

antes da Constituição de 1988 já eram consideradas inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos.⁴

9.2 A ilicitude probatória proibida pela Constituição (CF/1988, art. 5.º, LVI)

O art. 5.º, LVI, da CF/1988, reputa “inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

A determinação constitucional contém indistigível conteúdo processual, aplicando-se a qualquer espécie de processo. A despeito de se referir a uma prova materialmente ilícita, a Constituição menciona especificamente a fase de admissibilidade processual da prova,⁵ impedindo o seu ingresso no processo caso tenha sido obtida com violação à lei. Assim, a inadmissibilidade processual é a consequência constitucional para a ilicitude material.⁶

Não há dúvida de que será considerada ilegal toda prova que violar preceitos de natureza material ou processual. A distinção juridicamente relevante parte do gênero “prova vedada”, de que são espécies a *prova ilegítima*, caracterizada pela ofensa a regras de direito processual (*prova vedada em sentido relativo*), e a *prova ilícita*, que consiste na ofensa a uma vedação de direito material (*prova vedada em sentido absoluto*).⁷

Portanto, não se enquadram no conceito de prova ilícita aquelas provas colhidas em desacordo com as regras procedimentais previstas em lei. Esses casos representam hipóteses de provas irregularmente produzidas (ilegítimas), cuja relevância para o processo será aferida a partir de uma investigação acerca da ocorrência de efetivo prejuízo derivado da inobservância da regra procedimental.

A proteção constitucional considera inadmissível no processo as provas colhidas com inobservância a regras de direito material (Constituição e leis),⁸ de

4. WAMBIER, Luiz Rodrigues. Prova – gravação magnética – conduta imoral e ilegal. *Revista de Processo*, n. 59, p. 274, set. 1990.

5. Recorde-se, aqui, as quarto fases da atividade probatória no processo: propositura (pelas partes ou pelo juiz), admissão (exame judicial sobre a legalidade e adequação), produção (introdução no processo) e apreciação (valoração).

6. GRINOVER, Novas..., p. 457.

7. NUVOLONE, Pietro. Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n. 21 (II serie), p. 448 e ss. 1966; GRINOVER, As provas..., p. 417. Gian Franco Ricci parece ignorar tal distinção, ao afirmar que a prova ilícita (illegítima ou ilegitimamente adquirida) consistem em prova vedada pela lei, elencando como exemplos de prova ilícita: (a) prova que viola expressa vedação legal; (b) prova contendo vício na sua aquisição; (c) prova com defeito na sua formação (vícios de consentimento, por exemplo); (d) prova lesiva a princípios constitucionais (RICCI, *Principi...*, p. 394-396).

8. BEDAQUE, *Poderes...*, p. 140; ARIOLA, *Le prove...*, p. 144; MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 288.

9

A PROIBIÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS E SUA RELAÇÃO COM AS PROVAS ATÍPICAS

9.1 Considerações iniciais

O direito à prova é assegurado pela Constituição. É extratível das garantias do contraditório e da ampla defesa. Contudo, a exemplo de outras garantias constitucionais, o direito à prova não tem caráter absoluto. É limitado em determinadas hipóteses, como forma de preservar outros valores que, ao lado do interesse em investigar os fatos no processo, o legislador também identificou como relevantes.

O presente trabalho não tem a pretensão de examinar todas as restrições probatórias existentes no ordenamento brasileiro. O tema será examinado apenas no limite do necessário, como forma de demonstrar que a atipicidade probatória não conduz a uma admissibilidade irrestrita de meios de prova no processo. Essa parte do estudo, portanto, será dedicada à análise da vedação constitucional às provas ilícitas, o que exigirá investigação acerca da definição de prova ilícita, a identificação dos casos mais frequentes em que ela se configura, a sua repercussão no processo e seus reflexos sobre as provas atípicas.

O ordenamento jurídico brasileiro veda o aproveitamento no processo de provas obtidas por meios ilícitos (CF/1988, art. 5.º, LVI).¹ Trata-se da imposição pela Constituição de um limite moral ao direito à prova, que norteia a conduta das partes e a atividade do juiz no processo.²

O Código de Processo Civil contemplou em sede infraconstitucional a proibição de provas ilícitas *a contrario sensu*, ao admitir a produção de provas atípicas desde que sejam legais e moralmente legítimas.³ Isso significa que mesmo

1. Art. 5.º, LVI, da CF/1988: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

2. GRINOVER, Ada Pellegrini. As provas ilícitas na Constituição. *Provas ilícitas, interceptações e escutas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 414.

3. DINAMARCO, *Instituições...*, n. 783, p. 49; GRECO, Leonardo. A prova no Processo Civil: Do Código de 1973 ao Novo Código Civil. In: _____; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. (org.). *Direito processual e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 108.

modo a preservar a incolumidade, não raro, de direitos fundamentais materiais como os direitos à inviolabilidade da intimidade, da imagem, do domicílio e da correspondência (CF/1988, art. 5.º, X, XI e XII),⁹ ou mesmo que resultem de uma infração penal, da violação do segredo profissional ou de um atentado à vida.¹⁰

9.3 A inadmissibilidade processual das provas ilícitas

Inicialmente, a obtenção da prova por meio ilícito implicava apenas a punição do infrator. A prova permanecia incólume e era regularmente admitida no processo. Dissociava-se, portanto, a conduta ilícita do infrator (punível) e o seu produto (prova admissível).¹¹

Tal dissociação não prevalece à luz da ordem constitucional vigente. Atualmente, uma prova obtida por meio ilícito será inadmissível no processo e o sujeito que infringiu o direito material será punido pela sua conduta ilícita. A estrutura moral sob a qual se assenta o processo civil moderno dos Estados Democráticos não tolera a obtenção de provas por meio de condutas desleais ou ilegais.

A Constituição é clara ao inadmitir o ingresso da prova ilícita no processo. Trata-se de garantia constitucional do cidadão, cujo desrespeito caracteriza violação das liberdades públicas.¹² Contudo, tal como na Itália, o sistema brasileiro não estabelece de forma explícita uma consequência para o ingresso inadvertido de tal prova no processo.¹³ Por via de princípio, a violação do art. 5.º, LVI, da CF/1988

implica ineficácia das provas ilícitas e, eventualmente, nulidade da sentença que nela se amparar. Aqui deve-se distinguir duas situações.

A primeira consiste na hipótese de a prova ter sido juntada aos autos e a sua ilicitude constatada logo no juízo de admissibilidade. Nesse caso, a prova ineficaz será desentranhada dos autos e a sentença deverá ser proferida como se tal prova jamais tivesse existido.

