

ISSN 1679-8694



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

**REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO
DA 15ª REGIÃO
CAMPINAS/SP**

Direção e coordenação da Escola Judicial
Repositório Oficial de Jurisprudência

Campinas

n. 61

p. 1 - 344

jul./dez.

2022

A PROVA DIGITAL: um breve estudo sobre seu conceito, natureza jurídica, requisitos e regras de ônus da prova correlatas

THE DIGITAL EVIDENCE: a brief study on its concept, legal nature, requirements and related burden of proof rules

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira*

Resumo: O avanço descomunal das tecnologias tem provocado **mudanças radicais**. Estamos “caminhando” a passos largos do mundo físico para o mundo virtual. Daí a necessidade de se construir uma **teoria das provas digitais**, mas nessa edificação não se pode simplesmente ignorar a **teoria geral da prova**. Como ainda há poucos aportes doutrinários sobre essa temática, tem este breve artigo a pretensão de contribuir para o debate jurídico com a análise de quatro temas: (i) **o que é** uma prova digital; (ii) **qual a natureza jurídica** dessa espécie de prova; (iii) quais são **seus requisitos** imprescindíveis, e (iv) **de quem será o ônus da prova** quando se tratar de prova digital. Procede-se a um estudo das **fontes de prova**, porque há provas cujo **suporte** é um meio digital, e outras nas quais os meios digitais servem apenas para a **demonstração** dos fatos. Se a prova digital é, no fundo, uma **prova documental**, a distinção se dá apenas em relação ao suporte do qual ela é extraída (suporte físico ou digital). Haverá mais rigor, no entanto, quanto à exigência de seus requisitos - **autenticidade, integridade e preservação da cadeia de custódia** - em todo o histórico de sua produção. Quanto ao **ônus da prova**, examino se devem ser aplicadas à hipótese as regras clássicas sobre a juntada e a impugnação de documentos (art. 429 do CPC), que são o **ponto de partida** para a definição do encargo probatório em matéria de prova digital.

*Juiz Titular da 6ª Vara do Trabalho de Ribeirão Preto/SP. Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM), Espanha, título revalidado pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Obrigacional Público e Privado pela Unesp. Professor Contratado do Departamento de Direito Privado da USP de Ribeirão Preto (2017 a 2019) e da Escola Judicial do TRT-15.

Palavras-chave: Prova digital. Conceito. Natureza jurídica. Requisitos. Ônus da prova.

Abstract: The enormous advance of technologies has brought about radical changes. We are “walking” in leaps and bounds from the physical world to the virtual world. Hence the need to build a theory of digital evidence, but in this construction one cannot simply ignore the general theory of evidence. As there are still few doctrinal contributions on this subject, this brief article intends to contribute to the legal debate with the analysis of four themes: (i) what is a digital proof; (ii) what is the legal nature of this type of evidence; (iii) what are its essential requirements, and (iv) who will be the burden of proof when it comes to digital proof. A study of the sources of evidence is carried out, because there are evidence whose support is a digital medium, and others in which the digital media serve only to demonstrate the facts. If the digital evidence is, in essence, a documentary evidence, the distinction is made only in relation to the support from which it is extracted (physical or digital support). There will be more rigor, however, regarding the requirement of its requirements - authenticity, integrity and preservation of the chain of custody - throughout its production history. As for the burden of proof, I examine whether the classic rules on the addition and challenge of documents (art. 429 of the CPC) should be applied to the hypothesis, which are the starting point for defining the burden of proof in terms of digital evidence.

Keywords: Digital proof. Concept. Legal nature. Requirements. Burden of proof.

1 INTRODUÇÃO

A **prova judicial** é todo mecanismo colocado à disposição das partes para que consigam convencer o juiz a respeito da existência do fato afirmado na causa de pedir, nas razões defensivas e/ou em manifestações posteriores. Esta é a **finalidade da prova**, referida expressamente na parte final do art. 369 do Código de Processo Civil (CPC).

Com efeito, as partes têm o direito de utilizar os meios de prova típicos ou atípicos “[...] para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz” (BRASIL, 2015). Esse é o objetivo da prova: **influir diretamente** no juízo de valor que será manifestado pelo juiz a respeito dos fatos controvertidos; é dizer, influir **de modo eficaz** na convicção que o juiz irá formar na análise da prova produzida. Daí se infere que as partes têm o legítimo direito de tentar convencer o juiz de que suas afirmações estão do lado da justiça, por qualquer meio **eticamente aceitável** (SILVA, 2021, p. 228-229).

Ocorre que estamos vivendo **mudanças radicais** na sociedade em geral e nas relações humanas (e jurídicas) a partir do final do século passado, com o avanço descomunal de todas as tecnologias, sobretudo das relacionadas à (i) **informação** e à (ii) **comunicação**. Estamos “caminhando” a passos largos do mundo físico para o mundo virtual. A vendagem de bens (inclusive imóveis) no metaverso - um ambiente virtual imersivo construído por meio de diversas tecnologias que integram os mundos real e virtual, no qual as pessoas podem “[...] interagir umas com as outras, trabalhar, estudar e ter uma vida social por meio de seus avatares (bonecos virtuais customizados) 3D” (METAVERSO, 2022) - não deixa margem a dúvidas de que as transformações são verdadeiras abrangentes e em uma velocidade jamais verificada nos milênios anteriores.

Natural, portanto, que as provas dos atos e fatos jurídicos, dos contratos, do cumprimento e descumprimento de suas cláusulas etc. estejam cada vez mais “presentes” no **espaço-tempo digital**. Se todos os dados são lançados em arquivos eletrônicos, mídias sociais e até nas nuvens, já há pessoas - e são muitas - que sequer imprimem esses dados. Já não tem mais havido fotografias reveladas, contratos impressos e um **sem-fim de desaparecimentos** do mundo físico. As comunicações humanas têm sido **basicamente virtuais**, com o uso das tantas tecnologias da informática/telecomunicações, e praticamente ninguém mais imprime e/ou faz gravação das conversas e outros dados daí resultantes.

Todo esse espaço-tempo virtual tem dado origem ao que se tem convencionalmente denominado de **metadados**. Há questões interessantíssimas sobre os metadados, que vão desde (i) quem (pode) armazenar tantos dados relacionados a bilhões de pessoas - humanas e jurídicas - a (ii) **quem pode exigir sua exibição**, inclusive em uma demanda judicial.

Exsurge, aqui, o grande problema (jurídico) de se construir uma **teoria** (acerca) **das provas digitais** que nos dê segurança sobre **várias questões**, dentre elas: (i) o que é uma prova digital; (ii) que espécie de prova é essa, vale dizer, qual sua natureza jurídica; (iii) quais regras irão disciplinar a sua produção no âmbito do processo, em especial, como atender aos requisitos da (a) autenticidade, (b) integridade e (c) preservação da cadeia de custódia, e, inclusive, (iv) **de quem será o ônus da prova quando se tratar de prova digital**.

Destarte, o objetivo deste breve artigo é o de apresentar ideias a respeito da **admissibilidade da prova digital**, bem como de investigar **a quem caberia o ônus da prova** quando o fato puder ser demonstrado por uma prova não material. Não é tarefa fácil, tendo em vista que se trata de instituto muito recente na teoria geral da prova, cujos contornos ainda estão por ser delimitados pelo estudo dos doutrinadores, inclusive a partir da incipiente jurisprudência a respeito dessa temática.

2 PROVA DIGITAL: do que se trata?

De saída, convém registrar que ainda há poucos escritos específicos sobre a prova digital, quando comparados as recentes monografias e os artigos doutrinários publicados sobre a matéria com a quantidade de escritos sobre a prova “convencional”. Por certo que, na teoria geral da prova - temática estudada há séculos -, encontram-se muitos aportes que podem servir de **bússola** na investigação do que seria exatamente a prova digital.

Antes, porém, penso ser importante registrar a **mudança de paradigma** que tem ocorrido na sociedade, e que se reflete na atividade probatória, em juízo. São mudanças intensas e extensas proporcionadas pela utilização cada vez mais frequente dos recursos tecnológicos colocados à disposição das pessoas, naturais e jurídicas:

A incorporação da tecnologia aos mais variados aspectos da vida tem modificado profundamente as interações humanas e a organização da sociedade, redesenhando desde a comunicação, com a substituição das cartas pelo correio eletrônico, dos telefonemas por mensagens instantâneas de texto, áudio ou vídeo etc.; até os registros - públicos ou privados - que se pretendem perenes, antes inscritos em papel com toda sorte de cautela, e hoje amplamente substituídos pelos sistemas de informática; passando, ainda, por toda espécie de atividade que, prescindindo do contato presencial antes necessário ou criando possibilidades inéditas, se vale da **internet**, por meio da qual se acessa e se transmite um volume imenso de informação, se celebram negócios jurídicos e também se praticam atos ilícitos. (PASTORE, 2020, p. 64).

