

A GRAVAÇÃO CLANDESTINA DE CONVERSA TELEFÔNICA E A SUA UTILIZAÇÃO COMO MEIO DE PROVA JUDICIAL

RECORDING OF ILLEGAL TELEPHONE CONVERSATION AND THEIR USE AS A MEANS OF LEGAL PROOF

CLÁUDIO DE FRAGA

Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA-PR. Especialista em Direito do Trabalho. Pesquisador Científico e Membro do Grupo de Pesquisa Cidadania Empresarial, certificado no CNPq e mantido pelo Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Advogado orientador – Núcleo de Prática Jurídica do UNICURITIBA.

EDUARDO MILLÉO BARACAT

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Professor do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA.

RESUMO

A Constituição Federal prevê uma série de garantias e direitos fundamentais que orientam nossa sociedade e nosso sistema jurídico, tomando relevo os princípios que regem os pilares da legislação processual. O legislador cuidou de resguardar o direito à prova, como direito fundamental, com a vedação constitucional quanto à utilização da prova ilícita. Às pessoas é garantida a possibilidade de demonstrar os seus direitos com base nos princípios da ampla defesa e do contraditório, podendo-se valer de uma série de meios de prova, contudo deve ser observado e respeitado o direito à intimidade,

intrínseco a cada pessoa. A Constituição estabelece limites, quando proíbe a utilização de provas obtidas por meio ilícito, no entanto, a jurisprudência vem admitindo a possibilidade de utilização de alguns meios de prova obtidos sem a ciência da parte contrária, como a gravação telefônica, na medida em que seria a única forma de demonstrar o fato, sem que isso implique numa violação ao direito de intimidade da pessoa. Desta forma, doutrina e jurisprudência apresentam o princípio da proporcionalidade como meio de equacionar o problema, devendo ser analisado cada caso concreto em seus aspectos singulares, para que, após longa ponderação acerca do caso, possa o julgador aplicar adequadamente os princípios, e buscar fazer a justiça.

PALAVRAS-CHAVES: prova ilícita, gravação telefônica, princípios, intimidade, proporcionalidade, ponderação.

ABSTRACT

The Federal Constitution foresees a series of guarantees and fundamental rights that guide our society and our legal system, emphasizing the principles that conduct the pillars from the procedural legislation. The legislator took care of saving the right to proof, as a fundamental right, with the constitutional prohibition to use the illicit proof. To the people is guaranteed the possibility of demonstrating their rights based on the principles of wide defense and contradictory, being allowed to use a series of means of proof, however, must be observed and respected the right to intimacy, intrinsic to each person. The Constitution sets limits, when prohibits the usage of obtained proof by illegal means, nevertheless, the jurisprudence has been admitting the possibility of usage of some means of proof obtained without the lore of the opposite part, as the telephone records, in the way in that would be the only way to demonstrate the fact, without having an implication in a violation to the intimacy right of the person. This way, doctrine and jurisprudence present the principle of proportionality as a mean of solving the problem, each concrete case must be analyzed in its singular aspects, so that, after a long deliberation around the case, may the judge apply rightly the principles, and search for justice.

KEYWORDS: illicit proof, telephone records, principles, intimacy, proportionality, deliberation.

1. INTRODUÇÃO

Para regular a vida em sociedade e com a finalidade de estabelecer as bases políticas e sociais do Brasil e também visando tutelar os direitos básicos dos cidadãos, de uma maneira geral, a Constituição Federal tratou de enumerar uma série de disposições que visam resguardar os direitos primeiros, direitos estes que estão intrinsecamente relacionados com o bem-estar social da pessoa, sem se afastar de estabelecer os pilares que embasam o Estado brasileiro. São previsões que consubstanciam princípios, diretrizes que devem ser seguidos pelo ordenamento. Segundo Walter Claudius Rothenburg¹:

Os princípios constitucionais não são outros que os princípios gerais de Direito: preceitos que consagram os valores mais importantes (ou cuja chancela jurídica é reputada mais conveniente) num determinado contexto histórico, e que só podem fazê-lo adequadamente por meio de enunciados vagos e ajustáveis.

Dentre tais previsões, a Constituição Federal inseriu no ordenamento jurídico a proibição de utilização das provas obtidas por meios ilícitos, fazendo constar expressamente no rol dos direitos e garantias individuais, como se verifica do inciso LVI² do seu artigo 5º, que estabelece que *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*.

