

# Medidas investigativas no âmbito do processo civil – limites e possibilidades de produção de prova

**Éder Maurício Pezzi López**

*Advogado da União no Rio Grande do Sul  
Especialista em Direito Civil e Processo Civil  
Ex-advogado da CAIXA e do Senado Federal*

**Renan Teixeira Sobreiro**

*Graduando em Direito na Universidade Federal  
do Rio Grande – FURG  
Estagiário da Procuradoria da República  
em Rio Grande/RS*

## RESUMO

O presente artigo tem por finalidade estudar os critérios gerais de licitude das medidas investigativas no processo civil, traçando os limites e possibilidades de cada modalidade de produção de prova. Para tanto, após estabelecer os conceitos de ponderação, intimidade e vida privada, bem como suas implicações com a realização da Justiça, passa-se a tratar de cada uma das modalidades de prova individualmente (gravação e interceptação telefônica e ambiental, foto e filmagem, internet, dados de repartições públicas e denúncia anônima).

Palavras-chave: Processo civil. Prova. Medida investigativa. Licitude.

## ABSTRACT

The aim of this article is to study the general criteria of lawfulness of investigative activities in civil procedure, outlining the limits and possibilities in each type of evidence production. In order to achieve this goal, after establishing the concepts of balance, intimacy and privacy as well as its involvement with the achievement of justice, this study treats each type of evidence production individually (telephone and ambient recording and interception, photo and film, Internet, data from government offices and anonymous complaint).

Keywords: Civil Case. Piece of Evidence. Investigative Procedure. Lawfulness.

## Introdução

Sempre que se fala em medidas investigativas, tem-se a noção de que elas só têm lugar na seara criminal, sendo levadas a cabo por autoridades com natureza de polícia judiciária ou pelo Ministério Público. A ideia de que partes privadas (ou autoridades administrativas não policiais) perpetrem tais medidas para tutelar direitos tratados no processo civil ainda causa perplexidade e desconfiança, remetendo à ideia do araponga que atua sem qualquer obediência ao Direito.

Ocorre que, como se demonstrará, a medida investigativa é meio de produção de provas plenamente lícito, desde que atendidos os limites que a Constituição e a legislação preveem. Na primeira parte do presente estudo, buscar-se-á estabelecer os critérios gerais que pautam essa licitude, para então tratar de cada uma das modalidades de prova individualmente, balizando através de exemplos os limites e possibilidades de cada uma delas.

### 1 Medidas investigativas: conceito, valores e ponderação

#### 1.1 Conceito: a medida investigativa como decorrência do direito subjetivo à prova

Em se tratando de processo judicial, a prova surge como um instrumento indispensável para a reconstrução ideal da matéria fática posta pelas partes. Nessa seara, as partes têm o ônus de comprovar aquilo que alegam, sob pena de improcedência de seus pedidos. Mais do que isso, a parte deve não só comprovar a veracidade dos elementos que apresenta ao Juízo, mas também eventual falsidade ou simulação existente nos elementos de prova da outra parte. Daí porque Marinoni e Arenhart (2008, p. 264) define a prova como “todo meio retórico, regulado pela lei, dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo”.

A respeito disso, consigne-se que no âmbito do processo civil há fatos que independem da produção de prova (art. 334 do CPC), caso que se dá quando notórios, confessados, incontroversos ou quando houver presunção legal de existência ou veracidade. Entretanto, a realidade mostra que a grande maioria das questões postas em Juízo gira em torno de fatos que obrigatoriamente dependem de algum lastro probatório, em maior ou menor grau.

De fato, o sucesso em Juízo depende muito mais da qualidade das provas apresentadas do que propriamente da fundamentação jurídica nelas deduzida. Dito de outra forma, o processo não se

vence só com palavras, não sendo à toa que os fatos – e especialmente seu lastro probatório – constituem a parte mais relevante da causa de pedir<sup>1</sup>, dado que o sistema processual brasileiro acolheu a teoria da substanciação (SANTOS, 1999, p. 164).

Nesse contexto, pode-se dizer que qualquer diligência destinada à comprovação ou apuração de determinado fato é, em essência, uma medida investigativa. Assim, a medida investigativa, em sendo um fenômeno dinâmico, coloca-se como o ato destinado à obtenção de provas que sejam juridicamente relevantes.

No âmbito criminal, tais medidas são perpetradas no bojo de inquéritos policiais civis e militares ou mesmo no curso de ações penais já instauradas. No que toca ao campo civil, essas medidas têm lugar em sindicâncias, inquéritos civis, processos administrativos (incluindo os disciplinares) e outros expedientes, além de poderem ocorrer de forma preparatória ou durante o próprio processo judicial em curso. Embora os âmbitos sejam diversos, o fato é que o objeto de tais medidas é invariavelmente o mesmo: instrumentalizar meios de demonstração concreta de fatos relevantes, seja para embasar atos administrativos, seja para possibilitar uma cognição judicial mais substancial.

Em regra, tais medidas poderão ser intentadas de forma autônoma e espontânea pelas partes, excetuadas as hipóteses em que se verifica reserva de Jurisdição, situações que serão mais minuciosamente tratadas adiante. Nessas hipóteses, as medidas de cunho probatório deverão ser autorizadas pelo Juízo, que poderá deferir o oficiamento de órgãos, buscas e apreensões feitas por oficial de justiça, entre outras. Além disso, resta também a possibilidade de o próprio juiz, diante da atribuição que tem de presidir a instrução processual, determinar medidas de ofício, ou mesmo pessoalmente proceder à inspeção judicial (art. 440 e ss. do CPC).

Em suma, o que se verifica é que as medidas investigativas no âmbito civil têm como fundamento o direito subjetivo de que as partes têm de produzir provas, o qual decorre da própria ideia de acesso à Justiça, constitucionalmente assentada. Assim, se o exercício do contraditório e da ampla defesa (CR/88, art. 5º, LV) é assegurado, eventual limitação a medidas investigativas lícitas deverá ser permeada pela proporcionalidade, sopesando outros valores igualmente relevantes.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> O núcleo fático da causa de pedir é comumente classificado pela doutrina como *causa petendi* remota, ao passo que a qualificação jurídica é denominada *causa petendi* próxima (CRUZ E TUCCI, 1993, p. 42).

<sup>2</sup> O STJ já decidiu que “a produção de provas constitui direito subjetivo da parte, a comportar temperamento a critério da prudente discricção do magistrado que preside o feito, com base em fundamentado juízo de valor acerca de sua utilidade

A respeito disso, é de se observar que a ampla gama de meios de prova atualmente existentes torna obsoleta a dicção do art. 335 do CPC, o qual prevê a audiência como o *locus* obrigatório à produção de prova. Em verdade, embora se mantenha sempre vigente a relevância da prova testemunhal, as novas possibilidades tecnológicas de hoje fazem com que muitos dos elementos probatórios mais relevantes sejam produzidos fora do ambiente judicial, por meio de medidas investigativas.

## 1.2 A licitude como requisito de validade da prova

A Constituição, em seu art. 5º, LVI, expressa que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Em relação a tal norma, vê-se que a licitude ali referida não se limita à mera legalidade, abrangendo também critérios de moralidade e razoabilidade, uma vez que ela tem por finalidade preservar direitos individuais também constitucionalmente garantidos.

Como mais adiante se tratará de forma detalhada, a produção da prova está intimamente relacionada a valores tais como a intimidade, a privacidade, a preservação da imagem e a inviolabilidade do domicílio, todos decorrentes da dignidade da pessoa humana. Assim, não se admitirão provas que violem de maneira desarrazoada tais valores, só podendo ser admitidos os meios que não contrariem a legalidade e sejam “moralmente legítimos”, na dicção do CPC (art. 332).

Nesse contexto, dentro do gênero provas ilícitas, verificam-se aquelas absolutamente proibidas, que em regra jamais poderão ser consideradas válidas, tais como aquelas obtidas por meios imorais (ex. mediante tortura, uso de substâncias entorpecentes ou hipnose). De outra parte, há provas que, caso produzidas sem autorização judicial, são tidas por ilegítimas, por violarem a privacidade e a intimidade, situação que ocorre com a interceptação telefônica, quebra do sigilo bancário, busca e apreensão domiciliar etc.

