presença dos advogados. É perguntada, pode ser confrontada. É esse conjunto que garante maior confiabilidade da prova.

Na declaração escrita isso não se dá. Pouco importa que a pessoa inicie sua declaração comprometendo-se a dizer a verdade, ou afirmando que o conteúdo do que será declarado corresponde à verdade. Fato é que o conteúdo é determinado exclusivamente pelo declarante (muitas vezes, aliás, auxiliado pelo advogado da causa), sem que a parte contrária possa confrontar tais declarações. Por isso se disse que a possibilidade subsequente de se realizar a arguição da testemunha (*cross examination*) confere completude à prova, mas, quando isso não se dá, o julgador deverá ponderar acerca do peso desse tipo de prova de modo mais cuidadoso.

Mas, repito, não me parece que a questão da valoração da prova seja diferente, porque ela foi obtida de forma típica ou atípica.[140] São as circunstâncias do caso concreto que serão relevantes. Uma perícia produzida segundo o modelo legal pode ser integralmente afastada pelo juiz, se suas conclusões não forem consistentes, ao passo que pode ser acolhido um laudo extrajudicial produzido por uma das partes, se do conjunto probatório resultar que a hipótese ali tratada é a mais verossímil.

Tampouco considero que a prova atípica só possa ser deferida e produzida de forma subsidiária, na falta de provas típicas. Basta pensar no exemplo acima, das declarações unilaterais. Elas podem ser admitidas mesmo que testemunhas possam ser arroladas e ouvidas segundo os parâmetros normais da prova testemunhal.

Quanto à prova atípica, volta a ser relevante lembrar a ideia dos momentos da prova. Ela será requerida pela parte. O juiz, ao ponderar sobre sua admissibilidade, deverá estabelecer os parâmetros com que a prova será produzida, e, ao fazê-lo, deverá assegurar a regularidade e o equilíbrio em sua produção. No momento de sua valoração, voltará a examinar esta regularidade e dará a ela o peso adequado, considerando o conjunto probatório como um todo.

16. Provas ilícitas

O tema da prova ilícita é riquíssimo, permite análise sob uma perspectiva mais teórica, quase filosófica, e também o exame das muitas situações concretas em que se discute a legalidade de certas provas. As disposições legais e a construção doutrinária sobre o tema no Brasil têm inspiração em discussões semelhantes provenientes da Suprema Corte dos Estados Unidos.

---

140 Essa advertência, de equilíbrio entre o contraditório e a prova atípica, com repercussão na valoração da prova, pode também ser encontrada em BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Provas Atípicas. *In Revista de Processo*, v. 76, 1994, p. 124-125.

A prova ilícita nem sempre foi proibida. Em momento anterior, admitia-se sua utilização, ao mesmo tempo que se contemplava a punição do agente que obtivera a prova de forma ilegal (*male captum bene retentum*). Mas o tempo demonstrou que esse sistema não era suficiente para prevenir abusos dos agentes do Estado na obtenção de provas, verificando-se também a complacência do Estado com os seus agentes, de forma que "invariavelmente, não fossem punidos. Esta quase certeza de não punição também acabava por estimular o Estado a praticar atos violadores de direitos fundamentais na produção probatória".[141]

Assim, evoluiu-se para a vedação absoluta às provas ilícitas. Há, como se vê, um componente didático e preventivo na fórmula. É a maneira de disciplinar os agentes do Estado e a sociedade em geral acerca da necessidade de "jogar limpo" no que diz respeito à colheita de meios de prova. Não sendo assim, a prova será completamente inútil, desprezada para todas as finalidades.

Para a atual análise do tema da prova ilícita em nosso sistema jurídico, o ponto de partida é o art. 5º, LVI, da Constituição Federal, que dispõe: *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*. Do seu exame literal, destacam-se desde logo dois aspectos. Primeiro, que a Constituição fala em inadmissibilidade da prova. Segundo, que se menciona processo, sem distinção de sua natureza.

A Constituição, assim, não distingue a prova ilícita por sua natureza ou características da sua produção, mas apenas determina sua inadmissibilidade no processo.[142] Inadmissível significa que a prova não pode ser considerada, sob hipótese alguma. Se foi colhida ou produzida, não pode ser juntada. Se foi juntada, deve ser desentranhada. Se permaneceu no processo, deve ser desprezada pelo julgador e não pode ser levada em consideração para fins do julgamento da causa.

Por se reconhecer a impossibilidade humana de o juiz desconsiderar certos fatos que conheceu, por força de uma prova ilícita, sustenta-se a necessidade de substituição do julgador, evitando-se sua contaminação psicológica.[143] Essa parece ser a melhor forma de dar concretude ao comando constitucional.[144]

---

141 DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 545-546.

142 Como adverte William Santos Ferreira, o legislador não se preocupou apenas em impor sanções diretas à violação de direito, mas também obstou a utilização da prova ilícita, em clara mitigação do princípio do livre convencimento motivado (art. 131 do CPC/73). FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 95-97.

143 AMARAL, Paulo Osternack. *Prova:* atipicidade, liberdade e instrumentalidade. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 214-215.

