

A PROVA TESTEMUNHAL E A PROVA DOCUMENTAL

Luís Filipe Sousa
Juiz de Direito

OBRIGAÇÃO DE CUSTÓDIA DE DOCUMENTOS

Artigo 40º do Código Comercial

Obrigações de arquivar a correspondência, a escrituração mercantil e os documentos

- 1 - Todo o comerciante é obrigado a arquivar a correspondência emitida e recebida, a sua escrituração mercantil e os documentos a ela relativos, devendo conservar tudo pelo período de 10 anos.
- 2 - Os documentos referidos no número anterior podem ser arquivados com recurso a meios eletrónicos [*este número 2 tem redação de 2006*].

Portaria nº 703/76, de 25.11. (não revogada)

- 1-a) O prazo do artigo 40º do Código Comercial é aplicado a todas as instituições de crédito nacionalizadas quanto à obrigatoriedade de conservar em arquivo os elementos da sua escrita principal, correspondência, documentos comprovativos de operações realizadas e livros de contas correntes onde os mesmos se encontram escriturados. Nos demais casos poderá o conselho de gerência ou órgão equivalente ordenar a inutilização dos documentos decorridos três anos.
 - b) Para além dos prazos indicados, e em relação aos documentos a que os mesmos se referem, não será admitida reclamação em que se questione a validade das operações realizadas.
- (...)

Ac. STJ de 10.2.2004, *Faria Antunes*, 04A2964

- I - A relação de clientela estabelecida entre a instituição financeira e o cliente, obriga-a a cumprir, em consonância com os ditames da boa fé, os deveres de informação ou de proteção dos legítimos interesses deste último.
- II - O Banco não está todavia legalmente obrigado a conservar os documentos concernentes aos depósitos bancários por mais de dez anos.
- III - Os deveres indicados em I não subsistem assim por prazo superior a 10 anos, ou terminado que seja o prazo do depósito bancário e após o levantamento pelo cliente da quantia equivalente ao dinheiro depositado.

Ac. STJ de 4.10.2011, *João Camilo*, 3200/04

- I - A conservação da generalidade dos documentos dos comerciantes deve observar a regra do art. 40º do Cód. Comercial que permite a sua destruição decorrido que seja o prazo de dez anos.
- II - Porém, os documentos bancários previstos no art. 2º do Decreto-lei nº 279/2000 de 10/11 – letras, livranças, cheques, avisos ou ordens de pagamento ou de transferência pagos, e talões de depósitos – têm um regime legal especial previsto no mesmo decreto-lei que permite que os mesmos sejam destruídos decorridos seis meses, desde que previamente tenham sido microfilmados ou incorporados em disco ótico.
- III - Nada tendo o legislador previsto no mesmo regime especial sobre a duração da obrigação de conservar esses microfilmes ou discos óticos, mas não se aplicando a regra do art. 40º por se tratar de situações diversas em que as razões subjacentes à adoção da solução legal – falta ou onerosidade de espaço ou de guarda, no caso do art 40º - não relevam no caso dos microfilmes ou discos óticos onde as necessidades de espaço e de guarda são muito menos significativos, até porque se referem a uma parte muito pequena da generalidade dos documentos dos comerciantes bancários.

Ac. RP de 1.2.2016, *Manuel Fernandes*, 60079/14

- I - Só há lugar à inversão do ónus da prova (artigo 344.º, nº 2 do CCivil) se o onerado não pode produzi-la por culpa da contraparte, de que tenha resultado, para o vinculado, a impossibilidade ou, ao menos, a grave dificuldade dessa prova.
- II - Por essa razão, não pode ocorrer tal inversão pelo facto de o Autor ter intentado a ação cerca de 12 anos depois dos fornecimentos feitos à Ré (invocando esta a destruição dos documentos contabilísticos decorrido 10 anos após a sua emissão), pois que, o fator tempo apenas tem repercussões nas relações jurídicas nos casos tipicamente previstos na lei, nomeadamente nas situações em que esta lhe confere um efeito preclusivo, como sucede nas hipóteses de caducidade ou de prescrição de direitos, mas já não pode conduzir à inversão das regras do ónus da prova.