Ocorre que, na seara da validade das provas, há poucos critérios objetivos que possam de maneira ampla e geral ser utilizados para todos os casos possíveis. Ainda que seja altamente útil estabelecer diretrizes mínimas, com base em grupos de casos mais ou menos delimitados, o fato é que a *licitude* tem tomado formas de cláusula geral, que deve ser concretizada de forma definitiva em cada caso. Exemplo disso é que até uma interceptação telefônica

---

e necessidade, de modo a resultar a operação no equilíbrio entre a celeridade desejável e a segurança indispensável na realização da Justiça” (AgRg no Ag 84048/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, STJ, Quarta Turma, julgado em 25/03/1996, DJ 22/04/1996, p. 12580).

realizada sem autorização judicial (ilícita por expressa vedação constitucional, art. 5º, XII), diante de determinadas hipóteses extremas, poderá ser validamente utilizada.

Em realidade, a validade ou não de determinada prova – e a licitude da medida investigativa que a originar – dependerá necessariamente de um juízo de ponderação, no qual se sopesarão os valores constitucionais envolvidos. Dessa forma, intimidade, privacidade, direito ao sigilo poderão entrar em colisão aparente com segurança jurídica, efetividade da Jurisdição, preservação do patrimônio público, proteção à infância etc.

É sobre essa particular questão que se tratará nos próximos tópicos.

### **1.3 Produção de prova e colisão dos valores constitucionais em jogo**

A medida investigativa tem por finalidade precípua a produção de provas relevantes, que possam ser úteis para a “reconstrução judicial dos fatos”, na dicção de Oliveira (2008, p. 275). Ocorre que, no seu processo de consecução, é comum que o direito à produção de prova entre em colisão com outros valores fundamentais ligados especialmente à intimidade e vida privada.

Isso porque, considerando a elevada carga axiológica intrínseca aos direitos fundamentais, verifica-se constantemente uma inevitável tensão entre esses direitos, especialmente considerando o fato de que não há direitos fundamentais ilimitados ou absolutos no contexto de um Estado Democrático de Direito. Como bem refere Sampaio (1998, p. 379), tais direitos não detêm essa qualidade por uma razão intrínseca: “a multiplicidade de aspectos e projeções valorativas dos direitos humanos que pode levar a situação de aparente conflito, imprimindo a necessidade de opção”.

Além disso, importa ter-se claro que, por força do princípio da unidade da Constituição, não há, no texto constitucional, normas antagônicas, não se podendo estabelecer, *a priori*, a predominância de umas sobre as outras. Assim, nos casos de colisão de interesses constitucionais não há contradição<sup>3</sup> – mormente porque a solução não pode acarretar a completa negação de nenhum deles –, mas sim a prevalência de um direito em detrimento de outro, dada a singularidade de cada caso concreto ou hipótese abstrata específica. Para tanto, impõe-se estabelecer o conceito de ponderação, bem como delimitar qual a extensão dos valores fundamentais em jogo.

<sup>3</sup> Daí porque a doutrina refere o conflito existente entre normas constitucionais como *aparente*.

### 1.3.1 O conflito aparente de interesses constitucionais. Ponderação e proporcionalidade

Ante uma determinada situação, é possível que se estabeleça uma colisão aparente de direitos fundamentais, o que ocorre, por exemplo, na dicotomia preservação da intimidade *versus* produção de provas, como visto. Diante da impossibilidade de fazer valer na sua plenitude cada um dos direitos envolvidos, será necessário estabelecer qual ou quais direitos devem ser preponderantes, sem que a solução implique o completo esvaziamento dos demais. De fato, em não sendo possível a harmonização de direitos fundamentais em conflito aparente, há casos em que a solução dependerá de eleger-se um dos valores constitucionais como preponderante, fazendo-o prevalecer sobre o outro.

Além disso, dada a impossibilidade de o ordenamento jurídico abarcar todas as relações jurídicas possíveis que emergem da complexidade da sociedade contemporânea, inviável é ter uma fórmula rígida e predeterminada para a resolução de conflitos de valores constitucionais. Por isso, o equacionamento final do conflito aparente demanda, invariavelmente, a análise do caso concreto, para ali se sopesarem os interesses constitucionais envolvidos.

A partir dessa premissa, pode-se definir ponderação como o processo por meio do qual se equaciona uma colisão aparente de direitos fundamentais, seja no plano abstrato (normativo), seja no concreto (demanda fática), com base no princípio da proporcionalidade em sua dimensão ampla. Saliente-se que uma ponderação definitiva só poderá ser dada num determinado caso concreto, o que não impede que se possam ponderar *a priori* interesses envolvidos em determinados casos hipotéticos ou *standards*, situação que ocorre no plano legislativo, por exemplo. Como bem ressalta Oliveira (2008, p. 293), “a tutela normativa de qualquer bem ou valor é sempre abstrata”, o que não impede que a lei possa desde já regulamentar soluções específicas para cada possível conflito concreto.

Dissecando a temática, Alexy leciona que a ponderação se realizaria em três planos. No primeiro, seria preciso determinar a intensidade da intervenção sobre um determinado direito fundamental. Em seguida, definir a relevância dos fundamentos justificadores da intervenção; por último, realizar a ponderação em sentido específico e estrito (cf. MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 346), de modo a realizar concretamente um juízo de proporcionalidade.

Em verdade, a ponderação pressupõe a utilização do princípio da proporcionalidade, na medida em que este concederá uma aplicação coerente e segura das normas constitucionais ao caso sob

análise, pesando a incidência que cada valor deve ter. Preserva-se, assim, o máximo dos direitos e garantias fundamentais consagrada constitucionalmente (cf. CAMPOS, 2004, p. 28).

Alexy, a respeito disso, chega a afirmar que a proporcionalidade seria uma *lei de ponderação*, de tal forma que, quanto maior for a intervenção em um dado direito fundamental, mais significativos devem ser os fundamentos justificadores dessa intervenção (cf. ; CO-ELHO; BRANCO, 2008, p. 346). Mais do que isso, a proporcionalidade é vista por Bonavides (2008, p. 434) como um mecanismo de atualização do direito constitucional em relação à realidade, na medida em que promove o equilíbrio do ordenamento:

Em verdade, trata-se daquilo que há de mais novo, abrangente e relevante em toda a teoria do constitucionalismo contemporâneo; princípio cuja vocação se move, sobretudo no sentido de compatibilizar a consideração das realidades não captadas pelo formalismo jurídico, ou por este marginalizadas, com as necessidades atualizadoras de um Direito Constitucional projetado sobre a vida concreta e dotado da mais larga esfera possível de incidência – fora, portanto, das regiões teóricas puramente formais e abstratas.

Nesse contexto, o princípio<sup>4</sup> constitucional da proporcionalidade<sup>5</sup> impõe que a relação entre o fim que se busca e o meio utilizado deve ser proporcional. É preciso, portanto, uma relação *adequada* entre eles, de modo que a medida restritiva deve ser apropriada para a consecução dos fins a que se propõe. Há, também, o imperativo *necessidade* que tem por desígnio evitar a adoção de medidas restritivas que, embora adequadas, não se revelem impres-

<sup>4</sup> Importante ressaltar o posicionamento de Ávila (2001), que afirma que a proporcionalidade não é um princípio, mas sim um postulado normativo aplicativo, o qual subjaz “da estrutura das próprias normas jurídicas estabelecidas pela Constituição”. Para ele, os princípios são normas finalísticas, “que impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos cujos efeitos são havidos como necessários àquela promoção”. Dessa forma, a proporcionalidade se coadunaria muito mais com a definição de postulado, uma vez que ela não contém um fim em si mesma, mas baliza a aplicação de outros princípios e normas. Não obstante a relevância de tal assertiva, referiremos a proporcionalidade como princípio, considerado o escopo do presente estudo.