É preciso, portanto, saber o que é exatamente **prova digital**, porque os meios probatórios, aparentemente, permanecem os mesmos, mas as **fontes de prova** “[...] se alteram e reclamam a elaboração de novos critérios para o seu adequado exame”. Se o rito probatório não se altera com as formalidades sobre a juntada de documentos e produção de outras provas correlatas, as fontes que se acessam por esses meios tecnológicos, “[...] que é o traço verdadeiramente distintivo do que se chama de **prova digital**, ostenta peculiaridades merecedoras de tratamento diferenciado” (PASTORE, 2020, p. 64).

Rennan Thamay e Mauricio Tamer, em ótima monografia sobre o tema, conceituam a prova digital como:

[...] o instrumento jurídico vocacionado a demonstrar a ocorrência ou não de determinado fato e suas

circunstâncias, tendo ele ocorrido total ou parcialmente em meios digitais ou, se fora deles, esses sirvam como instrumento de sua demonstração. A prova digital é o meio de demonstrar a ocorrência de um fato ocorrido em meio digital, ou que tem no meio digital um instrumento de demonstração de determinado fato (e) de seu conteúdo. (THAMAY; TAMER, 2020, p. 33).

De modo que há **duas vertentes** de análise quando se trata das provas digitais: (i) a primeira relacionada aos fatos ou atos jurídicos **praticados nos próprios meios digitais**, tendo como **suporte** um meio digital, citando-se, como exemplos, (a) o envio de *e-mail* ou de mensagem por aplicativos de mensageria, como WhatsApp, Telegram e outros; (b) a publicação de um vídeo na internet, no YouTube, por exemplo; (c) a cópia de *software* ou da base de dados de um computador etc.; (ii) a segunda, na qual embora o fato ou ato jurídico tenha sido praticado em meios “convencionais”, ele pode ser **demonstrado com a utilização dos meios digitais** disponíveis, servindo estes, portanto, como instrumentos de demonstração - de prova em sentido estrito -, podendo ser lembrado como exemplo o seguinte: uma **ata notarial**, na qual o tabelião certifica que fotografias publicadas em mídia social (Facebook, Instagram e outras) revelam **encontros, viagens e até intimidades** entre determinadas pessoas, o que poderá caracterizar posteriormente, segundo o juízo do destinatário (principal) da prova - em regra, o juiz -, uma amizade íntima, um conluio entre o empregado de uma empresa e o diretor de empresa concorrente etc. Aqui, os fatos - encontros, viagens, abraços e beijos - “[...] não são digitais em si, mas os suportes digitais servem de mecanismo de demonstração” (THAMAY; TAMER, 2020, p. 32-33).

Proponho, para facilitar a compreensão da dicotomia, que na primeira vertente temos uma (i) prova digital **de primeiro grau**, ao passo que, na segunda, uma (ii) prova digital **de segundo grau**, porque, aqui, apenas a prova em si é produzida a partir de meios ou suportes digitais.

Esses autores referidos citam vários exemplos de fatos que ocorrem em meios ou suportes digitais - prova digital de primeiro grau - e que revelam **ilícitos** de natureza civil, trabalhista e criminal (THAMAY; TAMER, 2020, p. 34-39).

Quanto aos ilícitos **de natureza civil**, merecem destaque os seguintes exemplos:

(i) alguém realiza postagem “inverídica, desatualizada ou desonrosa” em relação a determinada pessoa em mídia social (Facebook, Instagram, Twitter e outros), ou pratica esse ato “por meio de vídeo disponibilizado no YouTube” - nesse caso, o agente causador do dano **se utiliza dos meios digitais** amplamente conhecidos, mais precisamente dos “serviços dos respectivos provedores de aplicação”, e a pessoa natural

ou jurídica (art. 52 do Código Civil - CC/2002; Súmula n. 227 do Superior Tribunal de Justiça) pode buscar em juízo uma **indenização compensatória do dano moral** sofrido em razão daquele ato ilícito (arts. 186 e 927 do CC); ocorre que, para demonstrar esse fato em juízo, o autor da demanda terá de agir rapidamente para conseguir a “preservação do conteúdo e identificação técnica do usuário responsável (obtenção dos registros eletrônicos e dados cadastrais respectivos)”, com a produção antecipada de prova ou com a obtenção de uma tutela de urgência, na própria ação indenizatória;

(ii) alguém cria *sites*, utilizando-se das “marcas de outras organizações sem a autorização dessas, gerando benefício ilícito e a confusão ao público consumidor” - aqui temos uma prática que viola a propriedade intelectual de terceiros, “seja no viés da propriedade industrial (marcas, *trade dress* etc.) - Lei n. 9.279, de 1996, seja no viés do direito autoral ou dos direitos sobre o *software*”, por meio de fatos praticados **exclusivamente** em meio digital, que normalmente serão demonstrados apenas por **prova pericial** a esse respeito;

(iii) “a prática ilícita comum de compartilhamento não autorizado de materiais ou cursos” por *e-mail* e outros meios digitais, que atenta contra os direitos autorais (Lei n. 9.610/1998), e

(iv) as práticas de concorrência desleal, dentre tantas, a “utilização de páginas ou *blogs* anônimos vocacionados à propagação de conteúdo ilícito (*v. g.* inverídico ou desatualizado) para levar o concorrente ao descrédito”, bem como a “contratação da palavra-chave de busca da empresa concorrente” em *sites* de busca, como o Google, de modo que, quando o usuário faz a busca pelos termos que normalmente identificariam o concorrente, aparecem para si apenas os “resultados patrocinados”, diante da “contratação dos chamados anúncios ou *links* patrocinados”.

Na **serra trabalhista** - a que mais nos interessa -, os autores afirmam que são muitos os exemplos de ilícitos cometidos **nas relações de trabalho** com a utilização dos meios digitais, tanto pelo empregado quanto pelo empregador (THAMAY; TAMER, 2020, p. 36-37).

Por parte **do empregado**, podem ser citados os seguintes exemplos:

(i) “o desvio de informações ou de documentos sigilosos e de propriedade das organizações empregadoras para terceiros” - essa prática pode ser empreendida por cópias enviadas por um simples *e-mail*, mas geralmente é bem sofisticada, com a extração de cópia de arquivos digitais (*pen drive*, *HD* externo etc.), posteriormente entregue ao concorrente; e caracteriza, sem sombra de dúvidas, **justa causa** para o despedimento do empregado, não somente pela quebra de confiança, mas por haver previsão expressa na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) a esse respeito:

constitui figura de justa causa a “violação de segredo da empresa” (alínea “g” do art. 482) (BRASIL, 1943);

(ii) um empregado, “responsável pela condução de uma *RFP - Request for Proposal*” (um documento de **solicitação de proposta**), “muitas vezes feita por meio de um processo de licitação, por uma agência ou empresa interessada na aquisição de uma mercadoria, serviço ou ativo valioso, a potenciais fornecedores para apresentar propostas comerciais” (COLABORADORES, 2021) - que, **em uma licitação**, “negocie vantagens a determinado concorrente por *e-mail* ou celular corporativo”; de se notar que essa prática também está tipificada como **justa causa** no art. 482, alínea “c”, da CLT: “negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço” (BRASIL, 1943);

(iii) ato de empregado que, em grupo de WhastApp da empresa, “publica conteúdos desonrosos ou profere xingamentos a outro empregado, tumultuando o ambiente corporativo” - aliás, tem sido muito mais comum que empregados desanquem a honra objetiva da própria empresa ou a subjetiva de proprietários e diretores nesses canais internos de comunicação - grupo de WhastApp corporativo -, mas principalmente **em mídias sociais**, como Facebook, Instagram, Twitter e outras; em todos esses casos teremos ilícitos praticados em **suporte digital**, que desafiam a argúcia dos advogados para a produção da prova a respeito dos fatos; novamente, o que se tem aqui é outra figura de **justa causa**, tipificada no art. 482, alínea “k”, da CLT, a saber: “ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem” (BRASIL, 1943), e

(iv) os autores citam, ainda, o exemplo de empregado que alega “doença para não comparecer em serviço e fique provado, a partir de postagens em mídias sociais que, na verdade, mentiu” - embora se trate de hipótese cada vez mais frequente nas audiências trabalhistas, por coerência, tenho de ressaltar que essa situação não é de prova digital em sentido estrito, ou seja, daquela que demonstra fatos ocorridos em meio digital; aqui, o que se tem é uma **prova digital da segunda vertente** anteriormente analisada, porque os fatos - viagens, festas, jogos etc. - ocorreram em ambiente “físico”, não nas plataformas digitais; **apenas as provas** dos fatos que revelam a mentira do empregado - em regra, fotografias publicadas por ele próprio em suas páginas e perfis, nas redes sociais - é que serão consideradas **digitais**; mais uma vez, essa hipótese se trata de uma figura de **justa causa**, pois é inadmissível que o empregado apresente atestado médico para não trabalhar em razão de sua doença e, no lugar de permanecer em casa se recuperando, faça suas viagens, compareça em festas, bares ou vá praticar esportes; essa conduta propicia a **quebra da**

confiança que deve ser depositada em todo empregado, estando prevista, ainda que não expressamente, na alínea “b” do art. 482 da CLT: (ato de “incontinência de conduta ou mau procedimento” (BRASIL, 1943).