A segunda hipótese caracteriza-se pela inadvertida admissão da prova ilícita e a prolação de sentença que nela se ampare. Caso haja recurso contra a sentença, o tribunal deverá determinar o desentranhamento da prova ilícita e reapreciar a causa com base no contexto probatório lícito existente nos autos.¹⁴ Não deverá necessariamente anular a sentença e devolver os autos para que o juiz de primeiro grau profira nova sentença, desta vez amparando-se apenas em provas lícitas. Até porque a anulação só seria uma consequência admissível caso a decisão tivesse se amparado na prova ilícita e não se pudesse atingir o mesmo resultado com base no restante do conjunto probatório. Assim, se o conteúdo da sentença permaneceria idêntico mesmo com a exclusão da prova ilícita, então não há motivo para se invalidar o pronunciamento.¹⁵

A exclusão da prova ilícita e o julgamento do mérito pelo tribunal não caracteriza supressão de grau de jurisdição. Afinal, na hipótese terá havido julgamento integral do litúgio pelo juízo singular. O tribunal terá reexaminado precisamente a mesma matéria. A única diferença será o contexto probatório, pois no tribunal foram consideradas apenas as provas admissíveis.¹⁶

9.4 Provas derivadas de provas ilícitas

Essa parte do trabalho examina o caso em que uma prova lícita é contaminada pela ilicitude de outra prova. Trata-se da chamada *prova ilícita por derivação*, cuja construção teórica foi implementada pela Suprema Corte americana no início do século passado e repercute ainda hoje com bastante vigor no processo brasileiro. Serão analisadas a doutrina e a jurisprudência sobre o tema, inclusive as relativas a questões penais, de modo a compreender as hipóteses em que a contaminação da prova comprometerá integralmente um julgado, bem como os temperamentos que vem sendo aplicados pelos tribunais.

Tal investigação se justifica em virtude de a ilicitude da obtenção de uma prova caracterizar um limite constitucional do direito à prova. Como visto, o

12. GRINOVER, Ada Pellegrini. Atribuições constitucionais para efetuar atos de investigação criminal. Agência brasileira de inteligência – ABIN. Provas ilícitas. Contaminação de toda a investigação. *Provas ilícitas, interceptações e escutas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 642.

13. A Espanha contém regra expressa afirmando a ineficácia das provas obtidas, direta ou indiretamente, com ofensa aos direitos ou liberdades fundamentais (art. 11, 1, da Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial).

14. Esse é o entendimento de Roland Arazi, amparado em precedente da *Corte Suprema de Justicia colombiana* (ARAZI, *Derecho*..., p. 375).

15. BARBOSA MOREIRA, Restricciones..., p. 156. Esse é o posicionamento da Corte de Casación francesa, tal como notícia a doutrina (BARBIERI et al, *Procédure*..., p. 181).

16. GRINOVER, As provas..., p. 424.

9. MARINONI e ARENHART, *Prova*..., p. 267; TABOSA, Fábio et al. *Código de Processo Civil Interpretado*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 1.050. Nesse sentido, DINAMARCO esclarece que "não importam ilicitude da prova, para os fins do preceito constitucional e consequentemente ineficácia probatória, os defeitos das próprias fontes, como a falsidade do documento trazido ao processo; ou eventuais vícios na produção da prova, como a inobservância do princípio do contraditório; ou ainda a menção intencional da testemunha. Esses desvios são sancionados pelo sistema processual por outros modos, como a negação de credibilidade e poder de convicção, a repetição do ato ou a própria possibilidade de rescisão da sentença por falsidade" (DINAMARCO, *Instituições*..., p. 49).

10. BARBIERI, Jean-Jacques; BAUFUMÉ, Guillaume; BIGUENET-MAUREL, Cécile; BILLE-MONT, Jean; MÉLIN, François; POSOCCO, Laurent; ROCHETEAU, Frédéric; SOREL, Gilles. *Procédure civile*. Levallois: Francis Lefebvre, 2013, p. 179.

11. A Constituição anterior não continha vedação expressa à prova ilícita, razão pela qual era bastante controversa a sua admissibilidade no processo. Esse tema será retomado adiante, de forma detalhada.

presente estudo estabelece como premissas a amplitude e atipicidade probatórias, dedicando-se a estabelecer limites a tal atividade das partes e do juiz. São analisados os limites à admissão da prova atípica. A prova ilícita, como é intuitivo, também é um limite à admissão de provas no processo, sejam elas típicas ou atípicas. Com isso, desvenda-se o caráter complementar do exame das provas ilícitas por derivação. Representam uma espécie de extensão da inadmissibilidade da ilicitude de uma prova, isto é, a ampliação de uma limitação do direito à prova.

9.4.1 A colocação do problema

É perfeitamente possível que por meio de uma prova ilícita acesse-se uma fonte de prova, obtendo-se informações relevantes, que até então eram ignoradas. Um exemplo é suficiente para demonstrar a importância da questão.

Imagine-se um litígio societário, em que se pretenda a exclusão de sócio por falta grave. Alguns sócios que se sentiram prejudicados furtam o notebook pessoal do sócio faltoso para obter informações. Dentre os arquivos encontrados no notebook, havia um vídeo que comprovava o desvio de dinheiro da sociedade pelo indigitado sócio e indicava o local em que os valores estavam escondidos.

O vídeo é apresentado em juízo como prova da conduta faltosa do sócio, o que conduziria à procedência do pedido de exclusão.

Não há dúvida de que a subtração do notebook caracterizou conduta ilícita. Contudo, em tese a fita de vídeo em si não o é. Surge então o impasse: é admissível ou não no processo uma prova que foi descoberta a partir de uma prova ilícita?

9.4.2 A ilicitude da prova por derivação: doutrina dos frutos da árvore envenenada (“fruit of the poisonous tree”)

A Suprema Corte Norte-Americana aplicou no caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, em 1920, a doutrina *fruit of the poisonous tree* para reconhecer a contaminação de uma prova lícita, por ser derivada de uma prova ilícita. Evidentemente, para que haja contaminação, exige-se relação de causalidade entre as duas provas. Acreditava-se que a aplicação de tal entendimento desencorajaria arbitrariedades perpetradas pelas autoridades policiais. Afinal, admitir uma prova derivada de uma ilicitude caracterizaria indevida burla à vedação probatória. Contudo, constatou-se em casos subsequentes que a regra de exclusão não inibiu novas condutas policiais ilegais.¹⁷

A aplicação da doutrina dos frutos da árvore envenenada é objeto de temperamentos no sistema norte-americano. Admite-se uma prova que, a despeito

17. AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 81-82.

de ter derivado de uma prova ilícita, a sua descoberta seria inevitável (“*inevitable discovery*”), advinda de uma fonte independente (“*independent source limitation*”) ou seja possível distinguir o meio de obtenção da prova secundária da ilegalidade inicial (“*purged taint*”).¹⁸

Portanto, as provas derivadas de uma ilicitude são reputadas inadmissíveis. Significa que a ilicitude na colheita da prova originária contamina a prova dela decorrente. Isso se justifica porque o que se objetiva com a inadmissão de uma prova ilícita no processo é justamente a impossibilidade de que o seu resultado incida sobre o convencimento do julgador. A aceitação dos frutos derivados da prova ilícita caracterizaria burla à vedação probatória constitucional. Assim, como regra, não será possível o aproveitamento no processo nem da prova ilícita tampouco das informações obtidas a partir dela (ainda que relevantes para o deslinde da causa).¹⁹

Disso resulta que a doutrina *fruit of the poisonous tree* configura proibição probatória relevante, mas que sofre temperamentos especialmente nas hipóteses em que se poderia ter acesso àquela prova derivada por outro meio que não a prova ilícita. A Lei 11.690/2008 encampou no § 1.º do art. 157 do CPP a inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, assim como duas exceções à contaminação da prova derivada: inexistência denexo de causalidade entre as provas e quando as derivadas puderem ser obtidas por fonte independente da ilícita. A regra não é imune a críticas.²⁰ O fundamental é que ela representa verdadeiro avanço do ordenamento jurídico brasileiro, no sentido de positivar entendimento que já estava consolidado na jurisprudência nacional e estrangeira.