Houve a preocupação do legislador em estabelecer limites na produção da prova judiciária, justamente para que fossem observados e respeitados outros tantos direitos que poderiam ser lesados caso se ultrapasse determinados parâmetros. São lesões

¹ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Editor Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 81.

² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

que podem abranger inclusive direitos personalíssimos também tutelados pela carta magna, como por exemplo, a dignidade da pessoa humana e sua própria intimidade.

A leitura do dispositivo acima citado pode ser feita de maneira conjunta com o previsto no inciso XII³ do mesmo artigo 5º da Constituição Federal, o qual prevê que é *inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial*. Há uma preocupação do legislador em tutelar especificamente a produção da prova judiciária para evitar eventuais abusos.

Contudo, uma das tarefas do direito é desenvolver técnicas eficientes e adequadas para conhecer os fatos alegados que envolvem os pedidos e trazer ao processo elementos suficientes ao julgamento da causa, para verificação da verdade das alegações das partes, visando propiciar condições ao juízo para decidir a causa.

Disso resulta que a prova tem importância fundamental para que o objeto perseguido pela parte seja reconhecido. Segundo Juliana de Abreu Cassemiro⁴:

No processo probatório, o juiz atua, segundo a conotação exposta acima, no interesse da coletividade, que almeja decisões proferidas com justiça. Adiante, será observado que o interesse público no processo probatório está localizado principalmente na busca da verdade dos fatos. Ao recorrerem ao Poder Judiciário, as partes pretendem ter suas pretensões satisfeitas e o fazem demonstrando a veracidade de suas alegações. Por meio das provas, o juiz consegue enxergar a realidade das alegações e convencer-se da melhor decisão a ser tomada.

Ocorre que a parte, para efetivação do seu desiderato, por vezes realiza indiscriminada utilização dos meios de prova, dentre os quais alguns sofrem as vedações acima mencionadas. Em outras palavras, a pessoa apenas conseguiria comprovar o direito deduzido em juízo através da utilização de uma prova obtida através de meio ilícito.

Neste contexto, a utilização de prova obtida através de gravação telefônica toma relevo, diante da dificuldade da parte conseguir demonstrar em juízo os fatos alegados por outros meios de prova. Contudo, na produção da prova, a pessoa que foi ouvida

³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

⁴ CASSEMIRO, Juliana de Abreu. Os conflitos de interesses juridicamente tuteláveis na produção probatória. In GUNTHER, Luiz Eduardo (Coord.). **Jurisdição: crise, efetividade e plenitude institucional**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 374.

clandestinamente, pode ser vítima de violação de sua intimidade, direito fundamental também resguardado pela Constituição Federal. Tal quadro demonstra um confronto de possíveis violações a direitos fundamentais. Ao mesmo tempo que a prova servirá de meio para que a pessoa demonstre o seu direito deduzido em juízo, a sua produção e uso poderá estar violando o direito à intimidade de outra pessoa.

Assim, o presente artigo pretende analisar em que medida a gravação clandestina de conversa telefônica pode ofender o princípio da intimidade e a sua possível aceitação num processo judicial como meio de prova. Visa-se traçar uma relação entre tais direitos de modo a trazer subsídios que demonstrem a existência ou não de violação à intimidade da pessoa e se será apta a servir de prova judicial.

O tema será abordado através da análise da doutrina, legislação e também da pesquisa de jurisprudência existente acerca da matéria, ressaltando que envolve questões que estão relacionadas com o cotidiano dos cidadãos e refere-se às bases da existência do Estado Democrático do Direito.

2. A PRODUÇÃO DA PROVA JUDICIÁRIA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A parte no processo judicial tem o direito amplo de se manifestar e pleitear ao juiz-Estado a produção de todos aqueles meios de prova que entenda necessários para a demonstração de suas alegações. É um direito fundamental previsto na Constituição Federal, que deve ser seguido pelas partes e pelo magistrado no trâmite processual.

Neste aspecto, resulta que a prova mostra-se essencial para o integral conhecimento da causa, influenciando diretamente no convencimento do julgador (destinatário da prova), para que tenha condições de analisar o caso com justiça. Os fatos e fundamentos, os direitos subjetivos alegados pelas partes não de ser demonstrados através da produção de provas.

