

**UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DA REGIÃO DAS HORTÊNSIAS
ÁREA DE CONHECIMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

MARCELO DE ABREU FAES

**O DOCUMENTO ELETRÔNICO COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO CIVIL:
VALIDADE, EFICÁCIA E VALOR PROBATÓRIO**

**CANELA
2019**

MARCELO DE ABREU FAES

**O DOCUMENTO ELETRÔNICO COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO CIVIL:
VALIDADE, EFICÁCIA E VALOR PROBATÓRIO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na área de conhecimento de ciências jurídicas, Campus Universitário da Região das Hortênsias, na área do Direito Processual Civil, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador MS. Luiz Fernando Castilhos
Silveira.

CANELA

2019

MARCELO DE ABREU FAES

**O DOCUMENTO ELETRÔNICO COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO CIVIL:
VALIDADE, EFICÁCIA E VALOR PROBATÓRIO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na área de conhecimento de ciências jurídicas, Campus Universitário da Região das Hortênsias, na área do Direito Processual Civil, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em 19/11/2019

Banca Examinadora

Prof. MS. Luiz Fernando Castilhos Silveira
Universidade de Caxias do Sul - UCS

Prof. MS. Daniela de Oliveira Miranda
Universidade de Caxias do Sul - UCS

Prof. MS. Moisés João Rech
Universidade de Caxias do Sul - UCS

AGRADECIMENTO

Gostaria de agradecer a todas as pessoas que colaboraram e me apoiaram de alguma forma durante o período de elaboração da presente monografia, em especial aos meus pais que sempre me deram todo o suporte.

Agradeço também à minha querida namorada Cláudia Francieli Scholles, pela paciência, apoio e carinho durante o tempo em que me dediquei na construção desta monografia, sempre entendendo minha ausência e me auxiliando em todas as etapas.

Por fim, agradeço ao meu orientador Prof. MS. Luiz Fernando Castilhos Silveira, que em todo o tempo me auxiliou na elaboração da monografia e acreditou na minha capacidade de realizá-la.

RESUMO

Diante da realidade atual, em que a maior parcela da sociedade está inserida no ambiente digital, a presente monografia analisa a validade, eficácia e o valor probatório do documento eletrônico como meio de prova no processo civil. Para tanto, compreende o meio em que esse está inserido através da abordagem sobre o instituto das provas, bem como conhece os meios de prova no âmbito do processo civil. Apresenta o conceito e noções gerais do documento em sentido amplo. Identifica os requisitos de validade do documento eletrônico e conhece métodos que possibilitam atribuir maior segurança a esse. Por fim, analisa a eficácia do documento eletrônico como meio de prova no processo civil, bem como o seu valor probatório diante do sistema adotado pela legislação vigente. Quanto a metodologia, a presente monografia possui finalidade básica, uma vez que visa apenas aprofundar o conhecimento científico sobre o tema proposto, sem previsão de aplicação prática. O objetivo é descritivo, pois busca descrever conceitos e noções gerais para melhor compreensão do tema, assim como demonstrar as possibilidades de resolução do problema apresentado. A abordagem é qualitativa, tendo em vista que será analisada a transparência das informações de forma crítica para chegar às conclusões. O método científico é o hipotético-dedutivo, uma vez que busca analisar o problema apresentado a partir da investigação das hipóteses trabalhadas. Por fim, o procedimento utilizado é o bibliográfico e o documental, haja vista que a pesquisa é realizada a partir da extração de materiais já publicados e da análise das legislações pertinentes às respostas do problema. O presente estudo valida quase a totalidade das hipóteses investigadas ao concluir que o documento eletrônico é válido quando revestido de determinados requisitos. A eficácia do documento eletrônico será presumida quando esse estiver assinado digitalmente com certificado expedido nos termos da Infraestrutura de Chaves Públicas, mas podendo ser provada por outros meios. O valor probatório será atribuído livremente pelo julgador, desde que a decisão esteja devidamente fundamentada. Por fim, a monografia também conclui que a ata notarial é instrumento eficaz para auxiliar na preservação da integridade do conteúdo do documento eletrônico em razão da fé-pública de que é revestida, especialmente quando por costume o conteúdo não seja perene.

Palavras-chave: Documento eletrônico. Documento tradicional. Assinatura digital. Eficácia probatória. Validade jurídica.

LISTA DE SIGLAS

CPC	Código de Processo Civil
FPPC	Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 PROVA NO PROCESSO CIVIL	11
2.1 PRINCÍPIOS RELACIONADOS AO DIREITO PROBATÓRIO	12
2.2 DEFINIÇÃO, OBJETO E O ÔNUS DA PROVA	23
2.3 SISTEMA DE VALORAÇÃO DA PROVA	29
2.4 MEIOS DE PROVA	33
3 DOCUMENTO	41
3.1 DOCUMENTO E PROVA DOCUMENTAL	43
3.2 ELEMENTOS DO DOCUMENTO	45
3.3 EFICÁCIA PROBATÓRIA DO DOCUMENTO	50
4 DOCUMENTO ELETRÔNICO	57
4.1 REQUISITOS DA VALIDADE JURÍDICA DO DOCUMENTO ELETRÔNICO	60
4.2 TÉCNICAS DE SEGURANÇA DO DOCUMENTO ELETRÔNICO	64
4.3 EFICÁCIA E VALOR PROBATÓRIO DO DOCUMENTO ELETRÔNICO	72
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	79
REFERÊNCIAS	83

1 INTRODUÇÃO

No processo de constante evolução da sociedade, além de desenvolver novos conhecimentos, princípios e valores, também há uma busca incessante pelo desenvolvimento de ferramentas para suprir as novas necessidades que surgem com o passar dos tempos.

Uma das principais evoluções que influenciou significativamente na cultura da sociedade, sobretudo na forma das pessoas se relacionarem e realizarem negócios jurídicos, adveio com a invenção dos meios digitais, mormente com a criação da internet, sendo notória a mudança que tal tecnologia trouxe para a sociedade como um todo, principalmente com o maior número de pessoas que puderam ter acesso.

A partir da década de 90 a internet passou a integrar o cotidiano de diversas pessoas, o que foi aumentando de forma considerável com o passar dos anos, e hoje, praticamente três décadas após a sua popularização, grande parte da sociedade está integrada no ambiente digital. Contudo, imperioso salientar que a inclusão digital está em pleno desenvolvimento, uma vez que parcela considerável da sociedade não utiliza essa tecnologia.

Diante desta nova realidade, o documento eletrônico tornou-se uma ferramenta mais ágil e economicamente mais barata para a troca de informações em relação aos documentos tradicionais, razão pela qual as pessoas físicas e jurídicas passaram a utilizar o documento eletrônico como meio ordinário para a realização de negócios jurídicos, se estendendo até as mais simples comunicações do cotidiano, tornando-o um mecanismo com relevante potencial para representação de fatos.

Entretanto, diante da constante evolução dos meios digitais, sobretudo para o registro de fatos, as relações ocorridas no ambiente digital passaram a transcender para o âmbito jurídico, exigindo a adequação do direito às novas realidades criadas e desenvolvidas pela sociedade, a fim de não se tornar inócuo e defasado.

No entanto, não basta ser uma fonte mais ágil e econômica, o que são benefícios de quem o utiliza, torna-se necessário que apresente características que possibilitem garantir ao documento eletrônico a mesma segurança e credibilidade que o documento tradicional possui para com o direito, mormente pela desconfiança que o assombra pela sua volatilidade que permite sua fácil adulteração, comprometendo sua integridade e autenticidade, o que conseqüentemente torna-se um problema, fazendo indagar se, diante da realidade apresentada, torna-se possível atribuir

validade, eficácia e valor probatório ao documento eletrônico no direito processual civil.

No presente trabalho buscar-se-á respostas a este problema através da análise das questões jurídicas concernentes a validade e o valor probatório do documento eletrônico no âmbito do direito processual civil, sem, contudo, adentrar-se sobre a aplicação dos documentos eletrônicos nos demais ramos do direito, inclusive quanto a implicações subsidiárias do direito processual nas demais matérias do direito, bem como evitar adentrar em questões técnicas pertinentes à ciência da informática, exceto para melhor elucidar o tema.

Neste sentido, partir-se-á da hipótese de que a validade do documento eletrônico não encontra óbice no ordenamento jurídico brasileiro quando estiver revestido dos requisitos da autenticidade e integridade, o que poderá ser presumido quando este for elaborado com o emprego do certificado emitido pela Infraestrutura das Chaves Públicas (ICP-Brasil), estando o seu valor probatório submetido ao princípio do livre convencimento motivado, no qual o julgador poderá atribuir, de forma justificada, o valor que entender como merecido ao documento eletrônico apresentado.

Além disso, investigar-se-á a hipótese da utilização da ata notarial para preservar a integridade do documento eletrônico através da certificação do conteúdo nele apresentado, passando a gozar da presunção de veracidade em razão da fé-pública revestida neste recurso

Para tanto, o presente trabalho visa a compreender o instituto probatório, conhecer os meios legais de prova, apresentar os conceitos de documento, identificar os requisitos de validade do documento eletrônico, conhecer os métodos que possibilitam atribuir maior segurança para garantir a integridade e autenticidade, e analisar a eficácia do documento eletrônico, bem como o seu valor probatório diante do sistema de valoração da prova adotado pela legislação processual vigente.

No primeiro capítulo, abordar-se-á sobre o instituto das provas no direito processual civil, com a finalidade de compreender o meio em que o documento eletrônico está inserido, com a apresentação dos princípios considerados relevantes no atual contexto, a definição, o objeto e o ônus da prova, bem como a evolução do sistema de valoração da prova até o atual modelo adotado pela legislação vigente, concluindo o capítulo com uma abordagem sobre os meios de prova, com dedicação àqueles que possuem maior relação com o tema proposto.

No segundo capítulo, abordar-se-á a respeito do documento em sentido amplo, iniciando pela sua definição e distinções dentro do próprio gênero, passando a compreender os elementos que é composto, concluindo com a análise da sua eficácia probatória diante do processo civil.

No terceiro e último capítulo, abordar-se-á exclusivamente sobre o documento eletrônico, iniciando pela sua definição e características, prosseguindo com a apresentação dos requisitos de validade que possibilitam a sua equiparação com os documentos tradicionais, passando ao conhecimento dos mecanismos e técnicas que visam assegurar a validade do documento eletrônico e, por fim, a análise da sua eficácia e do seu valor probatório no processo civil diante do estágio da legislação vigente.

2 PROVA NO PROCESSO CIVIL

Quando um sujeito ingressa com uma ação judicial para buscar a tutela jurisdicional do Estado ou quando o réu apresenta sua defesa, o direito subjetivo pleiteado pelas partes resta consubstanciado em fatos. Para que o julgador da causa possa julgá-la com maior segurança, torna-se importante a comprovação da ocorrência destes fatos, o que é realizado por meio das provas, as quais servem como uma espécie de ponte para aproximar as alegações à verdade.¹

Portanto, não basta às partes somente alegarem os fatos que pretendem solucionar por meio da tutela jurisdicional do Estado, torna-se relevante a comprovação da sua ocorrência por meio das provas, permitindo que o julgador se certifique a respeito da verdade dos fatos alegados e, convicto da ocorrência da versão apresentada, aplique o direito correspondente à solução do litígio apresentado no processo.

Neste sentido, as partes são detentoras do direito de produzir as provas necessárias para convencer o julgador sobre os fatos alegados, que por sua vez, segundo Marinoni, Arenhart e Mitidiero, trata-se de um direito constitucional apoiado pelas garantias do acesso à Justiça, bem como do contraditório e ampla defesa, uma vez que a prova é elemento indissociável do processo justo.²

Entretanto, considerando a prova como elemento fundamental para o descobrimento da verdade alegada no processo, agregado ao princípio fundamental da cooperação³, imperioso ressaltar que a prova também trata-se de um dever das partes e de toda a sociedade, positivado pelo legislador no artigo 378 do Código de Processo Civil (doravante CPC)⁴, cuja desobediência pode implicar em sanções de litigância de má-fé (art. 80, II) e ato atentatório à dignidade da justiça (art. 77, IV cumulado com seu §2º), previstos no mesmo diploma legal.⁵

¹ THEODORO JR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

³ O princípio da cooperação será abordado na seção 2.1 do presente trabalho.

⁴ Art. 378. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

⁵ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 set. 2019.

Deste modo, observa-se que o direito e o dever à prova estão sustentados por princípios constitucionais e fundamentais do processo civil, os quais guiam o ordenamento jurídico na direção do entendimento que se tem atualmente a respeito de um processo justo.

Por isto, insta a necessidade de abordá-los em seção específica, onde será possível apresentar a importância e as funções dos princípios para o ordenamento jurídico, bem como expor aqueles que possuem maior relação com as provas no âmbito civil, em especial aos objetivos do tema proposto, o que passará a ser demonstrado a seguir

Após os princípios, também abordar-se-á neste capítulo sobre a definição objeto e ônus da prova, o sistema de valoração das provas, bem como os meios de prova.

2.1 PRINCÍPIOS RELACIONADOS AO DIREITO PROBATÓRIO

A palavra “princípio” é derivada da expressão latim *principium*, que significa o começo ou origem, ou seja, o início de algo.⁶ Neste sentido, para o âmbito jurídico, os princípios significam “as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce” [...] “significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o alicerce do Direito.”⁷

Os princípios são fundamentais para a evolução do direito, pois neles estão contidos os valores perquiridos pela sociedade, permitindo que, ao observá-los, a lei possa se adequar às novas realidades provenientes da sua constante evolução, conforme ensina Darci Guimarães Ribeiro:

Os valores contidos nos princípios são considerados o espírito da lei, a alma que faz com que a lei caminhe neste o naquele sentido, de acordo com o andar da sociedade, pois a lei só é mudada porque um princípio foi reinterpretado pelas contingências socioculturais [...]. Enquanto as leis são estáticas, os valores contidos nos princípios são dinâmicos. Enquanto aquelas, por serem estáticas, necessitam da jurisprudência, para diminuir a dicotomia existente entre elas e a realidade social, estes, por serem dinâmicos, se encontram dentro da própria sociedade e acompanham o seu evoluir. São os valores contidos nos princípios que dão a elasticidade necessária para a interpretação de uma lei. Sem eles, a lei ficaria presa na teia social da época em que foi criada.⁸

⁶ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1.112.

⁷ *Ibidem*, loc. cit.

⁸ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 17-18.

Neste sentido, Clóvis Bevilácqua, ao se referir dos princípios gerais de direito, ensina que os princípios são fundamentos e pressupostos que ultrapassam o ordenamento jurídico nacional, fazendo parte do direito universal, da cultura jurídica, formando a base da civilização hodierna.⁹ Outrossim, Miguel Reale os define como “enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas.”¹⁰

Neste sentido, percebe-se que os princípios possuem algumas funções, classificadas por Bento Herculano Duarte e Zulmar Oliveira Jr. como: orientadora; interpretativa; integrativa; e normativa.¹¹

A função orientadora do princípio se extrai do seu papel de direcionar o legislador na construção do direito positivo, na medida em que utilizado como base para alcançar uma conclusão que seja adequada aos anseios da sociedade; já a função interpretativa dos princípios advém da sua utilização para solucionar dilemas interpretativos da norma jurídica; quanto a função integrativa, trata-se da forma pela qual os princípios se insurgem na função de integrar, ou seja, de compor as lacunas do ordenamento jurídico; por fim, a sua função normativa, que advém da possibilidade do julgador decidir com base nos princípios, ainda que tenha uma legislação específica regulando aquela determinada matéria.¹²

Estreitando para o campo do direito processual civil, os princípios fundamentais que alicerçam a sua construção decorrem da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional, sendo neste caso, o Código de Processo Civil, cujo primeiro capítulo se encontra dedicado à abordagem destas normas fundamentais.

Ressalta-se que, alguns princípios previstos pelo Código de Processo Civil são idênticos aos que decorrem da Constituição Federal, sendo nestes casos, considerados como princípios constitucionais, uma vez que não abordam nenhuma

⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. apud. DUARTE, Bento Herculano; OLIVEIRA JR., Zulmar de. **Princípios do processo civil: noções fundamentais**. São Paulo: Método, 2012.

¹⁰ REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 300. apud. DUARTE, Bento Herculano; OLIVEIRA JR., Zulmar de. **Princípios do processo civil: noções fundamentais**. São Paulo: Método, 2012, p. 16.

¹¹ DUARTE, Bento Herculano; OLIVEIRA JR., Zulmar de. **Princípios do processo civil: noções fundamentais**. São Paulo: Método, 2012.

¹² *Ibidem*.

novidade ou maior densidade normativa em relação ao que dispõe o comando constitucional.¹³

Adverte-se também, que o rol de princípios fundamentais trazidas no primeiro capítulo do Código de Processo Civil não é exaustivo, uma vez que podemos encontrar outras normas da mesma espécie na Constituição Federal, como o princípio do devido processo legal, ou espalhadas pelo próprio CPC, a exemplo do princípio do autorregramento da vontade no processo e o dever de observância dos precedentes judiciais, extraído dos artigos 926 e 927 do CPC.¹⁴

Contudo, alguns princípios considerados fundamentais para o processo civil não possuem grande influência no direito probatório, cabendo, portanto, a abordagem daqueles considerados com maior relevância a este instituto, em especial ao estudo proposto, assim relacionados: o princípio do devido processo legal; princípio do contraditório e ampla defesa; princípio da cooperação e da boa-fé; princípio da duração razoável do processo; princípio da eficiência e o princípio da isonomia.

Neste sentido, iniciamos pelo princípio do devido processo legal, o qual se encontra insculpido no inciso LIV, do artigo 5º da Constituição Federal, determinando que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”¹⁵, garantindo que nenhum sujeito terá seus direitos restringidos sem um processo justo e equitativo.¹⁶

Na verdade, segundo Alexandre Freitas Câmara, este princípio deveria ser chamado de devido processo constitucional, uma vez que se trata de um modelo constitucional do processo, composto pelos princípios da isonomia, do juiz natural, da inafastabilidade da jurisdição, do contraditório, da motivação das decisões judiciais e da duração razoável do processo.¹⁷ Do mesmo modo, para se obter um devido processo legal ou constitucional, Fredie Didier Jr explica:

É preciso observar o *contraditório* e a *ampla defesa* (art. 5º LV, CF/1988) e dar tratamento paritário às partes do processo (art. 5º, I, CF/1988); proibem-

¹³ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 64.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 05 set. 2019.

¹⁶ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

¹⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

se provas ilícitas (art. 5º, LVI, CF/1988); o processo há de ser público (art. 5º, LX, CF/1988); garante-se o juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII, CF/1988); as decisões hão de ser motivadas (art. 93, IX, CF/1988); o acesso à justiça é garantido (art. 5º XXXV, CF/1988) etc. Todas essas normas (princípios e regras) são concretizações do devido processo e compõe seu conteúdo mínimo.¹⁸

No entanto, necessário ressaltar que os componentes do devido processo legal não são imutáveis, podendo evoluir por meio de alteração ou inclusão de novas normas, para fim de acompanhar as evoluções da sociedade aos efeitos de buscar o que se entenda por um devido processo legal, como ensina Marcelo Ribeiro:

Ao tempo em que se percebe a insuficiência desta concepção restrita das garantias processuais, o desenvolvimento da sociedade e o fortalecimento dos direitos fundamentais torna evidente a necessidade de se ampliar o seu conteúdo semântico, pois em função das reivindicações sociais, pautadas pela tradição e amparadas pela conjectura da modernidade, uma série de garantias vai sendo, aos poucos, inserida no que se pode chamar de processo devido. Assim, por exemplo, já se entendeu, em tempos medievais, que a parcialidade não estaria a afetar um julgamento justo, que a falta de publicidade dos atos jurisdicionais estaria a preservar a autoridade do Poder Judiciário, ou, ainda, que a convicção judicial estaria livre de fundamentação.¹⁹

O devido processo legal ou constitucional, em síntese, configura-se por meio da construção de um processo que observe as normas fundamentais, estipuladas de acordo com os objetivos que a sociedade espera de um processo judicial, podendo ser alteradas ou expandidas ao passo em que esta sociedade se desenvolve.