144 Uma forma de demonstrar o acerto dessa proposta é pela observação de uma crítica firme que Cândido Dinamarco faz ao modelo de vedação absoluta à prova ilícita. Diz o mestre que, "em si mesma, essa opção radical transgride princípios

Objeções de ordem formal ou mesmo práticas devem ser firmemente rechaçadas, quando o tema é a efetivação de direitos fundamentais, como o da vedação à prova ilícita.

Dinamarco resume as provas ilícitas como demonstrações de fato obtidas por modos contrários ao direito, quer no tocante às fontes de prova, quer quanto aos meios probatórios. As fontes de prova são ilícitas quando decorrem de interceptações telefônicas ou postais, invasão de memória de computador, traslado de peças de processos sigilosos ou quebra de sigilo bancário ou fiscal sem autorização. Já a ilicitude quanto aos meios de prova se dá, por exemplo, com a tortura ou coação a testemunhas ou à própria parte.[145]

Afora tal distinção, que guarda essencialmente uma finalidade didática, é importante compreender que tais provas serão sempre ilícitas, seja quando a ilicitude está na fonte, seja no meio de prova. Em todos esses casos, a consequência será a inadmissibilidade da prova, seu desentranhamento dos autos e até mesmo a substituição do julgador que decidirá a causa.

É fato, de outro lado, que existe na doutrina outra classificação, que parte do gênero das provas ilegais e que tem como espécies as provas ilícitas propriamente ditas e as provas ilegítimas. As provas ilícitas correspondem à transgressão de norma de direito material, violação a normas previstas na Constituição ou em leis infraconstitucionais materiais, e as provas ilegítimas, obtidas em violação de norma de direito processual (ocorrência dentro do processo).[146] Como regra, compreende-se que a prova ilícita é obtida antes e

---

constitucionais do processo ao exigir que o juiz finja não conhecer fatos seguramente comprovados, por causa da origem da prova: a parte, que nem sempre será o sujeito responsável pela ilicitude (mas ainda quando o fosse), suportará invariavelmente essa restrição ao seu direito à prova, ao julgamento segundo a verdade e à tutela jurisdicional a que eventualmente tivesse direito". Cf. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. v. 3, p. 54-56. Por isso, o autor defende uma evolução do conceito do "fruto da árvore envenenada", como fez a Suprema Corte americana, ao admitir provas ilícitas por derivação em casos nos quais estejam em jogo valores de elevada dignidade constitucional. Com o devido respeito ao mestre, em muitas situações, a violação ao método de obtenção da prova será tão flagrante que nenhum aproveitamento deverá ser tolerado. A questão é pedagógica. Se as pessoas e, sobretudo o Estado, percebem que pode haver algum aproveitamento de provas obtidas por meios ilícitos, passarão a adotar condutas abusivas e a desrespeitar de forma consistente os preceitos legais e morais que norteiam o processo e, em plano mais amplo, a vida em sociedade.

145 BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2, t. 1, p. 277.

146 A distinção é atribuída a Pietro Nuvolone, cf. DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 546. Ada Pellegrini Grinover e Luiz Francisco Torquato Avolio adotam a mesma

fora do processo, isto é, que a ilegalidade está atrelada a sua colheita, ao passo que a prova ilegítima se relaciona com um problema em sua produção, dentro do processo, em violação a uma norma de direito processual.

Quando falamos em provas ilícitas, estamos nos referindo ao primeiro dos gêneros dessa classificação. São elas as provas vedadas no plano constitucional. Por exemplo, são ilícitas as gravações ilegais, obtidas sem autorização judicial, e por derivação, são ilícitos os testemunhos prestados por pessoas cujos nomes tenham sido citados naquelas gravações.

Já as provas ilegítimas, entendidas como as que tenham sido produzidas com alguma violação ao direito processual, devem ser tratadas no plano da instrumentalidade das formas e das regras sobre nulidades. Se uma perícia ocorreu sem o acompanhamento dos assistentes técnicos, ou se o depoimento de uma testemunha foi indevidamente indeferido, é claro que essas irregularidades não receberão o tratamento de uma prova ilícita.

A esse respeito, Guilherme Madeira Dezem resume bem a distinção. A prova ilegítima será atacada no plano processual, pode ser objeto de recurso, e a irregularidade poderá ser reconhecida se for alegado e demonstrado prejuízo. Pode ser que a parte que teve a testemunha indeferida vença a demanda, fazendo desaparecer qualquer prejuízo de sua não oitiva. E, se for reconhecido prejuízo, a prova será refeita e aproveitada para fins do julgamento. Tudo regulado no âmbito do próprio CPC, nas relevantes disposições sobre nulidades, dos arts. 276 a 283.

Já em relação à prova ilícita, a dinâmica é completamente outra. A prova ilícita não poderá ser utilizada, considerada para fins do julgamento, nem repetida. A ilicitude contamina a prova de tal maneira que o fato revelado por força da prova ilícita não poderá ser repetido.[147]

Essa distinção se justifica em virtude dos valores em jogo quando se fala em prova ilícita. Como ponderam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart, a Constituição restringe a admissibilidade de provas ilícitas porque "o interesse do encontro da verdade cede diante das exigências superiores de efetiva tutela dos direitos".[148]

---

classificação. Cf. FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 96.