Assegurar o direito de produzir a prova no plano Constitucional, é garantir o acesso ao devido processo legal, e entre os princípios inerentes ao processo, destacam-se o contraditório e a ampla defesa para propiciar as partes à possibilidade ampla na formação do convencimento do juiz. Um dos pilares do sistema jurídico brasileiro, sem

dúvida, está alicerçado na possibilidade das partes externarem os seus posicionamentos em face das alegações existentes no processo.

Dentro deste contexto, a possibilidade da produção probatória vem elencada no texto constitucional, dentro do rol dos direitos fundamentais, como se verifica do inciso LV, do artigo 5º da Constituição Federal. No entanto, não obstante a liberdade estabelecida pelo legislador que confere liberdade para a produção das provas, há que se observar os limites traçados pela própria Constituição Federal, no inciso LVI⁵, do artigo 5º, que prevê que *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.*

O exercício de uma pretensão em juízo pode ser lícito, porém, o meio que parte irá utilizar para demonstrar os fatos que a embasam eventualmente poderá advir de forma ilícita e afrontar os direitos da personalidade de outra pessoa.

Segundo Adriana Martins Silva⁶:

De qualquer modo, afastar por completo a possibilidade de o juiz determinar a produção de uma prova ilícita significa aceitar um provimento jurisdicional que pode não corresponder à realidade substancial.

Se a solução encontrada pelo juiz, em virtude dessa desconsideração, não corresponder àquilo que realmente ocorreu no mundo dos fatos, teremos duas violações da ordem legal: aquela, praticada pela parte, que se utilizou de um meio ilegal para conseguir demonstrar esse fato; e a outra, cometida pela parte contrária, cujo comportamento, também ilegal, restará aprovado pelo próprio órgão jurisdicional.

A legislação em vigor não estabelece um rol taxativo de quais provas são admitidas em juízo. A parte pode optar pela produção de qualquer meio de prova que lhe pareça mais oportuno, desde que o modo escolhido seja legítimo e não seja contrário ao ordenamento jurídico e atenda a disposição constitucional. O inciso LVI, do artigo 5º, da Constituição Federal vedou de forma expressa a utilização de provas obtidas por meio ilícito no processo.

A leitura de tal dispositivo legal submete à leitura do contido no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, que prevê que o sigilo das comunicações telefônicas, salvo

⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

⁶ SILVA, Adriana Martins. O princípio da proibição da prova ilícita à luz do princípio da proporcionalidade e a mudança de paradigma segundo Friedrich Muller. In GUNTHER, Luiz Eduardo (Coord.). **Jurisdição: crise, efetividade e plenitude institucional**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 484.

autorização judicial, é inviolável. Ou seja, os parâmetros utilizados pela carta magna impedem expressamente o uso de tal meio de prova para que a parte demonstre a sua pretensão em juiz.

Disso resulta que eventual produção de prova materializada numa gravação clandestina de conversa telefônica, sem o consentimento da parte contrária, terá como conseqüência a sua inadmissibilidade no processo. Em conseqüência, o juiz não poderá levar em consideração o teor dos elementos probatórios, o conteúdo da conversa que tenha sido carreado aos autos nesta circunstância, não podendo apreciá-las para efeito de fundamento da decisão.

O fundamento da não aceitação de provas produzidas ilicitamente está intrinsecamente relacionado ao fato de que a obtenção das provas não podem causar ofensa aos direitos e garantias fundamentais da pessoa, como o direito à intimidade.

Na medida em que a Constituição Federal veda a utilização de provas ilícitas ela não pretende inviabilizar o exercício do direito à prova, mas apenas limitá-lo para que não venha a sobrepor-se a outros direitos ou a outros valores que poderiam ser considerados mais relevantes pelo ordenamento jurídico e pelo juiz.

No entanto, há que se analisar a extensão e os efeitos da inadmissibilidade de provas ilícitas e se tal princípio alcança toda e qualquer espécie de situação, e se efetivamente deve ser tido como regra absoluta, particularmente quando viola o direito à intimidade de outra pessoa.

Deste modo, obedecidos a tais limites, o entendimento mais extremado, no sentido de as provas originadas de ato ilícito serem sempre excluídas do processo, tem sido abrandado nas situações em que os prejuízos que experimenta quem se veja impedido de fazer uso de prova assim obtida superem os prejuízos da pessoa que teve sua intimidade invadida por alguns momentos.