Portanto, para que haja um procedimento probatório justo e adequado, também é necessário observar o princípio do devido processo legal, especialmente calcado nas garantias do contraditório e da ampla defesa, evitando algum prejuízo indevido para as partes envolvidas, conforme abordar-se-á na sequência.

O princípio do contraditório e da ampla defesa²⁰, no direito processual civil, não é apenas essencial ao direito probatório, mas trata-se de princípio fundamental ao próprio processo como um todo. Neste sentido, Alexandre Freitas Câmara ensina que o contraditório é “dos princípios fundamentais do processo, o que se revela como sua

¹⁸ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 68, grifo do autor.

¹⁹ RIBEIRO, Marcelo. **Curso de processo civil**: teoria geral e processo de conhecimento. São Paulo: Método, 2015, não paginado. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6541-9/>. Acesso em: 20 jun. 2019.

²⁰ A ampla defesa, segundo Fredie Didier Jr. (2016, p. 88-89), está inserida no aspecto substancial do princípio do contraditório, o qual será visto na sequência.

nota essencial. Em outros termos, o que se quer dizer com isso é que o contraditório é a característica fundamental do processo.”²¹

Além disso, ressalta-se que, nos dizeres de Fredie Didier Jr., o princípio do contraditório “é reflexo do princípio democrático de estruturação do processo. Democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório.”²²

O contraditório trata-se de princípio constitucional, insculpido no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal, o qual dispõe que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”²³, bem como está previsto expressamente como norma fundamental do Código de Processo Civil, o qual atribui ao juiz o dever de zelar pelo efetivo contraditório.²⁴

Segundo Fredie Didier Jr. o princípio do contraditório pode ser decomposto em duas garantias, quais sejam: garantia da participação e a garantia de possibilidade de influência na decisão.

O autor ensina que a primeira garantia é a dimensão formal do princípio em comento, que corresponde “a garantia de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo [...] de acordo com esse pensamento, o órgão jurisdicional dá cumprimento à garantia do contraditório simplesmente ao dar ensejo à ouvida da parte”²⁵, enquanto a segunda garantia, que representa a dimensão substancial, garante que esta participação tenha “condições de poder influenciar a decisão do órgão jurisdicional.”²⁶

Deste modo, a garantia substancial, em outras palavras, resguarda às partes a participação na decisão judicial, não permitindo que o juiz decida com base em fundamentos que não tenham sido oportunizado previamente o debate com os

²¹ CÂMARA, Alexandre Freitas, op. cit., p. 08.

²² DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 81.

²³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 05 set. 2019.

²⁴ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 5 set. 2019.

²⁵ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 81-82.

²⁶ Ibidem, p. 82.

sujeitos do processo, ou seja, com argumentos que não tenham sido discutidos entre todos os sujeitos participantes da demanda judicial, conforme melhor ensina Alexandre Freitas Câmara:

Em primeiro lugar, o contraditório deve ser compreendido como a garantia que têm as partes de que participarão do procedimento destinado a produzir decisões que as afetem. Em outras palavras, o resultado do processo deve ser fruto de intenso debate e da efetiva participação dos interessados, não podendo ser produzido de forma solitária pelo juiz. Não se admite que o resultado do processo seja fruto do solipsismo do juiz. Dito de outro modo: não é compatível com o modelo constitucional do processo que o juiz produza uma decisão que não seja o resultado do debate efetivado no processo.

[...]

O modelo constitucional de processo impõe, assim, um processo participativo, policêntrico, não mais centrado na pessoa do juiz, mas que é conduzido por diversos sujeitos (partes, juiz, Ministério Público), todos eles igualmente importantes na construção do resultado da atividade processual.²⁷

Neste sentido, o artigo 10 do CPC, também insculpido como norma fundamental, dispõe: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”²⁸

Destarte, Marcelo Ribeiro leciona que este comportamento elide que “a decisão surpreenda os envolvidos e se apresente com fundamentação doutrinária ou jurisprudencial não discutida no processo”²⁹, ensejando o que Alexandre Freitas Câmara denomina como garantia da não surpresa:

Consequência dessa percepção do contraditório como garantia de participação com influência é que deve ser ele, também, compreendido como uma garantia de não surpresa. Significa isto dizer que o resultado do processo não pode ser tal que surpreenda qualquer dos seus participantes. É o que ocorre, por exemplo, quando se profere decisão acerca de uma questão de ordem pública suscitada de ofício sem que sobre ela se tenha garantido às partes oportunidade para prévia manifestação. Do mesmo modo, tem-se decisão surpresa naqueles casos em que o juiz emite pronunciamento valendo-se de fundamento (de fato ou de direito) que não tenha sido submetido ao debate entre os participantes do processo.³⁰

No entanto, importante ressaltar que o dever do contraditório prévio possui algumas exceções, sendo alguns exemplos previstos no parágrafo único do artigo 9º,

²⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas, op. cit., p. 09.

²⁸ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 5 set. 2019.

²⁹ RIBEIRO, Marcelo, op. cit., não paginado.

³⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas, op. cit., p. 11.

do CPC, como o caso da concessão de tutela provisória de urgência.³¹ Essas exceções, segundo Fredie Didier Jr. não possuem o condão de violar a garantia do contraditório, uma vez que “há uma ponderação legislativa entre a efetividade e o contraditório, preservando-se o contraditório para momento posterior.”³²

Na seara do direito probatório, para efetivar o princípio do contraditório, o art. 369 do Código de Processo Civil garante às partes “o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, [...] para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.”³³

Outrossim, diante da peculiaridade do caso, o art. 373, §1º, do CPC, confere ao juiz a possibilidade de atribuir o ônus da prova de modo diverso da regra insculpida nos incisos I e II do “caput” do mesmo dispositivo, todavia, “desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”³⁴, não podendo assim, surpreender as partes com a inversão do ônus da prova somente na sentença, ensejando a efetivação do contraditório com a garantia da não surpresa.

Como consequência desta participação efetiva dos sujeitos do processo, passamos a abordar o princípio da cooperação, previsto no art. 6º do Código de Processo Civil, o qual dispõe que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”³⁵

O princípio da cooperação está ligado a um modelo de processo cooperativo, que Fredie Didier Jr considera como “terceiro modelo de organização do processo”, diverso dos modelos clássicos: adversarial (dispositivo) e inquisitivo³⁶, explicados de forma resumida pelo autor da seguinte forma:

Em suma, o modelo adversarial assume a forma de competição ou disputa, desenvolvendo-se como um conflito entre dois adversários diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, cuja principal função é decidir o caso. O modelo inquisitorial (não adversarial) organiza-se como uma

³¹ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 5 set. 2019.

³² DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 49.

³³ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 5 set. 2019.

³⁴ Ibidem.

³⁵ Ibidem.

³⁶ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 125.

pesquisa oficial, sendo o órgão jurisdicional o grande protagonista do processo. No primeiro sistema, a maior parte da atividade processual é desenvolvida pelas partes; no segundo, cabe ao órgão judicial esse protagonismo.³⁷

No modelo cooperativo, os sujeitos do processo devem atuar juntos em busca do resultado justo e efetivo, operando conjuntamente para a obtenção de uma decisão judicial legítima, baseada no efetivo contraditório, conforme leciona Alexandre Freitas Câmara:

Princípio da cooperação deve ser compreendido no sentido de que os sujeitos do processo vão “co-operar”, operar juntos, trabalhar juntos na construção do resultado do processo. Em outros termos, os sujeitos do processo vão, todos, em conjunto, atuar ao longo do processo para que, com sua participação, legitimem o resultado que através dele será alcançado. Só decisões judiciais construídas de forma participativa por todos os sujeitos do contraditório são constitucionalmente legítimas e, por conseguinte, compatíveis com o Estado Democrático de Direito.³⁸

A relação deste princípio com o direito probatório, reside na medida em que se extrai dos artigos 378 a 380 do CPC, ao determinar que “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”, incumbindo às partes o dever de comparecer em juízo para responder ao que lhes for interrogado; colaborar para realização de inspeção judicial; e praticar atos que lhes forem determinados.³⁹

O princípio da colaboração se estende também para terceiros, com a incumbência de informar os fatos e circunstâncias que tenham conhecimento, bem como exibir coisa ou documento que esteja em seu poder, sob pena de incorrer nas sanções previstas no art. 380, parágrafo único, do CPC.⁴⁰

Deste modo, para efetivar o princípio da cooperação, sugere o Enunciado 373 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (doravante FPPC) que “as partes devem cooperar entre si; devem atuar com ética e lealdade, agindo de modo a evitar

³⁷ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 122.

³⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas, op. cit., p. 09.

³⁹ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 5 set. 2019.

⁴⁰ Ibidem.

a ocorrência de vícios que extingam o processo sem resolução do mérito e cumprindo com deveres mútuos de esclarecimento e transparência.”⁴¹

Para tanto, torna-se necessária a observação do princípio da boa-fé, disposto no art. 5º do Código de Processo Civil, o qual determina que “aquele que de qualquer forma participa do processo, deve comportar-se de acordo com a boa-fé”⁴², aludida como norma fundamental.

Neste sentido, Marcelo Ribeiro aborda que a inclusão do princípio em comento “se justifica pela necessária consolidação do sistema cooperativo, onde comportamentos contraditórios aos primados do devido processo legal passam a ser combatidos pela indução de responsabilidades.”⁴³

A boa-fé que se refere o art. 5º do Código de Processo Civil, segundo o enunciado 374 do FPPC, é objetiva⁴⁴, ou seja, não basta a ausência de má-fé dos sujeitos do processo, mas também, que se comportem de acordo com o que geralmente deles se esperam.⁴⁵

Outrossim, o comportamento consoante a boa-fé objetiva não se trata de incumbência somente das partes litigantes, mas também uma obrigação do órgão jurisdicional, com igual vedação ao comportamento contraditório.⁴⁶ Neste diapasão, para melhor elucidar, especialmente por relacionar com o direito probatório, segue o exemplo dado por Alexandre Freitas Câmara sobre o assunto:

Pense-se, por exemplo, no caso de o juiz ter indeferido a produção de uma prova requerida pelo demandante, ao fundamento de que tal prova se destinaria a demonstrar um fato que já estaria comprovado. Posteriormente, o pedido é julgado improcedente, ao fundamento de que aquele mesmo fato não estaria provado, sendo do autor o ônus probatório. [...] Em casos assim, ou realmente o fato está provado e, por conseguinte, a sentença de improcedência por falta da prova está errada, ou o fato não está provado, e

⁴¹ Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. **In: Carta de Florianópolis:** enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 05 set. 2019.

⁴² BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 set. 2019.

⁴³ RIBEIRO, Marcelo, op. cit., não paginado.

⁴⁴ Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. **In: Carta de Florianópolis:** enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 05 set. 2019.

⁴⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas, op. cit.

⁴⁶ Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. **In: Carta de Florianópolis:** enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 05 set. 2019.

nesse caso seria imperioso reabrir-se a atividade probatória para não surpreender-se a parte que originariamente tivera aquela prova indeferida.⁴⁷

Ainda, importante frisar que a boa-fé objetiva possui o condão de impedir “que o julgador profira, sem motivar a alteração, decisões diferentes sobre uma mesma questão de direito aplicável às situações de fato análogas, ainda que em processos distintos.”⁴⁸

Deste modo, a construção de uma decisão justa por meio da cooperação dos sujeitos do processo, necessita que a participação seja realizada com comportamentos condizentes com a boa-fé objetiva, não somente das partes litigantes, mas de todos os sujeitos que dele participam (juízes, ministério público, peritos, terceiros, etc.).

Prosseguindo, o art. 4º do CPC dispõe sobre o princípio da duração razoável do processo, o qual entende-se relevante para o direito probatório, proveniente do inciso LXXVIII da Constituição Federal, que assegura a todos “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”⁴⁹

Neste sentido, para dar efetividade ao cumprimento deste princípio, podemos extrair o disposto no art. 370 do CPC, no qual o legislador determinou que ao juiz caberá determinar as provas necessárias, indeferindo as diligências inúteis ou protelatórias, tornando o processo mais célere e próximo de uma duração razoável.⁵⁰

Contudo, não basta que o processo possua um tempo razoável se o resultado não seja justo e adequado ao caso, razão pela qual importante observar o princípio da eficiência, insculpido no art. 8º do CPC⁵¹, conforme explica Alexandre Freitas Câmara:

Um processo rápido e que não produz resultados constitucionalmente adequados não é eficiente. E a eficiência é também um princípio do processo

⁴⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas, op. cit., p. 07.

⁴⁸ Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. In: **Carta de Florianópolis**: enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 05 set. 2019.

⁴⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 05 set. 2019.

⁵⁰ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 15 set. 2019.

⁵¹ Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

civil (art. 8º). Impõe-se, assim, a busca do equilíbrio, evitando-se demoras desnecessárias, punindo-se aqueles que busquem protelar o processo (e daí a legitimidade de multas e da antecipação de tutela quando haja propósito protelatório), mas assegurando-se que o processo demore todo o tempo necessário para a produção de resultados legítimos.⁵²

Deste modo, pelo princípio da eficiência, segundo ensina Câmara, compreende-se que “quanto menos onerosos (em tempo e energias) os meios empregados para a produção do resultado (e desde que seja alcançado o resultado constitucionalmente legítimo), mais eficiente terá sido o processo.”⁵³

O princípio da isonomia, previsto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal⁵⁴, incorporado no art. 7º do CPC, dispõe que é “assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais”⁵⁵, também se mostra relevante para a matéria do direito probatório.

Neste sentido, imperioso ressaltar que a semântica do princípio da isonomia transcende a sua literalidade, uma vez que este princípio deve ser entendido como “garantia de que as partes iguais sejam igualmente tratadas, e de que as partes desiguais sejam desigualmente tratadas.”⁵⁶

No mesmo raciocínio, Câmara ensina que deste princípio devem ser extraídas duas ideias: que casos iguais devem ser tratados igualmente; e que as partes devem atuar no processo com paridade de armas.⁵⁷

No tocante a primeira ideia, ensina que “a exigência de que casos iguais recebam decisões iguais nada mais é do que aplicação da norma constitucional que afirma a igualdade de todos perante a lei.”⁵⁸ Enquanto a segunda ideia, explica o autor:

A paridade de armas garantida pelo princípio da isonomia implica dizer que no processo deve haver equilíbrio de forças entre as partes, de modo a evitar que uma delas se sagra vencedora no processo por ser mais forte do que a outra. Assim, no caso de partes que tenham forças equilibradas, deve o tratamento a elas dispensado ser igual. De outro lado, porém, partes

⁵² CÂMARA, Alexandre Freitas, op. cit., p. 06.

⁵³ Ibidem, p. 14.

⁵⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

⁵⁵ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 set. 2019.

⁵⁶ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Direito processual civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 25.

⁵⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas, op. cit.

⁵⁸ Ibidem., p. 12.

desequilibradas não podem ser tratadas igualmente, exigindo-se um tratamento diferenciado como forma de equilibrar as forças entre elas.⁵⁹

Deste modo, ainda que a temática será abordada oportunamente na seção 2.2 desta monografia, salienta-se que a sistemática do ônus da prova dinâmico adotada pelo CPC de 2015 deriva desta noção do princípio da isonomia, uma vez que nos casos entre iguais deve ser obedecida a regra do art. 373, *caput*, enquanto que nos casos onde houver disparidade entre as partes na obtenção da prova, poderá o magistrado redistribuir o ônus probatório, a fim de equilibrar a relação entre os litigantes, conforme §1º do mesmo dispositivo.⁶⁰

Destarte, frisa-se que outros princípios podem ser relacionados com a prova, porém, optou-se por aqueles avaliados com maior relevância ao tema proposto, considerados como essenciais para compreender as matérias correspondentes às seções subsequentes, que passarão a ser abordadas na sequência.

2.2 DEFINIÇÃO, OBJETO E O ÔNUS DA PROVA

Para se obter uma definição mais adequada para prova no processo civil, Darci Guimarães Ribeiro ensina que é preciso considerar dois critérios: os objetivos e os subjetivos, que segundo o próprio autor, são assim entendidos:

Por critérios objetivos, devem ser entendidos os meios utilizados pelas partes ou impostos pela lei para convencer o juiz do seu direito. São os mecanismos, os instrumentos transportadores da certeza necessária para a formação da convicção no espírito julgador, e, salvo as provas atípicas, estão previstos na lei, porém não se esgotam nela [...].

Por critérios subjetivos, devemos entender a convicção, a certeza criada no espírito do julgador. É o seu convencimento interior, que só pode ser adquirido mediante a percepção, e que constitui o cerne da prova, formando a própria “verdade” do caso concreto, à medida que o juiz é chamado para decidir, dirimir o conflito, com a autoridade da coisa julgada [...].⁶¹

Outrossim, João Batista Lopes sobre estes dois aspectos:

Sob o aspecto objetivo, é o conjunto de meios produtores da certeza jurídica ou o conjunto de meios utilizados para demonstrar a existência de fatos relevantes para o processo. [...] Sob o aspecto subjetivo, é a própria

⁵⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas, op. cit., p. 12.

⁶⁰ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 16 set. 2019.

⁶¹ RIBEIRO, Darci Guimarães, op. cit. p. 68.

convicção que se forma no espírito do julgador a respeito da existência ou inexistência de fatos alegados no processo.⁶²

Neste sentido, considerando a complexidade da matéria, encontrar uma definição para prova é uma tarefa árdua e arriscada, porém, considerando a importância de ambos os critérios demonstrados pelos ensinamentos acima, encontra-se nas lições de Sérgio Gilberto Porto o conceito que se mostra mais adequado, pois segundo o autor “prova judicial é a reunião dos meios aptos a demonstrar (critério objetivo) e dos meios a convencer o espírito de quem julga (critério subjetivo).”⁶³

O objeto da prova está intimamente relacionado com o seu conceito, uma vez que se altera conforme o predomínio que se é dado a um dos critérios, ou seja, quando se der predomínio ao critério subjetivo, o objeto da prova transcende os fatos controvertidos, pois o objeto da prova se insurge como tudo o que for capaz de convencer o juiz, enquanto o predomínio do critério objetivo se limita somente às questões controvertidas, excluindo do seu objeto os fatos notórios e incontroversos.⁶⁴

Deste modo, como exemplo de predomínio do critério objetivo, podemos citar a visão de Humberto Theodoro Jr., para quem os fatos notórios e incontroversos não são objetos da prova, pois prova-los seria, segundo este jurista, “inutilidade e pura perda de tempo, em detrimento da celeridade processual que é almejada como ideal do processo moderno.”⁶⁵

Por outro lado, tomando partido pelo predomínio do critério subjetivo, porém destacando a importância do critério objetivo para uma precisa conceituação de prova, Darci Guimarães Ribeiro entende que o objeto da prova é tudo aquilo que pode influenciar no convencimento do julgador sobre a veracidade dos fatos alegados nos autos, “[...] pois um fato, mesmo não-controvertido, pode influenciar o juiz ao decidir, à medida que o elemento subjetivo do conceito de prova (convencer) pode ser obtido, e.g., mediante um fato notório, mediante um fato incontroverso.”⁶⁶

⁶² LOPES, João Batista. A prova no direito processual civil, [S.l.]: [s.n.], 2006, p. 22. apud. GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 21. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547215538/first>. Acesso em: 5 mai. 2019.

⁶³ PORTO, Sérgio Gilberto. Prova: teoria e aspectos gerais no processo civil. In Revista Estudos Jurídicos n.º 39, São Leopoldo, 1984, p. 10. apud. RIBEIRO, Darci Guimarães, op. cit., p. 69.

⁶⁴ RIBEIRO, Darci Guimarães, op. cit.

⁶⁵ THEODORO JR, Humberto, op. cit., p. 873.

⁶⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães, op. cit., p. 77-78.

Outrossim, Humberto Theodoro Jr. afirma que “só os fatos relevantes para a solução da lide devem ser provados, não os impertinentes e inconsequentes.”⁶⁷ No entanto, Darci Guimarães Ribeiro ressalta que os fatos não bastam ser relevantes, eles precisam ser influentes, pois se assim não forem, tratam-se de fatos inúteis e sem relação com a causa, portanto, não há necessidade de prová-los.⁶⁸

Deste modo, torna-se imperioso dar razão às lições apresentadas por Darci Guimarães Ribeiro, tendo em vista que parece claro que o objeto da prova realmente depende se o predomínio é pelos critérios objetivos ou subjetivos, pois na primeira hipótese serão considerados somente os fatos relevantes para a solução da lide, enquanto na segunda linha o objeto da prova passa a ser tudo aquilo que possa influenciar no convencimento do julgador.

