

E-mail como Instrumento de Prova e o Dever de Guarda de Dados pelos seus Provedores

João Chagas de Oliveira Tourinho

Pós-graduado em LL.M Litigation: Novos Desafios dos Contenciosos-FGV/RJ, pós-graduando em Direito Processual Civil pela PUC-RJ e LL.M em Direito Empresarial pela FGV/RJ.

1. INTRODUÇÃO

As novas formas de comunicação e interação digital reverberam nas mais variadas áreas do direito especialmente quanto à celebração de negócios jurídicos. Observa-se ainda que novos meios digitais de troca de informações têm-se apresentado como fontes de provas e de indícios de fatos e atos jurídicos. Logo, surge a necessidade de releitura de alguns institutos, seja pelo arcabouço jurídico disponível, seja pelo próprio costume já consolidado em meios de comunicação que utilizam o formato digital e dependem de transmissão pela rede mundial de computadores – *World Wide Web*.

No que se refere às novas tecnologias de transmissão de dados, a sociedade atual se depara com uma rápida evolução das tecnologias existentes e, também, com inovações tecnológicas na área de telecomunicações. São cada vez mais vastas as alternativas de comunicação informatizada para diferentes objetivos, seja para celebração de negócios, compartilhamento de dados, ou simples comunicação.

Este trabalho parte do pressuposto que a inovação tecnológica da comunicação entre pessoas físicas de forma digital quando, aparentemente, bem-sucedida tende a ser levada para o dia a dia de pessoas jurídicas – a título de exemplo se tem a divulgação de mercadorias e serviços por sites de relacionamento, a celebração de contratos vinculados a registros de *e-mails*, fornecimento unilateral de dados

pelo usuário em simples “cliques”. Formas de declaração de vontade lícitas e em nada contrárias ao artigo 107 do Código Civil de 2002.

A rapidez, baixo custo e efetividade de novos meios de comunicação e expressão de vontade são uma realidade inevitável e até mesmo desejada quando o objetivo é aumentar a eficiência e a produtividade para um vasto grupo de sociedades empresárias. Inclusive sendo uma nova forma de se fazer negócios que pode alterar o atributo aviamento (modelo de exercício de empresa específico de determinada entidade que confere aptidão para geração de lucro) de sociedades empresárias.

Dentre as diversas ferramentas existentes, o *e-mail* - *electronic mail* da língua inglesa ou em português “Correio Eletrônico” – embora já consolidado como uma maneira simples, rápida, barata e eficaz de comunicação, ainda enfrenta questões polêmicas, especialmente quanto à sua valoração para servir de prova de determinado fato ou negócio jurídicos, bem como no que se refere às obrigações dos provedores deste serviço quanto à guarda e *backup* (cópia de segurança) dos dados dos usuários.

2. ENQUADRAMENTO LEGAL DO *E-MAIL* NO DIREITO BRASILEIRO

À primeira vista, o intérprete tende a caracterizar o *e-mail* como uma forma de correspondência ordinária, mas afigura-se como um equívoco de qualificação, já que a legislação específica sobre o tema, a Lei nº 6.538/78, estabelece que os serviços postais são explorados na modalidade de monopólio da União. Logo, pelo fato de que a União não é provedora de *e-mail*, sendo provedores um conjunto variado de *players* de um mercado competitivo e não restrito, afigura-se salutar descartar este enquadramento legal.

Em sendo assim, pode-se considerar o *e-mail* como um meio eletrônico, conceito legal definido no art. 1º, § 2º, da Lei 11.419/2006 como forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais. Além de meio eletrônico, pode-se dizer que o “*e-mail*” em determinadas hipóteses representa um típico documento – declaração escrita que tem caráter comprovativo¹. Contudo, este valor

¹ Disponível em <https://dicionariodoaurelio.com/documento>, acesso realizado em 08.08.2016, as 14h41m.

probatório só pode ser dado a comunicação realizada por meio eletrônico após criteriosa análise de requisitos técnicos necessários e indispensáveis.

Sendo assim, da leitura da Lei 11.419 de 2006, para que se possa considerar um *e-mail* como documento, será necessário comprovar e assegurar: i) a autenticidade de origem do documento (art. 2º, § 2º); ii) integridade dos dados transmitidos com relação aos dados recebidos (art. 12, § 1º); e iii) a irretratibilidade da comunicação (uma forma de assinatura - art. 219 do Código Civil de 2002 e art. 1º, § 2º, III, da Lei 11.419/06).