Contudo, o **empregador** também pode cometer, contra o empregado, ilícitos com o uso dos meios digitais, dando ocasião a uma **prova digital** de sua conduta reprovável (THAMAY; TAMER, 2020, p. 36-37). Citam-se, como exemplos, os seguintes:

(i) prática de **assédio sexual** pelo empregador, que “aborda a empregada por meio de mensagens privadas no WhatsApp com tom indecoroso, sexual - inclusive com envio de imagens - ou de coação” - de se registrar que, em regra, o empregador ou gerente da empresa pratica atos de assédio sexual “a portas fechadas”, sem qualquer registro em meio digital, dificultando sobremaneira a produção da prova por parte do(a) empregado(a) vítima desse tipo de assédio; se houver uma **prova digital** dessas investidas, como gravação em áudio no aparelho celular, haverá, aqui, uma situação em que **apenas a prova** é digital; agora, no exemplo dado (pelos autores citados), haverá, sem dúvida, um caso no qual o próprio fato ilícito foi cometido por intermédio de aplicativo de mensageria instantânea (WhatsApp, Telegram e outros); aqui, a **prova é digital** por excelência, desafiando a demonstração da autoria das mensagens, da integridade destas e até da preservação da tal cadeia de custódia, requisitos da prova digital que irei analisar mais adiante;

(ii) “desrespeito ao direito de férias” do empregado, pelo envio (constante) de mensagens por aplicativos e exigência de respostas (e trabalho, portanto) durante o período no qual o trabalhador se dedica à sagrada **desconexão do trabalho** - o que se constata, aqui, é um gravíssimo ilícito trabalhista, porque o direito ao gozo de férias se trata de um dos mais importantes direitos sociais dos trabalhadores, erigido ao patamar de **direito fundamental** (art. 7º, inciso XVII, da Constituição Federal - CF/1988); a hipótese revela uma situação de **prova digital de primeiro grau**, por assim dizer, porque o fato - trabalho durante o período de férias - ocorreu com a utilização dos meios digitais: cobrança de respostas e informações por *e-mail* ou aplicativo de mensagens instantâneas, com o trabalho prestado também por esses mecanismos digitais;

(iii) realização de horas extras “pela comunicação feita por WhatsApp fora do horário de trabalho” - do mesmo modo que no exemplo anterior, aqui se constata outro grave ilícito trabalhista, haja vista que o **direito à limitação da jornada de trabalho** se trata de um direito social histórico (Convenção 1 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, de 1919), consagrado como **direito fundamental** na Constituição brasileira (art. 7º, incisos XIII e XIV, da CF/1988); também aqui a hipótese - tão frequente nas relações de trabalho - é de uma **prova digital de primeiro grau**, porque as horas extras, consubstanciadas nas respostas e

informações prestadas por WhatsApp, foram praticadas com a utilização desse mecanismo digital; a juntada de cópia dessas mensagens - de preferência na íntegra - irá demonstrar que o meio digital foi o utilizado para a própria prestação dos serviços, e

(iv) posso citar, ainda, dentre tantos outros exemplos que já começam a fazer parte da jurisprudência trabalhista, o caso de **assédio moral** praticado por gerentes e outros gestores das empresas contra seus empregados, por intermédio de canais de comunicação internos, dentre eles, grupos de *e-mail* corporativo, de WhatsApp, Telegram e outros; nessa situação, as mensagens agressivas, em regra exigindo o cumprimento de metas ou de outras imposições do empregador, são constantes, por vezes tomando algum empregado como “exemplo” de baixa produtividade ou não comprometimento com as diretrizes da empresa; essas mensagens abusivas, reveladoras do **assédio moral**, quando praticadas com a utilização dos recursos tecnológicos de comunicação - *e-mail* corporativo, grupos de WhatsApp e/ou Telegram - vão caracterizar a prova como sendo digital, pois os fatos, aí, ocorrem todos no **suporte digital**.

Isso sem falar dos vários casos nos quais as partes têm se utilizado - ou requerido a utilização - da **geolocalização** para demonstrar fatos ocorridos fora do ambiente virtual - vínculo de emprego, horas extras, justa causa etc. -, ou, ao menos, para demonstrar um indício a partir do qual se pode presumir a existência do fato probando. Trata-se, no entanto, de matéria bem complexa que não irei analisar neste breve artigo.

Visto, em linhas gerais, o que pode ser entendido como prova digital de primeiro e segundo graus, há que se buscar definir qual a **natureza jurídica** do novel instituto. É o passo seguinte.

3 A NATUREZA JURÍDICA DAS PROVAS DIGITAIS

As provas digitais foram muito propagadas desde 2020, por conta da pandemia de Covid-19 e do regime extraordinário de trabalho instaurado em todo o Judiciário brasileiro. Agora seriam as provas digitais um novo meio de prova? Em caso afirmativo, um meio típico ou atípico de prova?

A princípio, as provas digitais poderiam ser enfeixadas na prova documental *lato sensu* (art. 422 e §§ do CPC). Ou, quando muito, seriam documentos eletrônicos (arts. 439 a 441 do CPC). Não obstante, dada a dimensão que a prova digital tem tomado no processo brasileiro, penso que o correto talvez seja mesmo considerá-la como um **novo** meio de prova. Seria, assim, a prova digital um **meio atípico de prova**, até porque não há, ainda, no CPC regras específicas sobre a sua admissibilidade e forma de produção em juízo.

Contudo, parece que os doutrinadores que têm se proposto a estudar essa temática vêm considerando a prova digital como uma prova **documental**, e esta seria, portanto, sua **natureza jurídica**.

Rennan Thamay e Mauricio Tamer (2020, p. 112-113), na monografia já referida, ponderam que **documento** não pode ser entendido “apenas como uma escrita em um papel”, sendo que o direito digital está a revelar essa obviedade:

De forma ampla, documento é um objeto com capacidade em materializar um fato, seja por meio da escrita, de sinais, gráficos, símbolos etc. São documentos, portanto, os filmes, as fotos, as transcrições, desenhos.

E acrescentam que inclusive a ata notarial,

[...] meio probatório em si considerado, é um documento, mas um documento dotado de pressupostos próprios de formatação de sua autenticidade a justificar sua categorização em separado. (THAMAY; TAMER, 2020, p. 112-113).

Arruda Alvim observa que a palavra “documento” é comumente “utilizada como sinônimo de prova literal”, mas o CPC de 2015 faz menção a documentos que “não se ajustam, com rigor, ao conceito de prova literal”, porque não revela essa natureza das coisas a “reprodução mecânica, como a fotográfica, a cinematográfica, a fonográfica ou de outra espécie”, referida no *caput* do art. 422 do CPC, tampouco as “fotografias digitais e as extraídas da rede mundial de computadores”, mencionadas no § 1º deste dispositivo legal. Por isso, o grande processualista acrescenta que há, então,

[...] uma tendência de se rever a identificação estrita entre documento e coisa, dado que, à vista da evolução tecnológica, nem todo documento possui um suporte físico. Nesse sentido, parece-nos correto ampliar a abrangência do conceito para considerar como documentos aqueles criados através de tecnologias modernas da informação e das comunicações, como os dados inseridos na memória do computador ou transmitidos por uma rede de informática, em geral denominados documentos de informática ou documentos eletrônicos. (ARRUDA ALVIM *apud* THAMAY; TAMER, 2020, p. 112-113).

De se acrescentar que o § 3º do art. 422 do CPC determina a aplicação do “disposto neste artigo à forma impressa de mensagem

eletrônica” (BRASIL, 2015). De modo que, embora não se trate de documentos em sentido estrito, até por falta de uma disciplina legal própria e abrangente, as **fotografias** - as reveladas, há muito tempo -, em especial as digitais, os **vídeos** e os **áudios**, sobretudo quando publicados na internet - nas mídias sociais e outros meios -, têm sido todos considerados como **documentos**. Com efeito, a juntada dessa documentação aos autos de um processo, principalmente nos processos eletrônicos, é considerada, por via de consequência, uma **prova documental**.

