



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Gustavo Quintanilha Telles de Menezes

**“Sistematização das limitações probatórias impostas pela privacidade”**

Rio de Janeiro

2016

Gustavo Quintanilha Telles de Menezes



Tese de Doutorado em Direito, apresentada para qualificação, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Linha de pesquisa: Direito Processual

Orientador: Professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro

Rio de Janeiro

2016

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

M543 Menezes, Gustavo Quintanilha Telles de.

Sistematização das limitações probatórias impostas pela privacidade /  
Gustavo Quintanilha Telles de Menezes. - 2016.

177 f.

Orientadora: Prof. Dr. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,  
Faculdade de Direito.

1. Privacidade - Teses. 2. Prova (Direito) –Teses. 3.Processo civil –  
Teses. I. Carneiro, Paulo Cezar Pinheiro . II. Universidade do Estado do Rio  
de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 343.45

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Gustavo Quintanilha Telles de Menezes

**Sistematização das limitações probatórias impostas pela privacidade**

Tese de Doutorado em Direito, apresentada para qualificação, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Linha de pesquisa: Direito Processual

Aprovado em: 30 de novembro de 2016.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro  
Faculdade de Direito - UERJ

---

Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho  
Faculdade de Direito - UERJ

---

Prof. Dr. Flávia Pereira Hill  
Faculdade de Direito - UERJ

---

Prof. Dr. Cassio Scarpinella Bueno  
Universidade Católica de São Paulo

---

Prof. Dr. Flávio Luiz Yarshell  
Universidade de São Paulo

Rio de Janeiro  
2016

## DEDICATÓRIA

À Ludmila,  
por fazer da minha vida uma história de amor;

Ao Guilherme,  
que com sua chegada iluminará nossa vida;

Aos meus pais e meu irmão,  
por consubstanciarem todos os valores em que acredito.

## **AGRADECIMENTO**

Agradeço ao Professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro pela honra de tê-lo como orientador de minha tese, brindando-me com seu imenso saber.

Agradeço-o ainda mais por me ensinar com a notabilidade de sua experiência, que o conhecimento pode ser transmitido com grande simplicidade e infinita gentileza aos alunos, que, como eu, tornam-se profundos admiradores do profissional, do professor e do exemplo de pessoa que é.

Agradeço ao Professor Humberto Dalla Bernardina de Pinho, pelo apoio imprescindível e pela amizade com que me honrou.

Agradeço, outrossim, aos demais professores da pós-graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, especialmente ao Professor Doutor Leonardo Greco pelas aulas, desde a graduação até o doutorado, bem como por seus ensinamentos sobre a humanização do processo, que hoje são marca indelével da visão que tenho do Direito Processual.

Agradeço, muito, aos colegas dos cursos de mestrado e doutorado, pela experiência compartilhada, textos cedidos e indicados, ideias discutidas e, principalmente, pela excelente companhia nas aulas e momentos de pesquisa.

Agradeço a meus alunos, pelo tanto que aprendi buscando ensinar.

## RESUMO

Menezes, G. Q. T. de. *Sistematização das limitações probatórias impostas pela privacidade*. 2016. 177 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

O estudo realizado examina a relevância da privacidade no processo, para apresentar uma classificação de níveis de privacidade baseada no ordenamento jurídico brasileiro, considerando a doutrina nacional e internacional, a jurisprudência dos tribunais e os princípios que regem o processo civil. A partir dessa classificação são extraídos critérios objetivos de cabimento de prova que interfira na privacidade e são definidas as limitações probatórias determinadas pela privacidade. O trabalho também analisa a preservação da privacidade na fase de instrução segundo o Código de Processo Civil, as situações de não incidência de privacidade e a influência do tema nas provas em espécie e o uso de meios modernos de informação e comunicação.

A situação da privacidade na legislação extravagante também é examinada, para complementar a formulação de uma proposta de alteração da lei processual geral, cuja proposição, exposta ao final do trabalho, visa a disponibilizar aos operadores de direito um dispositivo específico e completo, que embase e oriente tecnicamente a admissão ou inadmissão de provas que interfiram na privacidade de pessoas.

A padronização de critérios técnicos jurídicos consistentes em matéria probatória relacionados com a privacidade contribui para o desenvolvimento do processo justo.

Palavras chaves: Privacidade no processo. Limitações probatórias

## ABSTRACT

Menezes, G. Q. T. de. *Systematization of evidentiary limitations imposed by privacy*. 2016. 177 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

The study examines the relevance of privacy in the process, to present a privacy rating levels based on the Brazilian legal system, considering the national and international doctrine, the jurisprudence of the courts and the principles governing civil procedure.

Based on this classification are extracted admission objectives criteria for evidence that interfere with privacy and classified the evidentiary limitations determined by privacy.

The work also examines the preservation of privacy in the discovery phase, the situations not subject to privacy and the influence of context on the evidence in kind and the use of modern information and communication media.

The situation of privacy in law is examined, to formulate a proposal to amend the procedural law, exposed to the end of the work, aims to make available to legal professionals a specific and complete provisions for technically admission or inadmissibility evidence that interfere with the privacy of people.

Key words; Privacy in the process. Evidence limitations



## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO</b>	10
1	<b>NOÇÕES SOBRE LIMITAÇÕES PROBATÓRIAS</b>	14
1.1	<b>Notas iniciais</b>	16
1.2	<b>Evolução histórica das limitações probatórias</b>	18
2	<b>PRIVACIDADE E PROCESSO</b>	19
2.1	<b>Breve conceito de privacidade</b>	20
2.2	<b>Privacidade como limitação ao direito de prova</b>	21
3	<b>NOTÍCIA DO DIREITO ESTRANGEIRO</b>	21
3.1	<b>Notícia do direito alemão</b>	22
3.2	<b>Notícia do direito italiano</b>	26
4	<b>CLASSIFICAÇÃO DOS NÍVEIS DE PRIVACIDADE</b>	29
4.1	<b>Privacidade íntima</b>	31
4.1.1	<u>Direito à não autoincriminação</u>	35
4.1.2	<u>Intervenção corporal</u>	40
4.1.2.1	Intervenção invasiva	40
4.1.2.2	Intervenção não invasiva	42
4.1.3	<u>Ilícitude da prova por tortura</u>	46
4.2	<b>Privacidade relacional</b>	48
4.2.1	<u>Privacidade de comunicação</u>	56
4.2.1.1	Privacidade de comunicação pessoal ou ambiental	56
4.2.1.2	Privacidade de comunicação telefônica	58
4.2.1.3	Privacidade de comunicação eletrônica	61
4.2.1.4	Privacidade de correspondência	65
4.2.2	<u>Privacidade domiciliar</u>	66
4.2.3	<u>Privacidade familiar</u>	67
4.2.4	<u>Privacidade profissional</u>	68
4.3	<b>Privacidade social</b>	72
4.3.1	<u>Privacidade fiscal</u>	76
4.3.2	<u>Privacidade bancária</u>	80
4.3.3	<u>Privacidade empresarial</u>	82

4.3.4	<u>Privacidade cadastral</u>	83
4.3.5	<u>Privacidade contratual</u>	87
5	<b>CRITÉRIOS OBJETIVOS DE CABIMENTO DA PROVA</b>	89
5.1	<b>Imprescindibilidade</b>	90
5.1.1	<u>Pertinência</u>	90
5.1.2	<u>Prejuízo</u>	92
5.2	<b>Ponderação</b>	93
5.2.1	<u>Ponderação em abstrato</u>	94
5.2.2	<u>Ponderação em concreto</u>	96
6	<b>CLASSIFICAÇÃO DAS LIMITAÇÕES PROBATÓRIAS DETERMINADAS PELA PRIVACIDADE</b>	97
6.1	<b>Limitação pela imprescindibilidade da prova</b>	98
6.2	<b>Limitação pela confiança fundamental</b>	99
6.3	<b>Limitação pela dignidade pessoal</b>	100
7	<b>PRESERVAÇÃO DA PRIVACIDADE NA FASE DE INSTRUÇÃO</b>	101
7.1	<b>Proposição da prova</b>	103
7.2	<b>Admissão da prova</b>	104
7.3	<b>Produção da prova</b>	105
7.4	<b>Valoração da prova</b>	106
7.4.1	<u>Impossibilidade de prejuízo pela tutela à privacidade</u>	107
7.4.2	<u>Ausência de influência da privacidade no ônus da prova</u>	108
7.5	<b>Registro da prova</b>	109
7.5.1	<u>Imposição de segredo de justiça</u>	110
7.5.2	<u>Procedimentos de sigilo</u>	110
8	<b>SITUAÇÕES DE NÃO INCIDÊNCIA DE PRIVACIDADE</b>	115
8.1	<b>Ausência de privacidade</b>	115
8.1.1	<u>Espaço público e espaço privado</u>	115
8.1.2	<u>Poder Público</u>	116
8.1.3	<u>Sigilo da instrução criminal</u>	122
8.2	<b>Disposição da privacidade no processo</b>	123
8.3	<b>Efeitos da violação da privacidade</b>	124
8.3.1	<u>Nulidade da prova ilícita</u>	124

8.3.2	<u>Responsabilização dos sujeitos do processo</u>	127
8.4	<b>Abuso da alegação de privacidade</b>	128
9	<b>PRIVACIDADE E AS PROVAS COM NOVAS MÍDIAS</b>	131
9.1	<b>Câmeras de segurança</b>	131
9.2	<b>Redes sociais</b>	135
9.3	<b>Atos processuais audiovisuais</b>	139
10	<b>PRIVACIDADE E AS PROVAS EM ESPÉCIE</b>	142
10.1	<b>Depoimento pessoal e confissão</b>	146
10.2	<b>Prova testemunhal</b>	147
10.3	<b>Prova pericial</b>	149
10.4	<b>Prova documental</b>	150
10.5	<b>Inspeção pessoal</b>	152
11	<b>NÍVEIS DE PRIVACIDADE APLICADOS A OUTRAS DISCIPLINAS</b>	153
11.1	<b>Noções comparativas com o processo penal</b>	153
11.2	<b>Limitações probatórias da privacidade na mediação</b>	156
11.3	<b>Limitações probatórias da privacidade na arbitragem</b>	157
12	<b>POSITIVAÇÃO DA PRIVACIDADE</b>	158
12.1	<b>Leis especiais</b>	159
12.1.1	<u>Lei de acesso à informação</u>	159
12.1.2	<u>Marco civil da internet</u>	160
12.1.3	<u>Segredo industrial</u>	163
12.2	<b>Uma proposta para o processo civil</b>	164
	<b>CONCLUSÃO</b>	166
	<b>REFERÊNCIAS</b>	173

## INTRODUÇÃO

Todos os assuntos que são objeto de estudo no direito processual civil, em algum ponto relacionam-se com o acesso à justiça, haja vista que, sem a pretensão de apresentar uma definição exauriente, é possível afirmar que o processo é conjunto articulado de atos que instrumentalizam o exercício do direito de acesso à justiça.

O contraditório e a ampla defesa podem ser reconhecidos como elementos do acesso à justiça, considerando que não há efetivo acesso à justiça sem tais direitos igualmente fundamentais.

Decorrendo a incidência da lei em tese no caso concreto da verificação de que os fatos, abstratamente previstos, efetivamente ocorreram, a prova surge no processo como instituto que permite a demonstração de que os fatos que constituem o direito pleiteado, realmente se configuraram.

Com efeito, se o acesso à justiça depende do processo e este depende da prova, não há dúvida de que para efetivação do acesso à justiça, impõe-se como imprescindível reconhecer a existência do direito à prova, ou seja, o direito de provar. Afirma-se, inclusive, com esteio no acesso à justiça, a existência de um *direito fundamental à prova*<sup>1</sup>.

Como qualquer direito, o direito de provar não é ilimitado, sofrendo limitações *intrínsecas* inerentes a sua própria estrutura e formas de efetivação, bem como limitações *extrínsecas*, impostas pela coexistência com outros direitos, dentro do mesmo sistema jurídico, que se restringem reciprocamente em extensão, de modo que todos possam ocupar seu espaço e cumprir sua função dentro do ordenamento.

A prova<sup>2</sup>, núcleo do direito de provar, pode ser analisada sob o aspecto de seus *meios, resultados e atividade de produção*<sup>3</sup>, e objetiva atestar a ocorrência ou existência de fatos constitutivos, modificativos, impeditivos ou extintivos de direitos em litígio. A prova é, pois, componente do direito de acesso à justiça.

---

<sup>1</sup>ANDOLINA, Italo. VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano: corso di lezioni*. Torino: Giappichelli, 1990. p.97-98.

<sup>2</sup>TARUFFO, Michele. *Il concetto di "prova" nel diritto processuale*. Revista de Processo. Ano 39. V. 229. Revista dos Tribunais : São Paulo, março/2014. p .75. Ressalta o autor: "*Il termine prova designa un insieme di significati molto diversi tra di loro, anche se analoghi, principalmente nel linguaggio técnico-giuridico*".

<sup>3</sup>GRECO, Leonardo. *O conceito de prova*, in *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes : Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 423/470.

Desse modo, todos os limites ao exercício do direito de prova definem contornos do próprio acesso à justiça; sendo esses limites legítimos, o direito de acesso à justiça estará pleno e em harmonia com os demais direitos; se impostos limites ilegítimos ao direito de prova, tolhido estará o acesso à justiça e, portanto, estará consubstanciada uma violação ao direito fundamental constitucional inserto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República.

Situar o direito de prova no âmago do acesso à justiça é fundamental para o estudo ora proposto, pois, como se verá, a definição dos limites da prova ora examinados, dependerá do cotejo com outro direito fundamental – a privacidade – e, por isso, é importante que se perceba que se está diante de dois direitos fundamentais que, como tais, devem ser harmonizados, sem que nenhum deles seja arbitrariamente reduzido ou relativizado.

Emerge da necessidade de análise conjugada dos dois direitos fundamentais em evidência – acesso à justiça e privacidade – a utilidade da técnica de ponderação<sup>4</sup>, para que se possa definir adequadamente, quando um ou outro deve prevalecer no caso concreto e quais meios podem ser utilizados para tratá-los no processo.

A influência do direito à privacidade surge nesta análise como instrumental, pois, se apresenta como uma limitação extrínseca ao direito de prova. Não se analisará, nesse trabalho, o direito à privacidade como direito material em que se funda a pretensão autoral, passível de decisão final de mérito diretamente sobre sua incidência e aplicação na regra jurídica concreta estabelecida pela sentença. Não trataremos do direito à privacidade como *causa de pedir*.

A privacidade comparece no estudo como um fator externo ao direito de prova, que o limita e conforma. No âmbito regular do processo, a princípio, para observância do acesso à justiça dever-se-ia permitir a produção de toda e qualquer prova, a fim de se reunir o máximo de elementos aptos a demonstrar como os fatos se passaram na realidade e, a partir daí, fixar-se o direito aplicável.

Ocorre que a produção de provas tem regras dentro do processo e se sujeita a prazos e preclusões, p.ex., logo não é a qualquer momento que se pode produzir uma prova. Da mesma forma, a produção de prova encontra limites em normas que não são essencialmente processuais, como é o caso daquelas que instituem, definem, regulam e protegem a

---

<sup>4</sup>SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Lumen Juris : Rio de Janeiro, 2000.

privacidade. Tais normas, mesmo não sendo, em tese, estritamente processuais, têm efeito processual evidente, na medida em que impõem limites à prática de atos probatórios no processo.

Alcança-se, pois, a compreensão de que existem limitações probatórias determinadas pela privacidade, que podem e devem ser compreendidas, para que se lhes dê a correta aplicação, assegurando-se o exercício do acesso à justiça, pelo direito de prova, tanto quanto seja possível e legítimo.

No primeiro capítulo deste trabalho, apresentam-se noções sobre limitações probatórias, traçando uma breve evolução histórica do instituto. O segundo capítulo é dedicado à análise do reflexo processual do direito à privacidade, propondo um breve conceito desse direito e apontando generalidades de seu impacto nas normas de instrução processual.

A partir das limitações legítimas, destaca-se o abuso da alegação de privacidade, O terceiro capítulo prepara a imersão da discussão do tema, trazendo uma notícia da doutrina estrangeira, inclusive sobre a tese criada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, denominada “teoria das três esferas” ou “três graus”, que nesse capítulo é examinada em conjunto com as diversas normas pontuais de outros países sobre a privacidade.

O terceiro capítulo prepara a imersão da discussão do tema, trazendo uma notícia da doutrina estrangeira, inclusive sobre a tese criada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, denominada “teoria das três esferas” ou “três graus”, que nesse capítulo é examinada em conjunto com as diversas normas pontuais de outros países sobre a privacidade.

A classificação dos níveis de privacidade no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro é estabelecida no quarto capítulo, que os abordando em ordem relevância decrescente de privacidade, trata da *privacidade íntima*, da *privacidade relacional* e da *privacidade social*, situando e delimitando técnica e objetivamente cada um.

A *privacidade social* é analisada segmentadamente em fiscal, bancária, empresarial, cadastral e contratual, assim como é tratada sob um novo enfoque, mais coerente com o sistema de direito.

A *privacidade relacional* é a baseada na confiança existente em razão de relações interindividuais cuja proteção é erigida a direito fundamental e examinada de forma a permitir

o reconhecimento em toda sua extensão, porém somente até os limites impostos pelo próprio ordenamento. A privacidade de comunicação é estudada em todas as suas modalidades – pessoal ou ambiental, telefônica, eletrônica, postal – assim como são enfrentadas a privacidade domiciliar, familiar e profissional, sob uma ótica processual.

A dimensão pessoal do ser humano, no que concerne à privacidade, é definida como *privacidade íntima*. Aprofunda-se o estudo da dignidade da pessoa humana como limite à produção de provas, repassando o direito à não autoincriminação, a vedação à intervenção pessoal invasiva e a não invasiva, bem como se rechaça a validade de qualquer prova obtida através de tortura.

O quinto capítulo é dedicado à estruturação de critérios objetivos de cabimento de produção de provas que impactem o direito à privacidade.

O detalhe da pesquisa e análise tem como meta estruturar as duas etapas de raciocínio lógico-jurídico que permitam e facilitem a identificação dos casos concretos em que uma prova que interfira na privacidade deva ou não ser admitida.

A *imprescindibilidade da prova*, composta pela *pertinência* e demonstração de *prejuízo* por sua ausência, assim como a ponderação em abstrato e em concreto com outros direitos fundamentais, são passos articulados para consecução da fixação de critérios objetivos.

Traz o sexto capítulo uma delineação da classificação das limitações probatórias determinadas pela privacidade, a partir dos parâmetros estudados, visando a permitir uma clara correlação entre a situação de fato, a classificação do nível de privacidade e, com a utilização dos critérios objetivos de cabimento, identificar as hipóteses de limitação probatórias decorrentes das barreiras inerentes ao direito à privacidade.

As limitações probatórias apuradas nesse estudo consideram os critérios objetivos antes firmados e são, pois, relacionadas em três categorias, quais sejam, as de *limitação pela imprescindibilidade da prova*, *limitação pela relação de confiança fundamental* e *limitação pela dignidade pessoal*.

Pontos relevantes das situações geradas pela privacidade na fase de instrução são discutidas no sétimo capítulo. Detalhes não trabalhados em capítulos anteriores, em razão de

sua especificidade e contextualização com a instrução do processo, são revistos ponto a ponto, situando-os nas etapas de proposição, admissão, produção, valoração e registro da prova.

Apresenta-se no item sobre valoração da prova, posição firme no sentido de que a efetiva proteção à privacidade inibe que a parte, cuja tutela da privacidade obsta a produção da prova, seja prejudicada por presunção negativa ou inversão do ônus da prova.

Trata o oitavo capítulo de situações de não incidência de privacidade ou de sua tutela, abordando casos no ordenamento que, por sua natureza, não há privacidade, bem como hipóteses de disposição de privacidade, efeitos da violação da privacidade e abuso da alegação de privacidade.

Aborda-se no nono capítulo a relação entre a privacidade e as provas produzidas com a utilização de novas mídias, notadamente câmeras de segurança, redes sociais e atos processuais com registro audiovisual. O cabimento e limites de utilização das provas por essas vias são enfrentados à luz da linha adotada nesse estudo.

O décimo capítulo expõe a aplicação dos níveis de privacidade às provas em espécie segundo o Código de Processo Civil, demonstrando a incidência dos conceitos propostos na confissão, prova testemunhal, prova pericial, prova documental e na inspeção pessoal.

A aplicação dos níveis de privacidade a outras disciplinas é foco do décimo primeiro capítulo, destacando as distinções entre as limitações probatórias do processo civil e do processo penal, bem como sua influência na mediação e na arbitragem.

O décimo segundo capítulo examina a positivação infraconstitucional, atualmente incompleta, do direito à privacidade e apresenta uma proposta para o processo civil.

Por fim, são alinhavadas conclusões obtidas a partir de todo o estudo no décimo terceiro e último capítulo.

## **1 NOÇÕES SOBRE LIMITAÇÕES PROBATÓRIAS**

### **1.1 Notas iniciais**

A análise dos reflexos da privacidade na instrução do processo civil, parte preponderantemente da compreensão de que, apesar do direito de prova estar inserido no



conteúdo do direito fundamental de acesso à justiça, como qualquer direito, não é ilimitado, sofrendo limitações impostas pelo ordenamento.

A ilação é importante, na medida em que a publicidade comparece no processo como princípio, regra e procedimento, consistindo em manifestação de direito fundamental, visto que diretamente relacionada com o contraditório, a ampla defesa e todo o devido processo legal<sup>5</sup>.

Nesse passo, a legislação estabelece normas para a produção de provas e, sempre que estas normas fixam, por qualquer motivo, uma restrição ao direito de produzir alguma prova, estamos diante de uma limitação probatória.

Adotamos neste estudo, como marco teórico primeiro, as lições de GRECO<sup>6</sup>, acerca das limitações probatórias.

A doutrina processual evoluiu desde a edição do Código de Processo Civil de 1973, quando se entendia que apenas o juiz era o destinatário das provas, cabendo as partes tão somente fiscalizar sua produção, para o enfoque garantístico do contraditório participativo, que princípio que assegura aos interessados o direito de influir eficazmente nas decisões judiciais, e a ampla defesa, como “*o direito de apresentar todas as alegações, propor e produzir todas as provas que, a seu juízo, possam militar a favor do acolhimento da sua pretensão ou do não acolhimento da postulação do seu adversário*”.

Salienta o autor que o *direito de defender-se provando*, ou seja, o direito de não apenas propor provas a serem discricionariamente admitidas ou não pelo juiz, mas de efetivamente produzir todas as provas que possam ser úteis à defesa dos seus interesses, impõe que a admissibilidade das provas seja apreciada pelo juiz, sob a perspectiva probatória ou da linha de argumentação da parte que a propôs.

Como destaca o autor, não há nisso prejuízo para a celeridade do processo, mas sim uma compreensão humanitária e tolerante da relação entre as partes e o juiz.

Como expôs em outro trabalho<sup>7</sup>, “*a controvérsia sobre o caráter simplesmente persuasivo, não demonstrativo, da prova, sustentada pela dialética e pela retórica, perdeu*

---

<sup>5</sup>REICHELTL, Luis Alberto. *A exigência de publicidade dos atos processuais na perspectiva do direito ao processo justo*. Revista de Processo. Ano 39. V. 234. Revista dos Tribunais : São Paulo, agosto/2014. p .91.

<sup>6</sup>GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Volume II. Rio de Janeiro : Forense, 2010. P.113.

<sup>7</sup>GRECO, Leonardo. *A prova no Processo Civil : do Código de 1973 até o novo Código Civil*. Revista Dialética de Direito Processual, n° 15, junho de 2004, ed. Dialética, São Paulo, págs.76/94; GRECO, Leonardo. *O*

*sentido a partir dos novos paradigmas do Estado de Direito Contemporâneo, que promete ser o guardião da eficácia concreta dos direitos dos cidadãos, através da tutela jurisdicional efetiva desses direitos”.*

Constitui premissa da justa composição adjudicada do conflito a revelação da verdade real<sup>8</sup>. Por isso o juiz detém o poder de estruturar o acervo probatório do processo, deferindo e indeferindo provas, fiscalizando sua produção e determinando-a, quando imprescindível sua complementação para a descoberta da verdade sobre os fatos relevantes para o julgamento da causa.

A busca da verdade não é autoritária, desde que respeite a liberdade das partes de dispor dos seus próprios interesses e a sua dignidade humana, e não seja parcial<sup>9</sup>.

Da mesma forma, a descoberta – ou a aproximação ao máximo – da verdade, apresenta-se como meio de acesso à *Justiça*. Quando não excluídas negocialmente pelas partes, a busca da verdade real através de diligências subsidiariamente deferidas pelo juiz constitui um importante fator de equalização das desigualdades processuais, conduzindo o processo à sua finalidade.

Assim, o compromisso com a verdade e com a *Justiça*, permite ao juiz que determine a realização de diligências instrutórias para verificação de outras provas relevantes, que não tenham sido produzidas ou requeridas pelas partes, salvo se expressamente convencionaram de forma diversa, definindo ou limitando as provas.

Não há como negar o acesso à rede mundial de computadores, podendo buscar informação em documento eletrônico e introduzindo-a no processo<sup>10</sup>, incorporando o documento ao acervo probatório<sup>11</sup>.

---

*conceito de prova* in *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes : Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 423/470.

<sup>8</sup>Observa-se que este trabalho adota o entendimento de que no processo civil, mesmo após a vigência do novo Código de Processo Civil e apesar das diversas modalidades possíveis de negócio processual, a busca da verdade real é uma premissa. O magistrado continua tendo que julgar de acordo com o seu entendimento sobre a verdade, com base nas provas disponíveis e/ou convencionadas pelas partes. Defende-se que aqui que magistrado continua tendo que julgar segundo seu entendimento sobre a verdade, com base na prova dos autos, não podendo as partes convencionar o que o magistrado deve ou não entender como verdade.

<sup>9</sup>GRECO, Leonardo. *O conceito de prova* in *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes : Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 423/470.

<sup>10</sup>FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A iniciativa judicial e prova documental procedente da internet* In *Estudos de direito processual civil*. Coordenador Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005. P.296.

<sup>11</sup>Cumprir esclarecer que eventual direito à imposição de limitação temporal de informações na rede mundial de computadores, com fundamento na privacidade, também conhecido como “*direito ao esquecimento*”, não é

Conceitua o professor GRECO que as limitações probatórias<sup>12</sup>, como sendo “*todas as proibições impostas pelo ordenamento jurídico à proposição ou produção das provas consideradas necessárias ou úteis para investigar a verdade dos fatos que interessam à causa*”.

As limitações probatórias, portanto, estão presentes nas diversas searas do direito e não apenas no processo civil. Todavia, o aprofundamento do estudo acerca da legitimidade dos limites probatórios é fundamental para que se assegure o pleno exercício do acesso à justiça, pilar do sistema de direitos.

## 1.2 Evolução histórica das limitações probatórias

Ensina a doutrina<sup>13</sup> que nos países que adotam o sistema de *common Law*, até o século XIII vigorava a admissão ampla de qualquer prova relevante, até surgirem as *rules of exclusion*, impondo proibições ou limitações a determinados meios instrutórios. Adotou-se a partir de então o princípio da *interest disqualification*, que impunha vedação ao depoimento como testemunha de terceiros interessados.

No Brasil, verificam-se as primeiras limitações probatórias na origem portuguesa das Ordenações Filipinas (livro III, título LIII, § 11), que autores consideram como influência ao artigo 554º do Código português<sup>14</sup>.

A Constituição de 1824 já dispunha que o segredo das cartas é inviolável, o que se aplicava ao processo. Embora o Código de Processo Civil de 1939 já trouxesse a regulação do direito de prova, limitando às legalmente permitidas, foi na Constituição de 1988 que um volume maior de normas processuais alçou patamar de normas constitucionais, entre elas a privacidade, que passa a ser tratada em diversos dispositivos, alguns explicitamente direcionados a limitar atos judiciais.

---

objeto deste estudo, por ser questão mais afeta ao direito material. Este trabalho limita-se a analisar as limitações que a privacidade impõe especificamente à produção de provas, sendo certo que o “*direito ao esquecimento*”, tema ainda muito controverso, não tem como escopo específico a limitação da produção de provas, embora indiretamente esse entendimento possa vir a ser esculpido pela jurisprudência.

<sup>12</sup>GRECO, Leonardo. *O conceito de prova* in *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes : Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 423/470.

<sup>13</sup>GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Volumes II. Rio de Janeiro: Forense, 2010. P.113.

<sup>14</sup>José Lebre de Freitas, *A confissão no direito probatório*, Coimbra Editora, 1991, p.155.

No direito pátrio, despontam limitações probatórias expressas no texto constitucional no artigo 5º da Constituição da República, destacando-se a proteção à privacidade de comunicação prevista no inciso XII, a proteção ao domicílio prevista no inciso XI e a proibição de provas ilícitas, estipulada no inciso LVI.

O Código de Processo Civil impõe restrições ao direito de prova, também estabelecendo provas legais de determinados fatos, como a exigência de registros públicos, contida nos artigos 320, inciso III, e 366.

Aponta a doutrina<sup>15</sup>, que também na confissão e no depoimento pessoal, há limitações probatórias, notadamente a incapacidade para prestar depoimento pessoal, a proibição de requerer o próprio depoimento pessoal, as escusas de prestar depoimento pessoal<sup>16</sup>, a proibição da presença da parte à tomada de depoimento pessoal da outra, a limitação do depoimento pessoal à forma oral, a proibição de reperguntas pelo advogado do próprio depoente, a inadmissibilidade da confissão de fatos relativos a direitos indisponíveis, a forma escrita da confissão extrajudicial.

No que tange à prova documental, as limitações legais de prova apresentam-se, entre outras, na proibição de juntada de documentos posteriormente aos articulados, as escusas de exibição, proibição de acesso a documentos acobertados pelo segredo de Estado. Quanto à prova testemunhal, verificam-se limitações nas incompatibilidades para depor como testemunha, nas incapacidades para depor, nos impedimentos e motivos de suspeição, nas escusas de depor, na não admissão da prova exclusivamente testemunhal nos contratos de valor superior a dez salários mínimos, na não admissão da prova testemunhal sobre fato já provado por documento ou confissão ou que só por documento ou exame pericial possa ser provado, no prazo para oferecimento do rol de testemunhas, no número máximo de testemunhas e nas restrições à substituição de testemunhas.

Elenca a doutrina, ainda, como limitações probatórias específicas da prova pericial os impedimentos, os motivos de suspeição e a carência de conhecimentos técnicos ou científicos, a escusa do perito por motivo legítimo, a limitação temporal aos quesitos suplementares e as

---

<sup>15</sup>GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Volume II. p. 114.

<sup>16</sup>Art. 388. A parte não é obrigada a depor sobre fatos: I - criminosos ou torpes que lhe forem imputados; II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo; III - acerca dos quais não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, de seu companheiro ou de parente em grau sucessível; IV - que coloquem em perigo a vida do depoente ou das pessoas referidas no inciso III. Parágrafo único. Esta disposição não se aplica às ações de estado e de família.

limitações ao depoimento oral do perito e antecedência na sua intimação, sem prejuízo de outras limitações pontuais que podem ser observadas em procedimentos especiais.

Há, ainda, leis não processuais que trazem disposições de suma relevância e que produzem o efeito de limitar o direito de prova, como é o caso da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que revogou a Lei nº 11.111/2005, e que regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição da República. A lei, embora assegurando amplo acesso às informações governamentais, atenta para a privacidade inerente às informações pessoais, quando dispõe em seu artigo 31, que “*o tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais*”, tendo a norma repercussão processual.

## **2. PRIVACIDADE E PROCESSO**

### **2.1 Breve conceito de privacidade**

A privacidade<sup>17</sup> é um valor intuitivo, reconhecido como um direito material, sob diversos aspectos com assento constitucional, que por sua relevância e peculiaridade, tem especial reflexo no direito processual, notadamente na instrução processual, no que concerne à atividade probatória.

O senso de privacidade não é uma realidade natural, mas resultado de uma evolução histórica, desenvolvida de forma distinta por cada sociedade<sup>18</sup>.

Privacidade constitui um espaço de autonomia moral, dentro do qual cada indivíduo pode se conhecer, perceber-se e desenvolver-se, sem ser objeto de ingerências de terceiros, salvo se permitir. A personalidade e a identidade de cada pessoa estão diretamente relacionadas com aquilo que existe e acontece em sua esfera privada.

---

<sup>17</sup>A privacidade é tratada neste trabalho estritamente sob o prisma jurídico, sem avanço sobre uma análise transdisciplinar. Inevitavelmente são abordadas pontualmente situações culturais e valorativas que ultrapassam as fronteiras do estudo jurídico, mas se faz um corte acadêmico que circunscreve a análise aos fenômenos jurídicos, notadamente processuais e no campo da produção de prova.

<sup>18</sup>PROST, Antonie. VINCENT, Gérard. *História da vida privada. Da primeira guerra aos nossos dias*. V.5. Tradução BOTTMANN, Denise. São Paulo : Companhia de Bolso, 2009.

A privacidade é um valor e um direito, tendo o efeito de limitar e conformar o direito de prova de diversos modos, examinados ao longo deste trabalho.

Ensina Norbert Elias<sup>19</sup>, que o estabelecimento de privacidade é consubstancial à civilização. Analisa o autor tratados de civilidade desde a época da Grécia antiga e conclui que o refinamento das sensibilidades atualmente denominadas “pudor” faz com que certos atos – uso de sanitários, cópula etc. – antes realizados em público, passem a ser feitos de forma discreta. As condutas de higiene, alimentação e outras, inclusive morar, modificam-se de acordo com uma autoconsciência que passa pela intimidade dos corpos.

Por outro lado, afirma a doutrina que o período histórico da Renascença marca o início de um movimento de fundo que tem a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão como uma espécie de Carta Magna<sup>20</sup>. Porém é a longa evolução histórica desse movimento no século XIX, que resulta no conceito jurídico abstrato do indivíduo.

A partir do iluminismo<sup>21</sup> e do apogeu do liberalismo burguês – e sua degradação contemporânea – capta-se o equilíbrio entre as esferas públicas e privadas.

Para Habermas<sup>22</sup>, é a criação dos Estados, com suas exclusões e desequilíbrios, o encerramento da família nuclear, que entre outros fatores, seriam os principais fatores de decadência das sociabilidades e incremento da noção de privacidade. O século XIX refina as noções de privado; na sociedade e sistema jurídico traçam-se linhas mais claras que definem o privado, o íntimo e o individual.

## **2.2 Privacidade como limitação ao direito de prova**

O extenso e detalhado levantamento feito por GRECO<sup>23</sup>, permite concluir que a privacidade efetivamente atua como uma limitação probatória, ante a verificação de que sua

---

<sup>19</sup>ELIAS, Norbert, *Ueber den Prozess der Zivilisation*, Basileia, 1939; tradução francesa, *La civilization des mœurs e La Dynamique de l'Occident*, Paris, Calmann-Lévy, 1973.

<sup>20</sup>DUMONT, Louis. *Essai sur l'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Paris : Col. Esprit, 1983. p.102.

<sup>21</sup>HABERMAS, Jurgen. *L'espace public. Archéologie de la publicite comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, Paris : Minuit, 1973. p. 82

<sup>22</sup>Idem. p. 91.

<sup>23</sup>GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Volumes II. Rio de Janeiro : Forense, 2010. P.113.

tutela jurídica restringe os atos processuais da instrução probatória, que passam a ter que observá-la em sua execução, algumas vezes, inclusive, obstada.

Com efeito, a privacidade pode acarretar uma restrição à prática do ato, exigir uma forma ou método específico para ser praticado, ou, ainda, gerar consequências *endo* e *extraprocessuais*.

A privacidade apresenta-se como limitador constante do direito de prova, sendo imprescindível conhecer seus limites e delimitar sua correta influência, contribui diretamente para a tutela das garantias, seja a garantia de acesso à justiça daquele que quer produzir a prova e tem arguido impedimento relativo à privacidade de outrem, seja daquele que tem o direito de não ter determinada prova utilizada contra si, pelo fato da mesma violar seu direito à privacidade.

O estudo dessa modalidade de limitação probatória permite a conceituação acerca da legalidade de diversas provas requeridas ou produzidas, que podem ser determinantes do processo. Certo, pois, que a existência de um critério firme para aferição da legalidade dessa prova, repercute diretamente no resultado da lide, sendo essencial, tanto para o exercício do direito instrumental de acesso à justiça, quanto para a própria definição do direito material cuja tutela se requer ou se contesta em juízo.

Ademais, a sistematização das limitações probatórias reflexo do direito à privacidade, permite a evolução do estudo para a definição de técnicas processuais para contorno, quando possível, desse direito à privacidade, sem malferi-lo. A delimitação de tais restrições viabiliza a proposição de instrumentos processuais que permitam, de forma alternativa à tradicional, a plena efetivação do acesso à justiça, através de procedimentos próprios e proteções procedimentais à privacidade, para possibilitar a produção de provas que sejam essenciais.

Assim situar o direito de prova no âmbito do acesso à justiça é o que nos leva à ponderação deste, com outro direito fundamental: a privacidade. Abre-se, pois, espaço para a ponderação, a fim de que se harmonizem os dois direitos, sem que nenhum deles seja arbitrariamente reduzido ou relativizado.

A influência do direito à privacidade surge nesta análise, assim, como instrumental, pois, se apresenta como uma limitação extrínseca ao direito de prova. A privacidade é, desse modo, um fator externo ao direito de prova, que o limita. O acesso à justiça, manifestado pelo

exercício do direito de provar os fatos alegados na ação, não é afastado, mas conformado com pelo direito à privacidade, devendo o considerar na atividade de reunião de elementos aptos a demonstrar como os fatos se passaram na realidade e, a partir daí, fixar-se o direito aplicável.

### 3 NOTÍCIA DO DIREITO ESTRANGEIRO

#### 3.1 Notícia do direito alemão

A jurisprudência alemã<sup>24</sup>, em relação à proteção à privacidade, foi constituída a partir da elaboração da denominada *Teoria das Três Esferas* ou *Teorias dos Três Graus*<sup>25</sup>, elaborada por Hubmann<sup>26</sup>, autor da obra *Das Persönlichkeitsrecht*, estabeleceu classificação da privacidade, para fins jurídicos, a partir da imagem de três círculos concêntricos, que estruturariam a noção de privacidade na personalidade humana.

Desse modo, a primeira e mais central das esferas, denominada *Intimsphäre*, ou esfera íntima, reflete a percepção do indivíduo consigo mesmo, constituindo o aspecto mais introspectivo da vida de uma pessoa, dentro do qual cada um pode se manter em total segredo e ali podendo ter condutas e fatos que os demais indivíduos da sociedade não podem, sob nenhum argumento, ter conhecimento.

Essa esfera de intimidade protege plenamente a pessoa, que fica intocável às outras pessoas. Nesse grau, a proteção jurídica dá-se em grau absoluto. Os fatos e acontecimentos dessa esfera pessoal, somente podem ser conhecidos por terceiros voluntariamente pelo titular da privacidade.

A chamada *teoria dos três graus* ou *três esferas* é tratada por ANDRADE<sup>27</sup>, que ensina que a mesma foi pensada para a área específica dos meios de prova que impactam a esfera da privacidade, tais como fotografias, diários, fichas de paciente, gravações etc.,

---

<sup>24</sup>SZANIAWSKI, Elimar. *Os direitos da personalidade e sua tutela*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993. p. 176-180.

<sup>25</sup>SZANIAWSKI, Elimar. *Os direitos da personalidade e sua tutela*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993. p. 176-180.

<sup>26</sup>Obra citada por SZANIAWSKI: HUBMANN, Heinrich. *Das Persönlichkeitsrecht*. Böhlau; Auflage: 2., veränd. Aufl. (1967)

<sup>27</sup>ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Ed. Coimbra : Coimbra, 2006. P.94.



contudo despontou a criação jurisprudencial alemã como uma resposta geral a proibições de prova.

Segundo o Tribunal Constitucional Federal alemão, em aresto proferido em 31 de janeiro de 1973, a privacidade de uma pessoa pode ser classificada em três graus. O primeiro grau “*está na esfera da intimidade, área nuclear, inviolável e intangível da vida privada, protegida contra qualquer intromissão das autoridades ou dos particulares e, por isso, subtraída a todo o juízo de ponderação de bens ou interesses*”, definindo o autor<sup>28</sup> como uma “*proibição radical e sem exceções*” à possibilidade de produção de provas que adentre esse nível de privacidade.

Situam-se neste nível de preservação da intimidade as provas que dizem respeito às relações do ser humano consigo mesmo e o direito ao conhecimento do próprio corpo, pois, não há interesse alheio ou público por mais relevante, para cuja prova alguém possa ser obrigado a expor o próprio corpo<sup>29</sup>. Como frequentemente as informações pertencentes a esse núcleo essencial de preservação da dignidade humana se encontram guardadas no domicílio da pessoa, as buscas domiciliares legalmente autorizadas devem sempre respeitá-las.

Para definição do nível mais intenso de privacidade, a Corte Constitucional germânica reconheceu no artigo 2º, nº 1, da Lei Fundamental alemã, o fundamento para situar essa privacidade no campo da dignidade do homem, portanto, inviolável consoante o artigo 19º, nº 2, do mesmo diploma.

A doutrina segue com a previsão de uma segunda esfera<sup>30</sup>, na visão de círculos concêntricos, que é denominada de *Gehemnisphäre* e está relacionada aos segredos da pessoa em sua vida cotidiana. Nesse nível, os atos e fatos são protegidos da coletividade.

Aponta a Corte Constitucional como segundo nível de intimidade, a vida privada, que também é “*projeção, expressão e condição do livre desenvolvimento da personalidade ética da pessoa*”, assim definida como bem jurídico pessoal e protegido pelo ordenamento jurídico.

---

<sup>28</sup>ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Ed. Coimbra : Coimbra, 2006. P.94.

<sup>29</sup>GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Volumes II. Rio de Janeiro : Forense, 2010. P.113.

<sup>30</sup>SZANIAWSKI, Elimar. *Os direitos da personalidade e sua tutela*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993. p. 176-180.

Identifica-se esse bem jurídico como vinculado aos compromissos comunitários, não podendo ser valorado isoladamente, pelo que pode, diferentemente da intimidade, sofrer valoração com outros bens jurídicos.

Destaca-se<sup>31</sup> que o sacrifício da privacidade nesse nível em sede de prova pode ser legítimo, “*sempre que necessário e adequado à salvaguarda de valores ou interesses superiores, respeitadas as exigências do princípio da proporcionalidade*”. Este foi o fundamento técnico adotado pelo Tribunal Constitucional alemão para valorar como meio de prova escutas telefônicas obtidas sem consentimento e apreensão de documentos médicos, quando em apuração crime sensivelmente mais grave.

A última esfera, maior e externa às demais na imagem idealizada na teoria, denomina-se *Privatsphäre*, que é mais ampla que as demais. Nesse círculo situam-se as proibições de divulgações de fatos restritos a grupos de pessoas que não participam obrigatoriamente da vida da pessoa e que conheçam seus segredos.

Na esfera anterior, familiares e pessoas próximas, que participam da vida do indivíduo, conhecem seus segredos, porém nesse último nível o número de pessoas que conhecem a privacidade da pessoa é maior, excluindo somente estranhos.

Nesse sentido, o Tribunal Constitucional alemão (BVerfG) tem aplicado em seus julgados a teoria de Hubmann, para lastrear julgados de proteção da dignidade da pessoa humana diante do conhecimento indesejado de fatos de sua esfera pessoal, por outras pessoas.

O terceiro e último grau de privacidade, reconhecido na jurisprudência constitucional alemã, consiste na indicação de uma “*extensa e periférica área da vida normal de relação em que, apesar de subtraída ao domínio da publicidade, sobreleva de todo modo a funcionalidade sistêmico-comunitária da própria interação*”. A construção teórica jurisprudencial destinava-se principalmente a casos como a gravação por um corretor de bolsa, das ordens do investidor, ou de um fornecedor, das encomendas de um cliente. O entendimento era que, nesses casos, o conteúdo objetivo e comercial da conversa se sobressaía à personalidade do interlocutor, o que esvaziava seu caráter privado.

---

<sup>31</sup>ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Ed. Coimbra : Coimbra, 2006. P.95.

Há, ainda, esfera adicional chamada de *berufliche Sphäre*, ou esfera profissional, que se destina a definir o ambiente de proteção do direito da personalidade relacionado com a exposição pública de fatos da vida profissional.

