados.”

²⁴⁹ “Art. 219 – As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários.

Parágrafo único – Não tendo relação direta, porém, com as disposição principais ou com a legitimidade das partes, as declarações enunciativas não eximem os interessados em sua veracidade do ônus de prová-las.”

²⁵⁰ “Art. 368 – As declarações constantes do documento particular, escrito e assinado, ou somente assinado, presumem-se verdadeiras em relação ao signatário.

Parágrafo único – Quando, todavia, contiver declaração de ciência, relativa a determinado fato, o documento particular prova a declaração, mas não o fato declarado, competindo ao interessado em sua veracidade o ônus de provar o fato.”

²⁵¹ “Art. 225 – As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão.”

²⁵² VENOSA, S. de S., op. cit., p. 552.

Os artigos 231 e 232 do Código Civil²⁵³ contêm previsões que visam, em um primeiro momento, as perícias oriundas das ações de investigações de paternidade.

Dessa maneira, aquele que se recusar a passar por exame médico não poderá aproveitar tal recusa, muito pelo contrário, a recusa, na verdade, acabará por operar contra ele.²⁵⁴ Isso porque, conforme o teor do 232, a recusa *poderá* acabar por ser valorada de maneira a gerar uma presunção, como por exemplo, um réu em uma ação de investigação de paternidade que se recusa em submeter-se a um exame de DNA, caso em que poderá o juiz acabar por presumir sua paternidade.

²⁵³ “Art. 231 – Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa.
Art. 232 – A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.”

²⁵⁴ VENOSA, S. de S., op. cit., p. 568.

4

Prova documental: documento eletrônico

No presente capítulo trataremos especificamente da prova documental, abordando o conceito de documento, bem como o que a lei impõe para sua validade como prova em juízo, para, em seguida, fazermos um paralelo com o documento eletrônico.

A prova documental está disciplinada nos artigos 364 a 399 do Código de Processo Civil, subdividindo-se a referida seção em três subseções, a saber: da força probante dos documentos; da arguição de falsidade e da produção da prova documental.

4.1

Conceito de documento

Conforme veremos no presente item, a doutrina, ao tratar do conceito de documento, de modo geral, privilegia a noção de documento como coisa, bem como do fato que ele representa, isto é, a idéia, declaração, pensamento contida no documento.

Para Francesco Carnelutti documento é “... não somente uma coisa, senão uma coisa *representativa*, ou seja *capaz de representar um fato*.”²⁵⁵ Continuando sua explicação, afirma o referido autor que, em que pese o documento ser concebido como algo que contenha uma manifestação de pensamento, “... a manifestação do pensamento não é *nem necessária nem suficiente* para a existência do documento.”²⁵⁶

Para ele não é necessário que haja manifestação de pensamento, esta compreendida como produto da psique humana, para que um objeto transforme-se

²⁵⁵ CARNELUTTI, F., op. cit., p. 190.

²⁵⁶ Ibid., p. 192.

em documento, porque “... a manifestação do pensamento não é o único meio para a representação dos fatos...”²⁵⁷. Assim, em sua opinião, uma fotografia é um documento, a despeito de não carregar uma manifestação do pensamento.

Também não é suficiente, segundo Francesco Carnelutti, pois é possível que haja manifestação do pensamento, sem que com isso se tenha um documento. Exemplificando, explica-nos que a simples aposição de uma frase²⁵⁸ em um papel não tem o condão de transformá-lo em documento, uma vez que o dado essencial para a formação de um documento, conforme nos ensina, é a representação de um fato.

Moacyr Amaral Santos²⁵⁹ esclarece que o vocábulo documento tem sua origem no latim *documentum*, que por sua vez vem do verbo *doceo*, que significa ensinar, mostrar, indicar.

Define-o, Moacyr Amaral Santos, como “... a coisa representativa de um fato e destinada a fixá-lo de modo permanente e idôneo, reproduzindo-o em juízo.”²⁶⁰ Com isso, temos, segundo o citado autor, que o documento é fruto do trabalho de alguém, confeccionado em um determinado material e serve para representar fatos ou idéias, delineando-se, assim, seus elementos, a saber: autor, meio de exteriorização e conteúdo.

Arruda Alvim²⁶¹ explica que o termo documento é, essencialmente, usado pelo legislador como sinônimo de prova literal, porém há dispositivos legais que fogem a essa regra²⁶². Conforme nos explica, documento é uma coisa, daí porque ser classificado como prova real, sendo ainda considerado prova histórica ou preconstituída, tendo em vista o fato de se formar em momento anterior ao da propositura da ação.

Dessa maneira, para Arruda Alvim, o documento “... não se destina tão-somente a fixar indelevelmente o pensamento, que é a sua utilização mais

²⁵⁷ Ibid., p. 193.

²⁵⁸ O autor traz como exemplos de manifestação do pensamento que não convertem o papel em documento frases como: “compro um cavalo” e “saudações cordiais”. Op. cit. p. 194-195.

²⁵⁹ SANTOS, M. A., *Primeiras linhas ...*, 2º vol., p. 384.

²⁶⁰ Ibid., p. 385.

²⁶¹ ARRUDA ALVIM, op. cit., p. 491 et. seq.

²⁶² É o caso, conforme nos ensina Arruda Alvim, do artigo 383 do Código de Processo Civil: “Art. 383 – Qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou de outra espécie, faz prova dos fatos ou das coisas representadas, se aquele contra quem foi produzida lhe admitir a conformidade.”

comum; mas sim, é também destinado a fixar duradouramente um fato, idéia esta mais ampla e compreensiva que a anterior.”²⁶³

Vicente Greco Filho²⁶⁴ salienta que o termo documento está fortemente ligado à idéia de papel escrito, em que pese não estar adstrito a isso. Para ele, documento representa o seguinte:

“ Documento é todo objeto do qual se extraem fatos em virtude da existência de símbolos, ou sinais gráficos, mecânicos, eletromagnéticos etc. É documento, portanto, uma pedra sobre a qual sejam impressos caracteres, símbolos ou letras; é documento a fita magnética para reprodução por meio do aparelho próprio, o filme fotográfico etc.”²⁶⁵

Humberto Theodoro Júnior traz um novo elemento para o conceito de documento, qual seja, a intervenção humana; pois, para ele, o documento representa “... o resultado de uma obra humana que tenha por objetivo a fixação ou retratação material de algum acontecimento.”²⁶⁶

Dando prosseguimento à sua explicação, salienta Humberto Theodoro Júnior que o documento difere do testemunho, na medida em que este representa o registro de fatos gravados única e exclusivamente na memória do depoente. Sendo assim, de acordo com sua lição, documento, em sentido lato, é “... toda e qualquer *coisa* que transmita diretamente um registro físico a respeito de algum fato, como os desenhos, fotografias, as gravações sonoras, filmes cinematográficos etc.”²⁶⁷ Já em sentido estrito, em sua opinião, documento representa o aquele documento escrito, que registra o fato pela palavra escrita em um papel ou outro meio apropriado.

João Batista Lopes privilegia o caráter representativo da prova documental, afirmando para tanto que “... documento é toda representação de um fato ou de um ato.”²⁶⁸

Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini não fazem a distinção de documento em sentido lato e documento em sentido estrito trazida por Humberto Theodoro Júnior, afirmando ser documento “... todo objeto capaz de ‘cristalizar’ um fato transeunte, tornando-o, sob certo

²⁶³ ARRUDA ALVIM, op. cit., p. 492.

²⁶⁴ GRECO FILHO, V., op. cit., p. 224 et. seq.

²⁶⁵ Ibid., p. 224.

²⁶⁶ THEODORO JÚNIOR, H., op. cit., p. 440.

²⁶⁷ Ibid., p. 440.

aspecto, permanente”.²⁶⁹ Assim, para eles, tanto um papel escrito, como uma fotografia ou um mapa representam documentos, na medida em que o material empregado não é importante para a caracterização do documento.

Demonstrando estarem alertas para mudanças em nossa realidade, aduzem que o conceito de documento deve abranger “... não só aquilo que atualmente a ciência conhece, como também tudo que possa vir a ser inventado capaz de conter a expressão de um pensamento.”²⁷⁰ Exemplificando trazem a holografia e, algo que muito nos interessa, a transmissão de dados pela via eletrônica, pois, segundo eles, desde que cientificamente confiável o registro há de valer como prova.

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery conceituam a prova documental fazendo uma ressalva quanto a sua subdivisão, eis que o termo, segundo ele, compreende os instrumentos e os documentos, sejam eles públicos ou privados. De acordo com sua opinião, documento é “qualquer representação material que sirva para reconstituir e preservar através do tempo a representação de um pensamento, ordem, imagem, situação, idéia, declaração de vontade etc. ...”²⁷¹

Desse modo, documento difere de instrumento e ambos diferem de declaração. *Instrumento*, espécie do gênero documento, é um “... documento constituído com a intenção deliberada de fazer prova no futuro”²⁷², o que pode ou não acontecer com o documento. Já a *declaração* resume um “... ato de vontade que pode, ou não, constar de documento.”²⁷³

Em nosso sentir, documento é uma coisa, seja ela corpórea ou não, destinada a perpetuar determinado fato relevante fruto das relações desenvolvidas no âmbito da sociedade. Privilegiamos, portanto, o fato que se está a representar em detrimento do objeto em que se representa o fato, pois, conforme veremos, dado o avanço tecnológico e os recursos a que temos acesso hoje em dia, é possível representar um fato, relevante para o Direito, em meio não corpóreo ou, como preferem alguns, virtual.

²⁶⁸ LOPES, J. B., op. cit., p. 112.

²⁶⁹ WAMBIER, L. R.; ALMEIDA, F. R. C. de.; TALAMINI, E., op. cit., p. 506.

²⁷⁰ Ibid., p. 506.

²⁷¹ NERY JR., N., e NERY, R. M. A., *Código de processo civil comentado*, p. 857.

²⁷² LOPES, J. B., op. cit., p. 112.

²⁷³ Ibid., p. 112.

Enfatizar o fato representado pelo documento, faz com que tenhamos de abordar, dentro do tema conceito de documento, um assunto relevante, vale dizer, o *conteúdo* do documento.

Conteúdo do documento é exatamente a representação do fato ou a manifestação do pensamento ou ainda um ato do homem.²⁷⁴ É nessa mesma linha a doutrina de Arruda Alvim, para quem o conteúdo do documento representa “... um fato de diversas espécies: manifestação de pensamento, declaração de ciência ou de vontade”²⁷⁵, podendo o conteúdo abranger as três concomitantemente.

Priorizando o efeito provocado pelo conteúdo, Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini afirmam ser conteúdo “... a demonstração do fato ou do pensamento que o meio leva ao conhecimento do julgador.”²⁷⁶

Esse sim, parece-nos, é o conteúdo do documento, pois em se tratando de prova, seu conteúdo, conforme já referido no capítulo anterior, é o resultado por ele provocado.²⁷⁷

4.2

Classificação de documento

Utilizaremos, no presente trabalho, a classificação trazida por Moacyr Amaral Santos²⁷⁸ por sentirmos ser a mais completa. Para ele, há cinco critérios a serem considerados na classificação dos documentos: o autor; o meio usado na formação; o conteúdo; a finalidade e a forma.

Quanto à autoria, os documentos são classificados em *públicos* ou *privados*, *autógrafos* ou *heterógrafos*, *assinados* ou *não assinados* e *autênticos* ou *autenticados* ou *sem autenticidade*. Estas duas últimas classificações, parece-nos, confundem-se.

Documentos públicos são os confeccionados por funcionários público, no uso de suas atribuições, enquanto que o particular é feito por particular, agindo

²⁷⁴ SANTOS, M. A., *Primeiras linhas ...*, 2º vol., p. 387.

²⁷⁵ ARRUDA ALVIM, op. cit., p. 493.

²⁷⁶ WAMBIER, L. R.; ALMEIDA, F. R. C. de.; TALAMINI, E., op. cit., p. 507.

²⁷⁷ Ibid., p. 473.

nessa qualidade. Autógrafos são os feitos pelo próprio autor, já os heterógrafos são confeccionados por um terceiro estranho à relação. Autênticos trazem consigo a prova de seu autor, já nos autenticados essa prova ocorre fora do próprio documento e os sem autenticidade sequer apresentam tal prova.

Quanto ao meio são divididos em *indiretos* ou *diretos e escritos, gráficos, plásticos* ou *estampados*. Nos indiretos a representação do fato dá-se por intermédio da mente humana, como um desenho, enquanto que nos diretos não há essa intermediação, sendo o caso das fotografias. Escritos dispensam, sentimos, explicações, gráficos são desenhos, plásticos são representados por meios plásticos, como modelos em gesso ou madeira e estampados são os documentos diretos, tais como as fotografias e os filmes.

Quanto ao conteúdo são *narrativos* quando apenas declaram ciência sobre um fato ou *constitutivos/dispositivos* quando resumem declarações de vontade que constituem, modificam ou extinguem relações jurídicas.

Quanto à finalidade são divididos em *preconstituídos*, que são aqueles constituídos com o firme propósito de servir de prova, como os instrumentos ou *casuais*, que representam aqueles que não o foram.

Quanto à forma são tidos como *formais*, representando aqueles que obedeceram à forma prescrita em lei ou *não formais* para os de forma livre e *originais*, igualmente dispensam, a nosso ver, explicações ou *cópias*, para aqueles que resumem reproduções dos originais.

4.3

Autenticidade, subscrição e validade do documento

Autenticidade do documento diz respeito, conforme nos ensina Francesco Carnelutti, à “... verdade da indicação do autor e, singularmente, da

²⁷⁸ SANTOS, M. A., *Primeiras linhas ...*, 2º vol., p. 389 et. seq. Baseou-se igualmente na lição de Moacyr Amaral Santos o autor, aqui já citado, João Batista Lopes, op. cit., p. 113 e ss.

subscrição, ou seja, a correspondência entre o autor aparente e o autor real ...”²⁷⁹. Com isso, conclui que a autenticidade é a “... verdade do documento autógrafa.”²⁸⁰

Completando e sintetizando a lição supra-citada, temos a doutrina de Moacyr Amaral Santos, para quem a autenticidade do documento representa “... a certeza de que o documento provém do autor nele indicado.”²⁸¹

Somos levados, a partir das definições transcritas acima, a fazer um parêntese para diferenciar o autor material do autor intelectual do documento. Autor é aquele responsável pela confecção do documento, aquele que concebe o documento, contudo isso implica em mais de uma ação.

Dessa maneira, temos o autor material que é a pessoa que elabora, confecciona, seja porque quer, no caso do particular, seja em função do trabalho que exerce, no caso do agente público, o documento. É, portanto, aquele que “... elabora o suporte...”²⁸². Já o autor intelectual é aquele cujas idéias estão apostas no documento, ou melhor, “... são aqueles em função de quem o documento existe.”²⁸³

É possível que haja coincidência entre autor material e autor intelectual, porém a distinção é necessária, tendo em vista o fato de que, quando assinado, o documento faz prova contra seu autor intelectual, conforme preceituam os artigos 368 do Código de Processo Civil²⁸⁴ e 219 do Código Civil²⁸⁵. Trata-se do que Arruda Alvim²⁸⁶ chama de “... consequência específica oriunda da

²⁷⁹ CARNELUTTI, F., op. cit., p. 204.

²⁸⁰ Ibid., p. 204.

²⁸¹ SANTOS, M. A., *Primeiras linhas ...*, 2º vol., p. 388.

²⁸² WAMBIER, L. R.; ALMEIDA, F. R. C. de.; TALAMINI, E., op. cit., p. 507.

²⁸³ ARRUDA ALVIM, op. cit., p. 492.

²⁸⁴ “Art. 368 – As declarações constantes do documento particular, escrito e assinado, ou somente assinado, presumem-se verdadeiras em relação ao signatário.

Parágrafo único – Quando, todavia, contiver declaração de ciência, relativa a determinado fato, o documento particular prova a declaração, mas não o fato declarado, competindo ao interessado em sua veracidade o ônus de provar o fato.”

²⁸⁵ “Art. 219 – As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários.

Parágrafo único – Não tendo relação direta, porém, com as disposições principais ou com a legitimidade das partes, as declarações enunciativas não eximem os interessados em sua veracidade do ônus de prová-las.”

²⁸⁶ ARRUDA ALVIM, op. cit., p. 500.

autenticidade...”, a qual, segundo ele, faz com que o documento faça prova da declaração que contém, “... atingindo o seu autor (art. 373).”²⁸⁷

Retornando à autenticidade dos documentos, esta, segundo a lei processual, é tratada distintamente quando em questão o documento público e o particular, apresentado, assim, regimes diversos para os dois tipos de documentos.

O documento público²⁸⁸, assim considerado aquele cujo autor material seja funcionário público, goza do que se chama de fé pública, vale dizer, sua autenticidade é presumida, ainda que a presunção seja relativa, admitindo, destarte, prova em contrário, como ocorre no incidente de falsidade.

O documento público que contiver algum vício, como a inobservância de regra relativa à sua forma, conforme expressamente previsto no artigo 367 do Código de Processo Civil²⁸⁹, terá a mesma força probatória de um documento particular. Assim, ainda que autêntico e gozando de fé pública, valerá o referido documento eivado de vício como documento particular.

Já o documento particular é tido como autêntico quando a firma de quem o assinou tiver sido reconhecida por um tabelião, de acordo com o que dispõe o artigo 369 do Código de Processo Civil²⁹⁰.

Sendo a autenticidade a “... atribuição da qualidade de autoria intelectual...”²⁹¹, no documento particular essa autoria verifica-se pela assinatura de quem o fez; pela assinatura de quem o encomendou ou ainda pela indicação de

²⁸⁷ “Art. 373 – Ressalvado o disposto no parágrafo único do artigo anterior, o documento particular, de cuja autenticidade se não duvida, prova que o seu autor fez a declaração, que lhe é atribuída.

Parágrafo único – O documento particular admitido expressa ou tacitamente, é indivisível, sendo defeso à parte, que pretende utilizar-se dele, aceitar os fatos que lhe são favoráveis e recusar os que são contrários ao seu interesse, salvo se provar que estes se não verificaram.”

²⁸⁸ Classificam-se, segundo Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini, os documentos públicos em: *documento judicial*, quando elaborados no processo pelo escrivão, como as certidões, pelas partes, como as petições ou pelo juiz, como é o caso da sentença; *documento extrajudicial* que são aqueles elaborados pelos serventuários da justiça, compreendendo-se aqui os que trabalham nas serventias do foro extrajudicial, como é o caso das escrituras e *documento administrativo* que compreendem aqueles elaborados por funcionários públicos da administração direta e da indireta, como as certidões negativas de débito tributário. Op. cit., p. 508.

²⁸⁹ “Art. 367 – O documento, feito por oficial público incompetente, ou sem a observância das formalidades legais, sendo subscrito pelas partes, tem a mesma eficácia probatória do documento particular.”

²⁹⁰ “Art. 369 – Reputa-se autêntico o documento, quando o tabelião reconhecer a firma do signatário, declarando que foi aposta em sua presença.”

²⁹¹ ARRUDA ALVIM, op. cit., p. 503.

quem o mandou fazer e não assinou por não ser de costume. Tudo de acordo com a disciplina do artigo 371 da lei processual²⁹².

Tratamos a autenticidade como certeza quanto à autoria e uma das maneiras de se asseverar essa certeza é a chamada *subscrição*. Subscrição é, portanto, o ato de se assinar o documento, sendo assim, ela “... não só indica e prova a autoria do documento como também torna presumível que a declaração nele representada foi querida pelo autor do fato documentado.”²⁹³

Passaremos agora a estudar a validade dos documentos público e particular, vale dizer, trataremos de sua eficácia probatória.

Conforme já vimos, o documento público que contiver um vício valerá, ou melhor, terá a mesma força probatória de um documento particular. Isso porque, o gênero documento público, incluindo-se aqui tanto o documento quanto o instrumento público, tem fé pública atribuída pela lei, o que o torna capaz de provar de maneira absoluta, até que sucumba diante de prova em contrário, os fatos presenciados por seu autor material.²⁹⁴

É nesse sentido a previsão contida no artigo 364 do Código de Processo Civil²⁹⁵, pois a fé pública que é dada ao documento gera a presunção de que ele é prova suficiente do ato ou fato ali representado, nos exatos termos da vontade das partes signatárias.

Disso, conforme nos ensina Moacyr Amaral Santos, decorre o princípio regente da eficácia probatória do instrumento público, cujo enunciado é o seguinte: “... o instrumento público faz prova suficiente, não somente entre as partes em relação a terceiros, quanto à existência do ato ou fato jurídico e aos fatos certificados pelo oficial público.”²⁹⁶

Constarão do documento público, vale dizer, serão objeto de certificação por parte do oficial público, afirmações que dizem respeito: “a) às circunstâncias de formação do ato, como data, local, nome e qualificação das

²⁹² “Art. 371 – Reputa-se autor do documento particular:

I – aquele que o fez e assinou;

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

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

²⁹³ SANTOS, M. A., *Primeiras linhas ...*, 2º vol., p. 388.

²⁹⁴ ARRUDA ALVIM, op. cit., p. 493.

²⁹⁵ “Art. 364 – O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença.”

²⁹⁶ SANTOS, M. A., *Primeiras linhas ...*, 2º vol., p. 395.

partes etc.; e b) às declarações de vontade, que o oficial ouvir das partes.”²⁹⁷ A partir dessa constatação, bem como do que preceitua a lei, melhor dizendo, o já mencionado artigo 364 do Código de Processo Civil, parece-nos correto aduzir, conforme lição de Humberto Theodoro Júnior, que “a presunção da veracidade acobertada pela fé pública do oficial só atinge aos elementos de formação do ato e à autoria das declarações das partes, e não ao conteúdo destas mesmas declarações.”²⁹⁸

É possível, assim, resumir a eficácia probatória do documento público, aqui entendido como o gênero que comporta as espécies instrumento e documento, afirmando que ele “... faz prova dos fatos ocorridos em presença do oficial público, que o lavrou, até que se demonstre a sua falsidade.”²⁹⁹ Esta demonstração dar-se-á em juízo, de acordo com os termos do artigo 387 do Código de Processo Civil.³⁰⁰

O documento particular, seja ele documento ou instrumento, ao contrário do documento público, não goza de fé pública, sendo seu valor probatório disciplinado pelos artigos 368 e *caput* do 373, ambos da lei processual.³⁰¹

Importante ressaltar que o documento particular, diferentemente do público que tem eficácia *erga omnes*, mesmo que isso não signifique que este vinculará e atingirá a todos indistintamente³⁰², somente valerá perante terceiros após seu registro no Registro de Títulos e Documentos ou no registro competente para tal. É o que preceitua o *caput* do artigo 221 do Código Civil.³⁰³

²⁹⁷ THEODORO JÚNIOR, H., op. cit., p. 442.

²⁹⁸ Ibid., p. 442.

²⁹⁹ SANTOS, M. A., *Primeiras linhas ...*, 2º vol., p. 395.

³⁰⁰ “Art. 387 – Cessa a fé do documento, público ou particular, sendo-lhe declarada judicialmente a falsidade.

Parágrafo único – A falsidade consiste:

I – em formar documento não verdadeiro;

II – em alterar documento verdadeiro.”

³⁰¹ “Art. 368 – As declarações constantes do documento particular, escrito e assinado, ou somente assinado, presumem-se verdadeiras em relação ao signatário.

Parágrafo único – Quando, todavia, contiver declaração de ciência, relativa a determinado fato, o documento particular prova a declaração, mas não o fato declarado, competindo ao interessado em sua veracidade o ônus de provar o fato.”

“Art. 373 – Ressalvado o disposto no parágrafo único do artigo anterior, o documento particular, de cuja autenticidade se não duvida, prova que o seu autor fez a declaração, que lhe é atribuída.”

³⁰² ARRUDA ALVIM, op. cit., p. 501.

³⁰³ “Art. 221 – O instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na livre disposição e administração de seus bens, prova as obrigações convencionais de qualquer valor; mas os seus efeitos, bem como os da cessão, não se operam, a respeito de terceiros, antes de registrado no registro público.”

O documento particular tem sua eficácia probatória condicionada à ausência de impugnação, o que, parece-nos, assemelha-se muito à presunção *iuris tantum*, isto é, relativa, de veracidade de que gozam os documentos públicos. Assim, acreditamos poder afirmar que o sistema da nossa lei processual, guardadas as devidas proporções, não empresta tratamento tão substancialmente diferenciado aos dois tipos de documentos.

Cairá por terra a força probante do documento particular quando declarada judicialmente, nos termos do já citado artigo 387, quando a assinatura nele aposta for contestada ou quando, assinado em branco, for preenchido de maneira abusiva, conforme dispõe o artigo 388 do Código de Processo Civil.³⁰⁴ Este preenchimento abusivo é fruto da violação do que foi pactuado pela extrapolação dos limites estabelecidos, o que fará com que o documento tenha sua eficácia probatória submetida à verificação de ocorrência ou não do alegado abuso.

Cabe-nos ainda abordar dois assuntos relativos à força probante dos documentos: o primeiro diz respeito à eficácia das certidões, traslados e reproduções como prova e o segundo ao ônus da prova.

Com relação às certidões textuais, traslados, certidões extraídas de instrumentos e reproduções de documento público, o dispositivo legal aplicável é o artigo 365 do Código de Processo Civil³⁰⁵. De acordo com o que preceitua o referido artigo, o qual só vem a corroborar a fé pública atribuída à função do oficial público (autor material), valerão como se originais fossem, pois há casos em que não é possível exibir o documento em seu original, por estar este preso a livros, registros e arquivos da repartição pública em que se deu a prática do ato

³⁰⁴ “Art. 388 – Cessa a fé do documento particular quando:

I – lhe for contestada a assinatura e enquanto não se lhe comprovar a veracidade;

II – assinado em branco, for abusivamente preenchido.

Parágrafo único – Dar-se-á abuso quando aquele, que recebeu documento assinado, com texto não escrito no todo ou em parte, o formar ou o completar, por si ou por meio de outrem, violando o pacto feito com o signatário.”

³⁰⁵ “Art. 365 – Fazem a mesma prova que os originais:

I – as certidões textuais de qualquer peça dos autos, do protocolo das audiências, ou de outro livro a cargo do escrivão, sendo extraídas por ele e sob sua vigilância e por ele subscritas;

II – os traslados e as certidões extraídas por oficial público, de instrumentos ou documentos lançados em suas notas;

III – as reproduções dos documentos públicos, desde que autenticadas por oficial público ou conferidas em cartório, com os respectivos originais.”

registrado. Entretanto, caso a cópia não seja autenticada, valerá a cópia como se documento particular fosse.³⁰⁶

Quando se tratar de reprodução de documento particular, os dispositivos legais aplicáveis serão os artigos 384 e *caput* do 385 do Código de Processo Civil³⁰⁷. Aqui as cópias terão sua eficácia probatória condicionada à atividade do escrivão, a quem caberá atestar sua conformidade com o original.³⁰⁸

Por fim, resta-nos tratar do ônus da prova. Este tem sua distribuição prevista, de modo geral, no artigo 389³⁰⁹ e mais especificamente com relação ao documento particular no 372³¹⁰, ambos da lei processual. Resumidamente, a nosso ver, a regra com relação ao ônus da prova é que caberá àquele contra quem o documento faz prova impugnar e provar sua falsidade, sob pena do documento, bem como sua cópia³¹¹ serem reputados válidos como prova.