Além disso, a doutrina dominante considera que o direito não é objeto de prova, salvo nas hipóteses previstas pelo artigo 376 do CPC⁶⁹, como indica Humberto Theodoro Jr., ao afirmar que as partes devem se ater a provar os fatos que estão sendo alegados, enquanto o direito cabe ao juiz aplicá-lo de acordo com a solução adequada ao litígio apresentado no processo.⁷⁰

Porém, Darci Guimarães Ribeiro ensina que esta questão também sofre influência do conceito que se tem sobre prova, uma vez que ao considerar a forma subjetiva, ligada ao convencimento do julgador, deve se observar a possibilidade de as partes convencerem o juiz sobre a melhor interpretação do direito aplicado ao caso apresentado no processo.⁷¹

A respeito do ônus da prova, o artigo 373, do CPC, regula a regra de distribuição ônus da prova, onde dispõe que ao autor incumbe provar o fato constitutivo de seu direito e ao réu a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.⁷²

O ônus da prova não se trata de uma obrigação ou dever que as partes possuem para provar as suas alegações, mas apenas um encargo que precisam se

⁶⁷ THEODORO JR, Humberto, op. cit., p. 872.

⁶⁸ RIBEIRO, Darci Guimarães, op. cit.

⁶⁹ Art. 376. A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar.

⁷⁰ THEODORO JR, Humberto, op. cit.

⁷¹ RIBEIRO, Darci Guimarães, op. cit.

⁷² BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de processo civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 5 mai. 2019.

desincumbir.⁷³ Assim, o autor não tem o dever de provar o fato constitutivo do seu direito, assim como o réu também não possui a obrigação de provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, conforme atribuído pelo legislador na sistemática vigente.

Entretanto, não se desincumbindo deste ônus, as partes ficam submetidas às consequências advindas dessa omissão, podendo acarretar no julgamento desfavorável às suas pretensões, ou seja, na hipótese do autor não se desincumbir do ônus legal de provar o fato constitutivo do seu direito e não havendo prova nos autos que corrobore com os fatos aduzidos, provavelmente o julgamento será pela improcedência da ação em razão da ausência de comprovação dos fatos alegados.⁷⁴

Neste sentido, o autor Roland Arazi leciona que o ônus da prova é “uma conveniência de o sujeito agir de determinada maneira no intuito de não se expor às consequências desfavoráveis que poderiam surgir com essa omissão.”⁷⁵

O ônus da prova não está ligado ao resultado do processo, podendo o juiz julgar de forma favorável à parte ainda que ela não tenha se desincumbido do *ônus probandi*, uma vez que o julgador poderá se convencer diante da análise do conjunto probatório arrolado aos autos, como a produção de provas realizada de ofício pelo próprio juízo e aquelas apresentadas pela parte contrária⁷⁶, ou como afirma Marinoni, Arenhart e Mitidiero: “Na verdade, o ônus da prova indica que a parte que não produzir prova se sujeitará ao risco de um resultado desfavorável.”⁷⁷

Deste modo, segundo Humberto Theodoro Jr, através das lições de Hernando Devis Echandía, ensina:

Inexistindo obrigação ou dever de provar para a parte, o ônus da prova se torna, em última análise, um critério de julgamento para o juiz: sempre que, ao tempo da sentença, ele se deparar com a falta ou insuficiência de provas para retratar a veracidade dos fatos controvertidos, juiz decidirá a causa contra aquele a quem o sistema legal atribuir o ônus da prova, ou seja, contra o autor, se foi o fato constitutivo de seu direito o não provado; ou contra o réu, se o que faltou foi a prova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo invocado na defesa.⁷⁸

⁷³ LOURENÇO, Haroldo. **Teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC**. São Paulo: Método, 2015.

⁷⁴ Ibidem.

⁷⁵ ARAZI, Roland. La prueba em el proceso civil. 3. Ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008. apud. THEODORO JR, Humberto, op. cit., p. 893.

⁷⁶ LOURENÇO, Haroldo, op. cit.

⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, op. cit., p. 268, grifo do autor.

⁷⁸ ECHANDÍA, Hernando Devis. Teoría general de la prueba judicial, 5. ed. Bogotá: Temis, 2002. apud. THEODORO JR, Humberto, op. cit., p. 894.

Neste diapasão, Humberto Theodoro Jr. ensina que o ônus da prova assume dois aspectos, o primeiro na perspectiva de que o ônus da prova funciona objetivamente como técnica de julgamento, em que “[...] o ônus da prova é a regra legal que vai permitir ao juiz compor o conflito (objeto do processo), ainda que a parte responsável pela prova não tenha se desincumbido de seu encargo.”⁷⁹

Outrossim, não se pode preterir que o ônus da prova possui um enfoque procedimental pela influência subjetiva, uma vez que as partes possuindo consciência sobre o risco do resultado negativo do julgamento em razão do não cumprimento do encargo atribuído pelo sistema legal, se encontram no dever de produzirem provas necessárias para comprovarem os fatos alegados, a fim de levar elementos que apresentem segurança e solidez ao convencimento do julgador, e por conseguinte, aumente a probabilidade de receber uma tutela jurisdicional justa e adequada aos fatos.⁸⁰

De outra banda, conforme dito acima, a distribuição do ônus da prova prevista no artigo 373 do CPC se apresenta como regra, devendo o autor provar os fatos constitutivos do seu direito e o réu os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos deste direito. No entanto, existem muitos casos em que a manutenção desta sistemática compromete a busca pela verdade no processo, inviabilizando que o juiz venha aplicar a solução adequada no julgamento do litígio instaurando entre as partes.⁸¹

Neste sentido, o legislador trouxe expressamente a possibilidade do juiz atribuir de forma diversa o ônus da prova em casos peculiares, definido pelas hipóteses em que a parte se encontre em impossibilidade ou excessiva dificuldade de apresentar a prova do fato, ou ainda, quando a parte tenha maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, conforme se extrai do §1º do art. 373, do CPC:

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde

⁷⁹ THEODORO JR, Humberto, op. cit., p. 896.

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ Ibidem.

que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído⁸²

De acordo com Marinoni, Arenhart e Mitidiero, a distribuição diversa do ônus probatório em razão de maior facilidade na obtenção da prova está ligada ao conceito de economia processual, pois segundo o autor, se uma das partes possui acesso facilitado a uma prova que pode conduzir a busca pela verdade dos fatos, não há motivos para incumbir à outra parte o ônus de apresentar a respectiva prova, sendo revertido em seu prejuízo a ausência da cooperação pelo processo justo.⁸³

De outro modo, a inversão do ônus da prova também ocorre quando uma das partes se encontre na impossibilidade ou excessiva dificuldade para obtenção da prova. Todavia, conforme advertem Marinoni, Arenhart e Mitidiero, a modificação do ônus da prova só pode ocorrer nestas hipóteses, se por outro lado, a parte adversa tenha condições de apresentar a respectiva prova, pois o simples motivo de uma das partes não conseguir se desincumbir do encargo, por si só não autoriza que seja atribuído o encargo ao seu adversário.⁸⁴

Humberto Theodoro Jr. classifica as hipóteses acima como objetivas, acrescentando que a alteração do ônus da prova também pode ser por critérios subjetivos, os quais são extraídos do comportamento da parte, que “cria obstáculos ao adversário para a comprovação dos fatos relevantes à sua defesa”, desde que “os elementos já disponível no processo tornem verossímil a versão afirmada por um dos contendores.”⁸⁵ Segundo o autor, trata-se de uma complementação ao sistema do direito positivo, conforme seu ensinamento:

Não se trata de revogar o sistema do direito positivo, mas de complementá-lo à luz de princípios inspirados no ideal de um processo justo, comprometido sobretudo com a verdade real e com os deveres de boa-fé e lealdade que transformam os litigantes em cooperadores do juiz no aprimoramento da boa prestação jurisdicional. De qualquer modo, esse abrandamento do rigor da literalidade do art. 373 depende de condições particulares do caso concreto que, na evolução do processo, permitem um juízo de verossimilhança em torno da versão de uma das partes, capaz de sugerir, de antemão, a possibilidade de o fato ter ocorrido tal como afirma o litigante a que toca o ônus da prova, mas que, nas circunstâncias, evidencie menos capacidade e esclarecê-lo por completo.⁸⁶

⁸² BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 5 mai. 2019.

⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, op. cit.

⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, op. cit.

⁸⁵ THEODORO JR, Humberto, op. cit., p. 904.

⁸⁶ THEODORO JR, Humberto, op. cit., p. 904.

Nessa situação, a distribuição dinâmica do ônus da prova deve ser feita através de decisão interlocutória devidamente fundamentada, a fim de não surpreender as partes, uma vez que tal alteração se submete ao crivo do contraditório, ao contrário da sistemática do ônus da prova estático que, por se tratar da regra, será observada somente no momento da sentença.⁸⁷

Sobretudo, não obstante o ônus da prova seja uma faculdade das partes, a sua prévia distribuição tem o condão de influenciar positivamente na subjetividade das partes que, ciente das consequências negativas, dedicarão empenho na tentativa de comprovar as alegações, colaborando com a instrução processual e, conseqüentemente, apresentando subsídio para uma decisão adequada.

Porém, apresentar provas concernentes aos fatos alegados não é garantia de uma decisão favorável, uma vez que encerrado a fase da instrução processual, inicia-se a atividade do julgador de valoração da prova, o que será abordado na seção seguinte.

2.3 SISTEMA DE VALORAÇÃO DA PROVA

Para melhor compreender o sistema da valoração da prova adotado atualmente no processo civil brasileiro é necessário abordar brevemente os sistemas de avaliação apontados costumeiramente pela doutrina: o sistema da livre-convicção íntima; o sistema das provas legais, o sistema da livre convicção motivada e o da persuasão racional, sendo este último o sistema que atualmente vigora no processo civil brasileiro, como será visto a seguir.

Além disso, antes de entender os sistemas de valoração da prova, imperioso salientar que alguns doutrinadores entendem como sinônimos os sistemas da livre convicção motivada e o da persuasão racional, assim como fazem Leonardo Greco⁸⁸ e Misael Montenegro Filho⁸⁹, porém, no decorrer da seção será possível compreender que os sistemas se diferem.

⁸⁷ THEODORO JR, Humberto, op. cit.

⁸⁸ GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**: introdução ao direito processual civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 125. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6473-3>. Acesso em: 09 jun. 2019.

⁸⁹ MONTENEGRO FILHO, Misael, op. cit.

O sistema da livre-convicção íntima vigorava na antiguidade, quando o julgador era investido no cargo pela própria comunidade em que habitava, sendo ele pessoa leiga e do povo, detentor do pleno poder de apreciar e valorar a prova de acordo com a sua consciência, julgando os casos apenas com a sua convicção, inclusive podendo desprezar todo o conjunto probatório para tanto, sendo desnecessária a fundamentação da sua decisão.⁹⁰

Na época, havia entendimento do que as pessoas investidas na função de julgador eram pessoas privilegiadas e recebiam inspiração divina para julgar os casos e revelar a verdade, razão pela qual entrou em decadência na Idade Média através do surgimento dos Estados-nacionais e dos monarcas absolutistas, os quais não mais concordavam que a verdade pudesse ser revelada através deste poder divino.⁹¹

Foi na própria Idade Média que começou a se consagrar o sistema das provas legais, cujas regras eram quase opostas ao que se via no sistema anterior, uma vez que a avaliação da prova precisava observar uma regra extremamente rígida, com previsão de uma série de limitações e proibições quanto à admissibilidade da prova.⁹²

Segundo Leonardo Greco, o sistema das provas legais possuía as seguintes características:

- 1) estipulavam rigorosamente os meios de prova admissíveis; 2) disciplinavam em pormenores o procedimento probatório; 3) estabeleciam exclusões probatórias de meios ou de pessoas; 4) obrigavam o juiz a dar a cada prova o valor predeterminado na lei; 5) proibiam o juiz de considerar provados os fatos por provas diversas das especificamente previstas em lei.⁹³

Conforme se observa, os sistemas possuíam características totalmente diferentes, sendo que no sistema mais antigo o juiz detinha o poder de julgar o caso com base única e exclusivamente na sua convicção, podendo atribuir o valor que bem entendesse às provas sem a necessidade de fundamentar a sua decisão, uma vez que possuía a confiança da comunidade como um ser abençoado e que possuía habilidades divinas, enquanto que no sistema normativo o juiz era obrigado a julgar de acordo com a rigidez da regra, que mais parecia ser um manual a ser seguido.⁹⁴

⁹⁰ GRECO, Leonardo., op. cit.

⁹¹ Ibidem.

⁹² GIULIANI, Alessandro. Il concetto di prova. Milano: Giuffrè, 1971. apud. GRECO, Leonardo, op. cit.

⁹³ GRECO, Leonardo, op. cit.

⁹⁴ Ibidem.

Todavia, segundo ensinamentos de Leonardo Greco, o sistema normativo entrou em crise no período Renascentista, passando a ser restaurado o modelo retórico utilizado anteriormente, com a criação da livre-convicção moldada para os juízes da época, que posteriormente, passaria a ser exigida a fundamentação das decisões, configurando um novo modelo:

As provas legais entraram em crise no Renascimento que, provocando uma restauração da Antiguidade, voltou a prestigiar a retórica. Em 1667, uma *ordonnance* de Luís XIV cria a livre-convicção, como um instrumento de liberalização, apesar de moldada no juiz burocrático da época.

A partir do século XVIII, expandiu-se a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, e o sistema de apreciação das provas passou a ser o da livre-convicção fundamentada ou da persuasão racional, consagrado entre nós nos artigos 131 do Código de 1973 e 371 do Código de 2015, segundo os quais o juiz deve julgar a causa em conformidade com os fatos e circunstâncias constantes dos autos, mas deve expor na sua decisão as razões da formação do seu convencimento.⁹⁵

O sistema da livre convicção fundamentada, concedeu ao juiz o poder de liberdade para apreciação das provas produzidas no processo, podendo valorá-las de acordo com a sua convicção. No entanto, essa liberdade não é absoluta, uma vez que o magistrado deve obedecer a alguns requisitos expressos na legislação, como a necessidade de fundamentar a decisão.⁹⁶

Neste sentido, como visto acima nas lições de Leonardo Greco, o Código de Processo Civil de 1973 adotou este sistema do livre convencimento motivado, ao abordar em seu art. 131 que “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.”⁹⁷

Entretanto, o CPC atual suprimiu a expressão “livremente” ao trazer em seu art. 371 que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”⁹⁸, razão pela qual se faz necessário trazer as lições de Didier Jr., Braga e Oliveira sobre o assunto, explicando que:

⁹⁵ GRECO, Leonardo, op. cit., p. 125.

⁹⁶ MONTENEGRO FILHO, Misael, op. cit.

⁹⁷ BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 14 jun. 2019.

⁹⁸ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 14 jun. 2019.

O CPC-1973 enunciava que o juiz 'apreciará livremente a prova'. O CPC atual não mais se vale do advérbio 'livremente'. Não é por acaso. A valoração da prova pelo juiz não é livre: há uma séria de limitações, conforme examinado. Além disso, o adjetivo 'livre' era mal compreendido, como se o juiz pudesse valorar a prova como bem entendesse.

Todas as referências ao 'livre convencimento motivado' foram extirpadas do texto do Código. O silêncio é eloquente. O convencimento do julgador deve ser racionalmente motivado: isso é quanto basta para a definição do sistema de valoração da prova pelo juiz adotado pelo CPC-2015.⁹⁹

A expressão "livremente" constava no Projeto do CPC de 2015, mas foi suprimida após uma batalha travada pelo jurista Lenio Luiz Streck, que não concordava com o modelo solipsista *stricto sensu* apresentado, até então, no Projeto.¹⁰⁰ Segundo o próprio jurista, a justificativa sugerida e posteriormente acatada pelo relator do Projeto, foi a de que:

embora historicamente os Códigos Processuais estejam baseados no livre convencimento e na livre apreciação judicial, não é mais possível, em plena democracia, continuar transferindo a resolução dos casos complexos em favor da apreciação subjetiva dos juízes e tribunais. Na medida em que o Projeto passou a adotar o policentrismo e coparticipação no processo, fica evidente que a abordagem da estrutura do Projeto passou a poder ser lida como um sistema não mais centrado na figura do juiz. As partes assumem especial relevância. Eis o casamento perfeito chamado 'coparticipação', com pitadas fortes do policentrismo. E o corolário disso é a retirada do 'livre convencimento'. O livre convencimento se justificava em face da necessidade de superação da prova tarifada. Filosoficamente, o abandono da fórmula do livre convencimento ou da livre apreciação da prova é corolário do paradigma da intersubjetividade, cuja compreensão é indispensável em tempos de democracia e de autonomia do direito. Dessa forma, a invocação do livre convencimento por parte de juízes e tribunais acarretará, a toda evidência, a nulidade da decisão.¹⁰¹

Os ensinamentos de Lenio Luiz Streck demonstram com clareza a evolução do Código de Processo Civil para com o devido processo legal, devendo as decisões serem provenientes do contraditório, o qual somente será efetivado através da intensa participação de todos os sujeitos do processo, com possibilidade de debate sobre todos os argumentos que possa ser objeto da decisão, garantido que não surjam decisões surpresas baseadas na livre convicção do juiz.

⁹⁹ DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 106.

¹⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. **Revista de Informação Legislativa**, ano 52, n. 206, p. 33-51, abr./jun. 2015.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 35.

Deste modo, em que pese alguns doutrinadores, como os próprios Leonardo Greco e Misael Montenegro Filho utilizem o livre convencimento motivado e a persuasão racional como sinônimos, os ensinamentos acima nos mostram que as terminologias não se confundem, justamente porque o sistema da persuasão racional não coaduna com o advérbio “livremente”.

Tal assertiva encontra respaldo nos ensinamentos de Didier Jr., Braga e Oliveira, os quais deixam claro que não é mais correta a referência ao “livre convencimento motivado”, ao mesmo tempo em que afirma que “o órgão julgador deve apresentar as razões pelas quais entendeu que a prova merece o valor que foi atribuído. Por isso, dá-se a esse sistema o nome de ‘convencimento motivado’ ou ‘persuasão racional’.”¹⁰²

A partir dos ensinamentos acima, podemos constatar que o sistema de valoração da prova atualmente adotado pelo CPC atual é o da persuasão racional, no qual permite que o juiz “atribua às provas produzidas o valor que entender que elas mereçam, de acordo com as circunstâncias do caso concreto”¹⁰³. Todavia, conforme a doutrina de Didier Jr, Braga e Oliveira citada no parágrafo anterior, o juiz tem o dever de demonstrar de forma fundamentada na sua decisão, os motivos que o fizeram entender que a prova mereça o valor a ela atribuído.

Neste sistema adotado pelo atual CPC, o juiz tem o dever de analisar todo o conjunto probatório, não podendo excluir determinada prova em detrimento daquela que livremente escolher pra justificar a sua decisão¹⁰⁴, o julgador detêm o poder de atribuir o valor que entender que a prova mereça, mas para isso terá que justificar os motivos pelos quais chegou a tal decisão.

2.4 MEIOS DE PROVA

A convicção do juiz deve ser formada a partir dos meios de prova juridicamente admitidas¹⁰⁵. Assim, segundo dispõe o art. 369 do CPC, “as partes têm o direito de

¹⁰² DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 106.

¹⁰³ Ibidem, p. 105.

¹⁰⁴ THEODORO JR, Humberto, op. cit.