As duas exceções à contaminação de uma prova por uma prova ilícita previstas no art. 157, § 1.º, do CPP são aplicáveis no processo civil. As provas ilícitas por derivação constituem detalhamento infraconstitucional, com fundamento na vedação constitucional às provas ilícitas, norma que também incide sobre o processo civil.²¹ Logo, não há motivo para não se reconhecer a incidência de tais exceções também no processo civil.

9.4.3 Panorama jurisprudencial dos Tribunais Superiores

A jurisprudência tem aplicado de forma bastante ponderada a teoria dos frutos da árvore envenenada para determinar a inadmissibilidade processual das provas derivadas de provas ilícitas. Ressalve-se que os precedentes encontrados envolvem questões penais. Entretanto, considerando que a inadmissibilidade constitucional

18. GRINOVER, Novas..., p. 465.

19. FERREIRA, *Princípios...*, p. 117.

20. GRINOVER, Novas..., p. 467.

21. FERREIRA, *Princípios...*, p. 118 e 124.

de provas ilícitas refere-se a processos de qualquer natureza, não há dúvida de que as diretrizes contidas nos precedentes penais aplicam-se integralmente aos casos de natureza civil.

O Supremo Tribunal Federal apreciou caso em que a autoridade policial extraiu informações da agenda eletrônica legítimamente apreendida, que esclareceram a autoria e a materialidade do delito. Decidiu-se, naquele caso, que a prova produzida não era ilícita, tampouco se poderia falar em prova ilícita por derivação. Mas a decisão traz interessante argumentação no sentido de que, mesmo que fosse aplicável ao caso concreto a doutrina dos “frutos da árvore envenenada” e se reconhecesse a ilicitude da prova por derivação, ainda assim ela poderia ser aproveitada no processo, diante da teoria da descoberta inevitável, construída em 1984 pela Suprema Corte norte-americana no caso *Nix v. Williams*, segundo a qual o curso normal das investigações evidenciaria a vinculação dos acusados ao fato investigado.²²

Nesse julgado, o STF não apenas reconheceu a viabilidade em tese de se aplicar a doutrina *fruit of the poisonous tree* no Brasil, mas também a exceção à proibição probatória por meio da teoria da descoberta inevitável.

Em outro caso, o STF reconheceu a ilicitude da apreensão de livros contábeis e documentos fiscais, em escritório de contabilidade, por agentes fazendeiros e policiais federais, sem mandato judicial. Houve aplicação da doutrina dos frutos da árvore envenenada para reputar que as informações obtidas posteriormente vinculavam-se à apreensão ilícita anterior, o que implicava a caracterização de ilicitude por derivação e consequente inadmissibilidade das provas contaminadas. Todavia, o acórdão ressaltou que se for demonstrado que os novos elementos foram obtidos por fonte autônoma de prova (sem nenhuma relação com a prova originariamente ilícita), tais dados probatórios devem ser admitidos, pois não terão sido contaminados pela ilicitude originária.²³

Neste caso, o STF reputou inadmissíveis as provas contaminadas pela ilicitude originária, mas reiterou seu posicionamento ponderado, mencionando a eventual possibilidade de se aplicar a exceção, consistente no aproveitamento da prova caso ela seja proveniente também de uma fonte independente, que não esteja originariamente maculada pela ilicitude originária.

O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça se firmou no mesmo sentido. Há reiteradas decisões aplicando a teoria dos frutos da árvore envenenada para

22. Confira-se o seguinte trecho, extraído do acórdão: “Daí, falar-se em existência de provas autônomas (*independent source*) e em descobertas inevitáveis (*inevitable discovery*) como exceções à proibição ao uso da prova derivada da prova ilícita. Nesse diapasão, nem sempre a existência de prova ilícita determinará a contaminação imediata de todas as outras constantes do processo, devendo ser verificada, no caso concreto, a configuração da derivação por ilicitude.” (STF, 2.^a Turma, HC 91.867, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 19.09.2012).

23. STF, HC 93.050, 2.^a T., rel. Min. Celso de Mello, DJe 31.07.2008.

inadmitir a prova derivada de uma prova ilícita,²⁴ mas sem descuidar da necessária ponderação decorrente das hipóteses que excepcionam a ilicitude por derivação.²⁵

9.5 A contaminação psicológica do juiz diante da prova ilícita

A jurisprudência e depois a lei enfrentaram o tema da prova ilícita por derivação apenas sob a perspectiva da decisão. Adotaram como regra geral a contaminação do julgador e como exceção a admissão da prova ilícita se inexistir nexo de causalidade entre as provas ou quando as derivadas puderem ser obtidas por fonte independente da ilícita.

A Lei 11.690/2008 pretendia incluir um § 4.^º ao art. 157 do CPP, que assim dispunha: “O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”.

Contudo, o dispositivo foi vetado pelos seguintes motivos: (i) poderia causar transtornos razoáveis ao andamento processual, pois o juiz que fez toda a instrução deveria ser substituído por outro que não conhece o caso; (ii) caso o processo estivesse em segundo grau, eventual redistribuição do feito não evitaria que o magistrado voltasse a ter contato com a prova ilícita, pois ele poderia ter que proferir voto mesmo que o processo estivesse sob a relatoria de outro julgador, por integrar o mesmo órgão colegiado.

Evidentemente que os motivos do veto não foram os mais adequados. Pautaram-se em aspectos práticos (como a celeridade e dificuldade de redistribuição), ignorando o espírito da regra contida no § 4.^º: afastar o julgador que teve contato com a prova ilícita, pois isso implicou a sua *contaminação psicológica*.

Os motivos do veto desconsideraram a necessidade de preservar a qualidade e imparcialidade da prestação jurisdicional. Jamais se terá como controlar se o julgamento foi influenciado – ainda que inconscientemente – pelo resultado da prova ilícita. Não seria muito complexo elaborar uma blindagem argumentativa como forma de transparecer que a solução foi tomada com base apenas na prova ilícita.²⁶

Muito embora não esteja expresso nas razões do veto, talvez se tenha imaginado que a determinação legal para que a prova ilícita seja desentranhada seria suficiente para evitar que ela contaminasse psicologicamente o julgador que, conhecendo daquela prova, poderia ficar tentado a salvar aquela informação por outros meios.²⁷

24. Por todas, confira-se: STJ, HC 191.378/DF, 6.^a T., rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 05.12.2011.

25. STJ, HC 148.178/PR, 6.^a T., rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 05.12.2013.

26. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 620-621.

27. RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 486.

Não entendemos que seja assim. O veto ao § 4.º do art. 157 do CPP foi um erro. O desentranhamento da prova ilícita e a eventual anulação da decisão que nela se amparou são insuficientes. Seria mais adequado ter mantido a regra que também determinava a substituição do juiz que conheceu do conteúdo da prova declarada inadmissível, cuja orientação, diante da generalidade e similitude de situações, seria aplicável também ao processo civil.

Valendo-se dos fundamentos lançados no veto, a demora da prestação jurisdicional seria um mal menor em relação à prolação de decisão por juiz contaminado.

