

A PROVA DIGITAL: UM BREVE ESTUDO SOBRE SEU CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA, REQUISITOS E REGRAS DE ÔNUS DA PROVA

DIGITAL EVIDENCE: A BRIEF STUDY ABOUT ITS CONCEPT, LEGAL NATURE, REQUIREMENTS AND RULES ON THE BURDEN OF PROOF

José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva*

RESUMO: É necessário construir uma *teoria das provas digitais*. Mister, portanto, definir com precisão (i) *o que é* uma prova digital; (ii) *qual a sua natureza jurídica*; (iii) *quais são seus requisitos* imprescindíveis; e (iv) *de quem será o ônus da prova* quando se tratar de prova digital. 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). Mas há de se exigir, com rigor, a verificação de seus requisitos – *autenticidade, integridade e preservação da cadeia de custódia*. Quanto ao *ônus da prova*, as regras clássicas do art. 429 do CPC são o *ponto de partida* para a sua definição.

PALAVRAS-CHAVE: Prova Digital. Conceito. Natureza Jurídica. Requisitos. Ônus da Prova.

ABSTRACT: *There is a pressing need to build a theory of digital evidence. It is essential, therefore, to precisely define (i) what is a digital evidence; (ii) what is its legal nature; (iii) what are its essential requirements; and (iv) upon whom should the burden of proof fall when it comes to digital evidence. If the digital evidence is, deep down, a documentary evidence, the distinction is only in relation to the support from which it is extracted (physical or digital support). However, the verification of its requirements – authenticity, integrity and preservation of the chain of custody – must be strictly required as for the burden of proof, the classic rules of the article 429 of the Brazilian Civil Procedure Code are the starting point for its definition.*

KEYWORDS: *Digital Evidence. 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

* 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), na 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. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0681875255841345>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7532-2766>. E-mail: jaribeiro10@hotmail.com.

posteriores. Essa é a *finalidade da prova*, referida expressamente na parte final do art. 369 do 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”. 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 não deixa margem a dúvidas de que as transformações são deveras abrangentes e numa 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 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 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.

Todo esse espaço-tempo virtual tem dado origem ao que se tem convenicionado denominar de *metadados*. 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) qual sua natureza jurídica; (iii) 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.

2 – Prova digital: do que se trata?

De saída, convém registrar que ainda há poucos escritos específicos sobre a prova digital, quando comparadas 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.

É preciso, portanto, saber o que é a *prova digital*, porque os meios de prova, aparentemente, permanecem os mesmos, mas as *fontes de prova* “se alteram e reclamam a elaboração de novos critérios para o seu adequado exame”. As fontes que se acessam por esses meios tecnológicos, “o traço verdadeiramente distintivo do que se chama de *prova digital*, ostenta peculiaridades” que merecem tratamento especial (PASTORE, 2020, p. 64).

Rennan Thamay e Mauricio Tamer (2020, p. 33), 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.”

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) envio de *e-mail* ou de mensagem por aplicativos de mensageria, como WhatsApp, Telegram e outros; (b) publicação de um vídeo na internet, no YouTube, por exemplo; (c) cópia de *software* ou da base de dados de um computador, etc.; e (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 instrumento 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 (THAMAY; TAMER, 2020, p. 32-33).

Proponho, para facilitar a compreensão da dicotomia, que na primeira vertente temos (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.

DOCTRINA

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

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

(i) alguém realiza postagem “inverídica, desatualizada ou desonrosa” em relação à determinada pessoa em mídia social (Facebook, Instagram, Twitter e outros), ou pratica esse ato “por meio de vídeo disponibilizado no YouTube” – nesses casos, 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 CC/02; Súmula nº 227 do STJ) pode buscar em juízo uma *indenização compensatória do dano moral* sofrido em razão daquele ato ilícito (arts. 186 e 927 do CC);

(ii) alguém cria *sites*, utilizando-se das “marcas de outras organizações sem a autorização destas, 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 nº 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;

(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 nº 9.610/98);

(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”.

Na *seara 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 *justa causa* para o despedimento do empregado, não somente pela quebra de confiança, mas por

haver previsão expressa na CLT a esse respeito: constitui figura de justa causa a “violação de segredo da empresa” (alínea “g” do art. 482);

(ii) um empregado, “responsável pela condução de uma RFP – *Request for Proposal*” –, que, *numa licitação*, “negocie vantagens a determinado concorrente por *e-mail* ou celular corporativo”; 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”;

(iii) ato de empregado que, em grupo de WhatsApp 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 *em mídias sociais*, como Facebook, Instagram, Twitter e outras; em todos esses casos teremos ilícitos praticados em *suporte digital*; 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”;

(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, aqui, o que se tem é uma *prova digital de segundo grau*, porque os fatos – viagens, festas, jogos – ocorreram em ambiente “físico”, não nas plataformas digitais; *apenas as provas* dos fatos que revelam a mentira do empregado 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 a 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”.

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”; 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 em que o próprio fato ilícito foi cometido por intermédio de aplicativo de mensageria instantânea (WhatsApp, Telegram e outros); aqui, a *prova é digital* por excelência;

(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 em que 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 CF/88); 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 nº 1 da OIT, de 1919), consagrado como *direito fundamental* na Constituição brasileira (art. 7º, incisos XIII e XIV, da CF/88); 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;

(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; essas mensagens abusivas, 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 nos vários casos em que 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, pelo 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.