¹⁰⁵ Ibidem.

empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos [...].”¹⁰⁶

Estes meios de provas são os mecanismos pelos quais a prova chega ao processo, sendo que alguns estão expressamente previstos na legislação, conhecidos como meios típicos de prova, e outros que são admitidos, mas não possuem previsão legal, chamados de meios atípicos de prova.¹⁰⁷

O meio atípico de prova se distingue da forma atípica de produzir um meio típico de prova, mas ambos são perfeitamente admitidos para provar a verdade dos fatos alegados. Meio atípico de prova são aqueles que não se encontram expressamente previstos em lei, enquanto a forma atípica de produção da prova ocorre quando o meio de prova é expressamente previsto (típico), porém sua produção é realizada de modos diversos, como ocorre quando o depoimento da testemunha é apresentado em forma de declaração escrita no processo.¹⁰⁸

Entretanto, necessário ressaltar que, independente do meio de prova ser típico ou atípico, somente será admitida se for lícita, a teor do que dispõe o art. 5º, LVI, da Constituição Federal, o qual impõe que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”¹⁰⁹

Neste sentido, os meios legais de prova expressamente previsto no CPC são: o depoimento pessoal, a confissão, a prova testemunhal, a inspeção judicial, prova emprestada, que serão conhecidos a partir de uma breve abordagem; a ata notarial, a prova pericial, que serão abordados com maior profundidade em razão da sua relação com o tema proposto; e a prova documental que será abordada juntamente no capítulo específico sobre documentos.

O Depoimento pessoal é o meio pela qual se vale a parte (autor, réu, assistente, denunciado, substituto processual, oponente, etc.) como meio de prova¹¹⁰, possuindo

¹⁰⁶ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 5 jun. 2019.

¹⁰⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas, op. cit.

¹⁰⁸ Ibidem.

¹⁰⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 05 set. 2019.

¹¹⁰ DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

a finalidade de esclarecer o juiz sobre os fatos da causa e provocar a confissão¹¹¹, estando disciplinado entre os artigos 385 a 388 do CPC.

A confissão, por sua vez, trata-se de meio de prova que ocorre “quando a parte admite a verdade de fato contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário”¹¹², podendo correr de forma judicial ou extrajudicial, porém, conforme artigo 392 do Código de Processo Civil, somente pode versar sobre direito disponível. Além disso, importante ressaltar que, a confissão pode ser espontânea (pela parte ou representante) ou provocada (obtida por depoimento pessoal)¹¹³. Ademais, este meio de prova encontra-se regulado pelos artigos 389 a 395 do Código de Processo Civil.

A prova testemunhal, diferente do depoimento pessoal e da confissão, ocorre por meio do depoimento de um sujeito estranho ao processo (terceiro), que ao seu turno, narra em juízo o seu conhecimento acerca dos fatos¹¹⁴. Nesta linha, leciona Didier Jr., Braga e Oliveira que “testemunha é uma pessoa natural, distinta de um dos sujeitos processuais, que é chamada a juízo para dizer o que sabe sobre o fato probando.”¹¹⁵ No entanto, as disposições pertinentes à regulamentação deste meio de prova podem ser verificadas nos artigos 442 a 463, do CPC.

Prosseguindo, outro meio legal de prova, trata-se da inspeção judicial, assim conhecida como a possibilidade do juiz, seja de ofício ou a requerimento da parte, realizar inspeção de pessoas ou de coisas com o desiderato de esclarecer os fatos que interessem ao deslinde do processo, por meio do emprego dos seus próprios sentidos¹¹⁶, cuja regulamentação se encontra prevista nos artigos 481 a 484, do CPC.

No tocante a prova emprestada, a mesma consiste “no transporte de produção probatória de um processo para o outro. É o aproveitamento da atividade probatória anteriormente desenvolvida, através do traslado dos elementos que a documentaram.”¹¹⁷ Esse meio de prova deve ter um cuidado especial em relação ao

¹¹¹ CÂMARA, Alexandre Freitas, op. cit.

¹¹² BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 set. 2019.

¹¹³ Ibidem.

¹¹⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas, op. cit.

¹¹⁵ DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 245.

¹¹⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas, op. cit.

¹¹⁷ TALAMINI, Eduardo. A prova emprestada no processo civil ou penal. Revista de Processo. São Paulo: RT, 1988, p. 93. apud. DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 133.

princípio do contraditório, devendo a prova emprestada ser admitida somente contra quem tenha participado do processo onde a mesma foi originalmente produzida.¹¹⁸

A ata notarial, em que pese seja considerado um documento público¹¹⁹, apresenta-se no CPC atual como meio específico de prova (art. 384), incorporado ao Direito Brasileiro por meio do artigo 7º, III, da Lei nº 8.935/1994¹²⁰, relacionado com o art. 6º, III, do mesmo diploma legal.¹²¹

Segundo Alexandre Freitas Câmara, “chama-se ata notarial ao documento público, lavrado por notário, através do qual este declara algo que tenha presenciado, declarando sua existência e modo de ser.”¹²²

Entretanto, cumpre ressaltar que a ata notarial deve ser lavrada no exercício das funções do tabelião, que por sua vez, não pode fazê-la com base em fatos da vida comum, os quais tenha presenciado fora do cartório da sua competência, sendo nesta hipótese, considerado mero testemunho como de outro sujeito qualquer.¹²³

Neste sentido, conforme ensina Leonardo Greco, este meio de prova “deve preencher um destes dois requisitos: atestar declarações de conhecimento ou de vontade livremente transmitidas ao tabelião; ou ser lavrada a requerimento consensual de todos os participantes do ato.”¹²⁴

A ata notarial, segundo ensina Marinoni, Arenhart e Mitidiero, não pode ser confundida com a escritura pública, que ao seu turno, também trata-se de documento elaborado por escrivão, uma vez que a escritura pública é produzida para documentação de atos e negócios jurídicos, enquanto a ata notarial consiste na descrição de um fato presenciado pelo escrivão.¹²⁵

Salienta-se que, a ata notarial, além de ser lavrada pelo notário por simples descrição daquilo que atesta ter presenciado, o artigo 384, parágrafo único, do CPC¹²⁶, permite que a ata notarial seja lavrada a partir de dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos.

¹¹⁸ DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

¹¹⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas, op. cit.

¹²⁰ Art. 7º Aos tabeliães de notas compete com exclusividade: [...] III - lavrar atas notariais

¹²¹ Art. 6º Aos notários compete: [...] III - autenticar fatos.

¹²² CÂMARA, Alexandre Freitas, op. cit., p. 238.

¹²³ GRECO, Leonardo, op. cit.

¹²⁴ Ibidem, p. 192.

¹²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, op. cit.

¹²⁶ Art. 384. [...] Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial.

Deste modo, a ata notarial, especialmente nos dias atuais, possui função de grande importância para o direito probatório, uma vez que por meio deste meio de prova é possível documentar fatos transitórios e passageiros, os quais podem se perder com o tempo¹²⁷, ao exemplo dos fatos expostos nas redes sociais, cujo acesso pode ser restringido facilmente pelos usuários, ocultando provas que podem ser fundamentais para o processo.

Por fim, no que diz respeito ao valor probatório deste meio de prova, em que pese a ata notarial, assim como os outros meios de provas, não possui valor probatório superior aos demais, por ser lavrada pelo escrivão dotado de fé-pública (art. 3.º da Lei n.º 8.935/94¹²⁸), este meio de prova goza da presunção relativa de veracidade dos fatos que o notário tenha declarado, cabendo à parte contrária apresentar provas capazes de elidi-los¹²⁹, assim como os demais documentos públicos, cujo tema será abordado na seção 3.3 desta monografia, razão pela qual poderá apresentar maior segurança ao magistrado, influenciando de forma eficaz no seu convencimento.

A última modalidade apresentada nesta seção é a prova pericial, prevista no artigo 464 e seguintes, do CPC, da qual se valerá o julgador “quando houver a necessidade de conhecimento técnico ou científico especializado para a apuração dos fatos da causa.”¹³⁰

Neste sentido, Leonardo Greco apresenta a seguinte definição para a prova pericial:

A prova pericial pode ser definida como aquela em que, mediante a realização de exames, vistorias ou avaliações por pessoas portadoras de conhecimentos científicos, técnicos ou especializados, apuram-se ou interpretam-se fatos cujo esclarecimento dependa de tais conhecimentos.¹³¹

Deste modo, com a finalidade de exemplificar, podemos citar a hipótese em que haja suspeita de adulteração do conteúdo de um documento eletrônico, o que provavelmente não será possível ser constatado pelo juiz, razão pela qual deverá ser

¹²⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas, op. cit.

¹²⁸ Art. 3º Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro.

¹²⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas, op. cit.

¹³⁰ Ibidem, p. 255.

¹³¹ GRECO, Leonardo, op. cit., p. 241.

realizada perícia por técnico especializado nesta área, a fim de identificar se de fato ocorreu uma possível adulteração do conteúdo.

Conforme se extrai do artigo 464, do CPC, a prova pericial pode ser de três espécies: exame, vistoria e avaliação, as quais são assim definidas por Marcelo Ribeiro:

O exame é um ato de inspeção cujo objeto reside em pessoas ou bens móveis. Esta espécie de perícia se verifica, por exemplo, nas ações de interdição ou investigação de paternidade biológica, caso em que a perícia, embora não determinante, deve ser produzida durante a instrução probatória em função do necessário conhecimento técnico para a apuração dos fatos. A vistoria se caracteriza pela avaliação e determinação de valores referentes a bens imóveis, o que se identifica facilmente nas demandas que envolvam venda de lotes ou residências. A avaliação ou arbitramento se presta a avaliação e determinação de valores referentes direitos ou coisas.¹³²

A realização da prova pericial será realizada por meio de perito, da confiança do juiz, portador de conhecimentos científicos, técnicos ou especializados, ou ainda, por órgão técnico ou científico, relacionados ao objeto da perícia, desde que estejam cadastrados junto ao tribunal em que a competência do juiz esteja vinculada. Contudo, não possuindo inscritos no respectivo cadastro, o juiz nomeará livremente o perito, desde que possua conhecimento relacionado a área do objeto da perícia, conforme se extrai do art. 156, do CPC.¹³³

Outrossim, conforme ressalta Alexandre Freitas Câmara, há casos em que existe a necessidade de especialização acadêmica do perito, como alguns casos relacionados à perícia médica, em que a simples formação em medicina não basta, devendo o médico ser especialista na área da perícia, não sendo admitido, por exemplo, que um pediatra realize uma perícia que compete a um profissional que possua especialização em reumatologia.¹³⁴

A conclusão da perícia é apresentada por um documento denominado laudo pericial, em linguagem simples e com coerência lógica, devendo conter, segundo o artigo 473, do CPC: a exposição do objeto da perícia; a análise técnica ou científica realizada pelo perito; a indicação do método utilizado, esclarecendo-o e demonstrando ser predominantemente aceito pelos especialistas da área do conhecimento da qual

¹³² RIBEIRO, Marcelo, op. cit., não paginado.

¹³³ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 22 set. 2019.

¹³⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas, op. cit.

se originou; a resposta conclusiva a todos os quesitos apresentados pelo juiz, pelas partes e pelo órgão do Ministério Público.¹³⁵

O contraditório deverá ser observado em todos os atos da prova pericial, devendo as partes serem cientificadas da data, hora e local da realização da perícia, podendo as partes contratar assistentes técnicos de sua confiança para acompanhar a produção da prova pericial, possuindo direito de livre acesso a todos os atos da perícia. Além disso, as partes devem ser intimadas para se manifestar do laudo, bem como apresentar parecer elaborado pelo seu assistente técnico, ou ainda, requerer esclarecimentos ao perito.¹³⁶

Por fim, quanto a sua força probatória, em que pese as provas não possuam hierarquia entre si, deve se admitir, como faz Leonardo Greco, que a prova pericial desfruta de grande força persuasiva, proveniente do seu caráter científico, técnico ou especializado.¹³⁷

Contudo, considerando que o CPC adotou o sistema da persuasão racional, importante frisar que o magistrado não está vinculado ao resultado da perícia, sendo admitido que este venha a decidir de forma contrária, desde que sua decisão esteja devidamente fundamentada.

¹³⁵ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 22 set. 2019.

¹³⁶ Ibidem.

¹³⁷ GRECO, Leonardo, op. cit.

3 DOCUMENTO

O documento possui, por tradição, relevante força probatória no sistema processual brasileiro, uma vez que possui características de objetividade e estabilidade, o que lhe torna um meio de prova com ampla capacidade de influenciar no convencimento do julgador.¹³⁸

O excepcional poder de convencimento que carrega a prova documental está ligado à confiança que se extrai da sua essência de prova pré-constituída, uma vez que tem o desiderato de eternizar os atos e fatos jurídicos¹³⁹, como ensinam Neves e Castro e Pontes de Miranda:

Os jurisconsultos e legisladores de todos os países cultos são unânimes em reconhecer, como um princípio de ordem pública, que é indispensável admitir um gênero de prova, que em todo o tempo as partes possam invocar quando precisarem defender seus direitos e tornar patente uma certa ordem de fatos. O testemunho individual não podia satisfazer a esse fim, não só porque é de muito curta duração a vida humana, mas também porque este gênero de prova está sujeito a acidentes numerosos e indefinidos, não podendo por isso, mesmo em épocas muito próximas, dar uma ideia, mesmo remota, dos fatos que pretendêssemos provar. Pelo contrário, a prova documental é aquela que, em razão da sua estabilidade, pode, para assim dizer, perpetuar a história dos fatos e as cláusulas dos contratos celebrados pelas partes, e é porque isso que, conquanto não se possa conferir a este gênero de prova força d'uma certeza filosófica, as legislações de todos os países são uniformes me dar-lhe inteiro crédito, enquanto pelos meios legais não for demonstrada a falsidade dos documentos autênticos.¹⁴⁰

O documento é a fonte da prova documental, uma vez que nele estão contidas as informações, pensamentos, ideias ou manifestação de vontades que se quer registrar, enquanto a prova documental trata-se do veículo pelo qual o documento é levado ao processo para análise judicial.¹⁴¹

Importante ressaltar que a prova documental não se restringe à prova escrita, pois conforme lecionam Marinoni, Arenhart e Mitidiero, “as figuras não se confundem, sendo possível haver prova documental não escrita (fotografia, por exemplo), bem como prova escrita não documental (por exemplo, o laudo pericial).”¹⁴² O documento

¹³⁸ GRECO, Leonardo, op. cit.

¹³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, op. cit.

¹⁴⁰ CASTRO, Francisco Augusto das Neves; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Theoria das provas e sua aplicação aos actos civis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917. apud. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, op. cit., p. 362-363.

¹⁴¹ DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

¹⁴² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, op. cit., p. 364.

em sentido amplo compreende toda e qualquer coisa que transmita o registro de um fato, como por exemplo, as fotografias, os desenhos, as gravações sonoras, etc., não apenas os escritos.¹⁴³

Alguns são os conceitos tradicionais de documento em sentido amplo, como na definição de Francesco Carnelucci, segundo o qual documento é “uma coisa capaz de representar um fato.”¹⁴⁴ Para Cândido Rangel Dinamarco, “é todo ser composto de uma ou mais superfícies portadoras de símbolos capazes de transmitir ideias e demonstrar a ocorrência de fatos.”¹⁴⁵ Para Giuseppe Chiovenda “é toda representação material destinada a reproduzir determinada manifestação do pensamento, como uma voz fixada duradouramente (*vox mortua*).”¹⁴⁶

Segundo Antônio Terêncio G. L. Marques, estes conceitos clássicos possuem dificuldade em abranger o documento eletrônico, uma vez que na concepção daqueles autores o documento está consubstanciado em algo material, atrelado em suporte físico e associado a algo tangível e palpável, confundindo a informação registrada com o suporte.¹⁴⁷

Estes conceitos tradicionais, que tratam o documento enquanto coisa, segundo Marcacini “é justificada pela impossibilidade, até então, de registrar fatos de outro modo, que não apegado de modo inseparável a algo tangível”¹⁴⁸, porém, segundo Marques, as definições tradicionais não são compatíveis com a realidade hodierna.¹⁴⁹

Neste sentido, Augusto Tavares Rosa Marcacini apresenta uma definição adequada ao seu entendimento sobre documento. Segundo o autor “[...] documento é o registro de um fato. Se a técnica atual, mediante o uso de criptografia assimétrica, permite registro inalterável de um fato em meio eletrônico, a isto também podemos chamar de documento.”¹⁵⁰

¹⁴³ THEODORO JR, Humberto, op. cit.

¹⁴⁴ CARNELUTTI, Francesco. *La Prueba Civil*. Buenos Aires: Arayú, 1955. apud. THEODORO JR, Humberto, op. cit., p. 962.

¹⁴⁵ DINAMARCO. Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 591.

¹⁴⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Paolo Capitano. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 151.

¹⁴⁷ MARQUES, Antônio Terêncio G. L. **A prova documental na internet: validade e eficácia do documento eletrônico**. Curitiba: Juruá, 2005.

¹⁴⁸ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. O documento eletrônico como meio de prova. **Revista dos Tribunais**: Doutrinas essenciais de processo civil, São Paulo, v. 4, p. 525-569, out. 2011, p. 05. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 20 out. 2019.

¹⁴⁹ MARQUES, Antônio Terêncio G. L., op. cit.

¹⁵⁰ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa, op. cit., p. 04.

Nesta concepção, o conceito de documento torna-se menor e mais genérico, se difere da ideia que o documento esteja atrelado a um suporte físico, ou ainda, reduzido à forma escrita. O conceito de Marcacini privilegia a informação que se quer transmitir a partir do registro, seja ela na forma escrita, gráfica, plástica ou estampada, seja em suporte físico ou não, bastando que o fato esteja representado e perpetuado no tempo.

No entanto, Didier Jr., Braga e Oliveira reconhecem a pertinência das lições de Marcacini, porém, em suas concepções, não é incorreta a definição de documento como sendo uma coisa, entendendo que o documento eletrônico também precisa estar vinculado a um suporte:

A despeito disso, parece que não é incorreto continuar a tratar do conceito de documento (sentido amplo) como sendo uma coisa. Embora o documento eletrônico seja, a rigor, uma sequência de bits, o fato ou ideia nele representado precisará ficar armazenado em algum suporte, seja ele o disco rígido de um computador, *tablet* ou *smartphone*, uma mídia de CD ou DVD, um *pen-drive*, ou qualquer outro meio físico idôneo, e sempre se revelará aos sentidos humanos através de uma ferramenta (p. ex., o software, o computador etc.).¹⁵¹

Deste modo, verifica-se que há duas concepções sobre a definição de documento, a primeira embasada no conceito amplo de documento e havendo sempre a necessidade de um suporte físico, mesmo quando se tratar de documento eletrônico. E a segunda, embasada em um conceito mais genérico, com total desvinculação entre a ideia e o suporte, como forma de privilegiar o fato ou pensamento em detrimento do suporte da representação. Porém, ambas as concepções reconhecem o documento eletrônico como espécie do gênero documento.

3.1 DOCUMENTO E PROVA DOCUMENTAL

Após apresentar os conceitos de documento, importante distinguir simples documento de instrumento, bem como prova documental de prova documentada, conforme será realizado nesta seção.

¹⁵¹ DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 184-185.

Deste modo, frisa-se que, dentro do documento em sentido amplo, existem aqueles que são elaborados, na grande maioria das vezes, com o objetivo de fornecer elementos probatórios de um fato jurídico, são os chamados instrumentos.¹⁵²

Neste sentido, Cândido Rangel Dinamarco ensina que os instrumentos são considerados “[...] os registros de declaração de vontade elaborados com o objetivo de perpetuá-los no tempo de modo idôneo e vincular os declarantes.”¹⁵³

Em suma, instrumentos são documentos conhecidos como provas pré-constituídas, pois composto de elementos capazes de comprovarem o fato jurídico no processo que sequer existe ao tempo de sua elaboração, os quais serão examinados quando o documento ingressar aos autos.¹⁵⁴

Desta forma, os instrumentos podem ser tanto particulares, como no caso de um comprovante de pagamento de aluguel, cujo objetivo é fazer prova do cumprimento da obrigação em caso de reivindicação futura, ou podem ser públicos, como no caso da escritura pública de compra e venda, onde as partes (autores intelectuais) declaram suas vontades perante o agente público, neste caso o tabelião, que irá elaborar o documento (autor material), o qual constituirá prova do negócio jurídico entabulado entre os declarantes.