147 DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 553. A esse respeito, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart afirmam que a prova ilícita não contamina o fato a ser esclarecido. Pode contaminar outras provas, mas o fato em si permanece de interesse da atividade probatória e, em tese, pode ser provado por outras provas lícitas. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, p. 166.

148 Cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VI, p. 158.

Entre esses valores protegidos, a privacidade e o sigilo das comunicações ensejam boas discussões práticas, em tempos de amplo acesso às redes sociais e comunicações instantâneas entre as pessoas, por *e-mail*, WhatsApp e outros métodos. Por exemplo, negou-se indenização por danos morais a uma pessoa que baseou suas alegações em mensagens trocadas por WhatsApp pela ré, e que foram obtidas por um terceiro. No caso específico, o empregador de uma babá teve acesso ao seu aparelho celular, constatou a troca de mensagens de teor ofensivo a uma terceira pessoa e transmitiu à ofendida aquelas mensagens.

No julgamento da apelação, as provas foram consideradas ilícitas, porque o acesso indevido ao celular da ré configurou "desrespeito aos [seus] direitos fundamentais à privacidade e à intimidade".[149] A decisão ainda enfrentou o tema de ser ou não legal acessar um equipamento eletrônico fornecido pelo empregador, considerando preservado o direito à intimidade se o equipamento é cedido sem cláusula de utilização exclusiva no âmbito profissional.[150]

A esse respeito, quanto ao uso de *e-mail* corporativo, prevalece a noção de que o empregador tem o direito de acesso ao conteúdo dos computadores e do próprio teor dos *e-mails*, sem que isso represente violação à privacidade do funcionário, "sobretudo quando há expressa menção, nas disposições normativas acerca do seu uso, da sua destinação somente para assuntos e

---

149 TJSP, Apelação n. 1000897-76.2014.8.26.0533, 30ª Câmara de Direito Privado, rel. MARIA LÚCIA PIZZOTTI, j. 09.05.2018. No âmbito penal, foi também considerada ilícito o espelhamento do WhatsApp por meio do WhatsApp Web. A relatora do caso, a relatora, Ministra LAURITA VAZ, afirmou que o espelhamento equivaleria a "um tipo híbrido de obtenção de prova", um misto de interceptação telefônica (quanto às conversas futuras) e de quebra de sigilo de *e-mail* (quanto às conversas passadas). "Não há, todavia, ao menos por agora, previsão legal de um tal meio de obtenção de prova híbrido". O número do processo não foi divulgado em virtude de segredo judicial. *Notícias do dia AASP*, 30 nov. 2018. Disponível em: https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli_noticia.asp?idnot=28072. Acesso em: 30 jul. 2019.

150 Da decisão, consta o seguinte trecho: "Adota-se, no particular, como razão específica de decidir, o seguinte trecho da r. sentença: 'Estou, porém, em que tal exegese não é válida, salvo expressa previsão no instrumento de contrato de trabalho ou de cessão do equipamento, para os aparelhos de celular denominados *smartphones,* nos quais são armazenados, como já aludido, os mais diversos dados e informações da vida privada. Deveras, se o equipamento é cedido sem cláusula de utilização exclusiva no âmbito profissional, passando então a desempenhar a sua vocação de reunir e armazenar praticamente todas as informações da vida pessoal do usuário, ao empregador não é desimpedido fiscalizá-lo *ad nutum*, perscrutando conversas, mensagens e imagens, sob pena de, traindo expectativa de privacidade, solapar o direito fundamental do empregado à privacidade e à intimidade'" (fls. 401). TJSP, Apelação n. 1000897-76.2014.8.26.0533, 30ª Câmara de Direito Privado, rel. MARIA LÚCIA PIZZOTTI, j. 09.05.2018.

matérias afetas ao serviço, bem como advertência sobre monitoramento e acesso ao conteúdo das comunicações dos usuários para fins de cumprir disposições legais ou instruir procedimento administrativo".[151]

A proteção aos direitos à intimidade, privacidade e intangibilidade das comunicações é tema recorrentemente enfrentado. Uma distinção geral é relevante. Há provas que dizem respeito diretamente às partes envolvidas na disputa. Aqui a dinâmica se modifica um pouco, pois seria excessivo proibir a própria parte de trazer elementos de prova de que participa, a pretexto de proteger a intimidade da contraparte. Três breves exemplos ilustram esse ponto.

Primeiro, em demandas bancárias, em que correntistas e instituições financeiras discutem operações de crédito, é lícita a apresentação, pelo banco, de extratos bancários do correntista. Além de serem documentos comuns às partes (art. 399, III), e em geral representarem a exata forma de demonstração do fato constitutivo do direito em disputa, o conteúdo da proteção constitucional ao sigilo bancário não é oponível ao próprio banco.