Todavia, não parece que a contaminação psicológica do julgador seja algo incontornável. Nada impede que ele – julgador – afaste-se da causa em que conheceu da prova ilícita, declarando-se suspeito por motivo de foro íntimo. Seria uma forma de o julgador se preservar em relação à própria imparcialidade e assegurar às partes uma prestação jurisdicional o mais segura e confiável quanto possível.

9.6 Provas ilícitas e a inviolabilidade dos direitos à intimidade e à vida privada

O presente subitem destina-se a enfrentar o problema atinente à violação de direitos à intimidade e à vida privada na colheita da prova. Especificamente, será examinada a eficácia probatória no processo civil das informações obtidas por meio de gravações clandestinas, interceptações telefônicas e ambientais, bem como pela obtenção de dados trocados por correio eletrônico (particular e corporativo) e armazenados em meio digital. Tais premissas serão necessárias para se avaliar a eventual incidência do princípio da proporcionalidade como forma de aproveitar uma prova produzida de forma ofensiva aos direitos da personalidade.

Evidentemente que o tema não será desenvolvido de maneira exaustiva. O exame que ora se propõe destina-se a evidenciar a existência de limites à captação de informações extraídas de conversas telefônicas ou gravações ambientais, assim como a necessidade de avaliação concreta acerca da admissibilidade dessa prova, por meio de juízo de ponderação. Tal investigação será fundamental para se avaliar qual o limite da proteção envolvido nas informações captadas por meio dos modernos mecanismos tecnológicos ou nos bancos de dados mantidos em meio digital.

9.6.1 A origem do problema

A evolução dos meios de informação, o aumento do poder aquisitivo e a velocidade das transações comerciais tiveram o efeito de tornar as pessoas mais conscientes a respeito de seus direitos e da necessidade de documentar as informações que consideram úteis a si. Trata-se de um efeito positivo sentido pela sociedade moderna, que tende a facilitar a atuação dos litigantes em juízo. Afinal, minimiza os problemas decorrentes da ausência de comprovação das alegações fáticas deduzidas em juízo.

Contudo, essa postura conservadora, que antevê um futuro e eventual litígio, traz consigo o risco de que em certos casos as pessoas transgridam – por vezes, inconscientemente – as fronteiras do razoável. Não é incomum a obtenção de provas que demonstram cabalmente a existência ou inexistência de um fato alegado, mas que não podem ser aproveitadas no processo porque se extrapolou algum limite imposto pela lei.

A temática das interceptações telefônicas será então examinada sob uma dupla perspectiva: legalidade e moralidade.

9.6.2 Os limites constitucionais às gravações de conversas telefônicas

O art. 5.º, XII, da CF/1988 determina que “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”.

Disso decorre que se admite excepcionalmente a interceptação de comunicações telefônicas, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma da Lei 9.296/1996, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Extraem-se três diretrizes dessa garantia: (i) a regra é a inviolabilidade das comunicações telefônicas; (ii) consagrou-se a inviolabilidade absoluta do sigilo de correspondência, das comunicações telegráficas e de dados; (iii) a interceptação somente pode ser autorizada por meio de decisão judicial; (iv) a interceptação somente poderá ser deferida no âmbito criminal.

9.6.3 A disciplina legal das interceptações telefônicas: Lei 9.296/1996

A despeito da previsão constitucional, o STF reputava indispensável a existência de lei ordinária que disciplinasse o emprego das escutas e interceptações telefônicas. Enquanto não fosse elaborada a respectiva lei, eventual interceptação telefônica seria considerada ilícita.²⁸

Sobreveio então a Lei 9.296/1996, que disciplinou a interceptação de comunicações telefônicas. O exame detalhado do regime das interceptações extrapolaria os limites do presente estudo. Contudo, destaque-se que ficou esclarecida que a interceptação somente pode ser determinada por ordem judicial, sob segredo de justiça. A disciplina legal aplica-se não apenas às interceptações de fluxo de comunicações telefônicas, mas também às interceptações de sistemas de comunicações em sistemas de informática e telemática (art. 1.º, parágrafo único). Definiu-se ainda que é inadmissível a interceptação quando (i) não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal, (ii) a prova puder ser feita por outros meios ou (iii)

28. STF, HC 69.912, Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 25.03.1994, p. 6.012.

o fato investigado constituir infração penal punível no máximo com detenção (art. 2.º). A decisão que deferir a interceptação deverá ser fundamentada, com a indicação da forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias (prorrogável por igual período, caso se comprove a sua indispensabilidade).

9.6.4 A distinção entre interceptação telefônica e gravação por um dos interlocutores

A interceptação de conversa telefônica não se confunde com gravação de conversa mantida entre presentes.

A interceptação pressupõe a existência de uma pessoa estranha à conversa, que toma conhecimento de seu conteúdo, com ou sem a ciência dos interlocutores. A conversa não precisa necessariamente ser gravada. A simples escuta já é suficiente para que a interceptação se configure. A interceptação pode ocorrer de diversas formas (escuta telefônica, conversa entre presentes, com ou sem ciência de um dos interlocutores etc.). Contudo, a *terceira* será sempre um elemento essencial na configuração da interceptação.

A gravação de conversa por um dos interlocutores não se confunde com interceptação. A gravação é feita pelo próprio interlocutor e se destina a registrar uma conversa telefônica ou uma conversa estabelecida entre presentes. Se tais gravações ocorrerem sem o conhecimento de uma das partes, elas configurarão gravações clandestinas.

O Supremo Tribunal Federal admite pacificamente a distinção entre a gravação ambiental e a interceptação de conversa.²⁹

9.6.5 A relevância concreta da distinção entre gravação por um dos interlocutores e interceptação de conversa

É relevante a distinção entre gravação por um dos interlocutores e interceptação de conversa. As interceptações submetem-se a regime próprio, cujos parâmetros encontram respaldo constitucional e legal. As gravações clandestinas não seguem um regime jurídico próprio. São disciplinadas pelos princípios da teoria geral da prova, cujo traço marcante é a amplitude e a atipicidade.

Qualquer pessoa pode gravar a sua própria conversa. É irrelevante o fato de a gravação incidir sobre conversa mantida entre presentes ou sobre conversa telefônica. Em qualquer caso, em princípio, a gravação clandestina pode ser utilizada no processo, desde que não configure uma prova ilícita (com violação a garantias constitucionais, como as orientadas a preservar a dignidade humana), não viole as hipóteses legais de sigilo e não ofenda preceitos éticos.