Com efeito, **documento** é “[...] qualquer suporte físico ou eletrônico em que um fato e suas circunstâncias estão registrados”. E a **prova documental**, “[...] por sua vez, é o resultado obtido no processo ou procedimento a partir da utilização desse documento” (THAMAY; TAMER, 2020, p. 113):

É prova documental, por exemplo, o resultado prova obtido no processo a partir de *CD*, mídia ou *HD* juntado aos autos em que consta determinado vídeo que interessa à discussão jurídica estabelecida. [...] Igualmente, é prova documental aquela obtida a partir da juntada de extratos de registros eletrônicos (*IP*, data e hora) obtidos em demanda anterior de quebra de sigilo em face de provedor. As capturas de tela ou *printscreen* também produzem provas documentais. Em suma, o fato está registrado em algum suporte físico ou eletrônico? E esse suporte não é outra prova específica? Se a resposta for positiva para ambas as questões, o resultado prova extraído será documental. (THAMAY; TAMER, 2020, p. 114).

Percebe-se, assim, que a doutrina tem feito **distinção apenas em relação ao suporte** do qual a prova documental é extraída. Se de um (i) **suporte físico** - um documento em sentido estrito (contrato, atas etc.), assim considerada também a cópia reprográfica, a fotografia revelada etc. -, haverá uma prova documental *stricto sensu*; se de um (ii) **suporte digital (ou eletrônico)**, estando o “documento” armazenado em computador ou qualquer outro dispositivo tecnológico (*CD*, *HD*), ou ainda publicado ou registrado na internet - inclusive nas mídias sociais -, podendo se tratar de fotografia digital, áudios, vídeos e tantos outros formatos, haverá, aí, um documento eletrônico ou digital e, portanto, uma prova documental *lato sensu*. Nesse último caso, talvez seja melhor denominar essa prova de **prova digital**, para bem distingui-la da prova documental clássica.

Há até quem faça distinção entre documentos **eletrônicos** e documentos **digitais**. Nelson Nery transcreve a distinção promovida pelo Conselho Nacional de Arquivos (Conarq), que é a seguinte:

Um documento eletrônico é acessível e interpretável por meio de um equipamento eletrônico (aparelho de videocassete, filmadora, computador), podendo ser registrado e codificado em forma analógica ou em dígitos binários. Já um documento digital é um documento eletrônico caracterizado pela codificação em dígitos binários e acessado por meio de sistema computacional. Assim, todo documento digital é eletrônico, mas nem todo documento eletrônico é digital. (NERY JÚNIOR; NERY, 2015, p. 1060).

A doutrina registra, contudo, a **inutilidade prática** dessa distinção no âmbito do sistema processual. Não por outra razão, temos um processo judicial eletrônico - Lei n. 11.419/2006, a Lei do Processo Eletrônico -, atos processuais eletrônicos (arts. 193 a 199 do CPC) e documentos eletrônicos (arts. 439 a 441 do CPC), mas falamos em provas digitais e até mesmo em Direito Digital.

De sorte que o documento eletrônico (ou digital) “é aquele produzido, autenticado, armazenado e transmitido em **suporte eletrônico** na sua forma original” (THAMAY; TAMER, 2020, p. 118-122). São exemplos desses documentos: (i) qualquer documento que esteja “nos formatos e extensões .pdf ou .doc, assinados eletronicamente ou não”; (ii) algum vídeo que tenha sido “elaborado integralmente pelo meio eletrônico” ou que esteja “presente na plataforma conhecida do YouTube, acessível via petição nos autos por *QRCode*” - um código similar a um código de barras, ao menos de modo visual -, sendo que, a partir de sua leitura, “chega-se a algum conteúdo indexado em rede fechada ou na internet, permitindo sua visualização”; (iii) as mensagens enviadas e recebidas por qualquer aplicativo de mensageria, como WhatsApp, Telegram e outros; (iv) os *e-mails* ou correios eletrônicos, talvez os mais antigos mecanismos de telecomunicação utilizados para a troca de mensagens no mundo virtual; (v) os áudios em *MP3* ou outro recurso tecnológico, gravados até mesmo em aparelho celular, aliás, as provas digitais mais utilizadas atualmente - pelo menos na Justiça do Trabalho -, juntamente com as mensagens por meio de WhatsApp.

Agora, não se pode confundir o documento digital (ou eletrônico) com o **documento digitalizado**. Este é um terceiro tipo (de documento), podendo ser considerado como tal aquele documento:

[...] originalmente produzido em meio físico e depois transportado, por meio da digitalização (fotografia, utilização de aplicativos, digitalização via *scanner* etc.), para suporte eletrônico. (THAMAY; TAMER, 2020, p. 122-126).

São exemplos de **documentos digitalizados**: (i) “o instrumento de mandato (procuração ou substabelecimento) feito e assinado em papel e digitalizado para protocolo em processo eletrônico”; (ii) o contrato (físico) digitalizado e enviado por *e-mail*, em anexo a este - o *e-mail* (mensagem por *e-mail*) é um documento eletrônico, mas o que vai a ele anexado pode ser um documento digital (produzido no computador) ou um documento digitalizado; (iii) a fotografia de documentos de identificação da pessoa encaminhada ao advogado para a propositura de uma demanda ou a uma empresa, quando da compra de produtos, para a configuração do cadastro do comprador (THAMAY; TAMER, 2020, p. 122-126).

Por todo o exposto neste tópico, percebe-se que a doutrina tem mesmo considerado a prova digital como uma **prova documental**, a qual compreende os documentos eletrônicos e outras situações muito específicas. Penso, no entanto, que, diante das tantas **singularidades** desse mecanismo probatório, ele deveria ser considerado como um meio particular de prova, por certo que um meio **atípico**. Agora, os documentos eletrônicos, em sentido estrito, já estão tipificados no CPC, como já observado, e podem ser caracterizados como tais.

Enfim, é esperar pela regulamentação mais abrangente de todas as intrincadas questões que envolvem a temática da prova digital, sobretudo a que diz respeito aos **pressupostos de validade** desse mecanismo de demonstração dos fatos ocorridos no mundo virtual, quando então a prova digital poderá até ser considerada, no próprio CPC, como um (novo) meio típico de prova.

4 REQUISITOS DE VALIDADE DA PROVA DIGITAL

Os problemas começam a surgir quando se enfrentam as várias questões relacionadas à **confiabilidade** da prova digital. Como é sabido, a prova documental derivada dos documentos originais é altamente confiável, sendo um dos mecanismos probatórios mais prestigiados no âmbito do processo civil. Reconhecida a assinatura de quem confecciona esse documento - ou de quem, mesmo não o preenchendo, subscreve-o (art. 410, II, do CPC) -, passa a recair sobre os ombros **de quem impugna** o seu conteúdo um pesado encargo probatório (art. 429, I, do CPC), até porque assim disciplina o art. 412 do CPC: “O documento particular de cuja autenticidade não se duvida prova que o seu autor fez a declaração que lhe é atribuída” (BRASIL, 2015).

Com efeito, de acordo com Marinoni e Arenhart,

A confiabilidade da prova documental - e a importância singular que os ordenamentos processuais lhe

emprestam - assenta-se, exatamente, na **estabilidade do suporte** em que a informação é registrada. (MARINONI; ARENHART, *apud* PASTORE, 2020, p. 64).

Daí que o **suporte** de onde provém a prova documental (sua fonte) é deveras relevante para se verificar a (boa) qualidade da prova. Não por outra razão, o **documento original** tem maior força probante, aos olhos do julgador, do que a simples cópia, a menos que seja certificada a “conformidade entre a cópia e o original” (art. 424 do CPC). Em regra, a **autenticidade do documento** - verificada na incontestada assinatura nele aposta - é que serve de baliza para essa confiabilidade. “Ocorre que o documento produzido em meio eletrônico pode, em regra, ser alterado sem esforço, em meios de armazenamento suscetíveis de regravação”. Basta recordar que o “fluxo de dados em uma rede de computadores, como a internet”, é muito denso e intenso, fazendo com que “a informação armazenada em meio eletrônico” seja apenas temporária, podendo ser substituída diante de sua “grande volatilidade”. Isso proporciona ao documento eletrônico uma “aparente contradição com a natureza e a própria utilidade da prova documental” (PASTORE, 2020, p. 64).