³⁰⁶ “PROVA – Cópia não autenticada. O art. 365, III equipara, em tema de valor probante, o documento público à respectiva cópia. Tal equiparação subordina-se ao adimplemento de um requisito: autenticação por agente público. O CPC, contudo, não transforma em inutilidade a cópia sem autenticação. Fotocópia não autenticada equipara-se a documento particular, devendo ser submetida à contraparte, cujo silêncio gera presunção de veracidade (CPC, art. 372). (STJ – Resp 162.807 – SP – 1ª T. – Rel. p/o Ac. Min. Humberto Gomes de Barros – DJU 29.06.98)” In: *Revista Jurídica*, n. 251, setembro 1998, p. 104.

³⁰⁷ “Art. 384 – As reproduções fotográficas ou obtidas por outros processos de repetição, dos documentos particulares, valem como certidões, sempre que o escrivão portar por fê a sua conformidade com o original.”

“Art. 385 – A cópia de documento particular tem o mesmo valor probante que o original, cabendo ao escrivão, intimadas as partes, proceder à conferência e certificar a conformidade entre cópia e o original.”

³⁰⁸ “PROVA – Documento – Ausência de autenticação – Admissibilidade – Relevância somente se uma das partes impugna a veracidade dos mesmos.

Ementa oficial: A ausência de autenticação em documentos só é relevante se a parte, fundamentadamente, impugna a veracidade de que estão investidos.

AgRg 467999-01/6 – 12ª Câmara. – j. 29.08.1996 – rel. Juiz Ribeiro da Silva” Tribunal de Alçada Cível de São Paulo. In: *Revista dos Tribunais*, n. 738, abril 1997, p. 347.

³⁰⁹ “Art. 389 – Incumbe o ônus da prova quando:

I – se tratar de falsidade de documento, à parte que a argüir;

II – se tratar de contestação de assinatura, à parte que produziu o documento.”

³¹⁰ “Art. 372 – Compete à parte, contra quem foi produzido documento particular, alegar no prazo estabelecido no art. 390, se lhe admite ou não a autenticidade da assinatura e a veracidade do contexto; presumindo-se, com o silêncio, que o tem por verdadeiro.

Parágrafo único – Cessa, todavia, a eficácia da admissão expressa ou tácita, se o documento houver sido obtido por erro, dolo ou coação.”

³¹¹ “Ementa: PROCESSUAL. FOTOCÓPIA. AUTENTICAÇÃO. CPC, ART. 372.

Fotocópia não autenticada equipara-se ao original, caso a contraparte não demonstre sua falsidade (CPC, art. 372).”

4.4

Momento de produção da prova documental

A prova documental, como já tivemos oportunidade de afirmar, é, em regra, prova preexistente ao processo, razão pela qual a orientação da lei processual, vale dizer, artigo 396³¹², é no sentido de que deverá ser juntada aos autos na primeira ocasião em que a parte vier a se manifestar. Para o autor será o momento da propositura da ação e para o réu será o de oferecer resposta, seja ela de que modalidade for.

Procura o dispositivo legal referido prestigiar os chamados “documentos essenciais”³¹³, assim tidos aqueles cuja existência, ou melhor, juntada, é imprescindível ao exame inicial feito pelo magistrado quando da admissão da petição inicial.

A regra, entretanto, comporta exceção, prevista pelo artigo 397³¹⁴, também do Código de Processo Civil, quando se tratar de documento novo. Como se conceituar documento novo? Seria sua novidade algo relativo a seu ineditismo para uma das partes ou para ambas? Implicaria sua novidade em ter sido constituído após a propositura da demanda ou da resposta do réu?

A orientação legal é no sentido de que serão documentos novos aqueles “... relativos a fatos ocorridos depois da fase postulatória, ou seja, tais documentos seriam novos porque inexistiam anteriormente...”³¹⁵, bem como aqueles destinados a servir “... como contraprova de documentos apresentados pela parte contrária, vale dizer, documentos já existentes mas que ainda não haviam sido juntados porque não sabia a parte que deles necessitaria.”³¹⁶

A aplicação do dispositivo aqui referido dar-se-á em consonância com o chamado princípio da lealdade processual³¹⁷, pois a parte “... tem o dever de

Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 292.920 – SP (2000.0019846-3) – 1ª Turma – Rel. Min. Humberto de Gomes Barros – DJ 02.04.2001. In: *LEX – Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais*, n. 143, p. 17.

³¹² “Art. 396 – Compete à parte instruir a petição inicial (art. 283), ou a resposta (art. 297), com os documentos destinados a provar-lhe as alegações.”

³¹³ ARRUDA ALVIM, op. cit., p. 512.

³¹⁴ “Art. 397 – É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos.”

³¹⁵ WAMBIER, L. R.; ALMEIDA, F. R. C. de.; TALAMINI, E., op. cit., p. 511.

³¹⁶ *Ibid.*, p. 511.

³¹⁷ Consagrado pelo *caput* e incisos do artigo 14 do Código de Processo Civil, vejamos:

demonstrar que a finalidade da juntada visa a contrapor o documento a outro, ou a fato ou alegação surgida no curso do processo e depois de sua última oportunidade de falar nos autos.”³¹⁸

Desse modo, a preocupação é evitar que o litigante mal intencionado esconda propositamente um documento, apresentando-o no último minuto possível, o que acabaria por inviabilizar consideravelmente a defesa da parte contrária, uma vez que não lhe restaria tempo hábil para conseguir outras provas.

Sistematizando a regra, afirmam Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini o seguinte:

“... a viabilidade de apresentar extemporaneamente o documento encontra respaldo na circunstância de, até então, o fato não ter sido alegado, e por isso não tinha a parte o ônus de apresentá-lo. Alegado o fato, ainda que em fase posterior, estaria aberta a possibilidade de juntada de documento destinado a contrapô-lo.”³¹⁹

Perguntamos: até que fase processual seria razoável juntar documentos novos?

A lei é silente com relação ao prazo máximo para a juntada de documentos novos, tendo procurado apenas garantir o contraditório pelo disposto no artigo 398 do Código de Processo Civil.³²⁰ Ocorrendo, portanto, juntada de novos documentos, caberá ao juiz abrir vista dos autos para a outra parte, a fim de que esta se manifeste sobre os referidos documentos, sob pena de anulação do processo³²¹.

“Art. 14 – São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

I – expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II – proceder com lealdade e boa-fé;

III – não formular pretensões, nem alegar defesa, ciente de que são destituídas de fundamento;

IV – não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito;

V – cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.”

Também chamado de princípio da proibidade processual “consiste em a parte sustentar suas razões dentro da ética e da moral, não utilizando mecanismos de chicana e fraude processual. Divide-se em: a) dever de agir de acordo com a verdade (CPC 14 I); b) dever de agir com lealdade e boa-fé (CPC 14 II e III); c) dever de agir praticando somente atos necessários à sua defesa (CPC 14 IV).” NERY JR., N., e NERY, R. M. A., *Código de processo civil comentado*, p. 417.

³¹⁸ NERY JR., N., e NERY, R. M. A., *Código de processo civil comentado*, p. 871.

³¹⁹ WAMBIER, L. R.; ALMEIDA, F. R. C. de.; TALAMINI, E., op. cit., p. 511.

³²⁰ “Art. 398 – Sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra, no prazo de 5 (cinco) dias.”

³²¹ “PROCESSUAL CIVIL – JUNTADA DE DOCUMENTOS RELEVANTES AO DESLINDE DA CONTROVÉRSIA – AUDIÊNCIA DA PARTE CONTRÁRIA – OBRIGATORIEDADE –

Como a lei nada previu em termos de prazo para a juntada de novos documentos, a jurisprudência acabou por encontrar terreno fértil para construir parâmetros. Com isso, sentimos que o espectro foi bem ampliado; pois, têm os tribunais admitido a juntada de documentos novos até na fase recursal.³²²

4.5

Documento eletrônico

A definição de documento eletrônico, ao contrário do que possa parecer, não difere substancialmente da de documento, razão pela qual os doutrinadores ao tratarem daquele tendem a fazer comparações com este.

Parece-nos que nem seria correto fazer diferente, uma vez que se trata, conforme demonstraremos, de espécie (documento eletrônico) de um mesmo gênero (documento), daí porque a conseqüente interface.

PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO – CPC, ART. 398 – VIOLAÇÃO DO ART. 557 DO CPC – QUESTÃO PREJUDICADA – PRECEDENTES – A falta de intimação da juntada de documentos relevantes que influenciam no julgamento autoriza a anulação do processo quando fundamentada a impugnação e demonstrado que, da omissão, decorreu evidente prejuízo à defesa da parte contrária. O fato de a documentação ser de conhecimento da parte contrária não é razão suficiente para dispensar-se a vista, por isso que a finalidade do art. 398 do CPC é proporcionar à outra parte a oportunidade de contestá-la e de trazer aos autos as observações que se acharem necessárias. Prejudicada a apreciação da alegada contrariedade ao art. 557 do CPC. Recurso especial conhecido e provido para anular o processo a partir da decisão de fls. 670/671. (STJ – Resp 347041 – RJ – 2ª T. – Rel. Min. Francisco Peçanha Martins – DJU 24.03.2003)” In: *Revista Jurídica*, n. 307, maio/2003, p. 132-133.

³²² É o que notamos com dois exemplos, ou melhor, duas decisões abaixo transcritas:

“PROVA – Documento – Juntada fora do prazo do artigo 396 do Código de Processo Civil – Dispensabilidade **ad solemnitatem** – Admissibilidade da juntada desde que não violados os princípios da lealdade processual e da estabilidade da lide – Desentranhamento afastado – Recurso provido.

Agravo de Instrumento n. 184.687-2 – Jales – Agravante: Senior – Empreendimentos e Participações Ltda. – Agravada: Construtora João Moreno – Arquitetura e Construções Ltda.” In: *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, v. 138, p. 316.

“DOCUMENTOS – Novos. Produção em sede recursal. Viabilidade. Documento novo, nascido após o articulado, e visando fortalecer a demonstração da *causa petendi*, ajusta-se à regra do art. 397 do CPC, e não pode ser expurgado se oferecido com a apelação, até porque o magistrado, proferido o julgamento de mérito, não mais possui jurisdição, mesmo no plano probatório, porquanto a mesma passou à segunda instância, a qual examinará seu cabimento e admissibilidade, consoante o disposto no art. 515 e seu § 1º do mesmo diploma. Agravo provido. (Agravo de Instrumento n. 592124358 – 3ª Câmara Cível – Porto Alegre – Rel. Des. Luiz Gonzaga Pila Hofmeister – Julgado em 22.4.93).” In: *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*, n. 160, p. 292.

Com efeito, conforme lição de Newton De Lucca³²³, não há que se falar em diferença ontológica entre a noção tradicional de documento e a recente noção de documento eletrônico. Para ele, documentos eletrônicos resumem “... o *meio real de representação de um fato*, não o sendo, porém, de forma *gráfica*”, o que o leva a concluir que “a diferença residirá, portanto, tão-somente no suporte do *meio real* utilizado, não mais representado pelo papel e sim por disquetes, disco rígido, fitas ou discos magnéticos etc.”³²⁴

Documento, como bem assevera Elcio Trujillo³²⁵, é “toda a informação contida em um suporte material que contenha a propriedade de ser comunicada...”. Assim, podemos notar que a característica precípua do documento é a sua “aptidão de transmitir informações.”³²⁶

De acordo com a lição do citado autor, podemos identificar dois elementos constitutivos do documento: o *material*, formado pelo suporte e pelo continente e o *espiritual*, formado pelo conteúdo. O primeiro elemento, como preleciona, resume o meio através do qual a escrituração é incorporada (signos), enquanto que o segundo a idéia materializada (escrita) no documento. Igualmente relevante, é a autoria, melhor dizendo, a subscrição, que, segundo Elcio Trujillo, representa o “anelo de conjugação”³²⁷ entre os dois elementos.

Ivo Teixeira Gico Júnior antes de conceituar documento eletrônico traz sua definição de documento afirmando ser este “... todo e qualquer registro, que expresse um pensamento, capaz de influenciar a cognição do juízo acerca de um dado fato em um dado processo.”³²⁸

Notamos, mais uma vez, a preocupação de se separar a coisa da idéia, melhor dizendo, conforme a lição de Elcio Trujillo, o elemento material do espiritual. É exatamente por isso que Ivo Teixeira Gico Júnior assevera que “o meio físico sobre o qual incide o registro não pode, por si só, invalidar a natureza documental da prova. O Direito positivo não exige que o documento tenha como suporte físico o papel.”³²⁹

³²³ DE LUCCA, N., Títulos e contratos eletrônicos: o advento da informática e seu impacto no mundo jurídico. In: DE LUCCA, N.; SIMÃO FILHO, A. (coord.), *Direito e internet – aspectos jurídicos relevantes*, p. 44.

³²⁴ Ibid., p. 44.

³²⁵ TRUJILLO, E., *O mercosul e a documentação eletrônica*, p. 736.

³²⁶ Ibid., p. 736.

³²⁷ Idem acima, p. 737.

³²⁸ GICO JÚNIOR, I. T. *O documento eletrônico como meio de prova no Brasil*, não paginado.

³²⁹ GICO JÚNIOR, I. T., op. cit.

Nessa mesma esteira, conceitua ele o documento eletrônico aduzindo para tanto que “se o documento é a representação de um fato, ou coisa que representa um fato, então documento eletrônico seria o arquivo eletrônico capaz de representar um fato através do tempo e do espaço.”³³⁰

Explicando melhor o uso da terminologia documento eletrônico e documento informático, bem como sua subdivisão afirma o referido autor o seguinte³³¹:

“... podemos dizer que existe uma categoria genérica dos documentos informáticos ou telemáticos, que envolveria todos os documentos produzidos ou transmitidos por meios eletrônicos, ou que necessitem de tal expediente para a cognição, além dos que simplesmente são transmitidos através de linhas de comunicação. E podemos ir um pouco além, subclassificando-os em dois grupos: os documentos informáticos, *stricto sensu*, fruto de um original cartular e transmitidos telematicamente; e os documentos eletrônicos, aos quais Barbosa Moreira não se referiu, mas que seriam os documentos residentes na memória de um computador e que exigem sua utilização para a cognição.”³³²

Sentimos que a preocupação de se dissociar o fato representado do meio em que é representado, é fruto de uma mudança na nossa realidade, mudança esta proporcionada pelo avanço tecnológico. Já fizemos menção a ela no segundo capítulo do presente trabalho, quando tratamos da mudança da realidade de átomos para a realidade dos *bits*.

Assim, a mencionada preocupação ganha relevância, na medida em que, no mundo dos *bits*, “... a mensagem se dissocia do meio físico em que foi armazenada, passando a ter vida própria, independentemente de estar superposta a átomos.”³³³

³³⁰ GICO JÚNIOR, I. T., op. cit.

³³¹ A distinção, pensamos, é válida, ainda mais quando levamos em conta que a doutrina utiliza-se ora de um e ora de outro termo. Contudo, a maioria dos autores pesquisados utilizam-se do termo *documento eletrônico*, termo que igualmente adotaremos no presente trabalho.

³³² Refere-se aqui o autor ao artigo de José Carlos Barbosa Moreira, já mencionado no presente trabalho, em que este trata das provas atípicas, afirmando serem o telex e o fax tipos de “documento informático”. BARBOSA MOREIRA, J. C., *Provas atípicas*, p. 120.

Ivo Teixeira Gico Junior explica-nos na nota de nº 19 de sua monografia que *telemática* “... é o resultado da fusão de dois outros termos: telecomunicação e informática. À parte da ciência que estuda toda a forma de aplicações informáticas que envolvam telecomunicações e suas conseqüências, chamamos telemática. Assim, podemos afirmar que todo documento que é fruto de uma transmissão eletrônica, seja ela analógica – que depende de um processo mecânico em alguma de suas fases de processamento (telex, telegrama) ou digital – independente de processamento mecânico em qualquer de suas fases de processamento (comunicação entre computadores), é um documento telemático.” GICO JÚNIOR, I. T., op. cit.

³³³ GROTTI, F. M., *Internet e comércio eletrônico: aspectos jurídicos*, p. 55.

Seguindo essa orientação, Franco Musetti Grotti tem por documento eletrônico aquele “... documento que tem como ‘suporte’ físico um meio eletrônico (RAM, ROM, fita, disquete, CD-ROM etc) que impeça (ex.: CD-ROM não regravável) ou permita detectar (ex.: registro internos do computador, ou marcas d’água) alteração ou eliminação.”³³⁴

Silvânio Covas acredita que a prova documental apresenta três elementos: a *base física* (representação material); a *informação* (representação do fato e/ou manifestação do pensamento) e a *perenidade*, esta última caracterizada pela fixação duradoura do segundo elemento, a informação. A partir dessa constatação, conceitua ele a prova documental como “... um conjunto de informações perenes, consignadas numa base física, que ligam o fato à consciência do juiz”³³⁵, para, em seguida, concluir que documento eletrônico representa “... um conjunto de informações perenes, dispostas numa seqüência de *bits* e consignadas numa base física eletrônica, ligando o fato à consciência do juiz.”³³⁶

Notamos, pela definição acima, que para Silvânio Covas o documento eletrônico é algo assente em base física, com a ressalva de que essa base não é definitiva, uma vez que podem as informações migrarem “... de uma base física para outra base física.”³³⁷

Em posição diametralmente oposta a essa, temos a doutrina de Jean Carlos Dias que, ao tratar do documento eletrônico, aponta como problema a ser enfrentado a questão cultural acerca da “... informação registrada em um meio não físico.”³³⁸

Explica-nos que tem por *não físico* “... o suporte de informação que não pode ser imediatamente consultado, isto é, depende de uma fase de processamento, de tradução, onde as informações serão reveladas.”³³⁹

Sentimos que Silvânio Covas e Jean Carlos Dias valoram e descrevem de maneira diversa o mesmo objeto³⁴⁰, pois para este o registro da informação

³³⁴ Ibid., p. 57.

³³⁵ COVAS, S., *Prova eletrônica*, p. 51.

³³⁶ Ibid., p. 52.

³³⁷ Ibid., p. 53.

³³⁸ DIAS, J. C., *O direito contratual no ambiente virtual*, p. 81.

³³⁹ Ibid., p. 81.

³⁴⁰ Essa constatação juntamente com a obra de Marco Aurélio Greco (GRECO, M. A., *Internet e direito*, p. 19 et. seq.) acabou por nos remeter a uma passagem da obra, já citada no presente trabalho, de autoria de Nicholas Negroponte. Conta-nos que em visita a uma empresa fabricante de

feito por um documento eletrônico, na verdade, não possui concretude física *imediata*, enquanto que para aquele a base é, substancialmente, física.

Ocorre que Silvânio Covas não faz distinção entre o mundo dos átomos e o mundo dos *bits*, conferindo-lhes, simplesmente, tratamento igual, o que não se nos afigura posicionamento correto³⁴¹. Isso porque, um documento eletrônico pode jamais vir a ser impresso, permanecendo arquivado na memória de um computador, o que o fará algo impalpável³⁴². Imaginemos um contrato celebrado via *Internet*, uma compra e venda, por exemplo, em que as partes cumprem com o pactuado. O documento eletrônico por meio do qual as partes estabeleceram as obrigações jamais tomará corpo, tal qual um contrato verbal, diferentemente do que ocorreria se o negócio jurídico tivesse sido celebrado com a presença das partes assinando o contrato de compra e venda, hipótese em que se teria um documento em sua forma cartular.

circuitos integrados foi-lhe perguntado o valor de seu *laptop*. A resposta causou tamanho espanto à recepcionista, pois foi-lhe atribuído, pelo próprio Nicholas Negroponte, valor “... entre 1 e 2 milhões de dólares”, o que discrepou consideravelmente dos dois mil dólares por ela arbitrados. Justificando-se, explicou Nicholas Negroponte que “... embora os átomos não valessem tudo aquilo, os bits tinham um valor quase inestimável.” NEGROPONTE, N., op. cit., p. 17.

De fato, a dissociação entre suporte e informação é relevante na medida em que isso (essa separação) passa a apresentar expressão pecuniária. Vejamos o que nos diz sobre isso Marco Aurélio Greco:

“Esta é a grande mudança. O valor não está mais atrelado necessariamente às características físicas das coisas. As informações, mensagens, dados, instruções, *softwares* etc. adquiriram valor próprio, independentemente dos átomos de que é formado seu meio físico, valor este muitas vezes superior aos respectivos átomos” – e conclui – “... o *meio* deixou de ser o referencial único ou básico de valor. Os valores (econômicos, patrimoniais, financeiros etc.) passam a apoiar-se ou a serem dimensionados pelos *bits* que estão embutidos num determinado meio.” GRECO, M. A., *Internet e direito*, p. 19.

³⁴¹ Parece-nos que a distinção é relevante, pois conforme nos ensina Jean Carlos Dias “a partir do momento em que se verifica que a base física não é mais indispensável à conservação e resgate da informação, torna-se necessário contextualizar essa realidade ao sistema conceitual adotado pelo nosso ordenamento jurídico atual.” op. cit., p. 82.

³⁴² Ivo Teixeira Gico Junior ilustra bem a característica de “não físico” do documento eletrônico, afirmando para tanto o seguinte: “qualquer usuário dos serviços de *home banking*, que nada mais é do que a possibilidade de se utilizar um computador qualquer como terminal remoto de acesso ao banco, sabe as facilidade que o sistema possibilita. A conexão entre o computador e banco pode ser dar tanto por ligação telefônica direta, quanto por meio da *Internet*. Pois bem, imaginemos que A contrata oralmente B, tradutor juramentado, que este deve realizar trabalho de tradução de um texto que já se encontra em seu poder, e B pede a A que realize o depósito bancário em sua conta corrente antes de iniciar a tradução. A decide fazê-lo por meio do sistema de *home banking*, e após oferecer seus dados e do beneficiário, B no caso, o computador lhe mostra na tela um recibo de transferência, contendo todos os dados e pedindo que, por medida de segurança o mesmo seja impresso. Este documento indicará a instituição intermediadora, os dados acerca de A e B, bem como o valor da transação e data. Indicará, mas não haverá assinatura. Este documento tem algum valor jurídico? E se A não imprimir mas salvá-lo como um arquivo?” op. cit.

Augusto Tavares Rosa Marcacini³⁴³, doutrinador, que, a nosso ver, mais pormenorizadamente trata da matéria, adverte que é preciso atualizar o conceito documento a fim de que este abranja o de documento eletrônico, valorizando-se o pensamento ou fato em detrimento da coisa em que se materializam.

Aduz, assim, o autor supra citado que “documento é o registro de um fato”³⁴⁴, o que o leva a, logo em seguida, afirmar que:

“... o documento eletrônico, como dito acima, não se prende ao meio físico em que está gravado, revestindo-se de autonomia em relação a ele. O documento eletrônico é, então, *uma seqüência de bits que, traduzida por meio de um determinado programa de computador, seja representativa de um fato*. Da mesma forma que os documentos físicos, o documento eletrônico não se resume em escritos: pode ser um texto escrito, como também pode ser um desenho, uma fotografia digitalizada, sons, vídeos, enfim, tudo que puder representar um fato e que esteja armazenado em um arquivo digital.”³⁴⁵

Com isso, passa o autor a traçar um paralelo entre as características do documento físico e do documento eletrônico no que concerne a questão do original e da cópia, implicações que serão de grande valia quando tratarmos da força probante dos documentos eletrônicos.

O documento físico, aqui entendido como aquele que se encontra materializado em algo tangível, vale dizer, o papel, constituirá, conforme nos ensina Augusto Tavares Rosa Marcacini, “um objeto único”³⁴⁶, comportando a extração de vias ou cópias. Já o documento eletrônico, caracterizado por uma determinada *seqüência de bits*, desde que mantida essa propriedade, não apresentará um original.

Se acontecer do documento eletrônico vir a ser impresso, teremos aí, de acordo com a opinião do referido autor, uma cópia do documento. Isso se ele, o documento eletrônico, foi gerado em um meio eletrônico, caso contrário, ou seja, se o documento foi introduzido na memória do computador por meio de um *scanner*, o original será o que se encontra materializado no papel.

Discorda Ivo Teixeira Gico Junior³⁴⁷ do conceito de documento eletrônico tal qual o elaborado por Augusto Tavares Rosa Marcacini, tendo em

³⁴³ MARCACINI, A. T. R., *Direito e informática: uma abordagem jurídica sobre criptografia*, p. 63 et. seq.

³⁴⁴ *Ibid.*, p. 66.

³⁴⁵ *Ibid.*, p. 66.

³⁴⁶ *Ibid.*, p. 68.

³⁴⁷ GICO JUNIOR, I. T., *op. cit.*

vista o fato de que, para ele, a afirmação de que o documento eletrônico representa uma seqüência de *bits* não tem qualquer relevância para o Direito. Isso porque, conforme assevera, se o jurista não pára para pensar em como o cabeçote de um aparelho de videocassete transforma os registros da fita cassete em som e imagem, tampouco deverá preocupar-se com a maneira pela qual o computador armazena as informações.

Arrematando seu raciocínio, afirma o seguinte:

“Não é relevante para o Direito que o documento eletrônico seja organizado na memória do computador como um conjunto de *bits*, assim como não ficamos discutindo que um escrito cartular é um conjunto de símbolos alfanuméricos agrupados segundo uma lógica preestabelecida para formar palavras, que também se agrupam em unidades maiores para formarem frases. A forma de organização não é relevante desde que se obtenha a cognição.”³⁴⁸

A opinião do citado autor parece-nos equivocada. Explicamos o porquê.

Em primeiro lugar porque ao afirmar que o que importa para o Direito é que se obtenha a cognição, está o autor a considerar tão-somente o resultado que a prova, nesse caso o documento eletrônico, provoca, vale dizer, seu conteúdo. Não que este não seja importante, porém o conceito também o é, uma vez que, em nossa opinião, em Direito é primordial começar-se pelo conceito do instituto que se pretende estudar, pois somente assim individualizamos, desde já, nosso objeto de estudo.

Equivocou-se ainda Ivo Teixeira Gico Junior porque conceituar o documento eletrônico como seqüência de *bits* não resume uma desnecessária valorização do processo de arquivamento da informação e sim enaltecer as implicações jurídicas, principalmente em face da legislação vigente, que isso representa. Isso porque, é exatamente a maneira de se arquivar as informações (representação do fato) pelo documento eletrônico que permite compará-lo ao documento e considerá-lo como tal, para, somente então, analisar seu valor probatório.

O processo de arquivamento de dados é, sim, relevante para o Direito, tendo em vista o fato de que é estudando ele, com suas vantagens e fragilidades, que se consegue auferir a confiabilidade, mais precisamente a integridade, do

³⁴⁸ Ibid.

documento eletrônico, coisa que não acontece com a fita de videocassete, por exemplo.

Parece-nos precisa e completa a definição de documento eletrônico como “... seqüência de bits que, traduzida por meio de um determinado programa de computador, seja representativa de um fato”³⁴⁹, por ser a que melhor ilustra o instituto em questão.