Segundo Adalberto Guedes Xavier de Andrade⁷, na análise processual outros valores devem ser sopesados quando a prova obtida pelas partes no processo possa ofender algum direito fundamental, e através da harmonização das normas

⁷ ANDRADE, Adalberto Guedes Xavier de. A aplicabilidade do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito no processo civil, *in* **Revista de Processo**, nº 126, p. 230.

constitucionais que estariam em conflito possa se admitir, dentro de certos limites, a ingerência na vida alheia.

Partindo de tais aspectos, e tratando de assunto intrigante e controverso em doutrina e jurisprudência, a utilização de gravação de conversa telefônica obtida por meio clandestino vem sendo admitida como meio de prova em alguns julgados. No entanto, necessária a análise se tal utilização, apesar de permitir a comprovação dos fatos alegados pela parte, fere o direito da intimidade da outra pessoa, o que se passa a analisar.

3. O DIREITO À INTIMIDADE E A PROVA JUDICIÁRIA

O direito à intimidade é reconhecido pela Constituição Federal como direito fundamental, como um instrumento de defesa da dignidade da pessoa humana, assegurando a tutela da intimidade em diversos dispositivos, como nos incisos X, XI, XII, do artigo 5º. A necessidade de se proteger os direitos da personalidade nasce da própria condição da vida em sociedade e das constantes mutações a que estamos sujeitos hodiernamente.

Ensina-nos Viviane Coêlho de Séllos Knoerr⁸:

Nestes termos, verificando o elo e interdependência entre a dignidade humana para com questões de caráter social fundamental, como a cidadania, a democracia, os valores éticos, o construtivismo, a sustentabilidade, a adoção de posturas afirmativas por parte do setor empresarial em parceria público-privado, objetivamos favorecer e proporcionar a concretização da Constituição Federal.

Decorre disso que a observância à inviolabilidade da intimidade das pessoas deve ser respeitada por todos, é o respeito aos direitos subjetivos do indivíduo, que permeia valores que representam os sentimentos mais internos. Quando se fala acerca da efetividade dos direitos e garantias constitucionais sob o aspecto da produção

⁸ SÉLLOS, Viviane. O Problema da Dignidade Humana e os Projetos para Erradicação da Exploração do Trabalho Infantil. In **Anais do CONPEDI**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/recife/trabalho_justica_viviane_gondim.pdf>. Florianópolis: Boiteux, 2006.

probatória, mister a questão da tutela dos direitos de personalidade particularmente diante da necessidade de discutir os instrumentos garantidores da eficácia constitucional. E aí surge a necessária proteção à intimidade que deve ser preservada ainda que estejam em discussão direitos que num primeiro momento possam externar eventual superioridade.

Ainda que se parta do pressuposto que os direitos da personalidade situam-se como “direitos primeiros”, segundo Elimar Szaniawski⁹, não se olvida que certos direitos entrem em conflito e surja polêmica acerca de qual destes direitos conflitantes deve preponderar sobre o outro. A previsão constitucional que veda a utilização de provas obtidas por meio ilícito carrega consigo a proteção da intimidade da pessoa, para que não tenha violado direito fundamental.

Pois bem, partindo-se de tal premissa, como permitir uma ampla produção probatória, assegurando-se o contraditório e a ampla defesa, com a vedação de utilização de provas ilícitas, e ao mesmo tempo observar o respeito à intimidade, enfim, a questões basilares que envolvem a dignidade da pessoa humana?

Diante de tal quadro, apresentam-se dois valores diametralmente opostos, ou seja, o direito à ampla produção probatória, e o direito da parte ter resguardada a sua intimidade como pessoa humana, sem que seja exposta a exageros que a ocasionem lesão a seus direitos básicos.

Há que se observar que os direitos e garantias fundamentais possuem característica primordial, mas não podem servir de proteção para a impunidade de condutas ilícitas. Para Bedaque¹⁰ o ponto está em encontrar o equilíbrio entre dois valores contrapostos, quais sejam, a tutela da norma violada com a obtenção da prova ilícita e a utilização dos meios necessários ao alcance do escopo da atividade jurisdicional.

Isto conduz ao entendimento de que a conciliação entre os direitos fundamentais com o bem comum não implica na exclusão de direitos (segundo Maria Cecília Pontes

⁹ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2005, pág. 19.

¹⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Garantias Constitucionais do Processo Civil**, 1999, p. 185-186.