- Supressão do processo especial de reforma de títulos de obrigação destruídos, perdidos e desaparecidos (Arts. 1069 a 1073º do Código de Processo Civil revogado, sem correspondência no Código de Processo Civil atual)
- Casos de prova difícil (*“difficilioris probationis”*)

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO DE 2015

Artigo 373º

O ónus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao facto constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de facto impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do facto contrário, poderá o juiz atribuir o ónus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ónus que lhe foi atribuído. [*princípios da disponibilidade e facilidade probatórias*]

REGIME JURÍDICO DO DOCUMENTO ELETRÓNICO

(Decreto-lei nº 290-D/99, de 2.8., na redação do Decreto-lei nº 88/2009, de 9.4.)

Artigo 2º

Para os fins do presente diploma , entende-se por:

(...)

- b) “Assinatura eletrónica” o resultado de um processamento eletrónico de dados suscetível de constituir objeto de direito individual e exclusivo e de ser utilizado para dar a conhecer a autoria de um documento eletrónico;

REGIME JURÍDICO DO DOCUMENTO ELETRÓNICO

(Decreto-lei nº 290-D/99, de 2.8., na redação do Decreto-lei nº 88/2009, de 9.4.)

Artigo 3º

Forma e força probatória

- 1- O documento eletrónico satisfaz o requisito legal de forma escrita quando o seu conteúdo seja suscetível de representação como declaração escrita.
- 2- Quando lhe seja aposta uma assinatura eletrónica qualificada certificada por uma entidade certificadora credenciada, o documento eletrónico com o conteúdo referido no número anterior tem a força probatória de documento particular assinado, nos termos do artigo 376º do Código Civil.
- 3- Quando lhe seja aposta uma assinatura eletrónica qualificada certificada por uma entidade certificadora credenciada, o documento eletrónico cujo conteúdo não seja suscetível de representação como declaração escrita tem a força probatória prevista nos artigos 368º do Código Civil e 167º do Código de Processo Penal.
- (...)
- 5- Sem prejuízo do disposto no número anterior, o valor probatório dos documentos eletrónicos aos quais não seja aposta uma assinatura eletrónica qualificada certificada por entidade certificadora credenciada é apreciado nos termos gerais de direito.

ÓNUS PROBATÓRIOS

DOCUMENTO ANALÓGICO EM SUPORTE DE PAPEL

(Artigos 374.2. do Código Civil e Artigo 444.1. do CPC)

O apresentante do documento tem um ónus que opera em dois momentos sucessivos:

- i. o da produção do documento
- ii. e o da demonstração da sua autenticidade (=coincidência entre autor real e aparente), sendo que este segundo ónus está sujeito à condição suspensiva da exceção do desconhecimento por parte do presumível autor

ÓNUS PROBATÓRIOS

DOCUMENTO ELETRÓNICO COM ASSINATURA ELETRÓNICA QUALIFICADA CERTIFICADA

(Artigo 3.2. do Regime do Documento Eletrónico e da Assinatura Digital (RJDEAD))

O apresentante do documento tem o ónus de:

- i. juntar o documento eletrónico demonstrando a presença da assinatura digital
- ii. bem como demonstrar a identidade do titular daquela assinatura eletrónica, sendo que esta emerge do certificado eletrónico subjacente à assinatura digital.

Feita esta dupla prova, opera a presunção de proveniência do Art. 7.1.a) do RJDEAD. Esta presunção *juris tantum* dispensa os mecanismos integrativos e sucessivos de apropriação da assinatura previstos nos Arts. 374.1. e 375.1. do CC.

Ónus probatórios do presumido autor da assinatura eletrónica

Sobre o titular do dispositivo de assinatura (presumido autor da assinatura) impende um duplo ónus probatório:

- i. tem de provar que a assinatura digital foi aposta materialmente por outrem
- ii. e que tal ocorreu apesar do titular ter desenvolvido uma diligente atividade de custódia (*teoria da imputação sancionatória*)

INTERVENÇÃO NOTARIAL NOS DOCUMENTOS ELETRÓNICOS

Um notário pode:

- a. Autenticar cópias de documentos eletrónicos atestando a sua conformidade ao original (Art. 4 do RJDEAD e Art. 387.2. do CC);
- b. Autenticar uma assinatura eletrónica avançada (reconhecimento presencial com menções especiais (cf. Arts. 153.5. e 163 do CN);
- c. Fazer certificados notariais em papel (=cópia analógica por extrato de um documento eletrónico) de páginas web, correio eletrónico ou mesmo de SMS, assumindo o certificado notarial a natureza de documento autêntico (Arts. 4.2.e), 35.2. e 163 do CN; = os factos materiais que são atestados com base nas perceções do notário são dotados de força probatória plena).