Feitas essas considerações pensamos ser necessário enfrentar mais uma questão: documento eletrônico é prova documental ou prova atípica?

Se considerarmos o documento como representante de um fato, parece-nos que, de fato, o documento eletrônico é um documento. Contudo, quando nos lembramos da definição de prova atípica feita por José Carlos Barbosa Moreira³⁵⁰ não podemos deixar de identificar traços comuns, pois como diz, a prova atípica é aquela que se colhe de maneira diversa. Assim, segundo essa definição o documento eletrônico será uma prova atípica, ainda mais quando se leva em conta o conteúdo do artigo 332 do Código de Processo Civil.

É igualmente nesse sentido a lição de José Henrique Barbosa Moreira Lima Neto, para quem o documento eletrônico é “... uma espécie de prova *sui generis*, arrolada fora do capítulo destinado a regulamentação da prova documental.”³⁵¹ E continua, aduzindo que, mesmo sem previsão específica na legislação processual, o documento eletrônico é “... reconhecido por este diploma legal, de forma genérica, como um meio válido desde não esteja eivado de ilicitude.”³⁵²

A despeito de termos o documento eletrônico como uma espécie do gênero documento, ou seja, como prova documental, pensamos ser inútil ater-nos longamente ao assunto, sendo certo que o que verdadeiramente nos interessa é sua confiabilidade como meio de prova.

³⁴⁹ MARCACINI, A. T. R., op. cit., p. 66.

³⁵⁰ BARBOSA MOREIRA, J. C., *Provas atípicas*, p. 116 et. seq.

³⁵¹ LIMA NETO, J. H. B. M., *Aspectos jurídicos do documento eletrônico*, não paginado.

³⁵² Ibid. Transcrição tal qual o texto do autor.

4.5.1

Legislação sobre documento eletrônico: pátria e de direito comparado

Não há em nosso ordenamento jurídico lei, já aprovada, que trate do documento eletrônico, todavia, como já dissemos, não nos parece que isso seja um empecilho a sua utilização como meio de prova.

Há, sim, projetos de lei³⁵³ que regulamentam a matéria, dentre eles o Projeto de Lei n° 1.589/1999, de autoria da Comissão Especial de Informática Jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção São Paulo, o qual, em nossa opinião, melhor trata do assunto e que se encontra no anexo do presente trabalho. É dele, portanto, que falaremos aqui, para, somente em seguida, estudarmos apenas alguns poucos exemplos de legislação estrangeira.

Brasil

O Projeto de Lei 1.589/99³⁵⁴ regulamenta o comércio eletrônico, a validade jurídica do documento eletrônico, bem como a assinatura digital.

De acordo com o projeto de lei, para que o documento eletrônico seja aceito como meio de prova será necessário que esteja assinado mediante sistema de criptografia assimétrica ou de chave pública, do qual trataremos com mais vagar no próximo capítulo.

Importante ressaltar que o projeto de lei, em nosso sentir, avançou consideravelmente ao permitir que os certificados eletrônicos, que nada mais são do que o reconhecimento da autenticidade das chaves públicas, isto é, um reconhecimento de firma, poderão ser emitidos tanto por entidades privadas (artigo 24) como por um tabelião (artigo 25). Os efeitos, entretanto, não serão os mesmos; pois, a certificação feita pelo tabelião gera presunção de veracidade, enquanto que a feita por particular não.

Nele considera-se cópia o documento eletrônico (artigo 14, § 1°) resultante da digitalização de um documento físico e aquele que for fruto da

³⁵³ Projeto de Lei n° 672/1999 do Senado Federal, que tem como fonte inspiradora a lei uniforme da UNCITRAL e o Projeto de Lei n° 1.483/1999 da Câmara dos Deputados, que institui a fatura eletrônica e a assinatura digital, o qual se encontra apensado ao Projeto de Lei n° 1.589/1999.

materialização física, vale dizer, impressão, de um documento eletrônico no original.

Seguindo orientação do Código de Processo Civil, bem como da jurisprudência, o parágrafo 3º do artigo 14 estabelece que a cópia não autenticada terá o mesmo valor probante do original, desde que a parte contra quem se produziu o documento não se insurgir contra ele.

Aplicar-se-ão, subsidiariamente, ao documento eletrônico as disposições sobre prova documental do Código de Processo Civil, naquilo que não colidirem com o projeto de lei.

Lei Modelo da UNCITRAL

A UNCITRAL³⁵⁵ é o órgão das Nações Unidas para legislação sobre comércio internacional que procura, por sua Lei Modelo datada de 1996, dar tratamento internacional uniforme para o tema.

Como o próprio nome diz, funciona como um modelo a ser adotado pelas legislações locais, uma sugestão de regulamentação, seguindo o princípio de neutralidade tecnológica³⁵⁶, uma vez que não se fixa a nenhum processo verificador de autenticidade específico, bastando que o método utilizado seja eficaz.

Dos dispositivos constantes da Lei Modelo, dois nos chamaram a atenção pelo tratamento dado ao documento eletrônico, tendo servido de orientação para a pesquisa desenvolvida no presente trabalho: são eles os artigos 5º e 9º.

O artigo 5º³⁵⁷ impede que se negue efeitos jurídicos a informações pelo simples fato de se encontrarem em forma de mensagem eletrônica. Assim, a

³⁵⁴ Diferentemente do que viemos fazendo até agora, não transcreveremos qualquer dispositivo do Projeto de Lei nº 1.589/99, uma vez que este encontra-se reproduzido em sua íntegra no anexo do presente trabalho.

³⁵⁵ *United Nations Commission on International Trade Law.*

³⁵⁶ CASTRO, A. A., *O documento eletrônico e a assinatura digital(uma visão geral)*, não paginado.

³⁵⁷ Disponível em: <<http://www.uncitral.org/english/texts/electcom/ml-ec.htm>> acesso em: 15 setembro 2002.

Redação original:

“Information shall not be denied legal effect, validity or enforceability solely on the grounds that it is the form of data message.”

Ou redação (outra sugestão) adotada a partir da 31ª sessão da comissão em junho de 1998:

“Information shall not be denied legal effect, validity or enforceability solely on the grounds that it is not contained in the data message purporting to give rise to such legal effect, but is merely referred to in that data message.”

sugestão da Lei Modelo é no sentido de que o fato do documento ter sido gerado eletronicamente não o impede de servir como meio de prova.

O artigo 9° aprofunda um pouco mais a sugestão do artigo 5°, vedando a aplicação de norma jurídica que apresente óbice à admissibilidade de mensagens eletrônicas, com a ressalva de que elas deverão ter sido geradas, armazenadas e transmitidas de modo a se preservar sua confiabilidade.³⁵⁸

Lei do Estado de Utah

A lei do estado de Utah, *Utah Digital Signature Act*, foi a primeira no mundo a regulamentar a utilização das assinaturas eletrônicas³⁵⁹, tendo entrado em vigor em 1995. Ela traz uma seção inteira só com definições, um total de trinta e sete, o que a faz extensa e detalhista.

Das cinco seções em que se encontra dividida, a primeira traz as definições, a segunda regulamenta a atividade das autoridades certificadoras, a terceira determina os deveres da autoridade certificadora, a quarta enumera os efeitos da assinatura digital e a quinta disciplina os bancos de dados de certificados acessíveis *online*.

Importante previsão para o estudo aqui desenvolvido, a nosso ver, é a que trata da validade do documento eletrônico. Prevê assim a lei na quarta seção, 46-3-402, que o documento assinado digitalmente tem validade de um documento com assinatura manuscrita sobre papel.³⁶⁰

O dispositivo é extremamente louvável uma vez que reconhece o documento como válido, quando possível auferir sua autenticidade, ou seja, quando assinado digitalmente através do processo de criptografia assimétrica de que trataremos no próximo capítulo.

³⁵⁸ Redação em seu original:

“(1) In any legal proceedings, nothing in the application of the rules of evidence shall apply so as to deny the admissibility of a data message in evidence:

(a) on the sole ground that it is a data message; or,
 (b) if it is the best evidence that the person adducing it could reasonably be expected to obtain, on the grounds that it is not in its original form.

(2) Information in the form of a data message shall be given due evidential weight. In assessing the evidential weight of a data message, regard shall be had to the reliability of the manner in which the data was generated, stored or communicated, to the reliability of the manner in which the integrity of the information was maintained, to the manner in which its originator was identified, and to any other relevant factor.”

³⁵⁹ MARCACINI, A. T. R., op. cit., p. 59.

³⁶⁰ Disponível em: <<http://www.jmls.edu/cyber/statutes/udsa.html>> acesso em: 23 junho 2003.

“46-3-402 Effect of digital signature.

(1) A digitally signed document is as valid as if it had been written on paper.”

Itália

O diploma legal que regulamenta a matéria na Itália, conforme nos ensina Newton De Lucca³⁶¹, é o Decreto da Presidência da República nº 513, de 10 de novembro de 1997.

O mérito do decreto, segundo o autor citado acima, é sua abrangência o que o faz “... um dos mais importantes documentos legislativos não só da Itália, como de toda a Europa, devendo servir de paradigma para muitas outras legislações, ora em fase de elaboração.”³⁶²

De acordo com a lição de Newton De Lucca o conteúdo do decreto é o seguinte:

“... as definições (art. 1º); o documento informático (art. 2º); os requisitos do documento informático (art. 3º); a forma escrita (art. 4º); a eficácia probatória do documento informático (art. 5º); cópia dos atos e documentos (art. 6º); depósito da chave privada (art. 7º); certificação (art. 8º); obrigações do usuário e do certificador (art. 9º); assinatura digital (art.10); contratos estipulados com instrumentos informáticos ou pela via telemática (art. 11); transmissão do documento (art. 12); sigilo de correspondência transmitida pela via telemática (art. 13); pagamentos informatizados (art. 14); livros e escrituração (art. 15); assinatura digital autenticada (art. 16); chave da codificação da Administração Pública (art. 17); documentos informáticos da Administração Pública (art. 18); subscrição dos documentos informáticos da Administração Pública (art. 19); desenvolvimento de sistemas informáticos da Administração Pública (art. 20); gestão informática do fluxo documental (art. 21) e formulários, módulos e questionários (art. 22).”³⁶³

Salienta ainda o autor, que o decreto supra referido teve sua regulamentação incrementada pelo Decreto do Presidente do Conselho de Ministros, datado de 8 de fevereiro de 1999, estabelecendo as regras técnicas necessárias à operação adequada do sistema.

Portugal

O diploma legal português que versa sobre a força probante do documento eletrônico e a assinatura digital é o Decreto-Lei nº 290-D, de 2 de

³⁶¹ DE LUCCA, N., op. cit., p. 81-82.

³⁶² Ibid., p. 82.

³⁶³ Ibid., p. 81-82.

agosto de 1999³⁶⁴. Ele representa, conforme assevera Newton De Lucca, “... o que há de mais avançado em matéria de comércio eletrônico”³⁶⁵, tendo seguido a Proposta Diretiva do Parlamento Europeu.

Trata-se de mais um estatuto que denota a preocupação com o novo, trazendo em seu corpo³⁶⁶ as definições que reputa relevantes, bem como os requisitos³⁶⁷ para a aceitação do documento eletrônico como meio de prova, previsão esta, que nos parece extremamente importante.

³⁶⁴ Estes são os exatos termos de seu artigo 1º:

“Artigo 1.º (Objecto) 1. O presente diploma regula a validade, eficácia e valor probatório dos documentos electrónicos e a assinatura digital. 2. O regime previsto no presente diploma pode ser tornado aplicável a outras modalidades de assinatura electrónica que satisfaçam exigências de segurança idênticas às da assinatura digital.”

³⁶⁵ DE LUCCA, N., op. cit., p. 82.

³⁶⁶ Legislação acessada no seguinte endereço: <<http://www.cbeji.com.br/br/novidades/legislacao/index.asp>> acesso em: 29 julho 2003.

Referimo-nos ao artigo 2º:

“Artigo 2.º (Definições) Para os fins do presente diploma, entende-se por: a) Documento electrónico: documento elaborado mediante processamento electrónico de dados; b) Assinatura electrónica: resultado de um processamento electrónico de dados susceptível de constituir objecto de direito individual e exclusivo e de ser utilizado para dar a conhecer a autoria de um documento electrónico ao qual seja aposta, de modo que: i. Identifique de forma unívoca o titular como autor do documento; ii. A sua aposição ao documento dependa apenas da vontade do titular; iii. A sua conexão com o documento permita detectar toda e qualquer alteração superveniente do conteúdo deste; c) Assinatura digital: processo de assinatura electrónica baseado em sistema criptográfico assimétrico composto de um algoritmo ou série de algoritmos, mediante o qual é gerado um par de chaves assimétricas exclusivas e interdependentes, uma das quais privada e outra pública, e que permite ao titular usar a chave privada para declarar a autoria do documento electrónico ao qual a assinatura é aposta e concordância com o seu conteúdo, e ao declaratório usar a chave pública para verificar se a assinatura foi criada mediante o uso da correspondente chave privada e se o documento electrónico foi alterado depois de aposta a assinatura; d) Chave privada: elemento do par de chaves assimétricas destinado a ser conhecido apenas pelo seu titular, mediante o qual se apõe a assinatura digital no documento electrónico, ou se decifra um documento electrónico previamente cifrado com a correspondente chave pública; e) Chave pública: elemento do par de chaves assimétricas destinado a ser divulgado, com o qual se verifica a assinatura digital aposta no documento electrónico pelo titular do par de chaves assimétricas, ou se cifra um documento electrónico a transmitir ao titular do mesmo par de chaves; f) Credenciação: Acto pelo qual é reconhecido a uma entidade que o solicite e que exerça actividade de entidade certificadora referida na alínea h) deste artigo o preenchimento dos requisitos definidos no presente diploma para os efeitos nele previstos. g) Autoridade credenciadora: Entidade competente para a credenciação e fiscalização das entidades certificadoras h) Entidade certificadora: entidade ou pessoa singular ou colectiva credenciada que cria ou fornece meios para a criação das chaves, emite os certificados de assinatura, assegura a respectiva publicidade e presta outros serviços relativos a assinaturas digitais; i) Certificado de assinatura: documento electrónico autenticado com assinatura digital e que certifique a titularidade de uma chave pública e o prazo de validade da mesma chave; j) Validação cronológica: declaração de entidade certificadora que atesta a data e hora da criação, expedição ou recepção de um documento electrónico; l) Endereço electrónico: identificação de um equipamento informático adequado para receber e arquivar documentos electrónicos;”

³⁶⁷ “Artigo 3º (Forma e força probatória) 1. O documento electrónico satisfaz o requisito legal de forma escrita quando o seu conteúdo seja susceptível de representação como declaração escrita. 2. Quando lhe seja aposta uma assinatura digital certificada por uma entidade credenciada e com os requisitos previstos neste diploma, o documento electrónico com o conteúdo referido no número anterior tem a força probatória de documento particular assinado, nos termos do artigo 376º do Código Civil. 3. Quando lhe seja aposta uma assinatura digital certificada por uma entidade

Consagra, assim como outros diplomas aqui referido, o uso da criptografia assimétrica³⁶⁸, ou de chave pública, como método capaz de assegurar a confiabilidade do documento eletrônico.

Espanha

Na Espanha a *firma electrónica* está disciplinada pelo Real Decreto-Lei 14, de 17 de setembro de 1999, que, assim como o decreto-lei português, procurou seguir as orientações do Parlamento Europeu, fato que os faz semelhantes em muitos aspectos.

O primeiro deles é o artigo 2^o³⁶⁹, cujo teor é parecido com o do artigo 2^o do decreto-lei português, trazendo as definições reputadas importantes para os efeitos do diploma legal.

credenciada e com os requisitos previstos neste diploma, o documento electrónico cujo conteúdo não seja susceptível de representação como declaração escrita tem a força probatória prevista no artigo 368º do Código Civil e no artigo 167º do Código de Processo Penal. 4. O disposto nos números anteriores não obsta à utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos electrónicos, incluindo a assinatura electrónica não conforme com os requisitos do presente diploma, desde que tal meio seja adoptado pelas partes ao abrigo de válida convenção sobre prova ou seja aceite pela pessoa a quem for oposto o documento. 5. O valor probatório dos documentos electrónicos aos quais não seja aposta uma assinatura digital certificada por uma entidade credenciada e com os requisitos previstos neste diploma é apreciado nos termos gerais de direito.”

³⁶⁸ Conforme se depreende do acima transcrito do artigo 2º, alínea c.

³⁶⁹ Disponível no seguinte endereço:

<<http://www.cbeji.com.br/br/downloads/secao/leyespana.pdf>> acesso em: 29 julho 2003.

“Artículo 2. Definiciones.

A los efectos de este Real Decreto-ley, se establecen las siguientes definiciones:

- a) ‘Firma electrónica’: es el conjunto de datos, en forma electrónica, anejos a otros datos electrónicos o asociados funcionalmente con ellos, utilizados como medio para identificar formalmente al autor o a los autores del documento que la recoge.
- b) ‘Firma electrónica avanzada’: es la firma electrónica que permite la identificación del signatario y ha sido creada por medios que éste mantiene bajo su exclusivo control, de manera que está vinculada únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, lo que permite que sea detectable cualquier modificación ulterior de éstos.
- c) ‘Signatario’: es la persona física que cuenta con un dispositivo de creación de firma y que actúa en nombre propio o en el de una persona física o jurídica a la que representa.
- d) ‘Datos de creación de firma’: son los datos únicos, como códigos o claves criptográficas privadas, que el signatario utiliza para crear la firma electrónica.
- e) ‘Dispositivo de creación de firma’: es un programa o un aparato informático que sirve para aplicar los datos de creación de firma.
- f) ‘Dispositivo seguro de creación de firma’: es un dispositivo de creación de firma que cumple los requisitos establecidos en el artículo 19.
- g) ‘Datos de verificación de firma’: son los datos, como códigos o claves criptográficas públicas, que se utilizan para verificar la firma electrónica.
- h) ‘Dispositivo de verificación de firma’: es un programa o un aparato informático que sirve para aplicar los datos de verificación de firma.
- i) ‘Certificado’: es la certificación electrónica que vincula unos datos de verificación de firma a un signatario y confirma su identidad.

O que nos chamou a atenção como relevante para nosso estudo foi o conteúdo do artigo 3^o, que trata da força probante do documento eletrônico.³⁷⁰

4.6

Confiabilidade do documento eletrônico

Cumprida a tarefa de definir documento, determinar as suas características, bem como analisar os diversos diplomas legais que tratam do assunto, resta-nos responder a seguinte indagação: pode ser o documento eletrônico considerado uma prova confiável? É admissível como meio de prova?

Iniciaremos com a afirmação de José Rogério Cruz e Tucci, para quem “... não se vislumbra qualquer óbice à admissibilidade do documento eletrônico como meio de prova”³⁷¹, dada a previsão contida no artigo 332 do Código de Processo Civil.

Com isso, passamos ao passo seguinte que resume o valor probatório do documento, ou seja, a verificação de sua autenticidade, bem como de sua confiabilidade. Para isso, segundo Elcio Trujillo, a base material do documento

j) ‘Certificado reconocido’: es el certificado que contiene la información descrita en el artículo 8 y es expedido por un prestador de servicios de certificación que cumple los requisitos enumerados en el artículo 12.

k) ‘Prestador de servicios de certificación’: es la persona física o jurídica que expide certificados, pudiendo prestar, además, otros servicios en relación con la firma electrónica.

l) ‘Producto de firma electrónica’: es un programa o un aparato informático o sus componentes específicos, destinados a ser utilizados para la prestación de servicios de firma electrónica por el prestador de servicios de certificación o para la creación o verificación de firma electrónica.

ll) ‘Acreditación voluntaria del prestador de servicios de certificación’: resolución que establece los derechos y obligaciones específicos para la prestación de servicios de certificación y que se dicta, a petición del prestador al que le beneficie, por el organismo público encargado de su supervisión.”

³⁷⁰ “Artículo 3. Efectos jurídicos de la firma electrónica.

1. La firma electrónica avanzada, siempre que esté basada en un certificado reconocido y que haya sido producida por un dispositivo seguro de creación de firma, tendrá, respecto de los datos consignados en forma electrónica, el mismo valor jurídico que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel y será admisible como prueba en juicio, valorándose ésta, según los criterios de apreciación establecidos en las normas procesales.

Se presumirá que la firma electrónica avanzada reúne las condiciones necesarias para producir los efectos indicados en este apartado, cuando el certificado reconocido en que se base, haya sido expedido por un prestador de servicios de certificación acreditado y el dispositivo seguro de creación de firma con el que ésta se produzca se encuentre certificado, con arreglo a lo establecido en el artículo 21.

2. A la firma electrónica que no reúna todos los requisitos previstos en el apartado anterior, no se le negarán efectos jurídicos ni será excluida como prueba en juicio, por el mero hecho de presentarse en forma electrónica.”

deverá ser “indelével”, isto é, imune a qualquer tipo de adulteração sem que se possa notar³⁷².

Outro dado a ser observado para que um documento seja considerado seguro é a sua imputação subjetiva, em outras palavras, sua firma. Essa, conforme nos ensina, diz respeito a sua proveniência, vale dizer, a sua autoria, pois somente com ela ter-se-á a relevância jurídica que tanto nos interessa no presente trabalho.

Assim, pensamos ser possível afirmar que a confiabilidade do documento eletrônico, vale dizer, sua força probante, tal qual a do documento físico dá-se por meio de sua subscrição, autenticidade e integridade.

Nessa mesma esteira, segundo Guilherme Magalhães Martins³⁷³, para que um documento eletrônico seja confiável, vale dizer, impassível de adulteração, é preciso que estejam presentes dois requisitos: a impossibilidade de adulteração, especialmente sem vestígios e a identificação do emitente do documento (da vontade nele expressa) registrada.

Nesse passo cabe-nos ressaltar a opinião de Ivan Lira De Carvalho³⁷⁴, quem, a nosso ver, enfrenta a questão brilhantemente ao relatar a experiência dos Juizados Especiais Federais. Para ele “... desde que resguardada a segurança da informação digital, tanto quanto deve ser preservada a segurança da correspondência tradicionalmente entregue pelo correio, têm ambas a mesma credibilidade para veicular comunicações processuais, inclusive intimações.”

Entendemos que a opinião acima transcrita merece toda nossa consideração e apoio, pois o referido autor enfrenta o problema do modo como achamos correto, sem rodeios. Ora, se vivemos em uma sociedade onde a tecnologia avança a passos largos, não pode o Direito ficar refém de velhos dogmas.³⁷⁵

Para Renato Ópice Blum, os documentos, sejam eles os tradicionais ou eletrônicos, só terão eficácia jurídica se “... possuírem determinadas características

³⁷¹ CRUZ E TUCCI, J. R., Eficácia probatória dos contratos celebrados pela internet. In: DE LUCCA, N.; SIMÃO FILHO, A., *Direito e internet*, p. 279.

³⁷² TRUJILLO, E., op. cit., p. 736.

³⁷³ MARTINS, G. M., *Contratos eletrônicos via internet: problemas relativos à sua formação e execução*, p. 101.

³⁷⁴ CARVALHO, I. L. de., *Os juizados especiais federais e as comunicações processuais eletrônicas. Aspectos da lei 10.259/2001.*, p. 84.

³⁷⁵ Fato esse, a nosso ver, que representa mais um avanço do Direito, exatamente nos mesmos moldes da Lei 9.800/99, que autoriza a remessa de petição por *fac-simile*.

Como outro exemplo disso, temos os Juizados Especiais Federais, cuja lei instituidora prevê expressamente a comunicação dos atos processuais por meio eletrônico.

que tornem possíveis não só a identificação de sua autoria, mas também a certeza de sua não modificação ou indícios de tal.”³⁷⁶

É no mesmo sentido a abalizada doutrina de Augusto Tavares Rosa Marcacini, para quem os requisitos básicos para a aceitação do documento eletrônico como meio de prova são: sua autenticidade e sua integridade.³⁷⁷ Por autenticidade entende a veracidade da autoria declarada no documento e por integridade a impossibilidade de adulteração de modo imperceptível.

Há, entretanto, para o referido autor, um passo anterior ao da verificação de autenticidade do documento, qual seja, a identificação da autoria; pois, conforme nos ensina, como se trata de documento indireto “... necessário se faz, para emprestar-lhe força probante, que seja autêntico e verdadeiro.”³⁷⁸

Assim, explica que quando a lei exigir como prova da autoria a existência de uma assinatura, o mesmo deverá ocorrer com o documento eletrônico. A diferença aqui é que não se terá uma assinatura manuscrita, mas um novo conceito de assinatura que seja “... qualquer meio que possua as mesmas características da assinatura manuscrita, isto é, *que seja um sinal identificável, único e exclusivo de uma dada pessoa.*”³⁷⁹

Em sentido contrário ao da necessidade da assinatura e posterior verificação de autenticidade para que o documento eletrônico seja válido, temos a opinião, de Carlos Alexandre Rodrigues. Defende ele que há outros meio de se comprovar a existência de um contrato eletrônico, dispensando-se, portanto, “... a assinatura na maioria dos contratos feitos via internet, e ainda assim defender sua vinculatividade.”³⁸⁰

Ressaltamos que o autor acima citado, descreve, pensamos, situação anterior a que nos referimos neste item, pois trata ele da existência e eficácia do contrato eletrônico como meio de se estabelecer obrigações oriundas de um negócio jurídico. Esta etapa é anterior à utilização desse contrato eletrônico como meio de prova em juízo, uma vez que se ambas as partes cumprirem com as

³⁷⁶ ÓPICE BLUM, R., A internet e os tribunais. In: REINALDO FILHO, D., *Direito da informática: temas polêmicos*, p. 146.

³⁷⁷ MARCACINI, A. T. R., op. cit., p. 80-81.

³⁷⁸ Ibid., p. 80.

³⁷⁹ Ibid., p. 84.

³⁸⁰ RODRIGUES, C. A., *Da desnecessidade de assinatura para a validade do contrato efetivado via internet*, p. 90.

obrigações previstas no contrato, de fato, será inútil discorrer sobre a necessidade de assinatura ou não para a sua validade.

O mesmo não ocorrerá, todavia, se houver inadimplemento e conseqüente ajuizamento de ação, razão pela qual sentimos ser por demais simplista a opinião do referido autor.³⁸¹

Retomando a questão da assinatura do documento eletrônico, podemos afirmar que é possível, sim, garantir sua autoria através da assinatura eletrônica, assim chamado o gênero dos processos técnicos existentes, do qual é espécie a assinatura digital. Esta é gerada por um processo técnico denominado criptografia, de que trataremos com mais vagar no próximo capítulo.

A assinatura eletrônica, a qual, segundo Guilherme Magalhães Martins³⁸² diz respeito à identificação do autor do documento. Essa assinatura deverá vir na modalidade de firma digital que corresponde, de acordo com a lição de Elcio Trujillo, a “... um conjunto de caracteres alfanuméricos resultante de complexas operações matemáticas de criptografia³⁸³ efetuadas por um computador sobre um documento eletrônico (um texto, uma imagem, um som ou qualquer outro arquivo digital).³⁸⁴

Com relação à integridade, vale dizer, impossibilidade de adulteração sem deixar vestígio, do documento eletrônico, é possível asseverar que é aqui que seu conceito como *seqüência de bits* ganha relevância. Isso porque, em se tratando de uma seqüência de bits, ele não se prende “... a qualquer meio físico, diferentemente do que ocorre com o documento tradicional”³⁸⁵, daí porque afirmamos anteriormente que é exatamente esse conceito que importa para se

³⁸¹ RODRIGUES, C. A., op. cit., p. 92.

