

ARTHUR LEOPOLDINO FERREIRA NETO¹

CONSIDERAÇÕES SOBRE DOCUMENTO ELETRÔNICO

São Paulo
Edição do Autor
2016

¹ Mestrando em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Especialista em Direito Contratual pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Graduado em Direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas; Advogado em São Paulo.

I - A Validade Jurídica do Documento Eletrônico

1. Com a propagação da tecnologia e a utilização internet, nos vimos diante de um novo desmembramento, que ainda nos dias de hoje padece de uma efetiva regulamentação.

A dura realidade é que nem a tecnologia, nem a decretação de sua legitimidade, aumentam nossa segurança. O que a tecnologia faz aumentar é a volatilidade no processo de segurança, beneficiando quem tiver habilidade para usá-la em qualquer dos lados do divisor moral desse processo. Fraudes eletrônicas são mais difíceis de serem detectadas, e mais ainda de serem provadas, pois documentos eletrônicos independem de seus suportes físicos. A melhor tecnologia conhecida para autenticação digital, o uso de chaves assimétricas, é incapaz de equiparar-se como sabem os criptógrafos, ao grau de irrefutabilidade que a assinatura de próprio punho pode oferecer. A falsificação de ou reuso de uma assinatura de próprio punho requer habilidade superior à da perícia grafotécnica, envolvendo a cognição de padrões pessoais de ritmo, pressão e forma caligráfica, enquanto a de uma assinatura digital – inclusive as biométricas requer apenas o vazamentos de sequência de bits (a chave privada do assinante) e a correta sintaxe no seu uso. ²

2. O que torna o documento eletrônico tão delicado quanto à sua força probatória, são justamente as facilidades de sua adulteração por pessoas que detêm habilidades para tanto.

² Rezende, Pedro Antonio Dourado de. Assinaturas Eletrônicas e seus riscos, Disponível em <http://www.cic.unb.br/~rezende/sd.php>. Acesso em 15 jul. 2016

3. Podemos elencar tais facilidades como sendo: anonimato; automação; difusão das informações; ação à distância; e volatilidade.

4. Levando esse contexto em consideração, o documento eletrônico deve, apesar dos percalços, tornar-se público atendendo a requisitos formais que garantam sua segurança quanto à autenticidade e integridade.

5. Nesse sentido, em não se verificando elementos tecnológicos capazes de revestir de segurança o documento eletrônico, e caso sejam impugnadas as informações nele contidas ou mesmo sua autoria, o documento eletrônico se mostrará totalmente inútil, devendo a parte buscar a prova que pretende produzir por outros meios.

(...) a conformidade do documento informático à 'realidade' que ele representa pode ser de muito difícil reconhecimento, já que se trata de valorar a natureza da instrumentação técnica empregada, aquela dos programas de software, a acuidade da informação, a disponibilidade dos dados inseridos na memória, o fundamento do controle do sistema de acesso, e cada outro elemento que possa influir na produção do documento informático. Também a este propósito poder-se-ia imaginar, no máximo, alguma eficácia do documento informático desde que ele não venha a ser contestado em juízo, em caso de contestação abrir-se-ia então o difícil problema de declarar se tal documento seja utilizável como representação dos dados inseridos no computador ou produzidos por este³.

6. Em contrapartida aos argumentos acima, utilizamos atualmente para conferir ao documento eletrônico segurança para sua eficácia como meio de prova nos processos

³ Comoglio, Ferri e Taruffo, Lezioni sul processo civile. P. 675/676

judiciais, a assinatura digital. Sendo que a garantia de sua eficácia é conferida pela lei.

Entendemos que o documento eletrônico pode e deve ser aceito como meio de prova em juízo, mesmo sabendo que o meio eletrônico é um meio que facilita a modificação do documento sem que seja viável para pessoas comuns comprovar a existência de adulterações realizadas. ⁴

7. Assim, temos que ao produzir e admitir documentos eletrônicos como meio de prova, não há qualquer disposição que iniba o juiz a utilizá-los como provas, ou que preveja sua admissibilidade apenas em caso de ser o único meio de prova, ou ainda que lhes imponha determinada eficácia probatória.

O documento eletrônico será submetido à análise do magistrado como qualquer outro meio de prova, sendo-lhe conferida a eficácia probatória que merecer.