29. STF, AgRg no AI 560.223, 2.ª T., rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 28.04.2011.

9.6.6 O posicionamento do Supremo Tribunal Federal

A discussão em torno da admissibilidade da gravação ambiental por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, foi objeto de debate no âmbito do Supremo Tribunal Federal. O Tribunal Pleno do STF, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da matéria, adotando como *leading case* o RE 583.937, sob arrelatoria do Ministro Cezar Peluso. Em 19.11.2009 o STF³⁰ reafirmou a jurisprudência da Corte acerca da admissibilidade do uso, como meio de prova, de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores e deu provimento ao recurso da Defensoria Pública, para anular o processo desde o indeferimento da prova admissível e ora admitida, nos termos do voto do Relator.³¹

Tal precedente passou a nortear todos os julgamentos da Corte a respeito do tema. Assim, o entendimento atualmente assente no âmbito do STF admite a validade da gravação de conversa mantida entre presentes, mesmo sem o conhecimento de um dos interlocutores.³⁰

9.6.7 A inadmissibilidade das “leading questions”

O caráter moral da prova assume relevância adicional em relação às gravações clandestinas. O conteúdo das gravações deve sempre ser visto com reservas no processo judicial. Há sempre o risco de que tenham sido formuladas as chamadas *leading questions* como forma de induzir artificialmente a obtenção de determinadas respostas desfavoráveis ao interlocutor, que não sabe que está sendo gravado. Trata-se de conduta imoral, que impede o aproveitamento da prova no processo.³¹

A proibição à formulação de *leading questions* no processo pode ser extraída do art. 459, § 2.º, do CPC, que assim dispõe: “As testemunhas devem ser tratadas com urbanidade, não se lhes fazendo perguntas ou considerações impertinentes, capciosas ou vexatórias.” Tal dispositivo disciplina especificamente o procedimento de inquirição de testemunhas. Contudo, nada impede que a orientação nele consagrada seja norteie toda a atividade probatória, na medida em que define regra de conduta de espectro geral.

9.6.8 A submissão da gravação de conversa às premissas da teoria geral da prova civil

A interceptação de conversas (ambientais ou telefônicas) é admissível em casos específicos e observadas balizas precisamente delineadas pela Constituição

30. STF, HC 91.613, 2.ª T., rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 14.09.2012; STF, QO no Inq 2116, Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/ Acórdão Min. Ayres Britto, DJe 28.02.2012. Esse entendimento tem sido pacificamente aceito nos tribunais argentinos, conforme notícia Sonia Cabral (CABRAL, Las grabaciones..., p. 301).

31. AGUIAR, João Carlos Pestana de. *Comentários ao Código de Processo civil*: arts. 332 a 443, 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1977, v. IV, p. 76-77; AVOLIO, Gravações..., p. 55; SANTOS, Meios..., p. 5-6.

e pela Lei 9.296/1996. Como a autorização constitucional e legal restringe a interceptação ao âmbito criminal, conclui-se que será inadmissível a interceptação de conversa (telefônica ou ambiental) no âmbito civil.

A gravação de conversa (ambiental ou telefônica) por um dos interlocutores, por sua vez, não possui previsão legal específica, razão pela qual sua admissão e valoração submetem-se unicamente aos parâmetros definidos na teoria geral da prova.³² Assim, a admissibilidade da gravação (clandestina ou não) está condicionada à legalidade (compatibilidade com a lei), à moralidade na aquisição da prova (inadmissibilidade de *leading questions*) e à sua pertinência concreta. A valoração da gravação clandestina deverá considerar as circunstâncias em que a prova foi obtida e o conteúdo das demais produzidas nos autos. Esse raciocínio permitirá ao julgador valorar a gravação adequadamente e atribuir a ela o peso que merecer.³³

Na França também existe uma preocupação concreta de que as partes respeitem um princípio de lealdade em relação à atividade probatória, inclusive em relação aos novos meios de comunicação como o correio eletrônico e o SMS (*short message text*). Assim, uma parte não pode obter provas por meio do emprego de truques, tais como o registro clandestino e outros estratégias.³⁴

9.6.9 Informações trocadas por correio eletrônico ("e-mail")

O exame da viabilidade ou não da interceptação de informações transmitidas por meio de correio eletrônico exige a fixação de determinadas premissas, que nortearão a obtenção de uma conclusão segura acerca do tema.

32. Susana Henriques da Costa entende que pelo fato de somente a interceptação telefônica ter sido regulada pela Lei 9.296/96, a escuta telefônica e a gravação clandestina seriam vedadas pelo ordenamento jurídico brasileiro (COSTA, Susana Henriques da. Os poderes do juiz na admissibilidade das provas ilícitas. *Revista de Processo*, n. 133, p. 107, mar. 2006). Wambier, em estudo publicado em 1990, também sustentou que a gravação de conversa telefônica representa efetiva ofensa ao direito à intimidade, razão porque deve ser repelida como meio de prova em processo civil (WAMBIER, Prova..., p. 274).

33. O Tribunal de Justiça de São Paulo possui interessante precedente a respeito da valoração de gravação de conversa telefônica sem a ciência da parte contrária: "Relativamente ao desentranhamento de fita contendo conversa telefônica, a matéria tem sido objeto de intenso debate, tendo em conta o previsto no art. 5º, XII, da CF/1988 e art. 332 do CPC. Todavia, a jurisprudência tem admitido este tipo de prova desde que não seja configurada a interceptação de conversa alheia, mas, ao contrário, feita por um dos interlocutores da conversa, mesmo sem o consentimento do outro. (...) Naturalmente, por ocasião do sentenciamento, o Magistrado deverá dar o valor devido a essa prova, mesmo porque foi obtida sem o conhecimento de um dos interlocutores e sem observância do princípio do contraditório, feita pelo advogado de uma das partes, que tem interesse no processo." (TJSP, AI 0027288-21.2003.8.26.0000, 9ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Sérgio Gomes).

34. CADDIET e JEULAND, *Droit*..., p. 427.

O art. 5º, XII, da CF/1988 consagrou a inviolabilidade do sigilo de correspondência, das comunicações telegráficas e de dados. A interceptação de comunicação telefônica³⁵ é providência excepcional, que, preenchidos os requisitos legais, será autorizada mediante ordem judicial e apenas no âmbito penal.

Disso decorre a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 1º, da Lei 9.296/1996, que pretendeu estender a interceptação a uma hipótese não prevista na Constituição: *fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática*. Como a inviolabilidade de tal direito à intimidade é uma garantia fundamental, não cabe ao legislador ou ao intérprete restringir tal garantia.³⁶ Quando muito, a garantia constitucional deveria ser lida de forma ampliativa.

O estabelecimento da terceira premissa exige a compatibilização das modernas técnicas de correspondência eletrônica (*e-mail*) com a respectiva regra constitucional. O inc. XII do art. 5º da CF/1988 dispõe que "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas".

O segredo epistolar incide sobre qualquer espécie de *correspondência* escrita, seja ela trocada por meio impresso, manuscrito ou com o emprego de modernos meios tecnológicos (*internet*).³⁷ A transmissão de mensagem escrita (por *e-mail* ou imprensa) deve ser compreendida de forma bastante precisa. A proteção constitucional incide sobre um intervalo de tempo específico, compreendido entre a postagem da mensagem e a recepção em seu destino. Nesse intervalo é absolutamente vedado que o conteúdo da correspondência seja interceptado.³⁸ O descumprimento dessa vedação implica a ilicitude da prova e a caracterização de crime de violação de correspondência. Todavia, a correspondência já recebida e arquivada não está mais protegida pela garantia constitucional. Nada impede, portanto, que tal documento seja apreendido judicialmente.

A partir de tais premissas, entende-se que é vedada a interceptação de mensagem transmitida por correio eletrônico (*e-mail*). Incide aqui a garantia da inviolabilidade

35. "(...) telefone serve para transmitir à distância a *palavra falada*. Logo, os aparelhos celulares e modernos congêneres, que servem para tal fim, são perfeitamente passíveis de interceptação, em que varie a tecnologia empregada, que, aliás, evolui a cada dia" (AVOLIO, *Provas*..., p. 225).