Já existe, sim, entre nós o uso da assinatura eletrônica, a despeito da ausência de regulamentação, o que, parece-nos, não é justificativa para sua inutilidade. Isso porque, as empresas de telecomunicação, alvo preferido dos *hackers* e *crackers*, já lançam mão de inúmeros mecanismos de segurança, dentre eles a utilização de senhas, para assegurar a integridade de seus sistemas.

Já há, conforme veremos no próximo capítulo, toda uma estrutura em torno da validade (autenticidade e integridade) dos documentos gerados eletronicamente em virtude do previsto na MP 2.200-2/2001.

³⁸² MARTINS, G. M., op. cit., p. 101.

³⁸³“ Criptografia [De *cript(o)+-grafia*.] S.f. 1. Arte de escrever em cifra ou em código. 2. Conjunto de técnicas que permitem criptografar informações (como mensagens escritas, dados armazenados ou transmitidos por computador, etc.)” FERREIRA, A. B. de H. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*, p. 580.

³⁸⁴ TRUJILLO, E., op. cit., p. 738.

³⁸⁵ MARCACINI, A. T. R., op. cit., p. 85.

auferir sua força probante, visto que devido a essa volatilidade, “... são prontamente alteráveis, sem deixar qualquer vestígio físico.”³⁸⁶

A solução para esse problema, ao contrário do que possa parecer, não é acabar com a mencionada volatilidade, tendo em vista o fato de que é justamente ela que lhe garante ampla utilização nas transações via internet, e sim garantir a inalterabilidade/integridade da *seqüência de bits*.

Novamente será necessário o uso de um processo técnico, vale dizer, da criptografia, a qual se subdivide em: criptografia simétrica, onde se tem um única senha que embaralha e desembaralha o conteúdo do documento; e criptografia assimétrica, em que se tem uma senha para codificar o conteúdo do documento e outra, que lhe é complementar, para decodificá-lo. Esta última é a mais utilizada para os casos em que a informação, ou melhor, o documento eletrônico circulará pela internet por ser mais segura.³⁸⁷

Assim, para que o documento eletrônico seja confiável e venha a cumprir sua função de documento (prova), mantendo-se íntegro, basta que se proceda a criptografia assimétrica. O emitente do documento, ou mensagem, remete-a por intermédio de uma “chave” privada, que funciona como uma senha pessoal sigilosa. O destinatário por sua vez somente poderá ler ou visualizar a mensagem através da chave denominada “chave pública”, distribuída a quem o autor da mensagem quiser, cuja função é permitir a recomposição da estrutura do documento ou mensagem³⁸⁸.

No meio dessa transação temos as chamadas autoridades certificadoras, cuja atividade pode ser definida como de um “cartório digital”, responsável pela emissão de certificados quanto à identidade digital, estes, por sua vez, atestariam a autenticidade da chave pública.

Segundo Guilherme Magalhães Martins, essa autoridade de certificação seria um terceiro que administra e publica as “chaves” públicas, “... além de emitir os certificados, os quais, efetivamente, permitem a verificação da identidade de

³⁸⁶ Ibid., p. 85.

³⁸⁷ Lembremos que quando do item que tratou da legislação pátria e de direito comparado, notamos que os diplomas legais, em sua maioria, adotaram a técnica da criptografia assimétrica, dada sua eficiência.

³⁸⁸ Estamos usando o termo documento ou mensagem aqui de modo extremamente genérico, o que significa que por esses termos podemos entender um *e-mail*, um contrato, uma oferta publicitária, um comprovante de transação bancária, etc.

uma pessoa, inclusive sob plano da capacidade civil, entre outros dados, tal qual a qualificação profissional.”³⁸⁹

4.7

O documento eletrônico nos Tribunais Brasileiros

Podemos afirmar, com certa margem de acerto, que a Lei n° 9.800 de 26 de maio de 1999³⁹⁰, que permite a utilização de sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais, o que é comumente traduzido pelo envio de petição via fac-símile, constitui um marco nos nossos tribunais, tendo em vista o fato de representar uma enorme facilitação do dia a dia forense, facilitação essa proporcionada pelo uso de um recurso que é fruto do avanço tecnológico. Com isso, demonstrou nosso legislador o reconhecimento da necessidade que temos de, constantemente, nos adaptar a uma nova realidade.

O mesmo ocorrerá, esperamos, com a aceitação do documento eletrônico como meio de prova, pois, em que pese não termos ainda previsão específica em lei, também não há, acreditamos, em nosso ordenamento disposição que proíba sua utilização.³⁹¹

Na doutrina, temos ainda José Rodrigues De Carvalho Netto, para quem o documento eletrônico poderá também servir de supedâneo quando da propositura de ação monitória. In: CARVALHO NETTO, J. R., *Da ação monitória*, p. 129-130.

³⁸⁹ MARTINS, G. M., op. cit., p. 102.

³⁹⁰ Lei n.º 9.800/99:

“Art. 1º - É permitida às partes a utilização de sistema de transmissão de dados e imagens tipo fac-símile ou outro similar, para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita.

Art. 2º - A utilização de sistema de transmissão de dados e imagens não prejudica o cumprimento dos prazos, devendo os originais ser entregues em juízo, necessariamente, até cinco dias da data de seu término.

Parágrafo único – Nos atos não sujeitos a prazo, os originais deverão ser entregues, necessariamente, até cinco dias da data da recepção do material.

Art. 3º - Os juízes poderão praticar atos de sua competência à vista de transmissões efetuadas na forma desta lei, sem prejuízo do disposto no artigo anterior.

Art. 4º - Quem fizer uso de sistema de transmissão torna-se responsável pela qualidade e fidelidade do material transmitido, e por sua entrega ao órgão judiciário.

Parágrafo único – Sem prejuízo de outras sanções, o usuário do sistema será considerado litigante de má-fé se não houver perfeita concordância entre o original remetido pelo fac-símile e o original entregue em juízo.

Art. 5º - O disposto nesta lei não obriga a que os órgãos judiciários disponham de equipamentos para a recepção.

Art. 6º - Esta lei entra em vigor trinta dias após a data de sua publicação.”

³⁹¹ O Superior Tribunal de Justiça em plena sintonia com essa nova realidade a que nos referimos aceitou a comprovação de divergência jurisprudencial por meio de acórdão impresso diretamente da página que o tribunal mantém na Internet, vejamos:

Como a Lei nº 9.800/99, em seu artigo primeiro, prevê a utilização do fac-símile *ou outro meio similar*, alguns tribunais têm aceitado o envio de petição por meio eletrônico, isto é, pela Internet. Referimo-nos ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região³⁹², ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, este por meio do Ato Executivo Conjunto n.º 7/2001³⁹³ e ao Tribunal de Justiça do Paraná, Decreto

“RECURSO ESPECIAL. Divergência. Precedente do STJ. Diário da Justiça. Site na internet. Indicado como paradigma acórdão do próprio STJ, com referência ao Diário da Justiça da União, órgão de publicação oficial, e com, a reprodução do inteiro teor divulgado na página que o STJ mantém na Internet, tem-se por formalmente satisfeita a exigência de indicação da fonte do acórdão que serve para caracterizar o dissídio.

EXECUÇÃO. Penhora. Quotas sociais. Sociedade de responsabilidade limitada. Execução contra sócio. É possível a penhora de quota social por dívida do sócio. A cláusula que garante a preferência aos outros sócios na alienação não impede a penhora.

Decisão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUARTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.”

Recurso Especial nº 327.687-SP (2001/0057873-6)

Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar

Disponível no *site* do Superior Tribunal de Justiça: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 14 agosto 2002.

³⁹² Conforme reportagem publicada no Jornal do Comércio, “o tribunal admite que petições intermediárias sejam transmitidas por via eletrônica, mas com a necessidade também do envio da original.” PINHEIRO JÚNIOR, J., *Informática em expansão nos tribunais brasileiros*, p. B15.

³⁹³ Ato Executivo Conjunto no 07/2001:

“Art. 1º - Fica autorizada a utilização do sistema de transmissão de dados por meios eletrônicos para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita, em primeiro e segundo grau de jurisdição, através da página do Tribunal de Justiça - por e-mail.

Art. 2º - É vedado o recebimento pelo sistema citado no artigo anterior:

I - de petições iniciais ou recursais que dependam de preparo, inclusive aquelas sujeitas a isenção do benefício da Gravidade de Justiça, bem como as requeridas pela Fazenda Pública;

II - de petições que venham instruídas com documentos;

III - de pedidos de liminares em tutela cautelar ou antecipatória, em mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, habeas corpus e ação direta de inconstitucionalidade;

IV - de pedidos de efeito suspensivo ou suspensivo ativo em agravos de instrumento;

V - na homologação de acordos;

VI - na desistência de ação ou de recurso e pedidos de preferência e de adiamento;

VII - de petições, inclusive recursais, dirigidas aos Tribunais Superiores (STJ e STF), aos tribunais das demais Unidades da Federação, as de competência da Justiça Federal, do Trabalho, Eleitoral e Militar Federal;

VIII - de petições que contiverem mais de 20 (vinte) laudas.

Art. 3º - O sistema de peticionamento eletrônico só poderá ser utilizado por advogados e unidades judiciárias previamente cadastrados e credenciados através do preenchimento de formulário disponível no "site" do Tribunal de Justiça, aos quais será fornecida senha de acesso;

Art. 4º - A petição deverá ser encaminhada através de uma "tela de encaminhamento de petição", disponível no "site" do Tribunal de Justiça.

Parágrafo único - os campos obrigatórios da "tela de encaminhamento de petição" deverão ser devidamente preenchidos, obrigatório ainda a transmissão da petição em forma de anexo, no formato Word 6.0 ou em versões posteriores.

Art. 5º - A remessa dos originais será efetuada na forma do art. 2º da Lei 9 800/99, devendo-se destacar, no rosto do documento, que se trata de original enviado por e-mail, indicando-se a data do envio da mensagem eletrônica e o número do protocolo/registro recebido.

Judiciário 46 de 30 de janeiro de 2001³⁹⁴, que admitem o envio de petições por via eletrônica.

Importante ressaltar que a petição enviada por correio eletrônico não será subscrita pelo advogado, o que, conforme teor da Lei nº 9.800, bem como do Ato Executivo Conjunto nº 7 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, não impedirá sua aceitação, uma vez que, para que o ato seja considerado válido, deverá a parte remeter a petição assinada (ou o original se se tratar de fax) no prazo estabelecido.

Parágrafo único - o não envio dos originais tornará ineficaz e inválido o ato processual praticado, sem prejuízo da sanções cominadas nos artigos 16 a 18 do CPC.

Art. 6º - Os Departamentos e Serviços de Distribuição, PROGERs, Protocolos Integrados e o Protocolo de Segunda Instância promoverão a conferência e impressão do material recebido, com posterior encaminhamento ao setor competente.

I - O advogado receberá por e-mail, em ate oito horas úteis após a protocolização da petição, a confirmação do numero do protocolo, data e hora do registro, o que valerá como comprovante para efeito de prazo.

II - As petições somente serão recebidas no "site" do Tribunal de Justiça - www.tj.rj.gov.br.

III - As petições transmitidas fora do horário previsto no art. 230 do Código de Organização e Divisão Judiciária do Estado do Rio de Janeiro - CODJERJ serão recebidas e protocoladas no primeiro dia útil imediato ao seu envio.

Art. 7º - Além das sanções processuais acima enumeradas, o uso inadequado das normas estabelecidas neste ato, que venha causar prejuízo ou ameaça de lesão ao direito das partes e ao serviço judiciário, implicará em responsabilidade civil e criminal e imediato descredenciamento do advogado ou interessado.

Art. 8º - A responsabilidade pela adequada remessa das mensagens e tempestividade será inteiramente do remetente, não podendo ser atribuída ao serviço eventual demora ou erros decorrentes da incorreta utilização de informática ou provenientes das contingências e vicissitudes operacionais do sistema, não servindo de escusa para o descumprimento dos prazos legais ou de sua adequação regulamentar.

Art. 9º - Este Ato entrará em vigor no dia 02 de maio de 2001, revogadas as disposições em contrário.”

³⁹⁴ Transcreveremos apenas o primeiro artigo do Decreto Judiciário 46/01, salientando, desde já, que seu teor é bem semelhante ao do Ato Executivo Conjunto 7, acima transcrito em sua íntegra:

“Art. 1º - Fica autorizada a utilização do Sistema de Peticionamento Eletrônico (SPE) para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita, em primeiro e segundo grau de jurisdição, através do uso da Internet (e-mail), nos termos da Lei nº 9.800, de 26 de maio de 1999 e deste Decreto.

§ 1º - Não serão aceitas, pelo sistema (SPE), petições iniciais ou recursais que dependam de preparo, inclusive aquelas sujeitas à isenção do benefício da assistência judiciária gratuita, bem como as requeridas pela Fazenda Pública; petições que venham instruídas com documentos; pedidos de liminares em tutela cautelar ou antecipatória, em mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, habeas corpus e ação direta de inconstitucionalidade; pedidos de efeito suspensivo ou suspensivo ativo em agravos de instrumento; homologação de acordos; desistência de ação ou de recurso e pedidos de preferência e de adiamento.

§ 2º - Também ficam excluídas desta resolução as petições, inclusive recursais, dirigidas aos Tribunais Superiores (STJ e STF), aos tribunais das demais Unidades da Federação, as de competência da Justiça Federal, do Trabalho, Eleitoral e Militar Federal, bem como as relativas a feitos administrativos.

§ 3º - Não será autorizada a impressão de petição encaminhada via e-mail que contiver mais de dez laudas.”

Terá ainda o advogado, conforme disposto no artigo 4º e seu parágrafo único da Lei nº 9.800, responsabilidade pelo teor e fidelidade do que for transmitido, o que parece-nos extremamente louvável. Além disso, a previsão, sentimos, tem um quê de desburocratização, pois ao privilegiar o ofício do advogado, até por lhe imputar responsabilidade, dispensa o intermédio dos cartórios, com seus carimbos e autenticações, tal qual ocorre com o agravo de instrumento³⁹⁵, cujas cópias que o instruem podem ser declaradas autênticas pelo próprio advogado.

O Superior Tribunal de Justiça, assim como o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e o Tribunal de Justiça do Paraná, admitiu, em recente acórdão³⁹⁶, o envio de petição de recurso por via eletrônica, com base em interpretação da Lei nº 9.800³⁹⁷.

³⁹⁵ A Lei nº 10.352/2001 modificou a redação do parágrafo primeiro do artigo 544 do Código de Processo Civil, permitindo que o próprio advogado declare a autenticidade das cópias necessárias à instrução do agravo de instrumento, vejamos:

“Art. 544 – Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo de instrumento, no prazo de dez (10) dias para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso.

§ 1º - O agravo de instrumento será instruído com as peças apresentadas pelas partes, devendo constar obrigatoriamente, sob pena de não conhecimento, cópia do acórdão recorrido, da certidão da respectiva intimação, da petição de interposição do recurso denegado, das contra-razões, da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado. *As cópias das peças do processo poderão ser declaradas autênticas pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade.*” (grifo nosso).

³⁹⁶ “PROCESSUAL CIVIL – RECURSO – APRESENTAÇÃO – CORREIO ELETRÔNICO – INTERNET – POSSIBILIDADE – LEI 9.800/99.

I – O art. 1º, da Lei 9.800/99, outorga às partes a faculdade de utilizar sistema de transmissão de dados e imagens tipo fac-símile ou outro similar, para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita.

II – É plenamente eficaz, como ato processual, a petição remetida por correio eletrônico (Internet), quando os originais, devidamente assinados, são entregues até cinco dias da data do término do prazo recursal. Inteligência da Lei nº 9.800/00.

III – Ausência de omissão. Preclusão das questões levantadas, que deveriam ter sido discutidas na instância *a quo*.

IV – Embargos conhecidos, mas rejeitados.”

Agravo de Instrumento nº 389.941-SP (2001/0062036-2)

Data do Julgamento: 27 de maio de 2003.

Relator Ministro Humberto Gomes de Barros.

Disponível no *site* do Superior Tribunal de Justiça: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 07 julho 2003.

³⁹⁷ Há um projeto de lei (na verdade há vários), Projeto de Lei 966/2003, originalmente do Senado Federal e em trâmite na Câmara dos Deputados, que modifica o artigo 1º da Lei nº 9.800, para que este passe a ter a seguinte redação:

“Art. 1º - É permitida às partes a utilização de sistema de transmissão de dados e imagens tipo fac-símile, correio eletrônico ou outro similar, para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita.

§ 1º -

§ 2º - É dispensada a entrega dos originais a que se refere o *caput*, se o ato processual praticado for assinado eletronicamente com base em certificado digital emitido pela Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil.”

Notamos assim que nossos tribunais, com raras exceções³⁹⁸, estão em compasso com as mudanças pelas quais nossa sociedade vem passando, pois têm procurado fazer os investimentos necessários a sua modernização.

³⁹⁸ Referimo-nos ao Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, o qual, de acordo com reportagem publicada no Jornal do Comércio, “... é um dos órgão mais atrasados da Justiça em termos de informatização”, fato este reconhecido por seu presidente Juiz Nelson Tomaz Braga

5

Recursos tecnológicos capazes de imprimir segurança ao documento eletrônico

Há alguns recursos tecnológicos que garantem a autenticidade e a integridade, melhor dizendo, a segurança do documento eletrônico, o uso de *senhas*, por exemplo, é um deles.

Além das senhas, comumente utilizadas nas operações bancárias, tanto nos terminais eletrônicos nas agências como pelos computadores de casa, há ainda a *criptografia*, a *esteganografia* e a *biometria*.

Trataremos da criptografia mais detalhadamente no próximo item, por ora apenas afirmaremos resumir uma técnica em que se codifica a mensagem, o documento, de modo a torná-lo incompreensível a quem tentar interceptá-lo, sendo possível, com o uso adequado da técnica, recuperar seu conteúdo.

A esteganografia é tida, por Marco Aurélio Greco, como uma espécie de criptografia em que, além de se codificar a mensagem, lhe é acrescentada uma marca d'água digital. Assim, o documento eletrônico ao ser decodificado faria surgir juntamente com seu conteúdo “... um timbre ou desenho superposto que não o prejudicaria mas cuja inexistência (falta da marca d'água) indicaria não se tratar do documento correto.”³⁹⁹

Todavia, Augusto Tavares Rosa Marcacini, afirma que a esteganografia, a despeito de representar um modo de se enviar mensagens sigilosas tal qual a criptografia, com ela não se confunde, pois “... não serve para os propósitos de autenticação, nem permite gerar assinaturas digitais.”⁴⁰⁰

Para ele, a esteganografia é de grande utilidade quando aplicada em conjunto com a criptografia, tendo-se, com isso, um incremento na segurança da

devido a “... dificuldades do órgão para promover a implantação da tecnologia.” PINHEIRO JÚNIOR, J., *Informática em expansão nos tribunais brasileiros*, p. B15.

³⁹⁹ GRECO, M. A., op. cit., p. 43.

⁴⁰⁰ MARCACINI, A. T. R., op. cit., p. 56.

comunicação, “... pois é possível primeiramente cifrar a mensagem e, depois, escondê-la em um arquivo inocente antes de ser remetida.”⁴⁰¹

Há ainda a biometria, “... ramo da ciência que estuda a mensuração dos seres vivos, os atributos biológicos quantitativos pertencentes a uma população de seres vivos, e que envolve a análise estatística de características biológicas.”⁴⁰² Com isso, temos a possibilidade de se proceder a chamada *verificação biométrica*, por meio da qual é viável averiguar a identidade do indivíduo “... examinando-se uma característica fisiológica, única (até então) e pessoal, ou por meio de análise de características de comportamento.”⁴⁰³

As características fisiológicas representam as “... particularidades físicas estáveis de cada ser humano, como a impressão palmar, formato da íris, DNA, entre outras, em que praticamente inexistem alterações.”⁴⁰⁴ Já as características comportamentais representadas por uma assinatura, por padrões de voz, de digitação entre outras, apresentam certa variabilidade (instabilidade) porque “... são influenciadas por fatores físicos externos, o que gera a necessidade de se atualizarem os padrões de controle biométrico com maior periodicidade.”⁴⁰⁵

Em que pese se tratar de técnica extremamente confiável e precisa pelo alto grau de certeza que imprime ao documento, ainda não é utilizada em larga escala dado seu custo, ou melhor, alto custo, ficando adstrita a casos onde se pretende obter alta segurança.⁴⁰⁶

Os recursos tecnológicos utilizados para garantir a autenticidade lançam mão da chamada assinatura eletrônica. Esta, segundo Angelo Volpi Neto⁴⁰⁷, representa o seguinte:

“É a denominação geral para as diferentes formas de verificação de autoria de um documento eletrônico. As diversas tecnologias hoje existentes permitem a identificação do autor do documento eletrônico por várias maneiras seja pela leitura da impressão digital, sinais específicos contidos na íris humana, reconhecimento de voz, de assinatura manuscrita captada por leitor ótico, cartões magnéticos (*smart cards*), *tokens* (objeto de dados estruturado, pode

⁴⁰¹ Ibid., p. 57.

⁴⁰² MATTE, M., *Assinatura eletrônica biométrica – reflexões sobre os impactos da clonagem humana*, p. 184.

⁴⁰³ Ibid., p. 184.

⁴⁰⁴ Ibid., p. 184.

⁴⁰⁵ Ibid., p. 184.

⁴⁰⁶ BARRETTO, A. C. H., Assinaturas eletrônicas e certificação. In: ROCHA FILHO, V. de O. (coord.), *O direito e a internet*, p. 5.

⁴⁰⁷ VOLPI NETO, A., *Comércio eletrônico: Direito e segurança*, p. 52.

ser por exemplo um cartão que produz uma senha) etc. Há também o entendimento de que assinaturas eletrônicas são todas as tecnologias usadas para substituir assinaturas manuscritas em um meio eletrônico.”

Para Maurício Matte a assinatura eletrônica

“... possui uma descrição genérica e abrange as diversas espécies de técnicas empregadas, como, por exemplo, a já mencionada *assinatura digital* (criptografia assimétrica), a senha (criptografia simétrica), o PIN (Personal Identifier Number); a assinatura biométrica (reconhecimento das características fisiológicas e comportamentais) etc. e, também, os diversos dispositivos eletrônicos.

...

Portanto, é recomendável o emprego do termo *assinatura eletrônica* em vez de *assinatura digital*, pois se podem determinar, *a posteriori*, as espécies a serem utilizadas, como: digital, biométrica etc.”⁴⁰⁸

Desse modo, notamos que por assinatura eletrônica tem-se o gênero, onde “... podemos enquadrar vários tipos diferentes de processos técnicos, e todos, sem exceção, precisam de meios informáticos (*software* ou *hardware*) para serem aplicados.”⁴⁰⁹

Importa-nos, para efeito do presente estudo, a chamada *assinatura digital*, que representa aquela espécie de assinatura eletrônica obtida pelo emprego da técnica de criptografia assimétrica, caracterizada como “... mecanismo digital utilizado para fornecer confiabilidade, tanto sobre a genuinidade como sobre a autenticidade de um documento eletrônico.”⁴¹⁰

⁴⁰⁸ MATTE, M., op. cit., p. 184.

⁴⁰⁹ OPICE BLUM, R., O processo eletrônico: assinaturas, provas, documentos e instrumentos digitais. In: OPICE BLUM, R. (coord.), *Direito eletrônico: a internet e os tribunais*, p. 48.

⁴¹⁰ VOLPI, M. M., op. cit., p. 369.

5.1.

Criptografia: histórico e conceito

A técnica de criptografia é quase tão antiga quanto a escrita⁴¹¹, pois há relatos de seu uso na Grécia e Roma antigas quando os generais valiam-se de mensagens codificadas para os campos de batalha.⁴¹²

Todavia, a criptografia, como modernamente entendida, surge concomitantemente ao computador, para servir aos propósitos de uma guerra, a Segunda Guerra Mundial⁴¹³; porém, com aplicação em larga escala já em tempos de paz, tal qual ocorreu com a Internet, conforme já afirmamos no segundo capítulo do presente trabalho.

Em função desse uso militar, a criptografia tem seu uso restrito em alguns países, como, por exemplo, os Estados Unidos, que, até janeiro de 2000, proibia a exportação de produtos criptográficos.⁴¹⁴ Tanto é que o desenvolvimento de algoritmos matemáticos⁴¹⁵ foi, durante muito tempo mantido em segredo, financiado fundamentalmente pela NSA (*National Security Agency*), agência de segurança nacional norte-americana.⁴¹⁶

⁴¹¹ Augusto Tavares Rosa Marcacini afirma que “há indícios de que, na Antigüidade, foi conhecida no Egito, Mesopotâmia, Índia e China, mas não se sabe bem qual foi sua origem, e pouco se sabe acerca de seu uso nos primórdios da História.” Op. cit., p.10.

⁴¹² BARRETTO, A. C. H., op. cit., p. 7.

Augusto Tavares Rosa Marcacini aduz que “na Roma antiga, Júlio César utilizava um método para cifrar sua correspondência, pelo qual cada letra do texto era substituída pela terceira letra subsequente no alfabeto.” Op. cit., p. 10.

⁴¹³ “La Criptografía moderna nace al mismo tiempo que las computadoras. Durante la Segunda Guerra Mundial, en un lugar llamado Bletchley Park, un grupo de científicos entre los que se encontraba Alan Turing, trabajaba en el proyecto ULTRA tratando de descifrar los mensajes enviados por el ejército alemán con los más sofisticados ingenios de codificación ideados hasta entonces: la máquina ENIGMA y el cifrado Lorenz. Este grupo de científicos diseñó y utilizó el primer computador de la Historia, denominado Colossus —aunque esta información permaneció en secreto hasta mediados de los 70—.” LÓPEZ, M. J. L. *Criptografía y seguridad en computadores*, p. 22.

⁴¹⁴ Proibição contida no ITAR (*International Traffic in Arms Regulation*), lei que restringe a exportação de armamento bélico como lança-chamas, mísseis, etc. MARCACINI, A. T. R., op. cit., p. 13.

⁴¹⁵ Funções matemáticas que aplicadas a documentos eletrônicos permitem codificá-lo.

