

DOCUMENTO ELECTRÓNICO COMO MEIO DE PROVA, EM ESPANHA E EM PORTUGAL

Diovana Barbieri¹³

Facultad de Derecho - Universidad de Salamanca

Francisco A C P Andrade

Escola de Direito - Universidade do Minho

SUMARIO: I – Introdução, II – Admissibilidade do documento electrónico como meio de prova. III – Valor do documento electrónico como meio de prova. IV – Conclusões.

I. Introdução

Em um contexto de contratação e envio de informações por meios electrónicos, onde se verifica a necessidade de que o ambiente informático apresente segurança, confiabilidade e sobretudo concretude, o documento electrónico assume posição central e tem sido chamado não só a participar de uma realidade, como também a fazer prova dela. Nesta medida há que se considerar a problemática relativa aos documentos electrónicos propriamente ditos¹⁴ e ao seu valor probatório. Necessariamente a questão será, afinal, a de saber qual o valor de prova dos documentos informáticos “desmaterializados”.¹⁵ Poderão tais documentos ser

¹³ O trabalho de investigação da Mestre Diovana Barbieri é suportado por Bolsa de Investigação no âmbito do QREN – POPH – Tipologia 4.1 – Formação Avançada, participado pelo Fundo Social Europeu e por fundos nacionais do MCTES.

¹⁴ - Miguel Pupo Correia, “Assinatura electrónica e certificação digital”, in “Direito da Sociedade da Informação”, vol. VI, Coimbra Editora, 2006, pág. 286, seguindo Giannantonio, estabelece a seguinte distinção: “documentos electrónicos em sentido estrito, que são memorizados em forma digital em memórias magnéticas ou ópticas e são destinados apenas a ser lidos pelo computador, pelo que não podem ser lidos ou apercebidos directamente pelo homem; e documentos electrónicos em sentido amplo, ou simplesmente documentos informáticos, que são todos os gerados através dos equipamentos periféricos do computador – impressora, “plotter”, etc. – de modo a serem lidos ou interpretados pelo homem”. No entanto, parece-nos que, no caso de documento gerado em papel através de impressora, estaremos perante uma cópia de documento electrónico em diferente tipo de suporte e não perante um verdadeiro documento electrónico.

¹⁵ - por documentos informáticos entenda-se “documentos emitidos por computador que reproduzem dados registados na sua memória, não assinados nem subscritos por um real ou pretense autor de uma declaração”, cfr. Armindo Ribeiro Mendes “Valor probatório dos documentos emitidos por computador”, in “Colóquio Informática e Tribunais”, Gabinete de Documentação e Direito Comparado, Lisboa. 1991, pág. 517. No entanto, parece-nos que se a primeira parte da presente definição - documentos emitidos por computador que reproduzem dados registados na sua memória – representa perfeitamente aquilo que é um documento informático, já a parte final da definição nos parece menos evidente, pelo menos se aceitarmos, como muitos autores hoje já aceitam e a própria lei reconhece, que os documentos informáticos podem ser “assinados” através do recurso às chamadas “assinaturas digitais”. E menos dúvidas nos suscitará ainda o caso de documentos informáticos assinados através do recurso ao método da assinatura dinâmica. A questão deve, no entanto, considerar-se hoje ultrapassada em Portugal e em Espanha.

admitidos como prova em Juízo e, se tal for possível, qual será exactamente o seu valor como meio de prova?

E, neste momento, se pergunta até que ponto pode um arquivo digital garantir que os fatos ocorreram do modo afirmado, tendo-se em vista a facilidade de adulteração de dados contidos nesta modalidade de suporte. Esta dúvida constitui o tema deste estudo, elaborado em uma fase em que a sociedade busca praticidade, agilidade e economia, sem, no entanto, abdicar de segurança e fiabilidade nos meios utilizados para alcançá-las.

A análise inicia-se com a equiparação do documento electrónico ao documento tradicional, seguindo pela admissibilidade do suporte digital como prova e encerrando com a valoração deste meio de demonstração dos fatos. Para tanto, o trabalho será dividido em duas partes: uma tratando da admissibilidade do documento electrónico e outra da sua valoração, levando-se em conta que são questões eminentemente distintas¹⁶. Ao final, serão apresentadas as conclusões obtidas com o trabalho.

II. Admissibilidade do Documento Eletrônico como Meio de Prova

Quando teve início a propagação das novas tecnologias, a dúvida em torno à admissibilidade dos documentos electrónicos como meio de prova residia principalmente na discussão sobre o enquadramento dos documentos electrónicos na teoria geral dos documentos. A questão que se buscava compreender era se o documento redigido em suporte informático poderia ser equiparado ao documento tradicionalmente concebido. Após vasta discussão doutrinária e jurisprudencial, a divergência foi praticamente superada no sentido de equiparar o documento em formato digital ao documento em papel¹⁷.

Na Espanha, a matéria foi enfrentada primeiramente sob a égide da Lei de Processo civil de 1881. Neste período os juristas se dividiam entre os que defendiam a Teoria da Representação, por meio da qual os documentos electrónicos estariam compreendidos na classificação genérica de documentos, e entre os que optavam pela Teoria do Escrito, que admitia por documento somente os escritos contidos em suporte de papel¹⁸. Para acompanhar a tendência, admitir os novos meios de prova e superar a falta de disposição legislativa específica, juristas e magistrados utilizavam-se dos métodos da integração e da interpretação. Assim, ora optavam por equiparar o suporte informático ao documento normal, ora aceitavam-no por meio do reconhecimento judicial ou ainda utilizavam-se de outras normas, sobretudo em matéria administrativa,

¹⁶ - MEORO, Mario E. Clemente. Responsabilidad civil y contratos en internet. Granada: Comares, 2003, p.181.

¹⁷ - Neste sentido, *vide* TRASSIERRA, Antonio Jose Vilches. Aproximación a la sociedad de la información: firma, comercio y banca electrónica. Madrid: Centro de estudios registrales, 2002, p. 70; CRESPO, Carolia Sanches. La prueba por soportes informáticos. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p.47 a 74; GONZALEZ, Eugenio Alberto Gaete. Instrumento público electrónico. Barcelona: Bosch, 2002, p. 196 e MORENO, Rosio de Rossella. El comercio electrónico y la protección de los consumidores. Barcelona: Cedecs, 2001, p. 39.

¹⁸ - OLAVE, Ruperto Pinochet. Contratos electrónicos y defensa del consumidor. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 32.

tributária ou de segurança social¹⁹. Em 1999, com a entrada em vigor do Real Decreto-Ley nº14/99, de 17 de Setembro, antes mesmo de ser publicada a Directiva comunitária sobre assinatura digital, o tema tornou-se quase pacífico pois houve a equiparação da firma avançada, baseada em um certificado reconhecido, com a firma manuscrita e a concessão de efeitos probatórios ao documento firmado digitalmente, assemelhando ainda mais o documento electrónico ao documento clássico.