Segundo, em demanda entre particulares, deve ser garantido o acesso a certos documentos, tais como formulários médicos, registros de circuito interno de TV ou documentos contidos em prontuários e arquivos de empresas, instituições de ensino etc. O paciente tem direito a seu prontuário médico, ao mesmo tempo que tem o direito ao sigilo dessas mesmas informações, que não poderão ser transmitidas a terceiros, exceto por autorização judicial.[152] O mesmo

---

151 STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 48.665/SP, Segunda Turma, rel. Og Fernandes, j. 15.09.2015. No acórdão lê-se ainda que "4. A quebra do sigilo de dados telemáticos também é vista como medida extrema, pois restritiva de direitos consagrados na Carta Magna (art. 5º, X e XII, CF/88; arts. 11 e 21 do Código Civil). Não obstante, a intimidade e a privacidade das pessoas, protegidas no que diz respeito aos dados já transmitidos, não constituem direitos absolutos, podendo sofrer restrições, assim como quaisquer outros direitos fundamentais, os quais, embora formalmente ilimitados (isto é, desprovidos de reserva), podem ser restringidos caso isso se revele imprescindível à garantia de outros direitos constitucionais". No mesmo sentido: TJSP, Apelação n. 1063471-71.2017.8.26.0100, 30ª Câmara de Direito Privado, rel. Maria Lúcia Pizzotti, j. 13.12.2017.

152 O novo Código de Ética Médica, publicado no Diário Oficial da União em 01.11.2018, estabelece, em seu art. 73, que "[é] vedado ao médico revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente. Parágrafo único. Permanece essa proibição: a) mesmo que o fato seja de conhecimento público ou o paciente tenha falecido; b) quando de seu depoimento como testemunha (nessa hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento); c) na investigação de suspeita de crime, o médico estará impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal". Uma exceção importante, que se

se pode dizer em demanda entre condômino e condomínio, na qual se pretenda utilizar imagens do circuito interno de TV. Não existe um direito do condômino à privacidade, ao ponto de impedir que tais imagens sejam usadas em demanda na qual ele próprio participe.[153]

Terceiro. Em demanda sobre cobertura securitária, a indenização do seguro de vida foi negada porque exame de sangue constatou níveis de álcool no corpo da vítima, que faleceu após colidir seu carro. A decisão considerou lícita a prova da embriaguez – causa excludente da cobertura securitária –, pois o exame foi realizado por médico-legista, a quem compete, por dever legal, apurar a causa da morte. O fato de não ter havido autorização dos familiares da vítima para a colheita do sangue não foi considerado violador do direito à intimidade e privacidade do *de cujus*.[154]

Outro tema que merece comentários específicos é o da licitude da prova consistente em gravações de conversas. Um primeiro plano é a gravação de conversas entre os próprios interlocutores. Sua admissibilidade estará atrelada ao parâmetro de moralidade. Caso ela se constitua um meio moralmente legítimo, o que depende, em boa medida, da não realização de induções de um interlocutor ao outro, será admitida a prova.[155]

---

enquadra na modalidade de "dever legal" prevista no *caput* do referido artigo, são as doenças de notificação compulsória, que deverão ser notificadas à autoridade pública sob pena de cometimento de crime de omissão de notificação de doença (art. 269 do Código Penal).

153 TJSP, Apelação n. 2147503-69.2015.8.26.0000, 33ª Câmara de Direito Privado, rel. MARIO A. SILVEIRA, j. 03.08.2015: "Por fim, em relação às imagens em circuito interno do condomínio colacionada aos autos, não se afiguram como prova ilícita, porquanto voltadas para elucidação de controvérsia condominial. É cedido que, de ordinário, as câmeras instaladas dentro de dependências condominiais – nas áreas comuns destas – são de conhecimento dos condomínios e voltadas aos interesses destes, portanto, não violam a esfera privada. Além disso, a demanda tratada nos autos envolve interesse tanto do condômino quanto do condomínio. Portanto, nenhuma afronta seja de matéria constitucional ou infraconstitucional a respeito."

154 TJSP, Apelação n. 2027537-49.2014.8.26.0000, 27ª Câmara de Direito Privado, rel. DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT, j. 07.02.017. "Não se vislumbra qualquer ilicitude na coleta do material sanguíneo da vítima. O médico legista, para assim proceder, não depende de consentimento da família. Aliás, é dever da autoridade policial, em ocorrendo morte a ser investigada, determinar de ofício o exame necroscópico nele podendo se incluir o toxicológico, a fim de que se perquira a causa da morte, tal agir encontra sua 'ratio essendi' no art. 6º, VII do CPP".

155 Em situação ligeiramente diferente, mas sobre tema correlato, o Supremo Tribunal Federal considerou ilícito o interrogatório obtido diretamente por um policial, durante uma busca e apreensão, pois o ato foi realizado sem que o acusado fosse advertido quanto ao direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-jun-26/stf-anula-interrogatorio-feito-policial-durante-busca-apreensao. Acesso em: 27.07.2019.