Todavia, boa doutrina<sup>32</sup> aponta deficiências na Teoria do Tribunal alemão, por carecer de operatividade normativa e definição prático-jurídica. De fato, é bastante difícil balizar em abstrato a imersão na privacidade de uma pessoa, resultado de uma gravação de áudio.

Como ressaltam estudiosos<sup>33</sup>, ROXIN<sup>34</sup> observou:

A teoria da proibição de valorar a prova, deve permanecer alheia às ponderações tão em voga no direito constitucional e na jurisprudência do Bundesgerichtshof (Tribunal Federal). Vale dizer: os métodos proibidos de colheita de provas e a omissão de informação ao acusado de seus direitos e garantias ensejam sempre, e sem nenhuma exceção, uma proibição de valorar a prova, independentemente de supostos grandes interesses no esclarecimento dos fatos por parte da investigação.

Não obstante as críticas, ANDRADE registra que:

No plano doutrinal, o princípio do tratamento diferenciado dos meios de prova em função da sua maior ou menor proximidade de um núcleo inviolável encontra, apesar de tudo, eco, para além de OTTO, em autores como GÖSSEL ou AMELUNG. Embora contestado o paradigma geral que privilegia o momento da proibição de valoração, GÖSSEL adere expressamente à doutrina do Tribunal Constitucional Federal, advogando concretamente um regime diferenciado das gravações ocultas a partir da respectiva localização “topográfica” na área da privacidade.

Alerta boa doutrina<sup>35</sup>, que proteção da privacidade difere fundamentalmente nos sistemas probatórios anglo-americano e continental europeu, conforme observaram diversos

---

<sup>32</sup>ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Ed. Coimbra : Coimbra, 2006. P.97.

<sup>33</sup>GRECO, Luís / LEITE, Alair. *Claus Roxin, 80 Anos*. Revista Liberdades, n° 07 - maio-agosto de 2011 (ISSN 2175-5280)

<sup>34</sup>ROXIN, Anmerkungen zu BGH 3 StR 45/08 (LG Lüneberg), StV 2009, p. 115 e ss.

<sup>35</sup>GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Volumes II. Rio de Janeiro : Forense, 2010. P.113.

autores<sup>36</sup>, entre outros, sendo o segundo bem mais protetivo do que o primeiro, especialmente no confronto desse direito com o interesse público.

De todo o exposto, observa-se que a teoria dos três graus ou três esferas, no estágio de desenvolvimento apresentado, é alvo de elogios e críticas da doutrina alemã e internacional; todavia, afigura-se interessante ponto de partida para o desenvolvimento de uma análise da repercussão da privacidade da produção de prova no processo civil, valendo ressaltar que a referida teoria, na Alemanha, somente foi inicialmente aplicada no campo processual penal.

### 3.2 Notícia do direito italiano

O ordenamento jurídico da Itália compreende um sistema de proteção de direitos da personalidade que também se organiza em níveis, estruturados a partir de princípios e normas da Constituição de 1948, notadamente quanto aos artigos 1º a 11, que enunciam vários princípios relacionados com a proteção de direitos humanos e liberdades fundamentais (capítulo I – relacionamentos civis, capítulo II - relacionamentos ético-sociais, capítulo III - relacionamentos econômicos, capítulo IV- relacionamentos políticos).

A jurisprudência da Corte Constitucional (CC) e da Suprema Corte de Cassação (SC) tem contribuído de forma decisiva para a integração e o desenvolvimento dos direitos originalmente reconhecidos. Não se pode olvidar o constante contato das cortes europeias com o Tribunal de Justiça da União Europeia e com o Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Há, ainda, a proteção prevista nas leis infraconstitucionais, tais como código de proteção de informações pessoais (codice di protezione di dati personali) e normas regionais.

Sustenta a doutrina italiana<sup>37</sup>, o surgimento de uma categoria de novos direitos representa uma terceira geração de direitos que se distingue da primeira geração de direitos civis e políticos - liberdade negativas - e da segunda geração de direitos econômicos e sociais -

---

<sup>36</sup>TROCKER, Nicolò. *Il contenzioso transnazionale e il diritto delle prove*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Ed. Giuffrè : Milano, 1992. P. 475.; DENTI, Vittorio. *La evolución del derecho de las pruebas en los procesos civiles contemporáneos*, in *Estudios de derecho probatorio*, Ed. EJE: Buenos Aires, 1974. P. 77.

<sup>37</sup>MEZZETTI, Luca. *Direitos humanos na Itália, entre a Suprema Corte, a Corte Constitucional e as Cortes Supranacionais*. Revista de ISSN: 2358-1832. São Bernardo do Campo : FDSBS, 2013. p. 151-189.

liberdades sociais. Essa nova geração de direitos decorre da proteção progressivamente concedida pela lei ou pela jurisprudência, que não eram consideradas antes. Para essa linha, nesta categoria de direitos estaria a privacidade.

A Corte Constitucional italiana adotou essa linha de pensamento e garantiu proteção constitucional aos novos direitos da personalidade, entre os quais se encontra o direito o direito à privacidade (CC n° 39/1990), o direito à liberdade social (CC n° 50/1998).

A matéria começou a ser enfrentada pela Corte com a decisão n° 561/1987, onde a Corte colocou que “o direito à liberdade sexual é, sem dúvida, um direito absoluto dos indivíduos, pois representa uma maneira essencial da pessoa humana se expressar.

O direito à privacidade comparece em diversas áreas e está implicitamente previsto na Constituição, com base na interpretação sistêmica da liberdade de moradia incluída no art. 14 e na liberdade e sigilo de qualquer forma de comunicação incluída no art. 15. (CC n° 135/2002). Esse direito sofreu alteração legal através do ato n° 675/1996 (Ato da Privacidade) estabeleceu a autoridade para proteção de dados pessoais, implementando a Convenção de Estrasburgo, de 1981, e a diretiva Europeia n° 95/46.

Posteriormente, o ato n° 196/2003 (Ato de Proteção de Dados Pessoais) substituiu o antigo Ato da Privacidade e colocou em prática a diretiva Europeia n° 2002/58 sobre o tratamento de dados pessoais e a proteção da vida privada no contexto das comunicações eletrônicas. A decisão da Suprema Corte reconheceu que o direito à privacidade é um direito humano inviolável e está garantido pela Carta fundamental, pois se relaciona ao direito de representação, o direito a um nome e o direito de honra e reputação, que são todos reflexos da importância que a Constituição confere a personalidade humana (SC n° 25157/2008, n° 26972/2008)<sup>38</sup>.

Interessante ressaltar as decisões sobre o *direito ao esquecimento* tomadas pela Suprema Corte italiana, que reconheceu a existência do direito constitucional ao esquecimento, cuja base constitucional extrai-se do art. 2° da Constituição italiana. Através da decisão n° 3.679, a Suprema Corte da Itália confirmou o direito de silenciar os eventos do

---

<sup>38</sup>MEZZETTI, Luca. *Direitos humanos na Itália, entre a Suprema Corte, a Corte Constitucional e as Cortes Supranacionais*. Revista de ISSN: 2358-1832. São Bernardo do Campo : FDSBS, 2013. p. 151-189.

passado que não estão mais ocorrendo<sup>39</sup>. Neste trabalho, como já salientamos, não abordaremos o estudo do *direito ao esquecimento*<sup>40</sup>.

O *Codice di Procedura Civile* regula algumas limitações probatórias impostas pela privacidade<sup>41</sup>. No artigo 118, trata da inspeção de pessoas e coisas, dispondo que o juízo pode ordenar que partes e terceiros permitam inspeções que sejam necessárias para o exame da causa, desde que isso possa ser feito sem prejuízo grave para a parte ou o terceiro, e observados os limites nos artigos 351 e 352 do Código de Processo Penal italiano.

O mesmo artigo do Código de Processo Civil italiano assevera que a parte que se recusa a cumprir esta ordem, sem justa causa, enseja a aplicação da norma de julgamento que enseja a presunção de veracidade dos fatos que a outra parte queria provar com essa prova (artigo 116). A privacidade, em alguns casos, é uma causa de escusa de colaboração.

---

<sup>39</sup>BUTTURINI, D. *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano ed europeo*. Naples: ESI, 2009. P. 151.

<sup>40</sup>Reitera-se que eventual direito à imposição de limitação temporal de informações na rede mundial de computadores, com fundamento na privacidade, também conhecido como “*direito ao esquecimento*”, não é objeto deste estudo, por ser questão mais afeta ao direito material. Este trabalho limita-se a analisar as limitações que a privacidade impõe especificamente à produção de provas, sendo certo que o “*direito ao esquecimento*”, tema ainda muito controverso, não tem como escopo específico a limitação da produção de provas, embora indiretamente esse entendimento possa vir a ser esculpido pela jurisprudência.

<sup>41</sup>CODICE DI PROCEDURA CIVILE. Art. 118. (Ordine d'ispezione di persone e di cose)

Il giudice può ordinare alle parti e ai terzi di consentire sulla loro persona o sulle cose in loro possesso le ispezioni che appaiono indispensabili per conoscere i fatti della causa, purché ciò possa compiersi senza grave danno per la parte o per il terzo, e senza costringerli a violare uno dei segreti previsti negli articoli 351 e 352 del Codice di procedura penale.

Se la parte rifiuta di eseguire tale ordine senza giusto motivo, il giudice può da questo rifiuto desumere argomenti di prova a norma dell'articolo 116 secondo comma.

Se rifiuta il terzo, il giudice lo condanna a una pena pecuniaria da euro 250 ad euro 1.500. (<sup>1</sup>)

(1) Le parole: “*non superiore a euro 5* “ sono state così sostituite dall'art. 45, comma 15, della Legge 18 giugno 2009, n. 69.”

Art. 210.(Ordine di esibizione alla parte o al terzo)

Negli stessi limiti entro i quali può essere ordinata a norma dell'articolo 118 l'ispezione di cose in possesso di una parte o di un terzo, il giudice istruttore, su istanza di parte, può ordinare all'altra parte o a un terzo di esibire in giudizio un documento o altra cosa di cui ritenga necessaria l'acquisizione al processo. Nell'ordinare l'esibizione, il giudice dà i provvedimenti opportuni circa il tempo, il luogo e il modo dell'esibizione. Se l'esibizione importa una spesa, questa deve essere in ogni caso anticipata dalla parte che ha proposta l'istanza di esibizione.

Art. 211.(Tutela dei diritti del terzo)

Quando l'esibizione è ordinata ad un terzo, il giudice istruttore deve cercare di conciliare nel miglior modo possibile l'interesse della giustizia col riguardo dovuto ai diritti del terzo, e prima di ordinare l'esibizione può disporre che il terzo sia citato in giudizio, assegnando alla parte istante un termine per provvedervi.

Il terzo può sempre fare opposizione contro l'ordinanza di esibizione, intervenendo nel giudizio prima della scadenza del termine assegnatogli.

Ainda regulando o dever de colaboração do terceiro com o processo, o artigo 210 do *Codice di Procedura Civile* dispõe que o juiz de instrução, a pedido, pode pedir que a outra parte ou terceiro apresente um documento ou outra coisa. Ao ordenar a exposição, o juízo deve indicar com precisão data, lugar e modo de apresentação. Salienta o dispositivo que se houver custos, correrão por quem requereu a diligência.

A legitimidade do terceiro de recorrer da invasão de sua privacidade, gerada por ato judicial de produção de prova em processo judicial em que não é parte, consta do artigo 22º da Diretiva nº 95/46/CE do Parlamento e do Conselho Europeu, acima referida.

Diretiva nº 95/46/CE do Parlamento e do Conselho Europeu artigo 22º RECURSOS JUDICIAIS, RESPONSABILIDADE E SANÇÕES Recursos

Sem prejuízo de quaisquer garantias graciosas, nomeadamente por parte da autoridade de controlo referida no artigo 28o, previamente a um recurso contencioso, os Estados- membros estabelecerão que qualquer pessoa poderá recorrer judicialmente em caso de violação dos direitos garantidos pelas disposições nacionais aplicáveis no tratamento em questão.

O artigo 211 da Lei Processual italiana, também tratando da proteção do direito de terceiro, estabelece que quando a apresentação for determinada a quem não seja parte no processo, o magistrado deve tentar conciliar o acesso à justiça e a privacidade do terceiro.

#### **4 CLASSIFICAÇÃO DOS NÍVEIS DE PRIVACIDADE**

Tendo como ponto de partida a percepção do Tribunal Constitucional alemão, que reconheceu a existência de três graus de privacidade, evoluímos para uma melhor delimitação de quais seriam a extensão e as situações, fáticas e jurídicas, abrangidas por cada um desses níveis, dentro do sistema processual brasileiro.

Passa-se, pois, a elaborar um arcabouço técnico que municie o operador de direito com critérios objetivos de aferição do nível de privacidade em cada situação posta em questão, de forma a viabilizar uma aplicação coerente das normas de proteção à privacidade, articuladamente com as normas que estruturam a fase instrutória do processo civil.

A estruturação que passa a ser proposta consiste em sistematizar os direitos materiais referentes à privacidade de forma clara, em escala formulada a partir dos três níveis de proteção constitucional à privacidade, que reconhecemos no direito pátrio.

A doutrina de direito constitucional, ainda que nem sempre de forma sistemática, aponta claramente duas espécies de direitos constitucionais: os *fundamentais* e os *não fundamentais*. Entre os direitos fundamentais, aponta um núcleo prioritário, que mesmo entre os demais direitos fundamentais, destaca-se a *dignidade da pessoa humana*.

Partindo dessa observação, afigura-se possível reconhecer, então, três níveis de direitos constitucionais, em hierarquia de tutela jurídica, quais sejam: i) direito fundamental à *dignidade da pessoa humana*, ii) direitos *fundamentais*; iii) direitos constitucionais *não fundamentais*.

Com efeito, é possível alinhar modalidades de tutelas jurídicas – e, portanto, tutelas processuais – a cada uma das instâncias de direitos constitucionais, organizando os direitos materiais que sofrerão influência do direito processual.

Adota-se, em sequência, critério objetivo comparativo, para aferir o cabimento ou não da superação da proteção à privacidade para o fim de produção de prova, a partir de uma premissa essencial: *a produção de prova, como condição para o acesso à justiça, é um direito fundamental*.

Desse modo, nos itens seguintes, passa-se a examinar cada um dos níveis de proteção constitucional – nível dignidade da pessoa humana, nível direito fundamental, nível direito constitucional não fundamental – estabelecendo um critério com três possibilidades: i) se a relação jurídica de direito material é atinente à *dignidade da pessoa humana*, está acima do *acesso à justiça* e, assim, limita a produção de prova; ii) se a relação jurídica compreende um direito fundamental de confiança, está no mesmo nível do *acesso à justiça*, e o cotejo terá que ser caso a caso, para definir se deve ou não ser produzida a prova; iii) se a relação jurídica traduz um direito constitucional não fundamental ou infraconstitucional, *a prova sempre poderá ser produzida*, a fim de assegurar o direito fundamental de *acesso à justiça*, desde que imprescindível.



Observe-se que mesmo nos casos em que seja legítima a invasão da privacidade, para produção da prova, no âmbito de sua produção e no decorrer do procedimento, deverão ser adotadas medidas de proteção à privacidade, em limitação à publicidade do processo.

#### 4.1 Privacidade íntima

O conceito que delinea o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é que o ser humano é *sujeito* de direito e não *objeto* de direito. Trata-se aqui no nível mais intenso e protegido de privacidade, definido como *intimidade*. A privacidade é gênero, da qual a intimidade é espécie<sup>42</sup>.

A partir dessa noção é possível compreender o sistema de tutela jurídica se estrutura em função do entendimento que a pessoa humana deve, em qualquer situação, ser considerada como titular de direitos, não podendo ser tratada por seus semelhantes como uma coisa inanimada – um objeto – que não tem interesses próprios.

Percebe-se, pois, que por ser a Constituição da República, instrumento fundante da ordem jurídica do Estado, institui direitos; direitos esses que são titularizados por pessoas; ou seja, a Constituição define direitos e essa é a preciosa importância do princípio da dignidade da pessoa humana: sempre que reconhecida a *condição humana* a um indivíduo, aplicam-se a ele as normas constitucionais, notadamente aquela que preserva sua condição máxima e, que originalmente o fez destinatário da norma, a condição humana.

Em última análise, o princípio da dignidade da pessoa humana informa a aplicação de todas as demais normas constitucionais e infraconstitucionais, para exigir que sua utilização seja feita sempre com a observância da especial condição humana e o legítimo interesse de preservação dessa condição plena; a condição humana é plena e não admite relativizações de sua humanidade nem tratamento como objeto – é o que define o conceito de dignidade.

Por esse conceito de dignidade da pessoa humana extrai-se a compreensão de que o homem pode até sofrer restrições a direitos fundamentais, como restrição de liberdade, sem que com isto o sistema esteja olvidando o princípio da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>42</sup>BARRETO, Wanderlei de Paula. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Arruda Alvim e Thereza Alvim (coord). Rio de Janeiro : Forense, 2005. p 177-180.

O princípio da dignidade da pessoa humana estará sendo observado, mesmo no caso da pena de prisão, desde que a condição humana tenha sido observada para a aplicação de tal sanção, através da observância das garantias processuais (devido processo legal substantivo e adjetivo, ampla defesa, contraditório etc.), bem como por ocasião da aplicação da pena o condenado continue sempre a ser tratado como um ser humano (respeito a suas demandas biopsicológicas e orientação adequada à sua ressocialização), jamais sendo relegado à condição de *coisa* guardada ou mantida em segregação.

Também no processo o princípio da dignidade da pessoa humana informa a aplicação das normas processuais, sempre lembrando os participantes do processo que as partes são, por excelência, sujeitos de todos os direitos previstos na Constituição da República e na legislação infraconstitucional.

Na fase de instrução probatória, a principal influência do princípio da dignidade da pessoa humana, além de sua manifestação procedimental (para reforçar os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, entre outros), consiste em vedar que o ser humano, de qualquer modo, seja *objeto* de prova; ou seja, impedir que a pessoa humana venha a ser degradada à condição de mera *coisa examinada*, com desconsideração de seus interesses e desatenção ao fato de que, como ser humano que é, seu corpo, sua mente e os traços de sua individualidade são invioláveis, intangíveis à produção de provas no processo.

É uma limitação probatória absoluta a vedação à imposição a qualquer pessoa de ser examinada ou tratada como “objeto de prova”. O *uso coercitivo* do corpo de pessoa viva, como objeto de prova, consiste na primeira barreira imposta pela dignidade da pessoa humana à instrução e, assim, é uma limitação probatória.

O marco para delinear as limitações probatórias com base em direitos materiais é, pois, a dignidade da pessoa humana. É pela condição de pessoa que são assegurados direitos materiais a cada sujeito e justamente por respeito a essa condição de pessoa é que são protegidos direitos materiais.

Note-se que a pessoa jurídica, por ser ficção legal e não ser humano, não é titular do direito de dignidade da pessoa humana, não gozando de privacidade íntima, nos moldes definidos nesse capítulo; todavia, como se observará adiante, tem sua privacidade protegida em níveis menos intensos de tutela jurídica.

Em verdade, os direitos e princípios definidos na Constituição da República são hierarquizados em escala descendente a partir da dignidade da pessoa humana. Não apenas no que tange à limitação probatória, mas sempre que necessária a ponderação de princípios ou exame de conflito de normas, afigura-se relevante conhecer a hierarquia dos interesses em conflito, sob a ótica dos princípios e direitos constitucionalmente tutelados, para que se possa optar pela preponderância de um princípio em relação a outro, pela seleção da norma incidente ou mesmo prevalência de um princípio sobre uma regra, que consubstancie um princípio de menor hierarquia.

Com efeito, necessário identificar, no campo probatório, esses limites que refletem o princípio da dignidade da pessoa humana, pois demarcam o campo da *privacidade íntima*, i.e., aquela que caracteriza a essência do ser humano, cuja proteção é razão do sistema jurídico e, portanto, não pode ser violada. Esta intimidade, contida na vida privada, que é inviolável, consoante o artigo 5º, inciso X, da Constituição da República.

Desse modo, a produção de prova no processo encontra no risco de violação *direta* ao princípio da dignidade da pessoa humana, obstáculo intransponível.

Como dito antes, o princípio da dignidade da pessoa humana reforça todos os demais princípios e direitos constitucionais, informando sua aplicação, porém também como já realçado, não têm todos os princípios a mesma hierarquia e ofensas outras ao sistema não podem ser, como comumente se vê, tratadas como violação à dignidade.

Não é toda violação à privacidade de uma pessoa que viola sua dignidade com ser humano, apenas as violações atentatórias de sua condição de pessoa (sujeito de direitos, existência como indivíduo, titular de pensamentos e sentimentos) é que são ofensas diretas à dignidade, inadmitidas sob qualquer argumento pelo sistema jurídico.

A distinção é essencial, pois na classificação proposta nesse trabalho, para o fim de estudo das limitações ao direito de prova no processo, considera-se a existência dessa hierarquia de princípios, visto que não raro há conflito entre eles.

A violação a um princípio fundamental pode ocorrer ao argumento da observância de outro princípio, também fundamental e, nesse caso, caberá ao Poder Judiciário, através do processo, conhecer a situação, valorar os princípios e indicar aquele que deve preponderar.

Nesse caso, poderá se impor a necessidade de ponderar entre os princípios, inclusive, conforme o caso, admitindo prova que viole um deles, para que se revele aquele que mais relevante no caso concreto.

Passamos a examinar os contornos das limitações probatórias fundadas no princípio da dignidade da pessoa humana, consubstanciados na privacidade íntima, para dela desenvolver para os demais degraus de privacidade.

O ser humano somente o é quando está vivo<sup>43</sup>, logo o direito à vida é o ponto de partida da dignidade da pessoa humana. A vida depende do corpo biológico (mesmo que em formação), de forma que a integridade física está compreendida na dignidade. Há inúmeras formas de vida, mas o ser humano distingue-se das outras formas de vida pela um traço singular: a personalidade.

A personalidade é o conjunto de elementos que dão unicidade ao ser humano, distinguindo-o de todos os outros e de tudo mais que existe por sua consciência, que o que define sua forma de perceber o mundo e a si próprio. Esse conjunto é formado por elementos que projetam essa individualidade e a singulariza, tendo como elementos o pensamento livre, o nome, a honra, a sexualidade<sup>44</sup> e a imagem, histórico genético<sup>45</sup>, entre outros.

A vida, a integridade física e moral, e os direitos da personalidade são os elementos nucleares para identificação de limites à produção de prova no processo.

O primeiro nível de privacidade a ser analisado é aquele em que se encontra o sentimento mais profundo de identidade e humanidade de cada pessoa; a este conjunto de elementos que permite próprio reconhecimento como um indivíduo titular de direitos, é que chamamos de *intimidade*.

---

<sup>43</sup>Adotamos neste trabalho o conceito de personalidade um pouco mais abrangente que o do art. 2º do Código Civil para definir “vida”, ou seja, englobamos na noção de pessoa humana com direito à privacidade tutelado, o nascituro. Cremos firmemente que os direitos da personalidade estão presentes na pessoa em formação, justamente por serem os direitos mais primários e, portanto, caracterizadores dos “direitos” referidos na parte final do dispositivo do Código Civil. Frise-se que a lei civil regula o início personalidade *civil*, porém a *personalidade humana* do nascituro é bem jurídico protegido na lei civil e penal e, entendemos, inclusive no que concerne sua privacidade existencial (vedação a provas invasivas, lesivas etc.).

<sup>44</sup>O reconhecimento da sexualidade como expressão da personalidade foi um dos argumentos do Supremo Tribunal Federal para aplicar interpretação conforme ao artigo 3º, inciso IV, da Constituição da República, dando validade jurídica para as relações homoafetivas (ADPF 132 / RJ - Rio de Janeiro Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Relator(a): Min. AYRES BRITTO. Julgamento: 05/05/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

<sup>45</sup>CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Desconsideração da Coisa Julgada Sentença Inconstitucional, Rio de Janeiro: Revista Forense, Volume 384, 2006.

Neste trabalho reservamos a palavra *intimidade* tão somente para esse núcleo de sentimentos, bens, condutas e direitos classificados no agrupamento mais intenso de privacidade, ao que reconhecemos a proteção máxima do sistema jurídico, notadamente lhes inserindo no conceito de dignidade da pessoa humana.

A privacidade íntima é aquela *da pessoa consigo própria*. Utilizaremos neste trabalho, para fins didático-científicos, a palavra *intimidade*, como espécie do gênero *privacidade*, que indica o maior nível de concentração de tutela jurídica.

Releva enfatizar que a privacidade, neste nível é, em tese, indisponível, por compreender a própria dignidade da pessoa. Ocorre que a dignidade é um sentimento pessoal, que é admitido como relacionado com situações objetivas: sempre que verificadas essas situações e invocado o sentimento, o ordenamento deve tutelar a privacidade íntima.

Contudo, em alguns casos a situação fática objetiva pode comparecer, porém haver meios seguros de afirmar que a dignidade da pessoa não estará sendo comprometida, caso ela renuncie – excepcional e pontualmente – à proteção legal a que teria direito.

Cada situação deve ser analisada caso a caso: o juízo pode admitir que uma pessoa renuncie a sua privacidade e aceite realizar uma perícia médica íntima para provar que tem determinado direito; todavia, sob nenhum argumento deve-se admitir uma prova obtida comprovadamente sob tortura, mesmo que a pessoa vítima da tortura aquiesça ulteriormente. A disposição sobre o próprio corpo somente pode ser aceita para fins lícitos.

A proteção à dignidade humana é um baluarte do Estado Democrático de Direito e transcende a esfera pessoal da própria pessoa atingida em sua dignidade.

#### 4.1.1 Direito à não autoincriminação

Assumindo como premissa que a condição humana presume a vida humana, não há dúvida que o primeiro interesse de um ser humano é sua própria autopreservação. A característica de querer estar vivo e manter-se bem, na plenitude de seu ser, também é elemento íntimo e integrante do núcleo da dignidade da pessoa humana.

O instinto de preservação projeta-se em todos os atos da vida do ser humano, que passa ter como móvel cuidar dos bens e direitos que ajudam a manter satisfeitas suas

necessidades. Toda pessoa tende intuitivamente a querer preservar seus direitos, vendo nisso, sua autopreservação.

A vida humana é organizada em sociedade, porque essa estrutura ajuda cada indivíduo a satisfazer suas próprias necessidades, pelo que a pessoa civilizada vê na preservação da sociedade, a sua própria preservação.

Não é outra a motivação para atribuição individual de poderes ao órgão coletivo: os indivíduos despem-se de poder em favor da organização pública, porque acreditam que todos o fazendo, todos serão melhor protegidos e preservados.

Ocorre que justamente no exercício dessa defesa de um indivíduo a quem a sociedade reconhece direitos, em alguns casos, outro indivíduo pode ser atingido na sua esfera de direitos. É o que ocorre quando uma pessoa busca o Poder Judiciário e, invocando a lei, pede que o órgão que monopoliza a tutela estatal, exerça o poder que lhe foi por todos delegado para, no caso concreto, fazer valer a pretensão legítima de um indivíduo contra outro.

Nesse momento, para o indivíduo que terá sua esfera de direitos atingida pelo ato judicial, o Poder Público não o está protegendo, mas sim o *atacando*; emerge o instinto de autopreservação e a pessoa passa a não querer colaborar, no caso concreto, com o coletivo: sua autopreservação instiga sua recusa à autoincriminação.

Cada pessoa sabe que pode ser alvo do exercício do poder de império do Estado, quando descumpra suas leis, mas não é natural que goste disso, sendo compreensível que não o queira.

Nesse passo, está na esfera de consciência da pessoa não querer ser prejudicada no processo, com ou sem razão, e ela reconhece esse instinto de não querer se incriminar como um sentimento natural e próprio de sua natureza humana.

Embora mencionando o caráter humano do direito à não autoincriminação, a Corte de Justiça da Comunidade Europeia, numa decisão de 1989, reconheceu até mesmo a uma empresa o direito de não ser obrigada a prestar depoimento contra si mesma, através de seu representante<sup>46</sup>. Em 1998, o Tribunal de Primeira Instância, em outro caso, não admitiu essa escusa de prestar

---

<sup>46</sup>GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Volumes II. Rio de Janeiro : Forense, 2010. P.113.

informações, admitindo que a Comissão Europeia aplicasse sanções mais severas às empresas que se abstivessem de prestá-las invocando esse direito<sup>47</sup>.

Por isso que o ordenamento jurídico reconhece o direito à não autoincriminação: porque é próprio do ser humano querer se preservar, sendo desumanizante esperar que alguém se dispa desse instinto tão essencial e tão profundo.

Na Inglaterra, o instituto é considerado anacrônico, incompatível com a cultura dominante no processo civil em que as partes têm o direito de produzir todas as provas relevantes, mesmo as que se encontram em poder do adversário<sup>48</sup>.

É fato que a consciência moral do ser humano, produto de seu desenvolvimento pessoal e, principalmente, da evolução civilizatória, comumente ocasiona no indivíduo a percepção de existência de um dever moral de, mesmo se prejudicando, colaborar com a sociedade.

Não raro a pessoa internalizou a percepção de que colaborar com o coletivo é *a coisa certa*, ou seja, inseriu na sua moral interna o valor coletivo de forma tão profunda – sempre com raízes no fato de que a sociedade é boa para o indivíduo – que aceita sua perda individual, para assegurar o ganho coletivo; mas isso não pode ser *imposto*.

O Estado e suas leis não podem exigir da pessoa que não queira se proteger, que não queira preservar um direito impugnado ou que sua consciência a mova a *ter iniciativa* de colaborar com o processo pessoalmente.

Por outro lado, tem ensejo atentar para o caráter dialético do processo e a existência de uma atividade de cooperação entre o juiz e as partes, e entre estas. O denominado *princípio da cooperação intersubjetiva* tem função *legitimadora* da atividade decisória do magistrado. GOUVEIA<sup>49</sup> destaca as duas faces do princípio: 1) dever das partes de cooperar com o juízo 2) dever do juízo de cooperar com as partes. Acrescentamos, ainda, o dever das partes de cooperar entre si, observadas suas garantias.

---

<sup>47</sup>Jean-Pierre Spitzer, “Le procès équitable devant la Cour de Justice des Communautés Européennes”, in Union des avocats européens, *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, ed. Bruylant, Bruxelles, 2001, p.111-112.

<sup>48</sup>JACOB, Joseph M. *Civil justice in the age of human rights*. Ed. Ashgate : Hampshire, 2007. P.169.

<sup>49</sup>GOUVEIA. Lucio Grassi de. *A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro*. Revista de Processo nº 172. Ano 34, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009.

Nesse ponto tem ensejo uma distinção relevante, que consiste na diferenciação entre a *manifestação de vontade* e a *guarda de registro de manifestação de vontade*.

A manifestação de vontade só pode ser livre. Ninguém pode ser forçado a *dizer que quer* ou *dizer que aceita*, sob pena de haver frontal violação à liberdade de consciência.

A coação, neste caso, não pode ser direta nem indireta, pelo que não pode haver sanção por alguém *não dizer que quer, não dizer que aceita* ou *não se autoincriminar*.

Outra coisa, completamente distinta, consiste na guarda de um registro de uma manifestação de vontade que, quando ocorreu, *deu-se forma absolutamente livre*. O dever de colaboração<sup>50</sup> no processo pode impor à parte que traga aos autos um registro de uma manifestação de vontade passada e livre, mas não que uma nova manifestação de vontade, coagida, seja praticada.

Assim, uma pessoa não pode ser obrigada a depor e dizer que *contratou* com outrem, ou mesmo ser obrigada a falar, se sua vontade, naquele momento, é *calar*. Porém a pessoa pode sofrer uma sanção processual se, tendo a guarda do instrumento escrito de um contrato que celebrou, recusa-se a trazê-lo: havendo fundamentos suficientes, poderá se presumir em seu desfavor.

Observe que o ato de manifestação de vontade é um ato de exposição da consciência, o ser humano revela ao mundo exterior o seu pensamento, oralmente, com um gesto, por escrito ou de qualquer outra forma. Este ato não pode ser imposto nem exigido.

Por isso uma pessoa não pode ser obrigada a *falar*, a *assinar*, nem a praticar nem ato que simule que sua consciência tem aquele entendimento, quando na verdade *não tem* e está praticando a conduta tão somente porque está sendo coagida.

Frise-se que também é íntimo um registro sobre si mesmo e *para si mesmo*, como ocorre com o *diário*<sup>51</sup>. Há distinção entre o arquivamento de um documento, para uso futuro perante terceiros e a guarda de um registro para si próprio, como preservação da própria memória. Nesse caso, como o registro é autoreflexivo e não se direciona a relações com terceiros, é possível reconhecê-lo no âmbito da privacidade íntima.

---

<sup>50</sup>Além dos deveres gerais, o 340 CPC e no projeto 365, dever de colaboração e cooperação. Correta a previsão expressa de colaboração, rol exemplificativo.

<sup>51</sup>Decidiu o Tribunal Federal alemão (BVerGE 80, 367) que a leitura de registros em diário pessoal viola a dignidade e a privacidade. V. Christoph Enderes, The right to have rights: the concept of human dignity in German Basic Law. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* 2: 1, 2010, p.5.



Outro é o contexto quando a pessoa já praticou uma manifestação de vontade inteiramente livre – contratou, escreveu, falou etc. – e simplesmente foi feito um registro físico desse fato, que está em seu poder; nesse caso, a obtenção forçada desse registro não demanda que a pessoa viole sua consciência e simule uma manifestação de vontade; nesse caso a entrega do registro é apenas um ato de colaboração com o processo (desde que não seja um ato auto referenciado, como um diário).

A mesma linha de raciocínio vale para qualquer tipo de prova que esteja em poder da pessoa, a quem não interessa trazê-la aos autos, mesmo podendo faticamente fazê-lo. Se uma pessoa afirma que um aparelho está com defeito, deve sofrer consequências jurídicas negativas por não apresentá-lo para exame da outra parte, o mesmo ocorrendo com qualquer documento ou coisa importante para o julgamento da causa, que esteja em seu poder.

Entretanto, acentua-se que há manifestação de vontade na *iniciativa* ou *proposição da prova*, i.e., a parte não pode ser obrigada, sob pena de litigância de má-fé, a *sugerir uma prova que lhe seja prejudicial*, contudo, uma vez mencionada a prova do processo, pelo dever de colaboração, tem que colaborar com sua produção, mesmo que isso implique entregar documento ou coisa sob sua guarda.

O dever de colaboração, no que tange seu aspecto probatório, que obriga as partes a trazerem aos autos todas as provas úteis para o julgamento da causa, não se confunde com autoincriminação, sendo apenas esta última uma possibilidade de escusa de depor<sup>52</sup>. Frise-se que o enfoque exposto restringe-se ao processo civil, onde *há dever de colaboração*, diferentemente do processo penal, onde *não há dever de colaboração* e sim *dever exclusivo do Estado de provar os fatos*.

O direito à não autoincriminação também não deve ser confundido com o *direito de mentir*. Há evidente distinção entre *não ajudar* e *prejudicar*. A não confissão da parte faz com que a instrução não evolua, mas a inverdade ou mentira pode fazer com que a instrução retroceda<sup>53</sup>.

A base para essa distinção está no limite imanente da autoproteção: o direito de se autoprotger tem como limite o dever de não prejudicar o próximo, que configura violação de direito. Quem mente, prejudica o adversário e, portanto, *abusa* do direito de autopreservação e

---

<sup>52</sup>Artigo 406, inciso I, do Código de Processo Civil.

não autoincriminação. No processo civil, faltar com a verdade dos fatos em documento ou depoimento caracteriza má-fé processual punível.

#### 4.1.2 Intervenção corporal

Intervenção corporal consiste em medidas de investigação e produção de prova utilizando e contatando diretamente o corpo de uma pessoa<sup>54</sup>. Com a morte, o corpo da pessoa passa a ser cadáver e, embora ainda tutelado de diversas formas no ordenamento jurídico, não mais recebe a proteção inerente ao corpo de pessoas vivas. O corpo humano sem vida é *coisa*, ainda que tenha valor moral e afetivo para os familiares.

O corpo humano vivo recebe do ordenamento especial proteção, que se situa no campo da privacidade, por ser o elemento principal de sua identidade e personalidade, consubstanciando a própria pessoa e sua condição humana.

Há intervenção corporal sempre que se estabelece contato direto com o corpo da pessoa, ainda que o toque se dê sobre a roupa que a pessoa veste. Há intervenção corporal na revista a bolsos, mas não há, para efeito desse estudo, no exame de bolsas e malas, por não estarem em contato com o corpo. A privacidade de objetos pessoais situa-se no campo da privacidade doméstica.

A intervenção pessoal será considerada invasiva, quando atingir área interna do corpo da pessoa (sangue, cavidades e similares), quando exigir parte ou fluído do corpo (saliva, unhas, cabelo etc.) e, ainda, quando implicar exame em área em geral protegida da exposição pública (genitália, ânus, seios etc.).

Considera-se intervenção pessoal não invasiva, aquela que impõe um contato com o corpo da pessoa, fora das hipóteses da intervenção invasiva, como é o caso da revista a bolsos de um casaco ou o toque de uma mão ou braço.

##### 4.1.2.1 Intervenção invasiva

---

<sup>54</sup>FIORI, Ariane Trevisan. *A prova e a intervenção corporal* : sua valoração no processo penal. Lumen Juris : Rio de Janeiro, 2008. P.105.

Nosso ordenamento e jurisprudência, tanto na esfera cível quanto na esfera penal, negam a possibilidade de intervenções invasivas coercitivas. São intervenções invasivas aquelas que estabelecem contato direto com o corpo humano, submetendo-o à produção de prova.

Consideram-se invasivas as buscas em cavidades do corpo (como ocorre atualmente com a revista para ingresso de visitantes em presídios, p.ex.), a vistoria corporal com contato ou revista pessoal, em que há contato do corpo do agente ou de algum instrumento, com o corpo da pessoa vistoriada.

É invasiva a realização de exames médicos em que haja contato físico direto, inserção de substância no corpo da pessoa (contraste de iodo, instrumentos etc.), bem como se houver lesão física, penetração com agulhas, realização de incisão, cirurgia, entre outras. Deve ser considerada invasiva a utilização de “soro da verdade” seguida de interrogatório.

No passado, foram admitidas no processo civil brasileiro provas invasivas, como exame ginecológico para prova em ação de anulação de casamento, o que seria inimaginável nos dias atuais.

A utilização de equipamentos de imagem que permitem a visualização do corpo humano, sob as roupas ou mesmo seu interior, constitui procedimento invasivo, na medida em que adentra visualmente áreas íntimas. Não se pode, porém, classificar como invasivo a utilização de “raio x” apenas em bolsas, malas e acessórios, salvo alguma situação muito especial, que deve ser pontualmente demonstrada. Entendemos, pois, pela licitude da técnica.

A detecção de metais, com uso de aparelhos eletromagnéticos também não é mecanismo invasivo e é perfeitamente válido. É exigível que a vistoria seja comunicada à pessoa e por ela autorizada, inclusive porque tais aparelhos podem causar danos à saúde (desregulam marcapasso, p.ex.).

A ciência não cessa a busca por métodos de vistoria corporal e de recipientes. Em feiras de segurança já são apresentados protótipos que utilizam roedores (ratos) lateralmente a portais, pois são capazes de farejar drogas dentro do corpo de pessoas. Aplica-se a animais a mesma regra de qualquer equipamento: havendo contato físico, a busca é invasiva, do contrário, não.

Interessante destacar a tecnologia já bastante utilizada em aeroportos, que consiste no uso de “túneis de vento”, em que a pessoa é obrigada ingressar em cabine, recebe um jato de ar, que é capaz de liberar micropartículas de pólvora, explosivos e drogas, que estivessem presas ao seu corpo, o que, em tese, sugeriria que teve contato físico com tais materiais.

É preciso um especial cuidado na utilização e valoração desse tipo de prova, pois assim como é limítrofe entre o conceito de invasiva e não invasiva (o contato corporal é com um jato forte de ar), é difícil assegurar que o contato com uma micropartícula, sugerido por tal máquina, seja prova cabal do manuseio intencional da substância.

#### 4.1.2.2 Intervenção não invasiva

Não se confunde a *lesão* à integridade física, com o *contato* físico existente em modalidades menos invasivas de intervenção corporal. O contato físico não lesivo pode, entretanto, acarretar ofensa à dignidade pela sujeição da honra, hipótese em que esbarrará em limitação, ainda, em vedação à violação da dignidade.

Assim, mesmo nas intervenções pessoais não invasivas deve haver justificativa legítima para produção da prova, de modo a não se olvidar a especial proteção legal que goza a privacidade pessoal.

Implica em intervenção corporal não invasiva a revista feita em aeroportos, especialmente internacionais, em que são examinados sapatos, a pessoa é submetida a aparelho permite visualização do interior das roupas que a pessoa veste (a evolução do “raio X”) e, ainda, a aplicação de produto químico nas mãos, para verificação de indícios de pólvora.

Exames médicos e periciais, em que a pessoa não precise despir partes íntimas também estão entre as intervenções corporais não invasivas.

No que tange o exame de DNA para identificação do código genético de uma pessoa, alguns pontos devem ser destacados.

O exame invasivo ou feito a força, com retirada de sangue pelo uso da coerção física, não pode ser considerado lícito em nosso sistema, por atentar contra a integridade corporal da parte.

Outra situação é a obtenção de material genético sem lesão corporal ou dano real, como ocorre com a análise de um simples fio de cabelo ou de fragmentos encontrados desprendidos do corpo (fluídos corporais como saliva etc.), visto que nessas hipóteses não se pode considerar que houve invasão do corpo. Nesse caso, o exame pericial equipara-se a qualquer exame médico que, embora atinja a privacidade da parte, não lhe causa dano físico nem moral.

Frise-se que não se confunde a situação em que o material genético é encontrado com a indução a erro, coação ou uso ardid para obtê-lo; nesse caso, a má-fé processual excluiria a validade da prova, haja vista o consentimento viciado ou ausência deste.

Do mesmo modo que no Brasil, com o artigo 232 do Código Civil, o exame de DNA tornou-se legalmente obrigatório na Alemanha, em processos de investigação ou negação de paternidade<sup>55</sup>. A matéria sempre foi tratada com cautela pela Corte Constitucional alemã, tanto que em processo em que a mãe recusou que o filho fornecesse material genético para exame de DNA, apesar de o pai que pretendia a negação de sua paternidade ter recolhido o material do chiclete do filho, para comparar com o seu, o tribunal entendeu que a conduta violava a privacidade íntima do menor.

Ressaltou o tribunal que as informações pessoais sob o pálio dos direitos fundamentais não podem ser usadas como prova, sem a concordância da pessoa.

Mesmo não causando dano e, portanto, não atingindo a privacidade da parte por seu modo de *produção*, não se pode olvidar o caráter privado da própria *informação* obtida. Tal como outras informações sobre o corpo do paciente, obtidas em exame médico, inequívoco que a informação sobre o código genético de uma pessoa caracteriza-se como informação tão privada quanto sua imagem: é sua *imagem genética*.

A informação ou imagem genética de uma pessoa é conceito jurídico em desenvolvimento e ainda sob análise da doutrina e dos tribunais.

A Lei nº 12.654/12 alterou a Lei de Execuções Penais, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal. Dispõe os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal. Prevê, ainda, que as informações genéticas contidas

---

<sup>55</sup>KREILE, Ruber David. *Prova nas ações de filiação no direito alemão*, in *Revista de Processo*, vol. 168, Ano 34, Ed. Revista dos Tribunais : São Paulo, fevereiro-2009. P.67-105.

nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos.

A norma confere alguma privacidade aos dados, ao prever que as informações sobre os perfis genéticos, constantes dos bancos de dados terão caráter sigiloso e veda sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial.

Cuida a lei de limitar temporalmente a disponibilidade das informações, estabelecendo que a exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito.

O ponto mais controvertido talvez seja a obrigatoriedade da identificação genética de apenados, pois a lei obriga que condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou classificados como hediondos, sejam submetidos à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

A constitucionalidade da lei e sua eventual aplicação aguarda exame pelo Supremo Tribunal Federal<sup>56</sup>, porém é possível afirmar que a matéria é complexa e suas consequências precisam ser analisadas com cautela.

Observa-se que a lei trata de diversos temas – formação de banco de perfis genéticos, obrigatoriedade do fornecimento de material, limite temporal da guarda de dados e hipóteses de sua utilização – que por sua natureza e extensão, recomendam acurado exame da Corte Suprema.

Uma das preocupações dos estudiosos do tema é que essa bioinformação – perfis genéticos coletados – seja futuramente utilizada para outras finalidades, que não as da lei, bastando, para isso, outra lei ou outra interpretação da Corte Suprema.