Posteriormente, a nova Lei de Processo Civil de 2000, consagrou em seu texto o posicionamento adoptado pelas Cortes e pela doutrina espanhola. Em seu artigo 299, nº2, depois de uma lista exemplificativa de meios de prova, no nº 1, que inclui a) o interrogatório das partes, b) os documentos públicos, c) os documentos privados, d) os laudos periciais e) o reconhecimento judicial e f) o interrogatório de testemunhas, fez constar, no nº2, a permissão de “ (...) outros meios de reprodução da palavra, que não o escrito, como o som, a imagem e instrumentos de conhecer e arquivar dados (...)”, dentre os quais se pode situar perfeitamente o documento informático. Ademais, nesse mesmo artigo, em seu nº 3, a lei estabelece que o rol dos meios de prova constantes no nº 1 não é taxativo²⁰, pelo que outros meios não expressamente previstos podem ser também admitidos para obter certeza sobre fatos relevantes²¹. Por fim, com a alteração da Lei de Processo Civil pela lei nº 41/2007, de 7 de Dezembro, os artigos 268, nº 1 e 326, nº 3 passaram a fazer referência à admissibilidade dos documentos electrónicos como meio de prova, preceituando, respectivamente, que “(...) Estes documentos poderão ser também apresentados mediante imagens digitalizadas, incorporadas a anexos firmado electronicamente (...)” e “ (...) Quando a parte a quem interesse a eficácia de um documento electrónico o peça ou se impugne sua autenticidade se procederá conforme o estabelecido no artigo 3 da Ley de Firma Electrónica”. Vale dizer, que em respeito a Lei de Processo Civil, não há dúvidas quanto a possibilidade de apresentação de conteúdos em suportes informáticos como matéria de prova em juízo.

Na sequência das intervenções legislativas que abordaram a validade e eficácia dos documentos electrónicos, a Lei nº 34/2002, de 11 de Julho, de Serviços da Sociedade da Informação e do Comércio Electrónico, alterada pela Lei nº 56/2007, de 28 de Dezembro, de Medidas de Impulso da Sociedade da Informação, corroborou com a aceitação dos documentos informáticos como meio de prova, ao preceituar, em seu artigo 24, que os contratos e obrigações assumidos por via electrónica serão provados de acordo com as regras gerais do ordenamento jurídico, bem como em conformidade com a legislação sobre firma digital, caso estejam firmados electronicamente. Da

¹⁹ - Para uma enumeração das leis aplicáveis, *vide* VIESCA, Maria Isabel Huerta; VILLA, Rodriguez Ruiz de. Los prestadores de servicios de certificación en la contratación electrónica. Navarra: Aranzadi, 2001, p.24.

²⁰ - VIESCA, Maria Isabel Huerta; VILLA, Rodriguez Ruiz de. *Op. Cit.*, p. 42.

²¹ - Em que pese a inovação acertada, a lei de processo deixou de fazer menção expressa a equiparação do documento electrónico ao documento escrito, ponto enfocado no início deste trabalho como origem das discussões a respeito do tema. Assim o fazendo, acabou por gerar outra controvérsia, não no sentido da admissibilidade do documento como prova, mas no sentido de saber em que termos o documento electrónico deve ser admitido no processo. Deve ser admitido como documento, deve ser admitido como um dos meios enumerados no nº 2 do artigo 299, ou deve ser admitido como um meio alheio ao rol constante da lei? A questão excede ao meramente teórico para influenciar directamente na valoração que se será dada a prova. Se for admitida como prova documental, será analisada como prova taxada, caso contrário, será apreciada livremente pelo magistrado.

mesma maneira, a Lei nº 59/2003, de 19 de Dezembro, de Firma electrónica²², alterada pela Lei nº 56/2007, de 28 de Dezembro, de Medidas de Impulso da Sociedade da Informação, reforçou a admissibilidade em juízo dos documentos armazenados em suporte digital, ao equiparar, em seu artigo 3, nº 4, a firma electrónica reconhecida com a firma manuscrita, bem como ao estabelecer, no mesmo artigo 3, nº 7, que os documentos electrónicos, públicos ou privados, terão o valor e a eficácia jurídica que corresponda a sua respectiva natureza, de acordo com a legislação aplicável.

Diante do exposto, os documentos electrónicos são plenamente admitidos como meio de prova no ordenamento jurídico espanhol, seja por serem considerados documentos, seja por serem considerados instrumentos para conhecer e arquivar dados. ou ainda por serem considerados um meio de prova alheio àqueles enumerados no artigo 299, nº1. Felizmente foi neste sentido a evolução prática e legislativa do tema. Consegue-se perceber a preocupação com a fragilidade dos documentos electrónicos em geral, sobretudo pela facilidade na adulteração dos dados, no entanto, além do argumento de que a falsificação poder ocorrer em qualquer outro tipo de suporte, um eventual afastamento desse meio de prova poderia culminar em infracção ao princípio constitucional da ampla defesa. A advertência quanto à fragilidade do suporte digital justifica, indubitavelmente, uma valoração distinta entre os meios de prova apresentados, levando-se em conta a credibilidade, segurança e autenticidade do documento, todavia não fundamenta um alegado impedimento de que o documento electrónico seja trasladado aos autos.

No que respeita ao ordenamento jurídico português, quanto à questão de saber se um documento electrónico pode ou não ser tido como documento escrito²³, o Regime Jurídico do Documento Electrónico e da Assinatura Electrónica (RJDEAE) em Portugal²⁴ é hoje claro. O seu art. 3º nº 1 expressamente prevê que o documento electrónico « satisfaz o requisito legal de forma escrita quando o seu conteúdo seja susceptível de representação como declaração escrita »²⁵. E o facto de um documento electrónico, existente em formato digital, conter um texto²⁶ e ser susceptível de impressão em formato papel²⁷, esclarece-nos desde logo relativamente à sua

²² - Que substituiu o anterior Real Decreto-ley nº 14/99, de 17 de Setembro.

²³ - "Constitui escrito qualquer conjunto de sinais (arábicos, numéricos, estenográficos, criptográficos, ideográficos, etc.) expressos numa determinada linguagem, na qual represente um significado compreensível", Miguel Pupo Correia, "Assinatura electrónica e certificação digital", citado, pág. 287.

²⁴ - aprovado pelo Decreto-Lei nº 290-D/99 de 2 de Agosto e posteriormente alterado pelos Decretos-Lei nºs 62/2003 de 3 de Abril e 88/2009 de 9 de Abril

²⁵ - estarão assim ultrapassadas algumas das reticências que Miguel Teixeira de Sousa apontava quanto à possibilidade de uso da documentação electrónica em substituição da forma escrita. Cfr. Miguel Teixeira de Sousa "O Valor Probatório dos Documentos Electrónicos", in "Direito da Sociedade da Informação", vol. II, Coimbra Editora, 2001, pág. 183.

²⁶ - Cfr. Miguel Teixeira de Sousa, op. citada, págs. 188/189: ".Verificado que os documentos electrónicos que contêm um texto se podem integrar nos documentos escritos, há ainda que acrescentar que aqueles documentos – como, aliás, quaisquer documentos escritos – podem ser (ou podem vir a ser no futuro) declarativos, informativos e constitutivos: - o documento declarativo é aquele que contém uma declaração de vontade ou de ciência de quem o elabora; - o documento informativo é aquele que regista um facto distinto de uma declaração do emitente (como é o caso, por exemplo, das certidões passadas com base em registos públicos); - o documento constitutivo é aquele que é um elemento de constituição de uma certa realidade (como acontece, por exemplo, com os títulos de crédito)".