Trata-se de requisitos que de fato “burocratizam” a eficácia dos *e-mails*, pois uma das características fundamentais desta forma de comunicação é a simplicidade. Ou seja, não são todos os usuários que têm o hábito de firmar documentos com assinaturas eletrônicas certificadas capazes de atestar a autenticidade do signatário e irretratibilidade da comunicação como consta da Lei nº 12.682/12².

Esta constatação é suficiente para levar o detentor do ônus da prova de caracterizar o *e-mail* como documento a necessidade de assegurar tecnicamente a origem do *e-mail* - remetente, a hora de envio, o provedor que se encarregou do envio da mensagem e se durante o processo de envio da mensagem os dados da mesma não foram corrompidos, ou modificados maliciosamente ou acidentalmente por ação humana ou de alguma ferramenta digital.

Ou seja, cumprirá ao detentor deste ônus provar a validade da cadeia de custódia do *e-mail*. A cadeia de custódia, por sua vez, é termo recorrente no direito probatório na esfera penal e se amolda à presente hipótese, já que *e-mail* nada pode comprovar *a priori*, sem a garantia de higidez de envio e recebimento de dados e dos próprios dados.

Para esse mister, optou-se pelo conceito de indício do ramo do direito penal, especialmente o do art. 239 do Código de Processo Penal:

² Lei 12.682 de 2012: “Art. 3º O processo de digitalização deverá ser realizado de forma a manter a integridade, a autenticidade e, se necessário, a confidencialidade do documento digital, com o emprego de certificado digital emitido no âmbito da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP - Brasil.

Parágrafo único. Os meios de armazenamento dos documentos digitais deverão protegê-los de acesso, uso, alteração, reprodução e destruição não autorizados.”

“Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.”

Ademais, a higidez da cadeia de custódia aqui mencionada foi objeto de análise por Alberi Espíndula³:

“(...) seqüência de proteção ou guarda dos elementos materiais encontrados durante uma investigação e que devem manter resguardadas as suas características originais e informações sem qualquer dúvida sobre a sua origem e manuseios. Pressupõe o formalismo de todos os seus procedimentos por intermédio do registro do rastreamento cronológico de toda a movimentação de alguma evidência.”

Sendo assim, a primeira conclusão a que se chega é a de que o *e-mail* não é correspondência e pode até mesmo ser tido como documento. Contudo, documento que demandará, para se imbuir das características e qualidades inerentes a uma prova judicial, a comprovação de autenticidade, de integridade e de irretratabilidade, sob o risco de ser tido como simples evidência.

Cumprir destacar que o legislador, quando da elaboração do Código de Processo Civil de 2015, já fez lá constar 3 (três) importantíssimos dispositivos que fazem referência direta aos chamados documentos eletrônicos. Confirmam-se os dispositivos da Seção VIII do Capítulo XII relativo a provas da Lei 13.105/2015:

“Seção VIII

Dos Documentos Eletrônicos

Art. 439. A utilização de documentos eletrônicos no processo convencional dependerá de sua conversão à forma impressa e da verificação de sua autenticidade, na forma da lei.

³ ESPÍNDULA, Alberi. **Perícia criminal e cível**: uma visão geral para peritos e usuários da perícia. 3. ed. São Paulo: Millennium Editora, 2009, p. 163.

Art. 440. O juiz apreciará o valor probante do documento eletrônico não convertido, assegurado às partes o acesso ao seu teor.

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

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, em recente posicionamento, definiu que as comunicações realizadas por *e-mail* podem ser tidas como documentos para efeitos de proposição de ação monitória. Confira-se a ementa do Recurso Especial nº 1.381.603/MS:

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO MONITÓRIA. PROVA ESCRITA. JUÍZO DE PROBABILIDADE. CORRESPONDÊNCIA ELETRÔNICA. E-MAIL . DOCUMENTO HÁBIL A COMPROVAR A RELAÇÃO CONTRATUAL E A EXISTÊNCIA DE DÍVIDA.

1. A prova hábil a instruir a ação monitória, isto é, apta a ensejar a determinação da expedição do mandado monitório - a que alude os artigos 1.102-A do CPC/1.973 e 700 do CPC/2.015 -, precisa demonstrar a existência da obrigação, devendo o documento ser escrito e suficiente para, efetivamente, influir na convicção do magistrado acerca do direito alegado, não sendo necessário prova robusta, estreme de dúvida, mas sim documento idôneo que permita juízo de probabilidade do direito afirmado pelo autor.

2. O correio eletrônico (e-mail) pode fundamentar a pretensão monitória, desde que o juízo se convença da verossimilhança das alegações e da idoneidade das declarações, possibilitando ao réu impugnar-lhe pela via processual adequada.