Aplicando à lei o entendimento esposado nessa tese, embora esse trabalho seja direcionado precipuamente ao processo civil, caminhamos para concluir no mesmo sentido de tantos outros países, que já utilizam essa técnica. Não vislumbramos problema no registro da imagem genética do apenado, desde que o material seja obtido sem prejuízo físico ou moral, e

---

<sup>56</sup>Já foi reconhecida Repercussão Geral sobre a matéria no Recurso Extraordinário nº 973837 RG / MG, que aguarda julgamento no Supremo Tribunal Federal.

os dados sejam efetivamente protegidos de qualquer outro tipo de utilização, que não estritamente a finalidade da lei.

Outra prova técnica polêmica consiste na exigência de realização do exame de teste de alcoolemia mediante a realização de um dos testes previstos no Decreto nº 6.488/08, quais sejam, exame de sangue ou teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro ou “bafômetro”).

Sobre o tema, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já se firmou no sentido da validade da prova, notadamente por ser facultativa sua produção:

Habeas Corpus. Condução de veículo automotor sob efeito de álcool. Art. 306 da Lei nº 9.503/97. Advento da Lei nº 11.705/2008. Inclusão de parâmetro objetivo à elementar do tipo penal. Necessidade de realização de teste de alcoolemia previsto no Decreto nº 6.488/2008 para a adequação típica. Ocorrência. Ordem denegada. A taxatividade objetiva determinada pela nova redação do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, que fixou como indesejável a dosagem igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue, deve ser atendida mediante a realização de um dos testes de alcoolemia previstos no Decreto nº 6.488/08, que são: exame de sangue ou teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro). Constatada a realização do chamado “teste do bafômetro”, não há que se falar em falta de justa causa para a ação penal. Ordem denegada.  
(Supremo Tribunal Federal. HC 110905 / RS - RIO GRANDE DO SUL. HABEAS CORPUS. Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA. Julgamento: 05/06/2012. Órgão Julgador: Segunda Turma. DJe-123 DIVULG 22-06-2012 PUBLIC 25-06-2012. RJTJRS v. 47, n. 286, 2012, p. 27-29)

Observe-se que a facultatividade da prova é relativa no que tange a sanção administrativa, pois embora o condutor possa não se submeter ao teste de alcoolemia, a lei autoriza a imposição da sanção administrativa, mesmo que não haja outro indício de ingestão de álcool, diferente do que se exige para a sanção penal.

Nesse caso, o argumento jurídico para a exigência do teste – e aceito na jurisprudência – reside no fato de que a atividade de condução de veículo é regulamentada, justamente por oferecer risco à coletividade, sendo a multa aplicável não por um eventual “estado etílico presumido”, mas pela não sujeição ao teste legalmente imposto na regulamentação da atividade.

No âmbito do processo civil, na hipótese de uma ação sobre um acidente ocorrido entre condutores, em que algum deles se recusou a realizar o teste de alcoolemia, não há dúvida que o estado embriaguez ou inaptidão para condução veicular não poderia, por essa

recusa, ser presumido, exigindo a produção outras de provas. A parte não poderia ser obrigada, no processo civil, a submeter-se a esse teste, haja vista que somente a autoridade de trânsito, no contexto da regular fiscalização, pode exigí-lo.

#### 4.1.3 Ilicitude da prova por tortura

Como se percebe, ao longo desse trabalho, um dos pontos principais que se busca enfatizar consiste no exame da validade de uma prova que interfira na privacidade de outrem, necessariamente demandar a ponderação com o direito de acesso à justiça e com o direito que se pretende tutelar no processo.

Ocorre que exatamente nesta linha, impõe-se concluir que nenhum direito sobrepuja, em uma análise de proporcionalidade, o princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana é uma escolha política do Estado Democrático de Direito e não está adstrito somente ao entendimento o legislador sobre o tratamento que se dava conferir às pessoas, mas se destaca como uma marca identificadora do modelo político democrático, encampado no texto constitucional.

Atentando-se para uma interpretação histórica deste princípio, observa-se em todo o mundo – e de forma especial, na história do Brasil – um dos maiores contrapontos ao modelo democrático e garantístico dos direitos humanos, sem dúvida, é a tortura.

Muitos são os motivos que impulsionaram a comunidade internacional e a própria civilização, na busca por modelos políticos de distribuição de poder e riqueza mais equilibrados, porém é certo que o anseio por uma estrutura de governo que impedisse o ultraje máximo da coisa humana, em sua pior manifestação – a tortura – esteve sempre entre os móveis individuais e coletivos.

Ainda em razão do débito histórico do Poder Público brasileiro, notadamente diante da utilização em passado recente da estrutura estatal para a prática desse mal, fez com que o legislador constituinte esmerasse-se em construir uma barreira jurídica inexpugnável a essa prática, negando-lhe toda forma de justificativa e cominando-lhe as mais graves sanções jurídicas, entre elas, a imprescritibilidade.



Não é por outra razão que no capítulo de direitos fundamentais, diversas normas se entrelaçam, reforçando a antijuridicidade da tortura. O artigo 5º, inciso III, da Constituição da República, estabelece que ninguém será submetido à tortura, tratamento desumano ou degradante, sendo qualquer conduta dessa ordem inequivocamente ilícita. No mesmo sentido, o inciso XLIX do mesmo artigo assegura aos presos o respeito à integridade física e moral, consiste em norma que reforça a impossibilidade de procedimentos de tortura física ou mental.

Assim, o inciso LVI do artigo 5º, que expressamente determinada a inadmissão no processo de provas obtidas por meios ilícitos, impõe a ilicitude especialmente daquelas provas obtidas pelos meios constitucionalmente havidos como ilícitos, antes referidos. Todas essas normas integram o conceito de devido processo legal previsto no inciso LIV, assim os parágrafos 2º e 3º, do mesmo artigo, que trazem os muitos tratados internacionais contrários à tortura, para o corpo da Constituição.

A toda evidência, os seis itens do artigo 5º, intitulado como rol dos direitos e garantias fundamentais, com índole pétrea, nos termos do artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição da República, constituem arcabouço sólido que alija do sistema jurídico qualquer possibilidade de tortura, fulminando a validade de qualquer ato jurídico que dela derive, notadamente a obtenção de provas.

Por essas razões, espousa-se nesse trabalho o entendimento de que toda e qualquer prova obtida através de tortura é ilícita e não pode ser convalidada.

Trata-se de reconhecer que o Estado Brasileiro fez uma escolha política de recusar à tortura qualquer validade ou condão de produzir efeitos positivos. O único efeito jurídico da prática de tortura é subsumir quem a realiza às penas da lei e quem a sofre ao pálio das normas de compensação.

A ilicitude da prova obtida pela tortura tem fundamento transindividual, por ser uma política de estado impedir que essa prática aconteça. Por isso, sequer é passível de renúncia esse nível de privacidade, não podendo ser utilizada a prova obtida através da tortura, nem que a vítima consinta. Nenhum valor ou direito, ponderado com a tortura, prevalece, de modo a justificá-la ou conferir-lhe validade.

São nulas de pleno direito todas as provas que derivem diretamente da tortura. A vedação à tortura existe para proteger o indivíduo e a coletividade do risco dessa prática, mas não para compensar o criminoso. Se a única prova contra um criminoso for confissão ou depoimento sob tortura, ou outras obtidas a partir dessas, impõe-se a absolvição como garantia do direito individual fundamental e da própria higidez do Estado Democrático de Direito; todavia, se outras provas houver, aptas a demonstrar a materialidade e a autoria do ilícito, não há motivo para a absolvição do delinquente, com que por compensação ao mal injusto e grave que tenha sofrido; a hipótese será de punição também dos culpados.

Alguma doutrina especula o limite da ilicitude da prova obtida através de tortura, com exemplos como a localização da vítima sequestrada ou a salvação de um grande grupo de pessoas. A ideia tem sido adotada no âmbito do que se convencionou chamar de “direito penal do inimigo” e em legislações de prevenção e repressão ao terrorismo.

A proporcionalidade, nesse caso, como dito, deve considerar não apenas esses dois interesses destacados (integridade física e moral do criminoso x vida da vítima ou vida de várias pessoas), mas principalmente o aspecto macro da opção política por um Estado Democrático de Direito, sem tortura.

Um Estado Democrático de Direito não se desnatura pelo óbito de uma vítima ou de um grupo de pessoas, assim como pode dispor de uma infinidade de outros recursos e meios para evitar tais males – e deve fazer tudo que puder para evitá-los – porém estará ferido em sua essência se, por qualquer motivo, justificar a tortura, conferir-lhe efeitos jurídicos positivos, validar as provas obtidas através dela ou relevar a conduta dos que a praticam.

Esse estudo posiciona-se absolutamente contra qualquer entendimento que, direta ou indiretamente, vise a justificar a tortura, mesmo no combate a crimes graves ou de terrorismo.

## **4.2 Privacidade relacional**

Ultrapassada essa fronteira individual e introspectiva, o ser humano estabelece contato com outros seres humanos.

Não se fala mais em intimidade em sua acepção mais intensa e íntima, mas em uma *relação tutelada por direito fundamental*, que significa que a pessoa estabelece uma relação

mencionada nos direitos fundamentais, com outras pessoas específicas a quem se confiou uma informação<sup>57</sup>, sentimento, impressão etc. Este é o segundo nível de privacidade.

A *privacidade relacional* existe em razão de ser elevada a direito fundamental a proteção à confiança que é base de determinadas relações humanas e jurídicas,

A principal distinção entre a *privacidade íntima* e a *privacidade relacional* é que a primeira define a relação *da pessoa consigo própria* e a segunda *da pessoa com outra pessoa*, devidamente identificada. Esses dois níveis de privacidade diferem, ainda, do terceiro nível, que é a *privacidade social*, que trata da relação *da pessoa com a sociedade*.

Frise-se que não é qualquer relação que recebe a tutela desse nível de privacidade, mas somente aquelas erigidas a direito fundamental.

Nesse nível de privacidade relacional, a pessoa exercita livremente a vontade de exteriorizar informações privadas<sup>58</sup> e condutas particulares relevantes, mas somente para pessoas escolhidas, com quem se tem diferenciado grau de confiança e, quase sempre, reciprocidade nessa confidencialidade.

Essa é a diferença essencial entre a *privacidade relacional* e a *privacidade social*: numa a pessoa é *parte em uma relação* (por isso *relacional*) numa relação com pessoas *com quem escolheu se relacionar*, na outra a pessoa apresenta-se como *indivíduo* dentro de uma sociedade composta por pessoas que circunstancialmente convive e que não tem poder de escolha.

A privacidade relacional também é tutelada na Constituição da República, que impõe elevada proteção para todas as formas de *comunicação*, que é o ato pelo qual se estabelece e se desenvolvem os atos que são classificados nesse nível de privacidade.

Nota-se, no entanto, que a proteção à comunicação – e conseqüentemente, à privacidade relacional – não é um *fundamento* da ordem jurídica (art. 1º, *caput*, e inciso III), embora constitua uma *garantia* fundamental, que respalda o *direito fundamental* a esse nível

---

<sup>57</sup>“O termo que designa o conteúdo daquilo que permutamos com o mundo exterior ao ajustarmos a ele, e que faz com que nosso ajustamento seja nele percebido. O processo de receber e utilizar informações é o processo de nosso ajuste às contingências do meio ambiente e do nosso efetivo viver neste ambiente”. WIENER, Norbert. *Cibernética e sociedade*. São Paulo : Cultrix, 1968.p.19.

<sup>58</sup> Reconhecendo o “direito à informação”, Pierre Catala anota que “*toda mensagem comunicável a alguém por um meio qualquer constitui uma informação*”. CATALA, Pierre. *Ebauche d’une théorie juridique de l’information*”, in, *Informática e Diritto*, Ano IX, jan-apr. 1983, PP. 15-31. P.17.

de privacidade. A privacidade relacional – entre partes – não está inserida no núcleo da dignidade da pessoa humana.

A diferença essencial é que esse direito fundamental à privacidade relacional é de *mesma hierarquia* que outros direitos fundamentais, o que não acontece com o princípio da dignidade da pessoa humana que, em sua essência, é superior a qualquer outro princípio ou direito.

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais<sup>59</sup> inseridos na Constituição da República presta-se não a afirmar que tais direitos são exigíveis não apenas em face do Estado (liberdades públicas), como em face dos demais cidadãos, mas também para afirmar que um cidadão, para ver salvaguardado direito fundamental seu violado por outrem, peça do Estado a proteção de tal direito. Nesse caso, não cabe falar em *direito em face do Estado*, pois o Estado estará apenas atuando na defesa de outro cidadão e não por iniciativa própria.

Nesse ponto, cumpre destacar a crucial distinção entre o processo penal e o processo civil: enquanto no processo penal o cidadão litiga com o Estado, operando-se a eficácia vertical das garantias e direitos fundamentais; no processo civil, não estando o Estado na lide, o litígio dá-se entre cidadãos com os mesmos direitos e garantias fundamentais, logo os limites do processo e da produção de prova *não podem ser considerados sob o parâmetro Estado-Cidadão*, mas sim a partir da ponderação de princípios, direitos e garantias fundamentais na relação *Cidadão-Cidadão*.

É por isso que o processo penal tem mais limites garantísticos que o processo civil: o cidadão tem (e tem mesmo que ter) mais direitos e garantias que o Estado.

No processo civil, sem a presença do Estado nos polos, ambas as partes titularizam direitos e garantias fundamentais semelhantes, não sendo o caso de discutir *quem tem mais direitos e garantias*, mas qual direito deve preponderar, no caso em julgamento.

Evidente que essa análise tem que ser sempre temperada com a consideração do bem jurídico em litígio, que é sempre de alta relevância no processo penal – a liberdade – mas pode ser de até mais relevância, conforme o caso, no processo civil (que pode versar sobre o direito à vida de uma das partes).

---

<sup>59</sup>PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares*. Luiz Roberto Barros (org.). 3ª Edição revista. Ed. Renovar : Rio de Janeiro, 2008. P.143.

Esse raciocínio auxilia a compreensão da privacidade relacional, pois enquanto o sistema elege que privacidade das relações próximas (p.ex., através das comunicações), como regra não pode ser violada, diante de alguns valores específicos, pondera esse princípio com outro valor – segurança pública – e, como ocorre no caso na investigação criminal, afasta-o por norma de igual hierarquia.

Também a casa inclui-se no âmbito da privacidade relacional, na medida em que é o morador que seleciona quem pode e quem não pode ter acesso a ela, sendo o acesso à residência *disponível*, diferentemente do que acontece com a vida, a integridade física ou moral.

Da mesma forma, embora a Constituição da República estabeleça proteção à privacidade relacional do morador em sua casa, pondera esse direito fundamental com a oposição ao flagrante delito, salvamento em caso de desastre e cumprimento de ordem judicial durante o dia.

Note-se que embora o pensamento seja absolutamente livre, sua manifestação – como forma de comunicação que é – sofre limitação quanto ao anonimato. A liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; o que significa que não pode sofrer restrição *estatal*, mas no caso de outro cidadão ter por esta direito de igual ou superior hierarquia atingido, haverá margem para ponderação, podendo ser restringida a liberdade de expressão para tutela horizontal do direito fundamental de outrem (seria o caso de uma obra de arte que utilizasse, de forma ofensiva, a imagem de outra pessoa).

Adotando-se a lógica ora proposta, não há como dar outra interpretação ao inciso XII do artigo 5º da Constituição da República, que não a de que a expressão “salvo, no último caso” refere-se a todo o texto e não somente às comunicações telefônicas.

Seria absolutamente incoerente que o legislador constitucional, entendendo que a comunicação fosse inexpugnável, autorizasse a intervenção judicial em uns casos e, em outros, não. Não há argumentos fáticos para justificar a hierarquia da carta como meio de comunicação em detrimento da ligação telefônica.

Nesse sentido, melhor a redação do artigo similar da Constituição italiana: “*La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili.*”

*La loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'Autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge.*<sup>60</sup>”

Por outro lado, a exigência de ordem judicial deve ser, como vem sendo, examinada também sob o prisma da ponderação com direitos fundamentais mais relevantes.

Não é razoável negar a validade de uma interceptação não autorizada – que viola direito fundamental à privacidade relacional – se a mesma for utilizada em defesa do direito à liberdade ou à vida, que ostentam hierarquia preponderando sobre a privacidade relacional.

Sustenta boa doutrina que há casos em que o bem jurídico em litígio é de tão elevado valor que, por não existirem outros meios de prova, o juiz deve aplicar a regra da proporcionalidade, para afastar o caráter ilícito da prova e admiti-la. Essa situação também pode ocorrer no processo civil.

Nesse sentido, leciona CARNEIRO<sup>61</sup>:

É preciso deixar claro que a possibilidade de utilizar a prova obtida ilicitamente pode também, dependendo dos interesses em jogo, servir a outros tipos de processo que não o criminal. Existem situações que dizem respeito à preservação de determinados interesses difusos, que pela sua relevância e magnitude podem até, excepcionalmente, superar certas situações de natureza penal, em que a pena aplicada seja de multa ou mesmo possa ensejar que o condenado cumpra a pena em liberdade. Basta examinar o exemplo da apreensão ilícita da fórmula de um produto que poderia prejudicar a saúde de milhares de consumidores. Que opção deve o juiz fazer? Julgar improcedente, não aceitando a prova obtida ilicitamente, sabendo que a saúde dos consumidores será prejudicada, ou aceitá-la para manter esse último bem? Em todas essas situações o juiz tem de se valer do princípio da proporcionalidade, fazendo a opção entre normas de natureza constitucional.

Nesse passo, não obstante regra geral que obsta a intromissão na privacidade para a produção de prova, bem como aquelas que regulam os procedimentos para sua produção, há casos extremos em que apenas a ponderação de bens jurídicos, pelo princípio da proporcionalidade, poderá resolver adequadamente a questão relativa à validade ou invalidade de uma prova. Aliás, assim tem decidido o Superior Tribunal de Justiça:

---

<sup>60</sup>Em tradução livre: “A liberdade e o sigilo da correspondência e qualquer outra forma de comunicação são invioláveis. Sua limitação pode ser imposta apenas pela decisão judicial, observadas as garantias estabelecidas em lei”.

<sup>61</sup>CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça. Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*. 2ª Edição. Ed. Forense : Rio de Janeiro, 2007. P.109.

HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. CONCUSSÃO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA. TRANCAMENTO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NÃO OCORRÊNCIA. NEGATIVA DE AUTORIA. ANÁLISE DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ACUSAÇÃO FUNDADA EM SÓLIDOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. ILICITUDE DA PROVA. INEXISTÊNCIA. GRAVAÇÃO FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES PARA DEFESA DE TERCEIRA PESSOA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE SIGILO A SER PROTEGIDO. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. O trancamento de ação penal na via estreita do habeas corpus configura medida de exceção, somente cabível quando se demonstrar, à luz da evidência, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou outras situações comprováveis de plano, suficientes ao prematuro encerramento da persecução penal.

2. Na espécie, a peça acusatória apresenta sólidos elementos a apontar o envolvimento do paciente nos fatos tidos por delituosos, revelando ser líder de quadrilha que atuava com o objetivo de prender, exigir e receber dinheiro extorquido de particulares, acrescentando que a distribuição de tarefas era por ele supervisionada, cabendo-lhe dar o aval para que as extorsões tivessem início, realizando inclusive pessoalmente as negociações de pagamento.

3. É incompatível com a via eleita a análise da tese de negativa de autoria, cujo deslinde mostra-se imprescindível à dilação probatória.

4. Não se cogita de inépcia se a denúncia atende perfeitamente aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, tendo o órgão ministerial apontado de forma clara e individualizada as condutas perpetradas por cada um dos acusados, com a descrição detalhada do modus operandi do grupo, demonstrando a ligação entre seus integrantes e a divisão de tarefas entre eles.

5. A gravação de conversa realizada por um dos interlocutores não caracteriza interceptação, inexistindo dispositivo legal que a proíba.

6. No caso, a gravação ambiental foi realizada no intuito de promover a defesa de terceira pessoa, vítima de extorsão, sendo o indivíduo que gravou a conversa amigo da vítima. Assim, deve prevalecer a possibilidade de ampla e livre persecução do delito de extrema gravidade supostamente cometido, envolvendo a participação de funcionários públicos, sendo legítima a prova produzida nessas circunstâncias, visando a defesa de terceiro, sem que se verificasse violação do direito individual ao segredo das comunicações.

7. Ademais, a conversa gravada foi utilizada apenas como complemento de prova, baseando-se a exordial acusatória não apenas em seu teor, mas em diversos outros elementos.

8. Habeas corpus denegado.

(Superior Tribunal de Justiça. QUINTA TURMA. HABEAS CORPUS 210498 / PR. Processo 2011/0141816-4. Relator(a) Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE. Data do Julgamento 14/02/2012. Data da Publicação/Fonte DJe: 15/03/2012)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO (ART. 344 DO CP). CONSUMAÇÃO. CRIME FORMAL. GRAVAÇÃO AMBIENTAL REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES. LICITUDE DA PROVA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.

1. É sabido que o crime de coação no curso do processo, por ser de natureza formal, consuma-se com a simples ameaça praticada contra qualquer pessoa que intervenha no processo, seja autoridade, parte ou testemunha, sendo irrelevante que a ação delitiva produza ou não algum resultado.

2. Com efeito, para configurar o crime em questão, basta que a ameaça seja grave e capaz de intimidar, independentemente de o sujeito atingir o fim almejado, pois tal circunstância consiste no simples exaurimento da ação delituosa.

3. Ora, a possibilidade concreta de perda do emprego é ameaça grave o bastante para intimidar qualquer pessoa, ainda mais em uma época em que o mercado de trabalho se encontra mais competitivo do que nunca. De qualquer forma, é irrelevante perquirir, no caso, se a vítima de fato se sentiu ou não intimidada.

4. De outra parte, em regra, a violação do sigilo das comunicações, sem autorização dos interlocutores, é proibida, pois a Constituição Federal assegura o respeito à intimidade e vida privada das pessoas, bem como o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas (art. 5º, inciso XII, da CF 88).

5. Entretanto, não se trata nos autos de gravação da conversa alheia (interceptação), mas de registro de comunicação própria, ou seja, em que há apenas os interlocutores e a captação é feita por um deles sem o conhecimento da outra parte.

6. No caso, a gravação ambiental efetuada pela corré foi obtida não com o intuito de violar a intimidade de qualquer pessoa, mas com o fito de demonstrar a coação que vinha sofrendo por parte da ora recorrente, que a teria obrigado a prestar declarações falsas em juízo, sob pena de demissão.

7. Por não se enquadrar nas hipóteses de proteção constitucional dos sigilos das comunicações, tampouco estar disciplinada no campo infraconstitucional, pela Lei nº 9.296/96, a gravação unilateral feita por um dos interlocutores com o desconhecimento do outro deve ser admitida como prova, em face do princípio da proporcionalidade.

8. De outra parte, não procede a alegação de quebra de sigilo profissional, previsto no art. 7º, inciso II, da Lei nº 8.906/94, agora com a nova redação dada pela Lei 11.767/08, pois não se trata de gravação de conversa pessoal e reservada entre advogado e cliente.

9. Cuida-se, pois, de gravação de um diálogo informal, ocorrido no interior de um taxi, entre a vítima do fato tido com criminoso e o causídico da empresa em que a recorrente trabalhava, o qual, na época, patrocinava os interesses dessa instituição em uma ação trabalhista, não a defesa das rés. Em outra ocasião, a conversa foi gravada tão somente entre as acusadas.



10. Ademais, ao contrário do alegado, o Tribunal de origem, ao condenar a ora recorrente, baseou-se, também, em provas produzidas durante a fase judicial, as quais confirmaram o que havia sido constatado na fase inquisitória.

11. Na realidade, a recorrente busca, quando alega ofensa aos arts.155 e 156 do Código de Processo Penal, a reapreciação das disposições fáticas delineadas nas instâncias ordinárias, providência essa incompatível com a estreita via do recurso especial, incidindo na espécie, o óbice contido na Súmula 7 desta Corte.

12. Por fim, impossível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto o crime foi praticado mediante grave ameaça à pessoa (art. 44, inciso I, do Código Penal).

13. Recurso especial a que se nega provimento.

(Superior Tribunal de Justiça. SEXTA TURMA. RECURSO ESPECIAL1113734 / SP. Processo 2009/0073629-9. Relator(a) Ministro OG FERNANDES. Data do Julgamento 28/09/2010. Data da Publicação/Fonte: DJe 06/12/2010)

Diferente é o caso da interceptação não autorizada utilizada contra o direito à liberdade, hipótese em que sempre será ilícita.

A proteção constitucional à privacidade relacional tutela a confiança e informalidade inerentes ao vínculo de proximidade entre duas pessoas, que se escolheram confidenciar reciprocamente.

Uma pessoa quando se comunica com uma pessoa conhecida e amiga, despoja-se de cuidados com sua própria situação e direitos, baseada na confiança que nutre pelo interlocutor, não sendo razoável que use contra ela, sem aviso, manifestação que pode exprimir pensamento íntimo, que não revelaria para ninguém mais que não o interlocutor.

A interceptação telefônica *viola o exercício da vontade de externar o pensamento* para uma pessoa, mas não para outras, e por isso deve ser excepcional. Da mesma forma, quem fala com pessoa próxima não toma cuidados formais com termos e afirmações, que tomaria se falasse com terceiros, justamente porque sabe que o interlocutor conhece, p.ex., seu verdadeiro pensamento ou limite de suas afirmações.

É exatamente a violação, tanto dessa vontade de não exprimir o pensamento a terceiros, quanto a exploração da confiança legítima no vínculo entre os que se comunicam, que deve ser ponderada com outros direitos fundamentais, para aferição do cabimento de interceptação. Somente diante de direitos de elevada relevância – não bastando o atendimento formal à lei – é que é cabível a interceptação da comunicação.

Na esfera cível, há casos em que pode estar em litígio direito que se equipare ou até supere em hierarquia, a tutela jurídica da privacidade relacional, como ocorre no caso da filiação. Em regra, seja pela relevância desse nível de privacidade, seja pelo desestímulo que se deve dar à violação desse direito, há a tendência de se evitar provas que violem a privacidade relacional, mesmo que esteja em disputa direito altamente relevante; todavia, deve haver uma análise caso a caso.

#### 4.2.1 Privacidade de comunicação

##### 4.2.1.1 Privacidade de comunicação pessoal ou ambiental

A comunicação em sua expressão máxima é pessoal e direta, normalmente sonora (oral), mas pode ocorrer com gestos, imagens, por escrito e de outras formas. Trata-se aqui da comunicação que ocorre entre duas pessoas que estão física e visualmente próximas uma da outra.

Para que haja contexto de privacidade é necessário que tais pessoas tenham buscado alguma forma de *refúgio*, *isolamento* ou *descrição*, não tendo conteúdo privado conversa ocorrida em local público e em alto tom de voz (uma aula ou palestra, p.ex.).

Quando duas pessoas conversam em situação privada, não pode um terceiro, ainda que consiga ouvir ou entender a comunicação, realizar registro do fato para fins de prova em juízo.

Nesta hipótese, a prova seria flagrantemente ilegal. Note-se que se o terceiro efetivamente presenciou a conversa, poderá *prestar depoimento*, sem que a prova possa ser acoimada de nulidade, pelo caráter privado da conversa. A memória humana não é uma modalidade de registro do ponto de vista probatório e a natureza das relações humanas recomenda um tratamento diferenciado entre uma gravação de uma conversa e a versão sobre ela, fornecida por uma testemunha.

Há, contudo, que se distinguir entre a *violação da privacidade relacional*, que somente pode ser assim considerada quando praticada por *terceiro*, e o registro efetuado *por um dos interlocutores*.

Não há ilegalidade quando o registro de uma comunicação é feito por um dos interlocutores, visto que quem se comunica com outrem opta livremente por transmitir-lhe conhecimento sobre informações, que o destinatário pode conservar e registrar como preferir, sem necessidade de comunicar ao emissor da mensagem.

Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: PROVA. Criminal. Conversa telefônica. Gravação clandestina, feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro. Juntada da transcrição em inquérito policial, onde o interlocutor requerente era investigado ou tido por suspeito. Admissibilidade. Fonte lícita de prova. Inexistência de interceptação, objeto de vedação constitucional. Ausência de causa legal de sigilo ou de reserva da conversação. Meio, ademais, de prova da alegada inocência de quem a gravou. Improvimento ao recurso. Inexistência de ofensa ao art. 5º, incs. X, XII e LVI, da CF. Precedentes. Como gravação meramente clandestina, que se não confunde com interceptação, objeto de vedação constitucional, é lícita a prova consistente no teor de gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação, sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou.

(Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. RE 402717 / PR – PARANÁ. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. CEZAR PELUSO. Julgamento: 02/12/2008. Publicação DJe-030 DIVULG 12-02-2009)

Se uma pessoa comunica-se com outra e, com isso, de qualquer forma, gera e viola direitos, não pode negar a outra o direito de registro da comunicação, para fins de prova entre elas.

Observe-se que, obviamente, a ciência do emissor da comunicação acerca da gravação de sua exposição é altamente relevante para o exame da prova, tanto sob o ângulo de que não há como saber se houve alteração no ânimo da pessoa de dizer a verdade, após tomar ciência de que seria gravada, como porque pela natureza informal de relações próximas, é possível que uma manifestação sem a ciência de que está havendo registro, tenha aspecto jocoso ou descontextualizado.

Todas essas ponderações devem ser feitas pelo magistrado, quando examina a prova. Evidente que a primeira decisão é sobre a admissibilidade ou não da prova.

Havendo gravação ambiental por terceiro, esta somente terá validade na esfera cível se houver aviso aos que se comunicam, sobre a possibilidade de gravação. Não é por outro

motivo que sistemas de segurança de estabelecimentos, em geral, colocam aviso de que há gravação ambiental.

A situação é diferente quando se trata de um evento público ou de amplo acesso, como é o caso de palestras, aulas, discursos e situações similares. Quem realiza exposição para grande grupo de pessoas, havendo na audiência pessoas com quem não tem proximidade, não há como invocar *privacidade relacional*.

A gravação ambiental, neste caso, mesmo sem aviso, poderá ser utilizada normalmente como prova no processo civil, sem nenhuma restrição.

#### 4.2.1.2 Privacidade de comunicação telefônica

A comunicação telefônica é expressamente tutelada em nossa ordem jurídica, sendo sua interceptação autorizada na Constituição da República, exclusivamente no caso de investigação criminal. A matéria está regulada na Lei nº 9296/96. Não é permitida a interceptação telefônica por ordem judicial em processo civil, apenas em procedimento penal.

No processo civil, importa especialmente os desdobramentos havidos da regular produção de prova em um processo penal. A doutrina diverge sobre a possibilidade dessa prova poder ser utilizada em outros processos, especialmente na legalidade de utilização dessa prova em um processo civil.

A questão se coloca quando na gravação da interceptação surgem elementos que geram consequências cíveis, não abarcadas no mérito do processo penal em que a prova foi produzida. Não é objeto de análise neste trabalho, a possibilidade ou não de utilização dessa prova em outra ação penal, diversa daquela em que a prova foi produzida, ainda que pareça evidente a possibilidade.

De plano, é incontroverso, mesmo para os que aceitam a utilização da prova em um processo civil, que, a uma, deverá ser imposto segredo de justiça no processo, pois a privacidade dos interceptados ou gravados deve ser preservada, a duas, a natureza da prova será a de “prova emprestada”, ou seja, padece de limitações ao contraditório, o que não quer dizer que esteja, por isso, invalidada sua utilidade.

Consideramos, pois, excessiva a posição pela absoluta invalidade da prova emprestada, pelo só fato de ambas as partes não terem participado do processo em que foi produzida<sup>62</sup>, pois embora seja evidente que isso lhe retire força probante, não há como simplesmente lhe negar qualquer força.

Nesse sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, admitindo prova emprestada de interceptação telefônica produzida em processo criminal, em processo administrativo contra terceiros:

PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra outros servidores, cujos eventuais ilícitos administrativos teriam despontado à colheita dessa prova. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Precedente. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessa prova. (Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Inq 2424 QO-QO / RJ - RIO DE JANEIRO. SEG. QUEST. ORD. EM INQUÉRITO. Relator(a): Min. CEZAR PELUSO. Julgamento: 20/06/2007. Publicação DJe-087 DIVULG 23-08-2007)

Frise-se que a justa preocupação com o exercício do contraditório<sup>63</sup> estará satisfeita no processo que receba a prova, visto que ali também a parte poderá impugnar a prova emprestada, por todos os vícios que apresente no processo original.

A princípio, a interceptação somente poderia ser trazida a um processo civil, por quem teve acesso aos autos no processo penal (o Estado, o assistente de acusação e o próprio réu no processo penal), ou ser requisitada pelo juiz, a pedido de parte no processo civil, que não participou do processo penal, mas soube da existência da interceptação.

---

<sup>62</sup>NERY JUNIOR, Nelson, e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 6ª Edição. Ed. Revista dos Tribunais : São Paulo, 2002. *Nota 4 dos comentários ao art. 332, p.693*. Sustentam os autores: “A condição mais importante para que se dê validade e eficácia à prova emprestada é sua sujeição às pessoas dos litigantes, cuja consequência primordial é a obediência ao contraditório. Vê-se, portanto, que a prova emprestada do processo realizado entre terceiros é res inter alios e não produz nenhum efeito para aqueles”.

<sup>63</sup> COUTURE, Eduardo. *Fundamentos Del derecho procesal civil*. Ed. Depalma :Buenos Aires, 1951. P 160.

Sendo a interceptação trazida pelo próprio réu, ainda que este possa se despojar da proteção legal de sua própria intimidade, há que se perquirir se pode fazê-lo quanto à privacidade dos demais interceptados.

Adotando-se a tese de que se produzida lícitamente, a prova é lícita em qualquer processo, a princípio poderia a prova ser trazida para um processo civil, contudo, vale ratificar as ressalvas que vimos fazendo ao longo de todo trabalho, pois mesmo que se aceite essa possibilidade, o magistrado deverá ponderar os direitos em litígio e analisar se é o caso de trazer ao processo prova que atenta contra a privacidade relacional dos interceptados.

Este entendimento é no sentido de que a vedação constitucional é à *produção* da prova e não à *sua utilização*, ou seja, se produzida validamente; produzida com a observância da lei, passaria a existir como documento válido.

Não parece que a proteção constitucional tutele somente a produção da prova, porém com base no raciocínio de ponderação, embora como regra a interceptação não possa ser utilizada em um processo civil e nesse sentido se posicione a melhor doutrina<sup>64</sup>, se o direito em disputa for de alta relevância, a prova poderá ser admitida.

Apresenta-se como exemplo a vítima de agiotagem, que toma ciência da interceptação do agiota em ação penal em que foi condenado justamente por este crime e requer a utilização da gravação, como prova defensiva no processo em que é cobrado pelos títulos de dívida que emitiu em favor do agiota.

Não parece razoável que a vítima, cujo argumento de defesa é que está sendo vítima de agiotagem, não possa usar a gravação em que aparece o agiota realizando o ato. Situação semelhante é aquela da pessoa que pede a anulação do ato por vício de consentimento devido à coação, que tomando ciência de processo penal em que a coação foi apurada, requeira a utilização de interceptação.

Como dito, a admissão da prova emprestada que atinge a privacidade deve ser excepcional e justificada. Além disso, os sujeitos do processo civil que por essa condição tiverem acesso ao conteúdo da interceptação, terão do dever legal de manter o sigilo sobre o teor da prova, fora do processo, em respeito à privacidade dos interceptados.

---

<sup>64</sup>BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Direito Processual Civil*. V.1. 4ª. Ed. São Paulo : Saraiva, 2010. p.171.

Anote-se como argumento para reconhecimento da mesma disciplina jurídica de proteção a todas as modalidades de comunicação, o fato de serem todas igualmente excepcionadas no artigo 136, parágrafo primeiro, inciso I, alíneas *b* e *c*, da Constituição da República, no caso de Estado de Defesa.

#### 4.2.1.3 Privacidade de comunicação eletrônica

O truncado texto do artigo 5º, inciso XII, da Constituição da República ainda gera grande polêmica quanto à extensão da proteção legal aos chamados “dados”.

Analisando o dispositivo, observa-se que ele trata, em verdade, de *comunicação*, ou seja, assegura proteção legal às diversas modalidades de comunicação: pessoal, telefônica, eletrônica e por carta.

O texto *não trata de documentos eletrônicos* nem traz nenhuma referência que pudesse gerar essa ilação, apesar do que afirmam alguns.

O documento eletrônico é tão *documento*, quanto o documento físico, devendo ter o mesmo estatuto jurídico, previsto nos Código Civil e Código de Processo Civil, observadas somente as peculiaridades dessa mídia.

Assim, uma nota fiscal eletrônica não merece mais proteção legal do que uma nota fiscal física, um contrato de aluguel ou um livro-caixa eletrônicos não devem ter uma proteção diversa de seus equivalentes físicos.

Evidente que documentos, em muitos casos, são objeto de proteção legal, para o fim de utilização como prova, mas não há diferenciação legítima na lei, nem se pode extraí-la, por uma interpretação “extensiva”, do artigo 5º, inciso XII, da Constituição da República.

Por outro lado, a comunicação eletrônica também é como qualquer outra modalidade de comunicação e, por isso, de fato é objeto de expressa proteção constitucional, no dispositivo antes referido.

A Constituição da República quis, com razão, proteger a confiança legítima que interlocutores têm quando se comunicam, trocando informações, e não uma ou outra via de comunicação em especial. O ordenamento garante a tranquilidade que as pessoas devem poder esperar na troca de informações com pessoas próximas, apenas isso.

Desse modo, seja qual for a tecnologia utilizada para comunicação pela via eletrônica – e-mail, VPN<sup>65</sup>, canal privado de redes sociais, transmissão de áudio e vídeo, ou qualquer protocolo ou conexão eletrônica – está protegida e garantida pelo mesmo regramento jurídico que vige para a comunicação telefônica, não por ser *eletrônica*, mas por ser um meio *imediatamente* de comunicação.

O sistema jurídico expressamente protege os intercomunicantes da *interceptação*, ou seja, veda que se estabeleça um *desvio* da informação transmitida, no momento em que ela é enviada, para um terceiro que não foi selecionado como destinatário da mensagem e, por isso, não tem o direito de conhecer o conteúdo da comunicação. Se há esse desvio, a prova é ilícita. Esse desvio somente pode ser judicialmente determinado em um processo penal.

Caso haja a interceptação judicialmente autorizada da comunicação eletrônica, incidiram, sobre a utilização dessa prova no processo civil, as mesmas normas para utilização da interceptação telefônica.

No entanto, após efetivada a transmissão de dados, pela natureza da mídia eletrônica, quem recebeu os dados tem duas opções: armazená-los ou apagá-los. Surge outra questão a ser analisada, quando os dados não são apagados e sim são guardados.

Uma vez armazenados como arquivos no computador do destinatário, esses dados podem ou não perder a característica de comunicação. Ocorrendo a transmissão por e-mail de um contrato de locação, p.ex., que é armazenado e cumprido pelo locatário, parece bastante claro que houve um envio de documento autônomo em relação à mensagem, que perdeu a natureza de comunicação no armazenamento e pode ser objeto de busca e apreensão em um processo civil. Situação semelhante ocorrerá como o envio de recibos ou notas de serviços pela internet.

Esse entendimento é adotado pelo Supremo Tribunal Federal, que em decisão aponta a diferença entre a apreensão de dados armazenados em computador e a interceptação de comunicação eletrônica, negando a intangibilidade de dados eletrônicos:

I. Decisão judicial: fundamentação: alegação de omissão de análise de teses relevantes da Defesa: recurso extraordinário: descabimento. Além da falta do indispensável prequestionamento (Súmulas

---

<sup>65</sup>Uma Rede Particular Virtual (*Virtual Private Network* – VPN), como o próprio nome sugere, é uma forma de conectar dois computadores utilizando uma rede pública, como a Internet. A VPN mais conhecida é o aplicativo para celulares denominado WhatsApp.



282 e 356), não há violação dos art. 5º, LIV e LV, nem do art. 93, IX, da Constituição, que não exige o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas apresentadas pelas partes, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão; exige, apenas, que a decisão esteja motivada, e a sentença e o acórdão recorrido não descumpriram esse requisito (v.g., RE 140.370, 1ª T., 20.4.93, Pertence, DJ 21.5.93; AI 242.237 - AgR, 1ª T., 27.6.00, Pertence, DJ 22.9.00). II. Quebra de sigilo bancário: prejudicadas as alegações referentes ao decreto que a determinou, dado que a sentença e o acórdão não se referiram a qualquer prova resultante da quebra do sigilo bancário, tanto mais que, dado o deferimento parcial de mandado de segurança, houve a devolução da documentação respectiva. III. Decreto de busca e apreensão: validade. 1. Decreto específico, que somente permitiu que as autoridades encarregadas da diligência selecionassem objetos, dentre aqueles especificados na decisão e na sede das duas empresas nela indicadas, e que fossem "interessantes à investigação" que, no caso, tinha pertinência com a prática do crime pelo qual foi efetivamente condenado o recorrente. 2. Ademais não se demonstrou que as instâncias de mérito tenham invocado prova não contida no objeto da medida judicial, nem tenham valorado qualquer dado resultante da extensão dos efeitos da decisão determinante da busca e apreensão, para que a Receita Federal e a "Fiscalização do INSS" também tivessem acesso aos documentos apreendidos, para fins de investigação e cooperação na persecução criminal, "observado o sigilo imposto ao feito". IV - Proteção constitucional ao sigilo das comunicações de dados - art. 5º, XVII, da CF: ausência de violação, no caso. 1. Impertinência à hipótese da invocação da AP 307 (Pleno, 13.12.94, Galvão, DJU 13.10.95), em que a tese da inviolabilidade absoluta de dados de computador não pode ser tomada como consagrada pelo Colegiado, dada a interferência, naquele caso, de outra razão suficiente para a exclusão da prova questionada - o ter sido o microcomputador apreendido sem ordem judicial e a consequente ofensa da garantia da inviolabilidade do domicílio da empresa - este segundo fundamento bastante, sim, aceito por votação unânime, à luz do art. 5º, XI, da Lei Fundamental. 2. Na espécie, ao contrário, não se questiona que a apreensão dos computadores da empresa do recorrente se fez regularmente, na conformidade e em cumprimento de mandado judicial. 3. Não há violação do art. 5º, XII, da Constituição que, conforme se acentuou na sentença, não se aplica ao caso, pois não houve "quebra de sigilo das comunicações de dados (interceptação das comunicações), mas sim apreensão de base física na qual se encontravam os dados, mediante prévia e fundamentada decisão judicial". 4. A proteção a que se refere o art.5º, XII, da Constituição, é da comunicação 'de dados' e não dos 'dados em si mesmos', ainda quando armazenados em computador. (cf. voto no MS 21.729, Pleno, 5.10.95, red. Néri da Silveira - RTJ 179/225, 270). V - Prescrição pela pena concretizada: declaração, de ofício, da prescrição da pretensão punitiva do fato quanto ao delito de frustração de direito assegurado por lei trabalhista (C. Penal, arts. 203; 107, IV; 109, VI; 110, § 2º e 114, II; e Súmula 497 do Supremo Tribunal). (Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE 418416 / SC - SANTA CATARINA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento: 10/05/2006.Publicação DJ 19-12-2006 PP-00037)

O caso é diferente se o destinatário conserva efetivamente as comunicações, ou seja, os dizeres de uma pessoa a outra, não como documentos anexos, mas como textos do próprio

programa de comunicação. Neste caso, mesmo não apagada, a mensagem não perde a característica, nem a proteção legal, própria das comunicações.

Importante destacar que a comunicação eletrônica não goza – nem deve gozar – de nenhum tipo de proteção legal “especial” ou “prioritário”, ou seja, é apenas mais um tipo de meio de comunicação, não havendo fundamento para qualquer privilégio em matéria de privacidade.

A questão vem se colocado rotineiramente em todo o mundo, em razão da difusão do aplicativo para celulares denominado WhatsApp, que é uma espécie de VPN<sup>66</sup>. Esclareça-se, desde logo, que há dezenas (talvez centenas) de aplicativos que realizam o mesmo tipo de comunicação, ao contrário do que muitas vezes parece sugerir a mídia, apontando esse aplicativo especificamente como “um meio de comunicação”; ele é apenas um, entre muitos similares, logo deve cumprir a lei, como qualquer empresa, negócio ou atividade.