²⁷ - estamos obviamente a falar, aqui, de documentos electrónicos escritos, não de documentos gráficos, os que são exteriorizados por meios gráficos, diversos da escrita (desenho, pintura, carta

susceptibilidade de representação como declaração escrita²⁸. No entanto, alguma confusão que terá sido introduzida no ordenamento jurídico português com a aprovação do DL nº 7/2004 de 7 de Janeiro e que estabelece o quadro jurídico que regulamenta o comércio electrónico em Portugal. É que, neste diploma legislativo, surge uma norma algo polémica, a do nº 1 do art. 26º, no qual se refere que "As declarações emitidas por via electrónica satisfazem a exigência legal de forma escrita quando contidas em suporte que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação". A respeito desta norma, uma série de questões ficam no ar: terá havido intenção do legislador de revogar a norma do nº 1 do art. 3º do RJDEAE? Ou apenas de acrescentar a essa norma a necessidade de um requisito adicional, qual seja o de existência de um "suporte" que ofereça determinadas garantias? Como compatibilizar as duas normas? Parece-nos que a intenção do legislador, ao aprovar o art. 26º do DL nº 7/2004 terá sido a de dar um primeiro passo num sentido que nos parece correcto, o de privilegiar os documentos electrónicos consubstanciados em suportes fiáveis. Mas fê-lo, em nosso entender, de modo totalmente desastrado. Uma coisa é a exigência legal de forma escrita, outra o valor probatório de um documento. Relativamente à exigência de forma escrita, parece-nos que o nº 1 do art. 3º do RJDEAE é suficientemente claro e adequado às necessidades do comércio electrónico para que não fosse necessária a introdução de nova norma sobre esta matéria. Já quanto ao valor probatório dos documentos electrónicos, aí sim, pensamos que se poderia ter ido mais longe no sentido de privilegiar as melhores técnicas disponíveis, sobretudo em termos de fidedignidade e de conservação.

De todo o modo, o teor do nº 1 do art. 26º do DL nº 7/2004 aparece-nos como totalmente incompreensível e até desajustado do espírito global do actual ordenamento jurídico português, no que se refere à utilização de documentos electrónicos. Pelo que, ainda que tenhamos que considerar esta norma, parece evidente que a mesma não vem, de modo algum, revogar o nº 1 do art. 3º do RJDEAE; quando muito, virá (no que temos algumas dúvidas) impor condições mais apertadas para a consideração das declarações emitidas por via electrónica como emitidas em forma escrita.

III. Valoração do Documento Eletrónico como Prova

Questão distinta da admissibilidade do documento electrónico como meio de prova é a que se prende com o real valor probatório do documento electrónico²⁹.

No ordenamento jurídico espanhol existem dois sistemas de valoração da prova. O primeiro é o sistema de prova taxada, através do qual a própria lei estabelece os parâmetros de análise do material probatório, como a forma de proposição, os requisitos de admissibilidade, os critérios que o magistrado deve observar e os conceitos de prova pertinente, útil e ilícita. Exemplo disto são os artigos 319 a 323

topográfica)", Joel Timóteo Ramos Pereira, "Direito da Internet e do Comércio Electrónico", Quid Iuris, Lisboa 2001, pág. 61.

²⁸ - idem, pág. 62, "...desde que o computador esteja conectado a qualquer dispositivo de output (impressora, plotter, fax, etc.), é sempre susceptível de representação escrita".

²⁹ - "В связи с оценкой доказательственной силы электронных документов доказательства наиболее острым являются вопросы идентификации и установления подлинности документа", ("Em relação à força probatória dos documentos electrónicos, as questões mais importantes são as da identificação e do estabelecimento da autenticidade do documento"), Vershinin "Электронный документ: правовая форма и доказательство в суде" Городец, Москва, 2000, pág. 124.

(Documentos públicos) e 326 (Documentos privados) da Lei de processo civil e 1216 a 1230, do Código Civil (Documentos públicos). O segundo sistema é o de convencimento livre, por meio do qual o julgador não se encontra vinculado a um critério legal de valoração probatória, estando adstrito apenas a lógica, a razão e aos postulados da “sana critica”. Exemplo disto são os artigos 348 (Laudo pericial) e 376 (Declaração de testemunhas) da Lei de processo civil³⁰.

Relativamente ao tema em estudo, tem importância a valoração da prova documental e da prova produzida por instrumentos de reprodução da palavra, sons, imagens ou instrumentos de conhecer e arquivar dados, visto serem estes os dois modos como o documento electrónico pode ser admitido no processo. Consoante apontado no item anterior, a falta de determinação expressa pela lei processual, gerou dúvida com relação a forma de admissibilidade, uma vez que o sistema de valoração da prova documental é o sistema da prova taxada, enquanto o da prova por instrumentos de processar e armazenar dados é o sistema da livre apreciação, de acordo com o artigo 384, nº 2. A maioria dos autores critica a opção da Lei de Processo Civil, ao criar uma forma autónoma de prova sem esclarecer expressamente qual a aproximação dos conceitos mencionados no artigo 299, nº 3, ao documento electrónico. Alberto M. Redondo afirma que a lei processual deveria ter outorgado aos meios de reprodução de imagens e sons, natureza de fonte de prova documental argumentando, em primeiro lugar, que não parece haver dúvida quanto a esta sua natureza e, em segundo, que a prova documental dispõe de uma regulamentação mais consolidada e pormenorizada, o que teria evitado as possíveis lacunas e insegurança em relação a uma prova autónoma sem precedentes³¹. Rosa J. Barcelo defende que a lei deveria ter adoptado um conceito aberto de documento, para englobar os documentos electrónicos, sem criar uma diversidade em relação aos critérios de valoração da prova³². Se ao criticar a construção legislativa os autores estão em consenso, o mesmo não ocorre quando se posicionam a respeito do meio em que o documento electrónico deve ser admitido, optando entre a via da prova documental e a via autónoma criada pela Lei de Processo Civil. Carolina S. Crespo opta pelo caminho da prova documental, justificando que o documento electrónico tem total equivalência com o documento tradicional, de forma que seria uma penalização conceder a prova livre a utilização dos avanços informáticos, premiando com a prova legal a utilização dos meios tradicionais³³. Rosa J. Barcelo também defende a admissibilidade pela prova documental, fundamentando que se existe equiparação legal da firma digital à manuscrita, não se pode negar efeito ao suporte electrónico como documento³⁴. Ruberto P. Olave comentando o Real Decreto-Lei, uma vez que ainda não estava em vigor a Lei nº 59/2003, de 19 de Dezembro, afirma que a lei específica deve prevalecer sobre a geral, de modo que se a lei de firma electrónica diz que a assinatura electrónica é igual a manual, o documento electrónico será idêntico ao normal e deve ser admitido como documento privado. Ressalta que somente será assim se a firma digital cumprir com todos os requisitos exigidos pela regulamentação específica sobre a

³⁰ - SPIEGELBERG, Jose Luis Seone. La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, 1ª ed. Cizur Menor: Aranzadi, p. 45.