Por isso, para que a prova digital tenha a **mesma confiabilidade** da prova documental extraída de meio ou suporte físico (o documento em si), mister que ela ofereça a mesma segurança jurídica, que somente será proporcionada se atendidas **duas premissas básicas**, as quais estão presentes em toda a extensa regulamentação da prova documental: (i) que resulte bem clara a **origem** do documento digital, ou seja, a sua **autenticidade**, verificável quando não pairar dúvidas sobre a **sua autoria**, por assim dizer; (ii) que se possa verificar a **integridade das informações**, dos dados constantes do documento digital, em quaisquer de seus formatos já examinados - escrita, áudio, vídeo etc. -, o que pode ser verificável até mesmo na fé que possa merecer a pessoa que transporta essa prova para os autos do processo. A **integridade** diz respeito, portanto, à **inalterabilidade do conteúdo** da prova digital:

Vale destacar que tais parâmetros - autenticidade e integridade - são expressamente previstos pela legislação processual para o registro de atos processuais eletrônicos (art. 195 do Código de Processo Civil) e podem ser estendidos, seja por analogia, seja pela própria finalidade da prova, a todo e qualquer registro eletrônico que se pretenda utilizar com força probante no processo. A verificação da presença desses requisitos depende estritamente do suporte em que os dados são armazenados, da forma como são produzidos, da finalidade a que se destinam e, sobretudo, do estado da técnica. O essencial, portanto, é que se tenha sempre presente a

sua imprescindibilidade e, em caso de dúvida fundada, haja o recurso à prova pericial para que o exercício da jurisdição não seja induzido em erro por elementos que não tenham aptidão ou idoneidade para retratar a realidade. (PASTORE, 2020, p. 68-69).

Em verdade, a doutrina tem apontado que são **três os requisitos imprescindíveis** - ou pressupostos de validade - para que a prova digital possa ser utilizada com segurança em determinado processo judicial: (i) a **autenticidade**; (ii) a **integridade**, e (iii) a **preservação** da cadeia de custódia:

A falha em qualquer deles resultará na fragilidade da própria prova, tornando-a fraca e até, por vezes, imprestável ou impotente de produzir efeitos no caso concreto. (THAMAY; TAMER, 2020, p. 39-40).

Resta saber, portanto, do que se trata cada um desses requisitos.

A **autenticidade** deve ser entendida como “a qualidade da prova digital que permite a certeza com relação ao autor ou autores do fato digital”. É, portanto, “a qualidade que assegura que o autor aparente do fato é, com efeito, seu autor real”. Dito de outro modo: **autenticidade** é:

[...] a qualidade que elimina toda e qualquer hipótese válida e estruturada de suspeição sobre quem fez ou participou da constituição do fato no meio digital. (THAMAY; TAMER, 2020, p. 40).

Daí que, **negada a autoria** do fato digital e pairando séria dúvida sobre quem realmente o praticou, à semelhança do que sucede em relação aos fatos e atos jurídicos ocorridos no mundo real - suporte físico -, o **ônus** de demonstrar o fato digital (e sua autoria), o **fato constitutivo** do direito do autor da demanda - por exemplo, em ação indenizatória de dano moral -, é de quem o alega (art. 429, II, do CPC). Voltaremos a esse tema do ônus da prova.

Quando se trata de **documento digital**, se a assinatura eletrônica for **certificada** em conformidade com as diretrizes da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil), criada pela Medida Provisória (MP) n. 2.200/2001 com a função de “[...] 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” (art.

1º da MP) (BRASIL, 2001), por uma Autoridade Certificadora (AC), ele **se presume verdadeiro**. A esse respeito, dispõe o art. 10, § 1º, da referida MP:

As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil. (BRASIL, 2001).

Bem sabido que o Código Civil de 2002 manteve a mesma regra em seu art. 219. Ora, se a assinatura eletrônica **identifica o autor do documento**, pois a codificação de cada assinatura é única, **não há como negar** a autenticidade desse documento. Se a pessoa, natural ou jurídica, argumentar, por exemplo, que alguém se utilizou indevidamente do cartão ou *pen drive* que contém a chave da assinatura, competirá a ela o pesado encargo de comprovar o fato alegado, e, salvo em situações que conduzam a severa injustiça, há de se prestigiar a boa-fé objetiva de quem confiou naquela assinatura, pois presumidamente aposta pela única pessoa que a poderia “deter”.

Isso porque a **assinatura digital ou eletrônica** “é produto de sofisticada técnica elaborada a partir da criptografia assimétrica, que recebe tal denominação por não se basear em um segredo comum”:

Em breve resumo, essa forma de criptografia atua a partir de um conjunto de chaves, compostas de uma sequência de caracteres gerada por computador, a partir de elementos aleatórios e fórmulas matemáticas avançadas que viabilizam a sua correlação. Com elas, permite-se que, a partir da chave pública (assim chamada porque passível de ampla divulgação, sem prejuízo à segurança do mecanismo), qualquer pessoa ou dispositivo possa codificar conteúdo que apenas poderá ser decifrado pela chave privada (cuja posse é reservada ao emissor do par), bem como identificar a chave pública associada ao conteúdo codificado com a chave privada, tudo sem ter acesso a ela; por conseguinte, sem poder acessar conteúdo destinado ao seu detentor de forma protegida nem simular a autoria do código cifrado, que se relaciona exclusivamente à chave pública correspondente.

Uma vez aplicada essa espécie de criptografia sobre determinado conteúdo, a alteração de qualquer mínima unidade de informação - um *bit* que seja, ainda que em metadados que não repercutam diretamente no seu teor - torna impossível que a decodificação resulte no que se assinou ou mesmo algo próximo,

dada a assimetria das chaves utilizadas no algoritmo; antes produzindo conteúdo ilegível, no caso de texto, ou inteiramente imprestável, no caso de *software*. (PASTORE, 2020, p. 69-70).

Ocorre que a emissão de certificados digitais, com toda essa tecnologia, e apenas pelas autoridades certificadoras autorizadas pela ICP-Brasil, tem um **custo muito elevado**, motivo pelo qual esses certificados são utilizados basicamente no processo judicial eletrônico - no qual são obrigatórios -, nos órgãos públicos e em empresas de grande porte. Daí a presença constante de **outros métodos de autenticação**, até porque a própria MP n. 2.200/2001 isso permitiu, no § 2º de seu art. 10:

O disposto nesta Medida Provisória não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento. (BRASIL, 2001).

No setor de serviços é bastante comum, para fins de autenticação - **identificação do usuário** -,

[...] o envio de correspondência a um endereço de correio eletrônico, ou de mensagem de texto (SMS) a uma linha de telefonia móvel, contendo um código a ser fornecido ao prestador de serviços na própria plataforma. (PASTORE, 2020, p. 71).

Inserido o código, a empresa que fornece os serviços - de telefonia, internet e outros - identifica com segurança que “o usuário de um determinado sistema é o titular da linha ou o detentor do endereço de *e-mail*”, e assim terá condições de “atestar a autoria do que ele venha a produzir nesse ambiente”. Ademais, atinge também essa mesma finalidade “o registro da origem de um acesso a um serviço ou aplicação, pelo endereço do Protocolo de Internet (*IP*) e pela porta lógica de origem da conexão”, que inclusive permite, “pela consulta aos registros do provedor de conexão à internet, identificar o autor de dado conteúdo” ali postado (PASTORE, 2020, p. 71).

Ocorre que há **várias situações** nas quais **se pode discutir** a autenticidade da prova digital produzida nos autos do processo. Dentre elas, podem ser destacadas as seguintes: a) nem sempre o titular do perfil ou página, na internet, é o autor real da postagem ofensiva feita em uma mídia social, pois há inúmeros casos de criação de perfil falso

ou *fake* - nesses casos, a maneira mais adequada de se “atestar a autenticidade de tal prova é realizando a quebra de sigilo da postagem, com o fornecimento judicial das informações por parte dos provedores de aplicação e conexão”; b) pode ser que alguém se utilize do *e-mail* (corporativo) de determinada pessoa, principalmente nas grandes empresas, e, no computador da empresa, envie mensagem a “algum agente público prometendo determinada vantagem ilícita” - nesse caso, uma vez descoberta a prática ilícita, a única forma de se preservar a prova digital é a de se isolar imediatamente o dispositivo (computador) “e seus compartimentos de armazenamento (*HD* ou *SSD*)” devem ser “clonados e lacrados” (THAMAY; TAMER, 2020, p. 44).

Em relação à **integridade**, a doutrina tem asseverado que esse requisito deve ser compreendido como “a qualidade da prova digital que permite a certeza com relação à sua completude e não adulteração”. Com efeito, a prova digital será **considerada íntegra** quando se apresentar “isenta de qualquer modificação em seu estado ou adulteração desde o momento da realização do fato até a apresentação do resultado prova”, estando, por isso mesmo, **apta** “a demonstrar a reprodução do fato em sua completude e integridade” (THAMAY; TAMER, 2020, p. 45).

Os **mesmos exemplos** citados em relação ao requisito autenticidade podem ser aqui lembrados, porque denotam a possibilidade de **adulteração** da prova digital, suscitando dúvidas sobre sua idoneidade ou até extirpando seu valor probante por completo. Ainda que haja um autor aparente, (i) pode ser que a publicação maliciosa tenha sido postada em perfil falso ou *fake*, nas chamadas mídias sociais; (ii) pode ocorrer de o *e-mail* por intermédio do qual se comete crime ou ato de concorrência desleal não ter sido enviado pelo seu titular, o autor aparente; (iii) o *printscreen* pode ter sido apresentado, nos autos do processo, a partir de “captura de tela de conteúdo” adulterado. Aliás, é bastante:

[...] simples e fácil construir ou alterar uma conversa de aplicativo de mensagens, de *e-mails* ou postagens em mídias sociais. Qualquer pessoa com um mínimo conhecimento de informática tem essa capacidade. (THAMAY; TAMER, 2020, p. 45-46).