⁴¹⁶ Conforme lição de Manuel J. Lucena López, vejamos:

“Financiadas fundamentalmente por la NSA (Agencia Nacional de Seguridad de los EE.UU.), la mayor parte de las investigaciones hasta hace relativamente poco tiempo han sido tratadas como secretos militares. Sin embargo, en los últimos años, investigaciones serias llevadas a cabo en universidades de todo el mundo han logrado que la Criptografía sea una ciencia al alcance de todos, y que se convierta en la piedra angular de asuntos tan importantes como el comercio electrónico, la telefonía móvil, o las nuevas plataformas de distribución de contenidos multimedia. Esta dualidad civil–militar ha dado lugar a una curiosa doble historia de la Criptografía, en la que los mismos algoritmos eran descubiertos, con pocos años de diferencia, primero por equipos de

Criptografar resume “... a arte de escrever em cifra ou em código, de modo a permitir que somente quem conheça o código possa ler a mensagem”.⁴¹⁷

Significa ainda “... tornar uma mensagem incompreensível, codificá-la, fazendo com que a mesma fique protegida, no caso de uma interceptação indesejada por terceiros, possibilitando, a recuperação do seu formato inicial.”⁴¹⁸

Davi Monteiro Diniz apresenta o seguinte conceito:

“A criptografia consiste em uma escrita que se baseia em um conjunto de símbolos cujo significado é conhecido por poucos, permitindo com isso que se criem textos que serão incompreensíveis aos que não saibam o padrão de conversão necessário para sua leitura.”⁴¹⁹

Rodney de Castro Peixoto conceitua criptografia como “... um método de alteração matemática do código de qualquer arquivo, com o uso de rotinas de programas que tornam o conteúdo dos dados alterados incompreensível, portanto seguro contra interferências não autorizadas.”⁴²⁰

Sendo assim, o uso da criptografia permite esconder, vale dizer, tornar secreto o conteúdo de um documento formado eletronicamente, o que, conseqüentemente, conforme nos ensina Ana Carolina Horta Barretto, assegura a integridade do dados, na medida em que garante

“... a certeza de que a informação não sofreu alteração não autorizada em sua forma original e conteúdo, permitindo, por exemplo que o destinatário de uma mensagem enviada por meio de rede aberta assegure-se de que a mensagem não foi alterada em trânsito.”⁴²¹

Newton De Lucca adverte que a força de um sistema de criptografia é baseada na existência de cinco princípios, são eles:

“1. Identificação;

anónimos militares y posteriormente por matemáticos civiles, alcanzando únicamente estos últimos el reconocimiento público por sus trabajos.” LÓPEZ, M. J. L., op. cit., p. 23.

⁴¹⁷ MARCACINI, A. T. R., op. cit., p. 9.

⁴¹⁸ GROTTI, F. M., op. cit., p. 66.

⁴¹⁹ DINIZ, D. M., *Documentos eletrônicos, assinaturas digitais: um estudo sobre a qualificação dos arquivos digitais como documentos*, p. 64.

⁴²⁰ PEIXOTO, R. de C., *Introdução à tecnologia de infra-estrutura de chaves públicas*, não paginado.

⁴²¹ BARRETTO, A. C. H., op. cit., p. 7.

2. autenticação;
3. impedimento de rejeição;
4. verificação;
5. privacidade.

No que consistem tais princípios?

1. *identificação*: verificação se o remetente da mensagem é, efetivamente, quem diz ser;
2. *autenticidade*: identificação do verdadeiro remetente do texto criptografado e certeza de sua não adulteração;
3. *impedimento de rejeição*: condição de evitar a possibilidade de a pessoa que efetuou o envio de arquivos ou dados vir a negar que o tenha feito;
4. *verificação*: capacidade de, com segurança, proceder-se à identificação e à autenticação de uma determinada mensagem criptografada;
5. *privacidade*: possibilidade de o criptossistema tornar inacessíveis as mensagens aos olhares curiosos.⁴²²

Nessa mesma esteira, Rodney de Castro Peixoto⁴²³, adverte que, para que se tenha um nível adequado, melhor dizendo, satisfatório de segurança nos meios digitais é necessário que se observe quatro requisitos: autenticidade, integridade, privacidade e confidencialidade.

Conforme veremos mais adiante, o sistema de criptografia assimétrica observa tanto os cinco princípios enumerados por Newton de Lucca, quanto os quatro requisitos apresentados Rodney de Castro Peixoto, uma vez que ambos critérios guardam fortes semelhanças entre si.

Augusto Tavares Rosa Marcacini traz duas tarefas que se consegue realizar por meio da criptografia e que são de extrema utilidade para os operadores do Direito, conseqüentemente para nosso estudo, quais sejam: a criação de assinaturas digitais em documentos eletrônicos, as quais permitem imprimir autenticidade a eles, autenticidade essa, conforme leciona, traduzida pelo binômio identificação de autoria e integridade do conteúdo do documento; e o sigilo nas comunicações feitas através da internet.⁴²⁴

⁴²² DE LUCCA, N., op. cit., p. 58.

⁴²³ PEIXOTO, R. de C., op. cit., não paginado.

⁴²⁴ MARCACINI, A. T. R., op. cit., p. 7.

5.2.

Criptografia simétrica

Na criptografia simétrica, também chamada de criptografia de chave privada, utiliza-se a mesma chave tanto para codificar quanto para decodificar a mensagem, o que acaba por fazer dela um procedimento mais ágil, embora não tão seguro.

Dessa maneira, empregando-se essa técnica, é necessário que se conheça a chave que criptografou a mensagem para que se possa decodificá-la, o que nos leva a uma advertência, a saber, a chave privada (aquela que codifica e decodifica a mensagem) deverá ser mantida no mais absoluto sigilo, sob pena de se comprometer a segurança da comunicação.

Conhecerão a chave privada, conseqüentemente, o emissor e o receptor da mensagem codificada, fato que “... limita as suas aplicações práticas ao envio de mensagens com segurança e à proteção dos próprios dados e informações.”⁴²⁵

Mesmo não tendo grande utilidade, por motivos de segurança, na troca de comunicações via internet, a criptografia simétrica não é de todo imprestável, na medida em que é possível utilizá-la para proteção de arquivos pessoais, evitando-se que estranhos tenham acesso a eles.

Segundo nos ensina Augusto Tavares Rosa Marcacini, “o usuário encripta seus arquivos utilizando dada chave e depois, quando quiser acessá-los, ele próprio os decifra utilizando a mesma chave.”⁴²⁶

Entretanto essa não é sua única utilidade. Por ser rápida, a criptografia simétrica tem aplicação nas chamadas VPN (*Virtual Private Net*), que consistem em canais de comunicação, geralmente criados entre a empresa matriz e sua (s) filial (is), onde há grande fluxo de troca de informações.

⁴²⁵ MARCACINI, A. T. R., op. cit., p. 21.

⁴²⁶ Ibid., p. 21.

5.3.

Criptografia assimétrica

Falar em criptografia assimétrica implica, necessariamente, em noticiar a expansão e popularização de um *software* chamado PGP (*Pretty Good Privacy*), que em português significa “privacidade muito boa”, disponibilizado gratuitamente pela Internet, desde seja para uso não comercial.⁴²⁷

O PGP, idealizado por Philip Zimmermann, “... significou um protesto em defesa das liberdades civis, em prol do direito à privacidade, intimidade e sigilo das comunicações.”⁴²⁸ Isso porque, como já afirmamos, o governo norte-americano criou restrições ao uso da criptografia.⁴²⁹

A despeito das inúmeras tentativas de se calar o criador do PGP, o programa, não só, mas também pela disponibilidade gratuita, acabou popularizando-se e vem sendo amplamente utilizado mundo afora. Com isso, o programa demonstrou outro atributo, sua eficiência, pois a utilização em larga escala permitiu que o programa fosse posto à prova e, principalmente, propiciou o desenvolvimento de novas versões para as diferentes interfaces disponíveis no mercado.

Passemos, então, a tratar de como funciona a criptografia assimétrica, sem antes, porém, asseverar que, ao contrário do que possa parecer, ela já é reconhecida como ferramenta indispensável à segurança das relações negociais desenvolvidas no âmbito da Internet.⁴³⁰

⁴²⁷ Esse é o alerta encontrado nos *sites* que disponibilizam o programa para *download*, como o do MIT (*Massachusetts Institute of Technology*): <<http://web.mit.edu/network/pgp.html>>

De acordo com Augusto Tavares Rosa Marcacini o PGP “... é hoje um *software* comercial produzido pela Network Associates Inc. – NAI.” Op. cit., p. 15.

⁴²⁸ MARCACINI, A. T. R., op. cit., p. 15.

⁴²⁹ “O PGP adentra a história da criptografia em 1991, quando Philip Zimmermann o desenvolveu, disponibilizando o programa e o código fonte gratuitamente por meio da Internet, como uma forma de contestação ao ITAR e às propostas então defendidas pelo governo norte-americano, no sentido de impor padrões de criptografia enfraquecidos, ou contendo alguma *back door*. A sua intenção, com a criação e distribuição gratuita do PGP, como declarado no manual que acompanhava o programa, foi a de permitir a qualquer internauta do globo o acesso à mais moderna tecnologia de criptografia de dados, antes que os governos conseguissem proibir o seu uso pelo cidadão comum. E Phil Zimmermann conseguiu seu intento: O PGP acabou ganhando o mundo, desconhecendo fronteiras, de modo que, poucos anos depois, já seria considerado um padrão ‘de fato’ de criptografia no ciberespaço. O desafio, porém, não lhe custou barato. Mr. Zimmermann foi investigado, sob a acusação de violar as leis norte-americanas de restrição às exportações de equipamentos militares, processo que, após quatro anos, acabou sendo arquivado, em janeiro de 1996.” MARCACINI, A. T. R., op. cit., p. 15-16.

⁴³⁰ “O uso da criptografia abrange amplo espectro. Além de ser utilizada nos procedimentos de assinaturas digitais em documentos eletrônicos, a ela também se recorre para codificar o número

A criptografia assimétrica, também denominada de criptografia de chave pública, ao contrário da simétrica, utiliza-se de duas chaves, uma privada e outra pública complementares e fruto de um cálculo matemático feito pelo computador.⁴³¹

Codificando-se a mensagem (ou documento eletrônico) com a chave pública, a operação inversa, vale dizer, a decodificação da mensagem só se dará com o uso da chave privada complementar. É possível ainda codificar a mensagem com a chave privada, sendo necessário, igualmente, o uso da chave pública complementar para se decifrar a mensagem.

É o que Ana Carolina Horta Barreto traz como uma das vantagens da criptografia assimétrica: “... a chave pública e a chave privada poderem ser utilizadas tanto para encriptar quanto para decriptar, sendo suas funções intercambiáveis.”⁴³²

Assim, uma simples frase *essa é uma mensagem secreta*, criptografada equivale a:

-----BEGIN PGP MESSAGE-----

Version: PGPfreeware 7.0.3 for non-commercial use <<http://www.pgp.com>>

qANQR1DBwU4DWODrbCYHSiMQB/9YkY0tmEzhrkNd0YYJmm500esv
KN0JTxFOLIBb
SqsjS7xPE005O2hKdXlaiHa0cOF/2YceNarSjDvj1SbFyDLGO6X22sWK8by
NMQI5
NpwmKloucI4YUpZ6SAsTuKEWvrokPegegqx/P55qmhwReWMA/zqUqOPc
+svQ2C5A
tEhH5thM3p8XuE+VvLzeP8EXsPU83W6eXzLody3N0HEea39GtNwfJfvv8g
jVlZUJ
9IDLjgBQtPYf2bfUtgcxyiVnKx4CTES248NA1aoK957VsMFEeyfc3FS7vum
b0HeH
8/R0ohO8QuGt00Zgpse6DI/Vp+tryv7ZjxxLVxUjtIMvJtqPCACj73PMWyN
Ns2YK
LDFktQWSEf6LzZtbTTtB9kVelXc8GM1kDwRfDiFY+nGXA/zOxujX6Tw
U3OFJdQXY
SqjWtF78Y5L7qofCAJRClE NBCAUSxrhW1FZ3loNvZR8WAYiEOojVk8pRe
fAxVbMa
4H9ATplpaggAd0jPFybckPbwX/gE7a+Ni8slrSU8Flby7ujvQgReF9ll2U5Ewe

do cartão de crédito, realizar pagamentos via Internet e proteger operações de alto risco realizadas via Rede. Ou seja, a criptografia é reconhecida como ferramenta indispensável à proteção, confiabilidade e segurança das comunicações e das operações virtuais.” GROTTI, F. M., op. cit., p. 68.

⁴³¹ “O par de chaves, por sua vez, é também gerado pelo programa a partir de sofisticados cálculos, para que possam ser encontrados dois números que sejam de tal forma relacionados entre si, que sirvam um como chave pública e outro como chave privada.” MARCACINI, A. T. R., op. cit., p. 27.

⁴³² BARRETTO, A. C. H., op. cit., p. 10.

```

DI
ALYUdRzud3pm6MEvK641B2rFJs/7zme4Jb0fRU/3quqWVRCFYJCcbOfVt
ZkMCgJx
3/kpV2Q5YFdBi830etHaMJ1TZ0/xzxHb/tArXIWWuf2sOYEim+bjKGS1jZ5
Dtdno
ZAh2XtykySKzW60jG8iXTa1i0z61Vftng+XFILqS7dlcf5IampneImyS
=qBWv
-----END PGP MESSAGE-----

```

O que não será possível é o uso da mesma chave que codificou a mensagem para decodificá-la, tendo em vista o fato de que a função matemática aplicada não comporta operação inversa⁴³³, o que, na opinião de Augusto Tavares Rosa Marcacini, resume “... a grande genialidade da criptografia assimétrica: ela se utiliza de funções matemáticas *que não têm retorno*.”⁴³⁴

Todavia, em que pese o uso das funções sem retorno representarem um atrativo a mais para o uso da criptografia assimétrica, não é só isso que garante sua segurança. Segundo Augusto Tavares Rosa Marcacini, a segurança da criptografia “... está relacionada com a consistência do algoritmo e o tamanho da chave.”⁴³⁵

O algoritmo utilizado pelo PGP é divulgado por seu criador, o que permite que a comunidade científica teste-o, já tendo sido comprovada, por via de consequência sua consistência.⁴³⁶

No tocante ao tamanho da chave, podemos afirmar que são atualmente consideradas seguras as chaves de 1024 *bits*, pois são chaves que geram números

⁴³³ Conforme nos explica Ana Carolina Horta Barretto “o conceito matemático por trás da técnica de criptografia assimétrica é o das funções matemáticas irreversíveis (*one-way functions*), funções fáceis de realizar mas difíceis de reverter. A multiplicação e a fatoração constituem uma função matemática irreversível. Multiplicar dois números primos grandes para produzir um número muito grande é fácil, mas fatorar esse número muito grande para chegar aos dois números primos que o compuseram é difícil. Logicamente, fatorar mesmo um número gigantesco torna-se fácil ao se conhecer um dos números utilizados na multiplicação.” Op. cit., p. 8.

⁴³⁴ MARCACINI, A. T. R., op. cit., p. 26.

⁴³⁵ Ibid., p. 40.

⁴³⁶ Quanto à consistência do algoritmo, assevera Augusto Tavares Rosa Marcacini que primeiro “... é unânime consenso em textos técnicos que comentam o grau de segurança de sistemas criptográficos, afirmar-se que um programa de criptografia que empregue algoritmo conhecido e público deve ser mais seguro que outro, cujo algoritmo não tenha sido divulgado pelo seu criador. Pode parecer ilógico, à primeira vista, já que se pode pensar que a ‘alma do negócio’ é manter o funcionamento do sistema em segredo. Mas não é: sendo pública a fórmula matemática, está ela sujeita ao crivo da comunidade científica, que poderá testá-la e certamente divulgará eventual falha existente. Mesmo para um *expert* no assunto, é impossível construir um algoritmo de criptografia e ter certeza acerca de sua segurança. Esta certeza somente advém do estudo prolongado das operações matemáticas envolvidas, na tentativa de encontrar ‘atalhos’ ou meios de se decifrar a mensagem sem conhecer a chave. Mesmo no que toca aos algoritmos conhecidos e considerados seguros, esta segurança provém do fato de que, após anos e anos de investigação, não se encontrou uma maneira viável de quebrar o código.” Op. cit., p. 40-41.

tão absurdamente grandes, que são tidos como de descoberta (pelo processo de fatoração) muito improvável.⁴³⁷

Parece-nos importante ressaltar que, muito embora a criptografia assimétrica seja considerada uma técnica segura, adotada pela maioria dos diplomas legais mencionados no capítulo anterior, ela não é perfeita e infalível, até porque em se tratando de algo criado pelo homem, já traz consigo um quê de perfeição inatingível. É certo, porém, aduzir que “... pelo atual estágio de desenvolvimento, não se tem notícia de ser possível quebrar a segurança de sistemas que tenham algoritmos consistentes e utilizem chaves a partir de um certo tamanho.”⁴³⁸

Perguntamos: onde ficam as chaves pública e privada?

Como já dissemos, o par de chaves é gerado em conjunto pelo *software* de criptografia, ficando ambas as chaves, desde logo, armazenadas no disco rígido do computador do usuário.

A chave pública será disponibilizada pelo detentor da chave privada para *download* daqueles que desejem enviar-lhe um documento sigiloso. Essa disponibilidade ocorre na Internet, por meio de páginas (*sites*) pessoais ou nos chamados servidores de chave, que são computadores que armazenam chaves públicas.

Já a chave privada deverá ser muito bem guardada.⁴³⁹ Em se tratando de um usuário do PGP, programa que utilizamos no presente estudo, o que ocorre é que a chave privada é também cifrada, só que por criptografia simétrica, “... de modo que só possa ser acessada digitando-se uma ‘frase-senha’ (verdadeiramente,

⁴³⁷ Um exemplo de Augusto Tavares Rosa Marcacini referindo-se a chaves de criptografia simétrica de 128 *bits* e, portanto, muito menores do que as aqui consideradas, esclarece “... se, durante 24 horas por dia, forem utilizados um bilhão de computadores, cada um com velocidade para testar um trilhão de chaves por segundo (vejam que estou sendo extremamente favorável ao nosso interceptador!), serão necessários 10.790.283.070 de anos – o dobro da idade estimada de nosso planeta – para se experimentar todas as chaves.” Op. cit., p. 44-45.

Mais adiante em sua obra, esclarece o autor que as “chaves assimétricas de apenas 512 bits já não são consideradas seguras. Em 1999, uma chave de 512 bits foi fatorada, demonstração que demandou o uso de 292 computadores, durante pouco mais de cinco meses.” Op. cit. 47.

Com isso concluímos que a fatoração, ou melhor, a descoberta da chave não é impossível, ela é improvável.

⁴³⁸ MARCACINI, A. T. R., op. cit., p. 47.

⁴³⁹ “Como os nomes sugerem, a *chave pública* pode ser dada ao conhecimento de todos (é comum, na rede, deixar a chave pública disponível para *download*), enquanto a *chave privada* deve ser guardada a sete chaves (se permitem o trocadilho!) pelo seu titular.” MARCACINI, A. T. R., op. cit., p. 28.

uma *frase*, que pode conter muitas palavras, espaços, sinais, etc.) escolhida pelo próprio usuário no momento da criação do par.”⁴⁴⁰

O problema é que, como a chave privada fica armazenada no computador, surge uma desvantagem, a saber, a imobilidade; pois, “... o usuário necessita sempre de seu computador para assinar digitalmente um arquivo, e está mais exposto a violações.”⁴⁴¹

Notamos, portanto, que a chave privada, além de servir para criptografar um documento ou decifrar um que tenha sido criptografado com a chave pública, serve também para assinar digitalmente um documento. Passemos, então, ao estudo da assinatura digital.

5.3.1.

Assinatura digital

Assinatura digital “... é o resultado de uma operação matemática, utilizando algoritmos de criptografia assimétrica”⁴⁴², logo ela em nada se assemelha a uma assinatura manuscrita.

Angelo Volpi Neto explica-a da seguinte forma:

“... é o resultado da aplicação de uma chave particular em um documento informático, de forma que quem quiser verificar sua autenticidade, e dispuser da chave pública, poderá ter certeza da proveniência do documento daquele que possui a chave privada, bem como da integridade do documento pela aplicação da assinatura digital.”⁴⁴³

A assinatura digital, gerada somente pela criptografia assimétrica, segundo Ana Carolina Horta Barretto, apresenta três funções distintas, funções essas que seguem a mesma linha dos cinco princípios que determinam a força de um sistema de criptografia enumerados por Newton De Lucca e os quatro requisitos para a segurança dos meios digitais trazidos por Rodney de Castro Peixoto, daí porque afirmamos então que ambos critérios são obedecidos pela criptografia assimétrica, são elas:

⁴⁴⁰ Ibid., p. 49.

⁴⁴¹ BARRETTO, A. C. H., op. cit., p. 10.

⁴⁴² MARCACINI, A. T. R., op. cit., p. 32.

“Autenticação: autenticar a identidade da pessoa que assinou a informação de modo a saber quem participou da transação.

Integridade: proteger a integridade da informação de modo a tornar possível saber se a mensagem lida não foi modificada, quer acidentalmente, quer propositadamente.

Não-repúdio: permitir que se prove posteriormente quem participou de uma transação de modo a não permitir que quem recebeu ou enviou a informação negue tal fato.”⁴⁴⁴

Ainda nessa mesma linha, embora de maneira mais detalhada, Renato Opice Blum e Sérgio Ricardo Marques Gonçalves, relacionam as seguintes características pertencentes à assinatura digital:

“Autentica o documento e é capaz de gerar conseqüências jurídicas, pois prova ao destinatário que o subscritor assinou o documento, tornando-o uma manifestação inequívoca da sua vontade;

Não pode ser falsificada, pois somente o subscritor tem esta chave que lhe permite assiná-lo (esta presunção depende do autor manter sua chave em sigilo e de acordo ditames que lhe foram impostos pela autoridade certificadora);

Não pode ser usada de novo, pois ela se amolda ao documento em sua essência e, como tal, não pode ser transferida;

Impede que o documento seja modificado em qualquer de suas características depois de assinado pelo autor, em virtude de se amoldar ao conteúdo existente no momento em que foi aposta ao texto;

Não pode ser contestada se utilizar um sistema aprovado e estiver com sua certificação válida. Torna-se uma prova de que o signatário marcou o documento.”⁴⁴⁵

Como pode ela apresentar as funções e características acima transcritas?

Pela maneira como é gerada. Explicamos melhor.

O programa ao criar a assinatura digital aplica uma função matemática à mensagem (ao texto), chamada de função digestora, que por sua vez é responsável pela criação de um número de tamanho fixo, ao qual é aplicado um algoritmo e a chave privada para gerar a assinatura digital.⁴⁴⁶ Isso nos leva a crer

⁴⁴³ VOLPI NETO, A., op. cit., p. 53.

⁴⁴⁴ BARRETTO, A. C. H., op. cit., p. 11.

⁴⁴⁵ OPICE BLUM, R. da S.; GONÇALVES, S. R. M. As assinaturas eletrônicas e o direito brasileiro. In: SILVA JÚNIOR, Ronaldo Lemos e WAISBERG, Ivo (org.). *Comércio eletrônico*, p. 303.

⁴⁴⁶ Augusto Tavares Rosa Marcacini explica a operação de maneira esquemática e muito elucidativa: “Primeiramente, é calculado o ‘resumo da mensagem’:

[documento] + [função digestora] = [resumo da mensagem]

E, na seqüência, este ‘resumo da mensagem’ é criptografado com a chave privada do ‘signatário’. O resultado é a assinatura digital:

[resumo da mensagem] + [fórmula] + [chave privada] = [assinatura]” Op. cit., p. 35-36.

que a assinatura digital é fruto de uma operação matemática, bem complexa, onde se “... utiliza uma função digestora e um algoritmo de criptografia assimétrica, e tem, como variáveis, a mensagem a ser assinada e a chave privada do usuário (ambas vistas pelo computador como *números*).⁴⁴⁷

Exatamente por isso, por ser a própria mensagem uma das variáveis da fórmula cuja aplicação resulta na assinatura digital, notamos que a cada mensagem a assinatura variará. Terá sempre, todavia, o seguinte aspecto⁴⁴⁸:

```
-----BEGIN PGP SIGNED MESSAGE-----
```

```
Hash: SHA1
```

```
Teste Mensagem Assinada
```

```
-----BEGIN PGP SIGNATURE-----
```

```
Version: PGPfreeware 7.0.3 for non-commercial use <http://www.pgp.com>
```

```
iQA/AwUBPzGAe+uVT8PnKRDPEQKLtwCfZUs+rk2OBwZOOpKAm8xDck  
+BPyPwAoKOU
```

```
6LIdZmshowM8k/CzigeA0yyY
```

```
=roLD
```

```
-----END PGP SIGNATURE-----
```

Há ainda outra consequência que reputamos relevante para o Direito, ou melhor, para a validade do documento eletrônico como meio de prova, qual seja, uma vez assinado o documento não mais poderá ser alterado, sem que com isso se invalide a assinatura. Eis aqui, portanto, uma das funções da assinatura digital, qual seja, a garantir a integridade do documento eletrônico. Como explica Augusto Tavares Rosa Marcacini:

“As assinaturas digitais assim produzidas ficam de tal sorte vinculadas ao documento eletrônico ‘subscrito’ que, ante a menor alteração, a assinatura, se torna inválida. A técnica não só permite demonstrar a autoria do documento, como estabelece uma ‘imutabilidade lógica do seu conteúdo. Por ‘imutabilidade lógica’ quero dizer que o documento continua podendo ser alterado, sem deixar vestígios no meio físico onde está gravado (esta, aliás, é uma importante característica do documento eletrônico, que vai, permitir desvinculá-lo do meio físico e transmiti-lo, via Internet); entretanto, a

⁴⁴⁷ MARCACINI, A. T. R., op. cit., p. 37.

⁴⁴⁸ Esse é o aspecto de uma assinatura digital em um *e-mail*. Na hipótese de se assinar um arquivo produzido por um editor de texto, a assinatura funcionará como um arquivo acoplado ao documento que se pretende assinar, impassível, portanto, de ser visualizada. Daí porque utilizamos no exemplo uma mensagem de *e-mail*. A assinatura digital em um arquivo produzido por um editor de texto só pode ser visualizada na tela de um computador.

posterior alteração do documento invalida a assinatura, o que faz com que o documento deixe de ter valor como prova.⁴⁴⁹

Pode parecer estranho que a assinatura não garanta a autenticidade do documento; porém, cabe-nos lembrar que a relação entre as partes, vale dizer, as tratativas dar-se-ão, em regra, sem a presença física das referidas partes, o que impede, de plano, que um funcionário público (tabelião) ateste que aquela assinatura foi aposta em sua presença, tal qual prevê o Código de Processo Civil.⁴⁵⁰

Na verdade, a assinatura digital tem o condão de gerar uma presunção de autenticidade, que virá a ser confirmada pela certificação digital⁴⁵¹, da qual trataremos mais adiante.

Por fim, importa-nos retomar a desvantagem da imobilidade apontada por Ana Carolina Horta Barretto⁴⁵², a que nos referimos no final do item anterior, quando tratamos do armazenamento da chave privada.

Segundo a referida autora, como a chave privada fica armazenada no disco rígido do computador do usuário, sempre que ele quiser assinar um documento, deverá fazê-lo de seu próprio computador. De fato, a menos que o usuário disponha de um computador portátil, haverá o inconveniente da imobilidade.