Note-se que a tecnologia tende a permitir que cada vez mais existam mídias e meios mais modernos para transmissão de informação e, conseqüentemente, para comunicação entre as pessoas.

Ocorre que o regime jurídico de tutela à privacidade não deve ser estabelecido em função do meio, mas em razão da natureza da relação, *independentemente do meio*.

Além disso, é certo que todos os meios de comunicação e as empresas que os administram *obrigatoriamente estão submetidos à constituição e às leis do país*, ao menos quando funcionarem ou prestarem serviço no Brasil.

Estar submetido à lei significa ter que obedecer às normas processuais, inclusive, as que regulam a produção de prova.

Com efeito, não importa se um aplicativo ou software de qualquer empresa ou país é altamente tecnológico e foi capaz – como é o caso do WhatsApp – de desenvolver um sistema de criptografia indecifrável: se determinado pelo Poder Judiciário, tem o dever legal de fornecer as informações que forem solicitadas.

---

<sup>66</sup>Como já mencionado, Rede Particular Virtual (*Virtual Private Network* –VPN), como o próprio nome sugere, é uma forma de conectar dois computadores utilizando uma rede pública, como a Internet. A VPN mais conhecida é o aplicativo para celulares denominado WhatsApp.

Alegar que “a criptografia é indecifrável” é o mesmo que dizer que “construiu uma porta indestrutível sem chave” e, por isso, mesmo que um crime esteja acontecendo lá dentro, a polícia não poderá entrar.

Se não é lícito construir uma barreira física que alije as autoridades públicas de fazerem valer o ordenamento, aplicarem a lei e defenderem os bem jurídicos, é igualmente ilícito manter um obstáculo que impeça a produção de prova, permitida na forma do ordenamento.

A Comissão Europeia deve editar ainda em 2016 o marco regulatório com regras de atuação das empresas *over the top* (OTTs), que usam a internet para entregar serviços de telecomunicações. A medida teria o intuito de tornar mais parecidas a regulação de privacidade de OTTs e operadoras de telecomunicações.

A legislação europeia tende a passar a prever a quebra do sigilo dos dados dos usuários com autorização da Justiça, apesar do avanço da criptografia. O grande temor, neste momento, na Europa é o avanço de grupos terroristas que cooptam jovens por meio da internet, mas a norma terá aplicação para diversos tipos de prova judicial, claro, sempre como medida excepcional.

#### 4.2.1.4 Privacidade de correspondência

A proteção legal ao sigilo postal ou de correspondência, inclusive para fins probatórios, é a menos controversa das proteções às comunicações. Vale aqui o mesmo registro feito anteriormente, quanto à ponderação entre direitos fundamentais, valendo o exemplo da carta em que o pai reconhece a filiação; não há como deixar de aceitá-la como prova, mesmo que tenha sido interceptada pela mãe. Note-se que se a carta for dirigida ao próprio filho, não se cogita de interceptação, pois é documento entregue voluntariamente ao interessado, que pode usá-la como prova, tanto quanto queira.

A correspondência física é meio de comunicação que sofreu severa redução de utilização, entretanto, sempre será muito utilizado, notadamente porque a privacidade de correspondência atinge não apenas as cartas, mas mercadorias e coisas enviadas pelo correio.

#### 4.2.2 Privacidade domiciliar

A privacidade pessoal está presente também na “casa”, sendo esta afirmada no artigo 5º, inciso XI, da Constituição da República.

O conceito de casa varia um pouco na doutrina, mas prevalece o entendimento que é qualquer local em que a pessoa permaneça para descansar (domicílio, residência, hotel, alojamento etc.), não sendo local de trabalho.

Interessam ao processo civil as restrições ao ingresso na casa das partes ou de terceiros, ante a possibilidade de medidas de tutela específica ou, no contexto deste estudo, especialmente a busca e apreensão de provas.

Note-se que proteção à privacidade da casa é diferente daquela outorgada às comunicações, pois enquanto à noite é permitida a entrada somente para evitar a continuidade de delito, durante o dia é permitido o ingresso por ordem emanada de processo civil, inclusive para obtenção de provas.

Ademais, há privacidade domiciliar sobre bens que estejam dentro da casa e condutas que ocorram dentro da casa. Uma conversa privada dentro de uma casa está duplamente protegida, tanto pelo fato de ser uma comunicação privada, como pelo fato de ocorrer dentro de uma casa.

Como salientando antes, a busca e apreensão em casa da parte ou de terceiro, deve ser medida excepcional, que somente se justifica se não houver outro meio menos gravoso de provar o fato que constitui o direito da parte. Aliás, por ser medida extrema, somente é cabível quando não for possível a coação indireta (com multa, p.ex.) ou a sanção jurídica suficiente (como considerar provado o que se queria provar com a apresentação do documento ou coisa).

Os bens móveis de uso pessoal, em geral, são bens domésticos, estando alinhados no mesmo nível de privacidade do domicílio; todavia, certos bens encontrados no interior do domicílio, podem se situar em diferentes níveis de privacidade, conforme se relacionem com a vida íntima, particular ou social da pessoa.

A tecnologia começa a trazer novos desafios, como é o caso do regulamento da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) para utilização de Veículos Aéreos Não

Tripulados (VANT) não autônomos, também conhecidos como Aeronaves Remotamente Pilotadas (RPA) e aeromodelos, ou simplesmente *drones*.

Os *drones* ainda são objetos pouco comuns, mas tendem a se popularizar e, com eles, a possibilidade de terceiros ingressarem com objetos e obterem registros audiovisuais de residências aumenta muito. O assunto já é objeto de preocupação em outros países.

#### 4.2.3 Privacidade familiar

A lei prevê a proteção da privacidade das relações familiares, haja vista ser a confiança recíproca no âmbito dessa entidade, um dos pilares fundamentais da sociedade.

A privacidade familiar constitui um elemento essencial na conservação e no aprofundamento dos laços afetivos que unem os membros de uma família, na participação das pessoas da família do âmbito mais restrito da vida privada de cada um dos seus membros e na assistência recíproca absolutamente desinteressada, especialmente em favor dos familiares, por qualquer motivo, mais necessitados<sup>67</sup>.

Essa solidariedade é um instrumento de proteção da entidade familiar e deve ser respeitada durante a atividade probatória, somente sendo impactada em casos de absoluta necessidade e somente em casos relevantes, relativos aos próprios integrantes dessa entidade.

Como ensina a doutrina<sup>68</sup>, as limitações probatórias, consistentes em escusas de depor ou de exhibir fundadas em laços de família, destinam-se a assegurar essa proteção e só podem ser invocadas pelos próprios beneficiários das escusas. Observe-se que tais limitações também encontram fundamento na credibilidade da prova, que se torna suspeita pelo vínculo afetivo entre as pessoas.

Como se verá adiante, a proteção à privacidade familiar destina-se precipuamente à limitação de produção de prova sobre fato externo à relação familiar, pois, no âmbito da própria relação, admite-se e pode ser até imprescindível a prova sobre fatos privados.

Tal como ocorre nas outras relações classificadas como privacidade relacional, não é raro que no âmbito da família surjam litígios. Ocorre que justamente pela natureza desse tipo de relação, que envolve essencialmente a convivência direta entre indivíduos, reservadamente

---

<sup>67</sup>GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Volumes II. Rio de Janeiro : Forense, 2010. P.113.

<sup>68</sup>GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Volumes II. Rio de Janeiro : Forense, 2010. P.113.

do meio social, é comum ser necessária a produção de prova dentro das atividades familiares, para assegurar direitos também familiares.

Embora a privacidade deva sempre ser preservada, preferindo-se meios de prova que exponham o menos possível os interessados, a própria tutela dos direitos materiais de natureza familiar, quase sempre, conduzem à produção de provas que adentram essa modalidade de privacidade relacional, quando não tangenciam a dignidade da pessoa humana.

Por isso é bastante comum que sejam utilizados meios de prova mais humanizados e técnicos em assuntos de direito de família, tais como exames psicológicos e de assistência social, justamente pela limitação inerente às relações familiares e aos envolvidos, já que com mais frequência, em assuntos de família, há menores.

As relações familiares também são especialmente caracterizadas pela informalidade, haja vista que é na privacidade da família, em razão da inerente relação de confiança, que há menos registros dos fatos ocorridos, o que projeta a eventual instrução sobre circunstâncias próprias da privacidade relacional, o que, portanto, deve ser feito criteriosamente e nos limites legais.

#### 4.2.4 Privacidade profissional

A relação profissional entre o cliente e o prestador de serviço profissional, em determinados ramos, exige o estabelecimento de um vínculo de confiança e exposição, a que a lei oferece proteção, sob o regramento jurídico da privacidade. É o caso do art. 404, inciso IV do Código de Processo Civil<sup>69</sup>.

Destacam-se a atividade dos profissionais da área de saúde e os advogados, por serem as atividades profissionais com maior envolvimento de questões humanas.

Embora normalmente a doutrina refira-se à “sigilo médico”, todos os profissionais da área de saúde podem ter acesso às informações íntimas daqueles com que lidam, que vão

---

<sup>69</sup>Art. 404. A parte e o terceiro se escusam de exhibir, em juízo, o documento ou a coisa se: I - concernente a negócios da própria vida da família; II - sua apresentação puder violar dever de honra; III - sua publicidade redundar em desonra à parte ou ao terceiro, bem como a seus parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau, ou lhes representar perigo de ação penal; IV - sua exibição acarretar a divulgação de fatos a cujo respeito, por estado ou profissão, devam guardar segredo;

desde conhecimento sobre o corpo da pessoa até histórico de situações pessoais, que vêm ao conhecimento do profissional, em razão do exercício de sua profissão, junto ao paciente.

O médico, seja pela anamnese, seja pelo contato direto com o corpo do paciente e seus exames laboratoriais, sem dúvida, é quem mais informações recebe de uma pessoa, justamente com o intuito de identificar eventual patologia e sua respectiva cura. Não seria razoável que, tendo o paciente se despojado de sua privacidade, por não ter outra alternativa diante de uma enfermidade, fosse traído pela confiança depositada no médico, por força das normas de produção de uma prova.

Frise-se que essa confiança ainda é reforçada pelo natural estado de fragilidade em que quase sempre se encontra o paciente que, pela necessidade, tende a revelar ao médico suas situações mais pessoais.

Assim, a lei prevê limitação probatória ao profissional da área médica – extensível aos demais profissionais da área de saúde – para depor ou fornecer informações ao juízo. Fundamental a percepção de que a limitação atinge os demais profissionais da área de saúde, pois também fonoaudiólogos, dentistas, enfermeiros, fisioterapeutas etc., que têm contato similar com pacientes e suas enfermidades, pelo que também com estes se estabelece relação de confiança tutelável da produção de prova.

Questão sensível é definir até que ponto essa privacidade é protegida. Normas médicas de proteção à saúde pública impõem a comunicação de determinadas doenças, expondo nítida ponderação entre a privacidade da relação médico-paciente e a saúde da comunidade<sup>70</sup>. Normas mais recentes que obrigam a comunicação por hospitais, acerca da internação de pessoas feridas por projétil de arma de fogo, vítimas de violência, especialmente menores e idosos, adotam o mesmo entendimento.

A toda evidência, a privacidade da relação médico-paciente não pode ser ilimitada e deve se coadunar com as necessidades de prova em processos em que estejam em discussões direitos de elevada hierarquia, como o direito à vida.

Não é outro o fundamento para a possibilidade de ser determinada a exibição de prontuário médico em juízo. Em uma ação de apuração de responsabilidade médica pelo óbito de um paciente, não há justo motivo para se manter a privacidade da relação médico-paciente,

---

<sup>70</sup>Lei 6259/1975, artigos 7º a 13.

bastando simples ponderação entre o bem tutelado pela norma de privacidade e aquele cuja tutela se pretende com o processo, para perceber que, nesse caso, o direito à prova deve prevalecer.

Situação bastante semelhante existe na relação entre advogado e cliente, sendo ampla a proteção legal às informações passadas pelo representado ao representante judicial. Observe-se que, neste tópico, há duas proteções sobrepostas, a privacidade da relação advogado-cliente e a proteção legal ao exercício da advocacia. Por isso, uma eventual diligência de busca e apreensão em um escritório de advocacia pode gerar uma dupla violação, se não for feita em uma situação expressamente excepcionada no ordenamento.

Observe-se que a proteção ao exercício da advocacia, assim como a proteção legal à privacidade da relação do advogado com seus clientes, também denota característica especial garantística, pois a amplitude de defesa compreende a possibilidade da pessoa poder informar seu advogado de todo e qualquer fato, sem risco de que isso seja usado contra si.

Logo escritos e conversas entre parte e advogado são tutelados não apenas do ponto de vista individual, mas como garantia sistêmica do devido processo legal e da ampla defesa, daí sua relevância.

Vale transcrever a lição de Neil Andrews sobre o tratamento do tema no direito inglês:

When a client seeks or receives legal advice from a solicitor or counsel, their dealings are privileged even if the relevant advice does not concern litigation, whether pending or contemplating.

It should be noted that advice privilege favors discussions only with lawyers, whether they barristers, solicitors, legal executives, foreign lawyers or in-house lawyers. Privilege can also protect communications between a client and other professionals whose advisory function is regarded as equivalent to role of lawyers. Thus, privilege can arise now in respect of confidential consultation with: patent agents or trademark agents, licensed conveyancers certain tax advisors or auditors<sup>71</sup>.

---

<sup>71</sup>ANDREWS, Neil. *English civil procedure – Fundamentals of the New Civil Justice System*. Oxford University Press : New York, 2003. Em tradução livre: “Quando a cliente pede ou recebe aconselhamento jurídico de um auxiliar ou consultor, suas relações são privilegiadas (privadas), mesmo que a consulta não seja referente ao litígio. Cumpre assinalar que esse privilégio favorece somente contato com advogados e similares. O privilégio também pode proteger as comunicações entre a cliente e profissionais de outras profissões, cuja função seja considerada como equivalente a função dos advogados. Assim, há privilégio em relação a consulta confidencial com agentes marcas e patente, certos consultores fiscais ou auditores. ”



Entretanto, não se deve confundir a especial privacidade da relação advogado cliente, com a privacidade inerente à profissão de advogado; embora eventualmente as proteções possam estar sobrepostas, isso nem sempre acontece.

O escritório de um advogado não pode ser devassado, nem ser alvo de busca e apreensão, sem justo motivo de elevada hierarquia valorativa, mas também não pode ser visto como uma zona inexpugnável, fora do Estado de Direito, onde tudo possa ser feito e guardado, sem risco de perturbação pela ordem jurídica, através de diligências probatórias.

Mesmo a relação advogado-cliente, em alguns casos pode ter sua privacidade afastada, p.ex., numa ação com pedido de responsabilização do advogado, por falha profissional, ou na cobrança de honorários, em que o advogado poderá juntar o contrato formulado entre as partes.

Em que pese o respeito à consciência religiosa, incluímos neste item a privacidade tutelada em confissões a padres e outros ministros religiosos, por absoluta similitude desse tipo de atividade, com a profissional, no que concerne à matéria de privacidade<sup>72</sup>.

Do ponto de vista social, a atividade religiosa é de alta relevância; todavia, não há como compreendê-la fora de um contexto responsabilidades sociais recíprocas, pelo que, adota-se a posição de que não é intangível, sendo-lhe aplicável a disciplina da privacidade profissional.

Insta salientar que não se confunde a *liberdade religiosa*, que é inerente à *personalidade* e situa-se no âmbito da *dignidade da pessoa humana*, portanto, na *privacidade íntima*, e a *privacidade da relação entre o ministro e a pessoa*, que deve ser classificada no âmbito da privacidade profissional.

Significa dizer que há extrema proteção à relação religiosa em face de terceiros, mas se ocorre uma violação de direito no âmbito da própria relação entre o ministro religioso e os seguidores da fé professada, poderá ser aceita a produção de prova sobre atos tipicamente religiosos<sup>73</sup>, salvo os impedimentos legais.

Por outro lado, se o *sentimento* religioso integra da dignidade da pessoa humana, porém a *prática* religiosa e o respeito à mesma são direitos fundamentais, haja vista que essa

---

<sup>72</sup>GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil. Rio de Janeiro : Forense, 2009. Volume II. p. 113.

<sup>73</sup>Tanto no âmbito do processo penal, quanto do processo civil, são conhecidos casos em que ministros religiosos foram acusados por seguidores da religião de terem praticados ilícitos civis e criminais, sendo aceito pelos Tribunais, nesses casos, a produção de prova sobre fatos contextualizados com a religião.

prática deve igualmente respeitar os valores sociais reconhecidos<sup>74</sup>. A produção da prova, assim, não pode invadir a privacidade religiosa, tampouco a religião pode avançar sobre o acesso à justiça ilimitadamente, para impedir tutela de direitos igualmente fundamentais. A ponderação, no caso, mostra-se especialmente relevante<sup>75</sup>.

Situa-se também no âmbito da privacidade profissional, o dever de preservar as informações obtidas em razão da atuação profissional como sujeitos do processo, seja judicial, arbitral, de mediação ou administrativo. O dever de sigilo e preservação da privacidade das partes abarca magistrados, promotores, procuradores, advogados, servidores, auxiliares, peritos, *amicus curiae* e quaisquer pessoas que tomem ciência do processo em razão do cargo, função ou profissão que desempenham.

### 4.3 Privacidade social

O nível mais tênue de privacidade, ainda tutelada como direito fundamental, é a *privacidade social*.

A privacidade social concerne à relação da pessoa com as outras que não lhe são próximas, ou seja, *estranhos*. Enquanto a privacidade íntima define a pessoa *consigo própria* e a privacidade relacional trata das *relações* da pessoa com outras *próximas*, a privacidade social é o conceito que abrange a proteção que a Constituição da República dá à vida privada da pessoa, *com relação às pessoas com quem ela não escolheu se relacionar privadamente*.

Integra a privacidade social a proteção legal ao sigilo fiscal, empresarial, cadastral e de informações não atinentes à comunicação nem amparadas por outros níveis superiores de privacidade.

---

<sup>74</sup>Estamos cientes que essa posição é controvertida, havendo desde posições que entendem que a prática religiosa é um direito absoluto, situado na dignidade da pessoa humana, pelo que todo tipo de prática é protegida de qualquer intervenção, até mesmo quem sustente o oposto, entendendo que há limites legais perfeitamente claros para práticas religiosas, que estão sujeitas a diversos tipos de restrições. Neste trabalho, distinguimos inicialmente entre o *sentimento* e *prática*, reconhecendo ao *sentimento* uma identidade com a liberdade de pensamento e, portanto, a característica de integrar o núcleo da dignidade da pessoa humana. Quanto à *prática* e sua manifestação, reconhece esse estudo que são sim direitos fundamentais, porém podem ser cotejados, haja vista que, em sociedade, o “*o direito de um termina, onde começa o direito do outro*”, logo a religião não pode ser aceita juridicamente como argumento legítimo para ofensas a honra de terceiros, lesões à integridade física, prejuízos materiais ou sujeição da liberdade de pensar e sentir das demais pessoas que vivem em comunidade.

<sup>75</sup>MEKKI, Soraya Amrani. *Religion and procedure*. Revista de Processo. Ano 39. V. 238. Revista dos Tribunais : São Paulo, dezembro/2014. p. 436. A autora detalha a relação entre religião e processo judicial no Estado laico, concluindo pelo respeito mútuo, que não exclua nenhum dos dois valores.

Percebe-se que a privacidade social incide sobre *informações estáticas*, isto é, *armazenadas*, diferentemente da privacidade das comunicações que se dá quanto a *informações em trânsito*. A privacidade social repele o conhecimento de informações pessoais por quem não tenha legítimo interesse nas mesmas. A privacidade social é inteiramente disponível.

A convenção de Strasbourg de 1981<sup>76</sup> apresentou definição importante para o que seria informação pessoal, conceituando-a como “*qualquer informação relativa a um indivíduo identificado ou identificável*”.

Importante ressaltar que a privacidade social protege registros de informação organizados por instituições com uma finalidade específica, que não se quer dar ampla divulgação, o que não significa que algumas pessoas tenham acesso a tais informações por outras vias; a proteção incide sobre o registro dessas informações reunidas.

Todos os vizinhos sabem o endereço preciso de uma pessoa, porém o fornecimento deste endereço a um estranho, pela concessionária de telefonia, violaria a privacidade social da pessoa.

Os funcionários do Departamento de Trânsito sabem que carro uma pessoa tem, assim como o Registrador conhece seus imóveis, mas nem por isso a Receita Federal pode fornecer a declaração de bens de terceiro, a qualquer um que solicite.

O Superior Tribunal de Justiça tem exigindo ordem judicial para a quebra de sigilo fiscal e vedando o fornecimento de dados diretamente pela Receita Federal:

“PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. RECEITA FEDERAL. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ÂMBITO DO PROCESSO PENAL. NULIDADE DA PROVA. RECURSO PROVIDO.

1. A quebra do sigilo bancário para investigação criminal deve ser necessariamente submetida à avaliação do magistrado competente, a quem cabe motivar concretamente seu decisum, em observância aos artigos 5º, XII e 93, IX, da Carta Magna. 2. Não cabe à Receita Federal, órgão interessado no processo administrativo tributário e sem competência constitucional específica, fornecer dados obtidos mediante requisição direta às instituições bancárias, sem prévia autorização do juízo criminal, para fins penais. 3. Recurso provido para, reconhecendo

---

<sup>76</sup>“Personal data” means any information relating to a identified or identifiable individual”. Convention for the Protections of the individuals with regard to the Automatic Processing of Personal Data., artigo 2.a. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/108.htm> (21/06/2012).

nula a prova decorrente da quebra de sigilo bancário aqui tratada, trancar o inquérito policial n.º 1231/2012 (e-proc n.º 5052423-29.2012.404.7000), ressalvando a possibilidade de nova persecução penal ser intentada, com base em elementos informativos lícitos.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RHC 42332 / PR. RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS. 2013/0372702-2 Ministro ERICSON MARANHÃO SEXTA TURMA. Julgamento: 21/05/2015

Há diversos casos de informações que são parcialmente conhecidas por estranhos, mas isso não autoriza os órgãos que detêm o conjunto dessas informações organizadas, a divulgá-las.

Registre-se que também entende o Supremo Tribunal Federal que a utilização administrativa das informações tributárias, fora do escopo do tributo, também sofre limitações.

Sobre o tema, decisão negando a constitucionalidade de norma que autorize à autoridade tributária invasão da privacidade fiscal dos contribuintes:

SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.

(Supremo Tribunal Federal. RE 389808 / PR – PARANÁ. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 15/12/2010. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJe-086 DIVULG 09-05-2011 PUBLIC 10-05-2011)

Insta realçar que tais informações, em sua natureza íntima, não guardam nenhuma relação com a condição humana ou sua dignidade, e sua eventual exposição, em geral, não causa constrangimentos.

A proteção legal existe para preservar algumas informações pessoais de alguma importância, do amplo conhecimento público, o que, em tese, poderia trazer algum risco de malversação dessa informação por alguém mal-intencionado; a norma é um zelo, mas sua

eventual violação não enseja grave prejuízo. Todavia, ainda assim, é justo que na vida em sociedade queira-se preservar da ampla exposição pública algumas informações individuais.

Como visto anteriormente, a expressão “dados”, constante do inciso XII do artigo 5º da Constituição da República, somente pode ser interpretada como *dados de comunicação* e não dados de outra espécie. Arquivos e documentos eletrônicos, que não estejam em trânsito, mas sim armazenados em determinado local, não gozam de proteção mais densa do que a privacidade social.

Assim, a ponderação entre a possibilidade ou não de utilização de documentos comuns, ainda que mantidos sob a forma eletrônica e, só por isso, denominados de “dados”, não deve ser feita com o princípio da dignidade da pessoa humana ou com a proteção constitucional à comunicação, mas apenas cotejado com o princípio igualmente fundamental do acesso à justiça. Saliente-se que a expressão “dados” apenas define a *mídia*, ou seja, o *meio* utilizado para elaboração e armazenamento do documento, e não a qualidade ou proteção legal de seu conteúdo.

Reconhecendo a condição de mero documento dos dados arquivados em documentos eletrônicos, COMOGLIO<sup>77</sup>:

La nuova figura probatoria si impone, oggi più che mai, all’attenzione di giuristi e di operatori pratici, dopo che la vorticosa evoluzione (e la non meno rapida obsolescenza) delle tecnologie di elaborazione informatica hanno impresso ritmi addirittura affannosi alla ricerca di presidi elettronici sempre più sofisticati e sicuri, nel campo della documentazione. Se di documento si accoglie (...) una nozione estensiva, che ricomprenda qualsiasi *vox mortua* di eventi, di cose o di dichiarazione, rappresentata con mezzi grafici, visivi o sonori in supporti stabili (anche diversi dalla scrittura su carta), è lecito identificare ed isolare, sul piano sistematico, una sotto-categoria a sè, nella quale confluiscono le nuove realtà dei c.d. documento informatico (od elettronico) e dei suoi derivati. Per tale si intende, in senso proprio, un documento non cartaceo che sia formato dai programmi di archiviato nella memoria fissa di quest’ultimo (hardware) o sia memorizzato in separati dischetti-copia (floppy-discks) oppure, come oggi perlopiù accade, in altri più moderni e sicuri strumenti di ‘stoccaggio’ elettronico (quali: DVD, CD-rom, pen-drives e così via).

---

<sup>77</sup>COMOGLIO, Luigi Paolo. FERRI, Corrado. TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 4ª Ed. Utet Giuridica, 2012. P.529.

Sem embargo, um banco de dados pode ser administrado “*com ou sem recurso à informática*”, sendo certo que bancos de dados informatizados, produto da tecnologia aplicada ao tratamento de informações pessoais, apresentam um potencial superior<sup>78</sup>.

Sendo possível a prova, para o fim de julgamento com justiça e consequente acesso à justiça, sem a utilização de documento privado (assim considerado documento que contém informação pessoal e relevante da parte), este deve ser dispensado, preservando-se sua privacidade social e seu direito de não ter sua vida privada deliberadamente exposta. Todavia, sendo um documento privado relevante para o julgamento da causa, não poderá ter sua exibição recusada, pelo só fato de ser privado.

Tem a parte, sem embargo, direito de ver suas informações pessoais preservadas, tanto quanto possível, da exposição a terceiros, cumprindo ao juízo limitar o acesso, seja da outra parte, seja de terceiros, exclusivamente ao conteúdo do documento que for essencial para a prestação jurisdicional, tudo na forma do artigo 5º, inciso LX, da Constituição da República e artigo 155, inciso I, do Código de Processo Civil.

Interessante observar que as modalidades de privacidade social são habitualmente classificadas pelo nome da instituição que guarda as informações protegidas por essa espécie de privacidade, no caso, o fisco, os bancos e os órgãos que mantêm cadastros.

A reunião de dados pessoais em cadastros, notadamente pelo poder público, é algo que remonta os tempos mais remotos<sup>79</sup>, mas hoje mais do que nunca é objeto de atenção, seja quando feita pela atividade estatal, seja quando realizada por instituições financeiras e redes sociais.

#### 4.3.1 Privacidade fiscal

A privacidade fiscal é comumente denominada de “sigilo fiscal”<sup>80</sup>, pela cultura nacional de se atribuir a essa espécie de privacidade, mais intensidade do que merece.

---

<sup>78</sup>DONEDA, Danilo. *Privacidade à proteção de dados pessoais*. São Paulo : Ed. Renovar, 2006.p. 159.

<sup>79</sup>“*Naqueles dias César Augusto publicou um decreto ordenando que fosse feito um recenseamento em toda terra. E todos iam para a sua cidade natal, a fim de alistar-se*”. Evangelho segundo S/ao Lucas, II, 1.

<sup>80</sup>Na verdade, o direito à *privacidade fiscal* tem como consequência o *sigilo fiscal*, ou seja, o termo sigilo é melhor utilizado como a medida – procedimento – adotado para proteção do direito à privacidade, todavia, na prática, a doutrina não costuma atentar para essa distinção.

É assim denominada por incidir sobre o conjunto de informações que a autoridade tributária tem o direito de reunir e as pessoas têm o dever de fornecer. Aliás, a primeira justificativa desta espécie de privacidade é exatamente o fato de que as pessoas são obrigadas a fornecer tais informações, sob pena de sanções penais, pelo que não seria razoável que, tendo o contribuinte se despojado da informação por dever legal, fosse ela amplamente divulgada, sem nenhum cuidado.

O segundo motivo é o acesso privilegiado que o fisco tem a informações sobre a vida do contribuinte, como sua remuneração. Utilizando o fisco o poder estatal para ter informações, divulgá-las sem critério não parece mesmo legítimo.

Além disso, o fundamento principal dessa privacidade é que a razão pela qual o fisco reúne tais informações é para delimitar todo o patrimônio de cada contribuinte e é compreensível algum recato que se queira ter, sobre sua própria riqueza.

Note-se que, ao reunir tantas informações, o fisco acaba por se informar sobre a quase totalidade de relações da vida do contribuinte, de modo que a declaração fiscal é um relatório sobre quase tudo que acontece na vida de uma pessoa, sendo justo que se prefira não ter a vida pessoal indiscriminadamente devassada.

Todavia, não há dúvida de que houve uma exacerbação da privacidade fiscal, ao ponto de alguns autores tentarem ombreá-la a valores incertos no núcleo da dignidade da pessoa humana<sup>81</sup>.

Não fere a dignidade pessoal ter sua declaração fiscal apresentada em processo civil para o fim de prova de bens e rendimentos, evidente, desde que haja interesse jurídico. Não há escusa legítima para a recusa a esta prova, seja qual for o direito em litígio.

Nesse sentido decide o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL, TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. INVASÃO DE PRIVACIDADE. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO AO BANCO CENTRAL. SOLICITAÇÃO DE INFORMAÇÕES SOBRE BENS DO EXECUTADO. EXCEPCIONALIDADE DA

---

<sup>81</sup>Ousamos discordar do entendimento de que “*por força do regime privilegiado de vinculação entre a informação pessoal e a pessoa à qual se refere – como representação direta da personalidade – tal informação deve ser entendida como uma extensão da sua personalidade*” DONEDA, Danilo. *Privacidade à proteção de dados pessoais*. São Paulo : Ed. Renovar, 2006, por endossar a compreensão de que há informações pessoais vinculadas à personalidade – como o nome – mas há aquelas que, embora relevantes, não se insere nessa camada mais profunda de proteção jurídica, como o número de linha telefônica ou endereço.

MEDIDA. NÃO-ESGOTAMENTO DE TODOS OS MEIOS PARA LOCALIZAR BENS PASSÍVEIS DE PENHORA. PRECEDENTES.

1. Agravo regimental contra decisão que negou seguimento ao recurso especial da agravante.
2. O acórdão a quo indeferiu pedido de expedição de ofício ao Banco Central para informações sobre a existência de ativos financeiros do devedor.
3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica e remansosa no sentido de que:
  - “O contribuinte ou o titular de conta bancária tem direito à privacidade em relação aos seus dados pessoais, além do que não cabe ao Judiciário substituir a parte autora nas diligências que lhe são cabíveis para demandar em juízo. ” (REsp nº 306570/SP, 2ª Turma, Relª Minª ELIANA CALMON, DJ de 18/02/2002)
  - “A requisição judicial, em matéria deste jaez, apenas se justifica desde que haja intransponível barreira para a obtenção dos dados solicitados por meio da via extrajudicial e, bem assim, a demonstração inequívoca de que a exequente envidou esforços para tanto, o que se não deu na espécie, ou, pelo menos, não foi demonstrado. Falecendo demonstração cabal de que foram exauridas, sem êxito, as vias administrativas para obtenção de informações referentes aos bens dos sócios, não há demonstração de vulneração aos arts. 399 do CPC e 198 CTN, que conferem ao magistrado a possibilidade de requisitá-las.” (REsp nº 204329/MG, 2ª Turma, Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, DJ de 19/06/2000)
  - “As informações sobre a movimentação bancária do executado só devem ser expostas em casos de grande relevância para a prestação jurisdicional. In casu, a varredura das contas em nome do executado, visando posterior penhora, não justifica a quebra do sigilo bancário. ” (AgReg no AG nº 225634/SP, 2ª Turma, Relª Minª NANCY ANDRIGHI, DJ de 20/03/2000)
  - “O interesse patrimonial do credor não autoriza, em princípio, a atuação judicial, ordenando a quebra do sigilo bancário, na busca de bens do executado para satisfação da dívida. ” (REsp nº 144062/SP, 2ª Turma, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ de 13/03/2000)
  - “Não merece trânsito recurso especial que discute questão já superada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, qual seja, a impossibilidade de quebra de sigilo bancário como forma de possibilitar, no interesse exclusivo da instituição credora e não da Justiça, a expedição de ofício ao Banco Central para obtenção de dados acerca de depósitos em nome do devedor passíveis de penhora pela exequente. ” (REsp nº 181567/SP, 4ª Turma, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, DJ de 21/02/2000)
4. Inexistência de comprovação de esgotamento de todos os meios para localizar bens em nome do executado.
5. A reunião do Fórum Permanente dos Juízes da Varas Cíveis de Pernambuco que aprovou, por maioria, o Enunciado 21-FVC-IMP, apesar da sua relevância nas discussões jurídicas do País, não tem qualquer força legal nem o poder de alterar jurisprudência mais que pacificada no âmbito do STJ.
6. Agravo regimental não-provido.  
(Superior Tribunal de Justiça. PRIMEIRA TURMA. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL747239 / SP. Processo 2005/0072753-7. Relator(a) Ministro JOSÉ



DELGADO. Data do Julgamento 28/06/2005. Data da Publicação/Fonte DJ: 08/08/2005, p. 208)

RECURSO ESPECIAL - ART. 105, III, "a", CF - AJUIZAMENTO CONTRA ACÓRDÃO PROFERIDO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL MOVIDA CONTRA CONTRIBUINTE QUE ENCERROU IRREGULARMENTE SUAS ATIVIDADES - NÃO LOCALIZAÇÃO DO ENDEREÇO E DE BENS DA EXECUTADA - CITAÇÃO DOS SÓCIOS - PRETENDIDA EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO À RECEITA FEDERAL PARA OBTENÇÃO DE CÓPIA DA DECLARAÇÃO DE BENS DOS SÓCIOS DA EMPRESA EXECUTADA - NÃO PROVIMENTO AO RECURSO - ALEGADA VULNERAÇÃO AOS ARTS. 399 DO CPC, 198 DO CTN E 40 DA LEI N. 6.830/80 - RECURSO NÃO CONHECIDO.

A requisição judicial, em matéria deste jaez, apenas se justifica desde que haja intransponível barreira para a obtenção dos dados solicitados por meio da via extrajudicial e, bem assim, a demonstração inequívoca de que a exequente envidou esforços para tanto, o que se não deu na espécie, ou, pelo menos, não foi demonstrado. Falecendo demonstração cabal de que foram exauridas, sem êxito, as vias administrativas para obtenção de informações referentes aos bens dos sócios, não há demonstração de vulneração aos arts. 399 do CPC e 198 CTN, que conferem ao magistrado a possibilidade de requisitá-las. Não existindo bens a serem penhorados, e nem demonstrado qualquer esforço da exequente em obter as informações acerca dos bens de outra forma, correta a suspensão temporária do processo com base no artigo 40 da Lei nº 6.830/80. A quebra do sigilo bancário (Lei nº 4.595/64), perseguida pela Fazenda Pública, é medida excepcional que depende da presença de relevantes motivos. Recurso não conhecido - Precedentes. Decisão unânime.

(Superior Tribunal de Justiça. SEGUNDA TURMA. RECURSO ESPECIAL 204329 / MG. Processo 1999/0015239-5. Relator(a) Ministro FRANCIULLI NETTO. Data do Julgamento 09/05/2000. Data da Publicação/Fonte DJ: 19/06/2000, p. 131)

Cumprido destacar que o chamado “sigilo fiscal”, assim como o “sigilo bancário”, não encontram proteção constitucional, tendo sido uma construção político-doutrinária um tanto questionável, sua interpretação a partir do artigo 5º, inciso XII, da Constituição da República, que como já examinado, trata apenas da privacidade das comunicações.

Evidente que o magistrado deve estar atento, como em qualquer caso de proposição de prova, à sua pertinência, não podendo o processo servir a fins incomodativos ou indevidos.

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que cabe a superação da privacidade fiscal para fins de fiscalização tributária e econômica, porém ressaltando a necessidade de sigilo da prova obtida, nos autos do processo:

MEDIDA CAUTELAR. BUSCA E APREENSÃO. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. POSSIBILIDADE. SITUAÇÃO URGENTE E EXCEPCIONAL.

1. Em casos de cabal demonstração de ameaça de lesão irreversível e da presença de fumus boni iuris, é admissível a concessão de efeito suspensivo a Recurso Especial ainda não interposto na origem. 2. Excepcionalmente, o STJ pode dispensar a publicação do acórdão (art. 506, III, do CPC), pressuposto para a interposição de Recurso Especial, que busca conferir àquele efeito suspensivo. 3. Situação em que se deve preservar os poderes de investigação da Secretaria de Direito Econômico, que merecem especial deferência em razão da alta complexidade da matéria e da especialização técnica do órgão. 4. Autorização para o deslacre dos objetos apreendidos na Ação de Busca e Apreensão, impondo-se, entretanto, sigilo ao processo administrativo em trâmite perante a Secretária de Direito Econômico, nos termos do art. 35, §2º, da Lei 8.884/94, resguardando-se, a um só tempo, a celeridade do processo administrativo e o direito de privacidade das empresas. 5. Liminar parcialmente deferida, pois preenchidos os requisitos necessários para a concessão da medida, diante da presença do fumus boni iuris e periculum in mora. 6. Decisão referendada pela Turma Julgadora (art. 288/RISTJ).

(Superior Tribunal de Justiça. SEGUNDA TURMA. MEDIDA CAUTELAR13103 / SP. Processo 2007/0183505-6. Relator(a) Ministro HERMAN BENJAMIN. Data do Julgamento 07/08/2007. Data da Publicação/Fonte DJ: 14/08/2007, p. 279)

Todos esses arestos vêm demonstrar que a jurisprudência, ainda que sem critérios objetivos previamente fixados, vem intuitivamente reconhecendo o chamado “sigilo fiscal” como uma modalidade comum de privacidade, que merece proteção e não pode ser desprezada, mas não alcança a condição de integrar o núcleo da dignidade da pessoa humana.

#### 4.3.2 Privacidade bancária

Muito do exposto acerca da privacidade fiscal, aplica-se à privacidade bancária, notadamente o excesso de intensidade que se costuma tentar reconhecer a essa privacidade, que é da espécie menos densa, embora ainda importante.

A movimentação bancária permite conhecer muito dos atos da vida privada de uma pessoa, razão pela qual é justo o receio de ampla divulgação dos mesmos, assim como também é razoável a discrição sobre a própria riqueza. Contudo, o patrimônio de uma pessoa está em questão em grande parte de suas relações, pelo que havendo em disputa qualquer

modalidade de direito, deve prevalecer o direito de acesso à justiça e, sendo útil a prova, o sigilo bancário pode ser quebrado.

Evidente, como qualquer prova que é proposta, seu deferimento só deve ocorrer quando útil para o julgamento da causa em questão. Nesse sentido, o julgado Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. PROCEDIMENTO LEGAL. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. Controvérsia decidida à luz de normas infraconstitucionais. Ofensa indireta à Constituição do Brasil.
2. O sigilo bancário, espécie de direito à privacidade protegido pela Constituição de 1988, não é absoluto, pois deve ceder diante dos interesses público, social e da Justiça. Assim, deve ceder também na forma e com observância de procedimento legal e com respeito ao princípio da razoabilidade. Precedentes.
3. Agravo regimental a que se nega provimento. (Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. AI 655298 AgR / SP - SÃO PAULO. AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. Relator(a): Min. EROS GRAU. Julgamento: 04/09/2007. Publicação DJe-112)

Aliás, sequer a própria autarquia especial gestora do sistema bancário pode, ao seu alvedrio e sem o devido processo legal, avançar sobre a privacidade bancária dos consumidores, sem autorização judicial:

SIGILO DE DADOS - ATUAÇÃO FISCALIZADORA DO BANCO CENTRAL - AFASTAMENTO - INVIABILIDADE. A atuação fiscalizadora do Banco Central do Brasil não encerra a possibilidade de, no campo administrativo, alcançar dados bancários de correntistas, afastando o sigilo previsto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal.

(Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. RE 461366 / DF - DISTRITO FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO  
Julgamento: 03/08/2007. Publicação DJe-117)

A expressão “sigilo bancário” foi reforçada pela edição da Lei Complementar nº105/2001, que levou ao máximo a intenção de segregar informações bancárias, ao ponto de não contemplar em seu artigo 1º, parágrafo 4º, que trata das hipóteses em que o “sigilo bancário” possa ser quebrado em ações cíveis. O tratamento acentuado dado pela lei à privacidade bancária, permite questionar a legitimidade e o interesse político que justificou

tanta preocupação em ocultar a movimentação bancária, quando se sabe que maioria quase absoluta da população importa-se muito pouco ou nada com seu próprio “sigilo bancário”.

A lei, inclusive, apenas se refere no mencionado artigo, a quebra de sigilo na hipótese de crimes muito graves, mais graves até do que aqueles que autorizam a interceptação telefônica, evidentemente pertencente a uma classificação de privacidade mais intensa.

#### 4.3.3 Privacidade empresarial

O principal fundamento para o reconhecimento do direito à privacidade da pessoa jurídica, diferentemente do que ocorre com a pessoa física, em que releva sua autopercepção de caráter eminentemente subjetivo, consiste na aceitação de que certa discrição na gestão de ativos, passivos e pessoal é importante para o bom desempenho da empresa.

Outro ponto de relevo no tema concerne o reflexo da saúde financeira de uma empresa, na mensuração de risco por terceiros que com ela contratam e na conseqüente redução de sua capacidade de negócio no mercado.

Insta enfatizar que a privacidade financeira da empresa, assim como as demais, tem limites que devem ser bem fixados. É possível imaginar uma situação em que haja abuso do direito de privacidade empresarial em matéria de saúde financeira, por exemplo, quando uma empresa contrata com outras, em situação de plena insolvência, deixando de alertá-las quanto a isso.

O impacto que a falência de uma empresa tem perante terceiros, justifica a ponderação do direito de privacidade com o direito de terceiros, legitimando, p.ex., as normas reguladoras estabelecidas pelas agências de estado, especialmente quanto às atividades que impactam um grande número de pessoas, como a securitária e bancária.

Há outra modalidade de privacidade empresarial bastante relevante, que é comumente tratada como “segredo industrial”. Consiste em técnicas e estratégias de produção de uma empresa, que por questões de mercado e concorrência, interessa que não sejam notoriamente conhecido.

Nesse contexto, um fator primordial é a livre concorrência, que exige das empresas permanentes inovações no mercado, que estariam prejudicadas por uma ausência absoluta de

privacidade, notadamente diante do risco de plágio. Insere-se no âmbito da privacidade empresarial os direitos autorais, visto que mesmo a pessoa física protege seu invento, mas por questões econômicas do que propriamente por um desejo de recato ou reserva.

Observe-se que classificar o “segredo industrial” como *privacidade social*, significa dizer que de modo algum pode ser oposto ao acesso à justiça, mas *somente pode ser feita prova do mesmo quando absolutamente imprescindível para o caso em julgamento*.

No que concerne à privacidade empresarial, apesar das medidas de proteção às informações privadas constante do processo – proteção que deve *sempre* existir – o juízo deve ter um cuidado bastante especial. Há casos em que o simples fato de obrigar uma empresa a revelar uma estratégia ou técnica, ainda que no ambiente controlado do processo, pode lhe causar severos prejuízos, razão pela qual a decisão sobre a produção dessa prova deve ser especialmente criteriosa.

#### 4.3.4 Privacidade cadastral

A preocupação com a manutenção de arquivos e bancos de dados com informações cadastrais genéricas, especialmente com informações pessoais, é um dos temas mais importantes na modernidade, em matéria de privacidade. Evidente que a questão não é a guarda ou conhecimento em si dessas informações, que não são essencialmente sigilosas – endereço, número de telefone, data e local de nascimento etc. – mas principalmente o uso que se queira dar a esse conjunto de dados, em ações direcionadas, de conteúdo político, econômico ou social.

Historicamente, os governos foram os primeiros a organizar bancos de dados cadastrais, mostrando-se legítima a preocupação com a gestão desses bancos de dados para fins político-eleitorais, autoritários, entre outros. A cautela com esses conjuntos estruturados de informação também existe em organizações sociais, ante a necessidade de se coibir, pela gestão dessas informações, iniciativas marcadas pelo preconceito religioso, racial etc.