Por isso, a doutrina tem recomendado que “o procedimento de coleta da prova seja acompanhado de lavratura presencial de ata notarial apta a atestar, com fé pública, que a integridade for (*sic*) respeitada”. Apresenta-se, como alternativa, “a extração de código Hash sobre a cópia feita, atestando que ela é um espelho fidedigno do dispositivo original” (THAMAY; TAMER, 2020, p. 45-46), quando se tratar de dispositivos de armazenamento (*HD* e *SSD*).

Ademais, adverte-se que:

O documento digital deve ter a sua autenticidade verificada **no meio digital** e assim certificada pelo escrivão, sem prejuízo de permanecer disponível, **no original**, para verificação independente das partes e, se o caso, exame pericial. (PASTORE, 2020, p. 72).

Agora, além dos documentos digitais em sentido estrito, existe o **extrato digital de banco de dados**, previsto de forma lacônica no art. 11, § 1º, da Lei n. 11.419/2006, o qual tem o **mesmo valor probante** que os originais, “desde que atestado pelo seu emitente, sob as penas da lei, que as informações conferem com o que consta na origem” (art. 425, V, do CPC) (BRASIL, 2015). Ocorre que, quando se tratar de “informações produzidas em meio exclusivamente eletrônico, assim as inseridas pelo preenchimento de um formulário digital” - por exemplo, as resultantes de transações financeiras feitas em aplicativos dos bancos -, “ou mesmo geradas automaticamente por sistemas informatizados, para registro da sua utilização ou em função dela” - por exemplo, (i) ligações telefônicas, (ii) troca de mensagens, (iii) acesso a páginas da internet e (iv) dados de geolocalização obtidos de aplicativos em aparelhos celulares -, “não haverá outro meio de prova possível e a informação deverá ser necessariamente extraída do banco de dados digital” (PASTORE, 2020, p. 74).

A questão que se coloca é: quem garante (e: como garantir) que essa extração de dados - **extrato digital de banco de dados** - foi realizada de maneira adequada e sem comprometimento dos dados digitais?

São frequentemente juntadas aos autos, como documento ou mesmo em reprodução de baixa qualidade no corpo dos arrazoados, imagens de telas de computador, em que aparentemente se contém um registro informatizado, mas sem nenhum esclarecimento sobre a criação e guarda dos dados, sobre o método de acesso ao banco de dados nem a responsabilidade por essa atividade.

Fica inteiramente prejudicada, dessa forma, a eficácia probatória do banco de dados digital, porque não se pode garantir que a informação é confiável na origem, tampouco que o que foi reproduzido nos autos corresponde ao que consta na origem (autenticidade), sem possibilidade de alteração desde a extração (integridade). (PASTORE, 2020, p. 75).

Por isso, a doutrina tem recomendado que a **extração dos dados** seja acompanhada por notário e descrita com precisão em uma **ata**

notarial, ou que, pairando dúvidas sobre a integridade da prova digital, ela seja submetida a criterioso **exame pericial**.

Ocorre que esses procedimentos têm um **custo elevado**, sobretudo a lavratura de ata notarial. Ademais, a **produção** da prova pericial - além de seu custo - pode ser **bastante demorada**, comprometendo a celeridade que se almeja para os processos judiciais. Por essas razões, penso que, no processo do trabalho, diante dos princípios da simplicidade, informalidade, gratuidade e efetividade, é possível admitir a produção menos formal da prova provinda dos meios ou suportes digitais, com a simples "juntada". De modo que, apenas se houver **séria controvérsia sobre sua autoria e conteúdo** é que deve ser determinada a requisição de dados aos provedores de conexão e aplicação da internet, ou a outros detentores da informação produzida em meio digital. Diante da complexidade dessa produção probatória **complementar** - de averiguação da autoria e integridade do "documento" digital -, dela não tratarei neste artigo.

Enfim, também se apresenta como requisito da prova digital a chamada **cadeia de custódia**. A respeito dessa exigência, assim tem se manifestado a doutrina:

[...] é preciso preservar a autenticidade e a integridade em todo processo de produção da prova digital, desde sua identificação, coleta, extração de resultados, até a apresentação no processo ou procedimento de destino. A ideia é construir verdadeiro registro histórico da evidência, de toda a vida da prova. A ideia é que se alguém seguir os mesmos passos já dados na produção da prova, o resultado será exatamente o mesmo. Nesse ponto, é importante sinalizar datas, horários, quem teve acesso, onde o acesso foi feito e até quaisquer alterações inevitáveis relacionadas. Mais uma vez, se não respeitada a cadeia de custódia da prova, o resultado é a sua imprestabilidade prática, justamente em razão da dúvida que irá pairar a seu respeito. (THAMAY; TAMER, 2020, p. 114).

Por isso, é importante que os atores jurídicos, a despeito dos princípios fundamentais do processo do trabalho, tenham **mais cuidado na juntada** aos autos das provas digitais, lembrando-se que mero *printscreens* no corpo das petições (inicial, contestação etc.) **não se trata** sequer de documento, mas de **mera ilustração** para reforçar os argumentos da causa de pedir e da tese defensiva. Daí que, seja (a) na mera extração de um *printscreen* de conversas de *e-mail*, WhatsApp, Telegram, de páginas ou perfis na internet, seja (b) na juntada de *CD* ou *DVD* com áudios ou vídeos para comprovar determinados fatos, o advogado da parte - reclamante ou reclamado - deve fazer o possível para **identificar**: (i) a data em

que teve acesso à prova; (ii) a data da extração da prova do meio digital; (iii) os horários do acesso e da extração; (iv) quem mais teve acesso à prova, ou quem a acessou e comunicou à parte, porque esta pessoa pode, inclusive, ser ouvida como testemunha do fato digital; (v) em que lugar se deu o acesso e a extração das informações, e (vi) se, na extração dos dados, houve alterações inevitáveis, pela própria natureza das coisas.

Somente assim será possível à parte demonstrar ao juiz a **lisura** na extração dos dados, permitindo a **confiabilidade** na prova digital carreada aos autos do processo. E, nesse caso, se a parte contrária alegar **adulteração** das informações, **dela será o ônus de provar** que isso realmente aconteceu, tema que irei analisar na sequência.

5 O ÔNUS DA PROVA A RESPEITO DA PROVA DIGITAL

De todos é sabido que o ônus da prova não se trata de obrigação, tampouco de um dever, mas simplesmente de um **encargo** do qual deve se desincumbir a parte que, segundo as regras de definição específicas, tem a **incumbência** de convencer o juiz sobre a existência (veracidade) dos fatos por ela afirmados. Por isso, James Goldschmit assinalava que ônus ou encargo é um peso que se coloca sobre uma pessoa, de modo que ela se desincumba dele (*apud* DINAMARCO, 1986, p. 185-186).

Com efeito, não se trata de obrigação porque se a parte não se desincumbir do ônus da prova não sofrerá nenhuma sanção jurídica por isso (execução ou pena). E nem mesmo constitui um dever, porque este se dá em relação a alguém, enquanto o ônus é da própria parte em relação a si mesma, visto que, se não produzir a prova, provavelmente não terá reconhecido seu direito ou pretensão (SILVA, 2000, p. 89). Daí que a consequência para a parte que não se desincumbe de seu ônus subjetivo é o julgamento **desfavorável** à sua pretensão.

Havendo, no processo, **fatos controvertidos, relevantes e pertinentes** (SANTOS, 1990, p. 333-342), e determinados, será necessário investigar sobre o **ônus da prova**, à luz do art. 373 do CPC/2015 e principalmente do atual art. 818 da CLT, que deixou de enunciar um princípio geral - em verdade, uma regra de hermenêutica - a respeito da prova (quem alega, deve provar), para conter regras objetivas que levam em conta, sobretudo, a **natureza dos fatos controvertidos**.

Preleciona Carlos Alberto Reis de Paula (2001, p. 104-105) que, dentre as tantas teorias criadas para a repartição do ônus da prova entre as partes, merecem destaque as de Chiovenda, Rosemberg e Micheli. Em especial, a teoria desenvolvida por Chiovenda, por ter sido a adotada no direito processual brasileiro (art. 333 do CPC/1973; art. 373 do CPC/2015, e, agora, art. 818 da CLT). “Por esta teoria, indica-se a qual

das partes incumbe o ônus da prova, consoante a natureza dos fatos". Assim, torna-se necessário verificar, dentre os fatos controvertidos, quais são aquisitivos (constitutivos), impeditivos, modificativos ou extintivos de direitos, estudando-se a sua **natureza jurídica**, na chamada **distribuição estática** do ônus da prova.