Carnaúba¹¹). De fato, os direitos a inviolabilidade da intimidade e das comunicações telefônicas são garantidos pela Constituição Federal, no entanto existem outros direitos igualmente tutelados pelo texto constitucional, como a produção probatória, também de grande importância, o que, segundo Nelson Nery Junior¹², não pode sugerir uma incompatibilidade entre preceitos constitucionais, mas, ao contrário, é preciso que os direitos constitucionais aparentemente em conflito sejam harmonizados e compatibilizados entre si pelo intérprete e aplicador da norma.

A captação da prova deve ser realizada com observância aos direitos da personalidade, não sendo permitida a violação dos princípios fundamentais contidos na Constituição Federal. Para Celso Ribeiro Bastos¹³ o direito não pode ser compartimentado e dividido em blocos estanques, e assim de um lado haveria a geração da prova, arcando o seu responsável com todas as penas resultantes do ilícito praticado, e do outro estaria o interesse processual em descobrir a verdade.

Surge então a necessidade de se compatibilizar os direitos eventualmente em conflito, para que sejam harmonizados e considerados os aspectos que rodeiam a questão. Na doutrina, que não é unânime quanto ao tema, deve haver ponderação para analisar os interesses que estão em conflito no caso concreto, escolhendo quais os direitos que necessitam de maior tutela.

Uma solução apresentada pela doutrina e jurisprudência é que a questão da admissibilidade de um meio de prova vai depender da discricionária valoração ou da devida ponderação a ser dada pelo juiz aos bens jurídicos em conflito.

Neste sentido, tem-se a aplicação do princípio da proporcionalidade que serve como um mecanismo de abertura do sistema jurídico, sensível às interpretações teleológicas capazes de viabilizar a obtenção de resultados mais justos. Para Eduardo Cambi¹⁴ a previsão contida no art. 5º, inc. LVI, da Constituição Federal, não pode ser interpretado como uma regra rígida que impeça toda e qualquer prova ilícita, mas uma

¹¹ CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. Prova ilícita, 2000. São Paulo: Saraiva, p. 49.

¹² NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**: Processo civil, penal e administrativo. 9º edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 278, 2009.

¹³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988, v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989, pág. 273.

¹⁴ CAMBI, Eduardo. **A prova Civil**: admissibilidade e relevância. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, pág. 49.

regra aberta às circunstâncias que possam aparecer nos casos concretos, confiando aos juízes a possibilidade de ponderar acerca dos valores constitucionais em conflito e evitar que a interpretação literal dessa regra jurídica impossibilite a construção de uma sociedade justa e democrática.

Segundo Adriana Martins Silva¹⁵:

A admissibilidade no processo de provas produzidas por meios não permitidos pelo sistema legal é uma situação nova, porque quebra os limites de interpretação incondicional do texto legal sobe as atividades persecutória e investigatória do Estado, e cria modernos freios às arbitrariedades estatais através da adoção de limites objetivos impostos pela razão, com base no princípio da proporcionalidade.

Na aplicação do princípio da proporcionalidade, o juiz deve atentar para alguns pressupostos, dentre eles: a clara determinação dos valores em discussão; a prioridade dos elementos normativos a serem utilizados; a proporção entre o meio empregado e os fins pretendidos.

Neste passo, toma relevo a análise da produção de prova obtida através de gravação clandestina e a sua possível utilização e aceitação num processo judicial.

4. A GRAVAÇÃO CLANDESTINA DE CONVERSA TELEFÔNICA E O SEU VALOR PROBATÓRIO

Ao que se verifica, a liberdade para a produção de provas fica limitada na medida em que a própria Constituição Federal veda a utilização de alguns meios de prova. Como visto acima, a jurisprudência vem abrandando tal entendimento, com base no princípio da proporcionalidade e na análise de cada caso concreto.

Até porque existem situações extremas nas quais a única forma de se demonstrar aquele fato seria através da utilização de uma prova ilícita. Vicente Greco Filho¹⁶, em situações como esta, entende que a prova teria de ser considerada porque a condenação de um inocente é a mais abominável das violências e não pode ser admitida ainda que se sacrifique algum preceito legal.

¹⁵ SILVA, Adriana Martins, obra citada, p. 486.

¹⁶ GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 112.

Num primeiro momento, a gravação clandestina de conversa telefônica resulta em grave violação ao direito à intimidade da pessoa. Contudo, o sigilo constitucional das comunicações não pode ser considerado absoluto, sujeitando-se, assim, ao princípio da proporcionalidade, até para que se evite que a sua tutela sirva de pretexto para causar danos aos direitos de outra pessoa.