Interessante que a evolução do tema provou efetiva inversão da demanda judicial, pois se antes havia larga procura por mecanismos de transparência e publicidade, em razão da preocupação a dificuldade do acesso à informação, vivemos hoje o oposto, sendo mais

comum demandas em que as pessoas querem tutela judicial para restringir informações, reduzir a publicidade e limitar a difusão de dados e fatos, com receio das consequências de sua divulgação.

Mais recentemente, a questão atinente à privacidade cadastral passou a ser muito relevante em matérias econômicas, ligadas especialmente ao mercado de consumo. No Brasil, veio a lume especialmente com a instituição dos chamados *cadastros negativos* ou *cadastros de inadimplentes*, destacando-se como mais famosos as Câmaras de Dirigentes Lojistas e Serviço de Proteção ao Crédito, o Serasa e o Cadastro de Emitentes de Cheques Sem Fundo do Banco Central do Brasil, que pela amplitude de sua utilização e sua imbricada rede abastecimento de informações, tornaram-se ainda mais importantes que os cartórios de protesto de títulos e documentos.

Seja para o planejamento de mercado das empresas, seja para sua proteção contra a inadimplência – notadamente ante o caráter restritivo/coercitivo desses cadastros – o interesse nesse tipo de banco de dados aumentou muito.

Em matéria processual, esses bancos de dados passaram a servir não apenas como fonte da principal informação a que se destinam – informar a solvência ou não de dívidas pelos consumidores – mas também como fonte eficiente de endereço, telefones e até hábitos de consumo. Recentemente, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a consulta a esses cadastros auxiliou a identificar ações propostas para a obtenção de ganhos ilícitos, através de processos judiciais.

Dessa forma, evidente que, ao mesmo tempo em que esses dados não podem ser amplamente divulgados sem a devida cautela com o destinatário das informações nele contida, também não há motivo legítimo para reconhecer-lhe nível de privacidade que limite o exercício do direito de prova, pois as informações deles contidas não são essencialmente sigilosas.

Como informações sobre insolvência são, na sociedade de consumo atual, um tanto desabonadoras (para fins de consumo) e restritivas, é razoável que, embora possam ser sempre requisitadas pela autoridade judicial, uma vez inseridas nos autos, recebam tratamento adequado à privacidade que lhes é inerente, quando for o caso.

Tratando-se de pessoas físicas comuns, a princípio, o só fato de constar do processo informações cadastrais negativas não é suficiente para ensejar, p.ex., o segredo de justiça da informação, mas a providência pode ser necessária no caso de uma empresa ou pessoa jurídica.

No que tange aos bancos de dados mantidos pelo Poder Público, em boa hora foi editada a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que revogou a Lei nº 11.111/2005, e que regulou integralmente o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição da República. A lei, embora assegurando amplo acesso às informações governamentais, atenta para a privacidade inerente às informações pessoais, quando dispõe em seu artigo 31, que “*o tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais*”, tendo a norma repercussão processual.

A especial preocupação com a privacidade está expressa no § 1º do referido artigo, em que consta que:

§1º As informações pessoais, a que se refere este artigo, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem:

I - terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem; e

II - poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem.

§ 2º Aquele que obtiver acesso às informações de que trata este artigo será responsabilizado por seu uso indevido.

§ 3º O consentimento referido no inciso II do § 1º não será exigido quando as informações forem necessárias:

I - à prevenção e diagnóstico médico, quando a pessoa estiver física ou legalmente incapaz, e para utilização única e exclusivamente para o tratamento médico;

II - à realização de estatísticas e pesquisas científicas de evidente interesse público ou geral, previstos em lei, sendo vedada a identificação da pessoa a que as informações se referirem;

III - ao cumprimento de ordem judicial;

IV - à defesa de direitos humanos; ou

V - à proteção do interesse público e geral preponderante.

§ 4º A restrição de acesso à informação relativa à vida privada, honra e imagem de pessoa não poderá ser invocada com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades

em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância.

§ 5º Regulamento disporá sobre os procedimentos para tratamento de informação pessoal.

Há uma enorme gama de informações mantidas em sigilo pelo Poder Público, inclusive tratadas nessa mesma lei, que não são restritas sob o argumento de *privacidade*, mas de *sigilo de estado*, que outro bem jurídico, diverso da primeira.

A privacidade alude a um sentimento humano e subjetivo de reserva, reconhecido nas pessoas jurídicas, sob o prisma de sua relação com o mercado e a sociedade. O sigilo de estado tem razões político-estratégicas, que transcendem um sentimento estritamente interpessoal e alcança motivações diversas. O sigilo ou segredo de estado também impõe limitações probatórias que, no entanto, não serão objeto de exame neste trabalho.

Importante destacar que não se confundem *dados cadastrais* mantidos por empresas de telecomunicação, com *interceptação telefônica*, esta atinente à privacidade das comunicações.

É muito comum encontrar, tanto em processos cíveis como em criminais, a alegação de que a requisição de endereço residencial, endereço de IP (para computadores na rede mundial de computadores) etc., quando formuladas à empresas de telefonia, estariam sob o pálio da privacidade relacional das comunicações, o que não é verdadeiro.

Empresas de telecomunicações, tais como quaisquer empresas públicas ou privadas de qualquer natureza, mantém cadastros de clientes e a solicitação de informações destes cadastros *de forma alguma atinge o sigilo constitucional das comunicações*, mas apenas a privacidade social própria da discricção que qualquer pessoa quer de seus dados pessoais.

Repita-se: nada há de sigiloso no número de telefone, CPF, nome completo ou endereço de e-mail de uma pessoa, que não possa ser fornecido para assegurar o acesso à justiça, no âmbito do processo civil. Situação completamente diferente é o acesso à comunicação entre pessoas, que não se confunde com informações cadastrais.

Assim tem decidido do Superior Tribunal de Justiça:

ACÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO. FORNECIMENTO DE ELEMENTOS IDENTIFICADORES DO USUÁRIO DE COMPUTADOR. UTILIZAÇÃO INTERNET. DANOS. NULIDADE DA CITAÇÃO. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO CÍVEL.



IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. NÃO OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS LEGAIS, FALTA PREQUESTIONAMENTO. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1.- É válida a citação de pessoa jurídica por via postal, quando realizada no endereço da ré, sendo desnecessário que a carta citatória seja recebida e o aviso de recebimento assinado por representante legal da empresa.

2.- É ônus da ré, no caso de empresa de grande porte, que sabidamente ocupa diversos andares de edifícios comerciais, provar que o andar em que entregue a citação, por via postal, não é por ela ocupado, sendo insuficiente a mera alegação de que o andar a que endereçada não corresponde ao endereço da citada.

3.- O prequestionamento, entendido como a necessidade de o tema objeto do recurso haver sido examinado pela decisão atacada, constitui exigência inafastável da própria previsão constitucional, ao tratar do recurso especial, impondo-se como um dos principais requisitos ao seu conhecimento. Não examinada a matéria objeto do especial pela instância a quo, mesmo com a oposição dos embargos de declaração, incide o enunciado 211 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

4.- É competente o Juízo Cível para o processamento e julgamento de ação cautelar que pede informação a respeito do nome do responsável pelo envio de e-mail difamatório, que pode ser obtida por meio do IP (Internet Protocol) do computador do usuário, uma vez que não se caracteriza quebra de sigilo por meio de interceptação telefônica, não se enquadrando, pois, na Lei 9.296/96.

5.- É juridicamente possível o pedido à empresa de telefonia de exibição do nome do usuário de seus serviços que, utiliza-se da internet para causar danos a outrem, até por ser o único modo de o autor ter conhecimento acerca daqueles que entende ter ferido a sua reputação.

Recurso Especial improvido.

(Superior Tribunal de Justiça. TERCEIRA TURMA. RECURSO ESPECIAL 879181 / MA. Processo 2006/0182739-1. Relator(a) Ministro SIDNEI BENETI. Data do Julgamento 08/06/2010. Data da Publicação/Fonte DJe: 01/07/2010)

Alguns julgados trazidos no capítulo sobre jurisprudência exemplificam que os Tribunais pátrios têm entendido que prevalece, em matéria de gasto com verba pública, o princípio da transparência, não cabendo invocação de privacidade pelos entes públicos, nesse assunto.

#### 4.3.5 Privacidade contratual

A privacidade contratual é aquela estabelecida em contrato particular, sem fonte ou fundamento legal específico.

Esta privacidade é oponível somente a terceiros ao contrato, mas não é passível de ser invocada em juízo e não consubstancia limitação probatória entre as partes ou em nenhuma causa em que o contrato seja útil como elemento de prova. Não é lícita cláusula que determine às partes obrigação de alterar ou calar a verdade em juízo, pois isso constituiria objeto ilícito.

Tem se observado na prática contratos em que as partes renunciam o direito de discutir a avença em juízo ou definem sanções para o caso de serem revelados os termos do próprio contrato. Quaisquer cláusulas deste gênero são nulas de pleno direito, por direta violação ao art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, ressalvada a arbitragem.

Todavia, as partes têm o direito de estabelecer alguma privacidade no contrato e, logicamente, deveres recíprocos de sigilo nas relações materiais.

Havendo um caso em que se apresente a necessidade de utilizar como prova um contrato com previsão de sigilo para terceiros, o juízo poderá, sendo efetivamente o caso, restringir o acesso público ao documento.

Note-se que as partes não podem dispor livremente da publicidade do processo, que inclui o livre acesso às provas constantes dos autos e, por isso, em cada caso, o magistrado deverá apreciar o cabimento ou não da imposição de sigilo àquela prova.

Evidente que, fora das hipóteses legais, as partes não podem contratar que, em caso de demanda judicial, essa correrá sob segredo de justiça, por sua exclusiva conveniência, fora das hipóteses legais, haja vista que a publicidade dos atos do processo traduz uma garantia sistêmica e não existe apenas, nem principalmente, em função do interesse das partes.

Pode ocorrer que o contrato verse sobre matéria protegida por nível superior de privacidade, em razão de seu conteúdo (profissional, p.ex.), neste caso a privacidade dar-se-á pelo assunto e não pela contratação expressa.

Entre as partes, o sigilo funciona como uma obrigação contratual qualquer, sem especial peculiaridade, que pode sujeitá-las às sanções contratualmente fixadas e eventuais perdas e danos legalmente previstas. Vale lembrar que contratos somente podem ter objetos lícitos, aplicando-se isto também a eventual cláusula de sigilo.

Querendo a parte afastar o exame jurisdicional para demandas entre elas próprias, podem estipular cláusula compromissória; contudo, mesmo assim, surgindo por qualquer motivo necessidade de produção de prova em juízo (p.ex., ação anulatória de sentença arbitral), não poderão suscitar um eventual pacto de sigilo ou limitação probatória firmado particularmente, ressalvadas as hipóteses legais.

Cumprido lembrar que a limitação ora discutida é com base na privacidade, não se confundido com a limitação negocial, advinda da celebração de negócio jurídico processual, em que as partes, de comum acordo, excluam alguma prova. Nesse caso, a prova deixará de ser produzida, não pela proteção à privacidade, mas pelo acordo das partes.

## **5 CRITÉRIOS OBJETIVOS DE CABIMENTO DA PROVA**

O critério primordial de cabimento de uma prova no processo é o direito fundamental de acesso à justiça, que com o contraditório e a ampla defesa somam-se para recomendar que todas as provas requeridas ou possíveis sejam, em regra, cabíveis no processo.

Uma prova proposta que não confronta com direito à privacidade, merece um juízo de admissão da prova feito tão somente pelas normas gerais do Código de Processo Civil. Milita em favor da produção de qualquer prova requerida pelas partes, o direito fundamental à tutela jurídica efetiva do bem jurídico cuja proteção se pede pela via judicial.

Todavia, contrapondo-se ao cabimento da prova, pode haver diversas limitações probatórias, que devem ser sempre interpretadas restritivamente, por consistirem em restrição oblíqua do acesso à justiça.

É importante objetivar a aplicação de técnicas para admitir ou inadmitir uma prova, a fim de se evitar o eventual arbítrio do julgador<sup>82</sup>. É fundamental a definição de regras objetivas que possam ser adotadas de modo homogêneo em todos os casos análogos<sup>83</sup>.

Como ensina a doutrina, essa hierarquia de valores – ponderação entre o acesso à justiça e a privacidade – pode ser estabelecida por escolhas do legislador, desde que

---

<sup>82</sup>GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil. Rio de Janeiro : Forense, 2009. Volume II. p. 115.

<sup>83</sup>GRECO, Leonardo. *A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro. Primeira Parte. Anteprojeto do Grupo de Pesquisa "Observatório das Reformas Processuais", Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.* Revista de Processo. Ano 40. V. 240. Revista dos Tribunais : São Paulo, fevereiro/2015. p.74.

razoáveis, ou pela construção doutrinária ou jurisprudencial. Na impossibilidade da ponderação *in abstracto*, a ponderação *in concreto* deve ser objetiva<sup>84</sup> e por critérios previamente estabelecidos.

Propõe-se neste capítulo dois critérios básicos como etapas que devem ser percorridas em sequência, para que se possa reconhecer com segurança o cabimento da prova que intervém na privacidade alheia ou, não atendidos os critérios, recusar com objetividade a prova, reconhecendo-se limitação probatória determinada pela privacidade.

Os critérios objetivos de cabimento de prova que impacte a privacidade são a imprescindibilidade – caracterizada pela pertinência da prova e demonstração de prejuízo de sua ausência – e a ponderação, em abstrato com a dignidade da pessoa humana e em concreto, entre o direito tutelado e os direitos fundamentais de acesso à justiça.

## **5.1 Imprescindibilidade**

### **5.1.1 Pertinência**

Dentro de uma visão garantística do processo, deve ser assegurado às partes uma ampla produção de provas, ressalvados os negócios processuais acordados entre as partes. Está ultrapassada a concepção de que as provas são produzidas para o juiz e que ele decide as provas que são necessárias para a formação de sua convicção.

As partes produzem provas também para induzir a formação da convicção do juiz da causa, mas servirão de algum modo, para influenciar a convicção das instâncias superiores, que comumente não interferem no juízo de admissibilidade da prova.

É comum que antes da prova ser produzida, o juízo sobre a utilidade da prova não seja pleno, sendo recomendável que se permita à parte a produção de todas as provas que deseje, desde que não retarde injustificadamente o julgamento da causa. A livre produção de provas insere-se, como regra, no conceito de ampla defesa e amplo acesso à justiça.

---

<sup>84</sup>GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro : Forense, 2009. Volume II. p. 116.

Desse modo, em se tratando de provas comuns, não deve o juiz ser rigoroso no exame da pertinência; este exame somente tem ensejo quando a produção da prova gera algum complicador para o processo ou para outrem.

Ocorre que quando a produção de uma prova impacta a privacidade, deflagra-se o confronto entre o direito de prova e aquela, pelo que passa a ser legítimo que o juiz realize um juízo de pertinência da prova, para o julgamento do caso.

Assim decide o Supremo Tribunal Federal:

INQUÉRITO - DILIGÊNCIA - EXTENSÃO. O deferimento de diligência requerida pelo Ministério Público há de fazer-se em sintonia com as balizas subjetivas e objetivas da investigação em curso, descabendo providências que extravasam o campo da razoabilidade, como, por exemplo, a quebra de sigilo bancário generalizada.

(Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Inq 2206 AgR / DF - DISTRITO FEDERAL AG.REG.NO INQUÉRITO. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 10/11/2006. Publicação DJ 02-02-2007 PP-00073)

O juízo de pertinência – ou *juízo de relevância probatória*<sup>85</sup> - não significa o retorno circunstancial à posição superada de que a prova destina-se ao juiz da causa, mas recomenda que o magistrado deva analisar, *com base na linha argumentativa da própria parte*, se a prova a ser produzida, poderá prover elementos que lhe permitam vencer a causa. Tendo a prova relação com a tese da parte, a mesma deve ser considerada pertinente, passando-se ao próximo estágio. Não sendo a prova pertinente ao caso, deve ser indeferida.

A diferenciação para as provas que não atingem a privacidade dá-se no fato de que não há óbice à parte produzir uma prova sem nenhuma relação com sua linha argumentativa, apenas porque deseja e crê que, de algum modo, possa ser útil.

Todavia, no caso de provas que impactam a privacidade das partes ou de terceiros, é preciso *justificar adequadamente* a produção da prova, explicando, antes, como poderá a mesma servir para respaldar a posição jurídica defendida pela parte que a requereu.

---

<sup>85</sup>GUEDES, Clarissa Diniz. LEAL, Stela Tannure. *O cerceamento do acesso à prova devido à confusão entre os planos de admissibilidade e valoração do material probatório*. Revista de Processo. Ano 40. V. 240. Revista dos Tribunais : São Paulo, fevereiro/2015

Restando evidente que a prova não se presta a provar o fato jurígeno alegado pela parte e sendo certo que violará a privacidade em qualquer nível de outrem, a prova não será cabível, não devendo ser admitida nem produzida.

## 5.2 Prejuízo

Verificada a pertinência da prova, o magistrado, ainda assim, *deve analisar em conjunto com as partes*, se há outro meio de prova do mesmo fato e, se houver, deve por esse argumento inadmitir a prova.

Adotando o entendimento que a prova que atinge a privacidade só deve ser produzida *excepcionalmente*, certo é que somente será deferida a produção da prova se alegado e demonstrado *efetivo prejuízo* na sua ausência, não bastando, nesse caso, a alegação genérica de ampla defesa.

O prejuízo efetivo pela não produção de prova que impacte a privacidade é, portanto, o *elemento que caracteriza sua imprescindibilidade*.

Com efeito, se somente a prova que interfere na privacidade alheia é apta a provar o fato ou se por qualquer motivo não houve como obter outra prova, é porque a prova é *imprescindível*, pois sem ela haverá prejuízo ao direito de acesso à justiça da parte que necessita da prova. Nesse caso, o julgador passar à última etapa do exame de cabimento da prova, que é a ponderação, examinada a seguir.

Como a legislação processual não prevê, em regra, recurso para a impugnar a decisão que indefere uma prova, na prática, a demonstração de pertinência é a referência para todas as instâncias examinarem a existência ou não de prejuízo, na hipótese de não ser a prova deferida.

Note-se que pelo critério da pertinência, mais de uma prova pode ser considerada relacionada com a tese da parte, sendo natural que queira produzir todas as provas aptas a comprovar fato constitutivo de seu direito ou obstativo do direito da autora. Porém, se há mais de uma prova com potencial suficiente e alguma delas interfere na privacidade, é razoável que se produza, no primeiro momento, somente aquelas que não violam a privacidade de ninguém.

O direito da parte que pretende a prova não periclita nesse caso, pois há outras provas que a favorecem; trata-se de uma harmonização entre o acesso à justiça e o direito à privacidade, que não traz prejuízo para nenhuma das partes.

Nesse sentido, decisão do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO. PROVA INÚTIL E QUE FERE O DIREITO À PRIVACIDADE PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. O direito líquido e certo a que alude o art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal deve ser entendido como aquele cuja existência e delimitação são passíveis de demonstração de imediato, aferível sem a necessidade de dilação probatória.

2. A culpa pela separação judicial influi na fixação dos alimentos em desfavor do culpado. Na hipótese de o cônjuge apontado como culpado ser o prestador de alimentos, desnecessária a realização de provas que firam seu direito à intimidade e privacidade, porquanto a pensão não será aferida em razão da medida de sua culpabilidade (pensão não é pena), mas pela possibilidade que tem de prestar associada à necessidade de receber do alimentando.

3. Recurso ordinário provido.

(Superior Tribunal de Justiça. QUARTA TURMA. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 28336 / SP. Processo 2008/0262860-6. Relator(a) Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. Data do Julgamento: 24/03/2009. Data da Publicação/Fonte DJe: 06/04/2009)

Por outro lado, se não há outro meio de prova, que não o que interfira na privacidade de outrem, *ou se as outras provas foram recusadas pelo julgador ou consideradas inaptas a provar o fato*, como mencionado, a prova que impacta a privacidade deve ser considerada efetivamente *imprescindível*, passando-se ao próximo estágio do critério de ponderação.

## 5.2 Ponderação

A ponderação entre acesso à justiça e privacidade somente é necessária se a prova for pertinente e imprescindível, pois se não tiver esses dois atributos, mesmo que o direito tutelado no processo seja mais importante do que o direito à privacidade, deve o magistrado optar por proteger *ambos*. Vale lembrar que nessa análise compreendem-se como elementares do acesso à justiça os direitos também fundamentais de contraditório e ampla defesa.

Sendo possível resguardar ambos os direitos constitucionais – acesso à justiça e privacidade – essa deve ser a decisão do julgador, pois assim se protege o direito tutelado no processo com outras provas *pertinentes* e que *não causam prejuízo à privacidade*, evitando a violação à privacidade. Há, pois, perfeita harmonização entre os direitos.

Contudo, pode ocorrer da prova ser pertinente e imprescindível e, nesse caso, o juiz deve passar a *etapa de ponderação*, aplicando a classificação de níveis de privacidade, primeiro ponderando *em abstrato* e, depois, ponderando *em concreto*.

### 5.2.1 Ponderação em abstrato

A primeira fase da ponderação é denominada *em abstrato*, pois consiste na classificação do nível da privacidade que será atingida pela prova a ser produzida, *sem considerar a pretensão jurídica objeto do litígio*.

Nesse momento inicial da atividade cognitiva de ponderação, o magistrado volta-se exclusivamente à verificação do *nível de privacidade*, pois sendo este nível o primeiro – *privacidade íntima* – a prova será desde logo considerada *incabível*, porém se o nível for o terceiro – *privacidade social* – a prova será reputada *cabível*; em ambos os casos, a ponderação é feita *independentemente da natureza da pretensão jurídica objeto do processo*.

A denominação dessa etapa como *ponderação em abstrato* deve-se justamente ao fato de que o operador do direito, nesse momento, volta-se somente ao exame do *bem jurídico em abstrato* – sem considerar o caso concreto – e foca-se em classificar seu nível de privacidade, para que possa identificar a limitação probatória respectiva.

A aplicação da teoria dos três níveis de privacidade, na etapa de *ponderação em abstrato*, consiste em perceber que o direito de produzir a prova, por ser elementar do acesso à justiça, *é um direito fundamental*, independentemente do bem jurídico discutido no processo.

Assim, os três níveis de privacidade servem para balizar *abstratamente* se a privacidade atingida pela produção da prova é *mais relevante* do que dar acesso à justiça (*privacidade íntima*, dignidade da pessoa humana), se é *menos relevante* que o acesso à justiça (*privacidade social*, não é direito fundamental) ou *igualmente* relevante ao acesso à



justiça, por também ser direito fundamental. Neste último caso, passa-se à ponderação *em concreto*, para verificar se a prova será produzida em demanda *sobre a própria relação*, hipótese em que poderá ser produzida, ou não, situação em que a prova não é cabível.

O nível de *privacidade íntima* consiste em uma limitação probatória *plena*, mesmo *em abstrato*, prevalecendo o direito à privacidade íntima sobre o direito de acesso à justiça *em qualquer circunstância*, bem como em face de qualquer outro direito, pois nada se sobrepõe à dignidade da pessoa humana.

Feita a ponderação em abstrato, se o nível de privacidade é de *privacidade íntima*, é vedada a produção da prova.

A *privacidade social*, por outro lado, *não é superior ao direito de acesso à justiça*, pelo simples fato de não estar compreendida entre os direitos fundamentais, do mesmo modo que está o acesso à justiça.

Desse modo, sempre poderá ser produzida prova que atinja à *privacidade social*, mesmo que o direito cuja tutela é objeto do processo seja de menor importância que a privacidade social, porque *o direito que prepondera é o direito de acesso à justiça*, neste inserida a produção de todas as provas possíveis, favoráveis e contrárias<sup>86</sup>.

Esse ponto é muito importante: há quem não perceba que a ponderação deva ser feita com o *direito de acesso à justiça*, que é um direito fundamental constitucional, e pense que a privacidade social deva prevalecer, por exemplo, sobre um direito material de civil, tal como o direito de crédito. Essa linha de raciocínio é *incorreta*, pois ainda que o direito material a ser pleiteado no processo não seja fundamental ou sequer constitucional, a permissão à produção de prova está a tutelar o *acesso à justiça* – e não simplesmente o direito material discutido – de modo que *o direito de produzir uma prova em um processo judicial é sempre um direito fundamental*, independentemente da natureza do direito material pleiteado.

Ocorre que, nesse caso, assim como nos demais em que se admita a produção de prova que turbe a privacidade, esta não é simplesmente descartada; cumpre ao juízo restringir o acesso à prova aos sujeitos do processo que necessariamente tenha que ter acesso à ela, negando o acesso imotivado de terceiros.

---

<sup>86</sup>SCHMITZ, Leonardo Ziesemer. *Entre produzir provas e confirmar hipóteses: o risco do argumento da “busca da verdade real” na instrução e na fundamentação das decisões*. Revista de Processo. Ano 40. V. 250. Revista dos Tribunais : São Paulo, dezembro/2015. p .112.

Desse modo, mesmo que produzida a prova, a privacidade estará ainda parcialmente preservada. Em se tratando da privacidade social, nível em que está a relação da pessoa com outras *não próximas* ou *estranhas*, essa proteção procedimental à prova é suficiente.

Como dito no item próprio, os bens jurídicos protegidos pela privacidade social não são *direitos fundamentais*, apenas, por consistirem em informações pessoais reservadas, sendo razoável que a pessoa não os queira ver amplamente divulgados ou acessados por quem não tenha legítimo interesse.

Por fim, se na etapa de ponderação em abstrato o julgador percebe que a natureza da privacidade é *privacidade relacional*, como há equivalência entre o direito à privacidade atingido e o direito de acesso à justiça, o julgador deve passar à *ponderação em concreto*.

### **5.2.1** Ponderação em concreto

A ponderação em concreto é aquela que *considera a pretensão jurídica objeto do processo*, para definir se a prova pode ou não ser produzida. A consideração da pretensão jurídica é essencial, pois provas que impactam direito fundamental *somente são cabíveis se a pretensão consistir em demanda sobre a própria relação jurídica objeto da tutela constitucional ou direito mais elevado*.

Com efeito, não é possível produzir uma prova que atinja direito fundamental à privacidade relacional – *domiciliar, familiar ou profissional* – salvo se o processo versar *justamente sobre a própria relação ou direito mais elevado* (vida, liberdade, dignidade da pessoa humana etc.).

Significa dizer que não é cabível uma prova que ingresse na privacidade familiar, *salvo numa causa sobre direito de família*, tampouco cabe prova invasiva da privacidade profissional, *salvo se a relação profissional é discutida*, assim como não é legítima a produção de prova que constranja a privacidade domiciliar, *se a matéria em discussão não tem relação direta com essa matéria*.

Assim, se a prova conflitar com a privacidade de comunicação, domiciliar, familiar ou profissional, a princípio, deve ser inadmitida, salvo se o bem jurídico tutelado for de igual ou

superior relevância. Somente direitos que integram a própria dignidade da pessoa humana, ou seja, a vida, a liberdade etc.

A prova que atinja a privacidade de comunicação merece especial atenção, pois embora essa modalidade de privacidade deva ser classificada como *privacidade relacional*, somente pode ser ultrapassada para fins de prova no processo penal e não no processo civil.

Há, no caso, uma norma constitucional expressa no art. 5º, inciso XII, em que o legislador constituinte já ponderou a privacidade relacional de comunicação com outros direitos fundamentais e concluiu que somente para a segurança pública criminal é permitida a violação da privacidade de comunicação. Assim, a privacidade relacional de comunicação somente pode ser interferida para instrução em processo penal.

Frise-se que a norma especial constitucional dirige-se somente à *interceptação*, pois a *gravação ambiental* e *por um dos interlocutores* submete-se ao crivo normal de cabimento de prova que atinge a privacidade. Por exemplo, um vídeo ou gravação ambiental pode servir de prova em processo de família.

Com efeito, a privacidade familiar cede à prova das relações familiares, como a privacidade profissional admite sua intromissão para prova das responsabilidades profissionais (p.ex., uma testemunha médica não pode alegar sigilo profissional para se escusar de depor em ação de responsabilidade civil sobre erro médico).

Observe-se que no segundo nível de privacidade – privacidade relacional – veda a produção de prova ao mero argumento do direito de acesso à justiça, sendo necessário que o direito discutido no processo equivalha ou supere o direito à privacidade desse segundo patamar. A *fundamentação* do requerimento de prova nesse sentido é obrigatória.

## **6 CLASSIFICAÇÃO DAS LIMITAÇÕES PROBATÓRIAS DETERMINADAS PELA PRIVACIDADE**

A classificação ora apresentada resulta do estudo acima desenvolvido, que conduz à compreensão de três espécies de limitação, quais sejam, a limitação pela *imprescindibilidade da prova*, pela *confiança protegida como direito fundamental* e a que tem fundamento na *dignidade humana*.

Cada espécie de limitação probatória determinada pela privacidade guarda relação com um nível de privacidade – privacidade social, privacidade relacional e privacidade íntima – adotando-se como terminologia para a classificação a natureza da limitação.

As limitações probatórias à interferência na privacidade são agrupadas para fins de estudo e para aplicação prática, visto que permitem uma melhor definição das hipóteses em que uma prova pode ser produzida ou justificam criteriosamente sua inadmissibilidade.

### **6.1 Limitação pela imprescindibilidade da prova**

A limitação pela imprescindibilidade *não é total*, visto que se admite a produção da prova, desde que seja efetivamente *indispensável* ao efetivo acesso à justiça.

Aplica-se, *a contrariu sensu*, o conceito de imprescindibilidade às provas que são rejeitadas com base nos critérios de pertinência e imprescindibilidade, ou seja, àquelas que sejam recusadas por impactarem o nível mais baixo de privacidade – a *privacidade social* – e não serem indispensáveis ao acesso à justiça.

Como exposto nos capítulos anteriores, excepcionalmente podem ser produzidas provas que atinjam a privacidade, porém devem ser aplicados os critérios de cabimento de prova.

Verificando os operadores de direito que a prova não atende aos critérios de pertinência e prejuízo, deve ser recusada qualquer que seja o nível de privacidade interferido pela prova.

Por outro lado, trata-se de uma situação possível porque *há alternativas de prova*, ou seja, há outras provas pertinentes e possíveis. Não havendo outras provas, segue-se a última etapa de aplicação dos critérios objetivos de cabimento, passando-se a ponderar direitos fundamentais.

Provas relativas à privacidade podem ser produzidas, mas sempre que possível devem ser produzidas outras provas.

Embora também proteja a privacidade íntima e a privacidade relacional – que ostentam, além dessa, as limitações seguintes – *esse é o único nível de limitação probatória que compreende as situações de privacidade social*.

## 6.2 Limitação pela confiança fundamental

Há limitação probatória fundamental quando a privacidade atingida concerne *direito fundamental* e, portanto, é classificada como *privacidade relacional*.

Como tratado no capítulo anterior, há nesse caso confronto entre os direitos fundamentais de acesso à justiça, contraditório e ampla defesa, com outros direitos fundamentais relacionais, tais como de relação familiar, domiciliar e profissional.

Nesse caso, impõe-se a ponderação mencionada como último critério objetivo de cabimento, verificando-se se a pretensão deduzida é justamente relativa à relação protegida como direito fundamental ou direito mais relevante (vida, liberdade etc.).

Incidirá a limitação relacional, quando o direito em litígio não tratar do mesmo conteúdo que o bem jurídico protegido pela privacidade a ser interferida. Por outro lado, se a natureza da relação objeto do processo for a mesma da privacidade – e a prova for imprescindível pelos critérios do item anterior – a interferência é permitida, pois é coerente com a ideia de proteger o direito fundamental.

Na verdade, entender de forma diversa retiraria completamente a tutela jurisdicional dos fatos ocorridos no âmbito das relações cuja proteção é considerada direito fundamental, o que seria incoerente.

Desse modo, a única interpretação possível é justamente que a proteção à privacidade dessas relações direciona-se a resguardá-las de interferências *por outros motivos, que não demandas sobre a própria relação*.

A Constituição protege as relações indicadas no art. 5º, assim, de duas formas: 1) veda sua invasão para fins de prova sobre matérias alheias à própria relação; 2) permite a sua superação para fins de provas atinentes à preservação de direitos dentro da própria relação.

Note-se que o critério de definição desse nível de privacidade é justamente a *confiança intersubjetiva* das partes da relação protegida como direito fundamental, logo é razoável que se uma das partes *viola essa confiança em obrigações da própria relação*, seja permitida a produção de prova sobre os fatos ocorridos no âmbito da relação, justamente para restaurar a situação de respeito mútuo a direitos inerentes a situação jurídica particular em questão.

Nesse caso, a norma constitucional, que visa a proteger a relação, estará atendida, visto que se alinha ao resultado do processo onde a prova será produzida, porquanto se destina a resolver questão atinente à própria relação.

### **6.3 Limitação pela dignidade pessoal**

A limitação é por dignidade pessoal quando a privacidade que teria que ser atingida está compreendida no âmbito da dignidade da pessoa humana. Nesse caso, não importa a questão em litígio, pois mesmo que se refira a um direito fundamental, a prova não poderá ser produzida.

Este é o nível máximo de limitação e corresponde a verdadeira vedação. Nenhuma prova que impacte a dignidade da pessoa humana pode ser produzida.

Sustenta-se aqui que essa limitação é tão peremptória – e, portanto, *plena* – que a prova não poderá ser produzida *em nenhuma hipótese*, nem mesmo para tutelar através do processo a própria dignidade da pessoa humana.

É com esse fundamento que, por exemplo, não se admite a tortura nem mesmo contra crimes de terrorismo. Embora a violação decorrente de crimes como homicídio, sequestro e terrorismo sejam gravíssimas, conclui-se neste trabalho no sentido de que nem mesmo nesses casos poderá ser obtida prova mediante tortura ou outra violação real à dignidade da pessoa humana.

Cabe às autoridades e à sociedade em geral desenvolver meios alternativos de prova, que não sejam humilhantes e aviltantes da privacidade íntima.

Não é razoável que se autorize ou exija, nos dias de hoje, a busca pessoal em cavidades – boca, genitais etc. – se já há meios tecnológicos que permitem a visualização interna de metais e materiais ilícitos dentro de corpos humanos.

Do mesmo modo, nada justifica a produção de prova por meio de coerção física irresistível – como forçar a retirada de sangue para exame de DNA – se é possível a aplicação

da técnica jurídica de presunção legal. A presunção legal é uma técnica de raciocínio e julgamento, que permite uma conclusão lógica a partir de fatos auxiliares<sup>87</sup>.

Note-se que não se trata de pregar a utilização da intimidade como barreira a obtenção do direito pela parte adversa, mas de efetivamente tutelar a intimidade estabelecida em nível máximo em nosso ordenamento, encaminhando a instrução e o julgamento judicial para outros caminhos, que não conflitem com a dignidade da pessoa humana.

## **7 PRESERVAÇÃO DA PRIVACIDADE NA FASE DE INSTRUÇÃO**

A preservação da privacidade mais importante ocorre com a recusa à produção da prova que a impacta, porém, como visto, há casos em que, diante da pertinência e imprescindibilidade, bem como da ponderação dos interesses em conflito, deve ser admitida a produção e utilização da prova.

Nesse passo, a privacidade poderá ser protegida no processo em cinco momentos distintos: 1) proposição; 2) admissão; 3) produção; 4) análise; 5) registro.

Essas são as etapas para existência e utilização da prova no processo. Em cada uma delas, mesmo que permitida a prova que interfere na privacidade, cuidados especiais são devidos em observância às normas do sistema jurídico que impõe o respeito à privacidade.

As etapas mencionadas, no nosso sistema processual, ocorrem todas no mesmo juízo, ou seja, o juízo que admite e produz a prova, também é o que a valora.

Todavia, uma interessante opção de alguns juízos consiste no *juizado de instrução*, que concerne a técnica legal-processual de cindir a competência de instrução e julgamento, conferindo a outro juízo, que não o do julgamento, a tarefa de admissão e produção de provas.

A opção pelo juízo de instrução tem sido adotada por alguns sistemas processuais e tem, entre as suas finalidades, promover um distanciamento subjetivo entre o juiz que analisará a causa e a produção da prova, justamente para assegurar que não haja contaminação do julgador final, pelo eventual contato com provas ilícitas.

Desse modo, é o juiz instrutor que recebe e decide os pedidos de prova, inclusive resolvendo questões relativas aos limites probatórios impostos pela privacidade<sup>88</sup>.

---

<sup>87</sup>BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil. Procedimento comum: ordinário e sumário*. V.3. 3ª. Ed. São Paulo : Saraiva, 2010. p. 267.

No nosso sistema, quando o juiz solicita apenas à autoridade tributária ou órgão cadastral exclusivamente a informação necessária (p.ex. endereço da parte), justamente como cautela importante na produção da prova, para evitar que venham ao processo informações pessoais não essenciais.

Na França, o exame de informações privadas não cabe ao juiz da causa, mas ao Ministério Público, “*que serve de intermediário entre o juiz da execução e todas as instituições públicas ou privadas em que se encontram as informações desejadas, transmitindo àquele apenas os elementos necessários à marcha da execução e preservando o sigilo das demais*”<sup>89</sup>.

Há quem defenda que no Brasil “*seria utópico e até altamente perigoso adotar esse modelo, porque não temos tradição da criação de órgãos administrativos dotados de verdadeira independência*”<sup>90</sup>. Completa o autor afirmando que “*o único Poder capaz de instituir órgãos com alguma independência é seguramente o Judiciário, em razão da forma de provimento dos seus cargos e das garantias que são constitucionalmente asseguradas aos seus titulares*”.

A análise das provas é uma questão complexa, pois é natural que as partes queiram elas próprias ter acesso a todas as provas, de modo a poder opinar quanto ao que seja, ou não legítimo de não ser utilizado, em respeito à privacidade. Parte deste problema se resolve, a uma, com a exclusão do acesso da parte a certos documentos, limitando-o ao seu advogado, que é profissional que é responsável por sua própria conduta perante o juízo e, nesse mesmo sentido, deve a lei sancionar severamente o advogado que viola o dever de preservar a privacidade, por exemplo, dando divulgação aos documentos cuja juntada foi determinada, mas se impôs sigilo judicial.

Está em trâmite no Congresso Nacional, um projeto de novo Código de Processo Penal que dispõe sobre o instituto do Juiz de Garantias. A proposta consiste em cisão da atividade

---

<sup>88</sup>GRECO, Leonardo. GIDI, Antônio. CAMBI, Eduardo. YARSHELL, Flávio Luiz. SAMPAIO, Gustavo. *A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro. Quarta Parte. Anteprojeto do Grupo de Pesquisa “Observatório das Reformas Processuais”, Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Revista de Processo. Ano 40. V. 243. Revista dos Tribunais : São Paulo, maio/2015. p.174.*

<sup>89</sup>GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro : Forense, 2009. Volume II. p. 114.

<sup>90</sup>GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro : Forense, 2009. Volume II. p. 117;



judicial, separando-se a fase de obtenção e exame das provas e o julgamento, e objetiva, em tese, evitar que um juiz que tomou conhecimento de provas ilícitas, decida o processo.

No Brasil, diferentemente do que ocorre em outros países, serviços públicos em geral não gozam da mesma credibilidade, na opinião popular, do que o judiciário; trata-se de uma questão cultural, que o ordenamento considera.

Além disso, administrativamente não se tem cultura nem regras, que confirmam tanta transparência e garantias aos procedimentos, como ocorre na via judicial. Este é outro elemento em transformação, mas até que o procedimento administrativo mostre-se tão seguro ao cidadão quanto o processo judicial, é provável que a lei ainda reserve a este a competência para os atos que interferem em bens jurídicos mais importantes.

Assim, há uma variedade procedimentos em que as partes não contendem, mas a prática de determinado ato exige autorização judicial, como é o caso da venda de imóvel de incapaz. A cultura jurídica está em transformação e nisso é acompanhada pela lei, tanto que o divórcio e o arrolamento consensuais entre capazes eram procedidos judicialmente e não mais o são.

Sem embargo, a relevância da privacidade individual exige realmente especial proteção, notadamente nos atos que a devassam. Por esse motivo é razoável a exigência de que somente possa se dar acesso a terceiro, a dados pessoais de outrem, mediante autorização judicial.

## **7.1 Proposição da prova**

Embora não possa ser fiscalizado ou sancionado, está compreendido no dever de lealdade das partes o dever de preservar, tanto quanto possível, a privacidade do adversário e de terceiros, logo cabe também aos representantes processuais das partes serem criteriosos na proposição de provas, em colaboração ao juízo e respeito à lealdade processual. Cabe à parte, inclusive, alertar o juízo quando a privacidade sua ou de outrem puder ser prejudicada com a produção de determinada prova proposta, inclusive para que o juízo adote as medidas cabíveis.

A primeira linha de defesa da privacidade são, portanto, as próprias partes e seus representantes no processo, assim como a motivação que lhes é exigida, quando for requerida a produção de prova que atinja a privacidade de outrem.

O dever de boa-fé previsto no art. 5º do Código de Processo Civil, com forte conteúdo ético-moral<sup>91</sup>, integra a noção de lealdade processual e recomenda às partes que sejam cautelosas na proposição de provas que possam atingir a privacidade do adversário ou de terceiros. A proposição deve adotar os critérios objetivos de cabimento de prova que impacta a privacidade.

A responsabilidade pela não produção de prova impertinente, não essencial e desproporcional à violação da privacidade não, portanto, apenas do magistrado, mas também das partes e seus procuradores, que devem evitá-la – quando possível – ou alertar o juízo, para que adote medidas de preservação na prática de atos no processo.

## **7.2 Admissão da prova**

A proteção da privacidade no juízo de admissão, dá-se, principalmente, pela *inadmissão* da prova, que é evidentemente a forma mais pujante de proteção.

Evidencia-se, pois, que a proteção à privacidade pelo estabelecimento de critérios objetivos para sua admissão consubstancia *limitação probatória imposta pela privacidade*.

A não admissão da prova exclui a prova do exame das partes e não permite sua existência no processo. Por outro lado, é a decisão que admite a prova que, juridicamente, interfere na privacidade da pessoa, embora faticamente, seja a produção que efetivará a turbação.

Com efeito, é a decisão de admissão que examina o cabimento da prova e, portanto, é a que deve ser questionada no processo, pela parte que pretende evitar que sua privacidade seja atingida.

Por isso, a decisão de admissão necessariamente deve ser fundamentada com base nos critérios objetivos de cabimento da prova examinados, dando legitimidade jurídica e ética ao ato que interferirá na privacidade de alguém.

---

<sup>91</sup>PINTER, Rafael Wobeto. *A boa-fé no processo civil e o abuso de direitos processuais*. Revista de Processo. Ano 41. V. 253. Revista dos Tribunais : São Paulo, agosto/2014. p .133.

O juízo deve ter um cuidado especial com o *fishing*, assim entendido o requerimento de prova genérico, em que quem requer não sabe exatamente o que pode encontrar e pede tudo que imagina que possa lhe ser favorável.

Quando o direito à privacidade está em questão, a parte deve justificar cada prova ou ato invasivo que pretende seja realizado na obtenção da prova, para que seja limitada a incursão na esfera pessoal ao mínimo possível.

### **7.3 Produção da prova**

Na fase de produção de prova, a privacidade pode ser protegida pelo meio adotado para produção da prova.

Afigura-se importante buscar sempre a forma menos gravosa de produção da prova, ou seja, aquela que agride o menos possível a privacidade da pessoa. É preciso respeitar valores pessoais, tanto quanto possível.

Quando a prova é requerida pela pessoa cuja privacidade é atingida, cabe à própria viabilizar a produção pelo meio que entender mais conveniente para produzir a prova. Se a produção for imposta à parte adversa ou a terceiro, é importante que se opte pelos meios mais adequados.

Há casos em que apenas parte de um documento é necessária ao processo, hipótese em que somente essa parte deve ser desvendada. Nada justifica o acesso ou manutenção no processo de documentos inúteis como prova, no todo ou em parte, que exponham a privacidade de terceiros ou da parte adversa.

A informação da testemunha suspeita que concorda em depor, acerca da inexistência de dever legal de expor fatos privados, é uma cautela de proteção à privacidade.

A preservação da privacidade na produção da prova, dá-se com eventual limitação das pessoas que terão acesso à prova, enquanto ela é produzida, impondo-se sigilo exclusivo para o ato processual – audiência – ou parte dele (depoimento de uma testemunha, p.ex.).