³¹ - REDONDO, Alberto Monton. Medios de reproducción de la imagen y el sonido. In: AROCA, Juan Montero (dir.). Cuadernos de Derecho Judicial, nº 7, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, p.180.

³² - BARCELO, Rosa Julia. Comercio electrónico entre empresarios. La formación y prueba del contrato electrónico (EDI). Valencia: Tirant lo blanch, 2000, p. 218.

³³ - CRESPO, Carolina Sanches. *Op. Cit.*, p. 54.

³⁴ - BARCELO, Rosa Julia. *Op. Cit.*, p. 218.

firma electrónica. Em caso contrário, prevalecerá a Lei de Processo Civil, que determina que as novas tecnologias são meios de prova autónomos, que devem ser admitidas pelo artigo 299, nº 3 e valoradas de acordo com a “sana crítica”³⁵. Lluís M. Sabate discorda deste posicionamento ao entender que os instrumentos electrónicos não são documentos, de forma que devem ser analisados consoante a “sana crítica” e não conforme a valoração taxada³⁶.

Em análise à Lei de Processo Civil, em seu artigo 326, nº3 e à Lei sobre os Serviços da Sociedade da Informação nº 34/2002, de 11 de Júlio, alterada pela Lei nº 56/2007, de 28 de Dezembro, verifica-se que haverá uma remissão à Lei da assinatura digital quando “(...) a parte a quem interesse a eficácia e validade do documento electrónico o peça ou se impugne a sua autenticidade (...)” e quando “(...) os contratos celebrados por via electrónica estejam firmados electronicamente.”

De facto, em matéria de documento electrónico, a Lei nº 59/2003, de 19 de Dezembro, alterada pela Lei nº 56/2007, de 28 de Dezembro, parece trazer esclarecimentos significativos. Em primeiro lugar define documento electrónico, em seu artigo 3º, nº 5 como: “(...) a informação de qualquer natureza em forma electrónica, arquivada em um suporte electrónico segundo um formato determinado e susceptível de identificação e tratamento diferenciado (...). Em segundo, preceitua que poderá ser suporte de documento público ou privado (nº 6), consoante seja firmado electronicamente por funcionários a quem tenha sido legalmente atribuída a competência para conferir fé pública. Em terceiro, diferencia os documentos electrónicos, entre os que não tenham sido firmados, os que tenham sido assinados com firma simples (nº1), os assinados com assinatura avançada (nº2) e os que tenham sido firmados com firma electrónica reconhecida (nº3). Por fim, equipara a firma electrónica à firma manual (nº4) determinando que “(...) a firma electrónica reconhecida, com relação aos dados consignados, terá o mesmo valor que a firma manuscrita, relativamente aos elementos apostos no papel.”

No que se refere à valoração da prova, o artigo 3º, nº 8 preceitua expressamente que “O suporte onde constem dados firmados electronicamente será admitido como prova documental em juízo (...)”.

Em vista disto, verifica-se que a lei é expressa ao admitir como prova documental o suporte onde existam dados assinados electronicamente, mas genérica ao não referir em concreto nenhuma das formas possíveis de assinatura. Note-se que não se deve confundir a exigência legal de assinatura reconhecida, para a equiparação com a firma manuscrita, com a exigência de que o conteúdo esteja firmado electronicamente para o seu reconhecimento como prova em juízo.

Significa dizer, que os documentos electrónicos firmados electronicamente, independentemente da espécie de assinatura utilizada, devem ser admitidos no processo como prova documental e, conseqüentemente, receber a valoração inerente a sua natureza, pública ou privada. Quanto aos demais, devem ser reconhecidos como

³⁵ - OLAVE, Ruperto Pinochet. *Op. Cit.*, p. 37.

³⁶ - SABATE, Lluís Munoz. *Fundamentos de prueba judicial civil*. L.E.C 1/2000. Barcelona: J.M.Bosch Editor, 2001, p.326.

instrumentos de conhecer e arquivar dados e, desta forma, ser valorados nos termos dos artigos 299.2 e 384 da Lei de Processo Civil, de acordo com a “sana critica”.

Restringindo o estudo aos documentos assinados electronicamente, passíveis de reconhecimento como prova documental, a lei estabelece dois regimes diferenciados, conforme esteja em causa uma assinatura avançada ou uma firma reconhecida. Preceitua o artigo 3º, nº 8 que se houver impugnação da autenticidade de uma firma electrónica avançada, aplicar-se-á o artigo 326, nº 2 da Lei de Processo Civil, que estabelece que: “Quando se impugnar a autenticidade de um documento privado, quem o tiver apresentado poderá pedir uma perícia ou propor qualquer outro meio de prova útil para o efeito”.

Caso contrário, se houver a impugnação da autenticidade de uma firma electrónica reconhecida, se procederá a comprovar que se trata de uma firma electrónica avançada, baseada em um certificado reconhecido, que cumpre todos os requisitos para este tipo de certificado, bem como que a firma foi gerada mediante um dispositivo seguro de criação de firma electrónica. O ónus da prova recairá sobre o sujeito que apresentou o documento. Se tiver êxito na dita comprovação, presumir-se-á a autenticidade da firma electrónica.

Questão interessante se coloca a respeito dos documentos electrónicos firmados com assinatura electrónica simples. Por um lado, analisando literalmente o artigo 3º, nº 8, na parte em que refere que “O suporte onde constem dados firmados electronicamente será admitido como prova documental em juízo”, pode-se depreender que a firma simples também é uma forma de assinatura electrónica admitida pela lei, de modo que o documento electrónico com esta espécie de firma, também será admitido como prova documental. Por outro lado, a lei não faz remissão expressa à Lei de Processo Civil, na parte que regulamenta os documentos privados, como faz com relação à firma avançada, bem como não apresenta nenhuma regra concreta de impugnação, como faz relativamente à assinatura reconhecida.

Nesta medida, se pergunta se a intenção do legislador foi a de considerá-los também documentos privados ou se, em realidade, a omissão legislativa equivale ao seu enquadramento como instrumentos de conhecer e arquivar dados, regulados pelos artigos 299.2 e 384 da Lei de Processo Civil. Luís Mª Miranda Serrano, defende que apesar de receberem a consideração legal de documento, de acordo com o artigo 3º, nº5 da Lei de firma electrónica, sua eficácia probatória é a que resulta dos artigos 299, nº2 e 384 da Lei de Processo Civil³⁷, ou seja, será valorado de acordo com o livre convencimento do juiz. Em que pese referida posição, a questão não é pacífica na doutrina espanhola³⁸. O que vale é que, ainda que não se considere como prova documental, garante o artigo 3º, nº 9 que “Não se negarão efeitos jurídicos a uma firma

³⁷ - PAGADOR LOPEZ. Luís Mª Miranda Serrano. La formación y ejecución del contrato electrónico: aproximación a una realidad comercial emergente. Estudios sobre Consumo, nº 85. Universidad de Córdoba, 2008, p. 86.