Essa distinção de instrumento pode ser verificada no próprio CPC, como no caso do art. 406 que dispõe: “Quando a lei exigir instrumento público como da substância do ato, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta.”¹⁵⁵

Entretanto, Marinoni, Arenhart e Mitidiero advertem que se deve ter atenção com o CPC a fim de não extrair conclusões equivocadas, uma vez que o legislador, em alguns outros dispositivos, também menciona a palavra “documento” se referindo ao seu sentido amplo, onde também se encontra inserido os instrumentos.¹⁵⁶

Outrossim, imperioso distinguir prova documental de prova documentada, especialmente para afirmar o regime e o cabimento de certo tipo de prova, assim como determinar o procedimento a ser adotado.¹⁵⁷

¹⁵² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, op. cit.

¹⁵³ DINAMARCO. Cândido Rangel, op. cit., p. 592.

¹⁵⁴ Ibidem.

¹⁵⁵ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 5 mai. 2019.

¹⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, op. cit.

¹⁵⁷ Ibidem.

Não obstante inúmeras concessões ao princípio da oralidade, no nosso direito predomina o princípio da escritura, razão pela qual todo ato no processo é documentado. Neste sentido, quando é colhido o depoimento de uma testemunha ou das partes, o mesmo é reduzido a termo no processo, tornando a prova documentada. O mesmo ocorre na prova pericial, quando o perito apresenta o laudo com o resultado da perícia realizada.¹⁵⁸

Deste modo, “apesar de todos esses atos estarem representados por ‘documentos’ nos autos, nem por isso perdem sua essência (de prova testemunhais, periciais etc.) para se tornarem provas documentais.”¹⁵⁹

Neste sentido, Cernelucci leciona com maestria a diferença entre prova documental e documentada, *in verbis*:

Quem descreve por escrito um fato, enquanto o percebe, forma um documento, porque quer representar no futuro o fato presente mediante o escrito formado; quem descreve por escrito um fato, que notou anteriormente, forma um testemunho porque quer representar atualmente um fato passado mediante o ato de escrever. Há uma atividade humana de idêntica aparência nos dois casos, mas de diversa substância: no primeiro o homem não fornece mais que o *meio*, no segundo fornece também a *matéria* da representação, já que o fato não existe mais fora, mas apenas dentro dele; no primeiro forma um aparato (exterior) para conservar o (a memória do) fato, no segundo o extrai de si mesmo, onde está conservado.¹⁶⁰

Deste modo, na prova documental, o documento representa o fato por si só. Na prova pericial e testemunhal, por sua vez, o elemento representativo continua sendo a pessoa, porém, os depoimentos e as perícias são documentados no processo sem perder a sua essência.¹⁶¹

3.2 ELEMENTOS DO DOCUMENTO

Os elementos do documento podem ser classificados de forma diferente entre os doutrinadores, sendo que alguns entendem que o documento é composto por apenas dois elementos: conteúdo e suporte, outros entendem que há um terceiro elemento: a autoria do documento.

¹⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, op. cit.

¹⁵⁹ Ibidem. p. 366.

¹⁶⁰ CARNELUTTI, Francesco. La prova civile. Roma: Atteneo, 1947, p. 182. apud. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, op. cit., p. 366-367, grifo do autor.

¹⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, op. cit.

Neste sentido, Marinoni, Arenhart e Mitidiero¹⁶² compreendem que o documento é composto apenas pelos elementos conteúdo e suporte, enquanto Dinamarco¹⁶³ e Didier Jr., Braga e Oliveira¹⁶⁴ incluem a autoria como terceiro elemento.

De acordo com os ensinamentos apresentados por Marinoni, Arenhart e Mitidiero, “[...] o *suporte* constitui o elemento físico do documento, a sua expressão exterior, manifestação concreta e sensível; é, enfim, o elemento material, no qual se imprime a ideia transmitida.”¹⁶⁵

O suporte mais comum é o papel, utilizado para a documentação escrita¹⁶⁶, porém, conforme dito anteriormente, o documento não se restringe à escrita, tampouco o seu suporte ao papel, conforme podemos extrair da lição de Moacyr Amaral Santos:

Com efeito, normalmente, os documentos tomam corpo no *papel* em que são *escritos*, ou ainda, por exceção, na tela, na cera, na pedra, no metal, na madeira e em coisas semelhantes. A representação, entretanto, também pode fazer-se por *sinais gráficos*, diversos da *escrita*, como ocorre com desenhos, plantas, projetos, modelos, cartas topográficas etc. Em todos esses casos, a representação se faz através da mente do sujeito da ideia ou do fato representado, que os transfere à coisa representativa, ou documento.¹⁶⁷

De acordo com Marinoni, Arenhart e Mitidiero, essa variedade de suportes pode ser classificada em típicos e atípicos. São típicos os documentos tradicionais, como os instrumentos públicos e as declarações particulares, enquanto os atípicos compreendem os demais suportes que geralmente surgem com o aprimoramento ou advento de novas técnicas para registro de ideias, pois segundo os autores, “o trato da prova documental é, e deve ser, aberto, sempre receptivo aos novos veículos de representação de ideias (ou de vontades).”¹⁶⁸

¹⁶² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, op. cit., p. 368.

¹⁶³ DINAMARCO. Cândido Rangel, op. cit., p. 593.

¹⁶⁴ DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 191.

¹⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, op. cit., p. 368, grifo do autor.

¹⁶⁶ DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

¹⁶⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. Comentários ao Código de Processo Civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 145, grifo do autor. apud. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, op. cit., p. 369.

¹⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, op. cit., 370.

O surgimento do documento eletrônico é um exemplo deste avanço das técnicas para registro de ideias, porque embora não possua um meio físico em que deve estar atrelado, para o seu conteúdo chegar ao conhecimento do juiz o documento eletrônico deve estar em algum dispositivo de armazenamento de dados.¹⁶⁹

A identificação do suporte está ligada com a aferição da estabilidade e durabilidade do documento, fatores intimamente ligados com a prova documental, sendo importante também, para identificar a forma como os sujeitos do processo acessarão o conteúdo do documento, ou seja, como a prova será produzida.¹⁷⁰

O conteúdo do documento, por sua vez, trata-se do elemento que, de acordo com Marinoni, Arenhart e Mitidiero, “significa a ideia transmitida através do suporte”¹⁷¹, os quais podem ser classificados em documentos dispositivos e documentos testemunhais.¹⁷²

Os documentos dispositivos são compreendidos como aqueles que possuem uma declaração de vontade, ao exemplo dos instrumentos de contrato, no qual os contraentes registram as suas manifestações de vontade sobre aquela relação jurídica, diferente dos documentos testemunhais, em que neles constam apenas declarações de ciência, ao exemplo de um recibo de pagamento.¹⁷³

Em ambas as situações a elaboração do conteúdo do documento são provenientes do intelecto de alguém, porém, existe a possibilidade em que o fato representado não advém da percepção do sujeito ou de uma manifestação de vontade, ao exemplo de uma fotografia, em que não se encontra a manifestação de ciência do fotógrafo sobre o fato registrado, tampouco há uma manifestação de vontade sobre uma determinada relação jurídica, ficando a sua interpretação e avaliação a cargo da subjetividade de quem analisá-la, conhecidos como documentos representativos *strictu sensu*.¹⁷⁴

A distinção entre os documentos dispositivos e testemunhais possuem sua importância na prática, uma vez que ao tentar provar uma declaração, a simples

¹⁶⁹ DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

¹⁷⁰ Ibidem.

¹⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, op. cit.

¹⁷² CARNELUTTI, Francesco. A prova civil. Lisa Pary Scarpa (trad.) 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002. apud. DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

¹⁷³ DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

¹⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, op. cit.

apresentação do documento dispositivo basta para tornar o fato provado, visto que neles estão contidos a manifestação de vontade de quem elaborou, enquanto o documento testemunhal só prova a declaração, pois não possui o condão de provar o fato declarado, exceto quando este for contrário ao interesse do declarante.¹⁷⁵

O terceiro elemento, apresentado na composição de Dinamarco, Didier Jr., Braga e Oliveira, trata-se da autoria, realizada pelos sujeitos que constituem o documento, podendo ser dividida em autoria intelectual e material, sendo respectivamente aquela que faz a declaração e a que elabora materialmente o documento.¹⁷⁶

Na maioria das vezes, especialmente quando se trata de documento particular, o autor intelectual e o autor material encontram-se no mesmo sujeito, sendo este documento conhecido como autógrafo. Entretanto, existem casos em que o sujeito que manifesta a ideia não é o mesmo que elabora o documento físico, delegando a função para um terceiro, conhecidos como documento heterógrafo.¹⁷⁷

No caso dos documentos heterógrafos, Marinoni, Arenhart e Mitidiero ensinam que neste caso há uma autoria imediata e outra mediata. O autor imediato é aquele que confecciona o documento, autor material; enquanto o autor mediato trata-se daquele cuja a ideia encontra-se lançada no suporte, autor intelectual.¹⁷⁸

Contudo, essa autoria como elemento da formação do documento precisa ser provada e demonstrada, o que normalmente ocorre com a subscrição do documento mediante a assinatura manuscrita do autor ou por sua impressão digital. Todavia, não são somente estas as formas de reconhecimento da autoria de um documento, existindo outras hipóteses difundidas, ao exemplo da assinatura mecânica utilizada para demonstrar a autoria de uma declaração, bem como a assinatura digital para o reconhecimento da autoria dos documentos eletrônicos.¹⁷⁹

Outrossim, quando o documento não possui a subscrição do seu autor, a sua autoria poderá ser identificada de outras formas, como através do exame grafológico quando se tratar de documento escrito, ou seja, o documento anônimo não deixa de

¹⁷⁵ DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, 196.

¹⁷⁶ DINAMARCO. Cândido Rangel, op. cit.

¹⁷⁷ Ibidem.

¹⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, op. cit.

¹⁷⁹ DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

ser documento, uma vez que a subscrição tem o condão apenas de provar a sua autoria, não servindo como elemento essencial para a composição do documento.¹⁸⁰

Identificada a autoria do documento, torna-se importante apurar se o documento é autêntico, ou seja, se o autor indicado no documento corresponde ao autor que realmente elaborou. Por isso, “diz-se autêntico o documento em que se tem como certa sua autoria.”¹⁸¹

O CPC dispõe que a autenticidade é presumida em relação a formação do documento público (art. 405); bem como em relação aos documentos privados que a firma for reconhecida pelo tabelião (art. 411, I), houver identificação da autoria por outro meio legal de certificação (art. 411, II); ou não houver impugnação da parte contra quem o documento foi produzido (art. 411, III).¹⁸²

Neste sentido, para distinguir se o documento é público ou privado, possibilitando atribuí-lo corretamente a presunção de autenticidade, dependerá da identificação da sua autoria.

Documento público, segundo Marinoni, Arenhart e Mitidiero, será assim considerado “quando o seu autor *imediato* seja agente investido de alguma função pública, e quando a formação do documento se dê no exercício dessa função [...]”¹⁸³, podendo ser tanto autor material quanto autor intelectual deste documento.¹⁸⁴

Os documentos particulares, por sua vez, se identificam “quando sua autoria *imediata*, se dê por ação de um particular ou mesmo de um funcionário público (desde que este não se encontre no exercício de suas funções)”¹⁸⁵, ou seja, são aqueles cuja elaboração material seja realizada por particular, ou ainda, como ensina Didier Jr., Braga e Oliveira: “[...] é todo documento para cuja formação não participou qualquer agente público no exercício de suas funções.”¹⁸⁶

¹⁸⁰ DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

¹⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, op. cit., p. 374.

¹⁸² BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 12 out. 2019.

¹⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, op. cit., p. 372, grifo do autor.

¹⁸⁴ DINAMARCO. Cândido Rangel, op. cit.

¹⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, op. cit., p. 373, grifo do autor.

¹⁸⁶ DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 193.

Identificar se o documento é público ou privado é de suma importância para verificar quais dispositivos que regulam o documento apresentado, uma vez que ambos possuem distinção em termos de força probatória, conforme abordar-se-á na próxima seção deste capítulo.

3.3 EFICÁCIA PROBATÓRIA DO DOCUMENTO

O Código de Processo Civil possui uma subseção que trata exclusivamente da força probante dos documentos, situados nos artigos 405 a 429, nos quais apresenta diversas regras a respeito da eficácia probatória dos documentos.¹⁸⁷

Contudo, inicialmente cumpre salientar que essas regras que dispõe a legislação processual, a respeito da força probante dos documentos, é criticada por parte da doutrina, como fez Dinamarco ainda na vigência do CPC de 1973, no qual vigorava o sistema do livre convencimento motivado, ao dizer que “estão deslocadas no sistema aquelas dezenas de disposições instituidoras de regras legais de valoração, que só se legitimariam em clima de regime de prova legal.”¹⁸⁸

O CPC atual, mesmo com a supressão da palavra “livremente” ao sistema de valoração da prova, não se escapou das reprimendas acerca dessas disposições, como fizeram Didier Jr., Braga e Oliveira, ao dizerem que “essa postura, [...] é passível de crítica, porquanto em nítido descompasso com a regra do convencimento motivado adotada pelo nosso sistema.”¹⁸⁹

No entanto, necessário conhecer essas disposições apresentadas pela legislação processual, bem como entender a seu funcionamento a luz do sistema da persuasão racional adotada pelo CPC vigente.¹⁹⁰

A força probatória dos documentos, Segundo Marinoni, Arenhart e Mitidiero, “é determinada, basicamente, pelo tipo de documento que se examina, e pelas consequências que tradicionalmente são atreladas à sua autoria.”¹⁹¹

¹⁸⁷ DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

¹⁸⁸ DINAMARCO. Cândido Rangel, op. cit., p. 603.

¹⁸⁹ DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 200.

¹⁹⁰ Ibidem.

¹⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, op. cit., p. 385.

No tocante aos documentos públicos, o artigo 405 do CPC dispõe que estes fazem prova da sua formação, bem como dos fatos em que o escrivão, chefe de secretaria, o tabelião ou o servidor declarar que ocorreram em sua presença.¹⁹²

Importante ressaltar que a presunção de veracidade dos documentos públicos não faz prova do conteúdo das declarações, mas somente da formação do ato e da autoria¹⁹³, como exemplifica Misael Montenegro Filho:

Quando o tabelião afirma que determinadas pessoas (contratantes) e as testemunhas compareceram na sua presença e celebraram a compra e venda de um bem imóvel, a validade da afirmação limita-se ao comparecimento, mas não à existência e às características do negócio.¹⁹⁴

Todavia, quando o oficial público declarar que o fato ocorreu na sua presença, o documento público faz prova sobre o seu acontecimento, como por exemplo, “se o tabelião declara que ao celebrar um contrato de compra e venda de imóvel por escritura pública o comprador renunciou à garantia contra evicção, o documento faz prova de que tal renúncia efetivamente aconteceu.”¹⁹⁵

Segundo as lições de Marinoni, Arenhart e Mitidiero, essa atribuição ocorre em razão da presunção de legitimidade e veracidade que decorre dos atos administrativos, assim como a presunção da sua autenticidade, uma vez que se tem por certa a sua autoria.¹⁹⁶

A presunção de veracidade cobre todos os documentos elaborados por agente público que esteja no exercício de suas atribuições, independente se a sua função seja de certificação ou documentação. Todavia, essa presunção é relativa, ou seja, poderá ser elidida por prova em contrário, o que ocorre mediante o incidente de arguição de falsidade quando se tratar de falsidade material; ou demonstrada por outros meios de prova quando se tratar de falsidade ideológica.¹⁹⁷

Não é incomum as pessoas optarem por dar forma pública a determinado ato, o que geralmente fazem por meio de escritura pública. No entanto, quando a forma

¹⁹² BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 14 out. 2019.

¹⁹³ THEODORO JR, Humberto. **Curso de direito processual civil**, op. cit.

¹⁹⁴ MONTENEGRO FILHO, Misael, op. cit., p. 428.

¹⁹⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas, op. cit., p. 244.

¹⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, op. cit.

¹⁹⁷ DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

pública não for substância deste ato, o documento não deve prevalecer sobre os demais, podendo o julgador se convencer de forma contrária em razão de outras provas apresentadas no processo.¹⁹⁸

De outro modo, existem atos jurídicos que o legislador impõe forma especial como substância do ato, exigindo que seja realizado por instrumento público, ao exemplo da transferência da propriedade de bem imóvel com valor superior a trinta vezes ao maior salário mínimo vigente no país.¹⁹⁹

Nestes casos, o artigo 406 do CPC dispõe que “nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta.”²⁰⁰ Segundo Didier Jr, Braga e Oliveira, trata-se de um resquício do sistema da prova legal, que coloca o documento público hierarquicamente superior aos demais meios de prova.²⁰¹

Além disso, existem hipóteses em que o documento público é elaborado irregularmente, podendo ocorrer quando o oficial é incompetente para aquela função ou não tenha observado as formalidades legais. Nestas hipóteses, o artigo 407 do CPC dispõe que “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.”²⁰²

Entretanto, de acordo com as lições de Didier Jr., Braga e Oliveira, se a parte não tinha conhecimento do vício da incompetência ou da formalidade, o julgador poderá manter a força probatória dos documentos públicos.²⁰³

Caso a parte tenha conhecimento dos vícios, o documento terá o mesmo valor probatório dos documentos particulares, desde que da substância do ato jurídico não se exija forma pública; se estiverem satisfeitos os requisitos de validade e as

¹⁹⁸ DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

¹⁹⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas, op. cit.

²⁰⁰ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 14 out. 2019.

²⁰¹ DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

²⁰² BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 14 out. 2019.

²⁰³ DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016

condições de eficácia do documento particular; ou nos casos em que a experiência comum do documento não exija a subscrição do seu autor.²⁰⁴

Os documentos particulares, por sua vez, têm sua eficácia probatória adstrita à sua autenticidade.²⁰⁵

Neste sentido, o artigo 408 do CPC dispõe que os as declarações constantes em documento particular presumem-se verdadeiras em relação ao seu signatário, ressalvada a hipótese em que o documento verse sobre a ciência de determinado fato, cuja prova será apenas da ciência e não do fato em si.²⁰⁶

De acordo com o artigo 410 do CPC, considera-se autor do documento particular: aquele que o fez e o assinou; aquele por conta de quem ele foi feito, estando assinado; aquele que, mandando compô-lo, não o firmou porque, conforme a experiência comum, não se costuma assinar, como livros empresariais e assentos domésticos.²⁰⁷

A autenticidade do documento particular é presumida quando o tabelião reconhecer a firma do signatário; a autoria estiver identificada por qualquer outro meio legal de certificação; não houver impugnação da parte contra quem foi produzido o documento, conforme prevê o artigo 411 do CPC.²⁰⁸

Todavia, essa presunção de autenticidade dos documentos particulares é relativa, podendo ser elidida por prova em contrário.²⁰⁹ Contudo, não havendo dúvidas quanto essa autenticidade, o artigo 412 do CPC dispõe que o documento particular faz prova que o seu autor fez a declaração que lhe é atribuída.²¹⁰

Contudo, imprescindível ressaltar que o conteúdo do documento particular é indivisível, uma vez que o parágrafo único, do artigo 412, do CPC, dispõe que a parte não poderá aceitar somente os fatos que lhe são favoráveis e recusar aqueles que

²⁰⁴ DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

²⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, op. cit.

²⁰⁶ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 14 out. 2019.

²⁰⁷ Ibidem.

²⁰⁸ Ibidem.

²⁰⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas, op. cit.

²¹⁰ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 14 out. 2019.

são contrários ao seu interesse, pois uma vez reconhecida a veracidade em parte, o documento será reconhecido em todos os seus termos.²¹¹

Em relação a data do documento particular, o artigo 409 do CPC dispõe que será provada por todos os meios de direito quando a seu respeito surgir dúvida ou impugnação pelos litigantes.²¹²

No entanto, segundo ensina Humberto Theodoro Jr., a eficácia dessa data é limitada às partes, sendo eficaz em relação a terceiros quando transcrito em registro público²¹³, com exceção das hipóteses previstas no artigo 409, parágrafo único, do CPC, quais sejam: no dia em que foi registrado; desde a morte de algum dos signatários; a partir da impossibilidade física que sobreveio a qualquer dos signatários; da sua apresentação em repartição pública ou em juízo; do ato ou do fato que estabeleça, de modo certo, a anterioridade da formação do documento.²¹⁴

Outrossim, existem documentos particulares que não tem como costume a assinatura, como as cartas e os registros domésticos, os quais fazem prova contra o seu autor nos seguintes casos (artigo 415, CPC): enunciam o recebimento de um crédito; contêm anotação que visa a suprir a falta de título em favor de quem é apontado como credor; ou expressam conhecimento de fatos para os quais não se exija determinada prova.²¹⁵

Os livros empresariais normalmente também não são assinados e fazem prova contra o seu autor, que poderá provar que os lançamentos não correspondem à verdade dos fatos. Nestes casos, quando o litígio se der entre empresários e os livros estiverem revestidos com os requisitos da lei, os lançamentos fazem prova em favor do seu autor. Além disso, as escriturações contábeis são indivisíveis, devendo ser reconhecido os fatos favoráveis e desfavoráveis em conjunto.²¹⁶

Além destes, o CPC ainda dispõe sobre a força probatória dos meios de transmissão (telegrama, radiograma e afins), equiparando-os ao documento particular se o original constante da estação expedidora tiver sido assinado pelo remetente (art.