Nada, porém, que não possa ser resolvido pelo avanço da tecnologia com os chamados *smart cards*, cartões que o indivíduo pode carregar tal qual faz com seus documentos pessoais, que inserido em um dispositivo de leitura ótica permite assinar digitalmente um documento eletrônico.⁴⁵³

É válida a solução? Parece-nos que sim, a despeito de não se tratar de algo imprescindível, uma vez que requererá, para seu uso, a implantação de dispositivos de leitura ótica nos computadores, o que pode representar um gasto a mais a ser suportado pelo usuário (ou empresa). Além disso, outra pessoa pode

⁴⁴⁹ MARCACINI, A. T. R., *O documento eletrônico como meio de prova*, não paginado.

⁴⁵⁰ Referimo-nos ao conteúdo do artigo 369: “Reputa-se autêntico o documento, quando o tabelião reconhecer a firma do signatário, declarando que foi aposta em sua presença.”

⁴⁵¹ É nesse sentido a lição de Silvânio Covas: “A autenticidade pode ser indicada pela assinatura digital, mas não pode ser confirmada. Diferentemente do que o nome possa sugerir, a assinatura digital não se destina à confirmação da identidade do autor do documento. Tal assinatura permite a garantia da integridade de todas as informações constantes do documento, inclusive o nome do seu autor ali registrado, mas não garante que aquele nome seja dele mesmo. A função de confirmar a identidade do autor é realizada pelo certificado digital, ...” Op. cit., p. 83-84.

⁴⁵² BARRETTO, A. C. H., op. cit., p. 10.

utilizar-se do cartão como se seu titular fosse, assinando documentos em seu nome.

Com isso, novamente atestamos que nada é totalmente infalível, constatação relevante para nosso estudo, mas que, a nosso ver, não invalida a criptografia assimétrica como recurso capaz de assegurar força probante ao documento eletrônico.

5.3.2.

A certificação eletrônica

Quando recebemos um documento eletrônico criptografado, temos a certeza de sua procedência com a decodificação da mensagem, pois esta só será possível se a chave usada para decodificar for o par verdadeiro da chave usada para criptografar o documento. Contudo resta uma dúvida: como garantir que quem criptografou e assinou o documento eletrônico é mesmo o titular do par de chaves ou que não estamos diante de um terceiro fazendo-se passar por aquela pessoa?

É aqui que entram os certificados eletrônicos⁴⁵⁴.

Eles representam, conforme lição de Franco Musetti Grotti⁴⁵⁵, “... atestados de identidade e de integridade de documento que, analogicamente, podem ser comparados a firmas reconhecidas e cópias autenticadas...”, o que segundo ele permite conferir “... privacidade, autenticidade, integridade e não-repúdio” às transações feitas pela internet.

O certificado é “... um dado a mais, a ser agregado à chave *pública*, uma vez que esta chave pública venha a ser assinada com a chave privada do ente certificante.”⁴⁵⁶ Com isso, notamos que ele serve para “... incrementar a confiança que se deposita na chave pública que é utilizada na conferência.”⁴⁵⁷

⁴⁵³ Ibid., p. 10.

⁴⁵⁴ A doutrina utiliza-se ora do termo certificado eletrônico ora do termo certificado digital como sinônimos. Preferimos o termo *certificado eletrônico*, tendo em vista o fato de ser o utilizado no Projeto de Lei nº 1.589/99.

⁴⁵⁵ GROTTI, F. M., op. cit., p. 73.

⁴⁵⁶ MARCACINI, A. T. R., *Direito e informática ...*, p. 56.

⁴⁵⁷ Ibid., p. 56.

Demonstrando de forma clara e bem didática, mais uma vez, o que é um certificado e como funciona, Augusto Tavares Rosa Marcacini explica o seguinte:

“... o certificado nada mais é do que a assinatura eletrônica de uma pessoa, lançada sobre a chave pública de outra. Ou seja, uma primeira pessoa, com uso de sua chave *privada*, assina a chave *pública* de uma segunda pessoa. Conhecendo a chave pública daquela primeira pessoa, posso conferir a assinatura dada em certificação da chave pública da segunda. Por fim, confiando na primeira pessoa, acreditarei que a chave pública da segunda pessoa é verdadeira.”⁴⁵⁸

O certificado eletrônico é emitido por entidades denominadas *Autoridades Certificadoras* e funcionam como um terceiro imparcial⁴⁵⁹ e aceito como confiável por quem pretende utilizar-se do serviço.

À autoridade certificadora cabe, de acordo com a opinião de Guilherme Magalhães Martins, administrar e dar publicidade às chaves públicas, “... além de emitir os certificados, os quais, efetivamente, permitem a verificação da identidade de uma pessoa, inclusive sob plano da capacidade civil, entre outros dados, tal qual a qualificação profissional.”⁴⁶⁰

Conseqüentemente “o processo de certificação de chaves deve, para isso, ser inviolável e receber o mais alto grau de medidas de segurança”⁴⁶¹, de modo que o ato venha a equivaler “... a comparecer perante um tabelião público para assinar um documento de próprio punho.”⁴⁶²

Sentimos que, de fato, a certeza da identidade do titular da chave *pública* que se pretende certificar, não prescinde de sua presença física, visto que esta prestaria maior segurança ao ato.⁴⁶³ Estamos a nos referir, obviamente, ao momento em que o titular da chave pública a ser certificada comparece às dependências da Autoridade Certificadora, a fim de contratar seus serviços,

⁴⁵⁸ Ibid., p. 53.

⁴⁵⁹ Também chamadas de *Trusted Third Party (TTP)*.

⁴⁶⁰ MARTINS, G. M., op. cit., p. 102.

⁴⁶¹ BARRETTO, A. C. H., op. cit., p. 39.

⁴⁶² Ibid., p.39.

⁴⁶³ “A forma de identificação mais segura ainda é, obviamente, a presença física. Autoridades Certificadoras poderiam exigir em determinados caso que o indivíduo comparecesse pessoalmente perante tal autoridade, que verificaria a identificação antes de endossá-la, o que acrescentaria mais um grau de credibilidade ao certificado.” Ibid., p. 40.

Em igual sentido: “Para dar maior segurança ao ato, melhor será obter declaração em papel do titular das chaves, assinada manualmente, em que seja reconhecida a titularidade destas chaves, identificadas pelas suas *fingerprints*. Isso permitirá, *a posteriori*, conferir a veracidade da certificação dada pelo cibernotário à chave pública, caso esta venha a ser contestada.” MARCACINI, A. T. R., *Direito e informática ...*, p. 103.

momento em que haverá a verificação dos documentos pessoais e feitura do cadastro do usuário, *na sua presença*, razão pela qual temos como temerária a prática desse ato (cadastramento) *online*.⁴⁶⁴

Os certificados, de modo geral, “... contêm a chave pública do proprietário, o seu nome, prazo de validade do certificado, o nome da Autoridade Certificadora que emitiu o certificado digital, um número de série e qualquer outra informação pertinente.”⁴⁶⁵

Importante dado a constar do certificado é sua validade, cabendo, igualmente, à certificadora “... receber a revogação da chave e dar-lhe publicidade.”⁴⁶⁶ Daí porque concordamos com Ana Carolina Barretto no sentido de que “... a Autoridade Certificadora ideal deve ser um serviço *on-line* operando 24 horas por dia, sete dias por semana, numa base global.”⁴⁶⁷

Com efeito, assevera Augusto Tavares Rosa Marcacini que a importância de se divulgar *online* a relação das chaves certificadas e das revogadas assenta-se no fato disso “... permitir a terceiros que, em tempo real, confirmem se a chave pública utilizada pela outra parte ainda é válida e eficaz.”⁴⁶⁸

Há ainda mais um serviço, conforme lição do autor acima citado, que pode vir a ser prestado pela Autoridade Certificadora, o qual, a nosso ver, também é relevante para o valor probatório do documento eletrônico: trata-se do *time stamping*. Com ele será possível atestar a data do documento eletrônico de maneira, pensamos, segura e confiável.⁴⁶⁹

Notamos assim, que o serviço a ser prestado pela Autoridade Certificadora é de grande valia e responsabilidade para a sociedade, o que, parecemos, levou o projeto de lei de autoria da Ordem dos Advogados do Brasil a dar

⁴⁶⁴ É nesse sentido a disposição do artigo 25 do Projeto de Lei nº 1.589/99.

⁴⁶⁵ BARRETTO, A. C. H., op. cit., p. 41-42.

⁴⁶⁶ MARCACINI, A. T. R., *Direito e informática ...*, p. 103.

⁴⁶⁷ BARRETTO, A. C. H., op. cit., p. 43.

⁴⁶⁸ MARCACINI, A. T. R., *Direito e informática ...*, loc. cit.

⁴⁶⁹ O autor propõe ainda que, com isso, seja aplicada “... a regra do artigo 370, IV, do Código de Processo Civil, de modo que esta data possa valer em relação a terceiros que não subscreveram o documento.” Op. cit., p. 104.

“Art. 370 – A data do documento particular, quando a seu respeito surgir dúvida ou impugnação entre os litigantes, provar-se-á por todos os meios de direito. Mas, em relação a terceiros, considerar-se-á datado o documento particular:

...

IV – da sua apresentação em repartição pública ou em juízo;”

tratamento diferenciado aos certificados expedidos por certificadoras privadas e aos expedidos pelos tabeliães.⁴⁷⁰

Na opinião de Ivo Teixeira Gico Junior “... perde-se uma grande oportunidade de dar fim, ou ao menos reduzir em muito, a cartorização que existe no Brasil”, visto que “... o projeto de lei mantém o monopólio dos cartórios...”⁴⁷¹ Como conseqüência disso, aponta que “... mantemos o problema dos preços dos cartórios e a impossibilidade de se estabelecer uma verdadeira lei de mercado nas autenticações, perdendo-se assim uma oportunidade de se reduzir os custos do comércio eletrônico...”⁴⁷²

Temos a crítica como pertinente, pois se o projeto for efetivamente aprovado sem alterações, instituir-se-á uma desigualdade de tratamento, com conseqüente reserva de bela fatia do mercado das certificações, mercado este que só tende a crescer.⁴⁷³

Por ora, contudo, enquanto o projeto não é aprovado, valem os certificados indistintamente, uma vez que a Medida Provisória 2.200-2 de 24 de agosto de 2001, reedição da 2.200 e da 2.200-1, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileiras, não estabelece qualquer diferença.⁴⁷⁴

⁴⁷⁰ Conforme teor do artigo 24 do projeto de lei.

⁴⁷¹ GICO JUNIOR, I. T., op. cit., não paginado.

⁴⁷² Ibid.

⁴⁷³ Esclarecemos que já há entidades privadas prestando o serviço de certificação, sendo a Certisign (www.certisign.com.br) uma delas.

José Henrique Barbosa Moreira Lima Neto explica-nos como ela funciona: “inicialmente a Certisign mantém um contrato para a emissão de assinaturas digitais registrado em um ofício do registro de títulos e documentos, com fim de dar publicidade do mesmo para terceiros quaisquer. A pessoa que desejar receber um certificado digital, deverá, de início, aderir a esse contrato.

Uma vez que a pessoa interessada manifeste junto a companhia a vontade de receber um certificado digital de identificação, a Certisign enviará, via correio, um termo de adesão ao seu contrato padrão (onde se encontra consignado o número de identificação digital a ser utilizado em meio eletrônico) antes citado e um requerimento: o interessado deverá se dirigir a um ofício de notas (versão geral ou *general label*) para o reconhecimento de firma por autenticidade (não confundir com reconhecimento por semelhança) da assinatura aposta no termo de adesão, bem como tirar cópia autenticada de alguns documentos de identificação como, v.g., R.G., CPF, comprovante de residência etc.

Uma vez concluída tal tarefa, o interessado deverá enviar via correio o termo e as cópias acima relacionadas para Certisign, que se encarregará de levar tais documentos para registro junto a um ofício de registro de títulos e documentos. A finalidade desse novo registro é dar publicidade para a relação jurídica existente entre a empresa que realizará a identificação em meio digital (autoridade certificadora) e o interessado, bem como consignar, publicamente, que o número do certificado presente no termo de adesão corresponde a uma pessoa determinada.” Op. cit., não paginado.

⁴⁷⁴ Conforme teor do artigo 1º:

“Art. 1º - Fica instituída a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras.”

A ICP-Brasil representa

“... um conjunto de técnicas, práticas e procedimentos, a ser implementado pelas organizações governamentais e privadas brasileiras com o objetivo de estabelecer os fundamentos técnicos e metodológicos de um sistema de certificação digital baseado em chave pública.”⁴⁷⁵

A certificação prevista na referida medida provisória é chamada por Augusto Tavares Rosa Marcacini de “certificação piramidal”, onde “... a chave pública só pode ser assinada uma única vez, pelo ente certificante, que, por sua vez, pode ter sido certificado por um certificador-raiz ...”⁴⁷⁶

De acordo com a medida provisória o certificado ao usuário final será emitido pela Autoridade Certificadora (artigo 6º), chamada de AC, cabendo, por conseguinte, à Autoridade Certificadora Raiz (artigo 5º), AC Raiz, emitir certificado das Autoridades Certificadoras. Abaixo das AC, dentro dessa estrutura, encontram-se as Autoridades de Registro, AR, a quem compete identificar e cadastrar os usuários na presença destes (artigo 7º).⁴⁷⁷

⁴⁷⁵ Informação disponível em: <www.icpbrasil.gov.br> acesso em: 20 julho 2003.

⁴⁷⁶ MARCACINI, A. T. R., *Direito e informática ...*, p. 53.

⁴⁷⁷ Transcrevemos abaixo os artigos relevantes para nossa argumentação:

“Art. 2º - A ICP-Brasil, cuja organização será definida em regulamento, será composta por uma autoridade gestora de políticas e pela cadeia de autoridades certificadoras composta pela Autoridade Certificadora Raiz - AC Raiz, pelas Autoridades Certificadoras - AC e pelas Autoridades de Registro - AR.

...

Art. 5º - À AC Raiz, primeira autoridade da cadeia de certificação, executora das Políticas de Certificados e normas técnicas e operacionais aprovadas pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil, compete emitir, expedir, distribuir, revogar e gerenciar os certificados das AC de nível imediatamente subsequente ao seu, gerenciar a lista de certificados emitidos, revogados e vencidos, e executar atividades de fiscalização e auditoria das AC e das AR e dos prestadores de serviço habilitados na ICP, em conformidade com as diretrizes e normas técnicas estabelecidas pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil, e exercer outras atribuições que lhe forem cometidas pela autoridade gestora de políticas.

Parágrafo único. É vedado à AC Raiz emitir certificados para o usuário final.

Art. 6º - Às AC, entidades credenciadas a emitir certificados digitais vinculando pares de chaves criptográficas ao respectivo titular, compete emitir, expedir, distribuir, revogar e gerenciar os certificados, bem como colocar à disposição dos usuários listas de certificados revogados e outras informações pertinentes e manter registro de suas operações.

Parágrafo único. O par de chaves criptográficas será gerado sempre pelo próprio titular e sua chave privada de assinatura será de seu exclusivo controle, uso e conhecimento.

Art. 7º - Às AR, entidades operacionalmente vinculadas a determinada AC, compete identificar e cadastrar usuários na presença destes, encaminhar solicitações de certificados às AC e manter registros de suas operações.

Art. 8º - Observados os critérios a serem estabelecidos pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil, poderão ser credenciados como AC e AR os órgãos e as entidades públicos e as pessoas jurídicas de direito privado.

Mais uma vez constatamos a importância da presença física do usuário para que se possa ter segurança no procedimento de certificação.

Finalmente, cabe-nos aduzir que, muito embora uma medida provisória não seja, a nosso ver, o meio adequado para a disciplina da matéria, a MP 2.200-2 andou muitíssimo bem, principalmente ao estabelecer (Comitê Gestor da ICP-Brasil) critérios mínimos a serem observados, tratando indistintamente entes públicos e privados⁴⁷⁸ (artigo 8º) e permitindo, desde já, a certificação das chaves públicas, o que viabiliza o uso do documento eletrônico como meio de prova, conforme defendemos ao longo do presente trabalho.

Art. 9º - É vedado a qualquer AC certificar nível diverso do imediatamente subsequente ao seu, exceto nos casos de acordos de certificação lateral ou cruzada, previamente aprovados pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil.

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.”

⁴⁷⁸ A Serasa (<www.serasa.com.br>) emite certificados eletrônicos, anunciando-se como a primeira empresa privada a ser credenciada pelo ITI, Instituto Nacional de Tecnologia da Informação, Autoridade Certificadora Raiz (artigo 13 da MP 2.200-2), autarquia federal vinculada ao Ministério da Ciência e Tecnologia (artigo 12 da MP 2.200-2), como Autoridade Certificadora e Autoridade de Registro. Acesso em: 07 agosto 2003.

“Art. 12. Fica transformado em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Ciência e Tecnologia, o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação - ITI, com sede e foro no Distrito Federal.

Art. 13. O ITI é a Autoridade Certificadora Raiz da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.”

A OAB, por seu Conselho Federal, também possui serviço de certificação eletrônica (<<http://cert.oab.org.br>>) disponível somente para advogados e estagiários, para uso estritamente relacionado com a profissão (há um alerta expresso que o certificado emitido pela OAB não vale para comércio eletrônico) e com base na ICP-OAB e não na ICP-Brasil. Funciona o Conselho Federal como Autoridade Certificadora Raiz, as seccionais como Autoridade Certificadora, podendo as subseções, desde que autorizadas pelas seccionais, funcionar como Autoridade de Registro. Acesso em: 13 agosto 2003.

6

Conclusão

Seguem aqui as notas de cunho conclusivo.

- 1) Prova representa o instrumento pelo qual o juiz toma conhecimento dos fatos(aqueles que embasam a pretensão deduzida em juízo) alegados pelas partes.
- 2) Os meios de prova resumem o veículo de que se vale a parte para formar a opinião, vale dizer convencimento, do juiz.
- 3) São meios de prova aqueles previstos no Código de Processo Civil, a saber: o depoimento pessoal, a confissão, a exibição de documento ou coisa, o documento, o testemunho, a perícia e a inspeção judicial, chamados pela doutrina de provas típicas, em virtude de sua previsão específica no Código de Processo Civil. Todavia, os meios de prova não se esgotam por aí, tendo em vista o disposto no artigo 332 da lei processual, que traz uma previsão mais genérica para os meios de prova, autorização legal para as denominadas provas atípicas.
- 4) Os indícios são sinais auxiliares a serem analisados dentro de dadas circunstâncias, a fim de produzirem um determinado efeito desejado, qual seja, a formação de juízo sobre algo que não se encontra propriamente comprovado nos autos. Já as presunções representam o raciocínio do juiz que,

a partir de um fato provado, presume a existência de outro, sendo este último o que, verdadeiramente, importa para a pretensão deduzida em juízo.

- 5) A finalidade da prova é, antes de mais nada, atestar a ocorrência de fatos pretéritos, destinando-se ainda a formar a convicção do magistrado, razão pela qual é este denominado o destinatário da prova. A parte não produz a prova para si, ela o faz para embasar sua pretensão e, portanto, convencer o juiz de seu direito.
- 6) Cumpre a prova seu papel no processo, na medida em que contribui para a formação do convencimento do juiz, sendo essa, portanto, sua grande finalidade, em que pese a constatação de que o juízo formado tenha como supedâneo uma aproximação, uma probabilidade.
- 7) De acordo com o preceito do artigo 334 do Código de Processo Civil, não serão objeto da prova os fatos notórios, os fatos afirmados por uma parte e confessados pela outra, os fatos incontroversos e, por fim, os fatos legalmente presumidos como existentes ou verdadeiros. Logo, por exclusão, serão objeto da prova os fatos controvertidos, pertinentes, relevantes, precisos ou determinados e não sujeitos a presunção legal.
- 8) Ônus da prova representa aquela tarefa da qual deverá desincumbir-se a parte, sob pena de vir a, possivelmente, suportar uma consequência danosa. Traduz-se para o autor como o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito e para o réu como ônus de provar os fatos impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, nos exatos termos do artigo 333 do Código de Processo Civil.
- 9) A regra que estabelece o ônus da prova exprime dois valores: a facilitação da atividade jurisdicional e a equidade. Isso porque, faltando a prova, melhor dizendo, havendo dúvida no momento em que se encerra a fase instrutória e passa-se para a decisória, caberá ao juiz proferir sentença levando em conta a desincumbência de cada parte de seu ônus, pois somente agindo assim, poderá o juiz cumprir seu dever legal de decidir a lide.

- 10) A inversão do ônus da prova, prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, consiste em uma vantagem processual concedida ao consumidor, dispensando-lhe o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito e transferindo-se este ônus ao fornecedor. Dar-se-á a inversão a requerimento da parte ou por atividade do juiz quando for verossímil a alegação do consumidor *ou* quando o consumidor apresentar-se hipossuficiente.
- 11) Conforme sistematizado por Carlos Roberto Barbosa Moreira, há três correntes doutrinárias sobre o momento da inversão da prova: a *primeira* tem como momento adequado o do *despacho inicial*, a qual, conforme aduz, erra porque enquanto não se tem a resposta do réu não é possível delimitar os fatos a serem provados (controvertidos); a *segunda* tem como momento adequado a *sentença*, restando igualmente, segundo o referido autor, equivocada na medida em que feriria os princípios do contraditório e da ampla defesa; e a *terceira*, a qual se filia, que traz como momento adequado o *início da instrução*.
- 12) Os princípios constitucionais aplicados à prova enumerados por Nelson Nery Jr. são: o princípio do contraditório; o da proibição da prova obtida ilicitamente; o da ampla defesa e o da proporcionalidade.
- 13) Os princípios processuais referentes à prova resumem o princípio do *livre convencimento motivado do juiz*, o princípio da *oralidade*, o princípio da *imedição*, o princípio da *identidade física do juiz* e o princípio da *aquisição processual* ou da *comunhão da prova*. A esses acrescentamos um dos muitos enumerados por Rui Portanova: o princípio da *concentração*.
- 14) Valoração: o direito brasileiro utiliza-se do sistema do livre convencimento motivado, com alguns traços do sistema da prova legal.
- 15) De forma sistemática é plausível afirmar que os poderes instrutórios exercidos pelo julgador, tal qual preleciona Moacyr Amaral Santos, compreendem: poderes de *inspeção*, como, por exemplo, o de indeferir diligências inúteis

requeridas pelas partes e o de inquirir testemunhas; poderes de *concessão* ou *recusa*, como quando ordena ou indefere diligências; poderes de *repressão*, exercido quando pune uma testemunha que se nega a comparecer em juízo; poderes de *apreciação da prova*, concedido-lhe pelo já mencionado artigo 131 do Código de Processo Civil; e, por fim, poderes de *iniciativa*, como quando ouve um terceiro, a quem se fez referência no processo.

- 16) A classificação das provas é feita, pela doutrina, levando-se em consideração o *sujeito*, o *objeto* e a *forma da prova*. Pela ótica do sujeito a prova será pessoal ou real; levando-se em consideração o objeto a prova será direta ou indireta e de acordo com a forma a prova será testemunhal, documental ou material.
- 17) A primeira questão que enfrentamos quando tratamos da prova no novo Código Civil refere-se à natureza das normas a ela relativas. Para alguns, como Moacyr Amaral Santos e Sílvio de Salvo Venosa, têm elas natureza mista e de zona fronteira, respectivamente, já para outros, como Eduardo Cambi e Nelson Nery Jr., as normas têm natureza processual ou de lei adjetiva. Certo é que há dupla previsão das normas relativas à prova, vale dizer, a matéria está disciplinada no Código Civil e no Código de Processo Civil, porém com intensidade diversa, razão pela qual somos levados a concluir que se trata, em verdade, de normas pertencentes a uma zona fronteira.
- 18) Mesmo tendo inovado pouco, afirmação fruto da constatação de que os dispositivos do Código Civil, em geral, repetem os da lei processual, trouxe aquele alguns artigos que contribuíram efetivamente com o Direito Positivo, a saber, os artigos 225, 231 e 232.
- 19) Documento é, em nossa opinião, uma coisa, seja ela corpórea ou não, destinada a perpetuar determinado fato relevante fruto das relações desenvolvidas no âmbito da sociedade. Procuramos, por conseguinte, privilegiar o fato que se está a representar em detrimento do objeto em que se representa o fato, dado o avanço tecnológico e os recursos a que temos acesso,

o que possibilita a representação de um fato, relevante para o Direito, em meio não corpóreo ou, como preferem alguns, virtual.

- 20) Autenticidade do documento diz respeito à certeza que se tem de que aquele documento provém do autor nele indicado.
- 21) Quando se tratar de documento público a autenticidade é presumida (presunção relativa) ao passo que se se tratar de documento particular sua autenticidade ocorrerá quando a firma de quem o assinou tiver sido reconhecida por um tabelião, de acordo com o que dispõe o artigo 369 do Código de Processo Civil.
- 22) O documento público faz prova do ocorrido na presença do tabelião enquanto que o documento particular tem sua eficácia probatória condicionada à ausência de impugnação, o que, parece-nos, assemelha-se muito à presunção *iuris tantum*, isto é, relativa, de veracidade de que gozam os documentos públicos. Assim, acreditamos poder afirmar que o sistema da nossa lei processual, guardadas as devidas proporções, não empresta tratamento tão substancialmente diferenciado aos dois tipos de documentos.
- 23) O momento de produção da prova documental é o da propositura da ação ou da resposta, conforme disposto no artigo 396 do Código de Processo Civil. Todavia, é possível que se junte documento em outro momento processual de acordo com a autorização do artigo 397 do mesmo diploma legal, desde que respeitado do contraditório (artigo 398).
- 24) Pensamos que a melhor definição de documento eletrônico é a feita por Augusto Tavares Rosa Marcacini como “... *uma seqüência de bits que, traduzida por meio de um determinado programa de computador, seja representativa de um fato*”, podendo apresenta-se em forma de texto escrito, como de desenho, de fotografia digitalizada, sons, vídeos, enfim, vale dizer, tudo que puder representar um fato e esteja armazenado em um arquivo digital.

- 25) Parece-nos viável afirmar que a confiabilidade do documento eletrônico, vale dizer, sua força probante, tal qual a do documento físico dá-se por meio de sua subscrição, autenticidade e integridade.
- 26) O documento eletrônico será confiável e cumprirá sua função de documento (prova), mantendo-se íntegro, com a criptografia assimétrica, que funciona da seguinte maneira: o emitente do documento, ou mensagem, remete-a por intermédio de uma *chave* privada, que funciona como uma senha pessoal sigilosa. O destinatário, por sua vez, somente poderá ler ou visualizar a mensagem através da sua chave, a denominada *chave pública*, distribuída a quem o autor da mensagem quiser, cuja função é permitir a recomposição da estrutura do documento ou mensagem.
- 27) A utilização de sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais, o que é comumente traduzido pelo envio de petição via fac-símile, permissão prevista na Lei nº 9.800/99, constitui um marco nos nossos tribunais, tendo em vista o fato de representar uma enorme facilitação do dia a dia forense, facilitação essa proporcionada pelo uso de um recurso que é fruto do avanço tecnológico. Com isso, demonstrou nosso legislador o reconhecimento da necessidade que temos de, constantemente, nos adaptar a uma nova realidade.
- 28) Os recursos tecnológicos capazes de imprimir segurança ao documento eletrônico são: a utilização de senhas, a esteganografia, a biometria e a criptografia. Dentre esses recursos, estudamos com mais vagar a criptografia (escrita em código) do tipo assimétrica, que permite esconder, isto é, tornar secreto o conteúdo de um documento formado eletronicamente, o que, conseqüentemente, assegura a integridade do dados.
- 29) Augusto Tavares Rosa Marcacini traz duas tarefas que se consegue realizar por meio da criptografia e que são de extrema utilidade para os operadores do Direito, conseqüentemente para nosso estudo, quais sejam: a criação de assinaturas digitais em documentos eletrônicos, as quais permitem imprimir autenticidade a eles, autenticidade essa, conforme leciona, traduzida pelo

binômio identificação de autoria e integridade do conteúdo do documento; e o sigilo nas comunicações feitas através da Internet.