36. GRINOVER, *Provas ilícitas*..., p. 603-607.

37. QUADRI, *La prueba*..., v. II, p. 875; FALCÓN, *Manual*..., p. 377.

38. AVOLIO, *Provas*..., p. 286. Barbosa Moreira dedica incisiva crítica à opção constitucional, que outorgou ao órgão judicial o poder de autorizar uma interceptação telefônica e não admitiu, em nenhuma hipótese, que a mesma providência seja deferida acerca de uma correspondência ou de um telegrama. Assim, identifica o seguinte paradoxo: de um lado, se criminosos conversam por telefone, existe a possibilidade de escutar o que dizem; já se um deles envia ao outro uma correspondência escrita em papel, não existe meio lícito de saber o que foi escrito (BARBOSA MOREIRA, *Restricciones*..., p. 157).

do sigilo da correspondência. Contudo, da mesma forma que a carta postada por meio impresso, o *e-mail* mantido em arquivo (eletrônico ou físico) perde o benefício da inviolabilidade e passa a se submeter à eventual requisição ou apreensão judicial.

Na mesma linha, entende-se que a palavra *comunicações* refere-se a *telegráficas* e a *dados*. Portanto, a vedação constitucional incide apenas sobre as *comunicação de dados*, e não sobre dados constantes de arquivos estanques (eletrônicos ou não).³⁹

9.6.10 A peculiaridade do e-mail corporativo

O art. 2.º da CLT confere ao empregador poder diretivo, que lhe permite adotar medidas destinadas a assegurar o cumprimento das atribuições de seus empregados. Todavia, tal poder não é ilimitado. Deve respeitar os direitos fundamentais do trabalhador, dentre os quais está incluído o direito à intimidade.

É sob essa perspectiva que deve ser examinado o controle empreendido pelo empregador sobre o chamado *e-mail* corporativo, assim considerado o correio eletrônico utilizado pelo empregado para desempenhar as funções inerentes à relação de trabalho.

O tratamento conferido às mensagens trocadas a partir do *e-mail* corporativo assume contornos peculiares. O *e-mail* é utilizado como instrumento de trabalho. Disso decorre que, em princípio, tal instrumento não deve ser utilizado para assuntos alheios ao trabalho e o conteúdo pode ou deve ser conhecido pelo empregador. Assim, não há que se falar em proteção do sigilo de correspondência nesse caso. Nada impede que o empregador exerça o seu poder diretivo para monitorar e rastrear as trocas de mensagens realizadas a partir do *e-mail* corporativo, especialmente quando houver motivos que o levem a desconfiar do conteúdo das mensagens.⁴⁰

39. “(...) Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do art. 5.º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados” (STF, HC 91.867, 2.ª T., rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* 19.09.2012).

40. “(...) Ora, se o meio de comunicação é o institucional – da pessoa jurídica –, não há de se falar em violação do sigilo de correspondência, seja impressa ou eletrônica, pela própria empresa, uma vez que, em princípio, o conteúdo deve ou pode ser conhecido por ela. 4. Assim, se o “e-mail” é fornecido pela empresa, como instrumento de trabalho, não há impedimento a que a empresa a ele tenha acesso, para verificar se está sendo utilizado adequadamente. Em geral, se o uso, ainda que para fins particulares, não extrapola os limites da moral e da razoabilidade, o normal será que não haja investigação sobre o conteúdo de correspondência particular em “e-mail” corporativo. Se o trabalhador quiser sigilo garantido, nada mais fácil do que criar seu endereço eletrônico pessoal, de forma gratuita, como se dá com o sistema “gmail” do Google, de acesso universal. 5. Portanto, não há dano moral a ser indenizado, em se tratando de verificação, por parte da empresa, do conteúdo do correio eletrônico do empregado, quando corporativo, havendo suspeita

Contudo, configurará abuso do poder diretivo do empregador o acesso a mensagens pessoais trocadas pelo empregado a partir de instrumentos diversos do fornecido pela empresa (por exemplo, *e-mail* particular e *skype*), ainda que tais correspondências tenham sido trocadas por meio de computadores pertencentes ao empregador e durante o horário de trabalho. É vedada qualquer espécie de controle do conteúdo de tais mensagens particulares, sob pena de violação dos direitos da personalidade.⁴¹

Caso o empregado deseje sigilo absoluto em relação ao conteúdo de suas correspondências eletrônicas, deve utilizar um *e-mail* particular, e não a conta de *e-mail* fornecida pelo empregador como instrumento de trabalho. O envio de correspondência eletrônica pessoal por meio de *e-mail* particular (não corporativo), em princípio, não implicará necessariamente uma conduta imoral ou desarrazoada por parte do empregado.

Nada impede, todavia, que o empregador promova o bloqueio de acesso a determinados sites impertinentes ao desempenho da atividade laboral. Isso não configurará abuso do poder diretivo, mas apenas o regular exercício de fiscalização.

Por fim, reputa-se inadmissível como meio de prova a utilização de *e-mail* por quem não era remetente nem destinatário da mensagem. Prevalece aqui a diretriz geral da inviolabilidade do sigilo da correspondência, que preserva os direitos fundamentais à intimidade, à vida privada e à inviolabilidade das comunicações.⁴²

9.6.11 A dimensão constitucional dos direitos violados

A Constituição determina a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (art. 5.º, XII). A única exceção são as comunicações telefônicas, que podem ser interceptadas mediante autorização judicial, para fins penais e nos termos da lei de interceptações.

Assim, caso obtenha-se uma informação por meio de interceptação realizada fora das hipóteses legais ou com violação do sigilo da correspondência, a prova terá sido obtida por meio ilícito, o que a torna inadmissível no processo.

9.7 Vedação a provas ilícitas no processo civil e proporcionalidade

A Constituição de 1988 optou pela ampla proibição de provas ilícitas no processo, sem fixar limites à aplicação da norma. O caráter rígido do veto constitucional

de divulgação de material pornográfico, como no caso dos autos. (...)” (TST, ED-RR 996100-34, 2004.5.09.0015, 7.ª T., rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, *DEJT* 20.02.2009).

41. TST, RR 4497-69, 2010.5.15.0000, 1.ª T., rel. Min. Hugo Carlos Scheuermann, *DEJT* 07.03.2014.

42. TST, AI-RR 2361-83, 2010.5.12.0000, 2.ª T., rel. Min. Delaíde Miranda Arantes, *DEJT* 06.06.2014.

explica-se por circunstâncias históricas, na medida em que a Constituição de 1988, de índole democrática, foi promulgada logo após o término de longo período de regime autoritário, em que eram frequentes as violações aos direitos fundamentais dos cidadãos. De qualquer forma, não há consenso acerca da possibilidade de aproveitamento no processo das provas ilicitamente obtidas. Há três correntes bem definidas acerca do tema: (i) *obstativa*: considera inadmissível a prova ilícita e as dela derivadas, em qualquer hipótese; (ii) *permissiva*: admite a prova ilícita, por reputar que a ilicitude não macula o seu conteúdo; (iii) *intermediária*: admite a prova ilícita a partir de um juízo de ponderação entre os valores envolvidos.