3. O exame sobre a validade, ou não, da correspondência eletrônica (e-mail) deverá ser aferida no caso concreto, juntamente com os demais elementos de prova trazidos pela parte autora. 4. Recurso especial não provido.” (negritou-se)

Confirmam-se, por comodidade, trechos do voto vencedor de lavra do Ministro Luis Felipe Salomão, no Recurso Especial nº 1.381.603/MS:

“Quanto ao cerne da questão em julgamento, penso que esse exame sobre a validade, ou não, da correspondência eletrônica deverá ser aferida no caso concreto, juntamente com os demais elementos de prova trazidos pela parte autora. Outrossim, uma vez recebida a petição inicial, o e-mail poderá ser submetido ao crivo do contraditório diferido, na hipótese em que o réu optar por apresentar os embargos monitórios.

De fato, se a legislação brasileira não veda a utilização de documentos eletrônicos como meio de prova, soaria irrazoável dizer que uma relação negocial não possa ser comprovada por trocas de mensagens via e-mail.

Ressalta-se que, ainda nos idos de 2008, a Terceira Turma, em voto da relatoria da em. Ministra Nancy Andrighi, assentou que ‘os avanços tecnológicos vêm, gradativamente, modificando as rígidas formalidades processuais anteriormente exigidas.’ (REsp 1.073.015/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJe 26/11/2008)

Sendo assim, a análise jurídica da força probante dos *e-mails* e a forma de se verificá-la apresenta-se como atual, já que as reverberações desta modalidade eletrônica de expressão da vontade ainda demandarão maior enfrentamento do Poder Judiciário e até mesmo dos doutrinadores que deverão buscar suporte técnico em outras áreas do direito, especialmente a de Tecnologia da Informação.

3. O DEVER DE GUARDA DE INFORMAÇÕES PELOS PROVEDORES DE *E-MAIL*

Uma vez observado que as comunicações realizadas pela ferramenta de *e-mail* podem ser dotadas de valor probatório, tem-se como lógica que esta modalidade de comunicação eletrônica pode servir

para criar, modificar ou extinguir relações jurídicas. Ou seja, pode suprir todos os requisitos de negócios jurídicos que dispensem forma prescrita em lei e devam contar, apenas, com os requisitos gerais de haver agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, nos termos do art. 104 do Código Civil de 2002.

A validade das declarações de vontade com relação a direitos disponíveis, assevere-se, só dependem de forma especial quando a lei expressamente o exigir, nos termos do art. 107 do referido diploma.

Além do conteúdo dos *e-mails* em si, não se olvide quanto à possibilidade de os usuários desta ferramenta encaminharem ou remeterem arquivos anexados às suas declarações. Arquivos que podem conter os mais diversos tipos de informações, sigilosas ou não.

Nesse ponto surge a necessidade de que os dados trafegados por provedores de serviços de *e-mail*, inclusive quanto aos arquivos enviados na forma de anexo dos mesmos, sejam guardados por um prazo mínimo e suficiente para resguardar os próprios provedores de eventuais responsabilidades e permitir a recuperação de dados por parte dos usuários e de terceiros. Isso porque, como acima se observou, não se está diante de um serviço postal clássico, físico, “ponto a ponto”, que se esgota quando recebida a mensagem pelo destinatário.

Não foi por outra razão que o Marco Civil da Internet, Lei 12.965/14, estabeleceu em seu art. 10º, primeiro dispositivo da seção de “Proteção aos Registros, aos Dados Pessoais e às Comunicações Privadas”, a obrigação de que os provedores de internet, neles englobados os provedores de aplicativos de correio eletrônico, guardem os conteúdos das comunicações privadas:

“Seção II

Da Proteção aos Registros, aos Dados Pessoais e às Comunicações Privadas

Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das

partes direta ou indiretamente envolvidas.

§ 1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no caput, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º.

§ 2º O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º

§ 3º O disposto no caput não impede o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, na forma da lei, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição.

§ 4º As medidas e os procedimentos de segurança e de sigilo devem ser informados pelo responsável pela provisão de serviços de forma clara e atender a padrões definidos em regulamento, respeitado seu direito de confidencialidade quanto a segredos empresariais.” (negritou-se)

A leitura do aludido dispositivo evidencia que o Marco Civil da Internet impôs ao provedor de serviço de *e-mail* um novo dever, um dever de guarda de conteúdo, sob pena de o provedor poder ser responsabilizado subsidiariamente por conteúdo gerado por terceiros, inclusive seus usuários, e por não ter preservado o conteúdo de *e-mail's*.