³⁸ - MIRA ROS, Corazón de Maria. La prueba documental electrónica: algunas concesiones a la seguridad preventiva. Em <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/sp6mir.pdf>., Acesso em 09 de Outubro de 2010 e MARTÍN MARTÍN, Gervásio. El documento electrónico en la Administración de la Justicia. Em http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/secretarios_judiciales/SECJUD65.pdf. Acesso em 09 de Outubro de 2010.

electrónica que não reúna os requisitos de assinatura reconhecida com relação aos dados aos que esteja associada pelo mero fato de se apresentar em forma electrónica”.

Uma última consideração deve ser feita, a respeito da utilização da firma electrónica. Determina o artigo 3º, nº 10 que quando uma assinatura electrónica for utilizada por livre convenção das partes, esta determinação voluntária será levada em conta no momento da apreciação da prova. Isto significa que os sujeitos estão livres para fixar o meio em que se irão relacionar e assim o fazendo, estarão à partida aceitando que referido instrumento seja considerado como prova em uma eventual lide posterior.

Relativamente ao ordenamento jurídico português, teremos que começar por considerar os meios de prova que são expressamente admitidos pela Lei civil portuguesa: presunções (art. 349º do Código Civil), confissão (art. 352º do C.Civil), prova documental (artigos 362º - 387º do C.Civil), prova pericial (art. 388º do C. Civil)³⁹, prova por inspecção (art. 390º do C. Civil), e prova testemunhal (art. 392º do C. Civil)⁴⁰. Claro que a prova testemunhal é sempre admitida, em todos os casos em que não seja afastada pela Lei (arts. 392º e 393º do C. Civil). Mas este meio de prova é, nos termos do art. 396º do Código Civil, livremente apreciado pelo Tribunal e só relevará desde que as testemunhas consigam convencer o Juiz acerca da existência – ou veracidade – dos factos. Por outro lado, sob determinadas circunstâncias, a lei confere especial força probatória aos documentos, pelo que é necessário não esquecer as regras relativas à prova documental e, no que à contratação electrónica respeita, indagar se é ou não possível a apresentação ao Juiz de documentos electrónicos como meios de prova, e, em caso de resposta afirmativa, qual o valor probatório desses mesmos documentos.

A prova documental vem referida no artigo 362º do Código Civil, que define documento como “qualquer objecto elaborado pelo homem com o fim de reproduzir ou representar uma pessoa, coisa ou facto”. Claro que o Código Civil Português foi aprovado por Decreto-Lei de Novembro de 1966, e quando este artigo foi redigido ninguém podia sequer imaginar a existência de “documentos electrónicos”⁴¹. No entanto, este artigo foi redigido de tal modo que, fazendo uma leitura literal do mesmo,

³⁹ - Miguel Teixeira de Sousa, op. citada, págs. 185/186 lembra que alguns documentos electrónicos não preenchem a finalidade de representação de uma realidade, pelo que não podem ser valorados como meios de prova documental: pense-se, por exemplo, nos registos informáticos que comandam o processo de fabrico de um produto por robôs. Note-se que o facto de estes documentos não se poderem incluir na prova documental não significa a sua irrelevância probatória em juízo: recorde-se que, por exemplo, eles podem ser objecto de apreciação por um perito e, portanto, servir de base à prova pericial”. A prova pericial poderá ver a sua relevância substancialmente acrescida com a utilização das tecnologias telemáticas no comércio.

⁴⁰ - Cfr. a propósito “Código Civil Anotado” de Fernando Andrade Pires de Lima e João de Matos Antunes Varela, Coimbra Editora Limitada, 1987, anotações aos artigos 341-396 e, ainda, “TEDIS – the legal position of the member states with respect to Electronic Data Interchange” da Comissão das Comunidades Europeias, Setembro de 1989, páginas 223 – 227.

⁴¹ - claro que podemos considerar a existência de documentos electrónicos escritos e documentos electrónicos não escritos. Tal como refere Miguel Teixeira de Sousa, op. citada, pág. 198, “Os documentos electrónicos não escritos são aqueles que contêm sons ou imagens. Este conteúdo aproxima-os das reproduções mecânicas referidas no art. 368º CC, pelo que se lhes pode atribuir o valor probatório que este preceito fixa para essas reproduções: aqueles documentos fazem prova plena dos factos e das coisas que representam, se a parte contra quem eles forem apresentados não impugnar a sua exactidão”.

até nem se pode questionar que o documento electrónico é um objecto – ainda que desmaterializado – “elaborado pelo homem com o fim de reproduzir ou representar uma pessoa, coisa ou facto”⁴².

Assim sendo, a questão não é tanto saber se o documento electrónico é um documento, mas saber perante que tipo de documento estamos nós quando confrontados com a existência de tal documento “desmaterializado”. É que o Código Civil, no artigo 363º, reconhece a existência de documentos autênticos e documentos particulares⁴³. De acordo com o estabelecido na Lei relativamente a estes vários tipos de documentos, facilmente se percebe que a regra geral para os documentos electrónicos deverá ser a de estes serem considerados como documentos particulares e, no caso de não estarem assinados, será possível aplicar-lhes o disposto no artigo 368º do Código Civil⁴⁴, o que quer dizer que o documento electrónico poderá fazer “prova plena dos factos e das coisas que representam”, se a parte contra quem for apresentado “não impugnar a sua exactidão”.

Parece no entanto claro que os ficheiros informáticos sempre poderão ser usados como prova ao abrigo do art. 380º do Código Civil: ficheiros informáticos relativos a pagamentos efectuados a favor do autor do ficheiro poderão ser utilizados como prova contra ele; mas ele poderá sempre provar por qualquer meio que tal ficheiro não corresponde à realidade.

De todo o modo, a assinatura electrónica ou digital, como qualquer tipo de assinatura, destina-se a ser aposta num qualquer tipo de documento – que, como resulta do art. 362º do Código Civil, é “qualquer objecto elaborado pelo homem com o fim de reproduzir ou representar uma pessoa, coisa, ou facto”. Aliás, tal noção de documento do Código Civil de 1966, como bem referem Fernando Andrade Pires de Lima e João de Matos Antunes Varela, em “Código Civil Anotado”, anotação ao art. 362º, representa já uma ampliação significativa da noção de documento relativamente à que constava do Código de 1867. No entanto, é evidente que em 1966, no momento da redacção do Código Civil, não se equacionava ainda a possibilidade de documentos electrónicos. Tal lacuna haveria de ser colmatada pela mais recente legislação, dando nomeadamente resposta à questão de se saber se um documento electrónico pode ou não satisfazer o requisito de “forma escrita” – e, nos termos do art. 3º do nº 1 do RJDEAE o documento electrónico “satisfaz o requisito legal de forma escrita quando o seu conteúdo seja susceptível de representação como declaração escrita”. Uma crítica de – no entanto ser feita ao diploma legal, a este propósito. É que se a actual lei portuguesa sobre assinaturas electrónicas prevê – e bem – vários tipos de assinatura

⁴² - Miguel Teixeira de Sousa aponta a função representativa dos documentos e refere que “Atendendo à função representativa, parece indiscutível que o documento electrónico cabe na definição de documento fornecida pelo art. 362º CC, pois os dados que estão gravados no documento electrónico representam ou reproduzem uma certa realidade”, op. citada, pág. 184.