Há preservação da privacidade no entendimento de que o advogado não pode acompanhar exame médico, embora o possa o assistente técnico médico. Assim como não é lícita a invasão de domicílio para prova pericial em imóvel, devendo ser combinada data e

hora. O uso da força para realização de perícia em *coisa* – não é lícito para perícia em pessoas – deve ser exceção e, tal como a privacidade, ponderado com o bem jurídico e litígio.

O uso da força e turbação à privacidade devem ser sempre excepcionais no processo, preferindo-se meios menos gravosos.

#### 7.4 Valoração da prova

A formação da convicção judicial sobre a verdade das alegações das partes é guiada por processos lógicos e científicos, resultado da adoção do princípio da persuasão racional e obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais<sup>92</sup>.

A valoração da prova é feita através da redação de fundamentação escrita de decisões. A redação de decisões que examinam provas relativas à privacidade deve ser feita com especial atenção, pois na medida em que as decisões, em regra, são públicas, percebendo o magistrado que a fundamentação utilizará argumentos que exponham a privacidade relevante da parte, deve decretar segredo de justiça, ainda que só para o ato.

Insta salientar que o segredo de justiça é sempre uma exceção e, tanto quanto possível, deve ser evitado, ressalvadas as hipóteses legais<sup>93</sup>. Assim, a decretação de segredo de justiça de uma decisão judicial deve ser medida extrema, utilizada tão somente quando seu conteúdo for efetivamente impactante à privacidade de alguém.

Alguns tribunais utilizam a técnica de fazer constar na publicação apenas a inicial dos nomes das partes ou mesmo omitem os nomes, permitindo a publicação apenas do texto e do número do processo.

---

<sup>92</sup>GUEDES, Clarissa Diniz. LEAL, Stela Tannure. *O cerceamento do acesso à prova devido à confusão entre os planos de admissibilidade e valoração do material probatório*. Revista de Processo. Ano 40. V. 240. Revista dos Tribunais : São Paulo, fevereiro/2015. p. 28-29.

<sup>93</sup>Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos: I - em que o exija o interesse público ou social; II - que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes; III - em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade; IV - que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo. Art. 195. O registro de ato processual eletrônico deverá ser feito em padrões abertos, que atenderão aos requisitos de autenticidade, integridade, temporalidade, não repúdio, conservação e, nos casos que tramitem em segredo de justiça, confidencialidade, observada a infraestrutura de chaves públicas unificada nacionalmente, nos termos da lei.

Importante lembrar que o controle da correção e legitimidade da decisão judicial é feito por meio da fundamentação<sup>94</sup>, logo se enfatiza nesse ponto a norma processual que impõe o enfrentamento de todos os argumentos das partes.

Aliás, também aqui o princípio da não surpresa é especialmente importante, haja vista que pode haver na prova alguma interferência grave à privacidade da parte, sobre a qual deve se manifestar com antecedência. A parte em alguns casos poderá propor ao juízo uma outra prova equivalente ou um meio menos gravoso à sua privacidade.

#### 7.4.1 Impossibilidade de prejuízo pela tutela à privacidade

Importante frisar que a parte cuja privacidade é protegida, não poderá ser prejudicada por essa proteção no momento do julgamento da causa, pois, do contrário, a tutela estaria esvaziada. Sem a vedação ao prejuízo, a parte acabaria por ser coagida a renunciar à privacidade, o que o sistema não pode permitir.

Note-se que ninguém pode ser obrigado a tolerar ou aceitar violação de sua privacidade, fora das hipóteses que a lei legitimamente determina, salvo segundo sua própria vontade. A aceitação de que uma pessoa que deixou de produzir uma prova possa ser prejudicada pela falta desta prova, inexoravelmente conduziria a um constrangimento indevido, uma subordinação ilícita e genérica da privacidade ao processo, que não é legítima.

Havendo diversos meios de prova, como reiteradamente salientado, devem ser buscados meios que não violem a privacidade e, aqueles que a atingem fora das hipóteses legalmente permitidas, equiparam-se a provas inexistentes, cabendo a quem quiser provar algum direito, produzir provas viáveis. Não há como alguém se valer de uma prova impossível para demonstrar algum fato, *a contrario sensu*, pela não produção da prova. Do mesmo modo, a não produção de uma prova que viola a privacidade, não pode prejudicar a pessoa cuja privacidade foi protegida nem nada prova contra ela.

#### 7.4.2 Ausência de influência da privacidade no ônus da prova

---

<sup>94</sup> KOCHEM, Ronaldo. *Racionalidade e decisão – A fundamentação das decisões judiciais e a interpretação jurídica*. Revista de Processo. Ano 40. V. 244. Revista dos Tribunais : São Paulo, junho/2015. p .61.

A proteção da privacidade é uma matéria atinente à prova e não ao ônus probatório e, portanto, não o influencia. O fato de uma prova não poder ser produzida, devido à proteção legal à privacidade de alguém, não altera a distribuição do ônus da prova nem gera para a parte cuja privacidade foi protegida o ônus da “provar de outra forma”, tampouco pode haver presunção que lhe seja contrária.

Adotando o entendimento de que presunção consiste em ilação cognitiva e norma de julgamento, que permite ao juiz considerar provado um fato, em razão da verificação da ocorrência ou não do outro, sustenta-se aqui que não pode haver presunção contrária à pessoa cuja privacidade é protegida no processo, pelo só fato de uma prova estar vedada.

Importante salientar que não se aplica a presente conclusão quando a prova, embora atinja a intimidade, seja *permitida*.

Assim ocorre com o exame de DNA, quando está em questão direito inerente à dignidade da pessoa humana, como é o caso da paternidade e origem genética.

A proteção ao próprio corpo e ao próprio código genético é, sem dúvida, uma tutela legítima à dignidade da pessoa humana, porém especificamente em relação ao exame de DNA a tecnologia atualmente disponível permite a realização do exame sem dano real ao corpo, pois não se pode considerar que “um fio de cabelo” seja efetivamente “uma lesão corporal”.

Por outro lado, há na outra ponta direitos manifestamente concernentes à dignidade da pessoa humana, quais sejam, a origem familiar e a genética do indivíduo.

Entende-se, pois, que outra seria a discussão se o exame de DNA fosse lesivo ou efetivamente invasivo, mas na medida em que se trata de um mero fio de cabelo, não há como equiparar sua recusa, a recusa à invasão do corpo ou da mente.

Por isso, o art. 232 do Código Civil<sup>95</sup> deve receber interpretação restritiva. Não é qualquer perícia médica que, se recusada pela parte, pode valer como presunção, considerando o juiz provado o fato que se queria provar com a perícia.

Nenhuma prova invasiva ou que atinja a dignidade da pessoa humana pode ser produzida nem sua não produção pode respaldar a alegação da parte adversa, valendo como “prova do que se queria provar com a prova recusada”.

---

<sup>95</sup> Código Civil. Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.

Com efeito, apenas em casos muito excepcionais, como ocorre com o DNA em exames de paternidade, é que a recusa poderá prejudicar a parte.

A identificação das hipóteses em que um exame médico é invasivo ou ofensivo não pode ser feita em abstrato e deve considerar as características das partes e circunstâncias do caso concreto.

Um exame visual, de uma pessoa vestida, que exhibe uma mão ferida ou uma cicatriz no rosto, de modo algum pode ser considerado invasivo ou atentatório da dignidade humana da parte. Por outro lado, um exame ginecológico ou íntimo é tão evidentemente invasivo, que não há dúvida que pode ser recusado pela parte.

Frise-se que as normas de privacidade valem para documentos médicos juntados com a perícia e para o próprio laudo pericial.

## **7.5 Registro da prova**

O zelo no registro da prova que atinge a privacidade das partes ou de terceiros é obrigatório. A privacidade não pode ser desconsiderada porque a prova foi permitida, ao contrário, é depois de produzida que o cuidado com o registro dos autos passa ser essencial, para limitar a turbacão à privacidade ao estritamente necessário para sua utilização no processo.

Medida importante em processos eletrônicos é o controle do acesso ao sistema, especialmente diante da alta tecnologia de *softwares* denominados *buscadores*, que se destinam a procurar informações na internet para os usuários: informações eletrônicas necessitam de constante evolução dos meios de proteção.

A lei de interceptações telefônicas optou por prevenir futuros problemas na guarda de prova com conteúdo privado, determinando sua destruição. O descarte ou restituição à parte são alternativas à conservação no processo, que pode dar azo à futura violação da privacidade da parte, por falha do Poder Judiciário.

Aliás, qualquer tipo de degravação ou transcrição deve ser armazenada considerando o conteúdo de sua informação, em razão do extenso conjunto de detalhes que esse tipo de prova é capaz de reunir sobre o depoente.

Mesmo no caso dos depoimentos colhidos e armazenados em vídeo, ainda que sobre fato não essencialmente privado, recomenda-se que se tenha diligência em sua divulgação, pois a imagem é bem precioso, inclusive para testemunha, que não deve ser exposta fora do processo em cenas de choro, insegurança, dificuldades de expressão e similares, salvo se houver efetivo interesse público na matéria.

#### **7.5.1 Imposição de segredo de justiça**

Uma vez reconhecida a hipótese de privacidade, alguma modalidade de *segredo de justiça* deverá ser imposta pelo magistrado. O segredo de justiça tem gradação *subjetiva*, relativas a *quem* pode ter acesso, e *objetivas*, sobre *o que* cada pessoa pode ter acesso. O julgador, advogados e parte, necessariamente, terão acesso a tudo que for admitido como prova no processo.

Pode ser limitado o acesso de informações privadas a determinados servidores da justiça (assessores diretos, chefe de cartório etc.), alguns auxiliares (peritos podem não ter acesso ao que não objeto de sua perícia) e certas informações podem até permanecer públicas nos autos do processo, evitando-se somente o excesso de sua divulgação em publicações, como ocorre com as informações cadastrais de testemunhas.

A restrição objetiva do segredo de justiça consiste em definir que atos do processo serão protegidos pelo sigilo, se todo o processo, alguma audiência ou depoimento, ou mesmo provas documentais específicas. A guisa de evento, a juntada de uma declaração de imposto de renda enseja a restrição do acesso ao documento aos advogados e partes, mas não justifica a decretação de segredo de justiça sobre todo o procedimento; situação diferente há em um processo de direito de família, como investigação de paternidade, onde todos os atos do processo precisam ser preservados da publicidade.

O Código de Processo Civil regula o pedido e acesso do terceiro a atos e processos sob segredo de justiça, no art. 189, parágrafo 2º. O terceiro tem direito de certidão sobre o que consta do processo, limitada àquilo que comprove ter legítimo interesse jurídico.

#### **7.5.2 Procedimentos de sigilo**



Impondo-se a necessidade de utilização no processo de uma prova que atinja a privacidade, afigura-se igualmente obrigatória a adoção de medidas que visem a preservar ao máximo a privacidade, minimizando os impactos e restringindo-os aquilo que for estritamente necessário para a utilização da prova.

A proteção à privacidade na fase de instrução é feita também através da utilização de procedimentos processuais que limitem a invasão de privacidade ao mínimo necessário para a cognição dos sujeitos do processo, exclusivamente no que tange o fato que se quer provar.

A lei e a prática forense oferecem, historicamente, uma panaceia de mecanismos aptos a resguardar as provas que consubstanciam informações privadas, não devendo o juízo, as partes e demais sujeitos do processo poupar esforços nessa preservação.

O primeiro cuidado dá-se na produção da prova, haja vista que cada modalidade de prova sobre fato compreendido na privacidade de outrem pode, de formas variadas, expor valores pessoais salvaguardados pelo ordenamento jurídico, sob a insígnia da privacidade.

Nesse sentido, mesmo na requisição e fornecimento de documentos, deve haver diligência na perfeita delimitação do que deve ser fornecido, p.ex., quando forem solicitadas informações sobre o patrimônio ou ativos de um executado<sup>96</sup>.

A juntada de documentos com informações abarcadas pela privacidade de qualquer nível deve, sempre, ser feita de forma a preservar seu conteúdo, tanto quanto seja viável. Alternativa comumente adotada, para juntada de imagens e vídeos privados, p.ex., consiste na entrega diretamente em cartório ou ao magistrado, para que mesmo a inclusão nos autos do processo seja feita com o devido cuidado, assegurando o acesso à prova pelas partes, mas limitando seu acesso por terceiros.

A prova documental pode ser protegida sem a necessidade de imposição de segredo de justiça, que é um conceito mais amplo, que alcança até as decisões judiciais. Documentos que contenham informações privadas podem ser acautelados ou, no processo eletrônico, simplesmente não ter seu acesso autorizado ao público em geral.

---

<sup>96</sup>BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil. Tutela jurisdicional executiva*. V.3. 3ª. Ed. São Paulo : Saraiva, 2010. p.286.

Sobre o registro ou guarda de provas que contenham informações privadas. Como ensina PINHO<sup>97</sup>, abordando o tema processo eletrônico, somente encontrado nos manuais mais atualizados, “*Cabe ao Poder Judiciário proteger os autos dos processos eletrônicos por meios de segurança de acesso, além de armazená-los de forma que seja garantida a preservação e integridade de dados, conforme estabelecido no § 1º do art.12 (da Lei nº 11.419/2009)*”.

O processo eletrônico facilita muito a seleção e níveis de acesso aos documentos do processo, permitindo que se estabeleça, não apenas restrições às partes, como liberação de acesso somente aos advogados, conforme o caso.

Importante realçar que a regra do procedimento é a publicidade para terceiros e o sigilo deve ser sempre exceção<sup>98</sup>, porém em situações que impactem a privacidade, a gradação dessa publicidade deve ser feita criteriosamente, em colaboração com as partes e de acordo com a lei e práticas procedimentais.

Também documentos físicos são comumente entregues em envelopes, quando a informação que contém é privada. Cabe ao magistrado estabelecer como e quando auxiliares ou terceiros poderão, ou não, ter acesso a informações privadas.

A situação é mais complexa quando a informação privada está contida nas próprias peças de alegação das partes, configurando-se situação similar a tratada no item anterior, sobre as decisões judiciais.

Nesses casos, o mais comum é a decretação de segredo de justiça, contudo, repita-se, o juízo sobre a imposição de segredo de justiça não pode ser pessoal da parte e sim com fundamento em normas legais e de experiência, interpretadas sempre restritivamente.

Não se pode olvidar o cuidado com peças derivadas de provas sigilosas, tais como transcrições, degravações, gravações, imagens e vídeos em que haja fatos concernentes à privacidade de pessoas. Uma opção comum é o que a praxe forense denomina *acautelamento*, que ocorre quando um documento ou objeto é guardado em cartório, sem estar apensado aos autos físicos. Essa técnica permite um armazenamento mais seguro de informações privadas.

---

<sup>97</sup> PINHO, Humberto Bernardina Dalla. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. SARAIVA : São Paulo, 2012. v.1 . p. 406.

<sup>98</sup> GOMES Jr., Luiz Manoel. FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges. *O segredo de justiça no Novo Código de Processo Civil – Análise das principais inovações*. Revista de Processo. Ano 40. V. 250. Revista dos Tribunais : São Paulo, dezembro/2015. p .134.

Situação que contrasta também com o direito individual à privacidade no processo são os julgamentos televisionados<sup>99</sup>, que no contexto da permanente – e profícua – busca por transparência dos atos processuais, tem se tornado cada vez mais comuns.

No entanto, há casos em que uma pessoa quer determinada informação de terceiro e o guardião da informação não tem outro motivo para recusar o fornecimento, que não a necessidade de autorização judicial. Essa seria uma hipótese de um procedimento autônomo de produção de prova, com característica de jurisdição voluntária ou não contenciosa.

Dê-se o exemplo, atualmente rotineiro, de requerimento ao provedor<sup>100</sup> e à concessionária de telefonia, de informação sobre os dados pessoais de pessoa que enviou e-mail ofensivo a outrem. Tanto o provedor quanto a concessionária dependem de autorização judicial para fornecer a informação, porém é provável que não tenham motivo próprio, diferente deste, para resistir extrajudicialmente à pretensão do terceiro.

Neste caso, a pessoa que por justo motivo e comprovado interesse jurídico, pretende obter dados pessoais cadastrais de terceiro, perante instituições que os mantêm, tem legitimidade para requerer ordem judicial de acesso. Observe-se que, embora seja razoável que o procedimento seja judicial, tanto porque assim determina a lei, como para que haja adequada fiscalização dos motivos e legitimidade do requerimento, não havendo resistência do réu, não deveria haver condenação aos ônus de sucumbência.

Cuida-se de caso em que o réu não resistiu à pretensão autoral, tão somente cumpriu a lei e aguardou o requisito legalmente imposto: autorização judicial. A situação é diferente se o réu apresenta contestação, com outros motivos para não fornecer a informação, neste caso, sem dúvida, o processo adquire caráter contencioso e deve seguir o procedimento comum.

Nota-se, pois, que não havendo contestação e, diante da determinação de apresentação pela via judicial, o réu não oferece qualquer resistência, a natureza desse procedimento autônomo de produção de prova em tudo se assemelha à justificação. Há, desse modo, possibilidade de formular através do rito da justificação, a pretensão de produção de prova, para cuja produção seja necessária autorização judicial.

---

<sup>99</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Direito Processual Civil*. V.1. 4ª. Ed. São Paulo : Saraiva, 2010. p.164.

<sup>100</sup> O fornecedor de acesso à Internet (em inglês *Internet Service Provider, ISP*) oferece principalmente serviço de acesso à Internet, agregando a ele outros serviços relacionados, tais como "e-mail", "hospedagem de sites" ou blogs, entre outros.

Os procedimentos judiciais específicos para revelação de informações privadas, mantidas por outra parte potencial em processo judicial, não são novidade no direito anglo-americano, constituindo a *mandatory disclosure* justamente nesse instituto que permite a uma parte exigir da outra a exposição de provas relevantes que deixou de trazer ao processo<sup>101</sup>.

Procedimentos probatórios autônomos são uma tendência, tanto que recentemente foi alterado o parágrafo 485 da ZPO, introduzindo-se no direito tedesco procedimento probatório anterior ao processo, denominado *selbständiges Beweisverfahren*<sup>102</sup>.

Procedimento bastante similar ao ora proposto são as *Assets Disclosure Orders*, utilizadas inclusive em suporte a procedimentos de arbitragem<sup>103</sup>, para obrigar a parte adversária ou terceiro a apresentar documentos específicos, que por sua natureza estejam sob o pálio da privacidade, normalmente da espécie empresarial.

A justificação serve, outrossim, para terceiro com interesse jurídico efetivo, deduzir pretensão de acesso a prontuário médico de outrem, visto ser outra forma de documento protegido (privacidade profissional da relação médico-paciente). Todavia, caso haja resistência do órgão que guarda a informação, o procedimento deve evoluir para uma modalidade contenciosa, sendo interessante a previsão legal expressa, embora, por ora, seja utilizado o procedimento comum.

Frise-se que o **juizado de instrução**, tratado no item sobre valoração da prova, também pode ser considerado um procedimento destinado à proteção da privacidade. Entre as funções do juízo de instrução está estabelecer um distanciamento entre a produção da prova e outras etapas do processo, sendo possível que uma prova cuja violação de privacidade seja percebida após o primeiro momento de produção, tenha essa situação percebida no juízo e, assim, seja alijada do processo, sem que haja exposição no processo principal.

---

<sup>101</sup> FOLLE, Francis Perondi. *A prova sem urgência no direito norte-americano : um exame do instituto da discovery* in *Revista de Processo*, vol. 204, Ano 37, Ed. Revista dos Tribunais : São Paulo, dezembro-2012. P.131-151.

<sup>102</sup> GUIMARÃES, Felipe. *Medidas probatórias autônomas : panorama atual, experiência estrangeira e as novas possibilidades no direito brasileiro*, in *Revista de Processo*, vol. 178, Ano 34, Ed. Revista dos Tribunais : São Paulo, , dezembro-2009. P.124-151.

<sup>103</sup> ANDREWS, Neil. *Injunctions in support of civil proceedings and arbitration*, in *Revista de Processo*, vol. 171, Ano 34, Ed. Revista dos Tribunais : São Paulo, , maio-2009. P.165-192.

Caberá sempre ao magistrado verificar o procedimento de proteção à privacidade mais adequado, propondo-o de ofício e aplicando-o, salvo expressa manifestação das partes em sentido contrário (a exposição da privacidade, em alguns casos, pode ser estratégia da parte).

## **8 SITUAÇÕES DE NÃO INCIDÊNCIA DE PRIVACIDADE**

### **8.1 Ausência de privacidade**

#### **8.1.1 Espaço público e espaço privado**

Não há fundamento para a alegação de privacidade quando o próprio interessado dá ampla divulgação ao objeto de prova. É o que ocorre com pessoas que postam sua imagem em *redes sociais* e *sites* na internet, que uma vez impressos para fins de prova no processo, argumentam que não querem sua imagem exposta no processo.

Isso vale para condutas realizadas em locais públicos, que são captadas por câmeras de segurança ou mesmo por terceiros, haja vista que atualmente quase todas as pessoas têm no bolso um aparelho celular com câmera de vídeo.

Aplica-se aqui o conceito de *refúgio*, que tem servido de fundamento para decisões judiciais sobre privacidade. Quando uma pessoa tem uma prova em local privado, reservado ou, de alguma forma, busca refúgio em seu ato, e o bem jurídico é tutelado como privado pela lei e pelos costumes, há que se ter critério em sua utilização como objeto de prova.

Por outro lado, quando alguém dá notoriedade a coisas que, por sua natureza, seriam privadas – imagens de seu corpo, informações da relação profissional etc. – não pode, posteriormente, pretender invocar privacidade a que voluntariamente abdicou, para evitar que seja utilizada como prova.

Importante destacar a distinção existente quando a gravação ambiental de áudio e vídeo é informada a terceiros e quando não é.

Estando os envolvidos cientes de que sua imagem e manifestações estão sendo gravadas – em palestras, espetáculos etc. – assim como em locais em que há sistema de segurança privados como câmeras de segurança. Aliás, no caso das câmeras de segurança, sua

finalidade é explicitamente o uso como prova em eventual demanda judicial, pelo que a advertência de sua existência, por si só, já legitima o uso das imagens como prova judicial (mas não para outras finalidades).

A gravação ambiental é permitida em audiências e sessões de julgamento em tribunais, independente de autorização. Não se confunde a gravação particular, livre, com aquela realizada como ato processual, que deve seguir as normas legais e regimentais.

### 8.1.2 Poder Público

O Poder Público, personalizado pela forma do Estado e manifestado por seus entes públicos, não é propriamente titular de privacidade. A privacidade é um sentimento humano de desconforto com a exposição de fatos e situações pessoais, cujo conceito aplica-se à pessoa jurídica, quando é manifestada por seus gestores desinteresse em expor fatos e situações inerentes à empresa e que, em seu conceito, só à mesma interessam.

Todavia, o Poder Público, por excelência, pertence ao povo, logo não é legítimo, em geral, ocultar fatos da população em geral. A regra é que há interesse público em tudo que é do Estado, logo não cabe cogitar de privacidade.

Evidente que no âmbito da atividade estatal, eventualmente, pode haver situações que não caiba a divulgação pública de alguma informação, mas é importante registrar que a exclusão da publicidade de atos do Poder Público dá-se sempre *no interesse do povo*, ainda que indiretamente, e não pode ocorrer da pessoa jurídica de direito público ou de seus gestores.

A premissa é que o Poder Público, enquanto pessoa jurídica, tem interesse em dar ampla divulgação aos seus atos, assim atendendo ao princípio constitucional da publicidade, através da efetivação de práticas de transparência administrativa.

Por outro lado, eventualmente o próprio interesse público pode recomendar que determinados atos ou situações não sejam divulgados; trata-se de situação excepcional, em que é reconhecido o *segredo de estado*<sup>104</sup>.

---

<sup>104</sup> GRECO, Leonardo. FARIA, Marcio Carvalho. GALVÃO Filho, Mauricio Vasconcelos. HARTMANN, Guilherme Kronenberg, GUEDES, Clarissa Diniz. AURAÚJO, Jose Aurélio. SILVA, Franklyn Roger Alves. *A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro. Segunda Parte. Anteprojeto do Grupo de Pesquisa*

Mesmo com relação aos segredos de estado, há limites temporais impostos pela Lei de Acesso à Informação – Lei nº 12.527/2011 – que também regula as restrições que o Poder Público pode impor à sociedade sobre as informações, estabelecendo limites materiais e procedimentais. Em qualquer caso, o sigilo é sempre exceção.

Dentro da ótica de que a atividade pública deve ser transparente, mesmo informações que, para os particulares, são privadas, para o Estado não o são. É o que ocorre com informações tributárias, bancárias e de gestão administrativa em geral.

Os Tribunais Superiores reforçam esse entendimento, embora tratando como ponderação entre privacidade e ao sigilo bancário, quando em questão atividades econômicas do Estado e o uso de verbas públicas:

“DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTROLE LEGISLATIVO FINANCEIRO. CONTROLE EXTERNO. REQUISIÇÃO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO DE INFORMAÇÕES ALUSIVAS A OPERAÇÕES FINANCEIRAS REALIZADAS PELAS IMPETRANTES. RECUSA INJUSTIFICADA. DADOS NÃO ACOBERTADOS PELO SIGILO BANCÁRIO E EMPRESARIAL. 1. O controle financeiro das verbas públicas é essencial e privativo do Parlamento como consectário do Estado de Direito (IPSEN, Jörn. Staatsorganisationsrecht. 9. Auflage. Berlin: Luchterhand, 1997, p. 221). 2. O primado do ordenamento constitucional democrático assentado no Estado de Direito pressupõe uma transparente responsabilidade do Estado e, em especial, do Governo. (BADURA, Peter. Verfassung, Staat und Gesellschaft in der Sicht des Bundesverfassungsgerichts. In: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25jährige Bestehens des Bundesverfassungsgerichts. Weiter Band. Tübingen: Mohr, 1976, p. 17.) 3. O sigilo de informações necessárias para a preservação da intimidade é relativizado quando se está diante do interesse da sociedade de se conhecer o destino dos recursos públicos. 4. Operações financeiras que envolvam recursos públicos não estão abrangidas pelo sigilo bancário a que alude a Lei Complementar nº 105/2001, visto que as operações dessa espécie estão submetidas aos princípios da administração pública insculpidos no art. 37 da Constituição Federal. Em tais situações, é prerrogativa constitucional do Tribunal [TCU] o acesso a informações relacionadas a operações financiadas com recursos públicos. 5. O segredo como “alma do negócio” consubstancia a máxima cotidiana inaplicável em casos análogos ao sub judice, tanto mais que, quem contrata com o poder público não pode ter segredos, especialmente se a revelação for necessária para o controle da legitimidade do emprego dos recursos públicos. É que a contratação pública não pode ser feita em esconderijos envernizados por um arcabouço jurídico capaz de impedir o controle social quanto ao

emprego das verbas públicas. 6. “O dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos impõe não haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 114). 7. O Tribunal de Contas da União não está autorizado a, manu militari, decretar a quebra de sigilo bancário e empresarial de terceiros, medida cautelar condicionada à prévia anuência do Poder Judiciário, ou, em situações pontuais, do Poder Legislativo. Precedente: MS 22.801, Tribunal Pleno, Rel. Min. Menezes Direito, DJe 14.3.2008. 8. In casu, contudo, o TCU deve ter livre acesso às operações financeiras realizadas pelas impetrantes, entidades de direito privado da Administração Indireta submetidas ao seu controle financeiro, mormente porquanto operacionalizadas mediante o emprego de recursos de origem pública. Inoponibilidade de sigilo bancário e empresarial ao TCU quando se está diante de operações fundadas em recursos de origem pública. Conclusão decorrente do dever de atuação transparente dos administradores públicos em um Estado Democrático de Direito. 9. A preservação, in casu, do sigilo das operações realizadas pelo BNDES e BNDESPAR com terceiros não, apenas, impediria a atuação constitucionalmente prevista para o TCU, como, também, representaria uma acanhada, insuficiente, e, por isso mesmo, desproporcional limitação ao direito fundamental de preservação da intimidade. 10. O princípio da conformidade funcional a que se refere Canotilho, também, reforça a conclusão de que os órgãos criados pela Constituição da República, tal como o TCU, devem se manter no quadro normativo de suas competências, sem que tenham autonomia para abrir mão daquilo que o constituinte lhe entregou em termos de competências. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5ª edição. Coimbra: Almedina, 2002, p. 541.) 11. **A Proteção Deficiente de vedação implícita permite assentar que se a publicidade não pode ir tão longe, de forma a esvaziar, desproporcionalmente, o direito fundamental à privacidade e ao sigilo bancário e empresarial; não menos verdadeiro é que a insuficiente limitação ao direito à privacidade revelar-se-ia, por outro ângulo, desproporcional, porquanto lesiva aos interesses da sociedade de exigir do Estado brasileiro uma atuação transparente.** 12. No caso sub examine: I) O TCU determinou o fornecimento de dados pela JBS/Friboi, pessoa que celebrou contratos vultosos com o BNDES, a fim de aferir, por exemplo, os critérios utilizados para a escolha da referida sociedade empresária, quais seriam as vantagens sociais advindas das operações analisadas, se houve cumprimento das cláusulas contratuais, se as operações de troca de debêntures por posição acionária na empresa ora indicada originou prejuízo para o BNDES. II) O TCU não agiu de forma imotivada e arbitrária, e nem mesmo criou exigência irrestrita e genérica de informações sigilosas. Sobre o tema, o ato coator aponta a existência de uma operação da Polícia Federal denominada Operação Santa Tereza que apontou a existência de quadrilha intermediando empréstimos junto ao BNDES, inclusive envolvendo o financiamento obtido pelo Frigorífico Friboi. Ademais, a necessidade do controle financeiro mais detido resultou, segundo o decisum atacado, de um “protesto da



Associação Brasileira da Indústria Frigorífica (Abrafigo) contra a política do BNDES que estava levando à concentração econômica do setor”. III) A requisição feita pelo TCU na hipótese destes autos revela plena compatibilidade com as atribuições constitucionais que lhes são dispensadas e permite, de forma idônea, que a sociedade brasileira tenha conhecimento se os recursos públicos repassados pela União ao seu banco de fomento estão sendo devidamente empregados. 13. Conseqüentemente a recusa do fornecimento das informações restou inadmissível, porquanto imprescindíveis para o controle da sociedade quanto à destinação de vultosos recursos públicos. O que revela que o determinado pelo TCU não extrapola a medida do razoável. 14. Merece destacar que in casu: a) Os Impetrantes são bancos de fomento econômico e social, e não instituições financeiras privadas comuns, o que impõe, aos que com eles contratam, a exigência de disclosure e de transparência, valores a serem prestigiados em nossa República contemporânea, de modo a viabilizar o pleno controle de legitimidade e responsividade dos que exercem o poder. b) A utilização de recursos públicos por quem está submetido ao controle financeiro externo inibe a alegação de sigilo de dados e autoriza a divulgação das informações necessárias para o controle dos administradores, sob pena de restar inviabilizada a missão constitucional da Corte de Contas. c) À semelhança do que já ocorre com a CVM e com o BACEN, que recebem regularmente dados dos Impetrantes sobre suas operações financeiras, os Demandantes, também, não podem se negar a fornecer as informações que forem requisitadas pelo TCU. 15. A limitação ao direito fundamental à privacidade que, por se revelar proporcional, é compatível com a teoria das restrições das restrições (Schranken-Schranken). O direito ao sigilo bancário e empresarial, mercê de seu caráter fundamental, comporta uma proporcional limitação destinada a permitir o controle financeiro da Administração Pública por órgão constitucionalmente previsto e dotado de capacidade institucional para tanto. 16. É cediço na jurisprudência do E. STF que: “ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – PUBLICIDADE. A transparência decorre do princípio da publicidade. TRIBUNAL DE CONTAS – FISCALIZAÇÃO – DOCUMENTOS. Descabe negar ao Tribunal de Contas o acesso a documentos relativos à Administração Pública e ações implementadas, não prevalecendo a óptica de tratar-se de matérias relevantes cuja divulgação possa importar em danos para o Estado. Inconstitucionalidade de preceito da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Ceará que implica óbice ao acesso.” (ADI 2.361, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 23/10/2014). 17. Jusfilosoficamente as premissas metodológicas aplicáveis ao caso sub judice revelam que: I - “nuclearmente feito nas pranchetas da Constituição. Foi o legislador de primeiríssimo escalão quem estruturou e funcionalizou todos eles (os Tribunais de Contas), prescindindo das achegas da lei menor. (...) Tão elevado prestígio conferido ao controle externo e a quem dele mais se ocupa, funcionalmente, é reflexo direto do princípio republicano. Pois, numa República, impõe-se responsabilidade jurídica pessoal a todo aquele que tenha por competência (e conseqüente dever) cuidar de tudo que é de todos”. (BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. In: Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Volume 8. 2º semestre de 2014. Rio de Janeiro: TCE-RJ, p. 18 e 20) II - “A legitimidade do Estado Democrático de Direito depende do controle da legitimidade da sua ordem financeira. Só o

controle rápido, eficiente, seguro, transparente e valorativo dos gastos públicos legitima o tributo, que é o preço da liberdade. O aperfeiçoamento d controle é que pode derrotar a moral tributária cínica, que prega a sonegação e a desobediência civil a pretexto da ilegitimidade da despesa pública. (TORRES, Ricardo Lobo. Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo. Obra em homenagem a Eduardo García de Enterría. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 645) 18. Denegação da segurança por ausência de direito material de recusa da remessa dos documentos.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 33340 / DF - DISTRITO FEDERAL. MANDADO DE SEGURANÇA. Relator(a): Min. LUIZ FUX. Julgamento: 26/05/2015.

“MANDADO DE SEGURANÇA. ATO QUE INDEFERE ACESSO A DOCUMENTOS RELATIVOS AO PAGAMENTO DE VERBAS PÚBLICAS. INOCORRÊNCIA DE SIGILO. CONCESSÃO DA ORDEM. 1. A regra geral num Estado Republicano é a da total transparência no acesso a documentos públicos, sendo o sigilo a exceção. Conclusão que se extrai diretamente do texto constitucional (arts. 1º, caput e parágrafo único; 5º, XXXIII; 37, caput e § 3º, II; e 216, § 2º), bem como da Lei nº 12.527/2011, art. 3º, I. 2. As verbas indenizatórias para exercício da atividade parlamentar têm natureza pública, não havendo razões de segurança ou de intimidade que justifiquem genericamente seu caráter sigiloso. 3. Ordem concedida.”

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 28178 / DF - DISTRITO FEDERAL. MANDADO DE SEGURANÇA. Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO. Julgamento: 04/03/2015.

O Supremo Tribunal Federal sobrestou em todo país julgamentos relativos à privacidade dos dados referente à remuneração dos servidores públicos, ao reconhecer repercussão geral na matéria:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DIVULGAÇÃO, EM SÍTIO ELETRÔNICO OFICIAL, DE INFORMAÇÕES ALUSIVAS A SERVIDORES PÚBLICOS. CONFLITO APARENTE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS. DIREITO À INFORMAÇÃO DE ATOS ESTATAIS. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE ADMINISTRATIVA. PRIVACIDADE, INTIMIDADE E SEGURANÇA DE SERVIDORES PÚBLICOS. Possui repercussão geral a questão constitucional atinente à divulgação, em sítio eletrônico oficial, de informações alusivas a servidores públicos.

(ARE 652777 RG / SP - SÃO PAULO. REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator(a): Min. AYRES BRITTO. Julgamento: 29/09/2011)

O que está em questão é justamente definir se tais informações devem receber o tratamento de transparência, próprio para verbas públicas, ou se têm natureza de informação privada sobre o patrimônio dos servidores públicos.

A questão talvez deva ser resolvida pela distinção entre *publicidade* e *divulgação*, já que parece evidente que o tema envolve, sem dúvida, tanto a transparência estatal quanto a privacidade dos servidores públicos.

Publicidade significa *dar acesso ao público*, ou seja, não exigir uma condição especial ou demonstração de interesse específico, para ter uma informação.

Divulgação consiste em promover a ampla disseminação da informação, projetando-a de forma ativa ao conhecimento do maior número de pessoas possível.

Um processo físico, em autos de papel, é público; mas se o texto de uma sentença é inserido numa matéria jornalística, ocorre sua ampla divulgação.

Assim, é necessário examinar os casos em que a simples publicidade passiva, caracterizada pela disponibilidade para qualquer interessado, é suficiente para cumprir o mandamento constitucional de transparência e publicidade, e as situações em que só a efetiva divulgação atinge o objetivo da norma constitucional, que é permitir a vigilante fiscalização por toda a sociedade.

Atualmente, ainda que sem consciência, adota-se esse conceito no processo eletrônico, pois nele as peças são *públicas*, mas apenas as decisões judiciais são *divulgadas* na rede mundial de computadores.

As peças dos processos judiciais estão disponíveis ao acesso de qualquer cidadão, que pode comparecer ao fórum e visualizá-las, sem nenhuma restrição, porém apenas os sujeitos do processo têm acesso remoto, através da *internet*.

Essa opção assegurou, no âmbito do processo eletrônico, suficiente transparência aos procedimentos judiciais, atendendo ao princípio constitucional de publicidade. Contudo, não se avançou além do necessário sobre o sentimento de privacidade das partes, que embora não possam negar o acesso da população ao seu processo, podem preferir que esse acesso não seja disponibilizado de forma tão ampla, que caracterize verdadeira *divulgação*.

No caso dos servidores públicos, certo é que não se pode negar acesso e conhecimento do valor pago a um servidor público, a quem compareça ao órgão pagador e solicite a informação; todavia, soa como efetivo exagero a divulgação de listas nominais.

Note-se que não se demonstra o interesse em uma lista nominal, se a mera indicação do valor pago a cada servidor – sem associação ao nome, no sítio eletrônico – já permite a regular fiscalização, pela sociedade, sobre o montante que está sendo pago. Caso surja um caso concreto e alguém entenda que certo servidor público recebeu algo indevidamente, poderá comparecer ao órgão pagador e solicitar informações completas – inclusive o nome do servidor – ou mesmo provocar as autoridades.

Na prática, a relação nominal de vencimentos constrange os servidores e não amplia a possibilidade de fiscalização, terminando por servir, apenas, para violar a privacidade dos milhares de servidores contra os quais não há nenhuma imputação de que recebam valores indevidos, mas têm, assim mesmo, seu patrimônio devassado na rede mundial de computadores.

O cuidado especial com informações disponibilizadas na *internet* deve ser permanente e sempre deve levar em conta a extensão do dano potencial, caso a exposição seja excessiva. Esse cuidado deve compreender, inclusive, as informações processuais que são disponibilizadas nos *sites* oficiais dos tribunais e do poder público.

### **8.1.3 Sigilo da instrução criminal**

Importante consignar que não se confunde o segredo de justiça imposto para garantia da instrução criminal, com aquele que é determinado para preservar o direito à privacidade.

A lei prevê hipóteses em que é restrito o acesso aos autos, mesmo que para efeito de prova da defesa, em determinados momentos em que estão em curso diligências que integram a instrução criminal, todavia, essa restrição não tem fundamento em eventual direito à privacidade, mas no direito estatal de persecução penal e dever de efetividade da prestação jurisdicional, pelo que não é objeto deste estudo.

O segredo de justiça estabelecido em matéria civil – art. 11 do Código de Processo Civil – objetiva preservar a privacidade das partes e interessados, enquanto no processo penal ambas as modalidades, garantia da instrução e da privacidade, são possíveis.

Cabe fazer a presente observação, pois serão examinadas no curso deste trabalho decisões judiciais que, entre outros assuntos, restringem ou limitam a produção de prova, vedando acesso a colaborações premiadas ou provas produzidas na fase de inquérito, contudo, repita-se, essa limitação não guarda relação com o foco deste estudo.

Certo é que algumas dessas decisões enfrentam também temas relacionados com a privacidade dos colaboradores ou mesmo dos acusados; nesta parte, tais manifestações judiciais têm relevância para o presente estudo e suas fundamentações serão examinadas.

## **8.2 Disposição da privacidade no processo**

O direito à privacidade, para fins probatórios, não é inteiramente disponível. Não é disponível no sentido de que há certos limites para a prova que deve ser aceita em juízo, ainda que a parte esteja disposta a despojar-se de sua privacidade.

Uma pessoa pode renunciar ao limite probatório da privacidade íntima somente em situações muito excepcionais e em que esteja em questão direito seu de mais alta relevância; e mesmo assim, somente em algumas situações. Mesmo que a parte aceite aviltar a própria dignidade, isso não deve ser permitido no processo.

É dever do julgador guardar a *privacidade íntima* das pessoas, recusando a produção de provas que a atinjam, salvo se absolutamente pertinentes e imprescindíveis, logo, a proporcionalidade também incide na decisão que autoriza a renúncia à proteção da privacidade íntima, para fins de prova.

Atos de disposição da privacidade relacional podem ser permitidos, mas somente se efetivamente necessário. É importante estar atento ao fato de que a privacidade relacional protege também o valor social das relações mencionadas entre os direitos fundamentais.

A privacidade social é inteiramente disponível, por não consistir em nível elevado de proteção. Na verdade, como salientado, não há propriamente sigilo, mas reserva de determinados assuntos, que são resguardados da divulgação pública.

Aplica-se também à disposição sobre a proteção à privacidade para fins de provas, os pactos processuais expressamente admitidos pelo Código de Processo Civil. As partes podem convencionar livremente as provas que serão ou não serão admitidas no processo entre si.

Observe-se que a convenção pode servir tanto para a disposição de provas, quanto para a *restrição* de provas, ou seja, é lícito que as partes convencionem que certas provas – mesmo em níveis mais tênues de privacidade – não serão produzidas, suportando, é claro, as consequências jurídicas de julgamento.

### **8.3 Efeitos da violação da privacidade**

#### **8.3.1 Nulidade da prova ilícita**

A primeira e mais importante consequência da violação indevida de privacidade, no ato de produção de uma prova, consiste em sua invalidade. A lógica do sistema de instrução processual, no ambiente constitucional que veda a prova ilícita, depende da impossibilidade de ser atribuído qualquer efeito à tal prova.

Não há dúvida, ante o conteúdo processual do direito à privacidade, no que tange a instrução, que por seu aspecto garantístico, a prova que o viola indevidamente é ilícita e, portanto, não é válida.

Com ensina a doutrina<sup>105</sup>, a licitude da prova é condição de sua admissibilidade e se apresenta como um limite à obtenção de provas:

A busca da verdade e da justiça, empreendida no processo pelos juízes, encontra, assim, um limite especialmente elencado em relação à prova, mas que decorre do preceito geral do devido processo legal. Não se pode, portanto, admitir que a prova derive de tortura ou qualquer de qualquer outra violação de preceitos legais.

Observe-se que a invalidade da prova ilícita tem a dupla finalidade de afastar da apreciação no processo, prova que pelo vício na produção, não seja confiável, bem como

---

<sup>105</sup>MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Teoria Geral do Processo*. Ed. Lumen Juris : Rio de Janeiro, 2009. P.33.

evitar que sua aceitação, ainda que com sanção a quem praticou a ilegalidade, torne-se um estímulo a futuras violações.

A prova ilícita, mesmo que confiável do ponto de vista lógico-cognitivo, não é juridicamente válida a respaldar argumento ou decisão judicial.

Com efeito, as normas protetivas da privacidade necessariamente informam as diligências de produção de provas, justamente para que atos instrumentais de produção de prova (busca e apreensão, tomada de depoimentos etc.), não viciem a prova pela violação indevida da privacidade, no momento da obtenção da prova.

Note-se que não a violação à privacidade não esvazia todo o acervo probatório, mas tão somente aqueles elementos que tenham sido alcançados utilizando estritamente métodos que desconsiderem o direito individual da parte ou terceiro de ter sua privacidade respeitada.

A fundamentação da decisão, nos casos em que o juiz tenha acesso à prova ilícita e depois a exclua do processo, ganha singular importância<sup>106</sup>:

O risco de contaminação precisaria ser afastado, dando o juiz demonstração cabal na sua futura decisão de que de nenhum modo deixou-se influenciar pela prova ilícita eventualmente indeferida. Essa é uma têmpera, um vigor moral, que a sociedade tem o direito de exigir dos juízes, o de saber separar os fatos e provas que podem ou não ser levados em consideração na formação do seu convencimento.

Vale ratificar que apenas o terceiro, que tenha sua privacidade indevidamente violada por ato judicial de produção de prova, é que pode aduzir a ilegalidade do ato, não o podendo fazer a parte a quem favoreça a nulidade, se o terceiro opta por tolerar a violação. A privacidade, como se verá detalhadamente adiante, é disponível, salvo quando violadora do âmago da dignidade da pessoa humana.