O legislador, ao impor esta nova obrigação aos provedores, levou em consideração, ainda, que os *hardwares* de armazenamento de dados estão cada vez mais baratos, robustos e suportam cada vez mais dados.

O dever de guarda de dados carrega consigo um reflexo direto e delicado de um direito constitucional de seus usuários, pessoas físicas ou jurídicas, de inviolabilidade de correspondência, embora não

se trate de correspondência clássica, consoante o inciso XII, do art. 5º da Constituição Federal, como ressalta Roberto Sesine⁴:

“O fornecedor de serviços via Internet deve tomar todas as precauções cabíveis para assegurar a inviolabilidade da correspondência, em acompanhamento à evolução tecnológica de garantia da reserva da intimidade do usuário do sistema. Assim, o provedor tem uma responsabilidade que, nesse passo, se aproxima da responsabilidade do agente de comunicação telefônica e dos correios convencionais, porém distanciando-se daquela que ordinariamente é conferida ao agente de telecomunicações em geral.”

Além do Marco Civil da Internet, lei mais moderna e mais conhecida, surgiu há mais de 13 anos um órgão estatal que auxilia os prestadores de serviços pela internet, chamado de Comitê Gestor da Internet. Criado pelo Decreto 4.829 de 3 de setembro de 2003 tem, dentre suas diversas atribuições, a de recomendar procedimentos para segurança de serviços eletrônicos prestados pela internet. Observe-se a título de exemplo trecho do referido diploma:

“Art. 1 Fica criado o Comitê Gestor da Internet no Brasil - CGI.br, que terá as seguintes atribuições: (...)

IV - promover estudos e recomendar procedimentos, normas e padrões técnicos e operacionais, para a segurança das redes e serviços de Internet, bem assim para a sua crescente e adequada utilização pela sociedade; (...)

VII - adotar os procedimentos administrativos e operacionais necessários para que a gestão da Internet no Brasil se dê segundo os padrões internacionais aceitos pelos órgãos de cúpula da Internet, podendo, para tanto, celebrar acordo, convênio, ajuste ou instrumento congêneres;” (negritou-se)

O aludido Órgão, no ano de 1999, em deferência às suas atribuições, publicou um guia relevante aos provedores de serviços e de

4 LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. página 530.

aplicativos que fazem uso do meio eletrônico da internet intitulado “Recomendações para Desenvolvimento e Operação da Internet no Brasil”⁵, do qual consta item específico para os Provedores de Acesso que analogicamente aplica-se aos provedores de serviços de *e-mail*:

“3. Provedores de Acesso

Os provedores de acesso da Internet (comerciais, acadêmicos, governamentais, entidades de classe, organizações não governamentais, etc.) são os responsáveis pelo acesso final dos usuários na rede. Cabe a eles prover acesso dentro de condições mínimas de segurança, confiabilidade e privacidade, bem como providenciar meios que torne possível a identificação de práticas ilícitas ocorridas através da rede. Muitas vezes, em virtude de falhas, as contas dos usuários finais são utilizadas por terceiros implicando com isso em prejuízos e riscos desnecessários. (...)

3.2 Manutenção de Dados de Conexão

Os serviços de telefonia e transmissão de dados mantêm por um prazo de cinco anos os dados de conexões e chamadas realizadas por seus clientes para fins judiciais, inexistindo procedimento semelhante na Internet brasileira.

Recomendação: Os provedores de acesso devem passar a manter, por um prazo mínimo de três anos, os dados de conexão e comunicação realizadas por seus equipamentos (identificação do endereço IP, data e hora de início e término da conexão e origem da chamada).” (negritou-se)

O CGI orientou e estabeleceu o procedimento exatamente pelo motivo de ocorrência de dano a terceiro por outro usuário, pois só resguardando os respectivos dados é que a responsabilidade do provedor pode ser afastada. Esta é a interpretação do art. 11 da Lei 12.965/14, que dispõe o seguinte:

⁵ Disponível em <http://www.cgi.br/publicacao/recomendacoes-para-desenvolvimento-e-operacao-da-internet-br/>. Acesso realizado em 09.08.2016 às 11h16min.