²¹¹ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 14 out. 2019.

²¹² Ibidem.

²¹³ THEODORO JR, Humberto. Curso de direito processual civil. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

²¹⁴ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 14 out. 2019.

²¹⁵ Ibidem.

²¹⁶ Ibidem.

413). Dispõe também, sobre a reprodução mecânica, fotográfica, cinematográfica e afins, cuja força probatória está condicionada à ausência de impugnação da parte contra quem foi produzida (art. 422, *caput*).²¹⁷

Por fim, antes de prosseguir, importante mencionar que o CPC ainda dispõe sobre a força probatória das cópias, certidões e traslados, que podem ser compreendidas através da leitura dos artigos 423 a 425 do referido diploma legal, bem como dos documentos que contenham rasuras ou emendas, no artigo subsequente.

Prosseguindo, necessário abordar sobre os vícios e a falsidade do documento, bem como do ônus da prova quando for arguido por uma das partes.

Neste sentido, o CPC dispõe que o documento público e privado cuja falsidade consista em formação de documento não verdadeiro ou alteração, a sua fé cessa mediante declaração judicial, cabendo nestes casos o ônus de provar a falsidade à parte que arguir (art. 427, CPC).²¹⁸

Outrossim, o mesmo diploma legal dispõe que a fé do documento particular cessa quando for impugnada a autenticidade ou quando houver preenchimento abusivo de documento em branco (art. 428, CPC).²¹⁹

Na primeira hipótese, a impugnação pode ser realizada sem a necessidade de interposição do incidente de falsidade²²⁰ e a fé do documento cessa enquanto não for provada a sua veracidade, o que é ônus da parte que o produziu. Na segunda hipótese, a falsidade será suscitada na contestação ou réplica, e resolvida em questão incidental, recaindo o ônus de provar à parte que arguir.²²¹

No entanto, ressaltando o que abordamos anteriormente, em que pese o CPC apresente um rol de artigos atribuindo força aos documentos, o sistema de valoração da prova adotado pelo CPC atual é o da persuasão racional, no qual o julgador tem competência para atribuir à prova o valor que entender merecido, desde que fundamente suas razões.

Portanto, agora com a compreensão de algumas noções sobre documento em seu sentido amplo, abordar-se-á a respeito do documento eletrônico, iniciando pela

²¹⁷ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 14 out. 2019.

²¹⁸ Ibidem.

²¹⁹ Ibidem.

²²⁰ THEODORO JR, Humberto, op. cit.

²²¹ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 14 out. 2019.

sua definição, após os seus requisitos de validade, depois a respeito dos principais métodos disponíveis que podem atribuí-lo maior segurança, e por fim, a sua eficácia como meio de prova no processo civil e seu valor probatório a partir na atual sistemática do CPC.

4 DOCUMENTO ELETRÔNICO

Com o avanço da tecnologia digital, cada dia aumenta a tendência da realização de negócios jurídicos pelo meio eletrônico em substituição ao uso do papel, como o caso dos próprios contratos. Na verdade, o papel também se trata de uma tecnologia utilizada há séculos como suporte material para registrar representações de fato.²²²

A utilização da tecnologia do papel como suporte se mostrou nestes anos o meio mais adequado para registro dos fatos, especialmente pela facilidade que reside no seu armazenamento e transporte, inclusive servindo de suporte para a representação do próprio dinheiro e títulos de créditos, que possuem características de circulação.²²³

Com o avanço da tecnologia e a possibilidade de realização de negócios jurídicos através do registro de fatos e obrigações através de documentos eletrônicos, esse começa se tornar uma forma mais facilitadora que a própria utilização do papel, razão pela qual nota-se seu relevante crescimento no meio dos negócios, pois se mostra uma alternativa economicamente mais barata, trazendo maior comodidade e facilidade ao seu acesso e transmissão, além de proporcionar maior segurança se utilizado de forma adequada, conforme leciona Patrícia Peck Pinheiro:

É ilusão acreditar que o papel é o meio mais seguro. O papel em si não confere garantia de autenticidade e integridade, tampouco amarra a assinatura das partes com o conteúdo.

[...]

Logo, sabemos que armazenar dados e imagens em discos rígidos ou fitas é muito mais seguro que arquivá-los em papel, desde que o processo seja feito de modo adequado.²²⁴

Deste modo, considerando que a sociedade se encontra em constante alterações, o direito precisa acompanhar estas transformações para conseguir dar

²²² PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502635647>. Acesso em: 26 jun. 2019.

²²³ TEIXEIRA, Tarcísio. **Curso de direito e processo eletrônico**: doutrina, jurisprudência e prática. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553172740>. Acesso em: 23 jun. 2019.

²²⁴ PINHEIRO, Patrícia Peck, op. cit., p. 261.

uma efetiva resposta aos acontecimentos do cotidiano, caso contrário, tornar-se-á defasado e inútil.²²⁵

Neste sentido, Tarcísio Teixeira menciona que “o advento da informática, e a possibilidade do suporte eletrônico para os atos jurídicos, é um avanço da civilização ao qual o Direito precisa se adaptar, assim como se adaptou pela relevante criação do papel.”²²⁶

Segundo Darci Guimarães Ribeiro, o conceito de documento eletrônico decorre do entendimento que se tem sobre a definição de documento, uma vez que parcela da doutrina entende como documento aqueles reduzidos à sua forma escrita, porém, como vimos anteriormente, a maioria dos autores conceituam documento em seu sentido amplo.²²⁷

No entanto, para que se possa abranger o documento eletrônico, se faz necessário adequar o conceito de documento às evoluções sociais, políticas, econômicas e jurídicas, o que se tem com a definição ampla sobre documento, onde procura-se privilegiar o fato que se quer perpetuar e não o suporte pelo qual ele se materializa.²²⁸

Na verdade, a diferença é que no caso do documento eletrônico a declaração de vontade que se busca perpetuar está registrada sobre *bits*²²⁹, enquanto o documento materializado em papel está assentado sobre átomos, conforme leciona Marcacini:

O documento tradicional, em nível microscópico, não é outra coisa senão uma infinidade de átomos que, juntos, formam uma coisa que, captada pelos nossos sentidos, nos transmite uma informação. O documento eletrônico, então, é uma dada seqüência de bits que, captada pelos nossos sentidos com o uso de um computador e um software específico, nos transmite uma informação.²³⁰

²²⁵ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; RAMOS, Rafaella Cardoso. Prova documental eletrônica como objeto probatório no contexto do processo civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v. 282, p. 179-199, ago. 2018.

²²⁶ TEIXEIRA, Tarcísio, op. cit., p. 182.

²²⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães, op. cit., p. 131-132.

²²⁸ MARQUES, Antônio Terêncio G. L., op. cit.

²²⁹ Segundo explica Cabral (2011, p. 03) “bit é a unidade de um sistema de contagem composto por apenas duas possibilidades para cada dígito (binário). Um sistema decimal de contagem (0, 1, 2, 3, 4, 5,..., 9) contem dez possíveis dígitos; o sistema binário apenas 2 (0 ou 1)”.

²³⁰ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa, op. cit.

Neste sentido, João Batista Lopes define que documento eletrônico é “uma representação de um ato ou um fato, por meio de um suporte material eletrônico, ou seja, que tenha sido produzido eletronicamente”.²³¹

Marcacini conceitua documento eletrônico como uma “sequência de bits que, traduzida por meio de um determinado programa de computador, seja representativo de um fato.”²³²

Dos conceitos acima, se extrai que os documentos eletrônicos possuem uma característica de representação indireta, uma vez que para conhecer o seu conteúdo é necessária a utilização de um recurso eletrônico que permita a sua leitura ou visualização, como por exemplo o disquete ou CD-ROM, sem os quais será impossível a compreensão humana.²³³

Assim como os documentos tradicionais em sentido amplo, o documento eletrônico não se restringe à forma escrita, podendo ser representado também por meio de fotografias digitais, bem como áudio e vídeo em formato digital, sendo desnecessário arrolar todas as formas de representação, até porque seria uma tarefa quase impossível diante da variedade, como por exemplo, correio eletrônico (e-mail), mensagens eletrônicas, vídeos em formato digital, etc.

Todavia, podemos classificar os documentos eletrônicos em diretos e indiretos, sendo que os primeiros não possuem intervenção subjetiva de quem produziu o documento, como o caso de uma fotografia digital em que o fotógrafo apenas registra o fato por meio da lente da câmera, sem mencionar quaisquer considerações sobre o fato registrado, o que fica a critério do sujeito que analisará a imagem, como o caso do julgador; os indiretos, por sua vez, são aqueles em que o fato representado é fruto da ideia do autor intelectual, como o caso de um texto escrito em correio eletrônico.²³⁴

Outrossim, importante salientar que o documento eletrônico pode ser reproduzido infinitas vezes sem perder sua característica de original, bastando que não sofra nenhuma alteração durante esse processo, mantendo a mesma sequência binária. No entanto, será cópia quando for reproduzido em meio físico através do processo de impressão, hipótese em que o documento original estará armazenado no suporte eletrônico e o documento impresso será sua mera cópia. Ao contrário também

²³¹ LOPES, João Batista. A prova no direito processual civil. São Paulo: RT, 2002, p. 185-186. apud. TEIXEIRA, Tarcísio, op. cit., p. 179.

²³² MARCACINI, Augusto Tavares Rosa, op. cit., p. 04.

²³³ MARQUES, Antônio Terêncio G. L., op. cit.

²³⁴ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa, op. cit.

ocorre com o documento físico quando digitalizado em formato eletrônico, sendo o documento original aquele elaborado em meio físico, enquanto o documento digitalizado se torna uma mera cópia digitalizada.²³⁵

A problemática do documento eletrônico advém da sua principal característica que é a flexibilidade e versatilidade, podendo ser elaborado e reproduzido em questão de segundos, o que o torna vulnerável em razão da facilidade de adulteração do seu conteúdo, infirmo a sua integridade e conseqüentemente sua eficácia probatória.²³⁶

No entanto, com o constante crescimento dos negócios jurídicos e registro de fatos por meios eletrônicos, tornou-se cada vez mais comum provar fatos mediante a apresentação de documentos eletrônicos em demandas judiciais, mas para que estes documentos produzam eficácia no meio jurídico é preciso que transmita credibilidade ao julgador, o que acontece mediante o preenchimento de certos requisitos, os quais serão abordados na próxima seção.

4.1 REQUISITOS DA VALIDADE JURÍDICA DO DOCUMENTO ELETRÔNICO

O documento eletrônico, conforme visto, se difere do documento tradicional apenas pela forma como o conteúdo se materializa, enquanto o tradicional é formado por átomos, o eletrônico é composto por *bits*. No entanto, em razão da vulnerabilidade que reside no documento eletrônico, para que este possa ter eficácia no âmbito jurídico, necessário se atentar para determinados requisitos de validade.²³⁷

Neste sentido, Humberto Theodoro Jr. pondera que a problemática do documento eletrônico como meio de prova reside na sua autenticidade e integridade, pois “não é assinado por seu autor, na forma gráfica tradicional, e, além disso, é suscetível de sofrer alterações depois de sua composição originária. Problemática se mostra, ainda, a determinação precisa da data de sua criação.”²³⁸

Deste modo, conforme os ensinamentos de Antônio Terêncio G. L. Marques, para que o documento eletrônico possa ser considerado legítimo na ótica dos

²³⁵ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa, op. cit.

²³⁶ DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

²³⁷ MARQUES, Antônio Terêncio G. L., op. cit.

²³⁸ THEODORO JR, Humberto, op. cit., p. 989.

operadores do direito, precisam estar presentes os requisitos da autenticidade, integridade, perenidade do conteúdo e tempestividade.²³⁹

A autenticidade do documento eletrônico está relacionada com a sua autoria, que por sua vez, pode se dar de forma mediata ou imediata, sendo autor do documento aquele cujo pensamento está representado pelo documento, independentemente de quem o tenha elaborado.

Neste sentido, para melhor exemplificar o que é a autenticidade do documento, podemos utilizar a indagação feita por Marco Aurélio Greco: “Aquele que se apresenta como *site* de um Banco é verdadeiramente banco que diz ser?”²⁴⁰

Portanto, segundo leciona Marinoni, Arenhart e Mitidiero, “diz-se autêntico o documento em que se tem como certa sua autoria. Com efeito, o valor que se pode emprestar a um documento depende, em grande medida, da idoneidade do seu autor.”²⁴¹

Para Antônio Terêncio G. L. Marques “autenticidade implica a autoria identificável, a possibilidade de se identificar, com elevado grau de certeza, a autoria da manifestação de vontade representada no documento digital [...]”²⁴²

Deste modo, se extrai que autenticidade é a compatibilidade entre o agente cuja manifestação de vontade está representada no documento eletrônico com aquele que se diz ser o seu autor.

No que tange aos documentos impressos, a autenticidade do documento é demonstrada por meio da assinatura lançada pelo seu autor no suporte material, enquanto no caso do documento eletrônico, a autenticidade é demonstrada através de uma assinatura digital, a qual será abordada oportunamente no presente trabalho.

Outrossim, para o documento eletrônico possuir eficácia na ótica jurídica, conter o requisito da integridade se torna fundamental para sua validade, pois essa espécie de documento é conhecida por ser de fácil adulteração.

²³⁹ PINTO, Márcio Morena. Documento eletrônico: uma breve análise de seus aspectos jurídicos. apud. MARQUES, Antônio Terêncio G. L., op. cit.

²⁴⁰ GRECCO, Marco Aurélio. Internet e direito. 2.ed. São Paulo: Dialética, 2000, p. 30. apud. MARQUES, Antônio Terêncio G. L., op. cit., p. 133.

²⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, op. cit., p. 374.

²⁴² MARQUES, Antônio Terêncio G. L., op. cit., p. 133.

Deste modo, Renato Luís Benucci, pondera que a integridade de um documento resulta do pressuposto de que esse “não tenha sido alterado durante a transmissão em meio eletrônico.”²⁴³

Neste sentido, para que o documento eletrônico possa ter eficácia jurídica é imprescindível que não haja sofrido nenhuma espécie de modificação após a sua elaboração, devendo se manter íntegro entre a transmissão do emissor para o receptor, assim como durante o seu armazenamento, caso contrário, acarretará na sua falsidade, ensejando na perda da sua eficácia.²⁴⁴

Além disso, outro ponto relevante é o emprego de métodos técnicos apropriados para a transmissão e armazenamento, os quais possam possibilitar a verificação de eventuais adulterações realizadas nos documentos eletrônicos, o que implica em maior segurança e credibilidade ao documento.²⁴⁵

Destarte, assim como na questão da autenticidade, a aplicação da assinatura digital assume caráter importante como meio adequado para conservar a integridade do documento, pois como será abordado oportunamente, qualquer alteração sofrida pelo documento eletrônico elaborado mediante o seu emprego, poderá ser facilmente constatado.

Todavia, por mais que a assinatura eletrônica seja atualmente a forma mais segura e adequada para tanto, eventual quebra da integridade do documento eletrônico também pode ser averiguada mediante o exame pericial, sendo absolutamente possível que o juiz determine que provedores e autoridades certificadoras apresentem informações que possibilitem uma análise judicial para certificar a integridade do documento eletrônico apresentado, ou ainda, o próprio juiz poderá fazer uma inspeção no computador que eventualmente tenha emitido ou recebido tal documento.²⁴⁶

A tempestividade, por sua vez, também é um dos requisitos básicos que compõe a validade dos documentos eletrônicos, permitindo que os sujeitos tenham conhecimento e certeza quanto a data em que o mesmo foi efetivamente produzido.

A importância deste requisito, segundo Leonardo Gurgel Carlos Pires, está em viabilizar a possibilidade de rastrear acessos por meio de provedores, ou ainda,

²⁴³ BENUCCI, Renato Luís. A tecnologia aplicada ao processo judicial. Campinas: Millenium, 2006. p. 86. apud. GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; RAMOS, Rafaella Cardoso, op. cit.

²⁴⁴ MARQUES, Antônio Terêncio G. L., op. cit.

²⁴⁵ Ibidem.

²⁴⁶ Ibidem.

permitir o desfazimento de ações de formatação em determinado computador através de uma análise pericial.²⁴⁷

Ressalta-se novamente que, quando o documento eletrônico for produzido com o emprego da assinatura digital, será possível, com certo grau de certeza, a verificação do momento em que o documento foi efetivamente elaborado.

Por fim, não menos importante, a perenidade do conteúdo do documento eletrônico também deve ser considerado um dos requisitos básicos para que o documento produza eficácia na esfera jurídica, uma vez que os documentos registram manifestações de vontades, por isso devem se manter íntegros e permanentes, para caso haja necessidade de verificação no futuro.

Neste sentido, Miguel Angel Arellano leciona que as informações constantes no documento eletrônico devem ser preservadas por meio de métodos e tecnologias que o permitam permanecer acessível e utilizável:

Na preservação de documentos digitais, assim como na dos documentos em papel, é necessária a adoção de ferramentas que protejam e garantam a sua manutenção. Essas ferramentas deverão servir para reparar e restaurar registros protegidos, prevendo os danos e reduzindo os riscos dos efeitos naturais (preservação prospectiva), ou para restaurar os documentos já danificados (preservação retrospectiva). A preservação digital é o planejamento, alocação de recursos e aplicação de métodos e tecnologias para assegurar que a informação digital de valor contínuo permaneça acessível e utilizável. A preservação digital compreende os mecanismos que permitem o armazenamento em repositórios de dados digitais que garantiriam a perenidade dos seus conteúdos. As condições básicas à preservação digital seriam, então, a adoção desses métodos e tecnologias que integrariam a preservação física, lógica e intelectual dos objetos digitais. A preservação física está centrada nos conteúdos armazenados em mídia magnética (fitas cassete de áudio e de rolo, fitas VHS etc.) e discos óticos (CD-ROMs, WORM, discos óticos regraváveis). A preservação lógica procura na tecnologia formatos atualizados para inserção dos dados (correio eletrônico, material de áudio e audiovisual, material em rede etc.), novos software e hardware que mantenham vigentes seus bits, para conservar sua capacidade de leitura.²⁴⁸

Portanto, a perenidade do conteúdo está ligada à manutenção do conteúdo ou informação constante no documento eletrônico ao longo do tempo, isto é, usar mecanismos que não permitam a perda deles com o passar do tempo, mantendo-os

²⁴⁷ PIRES, Leonardo Gurgel Carlos. O e-mail e os aspectos probatórios no direito brasileiro. apud. MARQUES, Antônio Terêncio G. L., op. cit.

²⁴⁸ ARELLANO, Miguel Angel. Preservação de documentos digitais. **Ci. Inf.**, Brasília, v. 33, n. 2, p. 15-27, maio/ago. 2004, p. 17. Disponível em: <http://revista.ibict.br/ciinf/article/view/1043/1113>. Acesso em: 26 jun. 2019.

intactos para caso seja necessária a sua verificação, inclusive para que sejam apresentados em juízo como meio de prova.

Deste modo, para que estes requisitos possam ser verificados com certo grau de certeza, torna-se necessária a elaboração do documento eletrônico mediante o emprego de técnicas que visam garantir a sua segurança dentro do ambiente digital, as quais abordar-se-á na próxima seção.