9.7.1 *Corrente obstativa*

A corrente obstativa é integrada por autores que se mostram refratários à aplicação do princípio da proporcionalidade para se admitir no processo provas ilícitas, sob o fundamento de que *nem sempre* consistiria em um critério seguro diante da falta de hierarquia entre os direitos fundamentais.⁴³ Disso decorre que a prova ilicitamente colhida será considerada absolutamente inadmissível, em qualquer caso, pois a busca da elucidação de questões fáticas no processo não poderia ser realizada a qualquer custo, notadamente com violação a garantias constitucionais ou legais.

Isso não significa que tal corrente defenda que o livre convencimento esteja vinculado a um sistema de prova legal, em que os fatos só poderiam ser provados por determinados meios previstos em lei e não por outros. O posicionamento defendido por essa corrente afirma que o livre convencimento do juiz, no que tange à admissibilidade probatória, está limitado e vinculado pela legalidade do meio de prova.⁴⁴

9.7.2 *Corrente permissiva*

A corrente permissiva enfrenta a ilicitude da conduta na obtenção da prova com algo completamente desvinculado do conteúdo da informação obtidas por tal meio. Ignora a determinação constitucional da inadmissibilidade processual de provas obtidas por meios ilícitos, reputando que o comportamento ilícito cometido seria passível de punição (civil e criminalmente) por infringência a regras de direito material, o que não interferiria na eficácia do conteúdo da prova. Pune-se o infrator, mas preserva-se a eficácia processual da prova.⁴⁵

43. GRECO, Leonardo. A prova...., p. 109. Em sentido equivalente, confira-se: BARROSO, Luís Roberto. A viagem redonda: *habeas data*, direitos constitucionais e provas ilícitas. *Temas de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 217-222.

44. COSTA, Nilton César Antunes da. Proibição da prova ilícita no processo. *Revista dos Tribunais* n. 812, p. 745, São Paulo, jun. 2003.

45. COSTA, Proibição...., p. 746-747.

Para essa corrente, portanto, o juiz deve julgar com as provas apresentadas no processo, não interferindo na sua eficácia processual o modo pelo qual foram obtidas. Não lhe compete investigar se a prova foi bem ou mal adquirida pelo litigante, pois tal tarefa seria estranha ao processo e exorbitaria as atribuições processuais do julgador.⁴⁶

Esse é o entendimento prevalecente na jurisprudência italiana, que admite a eficácia processual da prova obtida de forma fraudulenta ou com o emprego de violência. Nesses casos, considera que a precedente atividade ilícita da parte não interfere na eficácia probatória em juízo. Eventuais transgressões à lei submeterão o infrator às sanções penais.⁴⁷ Ademais, no sistema italiano ainda poderia ser possível invocar a inexistência de regra no processo civil que impeça a eficácia probatória de uma prova ilícita. No processo penal, no entanto, há o art. 191 do CPP italiano que impede a utilização de uma prova ilícita no processo. No entanto, há quem sustente a incidência da regra do art. 191 do CPP italiano ao processo civil, do que decorreria a ineficácia processual da prova ilícita.⁴⁸

9.7.3 *Corrente intermediária*

No processo penal, aplica-se a proporcionalidade para se admitir a chamada prova ilícita *pro reo*, sob o fundamento de que prevalece o direito fundamental à liberdade e dignidade da pessoa humana sobre uma proibição de prova. Ademais, não interessa ao Estado punir um inocente, o que equivaleria a admitir a impunidade do verdadeiro culpado.⁴⁹

No processo civil as consequências da admissão de uma prova ilícita podem ser tão ou mais gravosas que no processo penal – muito embora seja evidente que cada qual tutela bens da vida diversos.⁵⁰ Enquanto a prova ilícita, mediante juízo de proporcionalidade, é tranquilamente admitida para beneficiar o réu no processo penal, a aceitação de uma mesma prova ilícita no processo civil poderá ter o efeito de desequilibrar a relação processual, até mesmo causando invalidade do processo.

46. Esse entendimento é noticiado por Luis Alberto Thompson Flores Lenz, ao destacar as ponderações feitas pelos Ministros Cordeiro Guerra e Raphael de Barros Monteiro (LENZ, Luis Alberto Thompson Flores. Os meios moralmente legítimos de prova. *Revista dos Tribunais* n. 621, p. 278, São Paulo, jul. 1987).

47. Piero Leanza traz esse panorama jurisprudencial italiano acerca da eficácia processual das provas ilícitas (LEANZA, *Le prove*...., p. 129).

48. RICCI, *Principi*...., p. 397.

49. GRINOVER, *Novas*...., p. 470-471.

50. RABONEZE, Ricardo. *Provas obtidas por meios ilícitos*. Porto Alegre: Síntese, 1998, p. 43; ANDRADE, Adalberto Guedes Xavier de. A aplicabilidade do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito no processo civil. *Revista de Processo*, n. 126, p. 232, ago. 2005.

Exatamente por isso que a admissão da prova ilícita no processo civil é mais delicada do que no processo penal. Tal vedação probatória restringe com maior intensidade o livre convencimento do julgador da causa cível, consideradas as posições assumidas nos processos cíveis e nos processos penais. Disso decorre que a admissibilidade de provas ilícitas no processo civil ficarão reservadas a casos excepcionálíssimos.

Alcides Mendonça Lima defende um critério de ponderação *a priori*, em que o juiz deve valorar a prova nos casos em que ela tenha sido obtida com violação a direitos que não repercutam fisicamente no sujeito e se a ausência da prova puder resultar em uma sentença injusta. Contudo, não admite a prova se a transgressão à lei caracterizar afronta à pessoa como ser humano, como nos casos em que afeta diretamente o indivíduo em sua integridade física ou psíquica, de que são exemplo torturas, aplicação de drogas que, cientificamente, possam perturbar a consciência e mente da vítima.⁵¹

Há também quem sustente a existência de um estado de *necessidade processual*, cujo preenchimento de certos requisitos configuraria uma excludente de ilicitude da prova com efeitos processuais.⁵²

Também existe posicionamento permitindo que o juiz, excepcionalmente, antecipe-se ao juízo de proporcionalidade e autorize a obtenção de dados sigilosos, especialmente quando não houver outro meio de prova acessível às partes. Autoriza que o juiz defira, por exemplo, uma interceptação telefônica no processo civil, ou seja, em hipótese diversa da prevista na Constituição. Tal providência se justificaria quando a produção de outra prova fosse impossível ou excessivamente onerosa, de modo a assegurar o devido processo legal e o acesso à justiça.⁵³

De todo modo, o posicionamento que melhor se amolda com o caráter público do processo e com a moderna teoria da Constituição é o que submete a prova

51. LIMA, Alcides Mendonça. A eficácia do meio de prova ilícito no Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*, n. 43, p. 140-141, jul./set. 1986.

52. Essa posição é defendida por Andre Vasconcelos Roque, que elenca condições mínimas (relevância concreta da prova, ponderação de valores...) para que se configure o estado de *necessidade processual* e a prova (aparentemente) ilícita seja admitida no processo (ROQUE, Andre Vasconcelos. O estado de necessidade processual e a admissibilidade das provas (aparentemente) ilícitas. *Revista de Processo*, n. 153, p. 332, nov. 2007).