Fato constitutivo é o fato que faz nascer o direito ou os efeitos jurídicos pretendidos, ou seja, é o fato a partir do qual existem efeitos jurídicos concretos deduzidos pelo demandante. Por sua vez, **fato impeditivo** é o que impede o nascimento do direito ou a produção de efeitos jurídicos do fato afirmado pelo autor; o fato, em si, não é contestado, pois o que se contesta são os **efeitos jurídicos** do fato. **Fato modificativo** é aquele que altera os efeitos jurídicos do fato constitutivo alegado pelo demandante. Enfim, **fato extintivo** é o que faz desaparecer todos os efeitos jurídicos do fato constitutivo, como a prescrição, a decadência, o pagamento integral e outros (SILVA, 2021, p. 281-283).

Assim, definida a natureza jurídica dos fatos controvertidos, torna-se bem mais fácil compreender as regras objetivas de definição do ônus da prova. A respeito da definição do ônus, Giuseppe Chiovenda (1998, p. 447-449), após verificar que não há como estabelecer um princípio geral e completo para a regência do ônus da prova, asseverando que a justificativa da repartição do referido ônus entre as partes está em um **princípio de justiça distributiva**, qual seja, o princípio da igualdade das partes, enuncia que ao autor compete o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito, cabendo, portanto, ao réu: a) "provar fatos que provam a **inexistência** do fato provado pelo autor, de modo direto ou indireto", ou, b) "sem excluir o fato provado pelo autor", afirmar e provar "**um outro** que lhe elide os efeitos jurídicos, e aí temos a verdadeira prova **do réu**, a prova da **exceção**" (destaques do autor).

Explica o grande Mestre que a mencionada repartição do *onus probandi* leva em conta as condições de existência de uma relação jurídica, devendo o autor, assim, provar as condições específicas dessa relação, ou seja, as que lhe são próprias, essenciais, como o consenso e o preço da coisa na compra e venda. Não tem, portanto, o autor, de provar as condições gerais, comuns a todos os negócios jurídicos, como a capacidade dos agentes, a seriedade do consenso, que a coisa não se trata de bem fora do comércio. A falta dessas condições habitualmente presentes deve ser provada por quem a alegar, o réu, por ser **fato impeditivo**.

A mesma doutrina é professada por Moacyr Amaral Santos (1990, p. 447), para quem a distribuição do ônus da prova pode ser sintetizada em **duas regras**: 1ª) ao autor cabe a prova dos fatos dos quais deduz o seu direito, ao passo que ao réu incumbe a prova dos fatos que, de modo direto ou indireto, atestam a inexistência daqueles, ou seja, a prova contrária ou contraprova; 2ª) ao autor compete a prova do fato constitutivo e ao réu a

prova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo, explicando o doutrinador que essa regra “reafirma a anterior, quanto ao autor, e atribui o ônus da prova ao réu que se defende por meio de exceção, no sentido amplo”.

Obviamente, trata-se da doutrina clássica, esta examinada sucintamente nos parágrafos anteriores. Hoje não se pode olvidar da **teoria dinâmica** da distribuição do ônus da prova, que foi inclusive positivada no sistema processual brasileiro (art. 373, § 1º, do CPC; art. 818, § 1º, da CLT). Tampouco das especificidades da temática da **inversão do ônus da prova** no processo do trabalho. Contudo, neste breve artigo não terei condições de analisar essas questões.

Quanto ao ônus da prova em **matéria de provas digitais**, há de se ter em mente que essa temática é bem recente. A doutrina e a jurisprudência ainda estão dando os **primeiros passos** para a definição do que se pode entender como prova digital, de sua natureza jurídica e dos requisitos imprescindíveis para a sua (boa) produção em juízo, questões já examinadas brevemente.

Nessa **teoria em construção**, para a definição das regras - estáticas ou dinâmicas - de ônus da prova quanto à produção da prova digital em juízo, o ponto de partida para essa edificação deve ser a clássica teoria geral da prova. Com efeito, é na **teoria geral da prova** (e do ônus da prova) que o jurista deve buscar teorizações e construções normativas que possam subsidiar a difícil definição de regras específicas sobre o encargo probatório, quando se tratar de questões relacionadas às provas digitais.

Pois bem, a se entender a prova digital como uma prova documental *lato sensu* - e parece ser esta a inclinação da doutrina e da jurisprudência, como mencionei anteriormente -, de saída, até que haja construção mais elaborada a respeito dessa temática, devem ser aplicadas as **regras clássicas** sobre ônus da prova, disciplinadas para a produção da **prova documental**.

Destarte, as diretrizes do **art. 429 do CPC** são mesmo o ponto de partida para a definição do encargo de prova, quando a controvérsia se referir a quem compete - pelas regras subjetivas e objetivas do ônus da prova - **demonstrar** ao juiz - o destinatário principal da prova - **o fato digital** alegado nos autos do processo. Eis a dicção do referido dispositivo legal:

Art. 429. Incumbe o ônus da prova quando:
I - se tratar de falsidade de documento ou de preenchimento abusivo, à parte que a arguir;
II - se tratar de impugnação da autenticidade, à parte que produziu o documento. (BRASIL, 2015).

Por isso, se a parte contra quem se faz a juntada de um documento - o autor ou o réu - **não impugna a assinatura** ou mesmo a reconhece,

tendo confeccionado ou simplesmente subscrito esse documento (art. 410, II, do CPC), passa a recair sobre seus ombros um pesado encargo probatório, em conformidade com o art. 429, I, do CPC. Com efeito, disciplina o art. 412 do CPC que o documento particular “de cuja autenticidade não se duvida prova que o seu autor fez a declaração que lhe é atribuída” (BRASIL, 2015).

Destarte, a **primeira regra** sobre ônus probatório em matéria de provas digitais é esta: se a parte contra a qual se produziu uma prova digital não impugna sua assinatura, mas **apenas o seu conteúdo**, é dela o ônus da prova. Nesse caso, o que a parte certamente alegará é a **falta de integridade** da prova digital, que esta foi adulterada ou até mesmo que está incompleta - por exemplo, na juntada de *printscreen* de conversas de WhatsApp. Em conjunto ou separadamente, poderá alegar a **quebra da cadeia de custódia** quando da extração digital do banco de dados, e, nesse caso, o ônus da prova **também será seu**.

Em suma, se a parte contrária alegar **adulteração** das informações contidas em qualquer prova digital, dela será o **encargo de provar** que, de fato, isso ocorreu, mediante a juntada do (documento) original, da prova por completo (conversações, por exemplo), da prova pericial, ou até mesmo com o requerimento de **expedição de ofícios** a empresas que guardam os dados de onde foi extraída a prova digital, em regra, os provedores de conexão e/ou de aplicação da internet.

Agora, se determinada pessoa, natural ou jurídica, argumentar nos autos do processo que **alguém se utilizou indevidamente** do cartão ou *pen drive* que contém a chave de sua assinatura, **dela será** o pesado encargo de demonstrar que isso realmente aconteceu. Ora, nas relações jurídicas em geral há um imperativo segundo o qual se deve prestigiar a **boa-fé objetiva** de quem confiou naquela assinatura, pois, até prova em contrário, presume-se que foi aposta no documento pela única pessoa que a poderia “deter”.

De outra mirada, se a parte contra quem se faz a juntada de uma prova digital - documento em sentido estrito ou *lato sensu*, como já visto - **não reconhece sua assinatura** ou **nega a autoria** do fato digital, de modo a gerar dúvida objetiva sobre quem realmente o praticou, o **ônus de provar** a ocorrência do fato digital - documentado na prova digital -, bem como de sua autoria, é de **quem o alega**, em conformidade com o art. 429, II, do CPC. Nesse caso, até se pode considerar que o fato digital, por mais forte razão, será definido como o **fato constitutivo** do direito do demandante, como ocorre em uma ação de indenização por dano moral. Se o autor da demanda não comprovar, robustamente, que o fato digital **realmente aconteceu** e que o réu foi a pessoa que o praticou - por exemplo, um ilícito trabalhista consistente na ofensa à honra por meio de conversas de WhatsApp ou de publicações em mídias sociais como o Facebook, o Instagram e outras -, terá seu pedido julgado improcedente.

Em suma, negada a prática do ilícito ou mesmo sua autoria - uma **negativa absoluta**, portanto -, **de quem alega** o fato digital será o encargo probatório. Nesse caso, a parte terá que demonstrar o teor da prova digital e que a parte contrária realmente praticou o ato ou fato jurídico, ou seja, que esta assinou o documento digital, que viajou a passeio quando estava de licença por atestado médico e uma infinidade de outras situações já analisadas anteriormente.