Caso muito polêmico e atual envolveu a gravação clandestina do Presidente da República, por empresário investigado na Operação Lava Jato. Em "ação controlada" da Polícia Federal, Joesley Batista se encontrou com o Presidente da República e gravou o teor da conversa, em tentativa de obter elementos para a configuração de práticas criminosas (corrupção, formação de quadrilha etc.). A gravação foi autorizada previamente, mas, ainda assim, discute-se se ela é lícita, por ter sido realizada sem o consentimento de um dos interlocutores e com o específico objetivo de constituir prova contra ele, com induzimento de temas e tentativas de obter declarações incriminadoras.[156]

No âmbito do processo civil, a lei proíbe que a testemunha seja inquirida de forma a induzir respostas. O juiz está autorizado, nesse caso, a indeferir a pergunta (CPC, art. 459, *caput*). Se no ambiente controlado de uma audiência judicial há essa preocupação, com ainda maior razão deverá haver no contexto de uma conversa particular, gravada por uma pessoa sem o conhecimento da outra. Também por essa razão, a Professora Ada Pellegrini Grinover elaborou parecer, pelo qual concluiu ser ilegal a prova obtida em face do Presidente da República, pois realizada sem atenção aos preceitos de moralidade da prova. Ocorreu ali, segundo a saudosa professora, violação do direito constitucional à intimidade.[157]

As gravações de conversas telefônicas de terceiros, de outro lado, só podem ser realizadas se autorizadas pelo juiz. É ilícita a prova obtida diretamente, fora do controle judicial. Porque a previsão de exceção ao princípio da inviolabilidade das comunicações está prevista apenas para as gravações telefônicas, atreladas a investigações criminais, há quem sustente que só poderá ser admitida uma gravação telefônica como prova no âmbito criminal. Não poderia haver o empréstimo ou a utilização da prova para fins civis.[158] Entendo que o

---

156 Sobre a gravação clandestina, Paulo Osternack Amaral sustenta que, por falta de previsão legal específica, ela segue o regime jurídico da teoria geral da prova, devendo ser examinada sob os aspectos da amplitude e atipicidade. As ressalvas são em relação à violação a garantias constitucionais da pessoa gravada, como as que preservam sua dignidade humana, ou em violação a regras de sigilo ou preceitos éticos, ou ainda se contiverem questões que induzam artificialmente respostas desfavoráveis à pessoa gravada, pois aqui se está no campo da imoralidade da prova. Cf. *Prova:* atipicidade, liberdade e instrumentalidade. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 217-220.

157 GRINOVER, Ada Pellegrini. Conversas gravadas: ilicitude ou licitude? *Revista de processo*, São Paulo, v. 274, ano 42, p. 19-42, 2017.

158 Em estudo acerca de casos relevantes julgados pelo STJ, José Maria Tesheiner alude a caso em que se apurou que Francisco Agathos era membro de quadrilha internacional que realizava tráfico de armas de fogo de grosso calibre, munições e outros acessórios bélicos para traficantes. Ele foi preso sem ordem judicial, e confessou sem que lhe fosse informado o seu direito ao silêncio. Em seguida, foi

empréstimo é possível, sob uma consideração mais geral de que "quem pode o mais, pode o menos". Se a prova já foi obtida em investigação criminal, parece-me razoável permitir o seu aproveitamento em questões daí derivadas, como a ação indenizatória decorrente dos mesmos fatos, ou medidas de natureza disciplinar. Remeto o leitor aos comentários ao art. 372.

Como visto, a casuística a respeito do tema é ampla. Convém analisar esses casos, porque a realidade da vida é objeto da regulação legal e, ao mesmo tempo, influencia a forma de interpretação de tais disposições. Nossa sociedade tem uma cultura menos liberal e menos preocupada com a garantia de liberdades civis, quando comparada com os Estados Unidos. Isso explicará por que certas condutas são aqui admitidas. Não são poucos os exemplos de normas infraconstitucionais que regulamentam exceções à inviolabilidade da correspondência, do sigilo bancário, fiscal etc., e que têm sido aceitas por nossos Tribunais. Cabe sempre refletir se essas decisões são corretas e compatíveis com os parâmetros constitucionais.

Na jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, há diversos casos em que se discute a possibilidade de autuação fiscal de empresas, a partir de informações obtidas de operadoras de cartão de crédito. Porque existe legislação estadual específica, pela qual as empresas que aderem a tipos favorecidos de regimes fiscais autorizam a remessa de dados de suas transações para o Fisco, entende-se que não há violação ou desrespeito ao sigilo bancário das pessoas jurídicas.[159] Elas próprias aceitaram compartilhar aquelas informações, como contrapartida dos benefícios fiscais. De outro lado, se pessoas jurídicas não têm esse enquadramento, o acesso às mesmas informações, provenientes das mesmas operadoras do cartão de crédito, é tipo por ilícito.

---

instado a realizar telefonema pela polícia, que foi ilegalmente gravado. Iniciada a ação penal, impetrou *habeas corpus* ao STF, com pedido de desentranhamento das fitas K-7 contendo a gravação, o laudo que as transcrevia, as correspondentes declarações dos detetives, bem como as provas delas decorrentes. O *habeas corpus* foi concedido por unanimidade. TESHEINER, José Maria. Direitos fundamentais, verdade e processo. *In* DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord. geral) *et al. Direito probatório*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 69-71 (Col. Grandes Temas do Novo CPC).

159 TJSP, Apelação n. 1003931-95.2017.8.26.0196, 30ª Câmara de Direito Privado, rel. Maria Lúcia Pizzotti, j. 07.03.2018. TJSP, Apelação n. 0001440-08.2015.8.26.0648, 2ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. José Joaquim dos Santos, j. 20.02.2018. Desse julgado, contudo, extrai-se uma afirmação equivocada e perigosa, que considera não existir a proteção constitucional do sigilo bancário às informações de natureza exclusivamente empresarial. A decisão não adota esse fundamento para considerar lícita a prova, mas é perigoso criar distinções acerca do direito ao sigilo bancário que não decorre da constituição ou da lei.