Note-se que quando se está diante de uma prova produzida de forma ilícita – no caso, por violação indevida à privacidade – aplica-se a “teoria dos frutos da árvore envenenada”, de modo que quaisquer informações obtidas não poderão ser utilizadas no mesmo processo, tampouco para qualquer outro fim.

---

<sup>106</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro : Forense, 2009. Volume II. p. 113.

Adotando esse entendimento, a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo que, tendo a interceptação telefônica sido considerada prova ilegal no processo em que foi produzida, não pode ser utilizada como prova:

AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. PENAL E PROCESSUAL PENAL. DESEMBARGADOR FEDERAL E CORRÉUS. IMPUTAÇÃO DOS CRIMES DO ART. 325 (VIOLAÇÃO DE SIGILO FUNCIONAL), ART. 357 (EXPLORAÇÃO DE PRESTÍGIO) E ART. 288 (QUADRILHA), TODOS COM CÓDIGO PENAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PROVA EMPRESTADA. DECLARAÇÃO NOS AUTOS ORIGINÁRIOS DE SE TRATAR DE PROVA ILÍCITA (APN N.º 464/RS). IMPRESTABILIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA QUE NÃO DESCREVE A CONDUTA TÍPICA DO CRIME DE EXPLORAÇÃO DE PRESTÍGIO, BEM COMO NÃO APRESENTA LASTRO PROBATÓRIO MÍNIMO ACERCA DO PRETENSO VÍNCULO ASSOCIATIVO ESTÁVEL DA QUADRILHA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. DECLARAÇÃO DA PRESCRIÇÃO DO CRIME DE VIOLAÇÃO DE SIGILO FUNCIONAL. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA.

1. Considerando que a pena máxima cominada em abstrato para o crime do art. 325 do Código Penal (violação de sigilo funcional) é de dois anos, o prazo prescricional é de quatro anos, a teor do art. 109, inciso V, do mesmo Código. E, tendo em conta que os fatos supostamente criminosos datam de maio a julho de 2005, o lapso temporal da prescrição ocorreu nesses meses do ano de 2009, antes mesmo do oferecimento da denúncia em 14 de dezembro de 2010.
2. Nos autos da Ação Penal n.º 464/RS, julgada pela Col. Corte Especial, reconheceu-se a ilicitude da prova colhida mediante a interceptação telefônica, a qual foi aproveitada nos presentes autos.
3. A controvérsia, portanto, não pode mais ser ressuscitada, razão pela qual devem ser desconsideradas as provas obtidas por meio das interceptações telefônicas, bem como todas delas derivadas, ressalvado o disposto no art. 157, § 1.º, do Código de Processo Penal.
4. Sem embargo, mesmo sem adentrar no exame da possível subsistência de outros elementos de prova independentes para, eventualmente, subsidiar o recebimento da peça acusatória, esta se mostra, data maxima venia, inepta quanto às demais imputações.
5. Quanto ao crime de exploração de prestígio, a narrativa acusatória se limita a conjecturar acerca do possível uso de informações sigilosas pelos advogados denunciados, com o suposto propósito de cooptarem clientela, apontando os demais denunciados como partícipes pelo fato de repassarem os aludidos documentos. Não está narrada, assim, a conduta típica do art. 327 do Código Penal ("Solicitar ou receber dinheiro ou qualquer outra utilidade, a pretexto de influir em juiz, jurado, órgão do Ministério Público, funcionário de justiça, perito, tradutor, intérprete ou testemunha").



6. No que diz respeito ao crime de quadrilha, vê-se que a suposta associação estável entre os denunciados se baseia no campo da presunção, desprovida de lastro probatório mínimo para sustentá-la, configurando, pois, ausência de justa causa.

7. Julgada extinta a punibilidade estatal pela prescrição da pretensão punitiva em relação ao crime de violação de sigilo funcional; e rejeitada a denúncia em relação aos crimes de exploração de prestígio e formação de quadrilha.

(Superior Tribunal de Justiça. CORTE ESPECIAL AÇÃO PENAL 661 / PR. Processo 2008/0055407-5 Relator(a) Ministra LAURITA VAZ. Data do Julgamento 16/05/2012. Data da Publicação/Fonte DJe: 29/05/2012)

A ilicitude da prova conduz, pois, inexoravelmente a sua inadmissão e, portanto, à impossibilidade de ser considerada no processo ou, de qualquer modo, embasar ato ou decisão<sup>107</sup>.

### 8.3.2 Responsabilização dos sujeitos do processo

Todos os sujeitos do processo, magistrados, advogados, partes e auxiliares do juízo devem responder pessoalmente pela violação indevida da privacidade da parte. Evidente que a decisão sobre produzir ou não uma prova, cuja intromissão indevida à privacidade que uma parte alega, é questão de direito, somente sujeita ao reexame pelos tribunais, nas vias recursais, mas a divulgação das informações privadas do processo a terceiros, é conduta passível de avaliação disciplinar para magistrados, promotores, advogados e servidores.

As partes que circunstancialmente tenham acesso às informações privadas no processo, têm o dever legal de preservar-lhes a privacidade, sob pena de responsabilização. Evidente que em se tratando de questão diretamente atinente ao mérito ou inserta em relação jurídica que inclua a própria parte, a informação adentra sua própria esfera e sua divulgação observará as regras normais de direito, sob revelação de fatos pessoais de terceiros.

Nesse sentido, a seguinte decisão reconhecendo a ação de *habeas data* como instrumento de defesa da privacidade:

---

<sup>107</sup>REICHELDT, Luis Alberto. *A inadmissibilidade das provas ilícitas na perspectiva do direito ao processo justo*. Revista de Processo. Ano 39. V. 228. Revista dos Tribunais : São Paulo, fevereiro/2014. p. 99.

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS DATA. ART. 5º, LXXII, DA CF. ART. 7º, III, DA LEI 9.507/97. PEDIDO DE VISTA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. INIDONEIDADE DO MEIO. RECURSO IMPROVIDO. 1. O habeas data, previsto no art. 5º, LXXII, da Constituição Federal, tem como finalidade assegurar o conhecimento de informações constantes de registros ou banco de dados e ensejar sua retificação, ou de possibilitar a anotação de explicações nos assentamentos do interessado (art. 7º, III, da Lei 9.507/97). 2. A ação de habeas data visa à proteção da privacidade do indivíduo contra abuso no registro e/ou revelação de dados pessoais falsos ou equivocados. 3. O habeas data não se revela meio idôneo para se obter vista de processo administrativo. 4. Recurso improvido. (Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno HD 90 AgR / DF - DISTRITO FEDERAL. AG.REG.NO HABEAS-DATA. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE. Julgamento: 18/02/2010. Publicação DJe-050 18-03-2010)

No que tange o acesso às informações privadas pelos sujeitos do processo, assim como ocorre nos demais níveis, há a proteção da responsabilidade pessoal, profissional e funcional pela não divulgação das informações que tiveram ciência através do processo.

#### **8.4 Abuso da alegação de privacidade**

O sistema jurídico protege a privacidade em diversas esferas jurídicas e extrajurídicas. No processo civil, a privacidade é comumente invocada como estratégia de defesa, em última análise, reduz as possibilidades de produção de prova pela parte adversária, na medida em que, se acolhida arguição, não terá o adversário como utilizar provas que impactem a privacidade da outra.

Todavia, os critérios sobre a privacidade no âmbito do processo, diferentemente do que ocorre na vida pessoal, não podem ser *subjetivos*.

Na medida em que a privacidade produz efeito jurídico relevante no processo, inclusive para restringir a regra de publicidade dos atos processuais, não há dúvida que somente em casos excepcionais e devidamente fundamentados pode ser reconhecida a situação de privacidade.

Por isso o conceito de privacidade no processo não pode ser subjetivo: não existe “direito” de exigir privacidade de atos que não sejam, por sua natureza, privados.

A definição dos casos em que a privacidade existe e é legítima é complexa, devendo basear-se em critérios objetivos pautados na lei e nas normas de experiência.

Importante observar que o só a circunstância de uma parte não querer que fato ou matéria tratada num processo seja pública, por si só, não é suficiente para a imposição da preservação da privacidade, justamente porque a publicidade e transparência do processo judicial integram o arcabouço jurídico que assegura sua legitimidade democrática.

Ocorre que essa técnica não é legítima. Evidente que a impossibilidade de utilização de uma prova, devido ao fato dela esbarrar na privacidade de outrem, terá como consequência a restrição dos meios de prova da parte, contudo, a arguição não pode ser formulada com esse objetivo: somente é legítima a limitação probatória com fundamento na privacidade, quando está alegada por efetivamente atingir o direito subjetivo da pessoa cuja privacidade será devassada pela produção da prova e não exclusivamente como tática de defesa.

Todavia, não se pode conhecer o elemento subjetivo da parte ou terceiro que invoca a escusa de prova fundada em sua própria privacidade, não há como saber se o faz porque efetivamente se sente atingido e exposto pela produção da prova, ou se pretende com isso auxiliar a parte adversária daquela que requereu a prova.

Por isso, patente que é imprescindível que existam critérios objetivos de aferição da situação de violação ou não de privacidade, pela produção de prova, bem como verificação da *intensidade* dessa privacidade, visto que deverá ser ponderada com o direito da parte requerente da prova, tanto de ter acesso à justiça, como com relação ao próprio direito material em litígio.

Forma abusiva de alegação de privacidade, que consiste na oposição indevida à adequada instrução processual, ocorre quando a privacidade é invocada por terceiro, que não o titular do direito. A situação observa-se, p.ex., no caso em que é demandada a instituição prestadora de serviço de informações sobre a residência de uma testemunha que se quer localizar e a parte que não quer o depoimento alega a privacidade da testemunha.

Não se tratando de grave violação à dignidade da pessoa humana – hipótese em que se reconhece interesse universal na defesa do direito – não pode uma parte invocar a privacidade de outrem, que não se importa com o ato processual realizado nem sente aviltada sua privacidade com o mesmo.

Por outro lado, o procedimento deve prever a comunicação desse terceiro, pois esse sim é titular de sua própria privacidade e, conforme o caso, poderá invocá-la ou defendê-la judicialmente.

A boa-fé deve pautar todas as condutas das partes e sujeitos do processo, inclusive o fundamento de suas alegações. Nesse sentido, leciona TARUFFO<sup>108</sup>:

Alguém pode provavelmente dizer que nenhum sistema legal é completamente indiferente ao ADP (Abuso de Direitos Processuais), mas isto é apenas o começo do problema, não o fim, visto que as abordagens atuais do tópico são numerosas e várias.

Há, de fato, um largo espectro de situações diferentes: em alguns países, como, por exemplo, na França, existem regras claras e gerais concernentes ao ADP e investindo a corte com o poder de sancionar abusos. Tais regras gerais existem também em outros sistemas seguindo o modelo francês (como, por exemplo, a Bélgica e, em alguma medida, a Holanda). Na extremidade oposta do espectro, há sistemas nos quais o direito não fala abertamente do ADP, mas algumas disposições gerais falam de “lealdade e honestidade” como padrões para conduta processual das partes.

Esclarece, ainda, o autor, que há regras similares em países latino-americanos, sendo certo que as linhas do instituto, traçadas pelo exímio doutrinador italiano, podem ser reconhecidas no nosso sistema processual. E prossegue Taruffo, apontando traços que reforçam a ideia:

A cláusula geral de boa-fé é também usada como um meio de colmatar as lacunas existentes em regras processuais. Este caso pode ser difícil de definir especificamente, mas o raciocínio básico é o seguinte: um ato ou uma conduta processual (ou pré-processual) não pode ser especificamente previsto e explicitamente definido como abusivo pelo direito; todavia, é entendido como abusivo porque é injustificadamente nocivo, ou implica abuso de poder, ou é leviano e dilatatório, ou é dirigido a propósitos ilegais ou inadequados etc. Na falta de uma regra específica prevenindo ou punindo tal ato ou conduta, uma referência à cláusula geral de boa-fé pode ser o único meio de precisar que um padrão de lealdade foi violado.

---

<sup>108</sup>TARUFFO, Michele. *Abuso de direitos processuais : padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral)*. Barreiros. L. M. S. (Trad.). Revista de processo n° 177. Ano 34. São Paulo : Revista dos Tribunais, novembro/2009.

Por fim, tranquiliza o autor quanto ao possível receio de que o reconhecimento da possibilidade de um eventual abuso de direito de ação, macule ou relativize a garantia constitucional de acesso à justiça:

Por outro lado, pode-se dizer que não há contradição necessária em se falar de abuso de direitos. Um direito pode ser exercido em muitos modos diferentes e com diferentes propósitos. Por isso, há também a possibilidade de distinguir condutas processuais “justas” e “corretas” daquelas “injustas” e abusivas”. [...]

Estes argumentos conduzem à conclusão de que não há contradição inerente entre garantias processuais e ADP. Direitos garantidos podem ser usados de formas incorretas e com propósitos inadequados e, portanto, eles podem ser objeto de abuso.[...]

Adotando o mesmo entendimento, ensina PINHO<sup>109</sup>:

Violando a parte seus deveres éticos, isto é, de lealdade e boa-fé processual (art. 14,II), ela é considerada litigante de má-fé por estar utilizando o processo com o objetivo de vencer a qualquer custo ou de, pelo menos, prolongar deliberadamente o seu curso normal, causando dano à parte contrária. Todavia, não é só a parte (do processo ou da demanda) fica prejudicada. Em verdade, a má-fé processual prejudica todo o processo, na medida em que pode impedir, até mesmo, a solução da controvérsia. Nesse sentido, o Código prevê em seu art. 14, I e II, o dever de veracidade em relação às alegações das partes, bem como do de formular pretensões e alegar defesas fundamentadas, isto é, de acordo com o sistema normativo vigente.

Nesse passo, também no que tange a alegação de limitação ao direito de prova, com fundamento na privacidade, vigora o *dever ético* das partes e seus representantes. A boa-fé tem no art. 4º do Código de Processo Civil seu reconhecimento como princípio geral.

## 9 PRIVACIDADE E AS PROVAS COM NOVAS MÍDIAS

### 9.1 Câmeras de segurança

---

<sup>109</sup>PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. Lumen Juris : Rio de Janeiro, 2010. P. 265.

As imagens gravadas por câmeras de segurança têm como peculiaridade o fato que parte de sua razão de existir é justamente fazer prova em processo judicial.

Se uma câmera produz uma imagem instantânea, mas não a arquiva, ou seja, não realiza sua gravação, não haverá como ser utilizada como prova em processo judicial, podendo, quando muito, ser colhido o depoimento de testemunha que tenha assistido à imagem em tempo real.

Por outro lado, se a câmara é dotada de equipamento de gravação da imagem, esse registro poderá ser utilizado, tanto para fornecer ao gestor do equipamento a ciência dos fatos gravados, como para eventualmente comprovar a terceiros a ocorrência dos fatos gravados, inclusive servindo de prova em processo judicial.

Em qualquer das hipóteses, a primeira premissa necessária é que somente pode haver filmagem, com ou sem gravação, em ambiente em que seja lícita a captação de imagens e, assim, em que não esteja sob proteção a privacidade de alguém.

O espaço público, em regra, é um ambiente livre e aberto, sem restrição específica de exposição ou visualização, pelo que não há motivo jurídico para se reconhecer restrições à prática de produzir imagens.

Dentro da ótica do art. 5º, inciso I, da Constituição da República, em que tudo que não é proibido ao particular, é permitido, é possível reconhecer um direito de realizar imagens. Ocorre que esse direito, como qualquer outro, encontra limites, não sendo absoluto.

O limite mais evidente ao direito de produção de imagens é a privacidade de terceiros, que têm o direito de não ter sua imagem captada, gravada ou utilizada, limitando o direito de quem as quer registrar.

Importante reconhecer, nesse passo, de um lado, o amplo direito de fazer gravações audiovisuais de espaços públicos, urbanos, naturais ou rurais, desde que isso não impacte o direito de terceiros, pessoas físicas ou jurídicas, valendo lembrar que é lícita em diversos casos a privacidade sobre bens pessoais.

No outro extremo, temos a vedação à captação não autorizada de imagens em locais privados de uso pessoal ou exclusivo, como regra. Juntamente com os espaços particulares, situam-se os espaços que as convenções sociais estabelecem como de uso exclusivo, como banheiros ou vestiários, ainda que não sejam privados.

Nenhuma imagem pode ser feita em espaço de uso exclusivo sem autorização, aviltando a conduta de captá-las sem autorização a própria dignidade da pessoa humana, sendo prova manifestamente imprestável ao processo judicial.

Não há dúvida que, sob nenhum argumento, poderia ser aceita como prova no processo civil uma filmagem não autorizada realizada num banheiro, no leito conjugal ou mesmo dentro da casa de uma pessoa. Mesmo no processo penal, em regra, essa filmagem poderia ser prévia e judicialmente autorizada, sob a forma de gravação ambiental.

Filia-se esse trabalho ao entendimento de que não pode ser autorizada gravação ambiental em local de uso exclusivo – escuta – para fins de prova no processo civil. A eventual utilização de *prova emprestada* do processo criminal foi tratada em capítulo anterior.

Porém há casos em que a gravação ambiental pode ser realizada, pelo proprietário de área privada, mediante prévia e explícita comunicação aos frequentadores ou pessoas que tenham acesso ao local e, nesse caso, a prova é lícita para o processo civil.

Assim, não há óbices em câmeras de segurança, quando a gravação ambiental é precedida de sinalização inequívoca às pessoas cuja imagem venha a ser captada. É lícito que lojas, supermercados, bancos e quaisquer outras empresas mantenham equipamento de filmagem, inclusive com gravação e registro, desde que avisem às pessoas que ingressem no local ou mantenham sinais visíveis informando que o local é filmado, gravado, vigiado ou monitorado.

A prévia comunicação ou disposição de aviso eficiente caracteriza a anuência das pessoas que ingressam no local sob vigilância audiovisual, à situação de ter suas condutas naquele local registradas em vídeo.

Note-se que a mesma ideia vale para câmeras de segurança domiciliares, todavia, permanece para quaisquer lugares a vedação à gravação em locais de uso exclusivo, tais como banheiros, vestiários etc.

A gravação de imagens consentida ou permitida, submete-se às regras de direito material de uso de imagem, assim como podem ser utilizadas em processo judicial entre as mesmas partes, em se tratando de mera imagem, sem avanço sobre a privacidade corporal. Evidente que em se tratando de imagem, ainda que consentida no momento da gravação, que se insira no núcleo de proteção mais denso de privacidade – a intimidade inerente à dignidade

da pessoa humana – não caberá sua utilização como prova. Essa é a situação de filmagens consentidas de atos de relação sexual, imagens sobre o próprio corpo ou manifestações autorreferenciadas, como diários.

Há, ainda, a gravação ambiental em espaço público, comum em lojas, postos de gasolina e condomínios residenciais, entre tantos outros lugares, cujas câmeras de segurança alcançam o passeio público, as vias e áreas públicas.

No caso da gravação ambiental em área pública ganha especial relevância a percepção do limite imposto pelo abuso de direito. A gravação deve se limitar ao necessário para sua finalidade, que é a segurança de algum imóvel ou local, não se justificando um amplo aparato de monitoramento das atividades privadas desenvolvidas nas proximidades.

Outra limitação importante nos centros urbanos consiste no alcance de câmeras de segurança sobre residências, janelas e áreas privadas exclusivas. Por exemplo, por ocasião da implantação dos sistemas de monitoramento da cidade do Rio de Janeiro, para estruturação do Centro Integrado de Comando e Controle – CICC (que reúne e gerencia todas as câmeras do município), houve o cuidado de bloquear a movimentação das câmeras, para não permitir que conseguissem gravar imagens dentro de apartamentos e casas.

Nesse sentido, as imagens captadas por câmeras de segurança podem servir de prova em processos cíveis e criminais. Frise-se que noção de segurança empresarial ou pessoal, não se limita à matéria criminal, podendo as imagens ser utilizadas em processos cíveis, trabalhistas ou de qualquer natureza.

Embora a questão da filmagem na relação trabalhista não seja o escopo desse trabalho, cumpre salientar que o Tribunal Superior do Trabalho autoriza a captação audiovisual no ambiente de trabalho, desde que com preservação da privacidade dos empregados<sup>110</sup>.

Outra limitação que caracterizaria eventual abuso de direito consiste na utilização das imagens, pois se a finalidade das câmeras é a segurança, somente para esse fim podem ser usadas as imagens. Evidente que um transeunte não se despoja de seu direito de imagem pelo

---

<sup>110</sup>RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL - AUSÊNCIA. CÂMERAS DE VIGILÂNCIA NO AMBIENTE DE TRABALHO. A utilização de câmeras de filmagem no ambiente de trabalho, desde que não foquem locais onde haja risco de violação de privacidade dos empregados (refeitórios ou banheiros) ou um ou outro empregado em especial, não viola a intimidade, não constitui ilícito e, em consequência, não induz dano moral. Recurso de revista não conhecido. (TST - RECURSO DE REVISTA RR 9768220105110015 - 976-82.2010.5.11.0015)



simples fato de transitar em calçadas diante de lojas com câmeras de segurança, logo não é lícita a utilização das imagens para outro fim.

## 9.2 Redes sociais

O estudo do tenso equilíbrio entre o direito à privacidade e crescente utilização das redes sociais para todos os fins, é matéria que transcende o escopo desse trabalho. Aqui nos limitamos a examinar a utilização das informações lançadas nessa mídia, em processos judiciais.

A primeira premissa que consideramos é reconhecer que as redes sociais podem ser utilizadas de duas formas muito distintas, que vão determinar o estatuto jurídico aplicável a cada uma delas: podem ser uma forma de *comunicação* e uma forma de *convivência*.

É fácil perceber as redes sociais como *WhatsApp*, *Facebook*, *Twitter* e *Instagram* como meios de comunicação, pois através deles é possível estabelecer conversas privadas, escritas, verbais e audiovisuais em tempo real, assim como é possível encaminhar comunicações estáticas, para acesso posterior, o que não deixa de ser uma forma de comunicação.

Todavia, é preciso reconhecê-los também como um ambiente de convivência social. Isso porque o regramento jurídico que normalmente se utiliza para comunicação, referido nesse trabalho como *privacidade relacional*, considera justamente a existência de um número limitado e escolhido de pessoas que têm acesso à informação disponibilizada. Além disso, a comunicação presume o ânimo definido da parte que a projeta de transferir uma informação a alguém, dentro de uma relação de confiança conhecida e limitada.

Por outro lado, as redes sociais oferecem, além do meio de comunicação interpessoal direto, a possibilidade de uma ampla convivência social: *postar* uma foto no *Facebook* tem um impacto sobre a privacidade pessoal de uma pessoa, mais próximo de *sair para passear na rua* do que de *realizar uma ligação telefônica*.

A própria denominação dessa mídia – *redes sociais* – já induz sua ideia central, que consiste em criar um ambiente comunitário de divulgação de informações. Refere-se aqui à *divulgação*, pois é o que acontece, já que a conduta de inserir uma informação em uma rede

social dá-se com a consciência de que a informação será largamente divulgada, consistindo, portanto, em um movimento ativo de propagação de uma informação pessoal.

Evidente que algumas dessas redes sociais permitem alguma limitação do ambiente de divulgação dessas informações, porém essa limitação é muito *relativa*, na medida em que a própria natureza de “rede” dessa mídia, incute a ideia de que as informações recebidas por algumas pessoas, serão repassadas as demais, objetivando, em última análise, um conhecimento amplo e uniforme sobre tudo que é inserido nas mesmas.

Na verdade, *postar* (inserir) uma informação na rede social confere muito mais notoriedade a uma informação do que o exemplo antes referido (“sair à rua”), pois as tecnologias disponíveis permitem um acesso quase ilimitado e contínuo às informações, algo que não acontece com os espaços físicos públicos, que tem uma limitação geográfica. A característica de armazenamento e organização de tais redes aumenta, ainda, o acesso a essa informação, haja vista que não apenas facilita a visualização das informações, como permite buscas, consultas etc.

O entendimento desse ambiente é relevante para que se possa compreender a repercussão da divulgação de uma informação nas redes sociais e, com isso, seja possível mensurar o impacto disso na privacidade de alguém e a possibilidade de utilização disso como meio de prova.

Assim, assumindo como premissa essa divisão de funções das *redes sociais*, qual seja, *comunicação e ambiente de relação*, faz-se uma primeira distinção para afirmar que somente quando a informação é transmitida sob a forma de *comunicação* é que pode receber a proteção legal própria dessa matéria.

Uma comunicação feita de uma pessoa para outra, por via digital reservada e restrita às duas partes, deve ser considerada uma forma de *comunicação*, estando, pois, tutelada como uma *privacidade relacional*. Isso ocorre com mensagens de texto interpessoais, independentemente da mídia utilizada (mensagem por operadora de celular, *WhatsApp* ou outra *VPN*<sup>111</sup>, *chat privado* e mesmo mensagens por canais reservados no *Facebook*, *Twitter* e *Instagram*, ou qualquer outro.

---

<sup>111</sup>Uma Rede Particular Virtual (*Virtual Private Network* – VPN), como o próprio nome sugere, é uma forma de conectar dois computadores utilizando uma rede pública, como a Internet. A VPN mais conhecida é o aplicativo para celulares denominado WhatsApp.

Entretanto, se a informação é livre e voluntariamente divulgada na *rede social* a um número irrestrito de pessoas – ou mesmo “restrito” a um extenso número de *links de relação*, a semelhança do que ocorre em grupos grandes e impessoais de *WhatsApp* ou mesmo a página pessoal de uma pessoa no *Facebook*, onde há pessoas com baixo ou nenhum nível de intimidade, é certo que o usuário que *postou* a informação está ciente de que renunciou à eventual privacidade sobre o tema divulgado e não terá como ter controle de seu conhecimento por terceiros.

Importante reforçar, nesse ponto, que a *internet* estabeleceu um nível intermediário de relação, que nem é tão privado como a relação pessoal, nem é tão público com a divulgação de informações na imprensa livre, que são os “grupos” ou “páginas” com pessoas apenas conhecidas, porém com quem o usuário, muitas vezes, não mantém nenhuma intimidade ou relação continuada.

Não sendo a informação liberada a um número realmente conhecido de pessoas, mas sim perante um grupo de composição variável e sem acordo prévio sobre o limite de redistribuição das informações para fora do grupo – isso é importante: em regra, a ética das redes sociais, em regra, presume que as informações interessantes serão “*repassadas*” – certo é que quem posta uma informação pessoal no *Instagram* ou no *Facebook*, não poderá depois se escudar na invocação de uma eventual *privacidade relacional*. Trata-se, na verdade, de um ato de disposição voluntária de privacidade.

Essa distinção clara, entre o que é *comunicação interpessoal e manifestação aberta em um ambiente de relação social*, é fundamental para aplicar os conceitos de níveis de privacidade antes elaborados.

Se uma pessoa se comunica com outra, por qualquer via restrita às duas pessoas, ainda que utilizando uma funcionalidade de uma rede social que limita o conhecimento do que é dito, escrito ou transmitido somente às duas pessoas, certo é que a situação é de *comunicação*, logo a hipótese situa-se no segundo nível de privacidade – *privacidade relacional* – e sofre uma maior restrição para sua utilização como prova.

Porém se uma pessoa libera uma informação de forma ampla e irrestrita, a um número de pessoas com quem tem intimidade muito restrita ou nenhuma, está consciente que essa informação circulará, tal como ocorre “quando sai à rua”, logo a matéria estará fora de

qualquer nível de privacidade, não tendo nenhuma tutela específica para sua utilização como prova. Isso significa dizer que mesmo um completo estranho poderá usar o *post* (publicação) como prova em um processo judicial, ainda que não tenha nenhuma relação com a pessoa que *postou* (divulgou a informação originalmente).

Note-se que há, ainda, um outro limite de privacidade, que é material e não processual e, por isso, não objeto desse estudo. Consiste no limite de exposição e utilização que se pode dar materialmente à imagem de outrem.

Embora uma *postagem* aberta possa ser usada livremente como prova, sem que possa ser reconhecido nenhum nível de privacidade sobre ela, no âmbito do processo, no que concerne o direito de prova, *isso não significa que alguém possa fazer um cartaz ou outdoor com a postagem, ou usar à vontade a imagem de outra pessoa.*

O uso da imagem de uma pessoa é, em regra, uma questão de direito material, que pode ensejar a responsabilidade civil de quem o faz sem permissão contratual ou legal. Contudo, o objeto desse estudo não são as hipóteses legais e contratuais do uso da imagem de pessoas de uma forma geral, mas exclusivamente sua utilização para o fim de prova no processo.

Sustenta-se, pois, que uma publicação (*post*) feito de forma aberta numa rede social, por se tratar de livre manifestação em ambiente social, sobre a qual o próprio interessado despojou-se de sua eventual privacidade, pode ser utilizada e aceita como prova, claro, quando relevante para o processo.

A proteção à imagem própria do direito material permanece, mesmo após o uso da publicação no processo. Assim, se não era lícito antes fazer um *cartaz* ou *outdoor* com uma postagem em que há imagem de uma pessoa, não é porque essa postagem foi apresentada como prova em processo judicial, que deixará de ter a proteção de direito material, para outras finalidades fora do processo.

Importante observar que a privacidade na *internet* vê-se progressivamente tão reduzida – o que precisa ser discutido – que enquanto ainda há quem questione o fornecimento no processo judicial de dados como o IP de computadores ou informações de redes sociais, o próprio mercado privado já superou esse conceito.

Recentemente, a empresa que administra *WhatsApp* foi adquirida pelo *Facebook* e publicamente alterou seus “termos de privacidade” para noticiar aos usuários que passou a analisar os dados e utilizações do aplicativo pelos usuários, em conjunto com a utilização e usuários do *Facebook*, para fins comerciais.

A mesma empresa que informa não manter “condições técnicas” de fornecer ao Poder Judiciário dados das comunicações ou de seus usuários<sup>112</sup>, anuncia expressamente que passou a utilizar as mesmas informações para fins comerciais, frise-se, sem o consentimento dos usuários.

Distancia-se do escopo desse trabalho analisar o absurdo da conduta narrada (seria o mesmo que uma empresa de telefonia anunciar que passará a analisar e utilizar o conteúdo das conversas para fins comerciais), certo é que não se pode questionar, diante disso, o cabimento da produção da prova e exigência de fornecimento de informações à Justiça; cadastrais em qualquer processo, relativas a comunicação, nas hipóteses analisadas no item sobre *privacidade de comunicação*, deste trabalho (item 4.2.1).

### **9.3 Atos processuais audiovisuais**

A exposição da atuação de magistrados e sujeitos do processo à gravação audiovisual começou com os registros de imprensa, que progressivamente foram manifestando interesse no registro de som e imagem de julgamentos judiciais, autorizados ou não, caso a caso.

---

<sup>112</sup>Agravo interno e agravo de instrumento. 1Agravo interno interposto contra decisão do Relator que indeferiu o efeito suspensivo requerido. Julgamento em conjunto em observância aos princípios da celeridade e da eficiência processual. Atividade jurisdicional que deve ser orientada pela satisfação dos direitos discutidos em juízo em tempo razoável. Não conhecimento do agravo interno. 2- Mérito do agravo de instrumento. Relação de consumo. 3. A alegação de que o FACEBOOK BRASIL não é proprietário, provedor ou operador do aplicativo WhatsApp, não pode ser acolhida para afastar o cumprimento da decisão agravada. As empresas são parceiras e pertencem ao mesmo grupo econômico, havendo, portanto, responsabilidade solidária, na forma do artigo 7º, parágrafo único do CDC, de forma que, quando a ofensa for praticada, por mais de um autor, todos responderão pela reparação dos danos. 4. Argumento de inviabilidade técnica que também não pode ser admitido. Precedente deste TJERJ. 5. Direito de imagem de menor impúbere, amparado no Estatuto da Criança e do Adolescente. Presentes os requisitos autorizadores da concessão da tutela de urgência, quais sejam, probabilidade do direito da parte agravada e o perigo de dano, tendo em vista os fatos narrados e os documentos colacionados aos autos originários, que corroboram com as alegações iniciais. 6. Decisão que não se revela teratológica, contrária à lei ou à prova dos autos. Enunciado da súmula 59 do TJRJ. Manutenção da decisão que se impõe. 7. NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO. (0029403-53.2016.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO DES. SERGIO SEABRA VARELLA - Julgamento: 21/09/2016 - VIGESIMA QUARTA CAMARA CIVEL CONSUMIDOR)

O interesse público na imagem de julgamentos despertou, através da imprensa, uma percepção de participação popular no acompanhamento dos trabalhos judiciários, reformulando a noção de publicidade e ensejando cada vez mais procura pela gravação de audiências e sessões de julgamento.

Somando-se o despertar do interesse jornalístico na cobertura de julgamentos, especialmente os mais relevantes e, comumente, dos tribunais, com a ideia de transparência e publicidade que reveste a transmissão televisiva de atos judiciais, a Lei 10.461/2002 criou a TV Justiça, como órgão do Supremo Tribunal Federal, que se estruturou fundamentalmente pela transmissão em tempo real de julgamentos da Corte Suprema.

Embora revestido do importante sentido de transparência, não há dúvida que houve uma alteração do paradigma de *publicidade*, para efetiva *divulgação* dos atos judiciais, aumentando sobremaneira a difusão de imagens de partes, advogados e dos próprios fatos em julgamento, atingindo, em alguns desses casos, a privacidade dos sujeitos do processo em certos atos transmitidos.

Atualmente os julgamentos são difundidos pelo próprio Poder Judiciário para diversas *redes sociais da internet*, como *facebook* e *youtube*.

Importante questão que se coloca é o fato de que já há registros de advogados que, para questionar eventuais transcrições de julgamento ou redação de votos, apoiam-se nas mídias de gravação televisiva e digital, para contraditar o registro oficial escrito feito nos autos.

A videoconferência foi o termo popularizado para referência às transmissões recíprocas de áudio e vídeo em tempo real ou “ao vivo”, que permitem a interlocução entre pessoas em locais diferentes, na medida em que podem se comunicar verbal e visualmente, de forma instantânea.

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, firmada em Nova Iorque em 2000 e incorporada ao ordenamento brasileiro pelo Decreto 5.015/04, e que tem por objetivo fomentar a cooperação na prevenção e combate à criminalidade organizada transnacional, já previa utilização da videoconferência<sup>113</sup>.

---

<sup>113</sup>Artigo 18 Assistência judiciária recíproca (...) 18. Se for possível e em conformidade com os princípios fundamentais do direito interno, quando uma pessoa que se encontre no território de um Estado Parte deva ser ouvida como testemunha ou como perito pelas autoridades judiciais de outro Estado Parte, o primeiro Estado

Porém a primeira lei nacional a tratar da matéria foi a Lei Estadual nº 11.819/05, do Estado de São Paulo, que autorizava a utilização do sistema de videoconferência, com o objetivo de tornar mais célere o trâmite processual, nos atos de interrogatório e audiência de presos<sup>114</sup>.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade formal da referida lei, ao argumento que a União deteria competência exclusiva para legislar sobre matéria processual<sup>115</sup>.

Diversos atos e regimentos internos de tribunais do país começavam a regulamentar a videoconferência, especialmente depois do advento do processo judicial em meio eletrônico, instituído pela Lei nº 11.419/2006, quando a videoconferência foi formalmente prevista judicial, foram incorporadas a partir das Leis nº 11.690/2008 e nº 11.900/2009, que alteraram o Código de Processo Penal, para prever a possibilidade de realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência. No processo civil, o novo Código de Processo Civil prevê essa mídia para a prova oral nos artigos 236, 385, 453, 461 e 937.

---

Parte poderá, a pedido do outro, autorizar a sua audição por videoconferência, se não for possível ou desejável que a pessoa compareça no território do Estado Parte requerente. Os Estados Partes poderão acordar em que a audição seja conduzida por uma autoridade judicial do Estado Parte requerente e que a ela assista uma autoridade judicial do Estado Parte requerido.” (grifou-se)

“Artigo 24 Proteção das testemunhas 1. Cada Estado Parte, dentro das suas possibilidades, adotará medidas apropriadas para assegurar uma proteção eficaz contra eventuais atos de represália ou de intimidação das testemunhas que, no âmbito de processos penais, deponham sobre infrações previstas na presente Convenção e, quando necessário, aos seus familiares ou outras pessoas que lhes sejam próximas. 2. Sem prejuízo dos direitos do argüido, incluindo o direito a um julgamento regular, as medidas referidas no parágrafo 1 do presente Artigo poderão incluir, entre outras: (...) b) Estabelecer normas em matéria de prova que permitam às testemunhas depor de forma a garantir a sua segurança, nomeadamente autorizando-as a depor com recurso a meios técnicos de comunicação, como ligações de vídeo ou outros meios adequados. (...) 4. As disposições do presente Artigo aplicam-se igualmente às vítimas, quando forem testemunhas. (...)” (grifou-se)

<sup>114</sup> Lei Estadual nº 11.819/05 Artigo 1º - Nos procedimentos judiciais destinados ao interrogatório e à audiência de presos, poderão ser utilizados aparelhos de videoconferência, com o objetivo de tornar mais célere o trâmite processual, observadas as garantias constitucionais. Artigo 2º - O Poder Executivo regulamentará esta lei no prazo de 90 (noventa) dias, contados a partir da sua publicação. Artigo 3º - As despesas decorrentes da execução desta lei correrão à conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário. Artigo 4º - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.”

<sup>115</sup> “Habeas corpus. Processual penal e constitucional. Interrogatório do réu. Videoconferência. Lei nº 11.819/05 do Estado de São Paulo. Inconstitucionalidade formal. Competência exclusiva da União para legislar sobre matéria processual. Art. 22, I, da Constituição Federal. 1. A Lei nº 11.819/05 do Estado de São Paulo viola, flagrantemente, a disciplina do art. 22, inciso I, da Constituição da República, que prevê a competência exclusiva da União para legislar sobre matéria processual. 2. Habeas corpus concedido.” (HC 90900, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, julgado em 30/10/2008, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00747)

Progressivamente a mídia audiovisual ganha espaço no Poder Judiciário, servindo desde a gravação de audiências, até oitiva à distância de testemunhas e já começa a ser utilizada para o registro de diligências de oficiais de justiça e outros atos.

As Justiças Federal e Estadual já autorizam servidores a trabalhar à distância, através de acesso remoto de computadores, sendo já comuns reuniões administrativas e cursos de capacitação por videoconferência.

Todos esses atos filmados impactam magistrados, servidores, partes e advogados de forma nova e ainda em adaptação para todos os sujeitos do processo.

Há muitas questões ainda sem um enfrentamento definitivo, tais como um melhor regramento da disponibilidade da imagem das testemunhas gravadas em audiência. Não se trata de pretender negar o caráter público da participação como testemunha em processo, mas o uso indiscriminado dessa imagem, tal como o acesso aos dados cadastrais das testemunhas, é questão que merece um tratamento que pondere a necessária exposição para fins de prova e para assegurar a publicidade do processo, com o incômodo inerente a excessiva exposição da própria imagem.

Nesse tema, entendemos que a publicidade do processo está suficientemente garantida com a livre presença na sala de audiência e acesso ao depoimento, devendo ser limitado a todos a difusão imotivada da imagem do depoimento, evitando, assim, constrangimentos desnecessários a quem colabora com a justiça.

## **10 PRIVACIDADE E AS PROVAS EM ESPÉCIE**

Analisar a aplicação do conceito de níveis de privacidade às provas em espécie pode facilitar sua compreensão e seu entendimento. Seguem as modalidades de provas previstas no Código de Processo Civil, com as observações pertinentes ao tema.

A noção de respeito à privacidade pode ser logo extraída do art. 469, que permite somente os meios de prova *moralmente legítimos*, sendo certo que a moral a ser respeitada é de todos os envolvidos com a prova, partes ou não, o que abarca sua privacidade.



Também o princípio geral do art. 8º do Código de Processo Civil, que reforça claramente a preservação da privacidade<sup>116</sup>.

O Código de Processo Civil inovou no sistema jurídico trazendo a previsão legal da *prova emprestada*, valendo frisar que as normas de preservação da privacidade devem ser examinadas, tanto no processo em que a prova foi produzida, quanto naquele a que é emprestada.

Todavia, observados esses critérios, o Superior Tribunal de Justiça tem autorizado a utilização de prova emprestada, mesmo em se tratando de interceptações telefônicas, sob o argumento que validamente produzida a prova, pode ser usada em outro processo sobre os mesmos fatos.

No sentido do texto, seguem decisões admitindo a utilização de prova de interceptação telefônica produzida em processo penal, como prova emprestada de processo disciplinar, sobre fatos diversos:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. NÃO CONFIGURADA. DESNECESSIDADE DE EXAME DE TODOS OS ARGUMENTOS DAS PARTES. FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO EMBARGADO SUFICIENTE. QUESTÃO APONTADA COMO OMITIDA IMPLICITAMENTE AFASTADA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA PRODUZIDA NO PROCESSO-CRIME. PROVA EMPRESTADA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CABIMENTO. UTILIZAÇÃO CONTRA A MESMA PESSOA PARA QUE FOI COLHIDA OU CONTRA OUTROS SERVIDORES, CUJAS CONDUTAS IRREGULARES FORAM NOTICIADAS PELA REFERIDA PROVA.

1. O magistrado não está obrigado a responder todas as alegações das partes, a ater-se aos fundamentos por elas apresentados, tampouco a rebater um a um todos seus argumentos, quando os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão, tal como ocorre na espécie.
2. Não configura omissão, capaz de ensejar a oposição dos embargos de declaração, o não enfrentamento de questões implicitamente afastadas pela decisão embargada em face da fundamentação utilizada.
3. É de ser reconhecida a legalidade da utilização da interceptação telefônica produzida na ação penal nos autos do processo administrativo disciplinar, ainda que instaurado (a) para apuração de ilícitos administrativos diversos dos delitos objeto do processo criminal; e (b)

---

<sup>116</sup>Código de Processo Civil. Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade e a publicidade e a eficiência.

contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais a prova foi colhida, ou contra outros servidores cujo suposto ilícito tenha vindo à tona em face da interceptação telefônica.

4. Embargos de declaração rejeitados.

(Superior Tribunal de Justiça. TERCEIRA SEÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO MANDADO DE SEGURANÇA 13099 / DF. Processo 2007/0223858-8. Relator(a) Ministra LAURITA VAZ. Data do Julgamento 25/04/2012. Data da Publicação/Fonte DJe: 09/05/2012)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. PORTARIA DE INSTAURAÇÃO. DESCRIÇÃO MINUCIOSA E INDIVIDUALIZADA. DESNECESSIDADE. PRINCÍPIO DA HIERARQUIA. OBSERVÂNCIA. SECRETÁRIO DA COMISSÃO. TERMO DE COMPROMISSO. FALTA. IRRELEVÂNCIA. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. PROCESSO CRIMINAL. PROVA EMPRESTADA. POSSIBILIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. ADVENTO DA LEI Nº 11.457/07. REDISTRIBUIÇÃO DO CARGO. COMISSÃO PROCESSANTE. ALTERAÇÃO DA COMPETÊNCIA. NÃO CABIMENTO.

1. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firmado no sentido de não ser imprescindível a descrição minuciosa dos fatos na portaria de instauração do processo disciplinar, tendo em vista que o seu principal objetivo é dar publicidade à constituição da comissão processante. A descrição pormenorizada dos fatos imputados ao servidor é obrigatória quando do indiciamento do servidor, o que ocorreu no caso.

2. A teor do disposto no artigo 149 da Lei nº 8.112/1990, apenas o presidente da comissão processante deve cumprir o requisito de ocupar cargo de nível igual ou superior, ou ter escolaridade de grau igual ou superior, ao do servidor investigado.

3. Não implica nulidade a ausência de termo de compromisso do secretário da comissão do PAD, porquanto tal designação recai necessariamente em servidor público, cujos atos funcionais gozam de presunção de legitimidade e veracidade.

4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal encontra-se consolidada no sentido da possibilidade do aproveitamento, em processo disciplinar, de prova lícitamente obtida mediante o afastamento do sigilo telefônico em investigação criminal ou ação penal, contanto que autorizada a remessa pelo juízo responsável pela guarda dos dados coletados, e observado, no âmbito administrativo, o contraditório.

5. O advento da Lei nº 11.457/2007, que, ao criar a Secretaria da Receita Federal do Brasil, redistribuiu o cargo ocupado pelo impetrante do Ministério da Previdência Social para o Ministério da Fazenda, não implica alteração da competência da comissão processante instaurada no âmbito do MPAS. O que se modifica é a autoridade julgadora do processo, que, no caso, passou a ser o Ministro de Estado da Fazenda, de quem, efetivamente, emanou o ato tido por coator.