4.2 TÉCNICAS DE SEGURANÇA DO DOCUMENTO ELETRÔNICO

O constante crescimento do uso dos meios eletrônicos se tornou fato notório nos últimos anos, especialmente pela facilidade encontrada na transmissão de dados pela internet, em que transações comerciais são realizadas em questão de segundos, e a comunicação tornou-se algo instantâneo através das mais variadas plataformas desenvolvidas para essa finalidade, como por exemplo o *Whatsapp*.

O sucesso dessa troca de informações pela internet está ligada à segurança do documento eletrônico, razão pela qual tornou-se necessário o desenvolvimento de técnicas para cifrar e decifrar o seu conteúdo, permitindo que somente remetente e destinatário possam acessá-lo, assim como mecanismos para substituir as finalidades da assinatura manuscrita, podendo identificar a autoria e garantir a sua autenticidade, integridade e tempestividade, para conseqüentemente produzir eficácia jurídica.²⁴⁹

Algumas destas técnicas atualmente reconhecidas serão abordadas na sequencia deste tópico, porém, adianta-se que a presente monografia não tem como objetivo aprofundar em questões técnicas a respeito das tecnologias, mas, sim, compreender a existência e a capacidade de auxiliar na eficácia jurídica do documento eletrônico.

Dentre estas técnicas, algumas possuem o condão de atribuir maior segurança ao documento eletrônico do que outras. Neste sentido, Antônio Terêncio G. L. Marques apresenta alguma dessas técnicas utilizadas como tentativa de garantir a segurança do documento: assinatura digitalizada; firmas biométricas; senhas e a esteganografia.²⁵⁰

A assinatura digitalizada trata-se de uma técnica em que uma determinada pessoa insere uma imagem da sua assinatura manuscrita sobre o documento

²⁴⁹ MARQUES, Antônio Terêncio G. L., op. cit.

²⁵⁰ *Ibidem*.

eletrônico para demonstrar a autoria. Todavia, essa imagem poderá ser lançada sobre diversos documentos sem que haja modificação dos seus *bits*, prejudicando a garantia da sua autenticidade.²⁵¹

A firma biométrica é uma forma de reconhecimento do ser humano por uma característica física, sendo que existem basicamente cinco tipos de identificação, quais sejam: impressão digital, leitura de íris, leitura de retina, cálculo geométrico da face e reconhecimento de voz.²⁵²

Não obstante seja um método que permita uma perfeita identificação do signatário, a firma biométrica está ligada a dados subjetivos e não possui vinculação com o documento eletrônico.²⁵³ Além disso, a firma biométrica apresenta outra problemática, que reside na transformação dos dados físicos em expressões matemáticas que ficam armazenadas em computadores ou aparelhos coletores, podendo ser alteradas caso não utilizada conjuntamente com um método de criptografia auxiliar.²⁵⁴

As senhas são uma “seqüência de bits definidas pelo usuário ou fornecidas pelo sistema com o qual ele se relaciona [...]”²⁵⁵, podendo se apresentar nas seguintes espécies: PIN (número de identificação pessoal), *Password* (palavra de aprovação) e a *Passphrase* (frase de aprovação).²⁵⁶

O problema das espécies de senhas é que não são de conhecimento exclusivo do usuário, havendo a necessidade da confiança em outras fontes, conforme explica Tito Livio Ferreira Gomide:

A aplicação dos códigos nos meios informatizados envolve, no mínimo, três fontes de conhecimento: 1) o criador do código ou conjunto de códigos do programa; 2) a máquina que contém o programa de leitura dos códigos; e 3) o operador que detém o código. Todo código, portanto, depende de um criador, de um leitor e de um operador para poder ser utilizado. O sigilo desse registro depende da confiança dessas três fontes de conhecimento, motivo da vulnerabilidade de sua segurança.²⁵⁷

²⁵¹ MARQUES, Antônio Terêncio G. L., op. cit.

²⁵² CABRAL, Antonio do Passo. A eficácia probatória das mensagens eletrônicas. **Revista dos Tribunais**: doutrinas essenciais de processo civil, São Paulo, v. 4, p. 657-696, out. 2011. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 20 out. 2019.

²⁵³ MARQUES, Antônio Terêncio G. L., op. cit.

²⁵⁴ CABRAL, Antonio do Passo, op. cit.

²⁵⁵ GRECO, Marco Aurélio. Internet e direito. 2 ed. São Paulo: Dialética, 2000, p. 39. apud.

MARQUES, Antônio Terêncio G. L., op. cit.

²⁵⁶ MARQUES, Antônio Terêncio G. L., op. cit.

²⁵⁷ GOMIDE, Tito Lívio Ferreira. A Assinatura na era da informática. *Tribuna do Direito*, p. 6, 1996. apud. MARCACINI, Augusto Tavares Rosa, op. cit.

Essa técnica normalmente é utilizada para permitir o acesso de usuários em determinado espaço exclusivo para a troca de informações, garantindo que somente aquele determinado usuário poderá acessar através da sua respectiva senha, porém, sua fragilidade se encontra na medida em que essa sequência de *bits* previamente definida é conhecida por outras fontes, infirmo a sua autenticidade.

A esteganografia, por sua vez, trata-se de uma espécie de criptografia que, quando decifrada, agrega um tipo de marca d'água no documento, conforme explica Marco Aurélio Greco:

Ou seja, o documento, ao ser decifrado surgiria na sua plenitude e estaria acompanhado visualmente de um timbre ou desenho superposto que não o prejudicaria mas cuja inexistência (falta da marca d'água) indicaria não se tratar do documento correto.²⁵⁸

Não obstante as técnicas acima possuem fragilidades, são reconhecidas como métodos que visam a tentativa de proporcionar maior segurança aos documentos eletrônicos. Entretanto, felizmente foram desenvolvidas técnicas avançadas que possuem capacidade de atribuir maior segurança do que as anteriormente abordadas, com maior dificuldade de violação: a criptografia e a assinatura digital.

Para compreender a assinatura digital, primeiramente é necessário conhecer sobre a criptografia e suas espécies, uma vez que a primeira técnica é viabilizada pelo emprego de uma das espécies da segunda.²⁵⁹

Neste sentido, antes de adentrar nas formas de criptografia é relevante entender o seu significado, o qual é demonstrado com exímia clareza por Antônio do Passo Cabral:

A criptografia (escrita oculta, do grego) é a arte ou ciência de escrever em cifra ou em código uma mensagem originalmente escrita com clareza, com o objetivo de torná-la ilegível a todos aqueles não autorizados a lê-la, permitindo que somente o seu destinatário possa decifrá-la e a compreender.²⁶⁰

²⁵⁸ GRECO, Marco Aurélio. *Internet e direito*. 2 ed. São Paulo: Dialética, 2000, p. 39. apud. MARQUES, op. cit.

²⁵⁹ MENKE, Fabiano. A criptografia e a infraestrutura de chaves públicas brasileira (ICP-Brasil). **Revista dos Tribunais**: caderno especial - a regulação da criptografia no direito brasileiro, São Paulo, v. 1, p. 83-97, dez. 2018. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 21 out. 2019.

²⁶⁰ CABRAL, Antonio do Passo, op. cit., p. 04.

Salienta-se que a criptografia não surgiu com advento da internet, uma vez que se trata de um método criado na antiguidade para suprir as necessidades de militares, que se utilizavam da criptografia para enviar mensagens sem interceptação, mas que modernamente se utiliza de tecnologias avançadas baseadas em conceitos matemáticos avançados, conhecido como algoritmos, para cifrar e decifrar a mensagem.²⁶¹

A partir desse avanço, Tarcísio Teixeira define que “a criptografia é um método matemático que cifra uma mensagem em código, ou seja, transforma-a em caracteres indecifráveis”.²⁶²

Nestes sistemas modernos, uma vez cifrada a mensagem, a mesma é transformada num código incompreensível, que somente poderá ser compreendida por quem tiver conhecimento do padrão para decifragem, o que é chamado de chave²⁶³, ou seja, é aplicada uma chave para cifrar, e dependendo da criptografia utilizada, será utilizada a mesma ou outra para decifrar.

A criptografia é atualmente compreendida em dois formatos: o simétrico (ou de chave privada) e o assimétrico (de chave pública), adiantando que a forma assimétrica apresenta maior segurança e viabiliza a assinatura digital, como veremos no decorrer deste tópico.

O formato simétrico atribui menor segurança ao documento eletrônico pois a mesma chave que é utilizada para cifrar o documento também é aplicada para decifrá-lo. Deste modo, para que o destinatário possa decifrar o seu conteúdo, será necessário que ele tenha acesso à chave utilizada pelo remetente, prejudicando a garantia da segurança do documento, conforme explica Didier Jr., Braga e Oliveira:

Assim, sendo ela conhecida pelo receptor, não se pode garantir que ele não venha utilizá-la para cifrar novas mensagens fazendo-se passar pelo autor da mensagem originária. Isso infirmaria, como se pode ver, talvez não a autenticidade da mensagem recebida, mas de tantas outras que, a partir da chave conhecida, pudessem vir a ser formadas.²⁶⁴

²⁶¹ MARQUES, Antônio Terêncio G. L., op. cit.

²⁶² TEIXEIRA, Tarcísio, op. cit., p.190.

²⁶³ DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

²⁶⁴ DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

Outrossim, outro problema que apresenta a criptografia simétrica diz respeito ao seu manejo e segurança quando surgir dúvida quanto a honestidade de um dos receptores:

Como bem se percebe, essa característica relativa a esse tipo de criptografia implica um problema relacionado ao manejo, ao uso da chave, porque, uma vez havendo dúvida quanto à honestidade e integridade de um dos receptores da chave, o sistema obviamente, se tornará inseguro, motivando uma imediata substituição de chaves que, por seu turno, deverá ser remetida aos receptores confiáveis.²⁶⁵

Deste modo, considerando que a chave privada utilizada para cifrar a mensagem necessita ser compartilhada com o destinatário para que ele consiga decifrá-la, implica em limitações na utilização da criptografia simétrica, infirmo-a como método seguro para garantir a validade jurídica do documento eletrônico no âmbito jurídico.

Como solução a este problema, surge então a criptografia assimétrica, conhecida também como criptografia de chave pública, em que a própria denominação já diz: não há simetria. Ou seja, a mesma chave aplicada para cifrar a mensagem não é a mesma utilizada para decifrá-la. Neste sentido, melhor explica Augusto Tavares Rosa Marcacini:

A criptografia assimétrica, ao contrário da convencional (que pede a mesma chave tanto para cifrar como para decifrar a mensagem), utiliza duas chaves, geradas pelo computador. Uma das chaves dizemos ser a chave privada, a ser mantida em sigilo pelo usuário, em seu exclusivo poder, e a outra, a chave pública, que, como sugere o nome, pode e deve ser livremente distribuída. Estas duas chaves são dois números que se relacionam de tal modo que uma desfaz o que a outra faz. Encriptando a mensagem com a chave pública, geramos uma mensagem cifrada que não pode ser decifrada com a própria chave pública que a gerou. Só com o uso da chave privada poderemos decifrar a mensagem que foi codificada com a chave pública. E o contrário também é verdadeiro: o que for encriptado com o uso da chave privada, só poderá ser decriptado com a chave pública.²⁶⁶

Entretanto, Antônio do Passo Cabral alerta para um problema que ocorre quando a técnica é aplicada em um só momento, ou seja, quando o remetente aplica somente a sua chave privada e encaminha para o destinatário. Neste caso, se a mensagem for interceptada durante o seu tráfego, poderá o terceiro ler o conteúdo através da chave pública do destinatário, infirmo a integridade e confidencialidade

²⁶⁵ MARQUES, Antônio Terêncio G. L., op. cit., p. 160-161.

²⁶⁶ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa, op. cit., p. 01.

do documento. Para evitar essa adversidade, a criptografia deve ser aplicada em dois momentos, conforme exemplifica o autor:

Em termos mais simples, ocorre o seguinte: X aplica sua chave privada no texto em vernáculo e o transforma em texto cifrado. Aplica sobre este texto criptografado a chave pública do destinatário Y. Envia, então, a mensagem a Y que aplicará sua chave privada, primeiramente, para garantir a integridade da mensagem, pois somente este possui seu próprio código privado. Após esta primeira etapa, Y encontrará uma mensagem cifrada pelo remetente X. Para garantir que esta mensagem provém realmente de quem se diz remetente, Y aplica a chave pública de X para decriptar a mensagem, ou seja, para transformar o texto ilegível em linguagem novamente.²⁶⁷

Deste modo, quando aplicada a criptografia assimétrica adequadamente, o receptor da mensagem terá a convicção que o conteúdo da mensagem só foi acessado pelos sujeitos que realmente deveriam acessá-lo, conhecedores das chaves correspondentes para decifrar o conteúdo, garantindo a privacidade da comunicação.

Segundo a Cartilha de Segurança para Internet²⁶⁸ elaborada pelo Comitê Gestor da Internet, a escolha da chave utilizada para cifrar “depende da proteção que se deseja, se confidencialidade ou autenticação, integridade e não-repúdio”, ou seja, quando utilizada a chave privada para cifrar, será garantida a autenticidade, integridade e não-repúdio²⁶⁹, uma vez que somente o sujeito possuidor exclusivo da chave privada poderia ter elaborado aquele documento; quando utilizada a chave pública para cifrar, será garantida a confidencialidade, haja vista que somente o possuidor da chave privada (exclusiva) poderá acessar o conteúdo.

A assinatura digital, por sua vez, é uma técnica que não se confunde com a criptografia, mas se utiliza dela para garantir a integridade e autenticidade do documento, aplicada juntamente com um sistema chamado de função *hash*²⁷⁰, sendo um método utilizado para permitir que seja lançado no documento eletrônico uma marca do seu autor, possibilitando a identificação da sua autoria e garantindo maior segurança.²⁷¹

²⁶⁷ CABRAL, Antonio do Passo, op. cit., p. 08.

²⁶⁸ CERT.Br. **Cartilha de segurança para internet**. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2012, p. 68. Disponível em: <https://cartilha.cert.br/>. Acesso em: 25 out. 2019.

²⁶⁹ Para a Cert,Br (2012, p. 48) não-repúdio significa “evitar que uma entidade possa negar que foi ela quem executou uma ação”.

²⁷⁰ De acordo com a cartilha da Cert.Br (2012, p. 69) a função hash é utilizada para “contornar a baixa eficiência característica da criptografia de chaves assimétricas, a codificação é feita sobre o hash e não sobre o conteúdo em si, pois é mais rápido codificar o hash (que possui tamanho fixo e reduzido) do que a informação toda”.

²⁷¹ MARQUES, Antônio Terêncio G. L., op. cit.

Neste sentido, Augusto Tavares Rosa Marcacini explica que a assinatura eletrônica vincula o autor ao documento de forma que qualquer alteração realizada no conteúdo, a autoria será desvinculada do conteúdo:

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 posterior alteração do documento invalida a assinatura, o que faz com que o documento deixe de ter valor como prova.²⁷²

Segundo Patrícia Peck Pinheiro, a assinatura digital por meio de criptografia é atualmente a maior tecnologia que se verifica no mundo real, sendo inclusive mais segura do que a própria assinatura tradicional:

É importante ressaltar que a assinatura eletrônica é mais segura que a real, pois é certificada, "autenticada", ou seja, verificada em tempo real no sistema de duas chaves, enquanto as assinaturas tradicionais não são verificadas imediatamente e muitas nem sequer são verificadas, como acontece muito com cheques e cartões de crédito.²⁷³

Deste modo, a segurança carregada pelo documento eletrônico elaborado com o emprego da assinatura eletrônica está na garantia de saber quem e quando o documento foi produzido, assim como saber qual o seu texto original, o que permite detectar se o mesmo sofreu algum tipo de modificação ou alteração na sua transmissão ou armazenagem, através de uma simples verificação realizada através da chave pública do autor.

Entretanto, como adverte Patrícia Peck Pinheiro, a tecnologia da assinatura eletrônica permite ampliar a segurança dos documentos produzidos eletronicamente, porém, assim como no mundo real, não há como se garantir de forma absoluta a sua segurança.²⁷⁴

No ordenamento jurídico pátrio, a assinatura digital está regulamentada desde a edição da Medida Provisória nº 2.200-2 de 2001, por meio da qual foi instituída a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, cujo objetivo está insculpido

²⁷² MARCACINI, Augusto Tavares Rosa, op. cit., p. 02.

²⁷³ PINHEIRO, Patrícia Peck, op. cit., p. 270.

²⁷⁴ PINHEIRO, Patrícia Peck, op. cit.

logo no seu primeiro artigo, ou seja, “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.”²⁷⁵

Através dessa Medida Provisória, ficou estipulado que a organização da ICP-Brasil será composta por uma autoridade gestora de políticas públicas, exercida pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil ligada à Casa Civil da Presidência da República; e pela cadeia de certificadoras, quais sejam, a Autoridade Certificadora Raiz, as Autoridades Certificadoras e as Autoridades de Registro, sendo estas últimas as responsáveis emitir os certificados eletrônicos de acordo com as diretrizes da autoridade gestora, a fim de garantir a segurança que dele se espera.

Essas autoridades certificadoras funcionam como uma espécie de cartório virtual²⁷⁶, e permitem agregar mais confiabilidade em relação a pessoa que assinou o documento, uma vez que somente será entregue o certificado digital de uma pessoa após a mesma passar por um processo de identificação junto a essas autoridades vinculadas e fiscalizadas pelo Comitê Gestor vinculado ao Governo Federal.

Neste sentido, a Cartilha de Segurança para Internet faz analogia à segurança emitida pelo passaporte e o certificado digital, exemplificando o que se pretende demonstrar:

Um certificado digital pode ser comparado a um documento de identidade, por exemplo, o seu passaporte, no qual constam os seus dados pessoais e a identificação de quem o emitiu. No caso do passaporte, a entidade responsável pela emissão e pela veracidade dos dados é a Polícia Federal. No caso do certificado digital esta entidade é uma Autoridade Certificadora (AC).²⁷⁷

Deste modo, quando o documento é assinado digitalmente por meio de um certificado expedido por uma autoridade vinculada ao ICP-Brasil, a autoria da declaração se torna inequívoca, uma vez que somente o titular daquele determinado certificado poderia assiná-lo com aquela chave privada correspondente a chave

²⁷⁵ BRASIL. **Medida Provisória nº 2.200-2 de 24 de agosto de 2001**. Institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, transforma o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas_2001/2200-2.htm. Acesso em: 26 jun. 2019.

²⁷⁶ CABRAL, Antonio do Passo, op. cit.

²⁷⁷ CERT.Br. **Cartilha de segurança para internet**. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2012, p. 70. Disponível em: <https://cartilha.cert.br/>. Acesso em: 25 out. 2019.

pública utilizada para verificação da autenticidade e integridade do documento elaborado em formato eletrônico, atribuindo-o segurança para preencher os requisitos de validade, tornando-o documento com grau elevado de eficácia de convencimento como meio de prova em um processo judicial.

4.3 EFICÁCIA E VALOR PROBATÓRIO DO DOCUMENTO ELETRÔNICO

O documento eletrônico, quando preenchidos os requisitos de validade, somente se difere do tradicional pela forma como se materializa, enquanto o primeiro é composto por bits e tem flexibilidade para alterar de suporte sem perder sua originalidade, o segundo está atrelado de forma indissociável do seu suporte físico.

Neste sentido, sendo reconhecido que o documento tradicional é fonte de grande poder de convencimento, tal condição deve se estender também aos documentos eletrônicos.

O ordenamento jurídico brasileiro não apresenta qualquer óbice para a utilização do documento eletrônico como meio de prova, estando aí incluso, obviamente, o Código de Processo Civil.

Na verdade, o Código de Processo Civil trata os meios de prova com larga liberalidade, uma vez que autoriza o uso dos meios típicos de prova, apresentados em seus dispositivos, bem como os meio atípicos, conforme pode se extrair do seu artigo 369:

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.²⁷⁸

Entretanto, conforme tratado no tópico pertinente aos meios de prova, as restrições do Código de Processo Civil sobre a matéria reside na vedação às provas ilícitas, uma vez que tal restrição é imposta pela própria Constituição Federal, que no

²⁷⁸ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 30 mai. 2019.

inciso “LVI” do seu artigo 5º dispõe: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”²⁷⁹

Deste modo, não sendo o documento eletrônico obtido por meio ilícito, não há qualquer restrição que possa inibir sua admissibilidade como meio de prova, tornando-o apto a ser apreciado em processo judicial.