Texto de certificado notarial de página Web:

«A presente cópia, composta de (...) folhas, está conforme à página *web* "(...)".

O documento informático reproduzido encontra-se no endereço *internet* [http://www.\(...\)](http://www.(...)) às horas (...) portuguesas e foi visualizado com o *browser* (...) (marca, modelo, versão).

A página está munida de um certificado de proteção (...) (ssl) emitido a (...) pelo certificador (...) válido de (...) a (...) e verificado na data (...) às (...) horas.

Data e local»

Artigo 6º

Comunicação de documentos eletrónicos

- 1- O documento eletrónico comunicado por um meio de telecomunicações considera-se enviado e recebido pelo destinatário se for transmitido para o endereço eletrónico definido por acordo das partes e neste for recebido.
- 2- São oponíveis entre as partes e a terceiros a data e a hora da criação, da expedição ou da receção de um documento eletrónico que contenha uma validação cronológica emitida por uma entidade certificadora.
- 3- A comunicação do documento eletrónico, ao qual seja aposta assinatura eletrónica qualificada, por meio de telecomunicações que assegure a efetiva receção equivale à remessa por via posta registada e, se a receção for comprovada por mensagem de confirmação dirigida ao remetente pelo destinatário que revista idêntica forma, equivale à remessa por via posta registada com aviso de receção.

(...)

VALOR PROBATÓRIO DO EMAIL DESPROVIDO DE ASSINATURA ELETRÓNICA QUALIFICADA

I - TESE DA APLICAÇÃO DO ARTIGO 368 DO CC

- i. O *internet service provider* aceita os dados de identificação do utente e atribui-lhe um código (*username*) e palavra-passe(= o *provider* não faz qualquer atestação pública sobre a identidade do utente)
- ii. Os dados de identificação do utente, facultados ao *provider*, persistem inacessíveis ao destinatário do correio eletrónico
- iii. Falha a conexão lógica entre a utilização do *username* e a palavra-passe e o intuito de assumir a paternidade da mensagem
- iv. Não faz sentido que a "assinatura" do documento preceda a manifestação de vontade/ciência
- v. Uma caixa de correio pode ser utilizada por várias pessoas o que dificulta a imputação do documento

II - TESE DA ASSINATURA ELETRÓNICA SIMPLES

- i. O legislador prevê a assinatura eletrónica simples (Arts. 2.a) e 3.1 e 5 do RJDEAD) a qual, por definição, está privada das funções de garantia próprias da entidade certificadora
- ii. O Art. 5.2. da Diretiva 1999/93/CE veda que sejam preteridos a uma assinatura eletrónica efeitos legais e a admissibilidade como meio de prova pelo facto de esta não se basear num certificado qualificado e/ou não ter sido criada através de um dispositivo seguro de criação de assinaturas (***Princípio da não discriminação***)
- iii. Os requisitos legalmente exigidos para a criação de uma assinatura eletrónica simples são satisfeitos graças à biunívoca associação (i) dos dados de endereço eletrónico do emissor e dos headers com (ii) os dados identificativos pessoais integrados pelo *username* e pela palavra-passe
- iv. O ato de digitar o nome do emissor no fim do texto ou o consentimento de tal indicação em virtude de programação anterior, acrescidos do envio da mensagem para um destinatário, integram um procedimento de formação sucessiva de assunção da paternidade do documento, que se inicia com o preenchimento do *username* e indicação da palavra-passe
- v. O correio eletrónico é um documento eletrónico original e não a reprodução mecânica de outra realidade

APRECIAÇÃO DO VALOR PROBATÓRIO DE DOCUMENTO ELETRÓNICO MUNIDO DE ASSINATURA SIMPLES

- ❑ Os parâmetros de apreciação do valor probatório do documento eletrónico munido de assinatura simples radicam nas características de qualidade, segurança, integridade e imodificabilidade da assinatura eletrónica
- ❑ Tais características são ínsitas à assinatura eletrónica qualificada/digital , constituindo pontos de referência que operam como pautas de apreciação da consistência e confiabilidade do documento eletrónico com assinatura simples
- ❑ Cabe ao julgador aquilatar até que ponto a assinatura simples - desde o momento da sua criação até à apresentação do documento em juízo - reveste as características de qualidade , segurança, integridade e imodificabilidade, graduando a sua eficácia em conformidade (=juízo gradativo)
- ❑ Há que indagar designadamente: (i) até que ponto o subscritor teve o controlo exclusivo do dispositivo de criação da assinatura; (ii)até que ponto a tecnologia empregue permite manipulações bem como se existem indícios concretos (não meras suposições) de manipulações
- ❑ A inércia do imputado autor do email deve ser valorada como indício endoprocessual