Sem que haja autorização judicial, ou ao menos processo administrativo em trâmite, no qual o Fisco obtenha acesso às informações normalmente protegidas, será ilícita a prova obtida por esses entes arrecadadores, contaminando os autos de infração que daí derivem.[160] A esse respeito, a jurisprudência dos Tribunais Superiores modificou seu entendimento anterior e, na minha opinião, involuiu em relação ao tema. Abandonou uma posição garantista e compatível com a Constituição, para passar a admitir que extratos bancários obtidos sem autorização judicial sirvam para instruir não apenas as medidas de arrecadação de impostos como também ações penais correlatas.

Com base na Lei Complementar n. 105/2001, a jurisprudência havia firmado o entendimento da legalidade na obtenção de dados diretamente pela autoridade fiscal, sem a necessidade de prévia autorização judicial, quando tais informações serviam para instruir providências de constituição de crédito tributário.[161] Mas ressalva-se a impossibilidade de utilização dessas mesmas informações para a deflagração da ação penal por suposta sonegação fiscal ou crime de outra natureza. Havia uma diferenciação, portanto. No confronto entre o direito dos contribuintes à proteção dos dados e o direito do Estado à fiscalização e arrecadação tributária, entendeu-se ser razoável permitir o acesso a tais dados. Em alguma medida, penso eu, porque as consequências para o particular eram de menor relevância, diziam apenas respeito ao aspecto patrimonial do pagamento dos impostos. Possivelmente a dificuldade na obtenção de provas da sonegação fiscal por outros meios pode ter influenciado nessa construção.

Contudo, mais recentemente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi modificada, para se admitir também que aqueles mesmos dados, obtidos sem autorização judicial, sejam informados ao Ministério Público e possam instruir medidas de natureza penal contra os contribuintes. Entende-se que não há ilicitude das provas porque, por força da autorização legal, a mesma informação é transmitida para o Fisco, Advocacia-Geral da União e para Ministério Público, "sempre que, no curso de ação fiscal de que resulte lavratura de auto de infração de exigência de crédito de tributos e contribuições, se constate fato que configure, em tese, crime contra a ordem tributária".[162]

---

160 Para Antonio Scarance Fernandes, "não pode o Ministério Público determinar a quebra do sigilo financeiro, *nem receber* ou requisitar *documentos de órgãos fiscais, do Banco Central, da Comissão de Valores Mobiliários, que representem acesso aos informes sigilosos, sem prévia autorização judicial*". Cf. O sigilo financeiro e a prova criminal. *In Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 483.

161 STJ, HC 260.519/SP, 6ª Turma, rel. Rogério Schietti Cruz, decisão monocrática proferida em 14.12.2016.

162 STJ, *Habeas Corpus* n. 422.473/SP, Sexta Turma, rel. Sebastião Reis Júnior, j. 20.03.2018. Nessa mesma linha, as decisões citadas no voto do relator: ARE

Parece-me um evidente abuso e clara distorção das regras constitucionais. A liberdade dos cidadãos é um valor relevante, que não pode ceder diante de quaisquer outros valores. De uma tacada, esse entendimento afasta totalmente a previsão constitucional da inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e de dados (CF, art. 5º, XII), despreza a vedação às provas ilícitas e submete os cidadãos a medidas penais (com todas as graves consequências que daí decorrem), privilegiando valores bem menos relevantes, como a facilidade do Estado na investigação de práticas fiscais ilegais e a facilidade na arrecadação de impostos (que é o verdadeiro fator motivador da tipificação penal dos crimes tributários, uma vez que o pagamento dos valores gera extinção da punibilidade).[163]

Tais manifestações vão de encontro a todas as ponderações acima, que explicam a regra geral do nosso sistema e propõem um critério interpretativo seguro para as diversas situações concretas que se apresentam. A implementação de direitos fundamentais exige ações permanentes e todo um conjunto de interpretações, para refrear impulsos contrários, cedendo a pressões de cunho autoritário, inspiradas em supostas razões de eficiência.[164]

998.818, rel. RICARDO LEWANDOWSKI; RE 1.073.398, rel. LUIZ FUX; RE 1.090.776, rel. ALEXANDRE DE MORAES; RE 1.064.544, rel. EDSON FACHIN. Segundo outro precedente do STF, "sendo legítimos (...) os meios de obtenção da prova material e sua utilização no processo Administrativo fiscal, mostra-se lícita sua utilização para fins da persecução criminal. Sobretudo, quando se observa que a omissão da informação revelou a efetiva supressão de tributos, demonstrando a materialidade exigida para configuração do crime previsto no art. I2, inciso I, da Lei n. 8.137/1990, não existindo qualquer abuso por parte da Administração Fiscal em encaminhar as informações ao *Parquet* (ARE n. 953.058, Ministro GILMAR MENDES)".