II - Admissibilidade do documento eletrônico como meio de prova:

8. O documento eletrônico, além de se prestar à armazenagem de dados para o futuro, caracteriza-se pela dissociação do seu suporte, isso porque, as informações estão assentadas sobre *bits*, o que lhe dá mobilidade de transferência entre os possíveis suportes para seu registro e armazenamento, o que não ocorre no documento tradicional.

9. O seu reconhecimento como meio de prova decorre da lei ou da vontade das partes. Isso quer dizer que sua admissibilidade como meio de prova depende de previsão legal.

10. No Brasil, as regras jurídicas sobre a valoração probatória do documento eletrônico se iniciaram na orbita fiscal

⁴ Maria Eugênia Finkelstein, Aspectos Jurídicos do Comércio Eletrônico. Porto Alegre: Síntese, 2004. P. 163

com o advento da Instrução Normativa SRF nº 156, de 22 de dezembro de 1999.⁵

11. Posteriormente, com o advento da Medida Provisória 2.200-2 de 24 de agosto de 2001 que instituiu a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, houve a equiparação dos documentos eletrônicos aos documentos tradicionais, desde que produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil.⁶

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.

12. Aplicando-se assim a regra contida no artigo 219 do CC (as declarações constantes de documentos assinados

⁵ Institui os Certificados Eletrônicos da Secretaria da Receita Federal – SRF e-CPF e e-CNPJ “Art. 3º Os documentos assinados eletronicamente, inclusive pela SRF, mediante a utilização de Certificado Eletrônico e-CPF e e-CNPJ consideram-se originais e tem o mesmo valor comprobatório daqueles emitidos em papel e firmados pelos meios convencionais.

⁶ Art. 1 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.

presumem-se verdadeiras em relação aos signatários) e conseqüente se aplica ainda o artigo 408 do CPC/2015 que também dispõe sobre a presunção de veracidade das declarações constantes do documento particular, escrito e assinado, ou somente assinado.

13. Há discussão no sentido de que deveria o legislador ao invés de pretender garantir a validade jurídica do documento eletrônico, restringir-se a reconhecer o seu valor probante, caso preenchidos os requisitos necessários a assegurar a autenticidade e integridade.

14. Analisando de forma crítica o § 2º do art. 10 da MP 2.200-2, verificamos que o legislador, dá flexibilidade ao sistema, reconhecendo que as partes poderão se valer de qualquer outro meio de para conferir a integridade e autenticidade aos documentos eletrônicos, sem que isso lhe retire suas características, podendo, assim, também ser admitido como prova.

15. Em contrapartida, ainda que não houvesse a previsão específica de equiparação do documento eletrônico ao documento tradicional, a sua admissibilidade como meio de prova estaria amparada pelo artigo 369 do CPC/2015.⁷

16. Mais além, caso o documento eletrônico não fosse equiparado ao documento tradicional, poderia constar do rol das provas atípicas.

17. José Miguel Garcia Medina, ao comentar o art. 369 do CPC/2015 assevera que:

Ao dispor sobre o direito à prova, o art. 369 do Código de Processo Civil de 2015 repercute essa definição ao estabelecer que as partes têm direito a influir eficazmente na convicção do

⁷ Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

juiz (aspecto outrora não referido, no art. 332 do CPC/73). Há cerceamento de defesa se violado o direito à prova, em quaisquer dos momentos acima mencionados (cf. art. 5º LV, da CF/1988, sobre o direito ao contraditório e à ampla defesa [...]).

18. Augusto Tavares Rosa Marcacini, analisando a a autenticidade e integridade do documento eletrônico sob o ponto de vista das técnicas existentes para garantir-lhes essas características, aduz:

Nada há de impedir a utilização de documentos eletrônicos, seja como forma para se documentar atos jurídicos, seja como meio de prova a ser produzido em juízo. Ate porque, nos termos do artigo 332, CPC, (...). Não me parece imoral o uso de documentos eletrônicos, razão pela qual não haveria porque restringir sua utilização. Muito menos ilícito, não afrontando, igualmente, o artigo 5º, inciso LVI da CF. Evidentemente, além de moralmente legítimo, o meio de prova deve mostrar-se idôneo a permitir o convencimento.