INDICADORES NÃO VERBAIS MAIS FIDEDIGNOS NA DETECÇÃO DA MENTIRA:

- Mentirosos falam num tom de voz mais alto/agudo
- Mentirosos fazem menos movimentos com os dedos, mãos e braços
- Mentirosos fazem menos movimentos do braço e da mão para modificar ou completar o que é dito verbalmente
- Mentirosos fazem pausas maiores
- Mentirosos fazem menos movimentos com as pernas e pés

INDICADORES VERBAIS MAIS FIDEDIGNOS NA DETEÇÃO DA MENTIRA:

- As respostas dos mentirosos são menos plausíveis e convincentes
- As histórias dos mentirosos contêm menos detalhes
- Os mentirosos dão mais respostas indiretas
- Os mentirosos dão respostas mais curtas
- Os mentirosos fazem menos autorreferências
- Os mentirosos contam a história de forma cronologicamente correta/sequencial
- As mentiras contêm mais afirmações negativas
- As mentiras contêm menos informação temporal
- As mentiras contêm menos informação espacial
- As mentiras contêm menos informação perceptual

STATEMENT VALIDITY ASSESSMENT

(AVALIAÇÃO DA VALIDADE DE DEPOIMENTOS)

- HIPÓTESE DE UNDEUTSCH: testemunho baseado numa experiência real difere em qualidade e conteúdo face a um testemunho baseado num acontecimento imaginado

TRÊS FASES:

- i. Entrevista estruturada com a vítima;
- ii. Avaliação da credibilidade do testemunho utilizando o Criteria-Based Content Analysis (CBCA, Análise de Conteúdo Baseada em Critérios)
- iii. Validity Checklist (integração do CBCA com a informação derivada de um conjunto de perguntas)

CRITÉRIOS DO CBCA

CARACTERÍSTICAS GERAIS:

1. Estrutura lógica
 2. Produção inestruturada
 3. Quantidade de detalhes
- ## CONTEÚDOS ESPECÍFICOS:
4. Enquadramento contextual
 5. Descrições de interações
 6. Reprodução de conversações
 7. Complicações inesperadas durante os incidentes

PECULIARIDADES DOS CONTEÚDOS:

8. Detalhes inusuais
9. Detalhes supérfluos
10. Relato de detalhes mal interpretados
11. Associações externas relacionadas
12. Alusões ao estado mental subjetivo
13. Atribuições ao estado mental do perpetrador

CRITÉRIOS DO CBCA (cont.)

CONTEÚDOS RELACIONADOS COM A MOTIVAÇÃO:

- 14. Correções espontâneas
- 15. Reconhecimento de falta de memória
- 16. Levantamento de dúvidas sobre o próprio testemunho
- 17. Autodepreciação
- 18. Perdão ao perpetrador

ELEMENTOS ESPECÍFICOS DO DELITO:

- 19. Detalhar características do delito

VALIDITY CHECKLIST

CARACTERÍSTICAS PSICOLÓGICAS:

Linguagem e conhecimento inapropriados

Inadequação das emoções

Sugestionabilidade

CARACTERÍSTICAS DA ENTREVISTA:

Perguntas sugestivas, orientativas ou coercivas

Inadequação global da entrevista

MOTIVAÇÃO:

Motivo pelo qual foi feita a denúncia

Contexto da revelação

Pressão para denunciar falsamente

QUESTÕES DA INVESTIGAÇÃO:

Consistência com as leis da natureza

Consistência com outras declarações

Consistência com outras provas

BIBLIOGRAFIA:

REGO, MARGARIDA LIMA

- “O E-mail como Título Executivo”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, 1º vol., Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 1021-1043

SOUSA, LUÍS FILIPE PIRES DE,

- *Prova Testemunhal*, Almedina, 2016, Reimpressão
- *O Valor Probatório do Documento Eletrónico no Processo Civil*, dissertação, a publicar em 2016