⁴³ - Podendo ainda alguns documentos ser autenticados. Documentos autênticos “são os documentos exarados, com as formalidades legais, pelas autoridades públicas, nos limites das suas competências ou, dentro do círculo de actividade que lhe é atribuído, pelo notário ou outro oficial público provido de fé pública” (art. 363º nº 2 do C. Civil); documentos autenticados são aqueles que são “confirmados pelas partes, perante notário, nos termos prescritos nas leis notariais” (art. 363º nº 3 C. Civil); todos os outros documentos são considerados documentos particulares (art. 363º nº 2 C. Civil in fine).

⁴⁴ - Cfr. também Manuel Lopes Rocha, “A factura electrónica EDI”, Codipor – Associação Portuguesa de Identificação e Codificação de Produtos, Lisboa 1995, pág. 14.

electrónica, aos quais faz corresponder até diferentes valores probatórios (cfr. artº 3º nºs 2 e 3 do Dec.Lei 290 D/99 de 2 de Agosto, na redacção dada pelo Dec.Lei 62/2003 de 3 de Abril), o que plenamente se justifica face à necessidade de garantir que diferentes realidades – no campo técnico e da segurança das transacções electrónicas – recebam distinto tratamento pelo Direito, já no que toca ao chamado “documento electrónico”, a lei limita-se a apresentar uma noção vaga, definindo-o como “documento elaborado mediante processamento electrónico de dados” (Art. 2º a) do DL 290D/99) e não estabelecendo qualquer distinção entre os vários tipos de documento electrónico, nomeadamente no que aos suportes do mesmo respeita. E não podemos esquecer que há uma real necessidade de garantir um elevado grau de segurança das comunicações electrónicas e a efectiva durabilidade dos dados transmitidos, aspectos relevantíssimos que poderão incentivar as pessoas e os agentes económicos a optar pela utilização dos modernos meios de comunicação. Ora, a crítica que se faz aqui ao clausulado legal é a seguinte: apesar de o conceito de “documento electrónico” introduzido na lei ser já de si bastante vago – “documento elaborado mediante processamento electrónico de dados” (art. 2º al. a)), o Dec. Lei 290 D /99, agora com a redacção revista pelo Dec.Lei 62/2003 de 3 de Abril, no que se refere à equiparação entre documento electrónico e forma escrita limita-se a dizer que “o documento electrónico satisfaz o requisito legal de forma escrita quando o seu conteúdo seja susceptível de representação como declaração escrita” (art. 3º). O que acaba por englobar qualquer conjunto de dados electrónicos susceptível de consulta e leitura pelo destinatário. Traz esta enunciação legal uma apreciável vantagem, mas também uma clara desvantagem. De um lado, a vantagem da não discriminação negativa – podemos falar aqui de uma não discriminação no verdadeiro sentido do termo, já que qualquer mensagem electrónica que possa ser lida tem o valor de declaração escrita – ; do outro lado, um grave inconveniente, que poderemos apelidar como o inconveniente da não discriminação positiva: é que não há qualquer referência, no texto legal, à utilização de tipos de suporte nos quais a mensagem electrónica possa ser indelevelmente gravada e arquivada de modo a não poder ser alterada⁴⁵ - ; isto é, não é estabelecida, no RJDEAE, qualquer diferenciação entre os vários tipos de suporte electrónico (mais concretamente de arquivamento e, em termos de certeza e segurança, não é exactamente igual gravar uma mensagem electrónica num Cd - que só pode ser gravado uma única vez, ou que eventualmente pode ser regravado inúmeras vezes mas deixando sempre vestígios de cada uma das versões anteriormente gravadas, até com indicação de data e hora de cada gravação - ou numa disquette, suporte no qual o conteúdo se torna bastante mais volátil, já que pode ser alterado e regravado praticamente sem que dessa alteração quede qualquer vestígio ou rastro)⁴⁶. O

⁴⁵ - “os textos contidos em ficheiros de computador ou mensagens de correio electrónico são em regra facilmente alteráveis por qualquer pessoa que a eles tenha acesso, o que põe em causa a sua integridade e, por conseguinte, o seu valor probatório”, cfr. Miguel Pupo Correia, “Assinatura electrónica e certificação digital”, citado, pág. 278.

⁴⁶ - “...os documentos conservados em memórias comuns de computadores ou com elas relacionadas (bandas magnéticas ou “diskettes”) são facilmente modificáveis por qualquer um que tenha a eles acesso através do respectivo computador, o que põe em risco de imediato a sua integridade. Daí que, para a satisfação deste requisito, os documentos electrónicos hajam de ser preservados contra modificações através da sua inserção em arquivos protegidos: memória ROM (read only memory) do disco rígido do computador, ou disco óptico (CD-ROM), etc”, idem, pág. 289.

legislador, levando ao extremo a sua preocupação de neutralidade tecnológica⁴⁷, não estabeleceu qualquer diferenciação entre os vários tipos de arquivamento electrónico. E, no entanto, é clara a distinção, em termos de fiabilidade e segurança, entre os vários tipos de instrumentos disponíveis. A distinção de que falamos teria a grande vantagem de poder constituir não só um incentivo à utilização das mais avançadas e seguras técnicas de arquivamento de mensagens, mas, sobretudo, comportaria um enorme avanço em termos de fiabilidade e segurança das transacções. Com grandes vantagens em dois planos distintos: o da segurança dos utilizadores e o da certeza do direito. Pelo que esta questão poderia e deveria também ter sido equacionada relativamente ao chamado valor de prova dos documentos electrónicos. Isto, sem prejuízo de considerarmos que, no ambiente electrónico de contratação, virá ganhando cada vez maior relevo o meio de prova pericial, havendo até já quem considere estarmos perante um novo ramo do direito – aqui eminentemente tecnológico – um « direito probatório » totalmente novo e realizado em boa medida a partir da própria análise pericial dos discos de computador⁴⁸.

De todo o modo, há que reconhecer que as chamadas assinaturas electrónicas integram mecanismos de segurança que permitem introduzir uma possibilidade acrescida de os documentos electrónicos virem a ser utilizados como meios de prova em Tribunal. Mas resta saber como poderão os documentos electrónicos ser admitidos como prova de um contrato, e se tal for possível, qual será exactamente o seu valor como meio de prova⁴⁹?

O legislador português optou por consagrar um diferente valor de prova⁵⁰ para os documentos electrónicos, estabelecido a partir dos vários tipos de assinatura electrónica⁵¹ - mediante a aposição de assinatura electrónica qualificada “certificada

⁴⁷ - mas não feriria a pretendida neutralidade tecnológica da lei o haver uma referência a suportes de gravação única ou de gravação múltipla mas com rastreabilidade (“traceability”) das sucessivas alterações.

⁴⁸ - o que, suscitará, sem dúvida, pertinentes questões no domínio da privacidade e da protecção de dados pessoais que, no entanto, extravasam claramente do âmbito deste estudo, pelo que não serão aqui abordadas. Fica aqui, assim, apenas uma referência a este domínio a que os teorizadores norte-americanos já chamam de “electronic evidence”. Cfr. a este propósito, Michael Overly, “Overly on electronic evidence in California”, Thomson West – The Expert Series, 2003, e Michael R. Arkfeld, “Electronic discovery and evidence”, Law Partner Publishing, Phoenix – Arizona, 2003.