<sup>5</sup> Ao se reportar à localização do princípio da proporcionalidade no ordenamento jurídico, Bonavides (2008, p. 434; 436) ensina que a “proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional”, de tal modo que atualmente consubstancia-se em “axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de direito”.

cindíveis para a obtenção dos fins de proteção visados pela Constituição (cf. CANOTILHO, 2003, p. 457). Dessa forma, na concepção de Canotilho (2003, p. 457), “uma medida será então exigível ou necessária quando não for possível escolher outro meio igualmente eficaz, mas menos coativo, relativamente aos direitos atingidos” (2003, p. 457).

Por fim, não obstante as críticas que se fazem ao princípio da proporcionalidade (cf. BONAVIDES, 2008, p. 428), especialmente por conta de um suposto excessivo subjetivismo do juiz que o aplica, há que se consignar que ele ainda é o meio mais adequado de aplicação do ordenamento aos casos que se examinam no presente estudo. Isso porque, em se tratando de conflito aparente de direitos e interesses constitucionais, não seria viável prever para todos os casos concretos possíveis uma solução adequada. Tal situação se agrava ainda mais se considerada a constante evolução da sociedade contemporânea, seja quanto a novos modos de vida, seja quanto a novas tecnologias, impossíveis de serem previstos pela lei formal.

### **1.3.2 De um lado da balança: dignidade da pessoa humana, intimidade e vida privada**

#### **a) A primazia da dignidade da pessoa humana**

O Direito, tendo como principal desígnio a pacificação social, avoca a si a qualidade de ferramenta de mudança da sociedade.<sup>6</sup> E assim o foi ao longo do tempo. No entanto, a experiência histórica nos mostra que a sublevação da legalidade em sentido estrito, conquanto à primeira vista surja como sinônimo de segurança jurídica e previsibilidade, em última análise, demonstrou estar muito mais preocupada com a manutenção do *status quo*.

De fato, o positivismo exacerbado mostrou-se incapaz de conter graves arbitrariedades e violações a direitos fundamentais levadas a cabo notadamente na primeira metade do século XX. Isso porque se acreditava que a lei seria um instrumento de salvaguarda da sociedade, conferindo a ela um aspecto de intangibilidade e de verdade absoluta. Qualquer imperativo legal, pelo simples fato de emanar do Estado, era incontestado. Contudo, a noção de legitimidade rompeu com essa sedutora ideologia, porquanto determinava que uma ideia, para ser legítima, deveria sofrer a aceitação por parte da consciência coletiva. A legitimidade estava, portanto, mais relacionada com o conteúdo axiológico da norma – os valores reconhecidos pela comunidade – do que com sua forma, como ocorria com a legalidade estrita.

<sup>6</sup> Não sem razão, o brocardo jurídico *ubi societas ibi jus*.

Nesse contexto, diante da insuficiência do Estado de Direito na proteção da sociedade face às arbitrariedades perpetradas pela permissividade do sistema legalista estrito, a irradiação de princípios como a democracia, liberdade e solidariedade sobre o ordenamento jurídico apresentou-se como solução viável e como expressão de legitimidade. Em decorrência disso, a ética da autonomia ou da liberdade foi substituída por uma ética da responsabilidade ou da solidariedade, e, como consequência, a tutela da liberdade (autonomia) do indivíduo foi substituída pela noção de proteção à dignidade da pessoa humana (cf. MORAES, 2003, p. 67 e 72).

A adoção de valores transindividuais, inspirados principalmente na solidariedade, fez com que a noção de dignidade da pessoa substituísse a primazia patrimonial e o individualismo, dando lugar a uma espécie de antropocentrismo jurídico, no qual o homem *lato sensu* passa a ser efetivamente o núcleo do ordenamento. Em que pese a noção de dignidade humana fosse corrente no Brasil do século XX, somente a partir da promulgação da CF/88 ela tornou-se efetivamente um comando jurídico, sendo elevada a fundamento da República no art. 1º, III (cf. MORAES, 2003, p. 77 e 82).

Quanto a sua conceituação, observa-se que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana possui um índice de abstração e subjetivismo muito elevado – aliás, o que é típico dos princípios. Nesse sentido, torna-se dificultosa a obtenção de uma definição que abranja todas as situações que este enseja. Alguns autores, todavia, com admirável maestria, conseguem encerrar conceitualmente diversos desdobramentos que possam advir desse princípio. A esse respeito, veja-se a lição de Sarlet (2005, p. 67):

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Assim, pode-se referir que a dignidade da pessoa é uma qualidade que investe de direitos e deveres o sujeito, deixando-o a salvo de qualquer ingerência demasiada por parte do Estado e da comunidade, garantindo, ainda, o mínimo existencial para o indi-

víduo. Como é possível perceber, esse valor constitucional, em razão de sua abstração, incide sobre um sem-número de normas e situações, entre elas a intimidade e a vida privada, que serão objeto de análise no tópico seguinte.

### **b) Intimidade e vida privada como espécies de direitos que emanam da dignidade da pessoa**

A intimidade e a vida privada, enquanto espécies de direitos provenientes do gênero dignidade da pessoa humana, compartilham da mesma dificuldade de conceituação desta. No entanto, ao mesmo tempo em que é preciso delimitar o campo de atuação dessas garantias individuais, não se pode engessar seus conceitos, sob pena de se tornarem inócuos.

Conquanto intimidade e vida privada tangenciem-se em diversos aspectos, não se trata de sinônimos. Enquanto a intimidade relaciona-se ao conjunto de convicções, sensações e estados de ânimo pessoais de seu titular, a vida privada seria o espaço mais adequado ou utilizado para a manifestação da intimidade (cf. OLIVEIRA, 2008, p. 288). Com efeito, a intimidade é espécie do gênero vida privada.

Em decorrência dessa dificuldade de conceituação, parte da doutrina filia-se à teoria da vontade para definir o sentido do vocábulo *privado*. Sampaio (1998, p. 247) defende que a carga de intencionalidade na exclusão da interferência ou do conhecimento de terceiros seria o fator determinante para a aferição do sentido de *privado*. Dessa forma, como bem assenta esse autor, lugar privado “é o lugar delimitado pela vontade de seu ocupante, em conformidade com a lei, de acesso restrito às pessoas por ele autorizadas” (1998, p. 260). Tratar-se-ia, portanto, de uma variante situacional de acordo com a intenção volitiva do sujeito.

Não por outra razão, tem-se considerado, por exemplo, que o interior de um veículo não é lugar exposto ao público se estacionado em lugar ermo ou deserto. Entretanto, caso esteja parado em local iluminado, em que seja possível ver o que ocorre em seu interior, não há falar em intimidade (cf. SAMPAIO, 1998, p. 368). Da mesma forma, conforme segue Sampaio (1998, p. 259), a casa revela-se como a maior expressão da intimidade, de modo que, em regra, os fatos ocorridos no seu interior estão albergados pela intimidade, que somente será elidida se tais acontecimentos acarretarem repercussão para a esfera do ilícito, civil ou penal.

Embora a definição de intimidade e vida privada não seja assente na doutrina, como observa Roque (2001), todas as formulações conceituais confluem no sentido de tratar-se do “desejo de estar só e de excluir do conhecimento alheio fatos e dados

registrados na esfera estritamente pessoal”. Vale lembrar que, especialmente, tais espécies de garantias constitucionais têm como sujeitos passivos não só o Estado, mas também os demais particulares, dada a dimensão horizontal de eficácia a que se submetem.

Por fim, há que se ver os direitos à intimidade e à vida privada como mandamentos abertos, fortemente permeados por critérios sociais, culturais e tecnológicos da sociedade, que variam igualmente com o tempo. Se talvez numa sociedade rural do início do século XX beijar a esposa fosse permitido somente em locais reservados, na sociedade dita pós-moderna não será incomum ver a foto desse beijo postada em algum *site* da internet, amplamente acessível.