- 30) A criptografia do tipo simétrica utiliza-se da mesma chave para codificar e decodificar o documento eletrônico, sendo muito utilizada para proteção de arquivos pessoais, evitando-se que estranhos tenham acesso a eles, bem como nas chamadas VPN (*Virtual Private Net*).
- 31) A criptografia assimétrica, também denominada de criptografia de chave pública, ao contrário da simétrica, utiliza-se de duas chaves, uma privada e outra pública complementares e fruto de um cálculo matemático feito pelo computador. Dessa maneira, codificando-se a mensagem (ou documento eletrônico) com a chave pública, a operação inversa, vale dizer, a decodificação da mensagem só se dará com o uso da chave privada complementar. É possível ainda codificar a mensagem com a chave privada, sendo necessário, igualmente, o uso da chave pública complementar para se decifrar a mensagem.
- 32) A assinatura digital, gerada somente pela criptografia assimétrica, segundo Ana Carolina Horta Barretto, apresenta três funções distintas, são elas: a autenticação (autentica a identidade da pessoa que assinou a informação de modo a saber quem participou da transação); a integridade (protege a integridade da informação de modo a tornar possível saber se a mensagem lida não foi modificada, quer acidentalmente, quer propositadamente) e o não-repúdio (permite que se prove posteriormente quem participou de uma transação de modo a não permitir que quem recebeu ou enviou a informação negue tal fato).
- 33) Uma consequência que reputamos relevante para o Direito, ou melhor, para a validade do documento eletrônico como meio de prova, é o fato de que uma vez assinado o documento não mais poderá ser alterado, sem que com isso se invalide a assinatura. Eis aqui, portanto, uma das funções da assinatura digital, qual seja, a garantir a integridade do documento eletrônico.

- 34) A autenticidade do documento eletrônico é garantida pela certificação eletrônica ou digital. O certificado eletrônico é emitido por entidades denominadas *Autoridades Certificadoras* e funcionam como um terceiro imparcial e aceito como confiável por quem pretende utilizar-se do serviço.
- 35) Enquanto o Projeto de Lei nº 1.589/99 não é aprovado, valem os certificados emitidos por empresas reconhecidas pela ICP-Brasil (conjunto de técnicas, práticas e procedimentos, a ser implementado pelas organizações governamentais e privadas brasileiras com o objetivo de estabelecer os fundamentos técnicos e metodológicos de um sistema de certificação digital baseado em chave pública), uma vez que a Medida Provisória 2.200-2 de 24 de agosto de 2001, reedição da 2.200 e da 2.200-1, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileiras, não estabelece qualquer diferença.
- 36) De acordo com a medida provisória o certificado ao usuário final será emitido pela Autoridade Certificadora (artigo 6º), chamada de AC, cabendo, por conseguinte, à Autoridade Certificadora Raiz (artigo 5º), AC Raiz, emitir certificado das Autoridades Certificadoras. Abaixo das AC, dentro dessa estrutura, encontram-se as Autoridades de Registro, AR, a quem compete identificar e cadastrar os usuários na presença destes (artigo 7º).
- 37) Finalmente, cabe-nos asseverar que, embora uma medida provisória não seja, a nosso ver, o meio adequado para disciplinar a matéria, a MP 2.200-2 andou muitíssimo bem, principalmente ao estabelecer (Comitê Gestor da ICP-Brasil) critérios mínimos a serem observados, tratando indistintamente entes públicos e privados, quando no exercício das funções de Autoridade Certificadora e Autoridade de Registro, permitindo, desde já, a certificação das chaves públicas, o que viabiliza o uso do documento eletrônico como meio de prova, conforme defendido no presente trabalho.

Glossário

Back door – a tradução literal é porta dos fundos; significa “... uma fragilidade propositadamente inserida em um sistema de criptografia, que permita a alguém que a conheça decifrar as mensagens mesmo sem conhecer a chave utilizada pelo usuário para codificá-las.”⁴⁷⁹

Bit (*binary digit*) – menor unidade de informação armazenada em um computador, sendo transmitida como um impulso único, resumindo um estado de ligado ou desligado. É representado pelo 1 ou 0.

Broadcasting – transmissão enviada a clientes, sejam eles assinantes de canal de TV ou clientes de um provedor de acesso à internet, de uma só vez, a um só tempo.

Browser – software que permite a navegação pelas páginas da internet; navegador.

Chips – “uma unidade semicondutora microscópica composta de transistores interconectados e outros componentes eletrônicos que, em conjunto, compõem a memória de qualquer computador.”⁴⁸⁰

Circuito integrado (*integrated circuit*) – “...montagem de elementos de circuitos, como transistores e resistores, em um único chip de cristal líquido ou outro material”⁴⁸¹; também chamado de chip.

Cracker – é o hacker malévolo; invasor de rede, cujo objetivo primordial é causar prejuízos.

Download – “baixar”; transferir um arquivo de um computador remoto (um site) para o computador do usuário.

⁴⁷⁹ MARCACINI, A. T. R., *Direito e informática ...*, p. 185.

⁴⁸⁰ GENNARI, M. C., *Minidicionário de informática*, p. 64.

⁴⁸¹ Microsoft Press – *Dicionário de Informática*, p. 433.

E-mail (*eletronic mail*) – correio eletrônico; troca de mensagens feita pela internet.

Hacker – é aquela pessoa aficionada por computador e que tem prazer de testar seus limites, invadindo redes de computadores. O prazer do hacker é só invadir, portanto não causa prejuízo, ao contrário do cracker.

Home page – a porta de entrada de um site; página inicial a que se tem acesso quando se entra em um site; também chamada de *start page*.

Hosts – computador principal de uma rede; primeiro computador a que se tem acesso ao se conectar à internet.

Internet – rede mundial de computadores; computadores mundialmente interligados.

Online – disponível para consulta quando se acessa a internet; conectado.

Personal Computer (PC) – microcomputador criado pela IBM; responsável pela difusão das facilidades proporcionadas pela informática, por ter levado os computadores para os lares dos usuários leigos.

Scanner – leitor ótico que usa sensores de luz para ler um documento (papel ou fotografia, por exemplo) e reproduzi-lo; equipamento que funciona como uma copiadora e que transforma o conteúdo do documento *scaneado* em arquivo digital.

Site – lugar; é a área dentro de servidor de internet a ser visitada por quem navega pela rede. Costuma ser denominada de modo a relacioná-lo facilmente com a atividade por ele desenvolvida; exemplo: *www.livrariadoadvogado.com.br*

Software – um programa de computador; conjunto de instruções executadas no computador com uma finalidade; pode ser um programa, sistema, rotina, sistema operacional ou aplicativo. Há duas categorias principais: os sistemas operacionais, também chamados de software básico (responsável pelo funcionamento do computador) e os aplicativos, programas que executam função específica, como os editores de texto, por exemplo.

Virtual Private Network (VPN) – “conjunto de nós em uma rede pública como a Internet, que se comunicam usando a tecnologia de criptografia”⁴⁸², assim as mensagens são protegidas contra interceptação de estranhos, como se os nós estivessem em uma rede privada.

⁴⁸² *Microsoft Press – Dicionário de Informática*, p. 757.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A história da internet. Disponível em: <<http://www.aisa.com.br/historia.html>>
Acesso em: 19 março 2003.

ABRUSIO, J.C. **Categorias do comércio eletrônico.** Disponível em:
<<http://www.opiceblum.com.br/artigo6.htm>> Acesso em: 27 junho 2002.

_____. **O monitoramento de e-mails e a privacidade na internet.**
Disponível em: <<http://www.opiceblum.com.br/artigo7.htm>> Acesso em: 27
junho 2002.

ALMEIIDA, D. F. The scientific research and the internet. **Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos**, Bauru/SP, n. 34, p. 339-346, abr./jul. 2002.

ARRUDA ALVIM. **Manual de direito processual**, v. 2, 6^a ed., revista e atualizada. São Paulo: RT, 1997.

ARRUDA ALVIM, E. **Curso de direito processual civil**, vol. 1. São Paulo: RT, 1999.

ASCENSÃO, J. de O. **Direito da internet e da sociedade da informação.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ATALLAH, N. Segurança parcial no e-banking. **Jornal do Comércio.** Rio de Janeiro, 22-23 jun. 2003. Caderno Internet & Cia., p. B-16.

BARBOSA MOREIRA, C. R. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. **Revista do Consumidor**, São Paulo, v. 22, p. 135-149, abr./jun. 1997.

BARBOSA MOREIRA, J. C. **O novo processo civil brasileiro**, 17^a ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense: 1995.

_____. Provas atípicas. **Repro**, São Paulo, v. 76, p. 114-126, out./ dez. 1994.

_____. Alguns problemas atuais da prova civil. **Repro**, São Paulo, v. 53, p. 122-133, jan./març. 1989.

_____. O juiz e a prova. **Repro**, São Paulo, v. 35, p. 178-184, jul./set. 1984.

_____. A garantia do contraditório na atividade de instrução. **Repro**, São Paulo, v. 35, p. 231-238, jul./set. 1984.

BARRETO, A. C. H. Assinaturas eletrônicas e certificação. In: ROCHA FILHO, V. de O. (coord). **O direito e a internet**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 1-65.

BEDAQUE, J. R. dos S. **Poderes instrutórios do juiz**, 2^a ed., revista e ampliada. São Paulo: RT, 1994.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**, 12^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

BRASIL, D. P. **Meios eletrônicos de prova (legais ou não?)**. Disponível em: <<http://www.ibde.org.br/provas.pdf>> Acesso em: 17 julho 2003.

BRUNO, M. G. da S. **Aspectos jurídicos dos contratos eletrônicos**. Disponível em: <<http://www.opiceblum.com.br/artigo5.htm>> Acesso em: 27 junho 2002.

BRUNO, M. G. da S.; OPICE BLUM, R.M.S. **A internet e os direitos autorais**. Disponível em: <<http://www.opiceblum.com.br/artigo4.htm>> Acesso em: 27 junho 2002.

CABRAL, E. de M. **A autenticação de documentos eletrônicos assinados através do sistema de criptografia assimétrica e sua equiparação, como meio de prova, aos documentos convencionais previstos em nossa legislação processual civil.** Disponível em: <http://www.infojus.com.br/webnews/noticia.php?id_noticia=1429&> Acesso em: 02 julho 2003.

CAMBI, E. **Direito constitucional à prova no processo civil.** São Paulo: RT, 2001.

CARNELUTTI, F. **A prova civil.** Campinas : Bookseller, 2002.

CARVALHO, I. L. de. Os juizados especiais federais e as comunicações processuais eletrônicas. Aspectos da lei 10.259/2001. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 797, p. 81-88, mar. 2002.

_____. A internet e o acesso à justiça. **Repro**, São Paulo, v. 100, p. 107-126, out./dez. 2000.

CARVALHO NETTO, J. R. de. **Da ação monitória.** São Paulo: RT, 2001.

CASTRO, A. A. **O documento eletrônico e a assinatura digital.** Disponível em: <<http://www.ibde.org.br/doceletronico.pdf>> Acesso em: 17 julho 2003.

CASTRO JÚNIOR, M. A. Novos rumos do direito de acesso às informações públicas decorrentes da informatização da administração e utilização da infovia. **Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia**, Salvador, v. 23, p. 105-143, jan./dez. 1997.

CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMRICO, C. R. **Teoria geral do processo**, 13^a ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

COLARES, R. G.; FONTES, F. C. **Assinatura digital e sua importância aos negócios eletrônicos.** Disponível em: <<http://www.direitonaweb.com.br/dweb.asp?ctd=1148&ccd=3>> Acesso em: 02 setembro 2002.

COSTA, J. M. T. A transmissão de atos processuais por fac-símile ou meios semelhantes. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 12, p. 119-127, jul./dez. 2000.

COVAS, S. **Prova eletrônica.** 2002. 229 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2002.

CRUMLISH, C. **O dicionário da internet:** um guia indispensável para os internautas. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

CRUZ E TUCCI, J. R. Eficácia probatória dos contratos celebrados pela internet. In: DE LUCCA, N.; SIMÃO FILHO, A. (coord.). **Direito e Internet – aspectos jurídicos relevantes**, 1ª reimp. Bauru, SP: Edipro, 2001, p.274-281.

DE LUCCA, N. Títulos e contratos eletrônicos: o advento da informática e seu impacto no mundo jurídico. In: DE LUCCA, N.; SIMÃO FILHO, A. (coord.). **Direito e Internet – aspectos jurídicos relevantes**, 1ª reimp. Bauru, SP: Edipro, 2001, p.21-100.

DIAS, J. C. A dimensão jurídica da prova e sua valoração no moderno estudo do processo civil. **Repro**, São Paulo, v. 107, p. 86-96, jul./set. 2002.

_____. **O direito contratual no ambiente virtual.** Curitiba: Juruá, 2001.

DINAMARCO, C. R. **A instrumentalidade do processo**, 9ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

_____. Ônus de contestar e o efeito da revelia. **Repro**, São Paulo, v. 41, p. 185-197, jan./mar. 1986.

DINIZ, D. M. Documentos eletrônicos, assinaturas digitais: um estudo sobre a qualificação dos arquivos digitais como documentos. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.6, p.52-95, abr./jun. 2001.

DWORKIN, R. **Taking rights seriously**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978.

Eightieth Annual Meeting of the American Law Institute, Maio 2003, Chicago. **Principles and rules os transnational civil procedure**. Filadélfia, abr. 2003.

FERREIRA, A. B. de H. **Novo aurélio século XXI**: o dicionário da língua portuguesa, 3^a ed., totalmente revista e ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FILOMENO, J. G. B. **Manual de direitos do consumidor**, 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GANDINI, J. A. D.; SALOMÃO, D. P. da S.; JACOB, C. **A validade jurídica dos documentos digitais**. Disponível em: <<http://www.direitonaweb.com.br/dweb.asp?ccd=3&ctd=1337>> Acesso em: 17 julho 2003.

GENNARI, M. C. **Minidicionário de informática**, 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GICO JUNIOR, I. T. **O documento eletrônico como meio de prova no Brasil**. Disponível em: <<http://www.alfa-redi.org/upload/revista/90203—12-57-0%20Documento%20Eletr%C3%B4nico%20como%20Meiode%20Prova.pdf>> Acesso em: 28 maio 2003.

_____. **Novas formas de comércio internacional. O comércio eletrônico. Desafios ao direito tributário e econômico**. Disponível em:

<<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3122>> Acesso em: 27 agosto 2002.

GLANZ, S. Consumidor e contrato eletrônico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 796, p. 114-123, fev. 2002.

GOMES JUNIOR, L. M. O controle jurisdicional das mensagens veiculadas através da *internet*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 738, p. 75-82, abr. 1997.

GRECO, M. A. **Internet e direito**. São Paulo: Dialética, 2000.

GRECO FILHO, V. **Direito processual civil brasileiro**, v. 2, 11^a ed., atualizada. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRINOVER, A. P. et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**, 6^a ed., revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

GROTTI, F. M. **Internet e comércio eletrônico: aspectos jurídicos**. 2002. 204 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2002.

KOTCH, K. J. **Adressing the legal problems of international electronic data**. Disponível em: <<http://www.temple.edu/ticlj/backissues.html>> Acesso em: 24 junho 2003.

LARA, B. R. **Liminares no processo civil**. São Paulo: RT, 1993.

LESSIG, L. **Code and other laws of cyberspace**. Nova York: Basic Books, 1999.

LIMA, G. M. **e-Processo: uma verdadeira revolução procedimental**. Disponível em: <<http://www.teiajuridica.com/eprocesso.htm>> Acesso em: 07 junho 2003.

LIMA NETO, J. H. B. M. **Aspectos jurídicos do documento eletrônico**. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1780>> Acesso em: 15 maio 2003.

LOPES, J. B. **A prova no direito processual civil**, 2^a ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002.

_____. A prova escrita na ação monitória. **Repro**, v. 106, São Paulo, p. 28-37, abr./jun. 2002.

LÓPEZ, M. J. L. **Criptografia y seguridad en computadores** [formato eletrônico PDF], 3^a ed., maio de 2003. Disponível para download em: <<http://www.kriptopolis.com>> Acesso em: 23 junho 2003.

MARCACINI, A. T. R. **O documento eletrônico como meio de prova**. Disponível em: <<http://www.advogado.com/internet/zip/tavares.htm>> Acesso em: 14 abril 2003.

_____. **Direito e informática: uma abordagem jurídica sobre criptografia**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MARGALHO, R. A. de. **Citação e intimação de pessoa de direito público por meio eletrônico**. Disponível em: <<http://www.teiajuridica.com/citelet.htm>> Acesso em: 07 junho 2003.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. **Comentários ao código de processo civil**, vol. 5, tomo I. São Paulo: RT, 2000.

MARTINS, G. M. Contratos eletrônicos via internet: problemas relativos à sua formação e execução. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 776, p.92-106, jun. 2000.

MATTE, M. Assinatura eletrônica biométrica: reflexões sobre os impactos da clonagem humana. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 8, p. 181-197, out./dez. 2001.

MENDES, R. de A. O TRF da 3ª região e os autos virtuais: a quebra do maior paradigma. **Revista do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios**, Brasília, v. 67, p. 16-19, set./dez. 2001.

Microsoft Press – Dicionário de informática: tradução da terceira edição, 3ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1998.

MIRANDA, C. da P. U. Indícios e presunções como meio de prova. **Repro**, São Paulo, v. 37, p. 52-67, jan./mar. 1985.

MONIZ DE ARAGÃO, E. D. Direito à prova. **Repro**, São Paulo, v. 39, p. 98-118, jul./set. 1985.

NEGROPONTE, N. **A vida digital**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

NERY JR., N. **Princípios do processo civil na constituição federal**, 6ª ed., revista, ampliada e atualizada. São Paulo: RT, 2000.

NERY JR., N.; NERY, R. M. A. **Código civil anotado**, 2ª ed., revista e ampliada. São Paulo: RT, 2003.

_____. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**, 4ª ed., revista e ampliada. São Paulo: RT, 1999.

OPICE BLUM, R. **Direito eletrônico e a internet**. Disponível em: <<http://www.opiceblum.com.br/artigo8.htm>> Acesso em: 27 junho 2002.

_____. **Contratos eletrônicos internacionais.** Disponível em:
<<http://www.opiceblum.com.br/artigo3.htm>> Acesso em: 27 junho 2002.

_____. O processo eletrônico: assinaturas, provas, documentos e instrumentos digitais. In: OPICE BLUM, R. (coord). **Direito eletrônico – a internet e os tribunais.** Bauru, SP: Edipro, 2001, p. 35-201.

OPICE BLUM, R. da S.; GONÇALVES, S. R. M. As assinaturas eletrônicas e o direito brasileiro. In: SILVA JÚNIOR, Ronaldo Lemos e WAISBERG, Ivo (org.). **Comércio eletrônico.** São Paulo: RT, 2001, 295-382.

OPICE BLUM, R. S.; ABRUSIO, J. C. **A guerra dos e-mails.** Disponível em:
<<http://www.opiceblum.com.br/artigo9.htm>> Acesso em: 27 junho 2002.

PAIVA, M. A. L. de. **Direito eletrônico.** Disponível em:
<<http://www.teiajuridica.com/direlet.htm>> Acesso em: 07 junho 2003.

_____. **Contratos eletrônicos.** Disponível em:
<<http://www.teiajuridica.com/conelet.htm>> Acesso em: 07 junho 2003.

_____. A ciência do direito informático. **Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos,** Bauru/SP, n. 34, p. 269-289, abr./jul. 2002.

PAIVA, M. A. L. de.; CUERVO, J. **A firma digital e entidades de certificação.** Disponível em: <http://www.foreense.com.br/Atualida/Artigos_DI/digital.htm>
Acesso em: 31 agosto 2003.

PAULA, A. P. de. Dos atos processuais pela via eletrônica. **RePro,** São Paulo, v. 101, p. 169-174, jan./mar. 2001.

PECK, P. **Direito digital.** São Paulo: Saraiva: 2002.

PEIXOTO, R. de C. **Introdução à tecnologia de infra-estrutura de chaves públicas.** Disponível em: <<http://www.direitonaweb.com.br/dweb.asp?ccd=3&ctd=1129>> Acesso em: 02 setembro 2002.

PEREIRA, R. A. Breve introdução ao mundo digital. In: OPICE BLUM, R. (coord). **Direito eletrônico – a internet e os tribunais.** Bauru, SP: Edipro, 2001, p. 23-34.

PINHEIRO JÚNIOR, J. Informática em expansão nos tribunais brasileiros. **Jornal do Comércio**, Rio de Janeiro, 15-16 jun. 2003. Caderno Direito & Justiça, p. B-15.

PORTANOVA, R. **Princípios do processo civil**, 5^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

QUEIRÓZ, R. M. S. de. Assinatura digital e o tabelião virtual. In: DE LUCCA, N.; SIMÃO FILHO, A. **Direito e internet – aspectos jurídicos relevantes**, 1^a reimp. Bauru, SP: Edipro, 2001, p.371-418.

QUIJANO, J. P. Prueba indiciaria en el codigo de procedimiento penal brasilero y codigo de procedimiento penal italiano y su complementación com países europeos e americanos. **Repro**, São Paulo, v. 99, p. 223-248, jul./set. 2000.

REINALDO FILHO, D. R. **A questão da validade jurídica dos atos negociais por meios eletrônicos.** Disponível em: <<http://www.infojus.com.br/area1/democrifilho.htm>> Acesso em: 23 junho 2003.

_____. Problemas de jurisdição no comércio eletrônico – insuficiência dos critérios de competência da “lei modelo” da Uncitral. **Repertório IOB de Jurisprudência**, n. 1/2002, caderno 3, p. 25-22, 1^a quinzena de janeiro de 2002 .

RIBEIRO, D. G. **Provas atípicas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

RODRIGUES, C. A. Da desnecessidade de assinatura para a validade do contrato efetivado via internet. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 784, p. 83-95, fev. 2001.

SANTOS, M. A. **Primeiras linhas de direito processual civil**, 1^o e 2^o vol., 17^a ed., atualizada, 20^a ed. revista. São Paulo: Saraiva, 1994 e 1999.

_____. **Comentários ao código de processo civil**, 5^a ed., atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

_____. **Prova judiciária no cível e comercial**, v. I, 2^a ed., correta e atualizada. São Paulo: Max Limonad, 1952.

SANTOS, R. B. R. dos. **Direito e internet**. 2002. 60 f. Monografia (Graduação). Universidade Estadual de Ponta Grossa, Ponta Grossa, 2002.

Senado aprova transmissão de atos processuais pela Web. Disponível em: <<http://www.direitonaweb.com.br/dweb.asp?ccd=9&ctd=1292>> Acesso em: 18 julho 2003.

TEIXEIRA, S. de F. **Código de processo civil anotado**, 6^a ed., ampliada, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1996.

THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de direito processual civil**, vol. I, 15^a ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

TRUJILLO, E. O mercosul e a documentação eletrônica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 741, p. 735-740, jul. 1997.

VENOSA, S. de S. **Direito Civil: parte geral**, 3^a ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VOLPI, M. M. Assinatura digital e sua regulamentação no Brasil. In: REINALDO FILHO, D. (coord.). **Direito da informática: temas polêmicos**. Bauru, SP: Edipro, 2002, p. 367-382.

VOLPI NETO, A. **Comércio eletrônico: direito e segurança**. Curitiba: Juruá, 2001.

WAMBIER, L. R.; ALMEIDA, F. R. C. de.; TALAMINI, E. **Curso avançado de processo civil**, vol. 1, 3^a ed., revista e atualizada. São Paulo: RT, 2001.

WAMBIER, T. A. A. Súmula vinculante: desastre ou solução? **Repro**, São Paulo, v. 98, p. 295-306, abr./jun. 2000.

Anexo

PROJETO DE LEI 1.589/99, DE 31 DE AGOSTO DE 1999.

*Dispõe sobre o comércio eletrônico, a validade jurídica
do documento eletrônico e assinatura digital
e dá outras providências."*

De autoria do Deputado Luciano Pizzatto - PFL/PR
(com a participação da OAB/SP)

Anexado PROJETO DE LEI Nº 1.483, DE 1999,
de autoria do Deputado Dr. Hélio - PDT/SP
O Congresso Nacional decreta:

TÍTULO I - DEFINIÇÕES GERAIS

Capítulo I

Do âmbito de aplicação

Art. 1º - A presente lei regula o comércio eletrônico, a validade e o valor probante dos documentos eletrônicos, bem como a assinatura digital.

Capítulo II

Dos princípios gerais

Art. 2º - A interpretação da presente lei deve considerar o contexto internacional do comércio eletrônico, o dinâmico progresso dos instrumentos tecnológicos, e a boa-fé das relações comerciais.

Parágrafo único - As questões relativas a matérias regidas pela presente lei, e que não estejam nela expressamente previstas, serão dirimidas de conformidade com os princípios gerais que dela decorrem.

TÍTULO II - COMÉRCIO ELETRÔNICO

Capítulo I

Da desnecessidade de autorização prévia

Art. 3º - O simples fato de ser realizada por meio eletrônico não sujeitará a oferta de bens, serviços e informações a qualquer tipo de autorização prévia

Capítulo II

Das informações prévias

Art. 4º - A oferta de contratação eletrônica deve conter claras e inequívocas informações sobre:

- a) nome do ofertante, e o número de sua inscrição no cadastro geral do Ministério da Fazenda, e ainda, em se tratando de serviço sujeito a regime de profissão regulamentada, o número de inscrição no órgão fiscalizador ou regulamentador;
- b) endereço físico do estabelecimento;
- c) identificação e endereço físico do armazenador,
- d) meio pelo qual é possível contatar o ofertante, inclusive correio eletrônico;
- e) o arquivamento do contrato eletrônico, pelo ofertante;
- f) instruções para arquivamento do contrato eletrônico, pelo aceitante, bem como para sua recuperação, em caso de necessidade;
- g) os sistemas de segurança empregados na operação.

Capítulo III

Das informações privadas do destinatário

Art. 5º - O ofertante somente poderá solicitar do destinatário informações de caráter privado necessárias a efetivação do negócio oferecido, devendo mantê-las em sigilo, salvo se prévia e expressamente autorizado a divulgá-las ou cedê-las pelo respectivo titular.

§ 1º - A autorização de que trata o caput deste artigo constará em destaque, não podendo estar vinculada à aceitação do negócio.