53. Esse é o entendimento de William Santos Ferreira (FERREIRA, *Princípios*..., p. 110-111). Discorda-se desse posicionamento. Como regra, o juiz cível não poderá determinar uma interceptação de conversa telefônica. A hipótese de quebra do sigilo das comunicações telefônicas está taxativamente prevista na Constituição: “para fins de instrução criminal ou instrução processual”. Caso um juiz cível defira tal providência, proferirá um decisão ilegal. Quando muito, admite-se o emprego da proporcionalidade para fins de admissão excepcional de uma prova ilícita, de que pode ser exemplo uma interceptação telefônica realizada pela parte interessada.

obtida por meio ilícito a um juízo de ponderação, balanceando concretamente os valores fundamentais envolvidos, de modo a verificar se a relevância do fato probando justifica a admissão da transgressão que inquinou de ilicitude a prova que foi apresentada no processo.⁵⁴

A aplicação excepcional do princípio da proporcionalidade para o fim de avaliar a admissibilidade da prova ilícita no processo permite abrandar o caráter rígido ostentado pela vedação constitucional contida no art. 5.º, LVI e sopesá-la com as demais garantias fundamentais concretamente envolvidas. Disso decorre que se não estiver em jogo outra garantia fundamental, não há que se falar em aplicação do princípio da proporcionalidade e o juiz deverá prestigiar a vedação constitucional ao emprego de provas ilícitas no processo.

O Superior Tribunal de Justiça enfrentou caso emblemático acerca de provas ilícitas no processo. Trata-se do RMS 5.352/GO, em que se discutiu a admissibilidade processual de uma gravação feita pelo marido traído, que identificou em conversa telefônica mantida entre a esposa e o amante, que era ministrado aos filhos menores do casal o medicamento “lexotan”, como forma de viabilizar o relacionamento espúrio durante as viagens do marido. No caso, o STJ decidiu que (i) o marido traído não poderia ter gravado a conversa telefônica sem o conhecimento de seu cônjuge, (ii) deveria ser prestigiado a garantia constitucional da intimidade da esposa, ainda que o motivo do marido fosse relevante e (iii) a gravação telefônica não era possível naquela época por falta de lei regulamentadora. Por tais motivos, foi determinado o desentranhamento da prova.⁵⁵

O julgado é relevante para o presente estudo sob diversos aspectos. De um lado, retrata um caso de prova ilícita, consistente na interceptação, pelo marido, de conversa telefônica estabelecida entre a esposa e o amante – o que ocorreu sem

54. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Temas de direito processual*. 6.ª série, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 109-110 e Restrições..., p. 154; GRINOVER, Novas..., p. 468; MONIZ DE ARAGÃO, *Exegese*..., p. 82; BEDAQUE, *Podres*..., p. 144; WAMBIER e TALAMINI, *Curso*..., p. 529; MARINONI e ARENHART, *Prova*..., p. 270-275; GRECO FILHO, *Direito processual*..., p. 230; BONICIO, Marcelo José Magalhães, *Proporcionalidade e processo*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 84; LATORRACA, A dimensão..., p. 125; LOPES, *O juiz*..., p. 47-48; CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova ilícita*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 103-104; COSTA, Os poderes..., p. 118. Segundo Gustavo TEPEDINO, “a matéria deve sempre ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade. Afinal, a vedação constitucional ao uso da prova ilícita não pode ser compreendida como valor absoluto, nem em sede penal, nem, igualmente, em sede civil” (TEPEDINO, BARBOZA e MORAES, *Código*..., p. 429). Na França, o princípio da proporcionalidade também é empregado como método para se admitir excepcionalmente provas ilícitas no processo civil (BARBIERI et al., *Procédure*..., p. 179).

55. STJ, RMS 5.352/GO, 6.ª T., rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, rel. p/ Acórdão Min. Adhemar Maciel, DJ 25.11.1996, p. 46.227.

autorização judicial. Por outro lado, o desentranhamento da prova centrou-se na conduta ilícita do marido traído para concluir que o direito constitucional à intimidade da esposa não poderia ter sido violado.

Os valores fundamentais envolvidos no caso concreto mereciam o emprego de um juízo de proporcionalidade. Essa seria a forma adequada de aferir se o sobeamento dos valores concretamente envolvidos realmente conduziriam à inadmissibilidade da prova ilícita. Repare-se que a decisão parece ter examinado o caso sob uma perspectiva equivocada. Aparentemente considerou apenas eventual direito matrimonial violado pela traição da esposa. Tudo indica que se cogitou examinar a posição dos filhos menores, que era justamente o que o pai pretendia proteger por meio da escuta telefônica. A ponderação de valores, portanto, poderia ter sido promovida sob a seguinte perspectiva: de um lado, o direito à intimidade e ao sigilo das comunicações da esposa; de outro, a necessidade de proteção dos filhos menores, que estavam sendo intoxicados pela própria mãe pelo remédio “lexotan”.

Partindo dessas premissas, tudo leva a crer que a solução atingida pelo STJ não foi a mais adequada, ao determinar o desentranhamento da prova ilícita e prestigiar o direito à intimidade da esposa. Mais apropriado teria sido relevar naquele caso a ilicitude da gravação telefônica, pois o valor fundamental que se pretendia proteger por meio de tal gravação (dignidade e integridade física e mental dos filhos menores) se sobrepuja concretamente à garantia da inviolabilidade da intimidade da esposa.

9.8 Prova ilícita, limitação ao direito à prova e prova atípica: simetria (parcial) de limites

A análise da disciplina acerca das provas ilícitas é fundamental para a sistematização que se pretende fazer acerca dos limites à admissão das provas atípicas.

Não há dúvida de que é extremamente útil às partes, ao juiz e ao próprio Estado que exista uma intensa dedicação conjunta no sentido de buscar a verdade. Todavia, com o objetivo de tornar convincente ao órgão judicial a sua versão sobre os fatos, é possível que as partes excedam as fronteiras do razoável. Nesse ponto evidencia-se a relevância da imposição de limites ao emprego da prova atípica. Se de um lado a liberdade probatória é ampla e o seu exercício é estimulado, por outro lado ela tem limites, que precisam ser bem definidos e respeitados.

O emprego das provas atípicas no processo, portanto, deverão respeitar as exigências da legalidade (compatibilidade da prova com a lei material e processual) e da moralidade (obediência a preceitos éticos, previstos ou não na lei). Tais balizas constituem limitação ao direito constitucional à prova e são extratáveis, em nível infraconstitucional, do art. 369 do CPC.

A exigência de compatibilidade da prova com a lei justifica a distinção entre prova ilícitas (violação de regras de direito material) e das provas irregularmente

adquiridas (violação de regras de direito processual), de modo a evitar que uma prova vedada (ilícita ou irregular) seja artificialmente qualificada de atípica como forma de viabilizar a sua admissão no processo.

Alfama, quando se produz uma prova por um modo diverso dos previstos em lei, corre-se o risco de submeter os litigantes a uma amplitude substancialmente diminuta de garantias – justamente as garantias que a lei (pelo meio probatório e respectivo procedimento) pretendia preservar.

Logo, a perfeita compreensão do que caracteriza um meio de prova como ilícito é essencial para se identificar quais balizas deverão ser observadas para que uma prova possa ser produzida de forma diversa da prevista em lei, sem que isso traduza uma ilicitude ou, quando menos, uma irregularidade. Somente assim uma prova atípica poderá ser eficaz e passível de aproveitamento no processo para o fim de contribuir validamente para a formação da convicção do julgador.