163 Situação diversa foi recentemente objeto de rumoroso julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. Tratava-se de definir se investigações de natureza criminal podem ser realizadas pelo Ministério Público a partir de informações fornecidas diretamente pelo COAF. O julgamento final concluiu, por maioria, que é sim lícito o fornecimento de informações do COAF – órgão encarregado de monitorar movimentações financeiras suspeitas – para o Ministério Público, e que a utilização de informações financeiras não viola as garantias de sigilo fiscal e bancário. O tema é complexo. Mas em favor da legalidade destas condutas, registre-se que o Conselho de Controle de Atividades Financeiras possui como função precípua o monitoramento de atividades consideradas suspeitas e a comunicação destas atividades às autoridades encarregadas de investigações criminais. É da Lei 9.613/98 – lei de combate aos crimes de lavagem de dinheiro – que se extrai a autorização para tais comunicações de dados, que, por isso, dispensam a autorização judicial. A hipótese de práticas criminais merece proteção de natureza diversa do que as atividades de índole arrecadatória do Estado, o que justifica que num caso se admita tais comunicações, mas no outro não. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5213056.

164 Na esteira da advertência de PAULO OSTERNACK AMARAL, "não estiver em jogo outra garantia fundamental, não há que se falar em aplicação do princípio da pro-

É claro, porém, que a vedação à prova ilícita, como qualquer outra garantia constitucional, não é absoluta. É preciso ressalvar, como não poderia deixar de ser, que não existem direitos absolutos. Até o mais precioso dos valores humanos, que é a própria vida, pode ceder em determinadas circunstâncias. Não poderia ser diferente com o direito à prova, e também não escapa a esse modelo de relativização de direitos e garantias constitucionais a própria vedação à prova ilícita. Assim, em certas situações, admite-se que se realize, concretamente, um juízo de ponderação, afastando-se a proibição de utilização da prova ilícita em certas e específicas circunstâncias.

Porque se, de um lado, a tortura e a coação na tomada de um depoimento jamais poderão ser aceitos como fonte de prova, em certas situações poderá ser excepcionalmente admitida a descoberta de fatos mediante gravação clandestina de terceiros. É ilegal gravar a conversa de terceiros, porque a todos é assegurada a intimidade, a privacidade e o sigilo das comunicações, mas, se a violação de tais direitos fundamentais revela, por exemplo, que crianças estão sendo vítimas de maus-tratos, poderá ser excepcionalmente admitida essa prova, exclusivamente no contexto de proteção aos direitos desses menores.[165]

Para seguir no mesmo exemplo, a prova poderia ser utilizada para embasar pedido de afastamento cautelar do genitor que imponha maus-tratos aos filhos. Mas não poderia ser utilizada para justificar a demissão por justa causa de alguém, eis que o direito violado, à intimidade e ao sigilo das comunicações possui proteção de maior relevo do que os possíveis direitos violados de um empregador, na descoberta de fatos desabonadores de seus funcionários, praticados em suas relações pessoais e fora do ambiente de trabalho.

O problema, portanto, não se põe tanto em relação a admitir ou não exceções à vedação à prova ilícita, mas ao grau de flexibilização que pode ser admitido. Porque não pode haver dúvidas de que o valor da legalidade nas coisas que dizem respeito ao processo é relevantíssimo em nosso sistema jurídico, e assim é porque a nossa sociedade elegeu tais valores como fundamentais para o convívio de seus cidadãos e para seu desenvolvimento.[166] É sob essa perspectiva que sempre devem ser interpretadas as questões envolvendo a licitude das provas.

---

porcionalidade e o juiz deverá prestigiar a vedação constitucional ao emprego de provas ilícitas no processo". Cf. *Prova:* atipicidade, liberdade e instrumentalidade. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 227.

165 Ver, por exemplo, *Informativo* 478 do STJ.

166 O preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil assim prescreve: "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem

Rejeitam-se as correntes teóricas que autorizam sempre a adoção de provas ilícitas,[167] porque entendem que a questão se resolve na punição ao agente que as obteve fora dos parâmetros legais, ou que são completamente restritivas à admissão de tais provas, por entenderem que o juízo de ponderação já foi *a priori* realizado pelo legislador constituinte. A virtude, como sempre, está no meio. É de se admitir a utilização excepcional de provas obtidas por meios ilícitos (nunca por fontes ilícitas de prova), decorrente de um exercício de ponderação sobre os direitos em conflito, detalhadamente desenvolvido na fundamentação da respectiva decisão.

Contudo, é preciso muito cuidado na invocação da regra da proporcionalidade, pois ela pode ser o mecanismo institucionalizado de violação a garantias constitucionais. O exercício da ponderação, próprio da proporcionalidade, deve ser realizado com esse viés metodológico, de que a vedação à prova ilícita é expressamente contemplada, sem distinção para ramos do direito[168] ou situações concretas, funcionando como critério geral interpretativo e que deve ser excepcionado em poucas e raras situações. A regra é a inadmissibilidade; a exceção será sua admissão.

O Código de Processo Civil não traz qualquer parâmetro para a utilização de prova ilícita. Em certa medida, pode-se dizer que ele regula, *a contrario sensu*, sua vedação absoluta, pois consagra o direito de as partes empregarem "todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código". Mas o Código de Processo Penal contém um dispositivo importante a respeito,[169] que pode ser utilizado na interpretação da prova ilícita também no processo civil.[170]

---

interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL". Seu art. 3º assim define os objetivos do país: "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

167 DANIEL NEVES expõe as três correntes com maiores detalhes. Cf. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 752-754.