Assim, a eventual invasão de privacidade seria justificada se analisada a situação concreta, a fim de se observar os direitos colocados em confronto, a partir da concepção de que a captação da conversa telefônica não resulte de meios ardilosos e não represente uma injustificável restrição da esfera dos direitos da personalidade¹⁷.

Segundo análise jurisprudencial, a inadmissibilidade da utilização das provas ilícitas é entendimento que vem sendo abrandado, sendo o princípio da proporcionalidade o instrumento a ser utilizado como forma de aproximar os extremos da situação analisada.

No caso das gravações clandestinas de conversa telefônica, a jurisprudência vem caminhando para o entendimento de que a gravação de uma conversa por um dos interlocutores, sem o consentimento do outro, não se enquadra no conceito de interceptação telefônica, e de consequência, não é considerada meio ilícito de obtenção de prova.

Em recente decisão¹⁸, o Tribunal Superior do Trabalho condenou uma empresa a efetuar o pagamento de indenização para uma ex-empregada por ter denegrido a imagem dela ao dar informações a possível novo empregador.

A ex-empregada ingressou na Justiça do Trabalho com reclamação trabalhista afirmando, em síntese que o dono da empresa onde trabalhava a prejudicou na

¹⁷ CAMBI, Eduardo, obra citada, p. 108.

¹⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista 21500-05.2008.5.15.0001**, Relator: JOSÉ PEDRO DE CAMARGO RODRIGUES DE SOUZA- Desembargador Convocado Relator. Ementa: RECURSO DE REVISTA - PRELIMINAR DE NULIDADE POR USO DE PROVA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO. A gravação de conversa, realizada por um dos interlocutores, não se enquadra no conceito de interceptação telefônica, razão pela qual não se pode considerá-la meio ilícito de obtenção de prova. O uso desse meio em processo judicial é plenamente válido, mesmo que o ofendido seja um terceiro, que não participou do diálogo, mas foi citado na conversa e obteve a prova por intermédio do interlocutor. Se a obtenção é lícita, o produto, ou seja, a prova, também o é. Na hipótese a reclamante viu sua honra ser maculada por declarações da ex-empregadora, no intuito de frustrar sua admissão em um novo emprego, o que, obviamente, só poderia ter sido documentado por um terceiro, que foi quem recebeu as informações depreciativas a respeito da trabalhadora. Intacto o art. 5º, LVI, da Constituição Federal. Precedentes do STF e desta Corte. Recurso de revista não conhecido.

obtenção de novo emprego e manchou sua imagem junto ao novo empregador, que pediu informações a seu respeito. A conversa telefônica foi gravada pela reclamante e serviu como prova na ação trabalhista. A sentença e o acórdão proferidos foram mantidos pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Ao analisar o recurso da empresa, a 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho considerou legal a prova apresentada pela empregada, entendendo, em síntese, que embora a inviolabilidade das comunicações telefônicas seja assegurada pela Constituição Federal, deve também ser preservado o direito de defesa da empregada, que reputou de maior relevância diante da gravidade do dano, pois, sem aquela prova, seria impossível de ser exercido o direito da ex-empregada, havendo um excesso por parte do dono da empresa ao prestar informações a respeito da reclamante, adentrando na sua intimidade, o que a prejudicou na obtenção de um novo emprego. As declarações do dono da empresa foram suficientes para demonstrar que foi originado à ex-empregada uma violação à sua honra, e que naquele caso concreto, apenas poderia ter sido documentado por um terceiro, que foi quem recebeu as informações depreciativas a seu respeito.

O relator ainda ressaltou que o sigilo telefônico é uma garantia de inviolabilidade da linha de comunicação telefônica, durante o uso, para evitar a típica atividade de interceptação e, não, um direito ao sigilo do conteúdo da conversação. E ainda, embora a prova obtida por um dos interlocutores tenha sido aproveitada por terceiro, foi considerado lícito o procedimento, diante da dificuldade que a parte teria em comprovar a situação vivida, evitando impedir a reclamante de exercer o seu direito de ação.

Entendimento semelhante, quanto a admissibilidade do uso de gravação de conversa telefônica como meio de prova já foi adotado por outros Tribunais. O Supremo Tribunal Federal¹⁹ acatou como válida a gravação de conversa telefônica que foi feita por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, quando inexistente causa legal de sigilo ou de reserva de conversação.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 578858 AgR / RS, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe nº 162 de de 28/8/2009.