*“Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos **dados pessoais** e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.”*
(negritou-se)

Isso se dá em razão da necessidade de se encarar que o conteúdo constante de uma mensagem de *e-mail*, apesar de poder ser lido em alfabeto alfanumérico e de acordo com a língua de opção dos usuários, trata-se de um conjunto de dados codificados. Em sendo considerados como dados e cada conta de *e-mail* ser de uso pessoal e intransferível de um usuário, mesmo que acessíveis por prepostos, são dados pessoais, protegidos pelo sigilo das comunicações, sendo privados e objeto de proteção da Lei do Marco Civil da Internet. Trata-se de direito indisponível, cláusula pétrea, constante do art. 5º, XII, da Constituição Federal:

“XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”

Outra relevantíssima obrigação que provedores de serviços de comunicação de dados por via da internet devem atentar é quanto ao disposto no art. 1.194 do Código Civil de 2002 o qual pode, sem dificuldades, ser interpretado à luz das tecnologias atualmente utilizadas:

Art. 1.194. O empresário e a sociedade empresária são obrigados a conservar em boa guarda toda a escrituração, correspondência e mais papéis concernentes à sua atividade, enquanto não ocorrer prescrição ou decadência no tocante aos atos neles consignados.”

Ora, o Comitê Gestor da Internet não orientou a guarda de dados de provedores de *e-mails* por 3 (três) anos de forma arbitrária, trata-se de claro exemplo de hermenêutica sistemática do arcabouço jurídico brasileiro e releitura do art. 1.194 do CC/02.

Claro que não faz muito tempo documento poderia ter por sinônimo o termo “papel” e em sendo assim os papéis deveriam ser arquivados fisicamente, pois era dessa forma que se realizavam os registros. Contudo, o legislador não atualizou o Código Civil de 2002, nem mesmo se poderia exigir dele isto; fato que não é impeditivo para que o hermeneuta interprete, à luz dos novos tempos e de forma coerente, o dispositivo em deferência. A título de exemplo, podemos observar a Lei do Processo Eletrônico (Lei 11.419/2006) que é exemplar da dispensabilidade cada vez maior dos papéis, inclusive em benefício do meio ambiente.

O dever de guarda, além de constar clara e especificamente de lógica interpretativa extraída do ordenamento jurídico pátrio, foi objeto de debate perante o Superior Tribunal de Justiça – STJ em demanda que versou basicamente sobre a obrigação ou não de provedores de conteúdo, como de sites de relacionamento, de guardarem dados de seus usuários de forma individualizada a impedir o anonimato, sob pena de reconhecimento de culpa *in omittendo*.

Naquela oportunidade a relatora Ministra Nancy Andrighi, após rico debate, tendo como base de sua fundamentação a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações entre usuários e provedores, reconheceu a necessidade de os provedores de conteúdo, aqui se enquadrando os provedores de *e-mail* de forma analógica, a armazenarem os dados de seus usuários dados por um período mínimo de 3 (três) anos, inclusive quando o mesmo cancela o serviço. A título de esclarecimento, confira-se trecho da ementa do referido julgado:

“As informações necessárias à identificação do usuário devem ser armazenadas pelo provedor de conteúdo por um prazo mínimo de 03 anos, a contar do dia em que o usuário cancela o serviço”. (REsp. n. 1.398.985, rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 19.11.2013)

De forma esclarecedora a Ministra Nancy Andrighi, em seu voto, reconheceu que:

“As adversidades indissociáveis da tutela das inovações criadas pela era digital dão origem a situações cuja solução pode causar certa perplexidade. Há de se ter em mente, no entanto, que a Internet é reflexo da sociedade e de seus constantes avanços. Se, ainda hoje, não conseguimos tutelar com total equidade direitos seculares e consagrados, seria utópico contar com resultados mais eficientes nos conflitos relativos à rede mundial de computadores.” (RESP 1.398.985)

CONCLUSÃO

Após a breve análise do arcabouço jurídico pátrio, chega-se a uma interpretação de que *e-mail* é uma forma cada vez mais importante de comunicação e pode ser utilizado como prova ou indício de relações jurídicas e de fatos, a depender da higidez da cadeia de custódia do mesmo. Ou seja, a depender da possibilidade de se garantirem a autenticidade, a origem, a integridade e a irretratabilidade da comunicação, o *e-mail* ganha cariz de prova e dispensa maiores burocracias para a realização de diversos negócios jurídicos, contratos aleatórios, propostas, etc.

Nesse sentido, a importância do *e-mail* impõe aos provedores não apenas a garantia de que as mensagens e seus anexos trafeguem adequadamente até o endereço eletrônico dos destinatários, mas que os dados enviados e recebidos pelos usuários sejam armazenados por um prazo mínimo, até quando o serviço de *e-mail* é cancelado por iniciativa dos próprios usuários. ❖