19. Ante o exposto, não se verifica óbice à adoção dos documentos eletrônicos como meio de prova, seja pela previsão contida na Medida Provisória nº 2.200-2, seja pelo teor do artigo 369 do CPC/2015, que preceitua norma flexível, não restringindo, ou enumerando os meios de prova admitidos, considerando que (i) podem ser caracterizados como um documento tradicional (ii) existe tecnologia eficaz à conferir-lhes autenticidade e integridade; (iii) possuem também a característica de se tronarem permanentes.

III – A Valoração da prova eletrônica

20. Pode-se dizer que a valoração da prova eletrônica decorre de dois aspectos: a disposição do legislador em conferir força probatória ao documento eletrônico, e o nível de segurança capaz de garantir certeza e confiabilidade no sistema que irá assegurar as características necessárias para que os documentos

eletrônicos possam ser corretamente valorados pelo magistrado, na formação de seu convencimento.

21. O fato de os documentos eletrônicos serem admitidos como prova não quer dizer que a todos eles possa ser dado o mesmo valor, até porque, diversamente da sua admissibilidade, a valoração traduz a força de convencimento e a carga de informação recebida pelo magistrado, no momento da apreciação para a formação do seu convencimento.

22. Pedro Rezende, em artigo publicado, discorre sobre o tema:

Ora, quem pode garantir a autenticidade e a integridade de documentos em forma eletrônica são sistemas criptográficos apropriados (os de pares de chaves assimétricas – pública e privada) operando em condições adequadas, e não a norma jurídica. Em linguagem técnica, o uso do termo “Infra Estrutura de Chaves Públicas” se refere a um conjunto desses sistemas e dos meios adequados para sua operação. Tais sistemas são prioridade de certas formas matemáticas do mundo platônico, de conhecimento público há mais de 24 anos e de domínio público há mais de dois. São sistemas de manipulação de símbolos que obedecem a certas leis semióticas, mensuráveis enquanto tais sistemas operam em condições adequadas.

Tendo sido já descoberta e não sendo criação ou propriedade intelectual ou material do legislador, ou de quem quer que seja, esses sistemas são não estão em poder do legislador para serem por ele instituídos no sistema jurídico brasileiro. Estão na bagagem cultural da sociedade, na forma como esta os disponha. O que caberia a uma norma jurídica instituir sobre uma tal infra estrutura seria, apenas, a regulação dos efeitos do uso de tais

*sistemas sob condições adequadas. A norma jurídica não pode, por si só garantir a integridade e autenticidade digital alguma. São leis semiológicas que garantem. Da mesma forma que não faz sentido uma norma jurídica decretar ou revogar uma lei física, como a lei da gravidade, a lei da relatividade ou as leis termodinâmicas, estas as que mais se assemelham as leis semiológicas.*⁸

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

24. A comprovação da autenticidade e integridade do documento eletrônico não pode deixar de utilizar a criptografia assimétrica e a assinatura digital com ela produzida.

25. Assim, a comprovação poderá ser realizada por quaisquer outros meios, não sendo necessária a utilização de nenhum certificado digital. Todavia, nesses casos, não haverá presunção de veracidade.

26. Dessa forma, caso seja impugnado o documento eletrônico assinado com uma chave não certificada pela ICP-Brasil, deverá à parte que o produziu, o ônus de provar que ele é verdadeiro e que não existe a falsidade alegada.

27. Sendo essa a diferença dos documentos produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil.

⁸ Rezende, Pedro Antonio Dourado de. Assinaturas Eletrônicas e seus riscos, Disponível em <http://www.cic.unb.br/~rezende/sd.php>. Acesso em 15 jul. 2016

28. Não obstante haja essa presunção legal, ela não poderá ser analisada isoladamente, pois ela é dependente de outras variáveis, que envolvem a própria assinatura digital e a certificação. Essa presunção deverá ser considerada juntamente com a averiguação do ambiente que esse documento eletrônico foi criado.

29. Pelo exposto, entende-se que o documento eletrônico não precisa estar baseado em chaves certificadas por uma autoridade certificadora, porém à assinatura digital precisam ser atribuídas as seguintes garantias: (i) seja única e exclusiva para o documento assinado; (ii) seja passível de verificação pública; (iii) seja gerada com chave privada cuja titularidade esteja certificada por autoridade certificadora credenciada e seja mantida sob exclusivo controle do signatário; (iv) esteja ligada ao documento eletrônico de tal modo que se o conteúdo deste se alterar, a assinatura estará inválida; e (v) não tenha sido gerada posteriormente a expiração, revogação ou suspensão das chaves.