No entanto, ainda que assim o seja, importa salientar que a intimidade e a vida privada – seja em que tempo for – são valores intrínsecos a qualquer sociedade, que só poderão ser relativizados em contraste com outros interesses tão ou mais relevantes, dos quais se passa a tratar a seguir.

### **1.3.3 Do outro lado: busca da verdade, realização da Justiça e o valor de outros direitos que não o penal**

#### ***a) O mito da “verdade real” e o processo civil***

Ao longo do século XX, difundiu-se em parte da Doutrina a equivocada ideia de que o processo penal teria como objeto a descoberta da *verdade real*, enquanto ao processo civil bastaria a busca da chamada *verdade formal*. Em primeiro lugar, há que se estabelecer que a verdade absoluta, como reconstituição de fatos já transcorridos, é uma utopia, um objetivo inalcançável, já que impossível voltar a *ser* aquilo que já *foi*.

Em outras palavras, o processo gira em torno de buscar reconstituir judicialmente uma verdade já passada, fazendo-o por meio de instrução probatória. Daí porque a chamada *verdade real* é um mito, já que toda a verdade reconstituída no processo é, por essência, calcada num juízo de verossimilhança e relatividade. Nas palavras de Ferrajoli (2002, p. 42):

A impossibilidade de formular um critério seguro de verdade das teses judiciais depende do fato de que a verdade “certa”, “objetiva” ou “absoluta” representa sempre a “expressão de um ideal” inalcançável. A ideia contrária de que se pode conseguir e asseverar uma verdade objetiva ou absolutamente certa é, na realidade, uma ingenuidade epistemológica.

Em realidade, em se tratando de demanda judicial – seja penal ou civil –, a verdade nela reconstituída será sempre formal, ou

seja, aquela “que emerge no processo, conforme os argumentos e as provas trazidas pelas partes” (NUCCI, 2005, p. 345). Com efeito, as diferenças havidas entre os processos penal e civil giram em torno do regime diferenciado de produção de provas, como consequência dos bens jurídicos neles tutelados.

Nesse sentido, verifica-se que no processo penal a possibilidade de produção da prova será muito mais ampla, com menos limitações formais, não se aplicando a ela o sistema de presunções e preclusões que constitui a regra geral do processo civil. Como bem ressaltou o Min. Napoleão Nunes Maia Filho<sup>7</sup>:

A relativa independência entre o orbe civil e o penal não se presta a justificar a possibilidade de duas verdades conflitantes protegidas pelo universo jurídico. A finalidade precípua da autonomia é permitir ao juízo penal perscrutar a verdade real além dos limites dentro dos quais se satisfaria o juízo civil.

De fato, no processo civil podem-se ter como comprovados fatos confessados, ou simplesmente não impugnados pela outra parte, o que não se cogita no direito penal. Além disso, no processo civil as partes têm o dever de dizer a verdade (CPC, art. 14, I), o que não ocorre no processo penal, em que o acusado pode, como meio de defesa, silenciar ou mesmo mentir (desde que não atinja a esfera jurídica de terceiros, em eventual calúnia, por exemplo).

No entanto, é de se ver que é possível um alargamento desses limites de produção de prova, mesmo em demandas fora do processo penal, especialmente quando há interesses sociais altamente relevantes. Como exemplo, tem-se a tutela dos direitos de família, a respeito dos quais o Min. Sálvio de Figueiredo referiu ser “injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses de menor”.<sup>8</sup> No mesmo sentido, podem-se referir casos de registros públicos, tendo o STJ assentado que “não pode prevalecer a verdade fictícia quando maculada pela verdade real e incontestável, calcada em prova de robusta certeza, como o é o exame genético pelo método DNA”.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> HC 125853/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, STJ, Quinta Turma, julgado em 02/02/2010, DJe 01/03/2010.

<sup>8</sup> REsp 4987/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, STJ, Quarta Turma, julgado em 04/06/1991, DJ 28/10/1991, p. 15259.

<sup>9</sup> REsp 878954/RS, Rel. Min. Nancy Andrichi, STJ, Terceira Turma, julgado em 07/05/2007, DJ 28/05/2007, p. 339.

## **b) A realização da Justiça e o valor de outros direitos que não o estritamente penal**

Igualmente, tem-se preconizado que o processo penal trataria de direitos de *liberdade*, enquanto no processo civil a discussão centrar-se-ia preponderantemente em bens jurídicos mais ligados a direitos individuais, no mais das vezes de cunho patrimonial, daí por que disponíveis. A par disso, outra distinção comumente apontada entre o âmbito processual penal e o civil é o fato de que, no último, estar-se-ia diante de partes essencialmente livres e iguais, situação que não se vislumbraria na relação Estado-acusado, como refere Lopes Jr. (2011, p. 36). Segundo esse autor, no processo penal, a discussão estaria centrada no *ser*, enquanto na esfera civil, no *ter*.

Ora, há que se observar que são de todo inadequadas tais generalizações do processo civil, uma vez que através dele são veiculadas pretensões das mais variadas. Veja-se que, na seara processual civil, podem-se discutir “desde simples créditos pecuniários, passando por direitos não suscetíveis de transformação em dinheiro e direitos não-patrimoniais, até direitos absolutamente fundamentais para a dignidade humana” (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 398).

Somem-se a isso processos em que se discutem questões relativas ao interesse público *lato sensu*, envolvendo patrimônio histórico e cultural, meio ambiente, relações de consumo, e outros direitos difusos e coletivos, geralmente veiculados no bojo de ações civis públicas. Ressalte-se, nesse particular, que também as demandas envolvendo defesa da probidade administrativa são regidas pelo processo civil, sendo que nelas há presença de valores sociais relevantíssimos. Embora nessas demandas não se discutam direitos de liberdade *stricto sensu*, têm elas alto grau punitivo, além de constituírem importante instrumento de salvaguarda do patrimônio e do interesse público.

A respeito disso, é importante salientar que a mera presença do Estado num dos polos da relação processual já torna a demanda distinta daquela ordinariamente travada entre particulares. Isso porque, na dicção de Sérgio Ferraz (*apud* LEMOS, 2005, p. 165), quando o Estado atua como parte em juízo, traz “consigo toda uma carga de interesse público, toda uma carga de interesse coletivo, que é a própria razão de ser da sua existência”. Veja-se que tal se dá mesmo nas hipóteses de se estarem discutindo interesses chamados de *secundários* do Estado<sup>10</sup>, os quais seriam de cunho

<sup>10</sup> Com base na doutrina italiana, especialmente Renato Alessi (*apud* MELLO, 2000), tem-se feito uma distinção entre os interesses primários do Estado – em geral aqueles estabelecidos pela Constituição – e os seus interesses secundários. Estes últimos, em realidade, seriam os interesses imediatos do ente estatal, enquanto pessoa política, os quais, em regra, devem coincidir com os primeiros.

meramente patrimonial, visto que indispensáveis ao custeio e manutenção do aparelho estatal e de políticas públicas de promoção da cidadania, por exemplo.

De outra parte, é crucial destacar que a Constituição, enquanto norma fundamental de um Estado Democrático de Direito, coloca a realização da Justiça como um valor a ser buscado (art. 3º, I, “sociedade justa”), englobando tanto o processo civil quanto o penal. Mais do que isso, ao prever todo um aparato judiciário, consignando que jamais poderá a lei afastar de sua apreciação lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV), coloca-se a preservação de sua esfera jurídica como um direito fundamental do cidadão, incluindo-se aqui não só a defesa de direitos diretamente ligados à dignidade da pessoa humana, mas também daqueles individuais de cunho disponível.

Cabe aqui lembrar que mesmo os direitos individuais disponíveis possuem uma dimensão social quando se trata da sua lesão. Veja-se, por exemplo, todo o microsistema previsto no CDC para a tutela de direitos individuais homogêneos, o qual coletiviza o que antes era essencialmente individual. Além disso, há que se ter em conta que a defesa do direito individual – a realização da Justiça – interessa, em última análise, a toda a sociedade, como defende incisivamente Rudolf von Ihering (1995). Segundo ele, “quem defende o seu direito, defende também, na esfera estreita deste direito, todo o direito. O interesse e as consequências do seu ato dilatam-se, portanto, muito para lá da sua pessoa” (IHERING, 1995, p. 46).