168 LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO ARENHART sustentam uma distinção entre processo penal e processo civil, entendendo que neste último caso, deve ser feita um segundo juízo de ponderação pelo juiz, pois os valores em disputa são equivalentes, daí por que pode ser admitida a prova ilícita em mais situações. Cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VI, p. 158-166. Por não haver qualquer sugestão no texto constitucional a respeito, entendo que semelhante distinção não se justifica.

169 Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. § 1º São

Por esse dispositivo, estabelece-se que as provas ilícitas devem mesmo ser desentranhadas do processo, e que a ilicitude se estende às provas derivadas da prova ilícita, o que representa a incorporação, ao plano legal brasileiro, do que se costuma denominar "teoria dos frutos da árvore contaminada".[171]

Na jurisprudência, os elementos considerados para admitir provas consideradas ilícitas são a gravidade do ato, a espécie da relação jurídica discutida, as dificuldades de demonstrar a veracidade dos mesmos fatos de forma lícita, a prevalência do direito tutelado, em detrimento do direito violado; e a imprescindibilidade da prova no convencimento judicial.[172] Todos os elementos que se fazem presentes na aplicação da regra da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

São provas ilícitas por derivação, por exemplo, o testemunho de pessoa que foi mencionada em fita gravada clandestinamente.[173] Da mesma forma, são nulas as gravações ou extratos bancários obtidos, ainda que com autorização judicial, se essa decisão se deu a partir de denúncia anônima, que não pode, isoladamente, autorizar medidas drásticas como a quebra de sigilo bancário.[174]

---

também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. § 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. § 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

170 Paulo Osternack Amaral sustenta a aplicação desta regra também ao processo civil. Cf. *Prova:* atipicidade, liberdade e instrumentalidade. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 212. No mesmo sentido, o enunciado 301 do FPPC: "301. (art. 369) Aplicam-se ao processo civil, por analogia, as exceções previstas nos §§ 1º e 2º do art. 157 do Código de Processo Penal, afastando a ilicitude da prova. (Grupo: Competência e invalidades processuais)".

171 O *leading case* é *Silverthorne Lumber Co x United States*, 1920. A contaminação requer causalidade entre as duas provas.

172 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 753.

173 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 752.

174 Em certo caso concreto, uma denúncia anônima levou à investigação de práticas de cartel por parte do CADE. A conclusão do processo administrativo no sentido de estar configurado o cartel foi anulada em demanda judicial subsequente, pois a denúncia anônima, isoladamente, não acompanhada de outras investigações, não poderia ter ensejado a quebra do sigilo bancário das empresas investigadas. TJSP, Ap. 130316.15.2011.8.26.0100, 32ª Câmara de Direito Privado, rel. Maria de Lourdes Lopez Gil, j. 22.06.2017.

Em conclusão, sob o ponto de vista do sistema de justiça implementado em nossa ordem constitucional, é possível afirmar que se procura estabelecer, por meio da vedação à prova ilícita, um modo de ser, um padrão de comportamento tido por aceitável, que de forma veemente proíbe quaisquer atitudes tendentes a macular a obtenção da prova. Nossa ordem constitucional, no que diz respeito à tutela jurisdicional, considera que só pode haver um justo processo se os elementos de prova a ele incorporados não tenham sido obtidos em violação a direitos fundamentais que a própria ordem constitucional assegura.

Essa disposição, não obstante tenha sido expressamente incorporada no plano constitucional apenas a partir de 1988, integra a tradição dos sistemas jurídicos democráticos. Não há regime autoritário ou tirânico que não se valha, entre outros métodos, de provas obtidas em violação à liberdade, à dignidade, à intimidade dos cidadãos (que se materializa pela inviolabilidade do domicílio, das correspondências físicas e eletrônicas, pelo sigilo bancário e fiscal). Não raro, regimes de exceção admitem inclusive a obtenção de informações mediante tortura, sob uma justificativa de tutelar valores superiores, como a segurança dos cidadãos.

Mas é impossível que a segurança geral dos cidadãos seja obtida a partir da violação individual e concreta da segurança de certos cidadãos, que são submetidos, nesse exemplo específico, a tortura, prisões abusivas, maus tratos ou outras técnicas, para que "colaborem" com a Justiça na obtenção de informações relevantes para o deslinde de certos conflitos.

Por isso se considera que a inadmissão de provas ilícitas constitui um limite moral ao direito à prova, fixado em nossa Constituição. Portanto, o direito fundamental à prova, de matriz constitucional, deve ser lido, evidentemente, como um direito à prova material e formalmente lícita.

> **Art. 370.** Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.
>
> **Parágrafo único.** O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.
>
> *CPC de 1973 – art. 130*

17. O modelo do sistema brasileiro quanto aos poderes instrutórios do julgador

É tradicional no sistema jurídico brasileiro a noção de que o julgador possui poderes instrutórios de ofício. A disposição deste art. 370 constava do art. 130 do CPC/73, mas sua origem é ainda anterior. De fato, o Código de