Vale acrescentar, contudo, que o entendimento não é unânime entre os Tribunais. Como exemplo, o caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça²⁰, ocasião em que foram anuladas as provas produzidas nos autos por entenderem os julgadores que foram violadas a honra, a imagem, a intimidade e a dignidade da pessoa humana dos envolvidos, decidindo que a obtenção da prova fora ilícita, colhidas em desconformidade com o preceito legal, não havendo a necessária razoabilidade para o ato, entendendo pela infração a diversos dispositivos legais e pela contrariedade do ato aos princípios da legalidade, da imparcialidade e do devido processo legal.

Como se pode observar, a questão ainda é controversa nos Tribunais, havendo situações em que se reconhece a ilegalidade das provas produzidas no processo afastando os seus efeitos, e em outros, ainda que transpareça o meio ilegítimo de sua produção, considera e valora a prova surtindo conseqüências no convencimento do julgador. Neste caso, apenas após realizar uma análise ponderada acerca dos valores e direitos que estão sendo discutidos sob o enfoque da prova produzida.

A análise ponderada de todos os elementos do caso concreto é que levará o julgador a tomar uma decisão que, espera-se, seja justa. Em outro julgamento²¹, o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela validade das provas obtidas através gravação clandestina de conversa telefônica por entender que o direito à intimidade não pode ser utilizado como um escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, e nem para a diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, o que viria afrontar o Estado de Direito. O Relator bem se manifestou ao afirmar que:

Dessa forma, aqueles que, ao praticarem atos ilícitos, inobservarem as liberdades públicas de terceiros pessoas e da própria sociedade, desrespeitando a própria dignidade da pessoa humana, não poderão invocar, posteriormente, a ilicitude de determinadas provas para afastar suas responsabilidades civil e criminal perante o Estado.

Há que atentar para o fato de que estão em discussão direitos e garantias fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal, e disso resulta a grande responsabilidade que deve despender o julgador na análise do caso concreto, para que,

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº HC 149250/SP, Relator Ministro Adilson Vieira Macabu.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário nº 12266/SP, Relator Ministro Hamilton Carvalhido.

através dos elementos trazidos ao seu conhecimento, possa, com o discernimento necessário, aplicar o princípio da proporcionalidade e decidir visando alcançar a justiça.

5. CONCLUSÃO

A Constituição Federal prevê a possibilidade da produção probatória, assegura o acesso amplo aos meios de prova existentes, vedando o uso de provas obtidas por meio ilícito no processo judicial.

No entanto, a fim de demonstrar o seu direito em juízo, em algumas situações a parte terá de utilizar um meio de prova que, em análise preliminar, não é admitido, é considerado ilícito, o que poderá acarretar uma violação ao direito à intimidade da outra pessoa.

Não há uma resposta na doutrina e jurisprudência unânime quanto a possibilidade do uso de gravação clandestina de conversa telefônica como meio de prova judicial. Não se pode negar que numa primeira análise, o seu uso violaria o direito à intimidade da pessoa. O que se pode constatar é que a regra prevista na Constituição Federal comporta exceções, apontando que cada caso concreto deve ser analisado com as cautelas necessárias, apresentando como solução a utilização do princípio da proporcionalidade.

Os excessos, os abusos, devem ser afastados, atitudes desproporcionais e ilegais em nada contribuirão com o regular andamento do processo, ao contrário, apenas acobertarão ilicitudes do seu criador.

Há a necessidade de se compatibilizar os direitos eventualmente em conflito, para que sejam harmonizados e considerados os aspectos que rodeiam a questão, havendo ponderação do julgador para analisar os interesses que estão em conflito no caso concreto, escolhendo quais os direitos que necessitam de maior tutela.

Desta feita, há que se atender aos limites traçados na Constituição Federal, sem extrapolar a previsão legal, pois só assim é que se atingirá a sua finalidade maior, estabelecendo igualdade de condições entre as partes, e principalmente, respeitando-se a intimidade dos envolvidos.

A condição de direito e garantia fundamental estabelecida pela Constituição, conferindo a possibilidade da parte produzir suas provas, não afasta a necessidade de respeitar a intimidade da pessoa.