Por tais motivos, no que toca à produção de provas, não há como se fazer uma generalização do processo civil, considerando abstratamente que nele não cabem medidas investigativas que possam de alguma forma atingir a privacidade. Efetivamente, o espectro de provas que podem ser produzidas no processo civil pode ser tão amplo quanto aquele atinente ao processo penal, dependendo dos bens jurídicos envolvidos na demanda. Como bem ressalta Marinoni e Arenhart (2008, p. 396), enquanto o processo penal dá maior relevo ao direito de liberdade, “o processo civil não faz opção por nenhum dos direitos que podem colidir (pois ela não pode ser feita em abstrato), deixando essa opção para o juiz, diante do caso concreto”.

Por conta disso, para que se possa delimitar o âmbito de produção de provas no processo civil, indispensável é fazer-se um juízo de ponderação, a fim de sopesar os direitos em jogo, conforme abordado anteriormente.

## 1.4 A zona de tensão entre a intimidade e a busca da verdade judicial. Viabilidade de provas ilícitas?

Analisando de maneira ampla os interesses potencialmente antagônicos antes referidos, verifica-se que a *zona de tensão* quase sempre se estabelecerá entre um determinado direito individual (privacidade) e interesses coletivos (realização da justiça etc.). Nas palavras de Moraes (2003, p. 108), poder-se-ia referir que tal embate dar-se-ia entre a liberdade e a solidariedade:

Não se trata, portanto, de impor limites à liberdade individual, atribuindo maior relevância à solidariedade, ou vice-versa. O princípio a ser alcançado é o da dignidade da pessoa humana, o que faz com que a medida de ponderação para sua adequada tutela propenda ora para a liberdade, ora para a solidariedade. Tal é, justamente, uma das medidas de aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana: a ponderação a ser feita, em cada caso, entre liberdade e solidariedade [...].

De fato, Perlingieri (1997, p. 121) estabelece uma ponte entre o direito subjetivo e o coletivo, desfazendo a vetusta dicotomia entre direito público e privado. Nessa senda, a tutela do direito subjetivo só tem sentido no momento que atende também a um interesse da coletividade, caso em que se dá a chamada situação subjetiva complexa. Para o autor, o direito subjetivo puro “nasceu para exprimir um interesse individual e egoísta, enquanto que a noção de situação subjetiva complexa configura a função de solidariedade presente ao nível constitucional” (PERLINGIERI, 1997, p. 121).

Mais do que isso, é impossível estabelecer *a priori* a preponderância de uma dimensão individual em detrimento de uma coletiva, ou vice-versa, dada a multiplicidade de interesses que se podem verificar em cada caso. Desse modo, como explicita Sampaio (1998, p. 396), a solução para o conflito verdade *versus* intimidade há que passar obrigatoriamente pelo crivo da ponderação:

Em muitos pontos, o interesse público do esclarecimento da verdade cruza com o direito à intimidade de uma das partes em questão. [...] Não podemos estabelecer uma regra geral de prevalência do interesse da Justiça sobre o interesse individual, senão examinar as peculiaridades de cada caso, de acordo com a lei de ponderação de bens.

De fato, como bem expõe Grinover (1990, p. 60) em relação ao processo penal, não há como se aceitar que a liberdade individual possa ser invocada como fundamento para assegurar o ilícito:

A problemática da intimidade integra o pano de fundo do processo penal, na medida em que o Estado, na persecução dos fins punitivos, exerce atividade investigatória que leva quase necessariamente a uma intromissão, na esfera privada do indivíduo. E se, de um lado, o direito a intimidade é parte integrante dos direitos da personalidade, envolvendo a liberdade do homem, é igualmente certo que todas as liberdades têm feito e finalidade éticos, não podendo ser utilizadas para proteger abusos ou acobertar violações.

Assim, a Jurisprudência dos Tribunais Superiores tem se firmado no sentido de que a vedação de provas ilícitas contida no art. 5º, LVI, da Constituição não é absoluta<sup>11</sup>, uma vez que “há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade”. Segundo expõe e Arenhart (2008, p. 394), a Constituição “proibiu a prova ilícita para dar maior tutela ao direito material, negando a possibilidade de se alcançar a verdade a qualquer custo”. Isso não impede, contudo, que o magistrado pondere posteriormente “entre o direito que se pretende fazer através da prova ilícita e o direito material violado” (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 395).

Enfim, o que ressaí é que o juízo de ponderação não exclui nem mesmo a possibilidade de utilização válida de provas ilícitas, desde que o valor que esteja em jogo se mostre preponderante. De fato, há casos extremos em que fazer valer uma determinada prova ilícita evita que se consume “um mal maior”, nas palavras de Capez (2007, p. 35), situações que serão exemplificadas na segunda parte deste estudo, a seguir.

## 2 Medidas investigativas em espécie: limites e possibilidades

Como esposado, muito embora se tenha clara a impossibilidade de ter uma fórmula hermética e predeterminada para a resolução de conflitos aparentes de direitos fundamentais, insta reconhecer a utilidade de se proceder à realização de um equacionamento prévio de interesses constitucionais envolvidos em determinados casos. Isso porque – a exemplo do que ocorre no plano legislativo – mostra-se necessário delinear um *standard* mínimo de conduta para nortear a prática de medidas investigativas. Assim, é exatamente essa a proposta da segunda parte do presente estudo: estabelecer abstratamente (*a priori*) o que pode e o que não pode ser feito em termos de medidas investigativas, sem prejuízo da ponderação a ser realizada em concreto (*a posteriori*).

<sup>11</sup> HC 3982/RJ, Rel. Min. Adhemar Maciel, STJ, Sexta Turma, julgado em 05/12/1995, DJ 26/02/1996, p. 4084.

Para tanto, em que pese a adoção do sistema *civil law* pelo ordenamento jurídico brasileiro, utilizar-se-ão como referencial julgados diversos de alguns dos tribunais pátrios. Isso porque, no cenário jurídico atual, a jurisprudência tem-se constituído como relevante fonte do Direito, porquanto, apesar de, em regra, não vincular o magistrado, serve como uma importante ferramenta para ilustrar a aplicação da lei no caso concreto, proporcionando um referencial relativamente seguro.

Assim, para melhor visualizar a questão, tratar-se-á separadamente de cada espécie de prova, abordando a sua forma de produção e os casos de licitude e ilicitude a elas atinentes.

## 2.1 Gravação e interceptação telefônica

Distinguem-se, na doutrina, a gravação e a interceptação. A gravação tem lugar quando um dos interlocutores grava a conversa, com ou sem a ciência do outro. Aqui não existe a figura do terceiro interceptando diretamente a conversa alheia. Na gravação, um dos próprios interlocutores deve ser o responsável pelo registro da conversa, ainda que um terceiro o auxilie emprestando o equipamento necessário, ou instalando eventual aparelho.

A interceptação, por sua vez, é a captação de conversa realizada por um terceiro, com ou sem o conhecimento de um dos interlocutores. É o chamado *grampo telefônico*. Essa modalidade é regulada pela Lei nº 9.296/96, que a prevê exclusivamente para fins de investigação criminal e instrução processual penal (art. 1º).

No que toca à gravação, ela pode ser prova plenamente válida, ainda que realizada à margem de autorização judicial.<sup>12</sup> Isso porque a gravação, ao mesmo tempo em que não é regulada pela Lei nº 9.296/96, está fora do alcance da proibição do art. 5º, XII, da CFRB/88 (cf. CAPEZ, 2007, p. 42), já que não existe a figura de um terceiro agindo de forma autônoma com o intuito de violar o sigilo da conversa. Em realidade, quando um sujeito grava a sua própria conversa e a utiliza como prova, é como se ele mesmo estivesse declinando do sigilo que a lei lhe confere, não havendo, portanto, violação da intimidade em relação a ele. Tal raciocínio vale também no que toca ao interlocutor que, advertido da gravação da conversa, anui a ela.