⁴⁹ - Miguel Teixeira de Sousa, op. citada, a pág. 175, vem chamar a atenção, desde logo, para um possível resultado inesperado ou surpreendente, aquando da consideração de documentos electrónicos elaborados no estrangeiro: “...qualquer que seja a força probatória que a ordem jurídica portuguesa concede aos documentos electrónicos elaborados em Portugal, a verdade é que, de acordo com o disposto no art. 365º nº 1 CC, os documentos electrónicos autênticos ou particulares passados em país estrangeiro, em conformidade da respectiva lei, fazem prova como fariam os documentos da mesma natureza (isto é, autênticos ou particulares) exarados em Portugal”.

⁵⁰ - claro que nos estamos a referir aqui ao valor probatório material. Cfr. Miguel Teixeira de Sousa, op. citada, pág. 193: “...o valor probatório material incide sobre os factos ou coisas representadas na reprodução mecânica ou sobre os factos que são ditos como praticados ou atestados pela entidade documentadora ou as declarações atribuídas ao autor do documento escrito e não sobre os próprios factos, coisas ou declarações... a força probatória material do documento prova que o documento tem um determinado conteúdo, mas não prova que o conteúdo do documento corresponda à verdade”.

⁵¹ - é evidente que o legislador não considerou expressamente a possibilidade da assinatura dinâmica. No entanto, como já vimos, (cfr. supra...) a assinatura dinâmica pode integrar os tipos de assinatura electrónica avançada e assinatura electrónica qualificada. Pelo que a nossa análise deverá aqui incidir sobre estes tipos que, no momento actual da tecnologia, parecem abranger tanto a assinatura digital como a assinatura dinâmica.

por uma entidade certificadora credenciada, o documento electrónico...” (susceptível de representação como declaração escrita) “tem a força probatória de documento particular assinado, nos termos do art. 376º do Código Civil” (art. 3º nº 2 RJDEAE); mediante a aposição de assinatura electrónica não qualificada – a menos que haja uma convenção válida sobre prova ou o documento seja aceite pela pessoa a quem for oposto – o documento será apreciado “nos termos gerais de direito” (art. 3º nº 5) RJDEAE)⁵².

A atribuição do valor probatório de documento particular assinado unicamente a documentos cuja assinatura electrónica (qualificada) tenha sido “certificada por uma entidade certificadora credenciada” vem introduzir limitações óbvias no acesso ao mercado dos prestadores de serviços de certificação, já que estabelece uma hierarquia de certificadores, favorecendo claramente os certificadores credenciados em detrimento dos não credenciados⁵³. A exigência de que o documento electrónico, para gozar da força probatória de documento particular assinado, tenha de ser electronicamente assinado e certificado por entidade certificadora credenciada vem criando limitações à própria utilização da assinatura digital em Portugal. E, no entanto, o artigo 3º da Directiva 1999/93/CE, relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas electrónicas, até refere que “Os Estados-Membros não devem sujeitar a prestação de serviços a autorização prévia”. Mas de facto, o sistema de credenciação, apesar de ter que ser entendido como algo de diferente de um sistema de autorização (na verdade, não se torna necessária a credenciação para o exercício da actividade) acaba por favorecer de tal modo as entidades credenciadas que podemos-nos perguntar se, na realidade, não estaremos perante uma restrição equivalente a uma obrigatoriedade de autorização. Colocando melhor a questão: não teria sido preferível consagrar um verdadeiro sistema de autorização, em vez de um sistema aparentemente mais liberal mas que, na prática, concede toda a vantagem às entidades credenciadas?

Questão que também haverá que referir é a que se prende com a admissibilidade de convenção entre as partes com o único objectivo de mutuamente aceitar, nas suas relações, a utilização de documentos electrónicos como meio de prova das transacções efectuadas. A Lei Civil Portuguesa admite este tipo de Convenções; contudo, o art. 345º C.Civil expressamente estipula que as Convenções sobre provas, quando invertam o ónus da prova, serão nulas quando “se trate de direito indisponível ou a inversão torne excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito”, referindo ainda o nº 2 do mesmo artigo que será nula, “nas mesmas condições, a convenção que admitir algum meio legal de prova ou admitir um meio de prova diverso dos legais”.⁵⁴ Portanto, com excepção dos casos enunciados⁵⁵, é possível às partes acordarem

⁵² - Nos termos gerais de direito – quer dizer, obviamente, que fica sujeito à livre apreciação do juiz... Ou seja, o documento particular assinado tem uma maior força probatória.

⁵³ - Cfr. infra o que se diz acerca das chamadas “entidades certificadoras” e “entidades certificadoras credenciadas”.

⁵⁴ - a estas duas restrições à aceitação de Convenção sobre as provas, acrescenta ainda a Lei uma outra, constante da parte final do nº 2 do art. 345º: “se as determinações legais quanto à prova tiverem por fundamento razões de ordem pública, a convenção é nula em quaisquer circunstâncias”. Cfr. a propósito Armindo Ribeiro Mendes, op. citada, págs. 524-525.

⁵⁵ - Miguel Teixeira de Sousa, op. citada, pág. 200 aponta a fragilidade destas excepções: “Não é comum que através do comércio electrónico se regulem matérias que não estão na disponibilidade das partes e não é visível que a atribuição de valor probatório a um documento electrónico dificulte o

mutuamente na aceitação dos documentos electrónicos como meio de prova⁵⁶ dos contratos e das transacções efectuadas ao abrigo de contratação electrónica. E, como tantas vezes ocorre no comércio internacional – e como é, aliás, sugerido por Chris Reed⁵⁷ - “muitos dos potenciais problemas, desde que devida e antecipadamente identificados, podem ser ultrapassados muito facilmente pelo mecanismo de contratos bem elaborados”⁵⁸. Apesar de haver que levar em conta o facto de se tratar de um Autor pertencente ao mundo jurídico anglo-saxónico, a verdade é que a vontade das partes, dentro dos limites impostos por lei, sempre poderá substituir-se à própria lei sempre que esta, pura e simplesmente, ignore totalmente as realidades ou as reais necessidades da praça comercial.⁵⁹

Estamos aqui, no entanto, face a um domínio em que haverá que facultar às partes o estabelecimento de regras probatórias decorrentes do exercício da sua liberdade contratual. Apesar de o RJDEAE estabelecer regras probatórias claras para a utilização de documentos electrónicos, não deixou de considerar a admissibilidade de convenção entre as partes com o único objectivo de mutuamente aceitar, nas suas relações, a utilização de documentos electrónicos como meio de prova das transacções efectuadas⁶⁰.

IV. Conclusões

exercício dos direitos pela parte onerada, pelo que, segundo o direito português, não parece haver qualquer obstáculo à concessão, através da incorporação ou adesão ao art. 4º do acordo-tipo europeu, de um valor probatório negocial à mensagem EDI”. Ou a qualquer outro tipo de intercâmbio de mensagens electrónicas entre as partes, acrescentaríamos nós.