Como não tenho a menor pretensão de esgotar um tema tão amplo, complexo e novo no mundo jurídico, penso que, com estas linhas, já poderá o ator jurídico traçar uma **boa estratégia** em matéria de prova digital, a qual deverá angariar a **confiança** de seu(s) destinatário(s).

Por fim, convém ponderar que as provas digitais **não eliminam**, jamais, a necessidade de **produção de prova oral** na ampla maioria dos processos trabalhistas, pois o contrato de trabalho é um **contrato-realidade**, motivo pelo qual a prova testemunhal se sobrepõe à prova documental na Justiça Especializada. Compreender a dinâmica da prova digital é fundamental para produzi-la e para impugná-la, mas os atores jurídicos, em especial os advogados, não podem, jamais, olvidar de que **a oralidade está no DNA** do processo do trabalho, motivo pelo qual a prova digital jamais poderá substituir a prova oral na audiência trabalhista, servindo, antes, como instrumento de confirmação ou refutação de situações ocorridas nas relações de trabalho, que são de **trato sucessivo**.

Ademais, a legislação trabalhista **exige a documentação** de inúmeros fatos ocorridos na relação de emprego - recibos de pagamento, cartões de ponto; além disso, a juntada desses documentos nos autos do processo se torna um "dever" do empregador (Súmula n. 338 do Tribunal Superior do Trabalho, por exemplo), não sendo minimamente possível que a prova digital seja utilizada para substituir a **prova documental necessária** (recibos, cartões etc.). A prova digital não pode ser vista como a panaceia para todos os males, devendo a parte, inclusive, ao apresentar o requerimento de sua produção, apontar (i) **fato determinado** e (ii) **justificar** a necessidade da referida prova, indicando data ou, no mínimo, período específico, em conformidade com o art. 22, parágrafo único, da Lei n. 12.965/2014 - o Marco Civil da Internet no Brasil.

Com isso em mente, a prova digital poderá ser um mecanismo útil, quando produzida com respeito aos requisitos específicos, mas isso **não retira**, insista-se, a possibilidade de produção de prova oral a respeito dos fatos trabalhistas, diante do **princípio da primazia da realidade**, tão realçado pela boa doutrina. E tudo isso vai **influir decisivamente** inclusive na definição do ônus da prova, em matéria de provas digitais, mas não haverá tempo para tratar dessa importante correlação neste breve artigo.

6 CONCLUSÃO

O avanço descomunal das tecnologias, sobretudo das relacionadas à **informação** e à **comunicação**, tem provocado **mudanças radicais** na sociedade em geral e nas relações humanas (e jurídicas). Estamos “caminhando” a passos largos do mundo físico para o mundo virtual. Natural, portanto, que as provas dos atos e fatos jurídicos estejam cada vez mais “presentes” no **espaço-tempo digital**, surgindo a necessidade de se construir uma **teoria das provas digitais**.

Ocorre que ainda há poucos escritos específicos sobre a prova digital. Não obstante isso, na edificação dessa teoria não se pode simplesmente ignorar a **teoria geral da prova**, estudada há séculos, na qual se encontram inúmeros aportes que podem servir de **bússola** na investigação do que seria exatamente uma prova digital e de como ela deve ser produzida em juízo.

Talvez a prova digital nem se trate de um autêntico meio probatório, porque nessa temática importam muito mais as **fontes de prova**. Se o rito probatório continuar o mesmo, com a exigência das mesmas formalidades a respeito da produção da prova documental, o que vai sobressair são **as fontes** às quais se tem acesso pelos meios tecnológicos. Com efeito, há **duas vertentes** de análise quando se trata das provas digitais: 1ª) a relacionada aos fatos ou atos jurídicos **praticados** nos próprios meios digitais, tendo como **suporte** um meio digital - o que ousou chamar de prova digital **de primeiro grau**; 2ª) vertente na qual o fato ou ato jurídico foi praticado em meios “convencionais”, em suporte “físico”, mas pode ser **demonstrado** com a utilização dos meios digitais disponíveis - prova digital **de segundo grau**.

Ao que parece, os doutrinadores têm considerado a prova digital como uma prova **documental**, e esta seria, portanto, sua **natureza jurídica**. O **documento** é o suporte - físico ou eletrônico - no qual o fato e suas circunstâncias ficam registrados. E a **prova documental** é o resultado obtido no processo, seguindo-se o procedimento para a sua produção. Destarte, a distinção se dá apenas **em relação ao suporte** do qual a prova documental é extraída. Se de um **suporte físico**, haverá uma prova documental *stricto sensu*. Se de um **suporte digital (ou eletrônico)** - computador, *CD*, *HD*, internet -, haverá um documento eletrônico ou digital e, portanto, uma prova documental *lato sensu*.

Agora, para que a prova digital tenha a **mesma confiabilidade** da prova documental extraída de suporte físico (o documento em si), mister que ela ofereça a mesma segurança jurídica, que somente será proporcionada se observados os seus **três requisitos imprescindíveis**: (i) a **autenticidade** - não pode haver dúvidas sobre a autoria do fato digital, motivo pelo qual é a autenticidade que irá assegurar que o autor aparente

do fato é, incontestavelmente, seu autor real; (ii) a **integridade** - há de se assegurar a **inalterabilidade do conteúdo** da prova digital, porque esta somente será considerada íntegra quando se apresentar sem qualquer modificação ou adulteração em seu estado, desde o momento da prática do ato até a apresentação da prova em juízo, e (iii) a **preservação da cadeia de custódia** - há de se preservar a autenticidade e a integridade em **todo o histórico** de produção da prova digital, desde a sua identificação até a sua juntada aos autos do processo, devendo a parte fazer o possível para **identificar**: (i) datas e horários de acesso e extração da prova, bem como o lugar em que se isso ocorreu; (ii) se mais alguém teve acesso à prova, e (iii) se, na extração dos dados, houve alterações inevitáveis.

Enfim, se a prova digital é uma prova documental *lato sensu*, devem ser aplicadas à hipótese as **regras clássicas sobre ônus da prova**, disciplinadas para a juntada e a impugnação de documentos. De se observar, portanto, as diretrizes do **art. 429 do CPC**, que são o ponto de partida para a definição desse encargo de prova. Daí que a **primeira regra** sobre ônus probatório em matéria de provas digitais é esta: se a parte contra a qual se produziu uma prova digital não impugna sua assinatura ou autoria, **mas apenas o seu conteúdo**, é dela o ônus da prova. É dizer, se a parte alegar adulteração das informações contidas em qualquer prova digital, **dela será o encargo** de provar que, de fato, isso ocorreu. De outra mirada, se a parte contra quem se faz a juntada de uma prova digital **não reconhece** sua assinatura ou **nega a autoria** do fato digital, o ônus de provar a ocorrência desse fato - documentado digitalmente -, bem como de sua autoria, é de quem o alega, porque, nesse caso, terá havido uma **negativa absoluta**.

Uma última observação: as provas digitais **jamais eliminarão** a frequente necessidade de **produção de prova oral** na ampla maioria dos processos trabalhistas, pois o contrato de trabalho é um **contrato-realidade**. A prova digital poderá ser um mecanismo útil, quando produzida com respeito aos seus requisitos específicos, mas não se pode olvidar do **princípio da primazia da realidade**, velho conhecido dos juslaboralistas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **DOU**, Rio de Janeiro, 9 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **DOU**, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.

BRASIL. Medida Provisória n. 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. **DOU**, Brasília, 27 ago. 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/antigas_2001/2200-2.htm.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. V. I e II. Tradução de Paolo Capitanio (do original italiano). Anotações de Enrico Tullio Liebman. Campinas: Bookseller, 1998.

COLABORADORES da Wikipédia. Solicitação de proposta. **Wikipédia, A Enciclopédia Livre**, São Francisco, CA, 14 dez. 2021. Disponível em: https://en.wikipedia.org/wiki/Request_for_proposal. Acesso em: 19 jan. 2022.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Ônus de contestar e o efeito da revelia. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 11, n. 41, jan./mar. 1986.

METAVERSO: tudo sobre o mundo virtual que está chamando a atenção dos investidores. **InfoMoney**, São Paulo, 2022. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/guias/metaverso/>. Acesso em: 17 jan. 2022.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PASTORE, Guilherme de Siqueira. Considerações sobre a autenticidade e a integridade da prova digital. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, a. 21, n. 53, p. 63-79, jan./mar. 2020.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. **A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2001.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. V. 2. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **Manual das audiências trabalhistas: presencial, por videoconferência e telepresencial**. Salvador: JusPodivm, 2021.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **Questões relevantes do procedimento sumaríssimo: 100 perguntas e respostas**. São Paulo: LTr, 2000.

THAMAY, Rennan; TAMER, Mauricio. **Provas no direito digital: conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.