Entretanto, o mesmo não se pode dizer em relação a eventual interlocutor alheio da gravação, que dela não tem qualquer ciên-

<sup>12</sup> HC 94945, Rel. Min. Laurita Vaz, STJ, Quinta Turma, julgado em 03/08/2010, DJ 23/08/2010; RHC 5.944/PR, Rel. Min. Fernando Gonçalves, STJ, Sexta Turma, julgado em 25/02/1997, DJ 24/03/1997, p. 9068; HC 4654, Rel. Min. José Dantas, STJ, Quinta Turma, julgado em 24/06/1996, DJ 16/12/1996, p. 570.

cia. Nesse caso, poderá haver, em tese, violação da sua intimidade, uma vez que se estará a divulgar diálogo que teve de forma privada, jamais cogitando que ele fosse registrado e divulgado a terceiros. Nesse caso, embora a lei não vede expressamente tal modalidade de produção de prova, sua validade judicial dependerá necessariamente de uma ponderação entre o teor da gravação e a relevância jurídica do fato que dela dependa para ser provado.

Caso o diálogo gravado contenha, por hipótese, relatos de alto grau de intimidade, apreciações subjetivas a respeito de pessoas ou outros aspectos que possam de alguma maneira expor de forma substancial questões privadas da pessoa, jamais poderá constituir prova válida para comprovar direitos meramente patrimoniais de menor expressão, ou fatos triviais cuja relevância jurídica não seja expressiva. Não haveria razoabilidade em abrir a intimidade da pessoa em benefício de direitos que, além de serem de inferior hierarquia, poderiam ter seu substrato provado por outros meios.

Situação diversa ocorre, no entanto, quando a gravação telefônica encerra a prova de fatos que por outro meio dificilmente poderiam ser demonstrados em juízo sem maior prejuízo à intimidade. Tenha-se, como hipótese, a prova de um empréstimo feito de forma verbal, o qual, embora negado em juízo, seja reconhecido amplamente por meio telefônico pelo devedor.

Igualmente, outra hipótese que referendaria a validade da gravação seria a sua utilização como prova de violação de direitos, não se justificando que a intimidade do ofensor possa ser utilizada como escudo para invalidar a prova produzida. Por esse meio, seria possível não só provar ilícitos civis, administrativos ou mesmo penais, mas também demonstrar a inocência (também no sentido civil e administrativo) do demandado. Não é à toa que a Jurisprudência criminal que tem amplamente albergado esse tipo de prova foi firmada com o escopo de possibilitar a comprovação de casos de inocência.

Em suma, o que se quer referir é que a licitude *lato sensu* da gravação deve ser também aferida com critérios de boa-fé objetiva, protegendo a confiança e a lealdade que devem pautar as relações interpessoais, ainda que fora do campo estritamente obrigacional. Daí que a abertura do diálogo privado, nesse caso, só poderá ser relativizada em face da necessidade de tutelar interesses que a justifiquem.

No que toca à interceptação, por sua vez, ela só pode ser realizada com autorização judicial, nas hipóteses da Lei nº 9.296/96, que concretiza o comando do art. 5º, XII, da CFRB/88, prevendo-a exclusivamente para fins de persecução criminal. Contudo, releva ponderar que a Jurisprudência tem assentado a possibilidade de

interceptação telefônica em matéria de natureza cível, desde que o caso envolva indícios de conduta considerada criminoso.

Em interessante julgamento, o STJ deixou claro que a medida deve assumir caráter excepcionalíssimo, devendo ser utilizada tão somente quando não houver outra diligência que resguarde os direitos ameaçados.<sup>13</sup> No caso, referiu-se que “o ato impugnado [a decisão que deferiu a interceptação], embora praticado em processo cível, retrata hipótese excepcional, em que se apuram evidências de subtração de menor, crime tipificado no art. 237 do Estatuto da Criança e do Adolescente”.

Da mesma forma, é bastante comum que atos que configurem improbidade administrativa também encerrem tipos penais, o que *mutatis mutandis* poderia ensejar a mesma conclusão. Assim, mesmo em ações civis públicas relativas a atos de improbidade, poderia se cogitar eventual interceptação telefônica, desde que os fatos imputados também fossem capitulados como tipos penais e atendessem aos requisitos da Lei nº 9.296/96, sendo a medida indispensável à instrução do feito.

Outro aspecto relevante a respeito da interceptação e da gravação reside no fato de que eventual prova produzida no processo penal poderá ser utilizada também em procedimentos de natureza civil e administrativa. Assim, nada impede que tais elementos probatórios, constantes de procedimento criminal, possam embasar demandas de natureza civil ou até mesmo processos administrativos disciplinares, como assentado na Jurisprudência do STF.<sup>14</sup> Importante assentar que a Corte reconheceu igualmente a possibilidade de utilização de tais provas mesmo contra outras pessoas que não aquelas investigadas na demanda criminal, caso se verifiquem eventuais ilícitos praticados por terceiros, fortuitamente encontrados na interceptação.<sup>15</sup>

## 2.2 Gravação e interceptação de escuta ambiental

O entendimento antes esposado para os casos de gravação telefônica pode ser, de maneira geral, aplicado também à escuta ambiental, consideradas as peculiaridades que esta modalidade de

<sup>13</sup> HC 203.405-MS, Rel. Min. Sidnei Beneti, STJ, Terceira Turma, julgado em 28/6/2011.

<sup>14</sup> Inq 2424 QO-QO, Rel. Min. Cezar Peluso, STF, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2007, DJE 24/08/07.

<sup>15</sup> Tal Jurisprudência foi recentemente reafirmada, permitindo a utilização de interceptação “emprestada” em processo disciplinar levado a cabo pelo CNJ (MS 28003/DF, Rel. orig. Min. Ellen Gracie, red. p/o acórdão Min. Luiz Fux, 08/02/2012).

prova encerra. Veja-se que, da mesma forma como a Jurisprudência tem aceitado a gravação telefônica, a gravação de escuta ambiental (em que o registro é realizado por um dos interlocutores) tem sido aceita pelo STF como prova lícita, ainda que sem autorização judicial.<sup>16</sup> Isso porque em ambas as hipóteses tem-se uma situação semelhante: duas (ou mais) pessoas entabulando uma conversa em caráter reservado, seja por meio telefônico (ou telemático), seja pessoalmente.

Já em relação à interceptação ambiental – em que ocorre o registro por conta de um terceiro –, há que se fazer uma análise das circunstâncias em que ela ocorre. Caso ela se dê em ambiente privado ou reservado, no qual se verifique um resguardo da intimidade (ex. interior de um veículo, sala fechada, local em que só estejam presentes os interlocutores etc.), ela só poderá ocorrer mediante autorização judicial. Veja-se que, embora não haja norma expressa nesse sentido, se a Lei e a Constituição resguardam a intimidade das comunicações telefônicas e telemáticas, muito mais proteção deverá ter a intimidade de um diálogo que as partes entabulam pessoalmente.

Vale salientar, nesse particular, que não há limitação legal a que a autorização judicial se dê para fins de instrução civil, uma vez que a restrição expressa para questões criminais é prevista tão somente para os casos de interceptação telefônica.

No entanto, nada impede que ocorra sem autorização judicial uma interceptação ambiental num local público, no qual não se vislumbre violação da intimidade. Em outras palavras, é plenamente lícito que um terceiro realize a gravação ambiental de conversa que ocorre publicamente, que possa ser ouvida por qualquer pessoa. Tal situação ocorreria, por exemplo, em conversa havida entre integrantes da banca de uma determinada conferência, perante grande grupo de pessoas. Nesse caso, por não haver qualquer ofensa à intimidade ou à vida privada, o registro ambiental poderá ser utilizado lícitamente como meio de prova.