§ 2º - Responde por perdas e danos o ofertante que solicitar, divulgar ou ceder informações em violação ao disposto neste artigo.

Capítulo IV

Da contratação eletrônica

Art. 6º - A oferta pública de bens, serviços ou informações à distância deve ser realizada em ambiente seguro, devidamente certificado.

Art. 7º - Os sistemas eletrônicos do ofertante deverão transmitir uma resposta eletrônica automática, transcrevendo a mensagem transmitida anteriormente pelo destinatário, e confirmando seu recebimento.

Art. 8º - O envio de oferta por Mensagem eletrônica, sem prévio consentimento dos destinatários, deverá permitir a estes identificá-la como tal, sem que seja necessário tomarem conhecimento de seu conteúdo.

Capítulo V

Dos intermediários

Art. 9º - O intermediário que forneça serviços de conexão ou de transmissão de informações, ao ofertante ou ao adquirente, não será responsável pelo conteúdo das informações transmitidas.

Art. 10 - O intermediário que forneça ao ofertante serviços de armazenamento de arquivos e de sistemas necessários para operacionalizar a oferta eletrônica de bens, serviços ou informações, não será responsável pelo seu conteúdo, salvo, em ação regressiva do ofertante, se:

- a) deixou de atualizar, ou os seus sistemas automatizados deixaram de atualizar, as informações objeto da oferta, tendo o ofertante tomado as medidas adequadas para efetivar as atualizações, conforme instruções do próprio armazenador ou
- b) deixou de arquivar as informações, ou, tendo-as arquivado, foram elas destruídas ou modificadas, tendo o ofertante tomado as medidas adequadas para seu arquivamento, segundo parâmetros estabelecidos pelo armazenador.

Art. 11 - O intermediário, transmissor ou armazenador, não será obrigado a vigiar ou fiscalizar o conteúdo das informações transmitidas ou armazenadas.

Parágrafo único - Responde civilmente por perdas e danos, e penalmente por co-autoria do delito praticado, o armazenador de informações que, tendo conhecimento inequívoco de que a oferta de bens, serviços ou informações constitui crime ou contravenção penal, deixar de promover sua imediata suspensão, ou interrupção de acesso por destinatários, competindo-lhe notificar, eletronicamente ou não, o ofertante, da medida adotada.

Art. 12 - O intermediário deverá guardar sigilo sobre as informações transmitidas, bem como sobre as armazenadas, que não se destinem ao conhecimento público.

Parágrafo único - Somente mediante ordem judicial poderá o intermediário dar acesso as informações acima referidas, sendo que as mesmas deverão ser mantidas, pelo respectivo juízo, em segredo de justiça.

Capítulo VI

Das normas de proteção e de defesa do consumidor

Art. 13 - Aplicam-se ao comércio eletrônico as normas de defesa e proteção do consumidor.

§ 1º - Os adquirentes de bens, de serviços e informações mediante contrato eletrônico poderão se utilizar da mesma via de comunicação adotada na contratação, para efetivar notificações e intimações extrajudiciais, a fim de exercerem direito consagrado nas normas de defesa do consumidor.

§ 2º - Deverão os ofertantes, no próprio espaço que serviu para oferecimento de bens, serviços e informações, disponibilizar área específica para fins do parágrafo anterior, de fácil identificação pelos consumidores, e que permita seu armazenamento, com data de transmissão, para fins de futura comprovação.

§ 3º - O prazo para atendimento de notificação ou intimação de que trata o parágrafo primeiro começa a fluir da data em que a respectiva mensagem esteja disponível para acesso pelo fornecedor.

§ 4º - Os sistemas eletrônicos do ofertante deverão expedir uma resposta eletrônica automática, incluindo a mensagem do remetente, confirmando o recebimento de quaisquer intimações, notificações, ou correios eletrônicos dos consumidores.

TÍTULO III - DOCUMENTOS ELETRÔNICOS

Capítulo I

Da eficácia jurídica dos documentos eletrônicos

Art. 14 - Considera-se original o documento eletrônico assinado pelo seu autor mediante sistema criptográfico de chave pública.

§1º- Considera-se cópia o documento eletrônico resultante da digitalização de documento físico, bem como a materialização física de documento eletrônico original.

§ 2º - Presumem-se conformes ao original as cópias mencionadas no parágrafo anterior, quando autenticadas pelo escrivão na forma dos arts. 33 e 34 desta lei.

§ 3º - A cópia não autenticada terá o mesmo valor probante do original, se a parte contra quem foi produzida não negar sua conformidade.

Art. 15 - As declarações constantes do documento eletrônico, digitalmente assinado, presumem-se verdadeiras em relação ao signatário, desde que a assinatura digital:

- a) seja única e exclusiva para o documento assinado;
- b) seja passível de verificação;
- c) seja gerado sob o exclusivo controle do signatário;
- d) esteja de tal modo ligada ao documento eletrônico que, em caso de posterior alteração deste, a assinatura seja invalidada; e
- e) não tenha sido gerada posteriormente a expiração, revogação ou suspensão das chaves.

Art. 16 - A certificação da chave pública, feita pelo tabelião na forma do Capítulo II do Título IV desta lei, faz presumir sua autenticidade.

Art.17 - A certificação de chave pública, feita por particular, prevista no Capítulo I do Título IV desta lei, é considerada uma declaração deste de que a chave pública certificada pertence ao titular indicado e não gera presunção de autenticidade perante terceiros.

Parágrafo único - Caso a chave pública certificada não seja autêntica, o particular, que não exerça a função de certificação de chaves como atividade econômica principal, ou de modo relacionado a sua atividade principal, somente responderá perante terceiros pelos danos causados quando agir com dolo ou fraude.

Art. 18 - A autenticidade da chave pública poderá ser provada por todos os meios de direito, vedada a prova exclusivamente testemunhal.

Art. 19 - Presume-se verdadeira, entre os signatários, a data do documento eletrônico, sendo lícito, porém, a qualquer deles, provar o contrário por todos os meios de direito.

§ 1º - Após expirada ou revogada a chave de algum dos signatários, compete a parte a quem o documento beneficiar a prova de que a assinatura foi gerada anteriormente a expiração ou revogação.

§ 2º - Entre os signatários, para os fins do parágrafo anterior, ou em relação a terceiros, considerar-se-á datado o documento particular na data:

I - em que foi registrado;

II - da sua apresentação em repartição pública ou em juízo;

III - do ato ou fato que estabeleça, de modo certo, a anterioridade da formação do documento e respectivas assinaturas.

Art. 20 - Aplica-se ao documento eletrônico as demais disposições legais relativas à prova documental, que não colidam com as normas deste Título.

Capítulo II

Da falsidade dos documentos eletrônicos

Art. 21 - Considera-se falso o documento eletrônico quando assinado com chaves fraudulentamente geradas em nome de outrem.

Art. 22 - O juiz apreciará livremente a fé que deva merecer o documento eletrônico, quando demonstrado ser possível alterá-lo sem invalidar a assinatura, gerar uma assinatura eletrônica idêntica a do titular da chave privada, derivar a chave privada a partir da chave pública, ou pairar razoável dúvida sobre a segurança do sistema criptográfico utilizado para gerar a assinatura.

Art. 23 - Havendo impugnação do documento eletrônico, incumbe o ônus da prova:

I - a parte que produziu o documento, quanto a autenticidade da chave pública e quanto a segurança do sistema criptográfico utilizado;

II - a parte contrária a que produziu o documento, quando alegar apropriação e uso da chave privada por terceiro, ou revogado ou suspensão das chaves.

Parágrafo único - Não sendo alegada questão técnica relevante, a ser dirimida por meio de perícia, poderá o juiz, ao apreciar a segurança do sistema criptográfico utilizado, valer-se de conhecimentos próprios, da experiência comum, ou de fatos notórios.

TÍTULO IV - CERTIFICADOS ELETRÔNICOS

Capítulo I

Dos certificados eletrônicos privados

Art. 24 - Os serviços prestados por entidades certificadas privadas são de caráter comercial, essencialmente privados e não se confundem em seus efeitos com a atividade de certificação eletrônica por tabelião, prevista no Capítulo II deste Título.

Capítulo II

Dos certificados eletrônicos públicos

Seção I - Das certificações eletrônicas pelo tabelião

Art. 25 - O tabelião certificará a autenticidade de chaves públicas entregues pessoalmente pelo seu titular, devidamente identificado; o pedido de certificação será efetuado pelo requerente em ficha própria, em papel, por ele subscrita, onde constarão dados suficientes para identificação da chave pública, a ser arquivada em cartório.

§ 1º - O tabelião deverá entregar ao solicitante informações adequadas sobre o funcionamento das chaves pública e privada, sua validade e limitações, bem como sobre os procedimentos adequados para preservar a segurança das mesmas.

§ 2º - É defeso ao tabelião receber em depósito a chave privada, bem como solicitar informações pessoais do requerente, além das necessárias para

desempenho de suas funções, devendo utilizá-las apenas para os propósitos da certificação.

Art. 26 - O certificado de autenticidade das chaves públicas deverá conter, no mínimo, as seguintes informações:

I - identificação e assinatura digital do tabelião;

II - data de emissão do certificado;

III - identificação da chave pública e do seu titular, caso o certificado não seja diretamente apensado àquela;

IV - elementos que permitam identificar o sistema criptografado utilizado;

V - nome do titular e poder de representação de quem solicitou a certificação, no caso de o titular ser pessoa jurídica.

Parágrafo único - Na falta de informação sobre o prazo de validade do certificado, este será de 2 (dois) anos, contados da data de emissão.

Seção II

Da revogação de certificados eletrônicos

Art. 27 - O tabelião deverá revogar um certificado eletrônico:

a) a pedido do titular da chave de assinatura ou de seu representante;

b) de ofício ou por determinação do Poder Judiciário, caso se verifique que o certificado foi expedido baseado em informações falsas; e

c) se tiver encerrado suas atividades, sem que tenha sido sucedido por outro tabelião.

§ 1º - A revogação deve indicar a data a partir da qual será aplicada.

§ 2º - Não se admite revogação retroativa, salvo nas hipóteses dos parágrafos 3º e 4º do art. 28.

Art. 28 - O titular das chaves é obrigado a adotar as medidas necessárias para manter a confidencialidade da chave privada, devendo revogá-la de pronto, em caso de comprometimento de sua segurança.

§ 1º - A revogação da chave pública certificada deverá ser feita perante o tabelião que emitiu o certificado; se a chave revogada contiver certificados de

autenticidade de vários oficiais, a revogação poderá ser feita perante qualquer deles, ao qual competirá informar os demais, de imediato.

§ 2º - A revogação da chave pública somente poderá ser solicitada pelo seu titular ou por procurador expressamente autorizado.

§ 3º - Pairando dúvida sobre a legitimidade do requerente, ou não havendo meios de demonstrá-la em tempo hábil, o tabelião suspenderá provisoriamente, por até trinta dias, a eficácia da chave pública, notificando imediatamente o seu titular, podendo, para tanto, utilizar-se de mensagem eletrônica; revogada a chave dentro deste prazo, os efeitos da revogação retroagirão a data da suspensão.

§ 4º - Havendo mera dúvida quanto a segurança da chave privada, é lícito ao titular pedir a suspensão dos certificados por até trinta dias, aplicando-se o disposto na parte final do parágrafo anterior.

Art. 29 - O tabelião deverá manter serviço de informação, em tempo real e mediante acesso eletrônico remoto, sobre as chaves por ele certificadas, tomando-as acessíveis ao público, fazendo-se menção as que tenham sido revogadas.

Art. 30 - O tabelião somente poderá certificar chaves geradas por sistema ou programa de computador que tenha recebido parecer técnico favorável a respeito de sua segurança e confiabilidade, emitido pelo Ministério da Ciência e Tecnologia.

Seção III

Do encerramento das atividades de certificação

Art. 31 - Caso encerre as atividades de certificação eletrônica, o tabelião deverá assegurar que os certificados emitidos sejam transferidos para outro tabelião, ou sejam bloqueados.

Art. 32 - O tabelião deverá transferir as documentações referidas nos arts. 25 e 40 desta lei, ao tabelião que lhe suceder, ou, caso não haja sucessão, ao Poder Judiciário.

Seção IV

Da autenticação eletrônica

Art. 33 - A assinatura digital do tabelião, lançada em cópia eletrônica de documento físico original, tem o valor de autenticação.

Art. 34 - A autenticação de cópia física de documento eletrônico original conterà:

- a) o nome dos que nele apuseram assinatura digital;
- b) os identificadores das chaves públicas utilizadas para conferência das assinaturas e respectivas certificações que contiverem;
- c) a data das assinaturas;
- d) a declaração de que a cópia impressa confere com o original eletrônico e de que as assinaturas digitais foram conferidas pelo escrivão com o uso das chaves públicas acima indicadas;
- e) data e assinatura do escrivão.

Seção V

Da responsabilidade dos tabeliães

Art. 35 - O tabelião é responsável civilmente pelos danos diretos e indiretos sofridos pelos titulares dos certificados e quaisquer terceiros, em consequência do descumprimento, por si próprios, seus prepostos ou substitutos que indicarem, das obrigações decorrentes do presente diploma e sua regulamentação.

Seção VI

Dos Registros Eletrônicos

Art. 36 - O Registro de Título e Documentos fica autorizado a proceder a transcrição e ao registro de documentos eletrônicos particulares, para os fins previstos na Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973.

Parágrafo único - Poderá o Poder Judiciário autorizar o uso de documentos eletrônicos em atividades notariais e de registro não previstas expressamente na

presente lei, adotando a regulamentação adequada, considerando inclusive as questões de segurança envolvidas.

TÍTULO V - AUTORIDADES COMPETENTES

Capítulo I

Do Poder Judiciário

Art. 37 - Compete ao Poder Judiciário:

- a) autorizar os tabeliães a exercerem atividade de certificação eletrônica;
- b) regulamentar o exercício das atividades de certificação, obedecidas as disposições desta lei;
- c) fiscalizar o cumprimento, pelos tabeliães, do disposto nesta lei e nas normas por ele adotadas, quanto ao exercício de suas funções; e
- d) impor as penalidades administrativas cabíveis, obedecido o processo legal, e independente das responsabilidades civis e penais dos tabeliães e seus oficiais.

Parágrafo único - Não será deferida autorização ao exercício da atividade de certificação eletrônica a tabelião que não apresentar parecer técnico favorável emitido pelo Ministério da Ciência e Tecnologia.

Capítulo II

Do Ministério da Ciência e Tecnologia

Art. 38 - Compete ao Ministério de Ciência e Tecnologia:

- a) regulamentar os aspectos técnicos do exercício de atividade de certificação eletrônica pelos tabeliães, dispondo inclusive sobre os elementos que devam ser observados em seus planos de segurança;
- b) emitir parecer técnico sobre solicitação de tabelião para o exercício de atividade de certificação eletrônico; e
- c) emitir os certificados para chaves de assinatura a serem utilizadas, pelos tabeliães para firmarem certificados, devendo manter constantemente acessíveis ao público os certificados que tenha emitido, através de conexão por instrumentos de telecomunicações.

§ 1º - O Ministério da Ciência e Tecnologia revisará a cada 2 (dois) anos o regulamento técnico da certificação eletrônica, previsto na alínea a deste artigo, de forma a mantê-lo atualizado de acordo com os avanços da tecnologia.

§ 2º- Não será emitido parecer técnico favorável ao solicitante que:

- a) não apresentar conhecimento ou as condições técnicas necessárias para o exercício de suas atividades;
- b) não apresentar plano de segurança, ou, apresentando-o, for ele indeferido, ou ainda, caso seja constatado que o plano por ele proposto não está adequadamente implantado em suas dependências e sistemas.

Art. 39 - Deverá o Ministério da Ciência e Tecnologia promover fiscalização em periodicidade adequada, quanto ao cumprimento, pelos tabeliões, das normas técnicas por ele adotadas.

Parágrafo único - Apurando a fiscalização de que trata este artigo qualquer irregularidade no cumprimento das normas técnicas, deverá notificar o tabelião para apresentar defesa no prazo máximo de 5 (cinco) dias, bem como emitir, a propósito da defesa apresentada, manifestação fundamentada, em igual prazo, encaminhando os autos para o Poder Judiciário decidir.

Art. 40 - O tabelião deverá:

- a) documentar os sistemas que emprega na certificação, e as medidas constantes de seu plano de segurança, permitindo acesso a essa documentação pela fiscalização do Ministério de Ciência e Tecnologia; e
- b) documentar os certificados expedidos, vigentes, esgotados e revogados, permitindo acesso a essa documentação pela fiscalização do Poder Judiciário.

TÍTULO VI - SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

Art. 41 - As infrações as normas estabelecidas nos Títulos IV e V desta lei, independente das sanções de natureza penal, e reparação de danos que causarem, sujeitam os tabeliões as seguintes penalidades:

- I - multa, de RS 10.000,00 (dez mil reais) a R\$1.000.000,00 (um milhão de reais);
- II - suspensão de certificado;

III - cancelamento de certificado;

IV - suspensão da autorização para exercício de atividade de certificação eletrônica;

V - cassação da autorização para exercício de atividade de certificação eletrônica;

V - cassação de licença de funcionamento.

Art. 42 - As sanções estabelecidas no artigo anterior serão aplicadas pelo Poder Judiciário, considerando-se a gravidade da infração, vantagem auferida, capacidade econômica, e eventual reincidência.

Parágrafo único - As penas previstas nos incisos II e IV poderão ser impostas por medida cautelar antecedente ou incidente de procedimento administrativo.

TÍTULO VII - SANÇÕES PENAIS

Art 43 - Equipara-se ao crime de falsificação de papéis públicos, sujeitando-se as penas do art. 293 do Código Penal, a falsificação, com fabricação ou alteração, de certificado eletrônico público.

Parágrafo único - Incorre na mesma pena de crime de falsificação de papéis públicos quem utilizar certificado eletrônico público falsificado.

Art. 44 - Equipara-se ao crime de falsificação de documento público, sujeitando-se as penas previstas no art. 297 do Código Penal, a falsificação, no todo ou em parte, de documento eletrônico público, ou alteração de documento eletrônico público verdadeiro.

Parágrafo único - Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, aplica-se o disposto no § 1º do art. 297 do Código Penal.

Art. 45 - Equipara-se ao crime de falsidade de documento particular, sujeitando-se as penas do art. 298 do Código Penal, a falsificação, no todo ou em parte, de documento eletrônico particular, ou alteração de documento eletrônico particular verdadeiro.

Art. 46 - Equipara-se ao crime de falsidade ideológica, sujeitando-se as penas do art. 299 do Código Penal, a omissão, em documento eletrônico público ou particular, de declaração que dele devia constar, ou a inserção ou fazer com que se efetue inserção, de declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante

Parágrafo único - Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 299 do Código Penal.

Art. 47 - Equipara-se ao crime de falso reconhecimento de firma, sujeitando-se as penas do art. 300 do Código Penal, o reconhecimento, como verdadeiro, no exercício de função pública, de assinatura eletrônica, que não o seja.

Art. 48 - Equipara-se ao crime de supressão de documento, sujeitando-se às penas do art. 305 do Código Penal, a destruição, supressão ou ocultação, em benefício próprio ou de outrem, de documento eletrônico público ou particular verdadeiro, de que não se poderia dispor.

Art. 49 - Equipara-se ao crime de extravio, sonegação ou inutilização de documento, sujeitando-se as penas previstas no art. 314 do Código Penal, o extravio de qualquer documento eletrônico, de que se tem a guarda em razão do cargo; ou sua sonegação ou inutilização, total ou parcial.

TÍTULO VIII - DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 50 - As certificações estrangeiras de assinaturas digitais terão o mesmo valor jurídico das expedidas no país, desde que entidade certificadora esteja sediada e seja devidamente reconhecida, em país signatário de acordos internacionais dos quais seja parte o Brasil, relativos ao reconhecimento jurídico daqueles certificados.

Parágrafo único - O Ministério da Ciência e Tecnologia fará publicar os nomes das entidades certificadoras estrangeiras que atendam aos requisitos determinados neste artigo.

Art. 51 - Para a solução de litígios de matérias objeto desta lei poderá ser empregada sistema de arbitragem, obedecidos os parâmetros da Lei nº 9.037, de 23 de setembro de 1996, dispensada a obrigação decretada no § 2 de seu art. 4º, devendo, entretanto, efetivar-se destacadamente a contratação eletrônica da cláusula compromissória.

TÍTULO IX - DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 52 - O Poder Executivo regulamentará a presente lei no prazo de 30 dias, após o qual deverão o Ministério da Ciência e Tecnologia e o Poder Judiciário, no prazo de 60 dias, baixar as normas necessárias para o exercício das atribuições conferidas pela presente lei.

JUSTIFICAÇÃO

1. Os avanços tecnológicos têm causado forte impacto sobre as mais diversas áreas do conhecimento e das relações humanas. O comércio eletrônico representa um dos exemplos mais significativos dessa verdadeira revolução social.

2. O direito, por sua vez, tem por uma de suas principais características o hiato temporal existente entre o conhecimento das mudanças sociais, sua compreensão, as tentativas iniciais de tratá-las à luz de conceitos tradicionais e, finalmente, a adoção de princípios próprios para regular as relações que delas resultam. Essa característica, que tem o grande mérito de assegurar a segurança jurídica mesmo nas grandes revoluções sociais, encontra, porém, na velocidade com que a tecnologia as tem causada, também seu impacto, requerendo seja menor o tempo necessário para adoção de disciplina para as novas relações sociais.

3. Diversos países já adotaram leis especiais tratando das transações eletrônicas, especialmente no que se refere a questão do documento eletrônico e da assinatura digital.

4. A primeira lei dispendo sobre essas questões foi promulgada pelo Estado de Utah, denominada Digital Signature Act, ou Lei da Assinatura Digital. Hoje, a maioria dos Estados norte-americanos já dispõe de leis tratando, com maior ou

menor abrangência, dessa matéria, sendo hoje a grande preocupação harmonizar em nível federal essas legislações.

5. Na Europa, também, diversos países já adotaram leis específicas dispendo sobre essas questões: Itália, Alemanha, e mais recentemente Portugal, já promulgaram leis próprias. E já há, também, no âmbito da Comunidade Européia, a preocupação de definir parâmetros a serem adotados por todos os países que a compõe, de forma a permitir harmonização entre essas diferentes leis nacionais.

6. Na América Latina já existem igualmente leis dispendo sobre documentos eletrônicos e assinatura digital.

A Argentina, por exemplo, teve no Decreto n 427, de 16 de abril de 1998, o marco inicial na regulamentação da assinatura digital, embora restrita ao âmbito da administração pública. Tem a Argentina, atualmente, anteprojeto de lei apresentado pela Comissão Redatora nomeada pelo Ministério da Justiça.

O Uruguai, o marco para validade do documento eletrônico foi a promulgação da Lei nº 16.002, de 25 de novembro de 1988, posteriormente alterada pela Lei nº 16.736, de 5 de janeiro de 1996, universalizando a origem e o destino do documento eletrônico, para fins de reconhecimento legal, que antes tinha seu reconhecimento limitado as correspondências entre órgãos governamentais.

7. Ao lado da preocupação em assegurar validade jurídica ao documento eletrônico e a assinatura digital, surgiu, em meados desta década, outra preocupação: a de disciplinar o próprio comércio eletrônico.

8. Em 1996, a UNCITRAL adotou Lei Modelo sobre Comércio Eletrônico, propondo as principais normas a serem adotadas nas legislações nacionais, visando a criar ambiente internacional para o desenvolvimento dessa nova modalidade de negócios.

Em 1º de julho de 1997, o Presidente dos Estados Unidos, Bill Clinton, propôs uma série de linhas mestras a serem adotadas pelos países.

No mesmo período ocorreu a "Global Information Networks: Realizing the Potencial", em Bona, que resultou em recomendações sobre o comércio eletrônico no âmbito da Comunidade Européia e da cooperação internacional.

Desses movimentos nasceu, no final daquele ano, a declaração conjunta sobre comércio eletrônico, firmada pelos presidentes dos Estados Unidos e da Comunidade Européia.

9. Ainda no âmbito da Comunidade Européia, encontra-se em final de tramitação proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, visando a definir um quadro de assinaturas eletrônicas. Verificou-se que as legislações nacionais, e mesmo as estaduais, no caso dos Estados Unidos, contemplam solução única para ambos os problemas: a adoção da criptografia assimétrica que, significando enorme avanço em relação a criptografia tradicional, simétrica, é composta por duas chaves, uma privada, de conhecimento exclusivo de seu titular, e uma pública, de conhecimento público.

17. O emprego dessa técnica deve considerar a existência de uma terceira parte: a autoridade certificadora, ou entidade certificante, a quem compete certificar a

titularidade da chave pública, dando credibilidade a assinatura e ao documento eletrônicos.

18. Na disciplina dessas entidades, foi necessário considerar o disposto no art. 236 da Constituição do Brasil, que dispõe sobre os serviços notariais e de registro, exercidos em caráter privado mas por delegação do Poder Público, e definidos, pelo art. 1º da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, que regulamentou referido dispositivo constitucional, como aqueles destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos - exatamente o que a certificação visa em relação a assinatura e ao documento eletrônicos.

19. Dividiu-se, assim, a atividade de certificação, em dois grupos distintos, com eficácias diferentes: as certidões eletrônicas por entidades privadas, de caráter comercial, essencialmente privado; e as certidões eletrônicas por tabeliães, de caráter público, e que geram presunção de autenticidade do documento ou da assinatura eletrônica.

20. Essa disciplina distinta, se legitima a atuação das entidades privadas de certificação, importantes, mas que não tem fé pública, restringida esta aos tabeliães.

21. Dessa regra decorrerá toda a disciplina proposta no anteprojeto, em relação a validade jurídica do documento digital.

22. Destaque-se também que, em relação a atividade pública de certificação, realizada pelos tabeliães, decidiu-se propor no anteprojeto duas autoridades distintas, no controle daquela atividade:

a) o Poder Judiciário, a quem, nos termos do art. 236 da Constituição do Brasil, compete sua fiscalização, e;

b) o Ministério da Ciência e Tecnologia, que cumprirá papel das definições técnicas, inclusive quanto a segurança adequada para o uso da tecnologia de certificações.

23. É também importante destacar que o anteprojeto partiu do princípio de que os conceitos tradicionais não devem ser pura e simplesmente afastados, mas sim ajustados a realidade do comércio eletrônico, dando segurança maior as partes, inclusive no que diz respeito aos futuros pronunciamentos do próprio Poder Judiciário. Assim, o projeto adotou a técnica de não pretender conceituar os novos institutos, nem criar novos tipos jurídicos, preferindo inclusive manter o estilo de redação dos dispositivos que já dispõem sobre aspectos jurídicos do documento eletrônico, seja no âmbito civil, seja na tipificação penal, de forma a permitir melhor compreensão por parte dos operadores do direito.

24. Finalmente, destaque-se também que o anteprojeto, levando ainda em consideração que o comércio eletrônico tem, como das principais características, a transnacionalidade, propõe tenham as certificações estrangeiras a mesma eficácia das certificações nacionais, desde que a entidade certificadora tenha sede em país

signatário de acordos internacionais dos quais seja parte o Brasil, relativos ao reconhecimento jurídico dos certificados eletrônicos.