Não há que se falar em sobreposição de direitos ou de garantias fundamentais, mas uma apreciação do caso concreto, com ponderação, para que apenas após uma detalhada análise se possa constatar eventual preponderância de algum direito.

Como visto acima, em algumas oportunidades a parte não possui outra possibilidade de demonstrar o seu direito senão através do uso de uma prova obtida por uma gravação telefônica realizada clandestinamente.

Portanto, há situações em que o uso de uma gravação telefônica obtida clandestinamente não ofenderia o princípio da intimidade, sendo apta a servir como prova judicial. É imprescindível que o julgador analise cada caso, um a um, observando as minúcias que envolvem a situação, para a partir deste exame detalhado o Estado-juiz aplique o princípio da proporcionalidade, observando principalmente a clara determinação dos valores em discussão; a prioridade dos elementos normativos a serem utilizados; a proporção entre o meio empregado e os fins pretendidos, e a partir da apreciação conjunta de tais fatores possa enfim formar o seu convencimento e proferir o seu julgamento.

Em suma, dentro deste quadro, a solução que se mostra plausível é a análise de cada caso concreto, e aplicando-se o princípio da proporcionalidade (e por certo, atendidas as demais determinações legais a respeito), possa o julgador após a análise de tudo o que foi discutido no caso formar o seu convencimento e alcançar uma decisão justa e equilibrada, mas sempre respeitando os princípios e fundamentos constitucionais, pois são estas as garantias e os direitos maiores que devem ser respeitados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ANDRADE, Adalberto Guedes Xavier de. A aplicabilidade do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito no processo civil. **Revista de Processo, nº 126**, São Paulo, 2003.

ANDRADE, Luiz Gustavo de; DENGGO, Dagmar; DOMINGUES, Dinizar. Poderes do Juiz. In: GUNTHER, Luiz Eduardo (Coord.). **Jurisdição: crise, efetividade e plenitude institucional**. Curitiba: Juruá, 2008.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**, v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Garantias Constitucionais do Processo Civil** / coordenador José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 21500-05.2008.5.15.0001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 578858 AgR / RS, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe nº 162 de de 28/8/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº HC 149250/SP, Relator Ministro Adilson Vieira Macabu.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário nº 12266/SP, Relator Ministro Hamilton Carvalhido.

CAMBI, Eduardo. **A prova Civil**: admissibilidade e relevância. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudo sobre direitos fundamentais**. 1º edição, 3º tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. **Prova ilícita**. São Paulo: Saraiva. 2000.

CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código Civil brasileiro interpretado**. v. 3. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1986.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DE PLACIDO E SILVA, José. **Vocabulário jurídico**. v. 1. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1963.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Direito à prova e dignidade humana**: cooperação e proporcionalidade em provas condicionadas à disposição física da pessoa humana (abordagem comparativa). São Paulo: LTr, 2007.

FILHO, Vicente Greco. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GARCIA, Enéas Costa. **Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As provas ilícitas na Constituição**. O processo em evolução. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1996.

GUERRA FILHO, W. S. **Noção essencial do princípio da proporcionalidade**. O processo na Constituição. São Paulo: Quartier latin do Brasil, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo IV. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1974.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**: Processo civil, penal e administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 9ª edição, 2009.

SÉLLOS, Viviane. **Da interpretação constitucional**: regras adequadas à atualidade: (por uma nova hermenêutica). 2. ed. Rio de Janeiro: Clássica, 2008.

SÉLLOS, Viviane. O Problema da Dignidade Humana e os Projetos para Erradicação da Exploração do Trabalho Infantil. In **Anais do CONPEDI**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/recife/trabalho_justica_viviane_gondim.pdf>. Florianópolis: Boiteux, 2006.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WOOD, Daniel Ricardo. Sistemas econômicos. Análise econômica do direito. Fundamentos econômicos do direito empresarial. In KNOERR, Viviane Coêlho de Séllos; TAFURI, José Mário; BORGES, Alexandre Walmott; CAPORLÍNGUA, Vanessa; COSTA, Ilton Garcia da; GIBRAN, Sandro Mansur; HENRIQUES, Ruy Alves filho; MOURA, Luiza; SHIRAI, Masako; OPUSZKA, Paulo Ricardo; SOUZA, Nilson Araújo de (Orgs.). **Anais do I Congresso Brasileiro de Direito Empresarial e Cidadania**, n. 1, ISSN: 85-87994-75X *Online*. Curitiba: UNICURITIBA, 2011.