Impõe-se destacar, a esse respeito, que as repartições públicas, ainda que não acessíveis a particulares em geral, podem ser consideradas como locais públicos, especialmente quando envolverem atos lesivos à Administração praticados por agentes públicos. Ressalte-se que os atos da Administração Pública devem ser regidos pelo princípio da publicidade, de modo que os agentes públicos, no exercício de suas atividades, devem pautar sua conduta nos ditames da honestidade e licitude.<sup>17</sup> Nesse sentido, o STJ decidiu que

<sup>16</sup> AP 447, Rel. Min. Carlos Britto, STF, Tribunal Pleno, julgado em 18/02/2009.

<sup>17</sup> HC 2538, Rel. Desembargador Sergio Schwartz, TRF 2ª Região, Sexta Turma, julgado em 06/11/2002, DJ 03/12/2002, p. 467.

não há violação do direito à intimidade ou à privacidade na gravação ambiental feita no interior de prédio de prefeitura municipal.<sup>18</sup>

Mais uma vez, importa ponderar entre valores, sendo aqui o resguardo da intimidade do agente público no exercício de suas funções e a repressão a ilícitos perpetrados no seio da Administração Pública, parecendo claro que deva prevalecer esta última. Saliente-se, contudo, que tal entendimento vale tão somente em relação a fatos de interesse da Administração, não se podendo violar a intimidade do local de trabalho do servidor público irrestritamente para tutelar outros direitos não relacionados com suas funções.

### 2.3 Filmagem e fotografia

No que toca à filmagem e à fotografia, é possível desde logo dizer que, quando tiverem por objeto coisas, não se verificam maiores restrições, salvo aquelas relativas à forma de sua produção. Assim, caso a obtenção das imagens se tenha dado com violação do domicílio ou arrombamento de veículos, depósitos ou outros lugares reservados, poder-se-á cogitar ilicitude. Veja-se que, embora objetos de cunho pessoal possam relacionar-se com a intimidade da pessoa, não parece que sua exibição de forma isolada possa ser de alguma maneira considerada lesiva a ela.

Quanto às imagens de pessoas, os critérios são semelhantes aos do registro de escuta ambiental, dependendo essencialmente da natureza do local onde ocorrem. Caso a produção de filmagem ou fotografia seja feita por terceiro em ambiente privado, ela só será lícita se tiver sido ocorrido com o consentimento do interessado ou com autorização judicial.

Entretanto, quando realizada por um dos interlocutores, vale o mesmo entendimento relativo à gravação telefônica ou ambiental, para as quais se dispensa a prévia autorização judicial. A respeito disso, o STF, em interessante julgado<sup>19</sup>, declarou a validade de filmagem clandestina feita por alistando das Forças Armadas do qual se exigia propina para dispensa do serviço militar. O Min. Eros Grau assentou que “a proteção da privacidade e da própria honra, que não constitui direito absoluto, [deve] ceder em prol do interesse público”.

Igualmente, quando realizada filmagem ou fotografia em locais públicos, onde não haja expectativa de privacidade, não se faz

<sup>18</sup> APn 644-BA, Rel. Min. Eliana Calmon, STJ, Corte Especial, julgada em 30/11/2011.

<sup>19</sup> HC 87341, Rel. Min. Eros Grau, STF, Primeira Turma, julgado em 07/02/2006, DJ 03/03/2006, p. 73.

necessária qualquer autorização judicial (cf. GOMES, 2011). Isso porque aquele que “se encontra em lugar público está sujeito a ser visto por qualquer pessoa, podendo livremente aparecer em alguma foto ou filmagem do mesmo lugar. Haveria, aí, um consentimento tácito na exposição” (MENDES; BRANCO; COELHO, 2008, p. 382). Em realidade, ponderando o direito à privacidade, do qual o próprio interessado já abriu mão ao se expor publicamente, com o interesse de realização da Justiça, não há como negar validade a tais provas, que têm sido amplamente aceitas pela Jurisprudência.<sup>20</sup>

Quanto à forma de apresentação desse tipo de prova, o CPC prevê que “qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou de outras espécies, faz provas dos fatos ou das coisas representadas, se aquele contra quem foi produzida lhe admitir a conformidade” (art. 383). De fato, essa norma deve ser interpretada à luz do Novo Código Civil, o qual reputa válidas tais provas independentemente da aceitação de conformidade do prejudicado, ou seja, “se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão” (art. 225). Diante disso, impõe-se salientar que não há necessidade de juntada de negativos de fotos<sup>21</sup> (não obstante a norma do art. 385, §§ 1º e 2º), fitas, CD’s ou DVD’s originais, seja contendo diretamente as gravações, seja contendo os arquivos digitais que as veiculam.

Isso porque, pelos termos da nova norma transcrita, tais provas valem, salvo se a parte contra quem foram produzidas oferecer impugnação, ocasião em que poderá haver perícia sobre o material juntado ao processo. Assim, é plenamente válida a juntada de fotos digitais impressas e cópias de arquivos digitais, desde que não modificadas ou editadas.

## 2.4 Obtenção de informações da internet

A rede mundial de computadores – internet – é uma realidade cada vez mais presente na vida das pessoas, fazendo com que muitas informações sejam ali veiculadas e produzidas. Por essa razão, os dados obtidos nesse ambiente têm sido cada vez mais utilizados como meios de prova em processos judiciais.

<sup>20</sup> Nesse sentido: REsp 595600/SC, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, STJ, Quarta Turma, julgado em 18/03/2004, DJ 13/09/2004, p. 259; HC 118860, Rel. Min. Laurita Vaz, STJ, Quinta Turma, julgado em 02/12/2010, DJ 17/12/2010; ACR 200271080060329, Rel. Desembargador José Luiz Borges Germano da Silva, TRF 4ª Região, Sétima Turma, julgado em 20/05/2003, DJ 28/05/2003, p. 598.

<sup>21</sup> É dispensada a juntada do negativo da fotografia se não impugnada a autenticidade da imagem (AC 199904010451749, Rel. Desembargadora Luiza Dias Cassales, TRF 4ª Região, DJ 22/03/2000, p. 90).

Nesse particular, impõe-se fazer uma distinção entre informações que sejam reservadas a determinadas pessoas e aquelas que sejam livremente acessíveis a todos os usuários da rede. No caso das primeiras, só poderiam constituir eventual meio de prova se fossem obtidas por uma das pessoas que a elas tenham acesso, como um destinatário de e-mail, por exemplo, ou um participante que foi admitido em determinado *chat* (grupo de diálogo reservado) ou rede social. A interceptação por um terceiro de informações digitais privadas, salvo se realizada com autorização judicial, produz prova ilícita, constituindo tipo penal (Lei nº 9.296, art. 10).

Contudo, quando as informações forem públicas, nada obsta a que a parte interessada as utilize como meio de prova, não configurando tal medida nenhuma violação de sigilo de dados. Isso porque, se qualquer pessoa a elas tem acesso, não se verifica intimidade a ser preservada, podendo tais dados serem utilizados no processo.<sup>22</sup>

Quanto ao meio de documentação de tais informações digitais, tem sido comum na praxe forense a juntada de CD's, DVD's ou outros meios de mídia nos processos físicos. Nos processos que tramitam por meios eletrônicos, tem-se buscado propiciar a juntada dos próprios arquivos digitais, o que tem fomentado uma profunda alteração na forma dos processos judiciais, passando dos tradicionais autos de papel para ambientes digitais multimídia, com audiências filmadas, por exemplo.

Por fim, uma dificuldade que se apresenta em relação à internet é a volatilidade das informações disponíveis, fazendo com que eventuais páginas sejam constantemente modificadas, perdendo-se seu conteúdo. Para minimizar esse problema, é possível requerer em tabelionato a impressão de páginas da internet, com certificação de endereço eletrônico e data de acesso, resguardando eventual prova no tempo.

## 2.5 Obtenção de informações de repartições públicas

Em regra, informações constantes de repartições públicas não são acobertadas por sigilo, e sua divulgação não constitui violação à intimidade. Exemplo disso são informações a respeito da propriedade de veículos e imóveis, dados a respeito de carteira de habilitação, infrações de trânsito, regularidade eleitoral, regularidade de cadastro do CPF, porte de arma, entre outras.

Entretanto, algumas dessas informações são protegidas, não podendo constituir meio de prova senão com autorização judicial.