⁵⁶ - Contudo, há que ter presente o regime das cláusulas contratuais gerais. Algumas cláusulas aceites (ou aceitáveis) no âmbito das relações profissionais podem tornar-se totalmente inaceitáveis quando uma das partes for um consumidor final. Cfr. a propósito André Lucas, “Le droit de l’informatique”, Paris, 1987, pág. 381 e também, no que se refere à doutrina portuguesa, António Pinto Monteiro, “Contratos de adesão – o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Dec. Lei nº 446/85, de 25 de Outubro” in “Revista da Ordem dos Advogados”, ano 46, págs. 733-769 e ainda Mário Júlio de Almeida Costa e António Menezes Cordeiro, “Cláusulas Contratuais Gerais – anotação ao Decreto Lei nº 446/85, de 25 de Outubro”, Livraria Almedina, Coimbra 1991.

⁵⁷ - Cfr. Chris Reed, “Advising Clients on EDI contracts”, in “Computer Law and Practice”, volume 10, nr. 3, 1994, pág. 96.

⁵⁸ - importante será também, evidentemente, a possibilidade de acordo entre as partes relativamente ao ónus da prova. Cfr. o exemplo apontado por Miguel Teixeira de Sousa, op. citada, págs. 200-201.

⁵⁹ - Claro que este entendimento é muito mais facilmente adoptável em países de “common law” do que em países de “direito civil”, como é o caso de Portugal. Contudo, não há que rejeitar totalmente as soluções de âmbito privado, sobretudo quando tais soluções – desde que não contrariem normas legais imperativas - possam representar alternativas válidas a uma interminável espera por uma qualquer actuação dos órgãos estaduais competentes. Cfr. Manuel Lopes Rocha, “A factura electrónica EDI”, Codipor – Associação Portuguesa de Identificação e Codificação de Produtos, Lisboa 1995, pág. 19.

⁶⁰ - Cfr. o art. 3º do RJDEAE, e muito especialmente os seus nºs 4 e 5. O nº 4 vem aceitar a “utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos electrónicos, incluindo outras modalidade de assinatura electrónica, desde que tal meio seja adoptado pelas partes ao abrigo de válida convenção de prova ou seja aceite pela pessoa a quem for oposto o documento”; já no nº 5 o legislador não deixa de nos vir dizer que “sem prejuízo do disposto no número anterior, o valor probatório dos documentos electrónicos aos quais não seja aposta uma assinatura electrónica qualificada certificada por uma entidade certificadora credenciada é apreciado nos termos gerais de direito”.

De tudo o que foi exposto no decorrer deste estudo, podem-se extrair as seguintes conclusões:

a) A dúvida em torno à admissibilidade dos documentos electrónicos como meio de prova residia principalmente na discussão sobre a possibilidade de enquadramento dos documentos electrónicos na teoria geral dos documentos, divergência hoje superada pela ampla aceitação da equivalência do documento em formato digital ao documento em papel.

b) Na Espanha, mesmo sob a égide da lei de processo civil de 1881, quando não havia tratamento específico para o tema, doutrina e jurisprudência utilizavam-se da integração e interpretação para admitir os documentos electrónicos como prova. Com a equiparação da assinatura digital a manuscrita, (pelo Decreto-lei nº 14/99, de 17 de Setembro, substituído posteriormente pela Lei nº 59/2003, de 19 de Dezembro, alterada pela Lei nº 56/2007, de 28 de Dezembro), pela inserção de um meio autónomo de prova pela lei de processo civil, abrangendo os instrumentos de reprodução da palavra, imagens, sons e de armazenamento de dados, e pela permissão de os contratos e obrigações assumidas por via electrónica serem provados de acordo com as regras gerais do ordenamento jurídico, bem como de acordo com a Lei nº 34/2002, de 11 de Julho, alterada pela Lei nº 56/2007, de 28 de Dezembro, consagrou-se definitivamente a aceitação dos documentos informáticos como meio de prova.

c) A valoração dos documentos electrónicos como meio de prova no direito espanhol pode ser feita como prova documental ou como prova autónoma do artigo 299, nº 2 e 384 da Lei de Processo Civil. No primeiro caso, o sistema aplicável será de prova taxada e no segundo o do livre convencimento. Muito se criticou a opção da lei de processo civil em criar um novo meio de prova, sem fazer correlação directa ao documento tradicional. Esta omissão causou dúvida no sentido de se admitir o documento informático de duas maneiras distintas, com sistemas de valoração diversos.

d) Com a entrada em vigor da Lei de serviços da Sociedade da Informação e da Lei sobre Firma Electrónica a controvérsia parece ter sido superada, no sentido de se admitir como prova documental o conteúdo em suporte informático que tenha sido firmado electronicamente e se admitir como instrumento de reprodução de palavra, conhecimento e armazenamento de dados, o conteúdo que não apresente assinatura electrónica.

e) Conforme esteja em causa uma assinatura avançada ou uma firma reconhecida, aplicar-se-á, respectivamente o artigo 326, nº 2 da Lei de Processo Civil, no sentido de partir para a prova pericial ou qualquer outro meio de prova útil para o efeito, ou se procederá a comprovar que se trata de uma firma electrónica avançada, baseada em um certificado reconhecido, que cumpre todos os requisitos legais para este tipo de assinatura, com base no artigo 3º, nº8 da Lei de Firma Electrónica.

f) Na eventualidade da assinatura simples não ser admitida como meio de prova documental, não lhe poderão ser negados efeitos jurídicos pelo simples fato de se apresentar em forma electrónica, conforme estabelece o artigo 3º, n.9, da Lei de Firma Electrónica.

g) Se o documento electrónico se tratar de um contrato, a prova da sua assinatura, para ser equiparada a firma manual, deverá ser feita com assinatura avançada reconhecida, nos termos do artigo 3º, nº 4 da Lei de firma digital.

h) Caso as partes convencionem que a assinatura electrónica será utilizada, referida aceitação prévia será considerada na valoração da prova em Tribunal, nos termos do artigo 3º, nº 10, da Lei de Firma Electrónica.

i) Em Portugal, o documento electrónico é admitido como meio de prova e « satisfaz o requisito legal de forma escrita quando o seu conteúdo seja susceptível de representação como declaração escrita.

j) A actual lei portuguesa sobre assinaturas electrónicas prevê – e bem – vários tipos de assinatura electrónica, aos quais faz corresponder diferentes valores probatórios, dando-se a atribuição do valor probatório de documento particular assinado unicamente a documentos cuja assinatura electrónica qualificada tenha sido certificada por uma “entidade certificadora credenciada”.

k) Em Portugal, é geralmente possível às partes acordarem mutuamente na aceitação dos documentos electrónicos como meio de prova. As Convenções de Prova para comunicações electrónicas ganham aqui evidente relevo.

l) Infelizmente, o legislador português parece ter confundido exigência legal de prova escrita com requisitos em termos de valor de prova, acabando por adoptar uma solução ambígua quanto à existência ou não de escrito em documento electrónico.

m) A atribuição, em Portugal, de valor probatório de documento particular assinado apenas a documentos com assinatura electrónica qualificada certificada por entidade certificadora credenciada, vem estabelecer uma hierarquia de certificadores, favorecendo os certificadores credenciados.