Se não bastasse, o Código de Processo Civil (2015) reconhece de forma expressa o documento eletrônico como meio de prova em qualquer tipo de processo, seja ele físico ou eletrônico, através dos seus artigos 439 a 441.²⁸⁰

Neste sentido, estes artigos dispõem que os documentos eletrônicos quando utilizados no processo convencional (físico) dependerá da sua conversão em papel e a verificação da autenticidade, ou quando não seja realizada a sua conversão, ao exemplo dos documentos em vídeo e áudio, apreciará o valor probante e assegurará o acesso do conteúdo às partes.

O último dispositivo²⁸¹, dentre os citados, não deixa dúvidas quanto à admissibilidade dos documentos eletrônicos, desde que produzidos e conservados com observância da lei específica.

Em relação à eficácia probatória do documento eletrônico, imperioso salientar a Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001, que instituiu a Infraestrutura das Chaves Públicas Brasileira - ICP Brasil, cuja finalidade se encontra descrita no seu artigo 1º: “[...] para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica [...]”.²⁸²

A referida Medida Provisória dispõe no §1º do seu artigo 10, que “as declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a

²⁷⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 05 set. 2019.

²⁸⁰ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 5 mai. 2019.

²⁸¹ Art. 441. Serão admitidos documentos eletrônicos produzidos e conservados com a observância da legislação específica.

²⁸² BRASIL. **Medida Provisória nº 2.200-2 de 24 de agosto de 2001**. Institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, transforma o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas_2001/2200-2.htm. Acesso em: 26 jun. 2019.

utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários.”²⁸³

Deste modo, quando elaborado com observância do dispositivo acima, a eficácia probatória do documento eletrônico é a mesma dos documentos públicos e particulares, revestido de presunção relativa sobre as declarações.²⁸⁴

Segundo Humberto Theodoro Jr., o documento eletrônico “gozará da força de documento particular autêntico quando verificada ‘sua autenticidade, na forma da lei’”, concluindo que “não se discute a força probante do documento eletrônico emitido a partir do mecanismo da assinatura digital, prevista na Medida Provisória 2.200-2/2001.”²⁸⁵

No entanto, a Medida Provisória 2.200-2/2001 não restringiu a eficácia probatória somente aos documentos eletrônicos produzidos com o certificado digital expedido pela ICP-Brasil, haja vista que o §2º do artigo 10 dispõe que:

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.²⁸⁶

Destarte, os documentos produzidos através de outros meios que comprovem a autoria e integridade do documento podem ter eficácia probatória no processo, desde que admitido pelas partes ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento.

Conforme leciona Humberto Theodoro Jr., “o não uso da assinatura não pode alijar, por si só, o documento eletrônico do rol dos meios de prova com que conta a instrução processual.”²⁸⁷

²⁸³ BRASIL. **Medida Provisória nº 2.200-2 de 24 de agosto de 2001**. Institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, transforma o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas_2001/2200-2.htm. Acesso em: 26 jun. 2019.

²⁸⁴ DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016

²⁸⁵ THEODORO JR, Humberto, op. cit., p. 989-990.

²⁸⁶ BRASIL. **Medida Provisória nº 2.200-2 de 24 de agosto de 2001**. Institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, transforma o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas_2001/2200-2.htm. Acesso em: 26 jun. 2019.

²⁸⁷ THEODORO JR, Humberto, op. cit., p. 990.

Nestes casos, a presunção de veracidade do documento eletrônico cessará de acordo com o disposto no art. 428, I, do CPC²⁸⁸, cabendo a parte que lhe produziu a comprovação da sua veracidade, nos termos do art. 429, II, do mesmo diploma legal²⁸⁹.

Entretanto, quando o objetivo é buscar a verdade dos fatos produzidos em documento eletrônico, o juiz e as partes terão em seu favor a prova pericial como aliada, especialmente por se tratar de questões que extrapolam os limites do conhecimento jurídico, o que faz depender do auxílio de um perito para verificar se o documento possui integridade e autenticidade, conforme explica Antônio do Passo Cabral:

Ressalte-se que, muitas vezes, no que tange aos documentos eletrônicos, o juiz poder-se-á deparar com uma situação em que será necessária a prova pericial, para a obtenção de uma orientação técnica acerca de questões que extrapolem os limites do conhecimento jurídico. No âmbito da informática, pode-se fazer necessária a prova pericial, por exemplo, para obter registros contidos em um computador, verificar o conteúdo de um e-mail armazenado nas máquinas de um provedor de acesso ou para aferir se houve a utilização de mecanismos de segurança para conferir credibilidade às mensagens eletrônicas.²⁹⁰

Assim, quando a parte contra quem o documento for produzido impugnar sua exatidão, poderá a parte que produziu, cujo ônus recaiu, comprovar por meio da prova pericial que a declaração contida no documento eletrônico foi realizada pela parte que está negando.

Além da perícia judicial, outro recurso que pode auxiliar as partes é a utilização da ata notarial, instrumento que possui grande eficácia para contribuir com a validade do documento eletrônico, uma vez que através da certidão do tabelião poderá ser garantida a inteireza do conteúdo do documento, haja vista ser dotado de fé-pública.²⁹¹

Neste sentido, segue um exemplo de utilização da ata notarial em documentos eletrônicos, por Tarcísio Teixeira:

Por exemplo, no caso de um site, mostra-se ao tabelião o conteúdo disponibilizado na internet para que ele, a partir do que vê e constata, redija a correspondente descrição em seus livros e lavre a ata notarial respectiva.

²⁸⁸ Art. 428. Cessa a fé do documento particular quando: [...] I - for impugnada sua autenticidade e enquanto não se comprovar sua veracidade.

²⁸⁹ Art. 429. Incumbe o ônus da prova quando: [...] II - se tratar de impugnação da autenticidade, à parte que produziu o documento.

²⁹⁰ CABRAL, Antonio do Passo, op. cit.

²⁹¹ THEODORO JR, Humberto, op. cit.

Assim, a ata exerce a importante função de também declarar que as informações e fatos estão presentes e disponíveis para todos.²⁹²

Inclusive, o legislador cuidou em destacar a possibilidade do uso da ata notarial para atestar documentos eletrônicos representados por imagem ou som, conforme se extrai do artigo 384, parágrafo único, do CPC:

Art. 384. A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião.

Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial.²⁹³

Deste modo, pode ser um recurso a ser utilizado por quem queira produzir certa garantia ao documento eletrônico, principalmente em casos cuja a declaração não é escrita, como no caso de uma imagem de câmera de segurança, cujas imagens produzidas podem se perder com o passar do tempo.

Outrossim, com a expansão dos autos em processo eletrônico, imperioso mencionar alguns artigos da Lei 11.419/2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial, com previsões a respeito da eficácia dos documentos produzidos e juntados eletronicamente, na qual o CPC baseou suas disposições concernentes ao documento eletrônico, vide parte final do artigo 441, do CPC.

Segundo a legislação acima mencionada, somente serão consideradas as assinaturas eletrônicas de identificação inequívoca do signatário: a assinatura digital baseada em certificado digital expedido nos termos da ICP-Brasil ou mediante cadastro de usuário no Poder Judiciário (art. 1º, §2º, inciso III, alínea “a” e “b”).²⁹⁴

Neste diapasão, destaca-se a disposição do artigo 11, *caput*, o qual determina que “os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário, na forma estabelecida nesta Lei, serão considerados originais para todos os efeitos legais.”²⁹⁵

²⁹² TEIXEIRA, Tarcísio, op. cit., p.188.

²⁹³ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 5 mai. 2019.

²⁹⁴ BRASIL. **Lei 11.419 de 19 de dezembro de 2006**. Dispõe sobre a informatização do processo judicial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm. Acesso em: 27 jun. 2019.

²⁹⁵ Ibidem.

Quando se tratar de extratos digitais ou documentos digitalizados, ou seja, documento físico convertido em digital por meio de *scanner* ou afins, têm a mesma força probante dos originais quando “juntados aos autos pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas autoridades policiais, pelas repartições públicas em geral e por advogados públicos e privados”, exceto se houver alegação motivada e fundamentada de adulteração do processo de digitalização, conforme disposto no §1º, do artigo 11, da legislação em comento.²⁹⁶

Todavia, a fim de se resguardar de eventual arguição de falsidade, a lei determinou no § 3º do mesmo dispositivo, que os documentos originais deverão ser preservados até o trânsito em julgado da sentença ou até o final do prazo da ação rescisória, possibilitando futura conferência.

§ 3º Os originais dos documentos digitalizados, mencionados no § 2º deste artigo, deverão ser preservados pelo seu detentor até o trânsito em julgado da sentença ou, quando admitida, até o final do prazo para interposição de ação rescisória.²⁹⁷

Não obstante todo o exposto, a fase probatória não se encerra com a produção do documento eletrônico nos autos, uma vez que a prova precisa prosseguir para a fase de valoração, atividade incumbida ao juízo competente.

Neste sentido, abordamos na seção 2.3 desta monografia, que na atual sistemática adotada pelo Código de Processo Civil, a valoração da prova deve ser realizada pelo princípio da persuasão racional, ou seja, o juiz atribuirá livremente à prova o valor que entender que ela mereça, porém, tem o dever de demonstrar de forma fundamentada na sua decisão, os motivos que fizeram entender que a prova mereça o valor a ela atribuído. Ainda, nesta sistemática, o julgador não poderá excluir determinada prova em detrimento de outra, devendo analisar todo o conjunto probatório, fundamentando os motivos da decisão.

Destarte, sendo o documento eletrônico considerado como meio de prova, também estará sujeito a receber o valor que o julgador entender que ele mereça, de acordo com cada contexto, porém, um documento que tenha sido elaborado com mecanismos que lhe apresentem maior segurança, poderão influenciar de forma mais

²⁹⁶ BRASIL. **Lei 11.419 de 19 de dezembro de 2006**. Dispõe sobre a informatização do processo judicial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm. Acesso em: 27 jun. 2019.

²⁹⁷ Ibidem.

eficaz no convencimento do juiz. Nesta linha, seguem os ensinamentos de Antonio do Passo Cabral:

Certamente que uma mensagem eletrônica impressa que indique tão somente os nomes do emissor e do destinatário, sem lançar mão de técnicas de segurança como a assinatura digital, em tese não poderá ter grande valor probatório. Porém, se inserida no contexto dos elementos de prova, aliada a outros documentos, testemunhas, etc., pode acrescer ao grau de certeza do magistrado acerca da ocorrência dos fatos alegados.

Contudo, se a prova de uma mensagem eletrônica for a única ou a principal prova para garantir a correta formação da convicção do órgão judicial, será necessário o uso de mecanismos para dar credibilidade às mensagens transmitidas via internet.

Sem embargo, uma mensagem sem quaisquer dos meios abordados anteriormente terá pouca importância na formação do convencimento do magistrado se tomada isoladamente. Por outro lado, a utilização de uma assinatura digital, com a formação de chaves de criptografia assimétrica, corretamente aplicada à mensagem, permite maior grau de certeza sobre a integridade e autenticidade do documento.²⁹⁸

Assim, o documento eletrônico, quando elaborado por métodos que possam garantir a sua autenticidade e integridade, o que se tem com maior grau de certeza quando realizado por meio da assinatura digital emitida pela ICP-Brasil, goza de grande eficácia probatória. No entanto, a inobservância destas técnicas não impede que o magistrado atribua valor ao documento eletrônico em conjunto com outras provas que indiquem a sua veracidade, ou, ainda, quando a perícia seja capaz de demonstrar a autoria do documento eletrônico.

²⁹⁸ CABRAL, Antonio do Passo, op. cit.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme salientado na introdução da presente monografia, as relações entre os indivíduos, seja elas pessoais ou comerciais, estão cada dia mais ligadas ao ambiente digital, onde acontecem fatos em quantidade incomensurável. Deste modo, com o passar dos anos, ao mesmo tempo que essas relações se tornaram mais habituais, o documento eletrônico passou a ser uma grande fonte de representação destes fatos, e por conseguinte, chegando até o poder judiciário como meio de prova.

Neste sentido, conforme a sociedade evolui em seu constante processo de transformação, cabe ao direito acompanhar as mudanças e se adequar às novas possibilidades, assim como um dia necessitou se adaptar aos documentos tradicionais, agora precisa se amoldar aos documentos eletrônico, a fim de não se tornar inócuo.

Resta evidente que tais discussões merecem toda a atenção do meio jurídico, uma vez que os documentos eletrônicos estão presentes no cotidiano da maioria da população, desde a realização de negócios jurídicos até a simples comunicação cotidiana, o que evidentemente causa diversos desdobramentos na esfera jurídica.

Para compreender se o documento eletrônico possui validade e eficácia probatória, foi necessário primeiramente abordar aspectos relacionados ao instituto das provas no processo civil para conceber o meio em que o mesmo está inserido, assim como a sua função dentro de um processo judicial, e posteriormente sobre o documento e suas particularidades, para então, adentrar na questão do documento eletrônico com maior esteio.

Deste modo, o desenvolvimento da presente monografia cumpriu com os objetivos propostos inicialmente, uma vez que foi possível compreender o instituto das provas no âmbito do direito processual civil, com desdobramentos fundamentais para a conclusão da pesquisa, especialmente no tocante ao princípio do contraditório e o sistema de valoração da prova adotado pelo Código de Processo Civil, cujo resultado repercutiu na parcial invalidação de uma das hipóteses trabalhadas.

Além disso, conseguimos apresentar os conceitos de documento e sua evolução, desde quando era definido como um escrito em papel até a sua desvinculação entre a ideia e o suporte físico.

Foi possível identificar os requisitos de validade do documento eletrônico, que são a autenticidade, integridade, tempestividade e a perenidade do conteúdo, cuja presença permite a sua equiparação com o documento tradicional, revestindo-se das mesmas condições de segurança e eficácia a ele atribuídas.

Conhecemos os métodos mais utilizados hodiernamente para atribuir maior segurança na transmissão dos documentos eletrônicos dentro do ambiente virtual, destacando entre eles a criptografia assimétrica (chave pública) e a assinatura digital, sendo esta última a técnica que atualmente consegue atribuir maior garantia de autenticidade, integridade e tempestividade aos documentos eletrônicos.

Por último, conseguimos analisar a eficácia probatória do documento eletrônico diante da legislação aplicável ao direito processual civil, bem como seu valor probatório no atual sistema de valoração da prova adotado pelo Código de Processo Civil.

Destarte, a partir do cumprimento dos objetivos propostos, foi possível concluir que o documento eletrônico não encontra óbice no direito processual civil, especialmente pela ampla liberdade de provas contida no CPC vigente, desde que não se constitua como prova ilícita.

Concluimos também, que o documento quando composto pelos requisitos da autenticidade e integridade, goza de enorme eficácia probatória. No entanto, a adversidade reside justamente em garantir a presença destes requisitos, o que deve ser realizado por meio do emprego de técnicas que visam atribuir segurança ao documento eletrônico. Dentre elas, destaca-se a assinatura digital desenvolvida com a criptografia assimétrica, reconhecida pela doutrina como sendo tecnologia que apresenta maior garantia de autenticidade e integridade atualmente desenvolvida.

Neste sentido, também foi possível concluir que o documento eletrônico assinado digitalmente com o emprego de certificado digital expedido por autoridade certificadora nos termos da Infraestrutura de Chaves Públicas (ICP-Brasil), regulada pela Medida Provisória nº 2.200-2/2001, goza da mesma presunção de veracidade dos documentos públicos e particulares.

Os documentos eletrônicos que não sejam elaborados nos moldes da ICP-Brasil não perdem a eficácia probatória por si, sendo autorizada a parte que produziu o documento, quando impugnado, comprovar a presença dos requisitos de validade através de outros meios, destacando-se a perícia judicial como grande aliada dos

sujeitos do processo neste sentido, bem como a ata notarial para garantir a inteireza do conteúdo do documento em face da fé pública que recai sobre este recurso.

Por fim, no que diz respeito ao valor probatório do documento eletrônico, imperioso salientar que a hipótese inicial era com base no livre convencimento motivado, porém, conforme abordamos durante esta monografia, essa denominação não é adequada na atual sistemática do Código de Processo Civil vigente, o qual adotou o sistema da persuasão racional, extirpando a expressão “livremente” da antiga legislação processual.

Dito isso, concluímos em relação ao assunto, que o documento eletrônico não possui valor previamente estabelecido, possibilitando ao julgador atribuir o valor que entender merecido de acordo com a peculiaridade de cada caso, em conjunto com o acervo probatório arrolado no processo, porém, tem o dever de fundamentar a sua decisão, explicitando os motivos que o fez entender que determinada prova mereceu o valor atribuído, assim como os que o fizeram desconsiderar alguma prova em detrimento de outra.

Contudo, importante ressaltar que não é objetivo desta monografia esgotar o tema proposto, uma vez que a matéria possui amplitude incomensurável, podendo ser expandido com a continuidade e maior aprofundamento nas questões abordadas, especialmente por se tratar de um tema ligado ao ambiente digital, onde corriqueiramente são apresentadas novas tecnologia que podem alterar o rumo das pesquisas.

REFERÊNCIAS

- ARELLANO, Miguel Angel. Preservação de documentos digitais. **Ci. Inf.**, Brasília, v. 33, n. 2, p. 15-27, maio/ago. 2004. Disponível em: <http://revista.ibict.br/ciinf/article/view/1043/1113>. Acesso em: 26 jun. 2019.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 05 set. 2019.
- _____. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 14 jun. 2019
- _____. **Lei 11.419 de 19 de dezembro de 2006**. Dispõe sobre a informatização do processo judicial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm. Acesso em: 27 jun. 2019.
- _____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 set. 2019.
- _____. **Medida Provisória nº 2.200-2 de 24 de agosto de 2001**. Institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, transforma o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas_2001/2200-2.htm. Acesso em: 26 jun. 2019.
- CABRAL, Antonio do Passo. A eficácia probatória das mensagens eletrônicas. **Revista dos Tribunais**: doutrinas essenciais de processo civil, São Paulo, v. 4, p. 657-696, out. 2011. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 20 out. 2019.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- CERT.Br. **Cartilha de segurança para internet**. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2012. Disponível em: <https://cartilha.cert.br/>. Acesso em: 25 out. 2019.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Paolo Capitano. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DINAMARCO. Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DUARTE, Bento Herculano; OLIVEIRA JR., Zulmar de. **Princípios do processo civil: noções fundamentais**. São Paulo: Método, 2012.

Fórum Permanente de Processualistas Civis. **In: Carta de Florianópolis: enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis**. Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 05 set. 2019.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; RAMOS, Rafaella Cardoso. Prova documental eletrônica como objeto probatório no contexto do processo civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v. 282, p. 179-199, ago. 2018.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547215538/first>. Acesso em: 5 mai. 2019.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil: Introdução ao direito processual civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6473-3>. Acesso em: 09 jun. 2019.

LOURENÇO, Haroldo. **Teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC**. São Paulo: Método, 2015.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. O documento eletrônico como meio de prova. **Revista dos Tribunais**: doutrinas essenciais de processo civil, São Paulo, v. 4, p. 525-569, out. 2011. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 20 out. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Antônio Terêncio G. L. **A prova documental na internet: validade e eficácia do documento eletrônico**. Curitiba: Juruá, 2005.

MENKE, Fabiano. A criptografia e a infraestrutura de chaves públicas brasileira (ICP-Brasil). **Revista dos Tribunais**: caderno especial - a regulação da criptografia no direito brasileiro, São Paulo, v. 1, p. 83-97, dez. 2018. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 21 out. 2019.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Direito processual civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2018

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502635647>. Acesso em: 26 jun. 2019.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

RIBEIRO, Marcelo. **Curso de processo civil**: teoria geral e processo de conhecimento. São Paulo: Método, 2015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6541-9/>. Acesso em: 20 jun. 2019.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. **Revista de Informação Legislativa**, ano 52, n. 206, p. 33-51, abr./jun. 2015.

TEIXEIRA, Tarcísio. **Curso de direito e processo eletrônico**: doutrina, jurisprudência e prática. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553172740>. Acesso em: 23 jun. 2019.

THEODORO JR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.