<sup>22</sup> RHC 18.116/SP, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, STJ, Sexta Turma, julgado em

Estão nesse grupo aquelas atinentes a dados fiscais e bancários, bem como aquelas atinentes à saúde, tais como prontuários médicos.

Contudo, uma possibilidade da utilização de tais informações como meio de prova poderia se dar quando a própria pessoa titular dos dados questiona-os judicialmente, abrindo mão tacitamente de sua privacidade. Assim, em casos em que a parte discuta questões relativas à incapacidade física, nada impede que a Administração, entidade hospitalar ou empregador, por exemplo, juntem exames e prontuários médicos a ela atinentes. Há que se ponderar aqui entre o resguardo da intimidade da parte, que já foi por ela própria parcialmente mitigado ao expor-se em Juízo, e o direito de defesa da parte contrária, que tem nessas provas a possibilidade de exercício do contraditório.

Igualmente, em demandas em que a parte questiona lançamentos tributários, a vinda aos autos de declarações do contribuinte e outros dados correlatos é intrínseca à instrução processual. Tal entendimento vale, também, para eventuais questionamentos atinentes a dados bancários ou mesmo telefônicos, por exemplo.

## 2.6 Denúncia anônima

Em regra geral, a denúncia anônima não é meio de prova, e não tem validade para, por si só, comprovar fato em Juízo. Entretanto, quando a denúncia anônima noticiar fatos verossímeis e plausíveis, nada impede que, a partir dela, sejam tomadas medidas investigativas, de modo a apurar a sua veracidade.

Nesse passo, é importante salientar que eventuais provas obtidas por investigações levadas a cabo por denúncia anônima não são ilícitas ou ilegítimas. Sobre o tema, o STF já se manifestou, assestando a possibilidade jurídica da denúncia anônima, “desde que acompanhada de demais elementos colhidos a partir dela”.<sup>23</sup>

Por outro lado, não é lícita a autorização judicial de medidas investigativas restritivas de direitos fundamentais baseadas exclusivamente em denúncia anônima.<sup>24</sup> Isso porque, a despeito de os direitos à intimidade e à privacidade não serem absolutos, a sua mitigação deve estar pautada sobre um mínimo de indícios concretos, sob pena de um Estado que se pretende Democrático de Direito assumir as vestes de um Estado autoritário.

<sup>23</sup> HC 98345, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/Acórdão Min. Dias Toffoli, STF, Primeira Turma, julgado em 16/06/2010.

<sup>24</sup> HC 137.349, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, STJ, Sexta Turma, julgado em 30/05/2011.

Na realidade, recebida uma denúncia anônima por órgão estatal, a conduta mais adequada é que sejam realizadas medidas informais de investigação para averiguar se há indícios de veracidade nos fatos ali narrados. Caso positivo, aí será possível, a partir desses dados coletados, o início de medidas formais de investigação e apuração, seja para a instrução de processos judiciais, seja para fins de processo administrativo. Corroborando tal entendimento, impende destacar que o STJ decidiu pela licitude de interceptações telefônicas autorizadas judicialmente após diligências que apuraram a veracidade de fatos noticiados anonimamente por e-mail.<sup>25</sup> Na mesma linha, Oliveira (2008, p. 39) assevera:

no que respeita à fase investigatória, observa-se que, diante da gravidade do fato noticiado e da verossimilhança da informação, a autoridade policial deve encetar diligências informais, isto é, ainda no plano da apuração da existência do fato – e não da autoria – para comprovação da idoneidade da notícia.

## Conclusão

Diante do que se expôs, podem-se sintetizar as seguintes conclusões:

a) Medida investigativa é qualquer diligência destinada à comprovação ou apuração de determinado fato apto a constituir prova juridicamente relevante;

b) A licitude da prova preconizada pelo art. 5º, LVI, da Constituição não se limita à mera legalidade, abrangendo também critérios de moralidade e razoabilidade, tomando formas de cláusula geral, que deve ser concretizada de forma definitiva em cada caso;

c) Ponderação é o processo por meio do qual se equaciona uma colisão aparente de direitos fundamentais, seja no plano abstrato (normativo), seja no concreto (demanda fática), com base no princípio da proporcionalidade em sua dimensão ampla;

d) Intimidade e vida privada são espécies de direitos provenientes do gênero dignidade da pessoa humana, sendo a primeira o conjunto de convicções, sensações e estados de ânimo pessoal do seu titular. Vida privada, assim, seria o espaço mais adequado ou utilizado para a manifestação dessa intimidade;

e) É equivocado estabelecer *a priori* que os interesses tratados pelo direito penal seriam mais relevantes do que aqueles do processo civil, visto que este pode também tratar de direitos de

<sup>25</sup> HC 104.005-RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, STJ, Quinta Turma, julgado em 08/11/2011.

elevadíssima importância social (tutela da dignidade da pessoa humana, interesse público etc.);

f) A licitude da prova prevista na Constituição não é absoluta, podendo ser relativizada em face de interesses que se mostrem mais relevantes, mediante um juízo de ponderação;

g) As gravações telefônica e ambiental se dão quando um dos interlocutores realiza o registro, sendo provas válidas independentemente de autorização judicial. Quando realizadas sem o consentimento do interlocutor, só serão legítimas se o direito tutelado efetivamente justificar a quebra na boa-fé objetiva;

h) A interceptação telefônica só pode ser realizada com autorização judicial, para fins de persecução criminal, podendo ocorrer em demandas de natureza civil, em havendo indícios de conduta considerada criminosa;

i) A interceptação ambiental (realizada por um terceiro alheio aos interlocutores) só dependerá de autorização judicial se houver potencial violação de intimidade, sendo dispensável no caso de ocorrer em local público. Esse meio de prova poderá ser utilizado no processo civil independentemente de haver indício de crime;

j) A produção de filmagem ou fotografia feita por terceiro em ambiente privado só será lícita se tiver sido realizada com o consentimento do interessado ou com autorização judicial. Para locais públicos, não há restrição;

k) As informações veiculadas na internet de forma pública podem ser utilizadas como prova livremente. Em caso de dados reservados, só poderão ser obtidos pelas partes autorizadas ou mediante autorização judicial;

l) As informações reservadas constantes de repartições públicas só podem ser utilizadas como prova com autorização judicial, salvo se a própria parte questioná-las judicialmente, situação em que o exercício do contraditório legitima sua apresentação no processo;

m) A denúncia anônima não é meio de prova, e não tem validade para, por si só, comprovar fato em Juízo. Entretanto, quando a denúncia anônima noticiar fatos verossímeis e plausíveis, nada impede que, a partir dela, sejam tomadas medidas investigativas, de modo a apurar a sua veracidade.

## Referências

- ÁVILA, Humberto. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Publicado em jul. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 28 jan. 2009.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CAMPOS, Helena Nunes. Princípio da proporcionalidade: a ponderação dos direitos fundamentais. **Cadernos de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico**, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 23-32, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2ª. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. A regra da eventualidade como pressuposto da denominada teoria da substanciação. **Revista do Advogado**, São Paulo, nº 40, p. 39-43, jul. 1993.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GOMES, Luiz Flávio. **Gravação telefônica ou ambiental: validade como prova**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Publ. em março de 2009. Acesso em: 9 fev. 2011.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- IHERING, Rudolf Von. **A Luta Pelo Direito**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- LEMOS, Antônio Inácio Pimentel Rodrigues de. A União Federal em Juízo: As Prerrogativas Processuais da Fazenda Pública e o Princípio da Isonomia. **Revista da Advocacia-Geral da União**, local de publicação, nº 06, páginas inicial e final do artigo, abr. 2005.
- LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. vol. 1.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**. Processo de Conhecimento. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. vol. 2.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROQUE, Maria José Oliveira Lima. Sigilo Bancário e Direito à Intimidade. **Revista da Advocacia-Geral da União**, Brasília, nº 12, jul. 2001. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>>. Acesso em: 11 jan. 2011.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**. Uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1999. vol. 1.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.