3 – A natureza jurídica das provas digitais

As provas digitais foram muito propagadas desde 2020, por conta da Pandemia da 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 parágrafos, 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 a considerar como um *novo* meio de prova. Seria, assim, a prova digital um *meio atípico de prova*.

Contudo, 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, 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” (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 (*apud* THAMAY; TAMER, 2020, p. 112-113).

DOCTRINA

De se acrescentar que o § 3º do art. 422 do CPC determina a aplicação do “disposto neste artigo à forma impressa de mensagem eletrônica”. De modo que, embora não se trate de documentos em sentido estrito, as *fotografias*, em especial as digitais, os *vídeos* e os *áudios*, sobretudo quando publicados na *internet*, 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, podendo se tratar de fotografia digital, áudios, vídeos e tantos outros formatos, haverá, aí, um documento digital e, portanto, uma prova documental *lato sensu*.

Há até quem faça distinção entre documentos *eletrônicos* e documentos *digitais* (NERY Jr.; 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 nº 11.419/06, 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 de 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 QR Code”; (iii) as mensagens enviadas e recebidas por qualquer aplicativo de mensageria, como WhatsApp, Telegram e outros; (iv) os *e-mails* ou correios eletrônicos; (v) os áudios em MP3 ou outro recurso tecnológico, gravados até mesmo em aparelho celular, etc.

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).

Por todo o exposto neste tópico, percebe-se que a doutrina tem mesmo considerado a prova digital como uma *prova documental*, que compreende os documentos eletrônicos e outras situações muito específicas.

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, o subscreve (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”.

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” (*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).

“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” (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*: (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.

“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.” (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” (THAMAY; TAMER, 2020, p. 40).

DOCTRINA

Daí que, *negada a autoria* do fato digital e pairando séria dúvida sobre quem realmente o praticou, 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 *ICP-Brasil – Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira* –, criada pela MP nº 2.200/01, 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 nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil.”

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. (...)”

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.” (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, nos órgãos públicos e em empresas de grande porte. Daí a presença constante de *outros métodos de autenticação*, até porque a própria MP nº 2.200/01 isso permitiu, no § 2º de seu art. 10.

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”. *Inserido o código*, a empresa que fornece os serviços identifica com segurança que “o usuário de um determinado sistema é o titular da linha ou o detentor do endereço de *e-mail*”. 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 numa mídia social, pois há inúmeros casos de criação de perfil falso ou *fake*; b) pode ser que alguém se utilize do *e-mail* (corporativo) de determinada pessoa, e, no computador da empresa, envie mensagem a “algum agente público prometendo determinada vantagem ilícita” (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 *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. 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”. 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).

Agora, além dos documentos digitais em sentido estrito, existe o *extrato digital de banco de dados*, previsto no art. 11, § 1º, da Lei nº 11.419/06, 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). 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; (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. 72-74).

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)

DOCTRINA

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

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.” (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 *printscreen* 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 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; (v) em que lugar se deu o acesso e a extração

das informações; (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.

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. 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). Assim, a consequência para a parte que não se desincumbe de seu ônus 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 do atual art. 818 da CLT, que deixou de enunciar um princípio geral 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 (PAULA, 2001, p. 104-105) que, dentre as tantas teorias criadas para a repartição do ônus da prova entre as partes, merece destaque a teoria desenvolvida por Chiovenda, por ter sido a adotada no direito processual brasileiro (art. 333 do CPC/73; 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 a *natureza jurídica* dos fatos controvertidos, 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 não é contestado, pois o que se contesta são os seus *efeitos jurídicos*. *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 (SILVA, 2021, p. 281-283).

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) 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”; b) ou, “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*”.

No mesmo sentido, Moacyr Amaral Santos (1990, p. 447), para quem a distribuição do ônus da prova pode ser sintetizada em *duas regras*:

1^a) 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;

2^a) 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. 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.

DOCTRINA

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 *fato digital* alegado nos autos do processo.

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 o 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”.

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. A parte poderá alegar, ainda, 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), 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 de que 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 numa 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* a necessidade de *produção de prova oral* na ampla maioria dos processos trabalhistas, pois o contrato de trabalho é um *contrato-realidade*, razão pela qual a prova testemunhal se sobrepõe à prova documental na Justiça especializada. Compreender a dinâmica da prova digital é fundamental para se produzi-la e para impugná-la, mas os atores jurídicos, em especial os advogados, não podem olvidar-se 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 da relação de emprego – recibos de pagamento, cartões de ponto –, além do que a juntada desses documentos nos autos do processo se torna um “dever” do empregador (Súmula nº 338 do TST, 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 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 nº 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* até mesmo 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 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*.

Na edificação dessa teoria, não se pode simplesmente ignorar a *teoria geral da prova*, estudada há séculos, na qual se podem encontrar 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: 1^a) 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*; 2^a) 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*.

DOCTRINA

Os doutrinadores têm considerado a prova digital como uma prova *documental* e esta é, 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, 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; 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; (iii) e 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. Com efeito, são duas regras básicas a serem observadas: (i) 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; (ii) 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 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

DOCTRINA

requisitos específicos, mas não se pode olvidar do *princípio da primazia da realidade*, velho conhecido dos juslaboralistas.

7 – Referências bibliográficas

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 2.

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

NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

PASTORE, Guilherme de Siqueira. Considerações sobre a autenticidade e a integridade da prova digital. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 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*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 2 v.

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

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

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

Recebido em: 30/03/2022

Aprovado em: 31/05/2022