6. "Ocorrendo a transgressão, fixa-se imediatamente a competência da autoridade responsável pela apuração dos ilícitos, independentemente de eventuais modificações de lotação dentro da

estrutura da Administração Pública" (MS 16.530, Rel. Min. CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 30/6/2011).

7. Segurança denegada.

(Superior Tribunal de Justiça. TERCEIRA SEÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA 14797 / DF. Processo 2009/0221635-7. Relator(a) Ministro OG FERNANDES. Data do Julgamento 28/03/2012. Data da Publicação/Fonte DJe: 07/05/2012)

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. FATOS E PROCESSOS DIVERSOS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA AUTORIZADA POR JUIZ CRIMINAL. LEGALIDADE DA PROVA EMPRESTADA. PROPORCIONALIDADE DA PUNIÇÃO APLICADA.

1. Não tem incidência o disposto na Súmula 19 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual "é inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira", quando se tratam de fatos e processos diversos.

2. É cabível o uso excepcional de interceptação telefônica em processo disciplinar, desde que seja também observado no âmbito administrativo, como na espécie, o devido processo legal, respeitados os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, bem como haja autorização do Juízo Criminal, responsável pela preservação do sigilo de tal prova, de sua remessa e utilização pela Administração.

3. Diante da conclusão da Administração, com base na prova dos autos, de que o impetrante praticou ato que comprometeu a função policial, recebeu propina em razão das atribuições que exerce e prevaleceu abusivamente da condição de funcionário policial, não há falar, considerada a gravidade dos fatos, em ofensa ao princípio da proporcionalidade.

4. Segurança denegada.

(Superior Tribunal de Justiça. TERCEIRA SEÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA 14598 / DF. Processo 2009/0168521-1. Relator(a) Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. Data do Julgamento 22/06/2011. Data da Publicação/Fonte DJe: 11/10/2011)

Observe-se que os processos aos quais a prova emprestada se destinou são administrativos e não criminais, deles resultando consequências funcionais e de responsabilidade civil.

Por outro lado, a previsão de distribuição diferenciada do ônus da prova, prevista no art. 373, parágrafo 3º, inciso II, quanto a "tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito", pode compreender a exigência de prova que avilte sua privacidade, ou seja, nesse caso poderá haver distribuição diversa do ônus da prova. À guisa de exemplo, está o fornecimento de prontuário em ação em que o paciente litiga com o hospital: não se justifica

nova bateria de exames invasivos, se o hospital tem o dever de manter o prontuário e trazendo-o ao processo o direito do paciente poderá ser demonstrado, sem desnecessária invasão à sua esfera privada.

Interessante exemplo de fato que dispensa prova, nos termos do art. 374, inciso I, consiste na humilhação decorrente da inclusão em cadastro restritivo de crédito. A parte não precisa produzir extensa prova das humilhações que tenha sofrido – o que atingiria sua privacidade – haja vista que a jurisprudência considera o dano *in re ipsa*.

Também as normas de experiência, cuja aplicação é prevista no art. 375, são fundamentais para a mensuração de eventual superação da privacidade, para fins de prova. A privacidade compreende justamente, em muitos casos, uma percepção dos valores comuns na sociedade, que cabe ao magistrado considerar.

O direito a não se autoincriminar é expresso no art. 479 e, apesar das imposições a terceiros previstas no art. 380, aplicam-se à testemunha.

## 10.1 Depoimento pessoal e confissão

Muito do que concerne à confissão, tratamos quando estudamos a privacidade íntima, pois a manifestação de vontade de opinar sobre fatos que geram efeitos juridicamente negativos é ato inserto no nível mais profundo de privacidade: ninguém pode ser obrigado a falar ou se manifestar sobre um fato que lhe prejudique diretamente.

Observe-se que o que está no âmago da dignidade da pessoa humana é a liberdade para decidir sobre se manifestar, ou não, e por isso somente a confissão realizada por livre e espontânea vontade é juridicamente válida<sup>117</sup>.

As escusas de depor jazem no art. 388 e explicitam a proteção à privacidade da parte. A confissão está prevista nos artigos 389 e seguintes do Código de Processo Civil, sendo certo

---

<sup>117</sup>GRECO, Leonardo. GIDI, GUEDES, Cintia Regina. FARIA, Marcela Kohlbach de. ROMANO NETO, Odilon. ALMEIDA, Assumpção Rezende de. MENEZES, Paula Bezerra. ROQUE, André Vasconcelos. ARAÚJO, Jose Aurélio. RODRIGUES, Baltazar Jose Vasconcelos. QUIRINO Bisneto, José. FORTI, Iorio Siqueira D'Alessndri. NARDELLI, ,Marcela Mascarenhas. *A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro. Terceira Parte. Anteprojeto do Grupo de Pesquisa "Observatório das Reformas Processuais", Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*. Revista de Processo. Ano 40. V. 243. Revista dos Tribunais : São Paulo, maio/2015. p.93.

que se aplica o tratamento à privacidade ora proposto, mesmo quando a confissão é extrajudicial.

O reconhecimento de uma pretensão contrária à pessoa não depende de sua confissão, assim como a efetivação de consequências jurídicas equivalentes àquelas que se teria com a manifestação livre de vontade, podem ser obtidas e determinadas judicialmente.

Tanto é assim que no procedimento de adjudicação compulsória, o juiz não condena a pessoa a manifestar sua vontade, mas simplesmente substitui com sua decisão, a manifestação de vontade que seria elementar para o ato.

Da mesma forma, as ações de obrigação de fazer não afrontam a liberdade de manifestação da pessoa, tampouco sua dignidade.

A lei e a decisão judicial podem obrigar uma pessoa, por coação direta ou indireta, a praticar um ato, mas não podem pretender atingir sua esfera íntima de consciência e obrigá-la a *dizer que quer praticar o ato* a que foi condenada à prática.

A decisão judicial não se imiscui na consciência da pessoa nem serve para *fazer a pessoa querer o que foi condenada a fazer*, mas sim realizar, no mundo dos fatos, aquilo que direito diz impõe que seja feito, queiram as pessoas, ou não.

Com efeito, a decisão sobre confessar ou não é da pessoa, que não pode de modo algum ser obrigada a tanto. Daí a bifronte violência da tortura (como no tempo das ordálias da inquisição), pois além da agressão física extraordinária e deliberada, impunha-se à pessoa a violação da própria consciência, obrigando-a a verbalizar o que não pensava.

Uma vez realizada a confissão, a prova pertence ao processo e, em regra, será pública. Tratando-se de matéria que, por sua natureza, enseje segredo de justiça, este poderá ser deferido, mas não é a regra nem pode ser condição para a confissão.

O depoimento pessoal considera todas essas ponderações, trazendo o art. 386 a única consequência jurídica possível para a parte que preserva sua intimidade ao depor: a consignação de que, por não ter efetivamente respondido às perguntas que lhe foram formuladas, a parte não depôs.

## **10.2 Prova testemunhal**

A lei processual trata da prova testemunhal nos artigos 442 e seguintes do Código de Processo Civil, apontando no art. 447, como limitação probatória, causas de impedimento e suspeição que em grande parte tem relação com a privacidade.

Os impedimentos impostos pelas relações familiares, afetivas e profissionais, constituem hipótese de privacidade relacional, visto que as pessoas não podem ser, como regra, obrigadas a depor sobre fatos que tiveram conhecimento sob o pálio da confiança que cerca esse tipo de relação.

Todavia, justamente em causas concernentes às próprias relações – como ações de família – os depoimentos são admitidos; nesse caso, o compromisso é excluído para não impor coação indevida à parte, que continua não sendo obrigada a depor sobre fatos privados dessas relações.

A privacidade social comparece no art.448, inciso II, no que tange à privacidade profissional, contudo, o inciso I, ao tratar do direito a não se autoincriminar, alcança a privacidade íntima, como já colocado em item deste trabalho.

Sendo demonstrada a necessidade, os dados cadastrais das testemunhas indicados no art. 450 podem ser mantidos protegidos da publicidade do processo, para salvaguardar sua privacidade social.

Frequentemente se evidencia conveniente ouvir o depoimento de pessoas que, não ostentando a qualidade de partes, atuam como seus representantes ou demonstram de algum modo interesse no desfecho da causa<sup>118,119</sup>: *“representantes legais de incapazes, quanto a negócios destes; falidos, com referência a interesses da massa; procuradores com poderes de administração, no tocante a atos do administrado, mas por eles praticados; agentes de pessoas jurídicas, sem capacidade para representá-las, mas que participaram da criação do ato, e ainda outras pessoas em condições semelhante”*.

A possibilidade de oitiva dessas pessoas, sem que lhes seja tomado o compromisso de dizer a verdade, em respeito ao seu direito à privacidade e à relação de confiança com o titular do direito em litígio.

---

<sup>118</sup>GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro : Forense, 2009. Volume II. p. 113.

<sup>119</sup>Moacyr Amaral Santos, *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, vol. II, 2ª tiragem, ed. Max Limonad, São Paulo, 1949, p.166-168.

Note-se que a testemunha, é obrigada a depor, somente podendo se escusar quando configurada uma das hipóteses legais, não podendo, quando não legalmente impedida de depor, alegar privacidade.

### **10.3 Prova pericial**

A prova pericial compreende muitas vezes o ato de dar acesso a auxiliares do juízo e das partes – o perito do juízo e o assistente técnico da parte adversária – a fatos que podem estar inseridos no campo da privacidade individual.

Como em todos os casos, afigura-se imprescindível a ponderação, sob um critério de pertinência e imprescindibilidade, bem como ponderação de bens jurídicos, sobre a necessidade da prova e o quanto a produção da mesma impactará a privacidade de certas pessoas. O indeferimento em caso de desnecessidade é expressamente previsto no art. 464, inciso II.

O art. 464 define que a perícia pode ser realizada sob a forma de exame (pessoas e coisas), vistoria (locais) ou avaliação (coisas). Os artigos 465 e 467 aplicam ao perito as causas de suspeição e impedimento válidas para as partes.

Cuidando-se de perícia sobre coisas, em regra, não há privacidade que justifique a não realização da perícia. O trato do perito com a coisa deverá considerar o sentimento pessoal da pessoa quanto ao objeto, nos casos em que este exista de forma especial, como fotografias de família, objetos raros ou religiosos.

Quando a perícia é realizada com a pessoa, ou seja, uma perícia médica, a observância das normas técnicas e éticas da relação médico-paciente é fundamental. Nesse caso, poderá haver situações em que a parte prefira fazer prevalecer seu direito à privacidade a submeter-se à realização de perícia, mas se a perícia não lhe causaria constrangimento diverso no simples exame médico, razoável que a recusa acarrete a aplicação de normas de julgamento em desfavor de quem se negou a produzir a prova.

Há exames periciais que enfrentam questões ainda mais delicadas do que o pudor com o próprio corpo ou a integridade corporal (exames de sangue), que é o caso do exame psicossocial, bastante comum nas competências de infância e família.

Nesta modalidade de prova, há contato do perito do juízo com menores, devendo ser adotadas todas as formas para minorar o constrangimento e eventuais danos, pelo só fato de serem abordados assuntos com o menor, que podem repercutir na sua percepção de si mesmo, de fatos ocorridos ou sobre a vida.

Aqui a ponderação de imprescindibilidade e ponderação dos bens jurídicos, sob o acolhimento ou não de uma alegação de privacidade, para impedir o exame, deve ser feita comparando o melhor interesse para a tutela do menor e a pretensão em litígio.

Não é razoável expor menor a constrangimento intenso, para decidir se deve ou não fazer um curso de inglês, mas a apuração de maus-tratos ou abusos, pode exigir técnicas psicologicamente invasivas e, mesmo assim, somente até limites clinicamente recomendáveis.

Nas ações coletivas, ganha relevância a prova estatística, inclusive com pesquisas de opinião. Evidente que nessa modalidade de prova, como é própria da técnica inerente à respectiva técnica, mesmo fora do processo, que o terceiro ou interessado entrevistado não pode ser forçado a participar ou constrangido a responder.

#### **10.4 Prova documental**

A privacidade da prova documental compreende, como dito alhures, a privacidade de qualquer coisa ou instrumento de registro de informação, independentemente de sua mídia, i.e., seja um bem físico ou eletrônico. Uma vez registrada uma informação em um papel, em uma fotografia ou em um arquivo digital, cristaliza-se essa informação, cuja disciplina de privacidade deixa de ser aquela própria de *comunicações* e passam a incidir as normas sobre privacidade documental.

Nesse ponto é especialmente relevante a aplicação dos níveis de privacidade, visto que as normas procedimentais, para cada nível, são bastante diversas. Por exemplo, o documento doméstico previsto no art. 415 pode ser um diário (privacidade íntima) ou um recado (privacidade relacional).

Em se tratando de documentos que corporifiquem privacidades do nível mais intenso, *privacidade íntima*, em regra, a prova não pode ser proposta, se o for, deve ser inadmitida.



Equivocadamente admitida a prova, sua nulidade é absoluta, podendo ser declarada a qualquer tempo.

Observe-se que pode ser admitida uma produção de prova ampla, como uma busca e apreensão regular, em que se obtenham provas compreendidas nos diversos níveis de privacidade, hipótese em que, conforme o caso, umas poderão ser utilizadas e outras não, não contaminando a ilegalidade de umas, as outras.

Deem-se como exemplo fotos íntimas, de uma pessoa despida ou em atos de intimidade de casal; evidente que não poderão servir de prova em processo em que se discuta direito de menor relevância. Tampouco provas que não guardem relação com o processo, (p.ex. provas de infidelidade, em ação de responsabilidade civil sobre acidente de carro), não devem ser admitidas em causa que não verse diretamente sobre isso.

A situação é diferente no segundo nível de privacidade, pois provas que exponham a privacidade relacional de uma das partes poderão ser admitidas, se a ação versar exatamente sobre elas ou se o direito em litígio for superior relevância jurídica. Uma escuta telefônica de um processo criminal, em que um pai confessa ter abusado de um filho menor, deve ser aceita como prova na ação de guarda.

Não há como se imaginar uma ação de arrolamento de bens de um casal, sem uma medida de intromissão na residência, para que o oficial de justiça possa listar os bens que a guarnecem. O contrato de honorários advocatícios, com obrigações recíprocas, pode ser juntado em ação em que se discuta o cumprimento de suas cláusulas. Uma disputa societária certamente exigirá a exposição ampla da documentação de uma empresa.

No incidente de exibição de documentos dos artigos 396 a 404 o juízo *prévio* sobre a privacidade do que deve ser exibido é fundamental para apurar se há dever de exhibir (art. 398, inciso I, e art. 403, *caput*, do Código de Processo Civil), embora, em alguns casos, somente após a obtenção do documento seja possível aferir o nível de privacidade.

Não é possível alegar privacidade quando a prova é certidão de registro público, pois por sua natureza pública exclui qualquer possibilidade de privacidade.

Como já exposto anteriormente, aplicam-se as regras de privacidade para documentos em geral, igualmente aos documentos eletrônicos previstos nos art. 439 a 441, ressalvado

quando tratem de comunicação, hipótese em que deverão ser observados os critérios de privacidade desta.

## **10.5 Inspeção pessoal**

A inspeção pessoal é o meio de prova que é produzido diretamente pelo magistrado que julgará o processo e está prevista nos artigos 481 a 484 do Código de Processo Civil. Através da inspeção pessoal, o julgador toma conhecimento de fatos pelos seus próprios sentidos, não se baseando apenas em relatos de testemunhas e peritos, nem somente do que pode conhecer por documentos.

O magistrado, ainda que investido da relevante função de julgar, não deixa de ser uma pessoa, sendo razoável que as partes e terceiros tenham, em relação ao seu contato direto, o mesmo sentimento de reserva de privacidade que têm com quaisquer pessoas. Em alguns casos, efetivamente se mostrará inevitável ou favorável à instrução que o magistrado conheça dos fatos diretamente por seus sentidos, em outros, contudo, não.

Como exemplo, as questões médicas em geral. A relação entre o médico-perito e a pessoa examinada, além de ter pelo médico a análise técnica de todo o exame clínico, observa também o modo de contato que respeita as normas éticas e técnicas da medicina, sendo, por isso, menos invasivo à pessoa examinada, do que a inspeção pessoal por um magistrado, que não é médico nem é capacitado adequadamente para esse tipo de contato.

Tanto é assim que a jurisprudência formou-se no sentido de que os advogados não podem acompanhar o exame pericial médico, justamente pela distinção que existe entre as funções do médico e do advogado, na sociedade e no processo.

Por outro lado, pode ser necessária a impressão pessoal em uma audiência, como ocorre no procedimento de interdição ou mesmo o exame visual de um imóvel. Nestes casos, é razoável que a pessoa concorde em se submeter à inspeção pessoal e, não o fazendo, pode até a vir ser prejudicada por uma norma de julgamento.

Frise-se que no caso específico da interdição, considerando que versa sobre direito indisponível, patente que o só fato de a pessoa se recusar a comparecer à audiência de

instrução pessoal, não pode jamais resultar na presunção de veracidade dos fatos alegados, que dependerão de outras provas para serem comprovados.

## **11 NÍVEIS DE PRIVACIDADE APLICADOS A OUTRAS DISCIPLINAS**

### **11.1 Noções comparativas com o processo penal**

Há na doutrina e jurisprudência pátrias entendimentos dissonantes sobre privacidade. No processo penal, determinados conceitos estão mais elaborados, tendo em vista o elevado estágio garantístico alcançado em matéria penal, razão pela qual boa contribuição se pode obter dessa fonte.

Por outro lado, há o fato de que, por sua natureza, o processo penal apresenta equilíbrio diverso do processo civil, pois enquanto na esfera penal cuida-se de litígio entre Estado e cidadão, na área cível, comumente o processo é entre particulares, de forma que, neste último caso, ambos gozam do mesmo nível de proteção garantística e direitos equivalentes. Há, pois, algum risco na utilização de alguns conceitos de privacidade desenvolvidos na esfera penal, sem o devido ajuste para o processo cível.

A separação das normas legais por competências dá-se preponderantemente por motivos técnico-acadêmicos, porém o ordenamento jurídico é uno, sendo excepcionais os casos em que as normas têm tratamento distinto, pelo só fato de versarem sobre competências diversas. Não raro identificam-se normas que têm aplicação nos diversos ramos do direito.

No que tange à privacidade, os conceitos ora propostos para as respectivas limitações probatórias têm aplicação em processos de qualquer competência, apenas o que irá variar são os bens jurídicos tutelados em cada uma e, conseqüentemente, assim como acontece em processos de uma mesma competência, em alguns casos certas provas poderão ser produzidas, em outros, não.

Os três níveis de privacidade são úteis para definir a possibilidade de produção de prova no processo penal, pois neste há, inclusive, um facilitador em relação ao processo civil: uma das partes nunca muda.

Ademais, a prova é instrumento multidisciplinar, com aplicação em muitos casos de ciências exatas e técnicas universais, independentemente da seara do direito em que esteja sendo utilizada<sup>120</sup>.

No processo penal, uma das partes é sempre o Estado e, mesmo no caso de ação penal privada, tem-se o particular atuando por delegação estatal de sua pretensão punitiva, logo o enfoque da questão não se altera.

Por exemplo, tem entendido o Superior Tribunal de Justiça que a quebra de sigilo telefônico somente pode ser feita contra quem exista acusação formal, não podendo atingir terceiros.

Esse entendimento, além de evitar o *fishing* de prova – situação em que a prova é requerida à esmo, sem efetiva perspectiva do que se pretende encontrar – restringe a superação da privacidade relacional a hipóteses em que haja, fundamentadamente, pertinência da prova. Não é pertinente – não guarda relação com o processo – interceptar terceiros que não são parte.

Nesse sentido, decisão do Superior Tribunal de Justiça limitando a quebra de sigilo telefônico somente contra pessoas que sejam acusadas de crime em processo penal e vedando a invasão imotivada de privacidade de terceiros:

“PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCUSSÃO. QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO. TERCEIROS NÃO DENUNCIADOS. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE CRIME. SERENDIPIDADE. INAPLICÁVEL AO CASO CONCRETO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. É lícita a prova resultante da descoberta fortuita da alegada participação de alguém, até então desconhecido, na prática de crime, a partir de diligência de quebra de sigilo realizada para investigação de outro delito (serendipidade). 2. O Ministério Público, contudo, pretende obter o histórico telefônico de terceiros, que simplesmente efetuaram ligações para os alvos das interceptações, sem demonstrar a presença de indícios da participação dessas pessoas estranhas à ação penal em qualquer atividade delitiva. 3. Correta, portanto, a decisão do Juízo de primeiro grau, mantida pelo Tribunal de Justiça, uma vez que a medida postulada não se apresenta razoável ou proporcional, mas, bem ao contrário, atenta contra a privacidade de quem, até prova do contrário, não guarda relação com o processo criminal. 4. Recurso ordinário em mandado de segurança a que se nega provimento.”

---

<sup>120</sup> NARDELLI, Alves Mascarenhas. *O direito à prova e à não autoincriminação em uma perspectiva comparada entre os processos civil e penal*. Revista de Processo. Ano 40. V. 246. Revista dos Tribunais : São Paulo, agosto/2015. p .171.

São protegidos pela lei penal os bens jurídicos mais relevantes e as agressões mais graves a bens jurídicos em geral, por esse motivo a lei prevê sanções em geral mais severas do que as da lei civil.

Todavia, como o sistema proposto utiliza como critério a ponderação entre bens jurídicos, o sistema de níveis de privacidade é perfeitamente aplicável ao processo penal.

O primeiro nível de privacidade, a privacidade íntima, reflete o conteúdo da dignidade da pessoa humana, logo nenhuma prova pode ser produzida com sua violação, nem no processo penal, nem no processo civil, pois não há bem jurídico mais relevante que esse, portanto, em nenhum procedimento esse bem jurídico pode ser violado, para produção de provas.

O último nível, a privacidade social, permite a produção de prova em qualquer procedimento, pelas razões acima expostas, logo também não encerra qualquer dificuldade de aplicação ao processo penal. Devem vigorar também no processo penal as medidas de preservação da privacidade da prova produzida, tanto dentro quanto fora do processo.

No que tange o nível intermediário, a privacidade relacional, o direito penal já tem uma previsão constitucional no artigo 5º, inciso XII, que restringe a produção de prova por interceptação de comunicação a processos penais. A Lei nº 9.296/96 regulamentou a produção dessa prova, contudo a norma deve ser interpretada no cotejo com as demais que compõe o sistema jurídico.

Assim, a interceptações de comunicação, não apenas telefônicas, mas ambientais, postais e eletrônicas, bem como a intromissão para fins de produção de prova na privacidade domiciliar, empresarial e familiar, deve sempre ser ponderada com o bem jurídico em litígio e ser objeto de exame sob o critério de proporcionalidade. A lei de interceptações telefônica deve entrar nesse cotejo, mas não é por si só determinante da validade ou não da prova, assim como o próprio inciso XII do artigo 5º Constituição da República, como visto, deve ser ponderado com os demais direitos fundamentais, conforme o caso concreto. Tais

considerações valem para qualquer tipo de processo, não apenas o penal e o civil, mas também o trabalhista.

## 11.2 Limitações probatórias da privacidade na mediação

Como ensina a doutrina<sup>121</sup>, na mediação o mediador se obriga a manter sigilo sobre tudo que toma conhecimento em razão do desempenho dessa função, sendo manifesto que esse sigilo está protegido no ordenamento o segundo nível de proteção à privacidade, por se tratar de um sigilo profissional (vide capítulo próprio deste trabalho).

O dever de confidencialidade (*Vertraulichkeit*) é visto pela doutrina alemã como um dos mais importantes na mediação e integra a própria definição de mediação, não havendo na lei – Lei de Mediação Alemã (*Mediationsgesetz*), promulgada em 21.07.2012 – de disposição sobre esse sigilo<sup>122</sup>.

O Código de Processo Civil prevê expressamente a confidencialidade da mediação no art. 166.

Note-se que as manifestações do mediador e das partes da mediação devem ser sigilosas, inclusive para o juiz, e não vinculante para as partes, sendo sua finalidade exclusiva a de orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito<sup>123</sup>.

Com efeito, resta evidente que as partes não poderão utilizar como prova as declarações e tratativas ocorridas no contexto das sessões de mediação.

O Código de Processo Civil em projeto expressamente recomenda a mediação e ressalva a privacidade de seus atos<sup>124</sup>:

A confidencialidade é especialmente protegida. Os §§ 2º e 3º do art. 144 determinam que ela se estende a todas as informações produzidas ao longo do procedimento, e, ainda, que o teor

---

<sup>121</sup>PINHO, Humberto Bernardina Dalla. *Mediação* : a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos. Disponível em: [http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/mediacao\\_161005.pdf](http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/mediacao_161005.pdf). Consultado em: 07/07/2012.

<sup>122</sup>PEREZ, Adriana Hahn. *A nova lei alemã de mediação*. Revista de Processo. Ano 40. V. 243. Revista dos Tribunais : São Paulo, maio/2015. p .577.

<sup>123</sup>PINHO, Humberto Bernardina Dalla. *Mediação* : a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos. Disponível em: [http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/a\\_mediacao\\_e\\_a\\_solucao\\_de\\_conflitos\\_no\\_estado\\_democratico.pdf](http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/a_mediacao_e_a_solucao_de_conflitos_no_estado_democratico.pdf) . Consultado em: 07/07/2012.

<sup>124</sup>PINHO, Humberto Bernardina Dalla de. *O novo CPC e a mediação* : Reflexões e ponderações. Disponível em: [http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/O\\_novo\\_CPC\\_e\\_a\\_Mediacao.PDF](http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/O_novo_CPC_e_a_Mediacao.PDF) . Consultado em 07/07/2012.

dessas informações "não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes". Ademais, conciliador e mediador (bem como integrantes de suas equipes) "não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação". (grifos no original)

Assim, não há dúvida de que a privacidade inerente ao procedimento de mediação, destinada a criar uma esfera de confiança recíproca, permitindo a revelação dos verdadeiros interesses e aprimorando a interação entre as partes, tudo voltado à uma solução consensual do conflito, traduz-se em limitação probatória legítima.

### **11.3 Limitações probatórias da privacidade na arbitragem**

A arbitragem é um meio de solução de conflito opcional à jurisdição, que vem ganhando relevância no cenário nacional, já sendo adotado em larga escala internacionalmente.

A lei de arbitragem dispõe que o árbitro pode definir o rito do processo arbitral, todavia, deve ser seguida a principiologia constitucional e legal do processo civil, no que tange a tutela de valores<sup>125</sup>. A confidencialidade tem previsão expressa na carta arbitral, desde que informada, conforme art. 189, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Com efeito, é seguro afirmar que o direito à privacidade deve ser respeitado no procedimento arbitral, aliás, a maior viabilidade de proteção à privacidade – justamente pela ausência de publicidade – é um dos atrativos da arbitragem, para pessoas e empresas que desejam reduzir ao máximo sua exposição.

Majoritariamente, a doutrina sobre arbitragem refuta a possibilidade de intervenção judicial no procedimento de arbitragem, contudo, há situações em que essa polêmica se coloca com especial nitidez, por exemplo, quando o juiz arbitral exige a apresentação de uma prova protegida sobre o pálio da privacidade.

---

<sup>125</sup>ALVIM, Eduardo Arruda. DANTAS, André Ribeiro. *Direito processual arbitral: natureza processual da relação jurídica arbitral e incidência do Direito Constitucional Processual*. V. 234. Revista de Processo. Ano 39. Revista dos Tribunais : São Paulo, agosto/2014

Não se trata aqui de discutir a evidente privacidade dos procedimentos arbitrais em si, mas da submissão ou não destes procedimentos às limitações probatórias do processo civil, notadamente aquelas decorrentes da privacidade.

Esposa-se nesse trabalho o entendimento que a arbitragem deve observar os princípios processuais, ressalvado somente às partes excluí-los, assim como está submetida ao direito material – ainda que possa interpretá-lo – sob pena de ultrapassar o conceito de juízo de equidade e alcançar o próprio despotismo. Nesse sentido, as limitações de privacidade, por encontrarem assento cultural e social, e não apenas jurídico, devem ser consideradas parcimoniosamente pelos árbitros, sendo-lhe recomendável como técnica jurídica a adoção das classificações e critérios propostos nesse trabalho.

A Lei nº 13.129/2015 autorizou a administração pública direta e indireta a utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, porém estabeleceu que qualquer arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

## **12 POSITIVAÇÃO DA PRIVACIDADE**

A estruturação do Estado de Direito, notadamente em sua versão democrática, simbolizou a transição do arbítrio dos governantes para a autogestão do povo. As leis, ao menos em tese, representam a seleção de valores e correspondentes condutas, eleitas pelo povo de um território (uma nação), como adequadas.

Ocorre que as leis fixam normas em tese, cumprindo aos magistrados reconhecer nos fatos, as hipóteses concretas de sua aplicação. Assim, leis abertas e excessivamente genéricas, retiram os cidadãos do talante dos governantes, mas os abandonam ao arbítrio dos juízes.

Por isso, em todos os assuntos passíveis de estruturação técnica, o texto legal deve ser o menos vulnerável possível. Uma lei sobre privacidade permitiria ao legislado prever situações, fazendo escolhas razoáveis, compatíveis com a vontade geral.

As limitações probatórias, por serem conformadoras do próprio direito de acesso à justiça, merecem regulamentação legal clara. Com efeito, a equação entre o direito de prova e o direito à privacidade poderia ter sua resolução, se não apresentada, ao menos encaminhada



pelo legislador, fornecendo ao julgador balizas objetivas, uniformes e coerentes, dentro das quais poderia exercer o seu mister.

## **12.1 Lei especiais**

A privacidade e, muitas vezes, seu impacto na produção de provas no processo administrativo, judicial e arbitral, é tema recorrente na legislação esparsa, desde os mais diversos estatutos de servidores públicos e regras administrativas que regulam atividades privadas, até normas de acesso e força probante de registros públicos, assentos cartorários, regras de intimação, legislação sobre menores, idosos, direito de família, enfim, quase todos os regramentos, em algum momento, regulam interferências em esferas privadas.

No entanto, há algumas leis que têm essa matéria como essencial e, por isso, destacamos algumas para tecer breves notas, sem a pretensão de esgotar todos os comentários que poderiam ser feitos.

### **12.1.1 Lei de Acesso à Informação**

A Lei n ° 12.527/2011 regula o acesso à informação previsto no art. 5º, inciso XXXIII, no art. 37, § 3º, inciso II, e no art. 216, § 2º, da Constituição da República e dispõe sobre os procedimentos a serem observados pelas pessoas jurídicas de direito público e entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres.

A lei traz definições conceituais importantes de *informação*, como dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato; *documento*, como unidade de registro de informações, qualquer que seja o suporte ou formato; *informação pessoal*, aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável; entre outras.

Dispõe a norma que não poderá ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais.

Interessante que são consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional; prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais; pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população; oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País; prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicas das Forças Armadas; prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional; pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.

Prevê a regulamentação do acesso à informação que órgãos e entidades públicas, observada a imprescindibilidade à segurança da sociedade ou do Estado, poderão classificar informações como ultrassecreta, secreta ou reservada. São indicadas as autoridades e procedimentos formais de classificação, reclassificação e desclassificação.

Mostra a norma atenção à privacidade individual, por dispor que o tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais. e com respeito à intimidade, vida privada,

### **12.1.2 Marco civil da internet**

Atualmente, não há como estudar privacidade, sem mencionar a rede mundial de computadores, ou simplesmente, *internet*.

A Lei nº 12.965/2014 estabeleceu o *marco civil da internet*, definindo no sistema jurídico princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

Além disso, a lei determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria, firmando que a disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão.

Também são enunciados como princípios a serem observados o reconhecimento da escala mundial da rede; os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais; a pluralidade e a diversidade; a abertura e a colaboração; a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e a finalidade social da rede.

A norma é importante por contextualizar – e, formalmente, submeter – a internet ao ordenamento jurídico, na medida em que, pela natureza dessa mídia, em muitos momentos as atividades que a utilizam desenvolvem-se à margem de qualquer regramento. Embora restrições indevidas não sejam desejadas, há evidentes benefícios na regulação, no que tange a preservação de direitos.

Frisa a lei que o uso da internet deve ocorrer segundo os princípios de garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição da República; proteção da privacidade; proteção dos dados pessoais, na forma da lei; preservação e garantia da neutralidade de rede; preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas; responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei; preservação da natureza participativa da rede; liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios.

A expressa menção e previsão de respeito à privacidade é relevante, pois a internet nada mais é que um *ambiente de relação*, logo as relações que nela se desenvolvem estão submetidas aos mesmos princípios que regem qualquer relação num Estado Democrático de Direito.

Destaca a lei que no acesso à internet são assegurados aos usuários importantes direitos relacionados com a privacidade, tais como: inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei; inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial; não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e

informado ou nas hipóteses previstas em lei e garantia do direito à privacidade como condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.

Também os dispõe a lei sobre a proteção aos registros, aos dados pessoais e às comunicações privadas.

A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

No que tange especificamente a produção de provas, o art. 10 da lei estabelece, expressamente, que o provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no caput, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial.

Segue o artigo em seus parágrafos, dispondo que o conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, porém ressalva expressamente o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, na forma da lei, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição.

Merece destaque também a norma do art. 11 da lei, que impõe a vigência da lei brasileira em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra no Brasil, incluindo os direitos à privacidade, pois assim submete, mesmo *sites* estrangeiros, disponíveis no país, aos mecanismos de tutela processual e jurídica nacional.

Note-se que a lei também autoriza a autoridade policial ou administrativa ou o Ministério Público poderá requerer cautelarmente que os registros de conexão sejam guardados por prazo superior ao previsto no caput., sendo certo que tais requerimentos deverão observar os mesmos critérios objetivos válidos para a produção de prova no processo judicial, notadamente porque a requisição terá que ser ratificada judicialmente.

O art. 15, § 1º, dispõe expressamente que ordem judicial poderá obrigar, por tempo certo, os provedores de aplicações de internet que não estão sujeitos ao disposto no caput a guardarem registros de acesso a aplicações de internet, desde que se trate de registros relativos a fatos específicos em período determinado. Esta é uma medida tipicamente probatória.

Interessante, outrossim o cotejo que o recomenda o art. 19, que a autoridade judicial considere em suas decisões eventual interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet.

A requisição judicial tem capítulo próprio na lei, a partir do art. 22, que prevê que a parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet.

O parágrafo único alinha, entre outros requisitos, a comprovação de fundados indícios da ocorrência do ilícito; justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e período ao qual se referem os registros.

Explicita o art. 23 que cabe ao juiz tomar as providências necessárias à garantia do sigilo das informações recebidas e à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do usuário, podendo determinar segredo de justiça, inclusive quanto aos pedidos de guarda de registro.

A lei é interessante e relevante, contudo, no âmbito do processo, ainda deixa lacunas para orientar os aplicadores do direito no lido com informações privadas no processo, notadamente na fase instrutória.

A relevância dessa norma, além de seu evidente conteúdo democrático, que permite a fiscalização do Poder Público pela sociedade, está também no fato de estabelecer o acesso para fins de prova judicial, o direito de acesso a informações mantidas em registros de instituições públicas ou de atuação pública. Observe-se que a norma permite esse acesso, sem descuidar de responsabilizar os agentes públicos que deem divulgação impropria ou inadequada ao que tenham tomado conhecimento em razão da função.

### **12.1.3 Segredo industrial**

A Lei o 10.603/2002 regula a proteção de informação não divulgada submetida para aprovação da comercialização de produtos, contra o uso comercial desleal, de informações relativas aos resultados de testes ou outros dados não divulgados apresentados às autoridades competentes como condição para aprovar ou manter o registro para a comercialização de produtos farmacêuticos de uso veterinário, fertilizantes, agrotóxicos seus componentes e afins.

Define que as informações protegidas são aquelas cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham valor comercial enquanto não divulgadas.

A lei fixa prazos de proteção findos os quais as informações não mais são consideradas confidenciais, podendo ser divulgadas e utilizadas, inclusive para a obtenção de novos registros.

Os segredos industriais devem ser respeitados no âmbito da privacidade da empresa, pois sua exposição, ainda que para fins de prova, pode causar danos irreparáveis.

Esse inclusive é um dos motivos pelo qual muitas empresas optam pela arbitragem, visto que é mais viável assegurar o sigilo de informações relevantes, do que no procedimento judicial, onde a publicidade é, em regra, obrigatória.

Todavia, diante da judicialização de uma causa cuja prova ou discussão envolva um segredo industrial, os sujeitos do processo têm o dever de zelar para que a privacidade da empresa não seja devassada.

## **12.2. Uma proposta para o processo civil**

O estudo realizado considera o direito posto e ordenamento jurídico vigente, sendo inteiramente aplicado com base na legislação em vigor.

Conforme se observa no desenvolvimento do tema, há pontos que não estão expressos na legislação, embora passíveis de serem extraídos da conjugação das normas constitucionais e legais, como vem fazendo a jurisprudência dos Tribunais Superiores, como demonstrado.

Nesse passo, diante dessa observação e adotando como fundamento o estudo realizado neste trabalho, conclui-se pela utilidade de inserção de artigo no Código de Processo Civil que trate com detalhe e técnica das limitações probatórias impostas pela privacidade.

A proposição objetiva disponibilizar aos operadores de direito um disposto específico e completo, que embase e oriente tecnicamente a admissão ou inadmissão de provas que interfiram na privacidade de pessoas.

Evidente que nenhuma norma dispensa uma correta exegese, ao que se apresenta toda exposição desse estudo que ora se coloca também como justificativa.

Propõe-se, pois, a alteração do Código de Processo Civil, para inclusão do seguinte artigo:

**Art.** *A decisão de admissão da prova que interfira na privacidade de pessoas será excepcional e deverá ser fundamentada em critérios objetivos de cabimento da prova.*

**Parágrafo primeiro.** *São critérios objetivos de cabimento da prova:*

*I – Somente produzir prova que interfira na privacidade, quando imprescindível para o julgamento, por ser pertinente à alegação da parte e sua ausência causar prejuízo irreparável ao direito de prova, ao contraditório ou à ampla defesa;*

*II – A privacidade da relação prevista como direito fundamental somente pode ser interferida para produção de prova em processo sobre a própria relação;*

*III – Não será admitida em nenhuma hipótese prova que viole a dignidade da pessoa humana.*

**Parágrafo segundo.** *Poderá ser decretado segredo de justiça para atos ou registros de atos que interfiram no direito à privacidade, adotando o juiz as medidas que forem necessárias, de ofício ou a requerimento da parte.*

**Parágrafo terceiro.** *Não é lícita a admissão ou utilização de prova que viole a privacidade, salvo nas hipóteses legalmente admitidas.*

**Parágrafo quarto.** *A impossibilidade de produção de prova protegida pela privacidade não poderá prejudicar, no julgamento da causa, aquele cuja privacidade está sendo protegida com a vedação à produção da prova.*

O artigo proposto resume com densidade a tese ora desenvolvida. O *caput* frisa que a decisão que admite prova que interfere na privacidade de pessoas deve ser efetivamente

fundamentada. A fundamentação deve seguir os critérios objetivos de cabimento de provas propostos neste estudo, na medida em que prevê o *caput* as etapas de aferição de imprescindibilidade e ponderação entre os direitos fundamentais.

O parágrafo primeiro explicita como elementos da imprescindibilidade da prova, a pertinência e a existência de prejuízo ao acesso à justiça, contraditório e ampla defesa, caso não seja a mesma produzida. A expressa possibilidade de decretação de segredo de justiça sobre atos e registros específicos, salvaguarda a privacidade no curso do processo, notadamente quanto às provas cuja admissão tenha sido deferida. No parágrafo terceiro, o dispositivo comina pena de nulidade específica para provas que violem a privacidade de pessoas, sem permissão legal.

Por fim, o quarto parágrafo acentua que a parte cuja privacidade foi protegida e, por isso, a prova não pode ser produzida, não poderá ser, por esse fato, prejudicada no julgamento da causa.

A proposta é inserir no direito positivo norma que explicitamente regule de forma adequada o exame da privacidade, assegurando a excepcionalidade de decisões que autorizem essa turbação. A proposição de critérios técnicos e objetivos garante que as partes e terceiros não serão indevidamente violados em sua privacidade.

Além disso, a existência de norma específica reduz a possibilidade de uma oscilação excessiva da jurisprudência, que pode gerar no jurisdicionado certa sensação de injustiça, pela variedade e desigualdade de decisões.

Importante ressaltar que advogados e magistrados são os principais destinatários da norma, visto que ambos devem ter parâmetros claros para requerer, deferir e indeferir medidas probatórias que interfiram na privacidade.

A padronização de critérios técnicos jurídicos consistentes em matéria de admissão de provas que interferem na privacidade contribui para o desenvolvimento do processo justo.

## **CONCLUSÃO**

O estudo das interferências na privacidade das pessoas deve mesmo ser técnico e ponderado, haja vista que se trata de conformar um direito fundamental, que senta raízes no



bem mais basilar da ordem jurídica – a dignidade da pessoa humana – embora se manifeste em diferentes níveis de intensidade, que se afastam paulatinamente desse núcleo juridicamente mais protegido.

O acesso à justiça, inclusive no que compreende sua manifestação na instrução, é um direito fundamental e legítima a produção de provas; todavia, esta deve observar as disposições das partes e demais limitações probatórias, notadamente, *in casu*, a privacidade.

Isso não significa que, em qualquer caso, a proteção à privacidade prevalecerá sobre o direito a prova, mas que sempre que houver, na produção de prova, intromissão na esfera privada de outrem, técnicas processuais específicas devem ser adotadas, para assegurar o adequado cotejo desses dois direitos fundamentais: a privacidade e o acesso à justiça.

A privacidade não é uniforme em todas as atividades e interesses existentes no âmbito de relações de uma pessoa. A privacidade será mais intensa, tanto quanto esteja relacionada com elementos estruturantes da personalidade.

A pesquisa da relação entre direito processual e privacidade, que se manifesta especialmente no campo probatório, é fundamental para que o processo possa continuar a cumprir sua missão de realizar o direito material, apesar das contínuas transformações ocorridas ao longo do tempo. Muitas dessas transformações, que repercutem e se manifestam especialmente no campo das relações humanas, culminam por reestruturar conceitos como a privacidade, que por estar em permanente conexão com o direito de prova do processo, impõe ao operador do direito a compreensão dessas mudanças e a evolução do direito processual.

A globalização cultural traz diuturnamente para o processo valores transnacionais, inclusive em matéria de prova e privacidade. O processo em andamento de classificação, organização e armazenamento de todas as informações existentes para sistemas eletrônicos e a migração da instrumentalização dos negócios jurídicos para a mídia digital, exige do processualista uma evolução doutrinária dessa nova realidade, especialmente em razão dos novos conceitos que correlacionam essa transformação tecnológica e a proteção à privacidade.

É nesse contexto que a *sistematização das limitações probatórias impostas pelos diversos níveis de privacidade* apresenta-se como essencial para tratar o tema no contexto atual e estruturar sua utilização no futuro que já se anuncia.

Por fim, segue resumo das principais conclusões deste estudo:

1. O acesso à justiça relaciona-se diretamente com o direito de prova e este não é ilimitado, sofrendo limitações, entre as quais, as determinadas pela privacidade. Todavia, não há violação do acesso à justiça pelo respeito à privacidade no processo, ao contrário, o processo justo, com resultado justo, depende de um procedimento garantístico, que respeite diversos direitos, entre os quais o direito à privacidade.
2. Os *níveis de privacidade* podem ser classificados, em ordem crescente de intensidade de proteção: *privacidade social, privacidade relacional e privacidade íntima*.
3. A *privacidade social* é o nível mais tênue de tutela jurídica ao direito à privacidade, não podendo ser categorizada como direito fundamental. Compreende a tutela geral que existe à percepção social e cultural sobre privacidade em face da coletividade. Define a reserva de informação que uma pessoa tem, ao preferir que informações pessoais não sejam divulgadas e não ganhem ampla notoriedade. Nesse caso, sempre que possível, a privacidade deve ser preservada, porém quando necessário para fins de prova no processo judicial, esse nível de privacidade *sempre* cede ao direito de prova. Define o nível de privacidade: *pessoa-coletividade*.
4. Classificam-se neste nível de privacidade, a *fiscal, bancária, empresarial, cadastral e contratual*, não são direitos fundamentais nem estão relacionadas com a *dignidade da pessoa humana*. Consistem em modalidade de direito comum, não fundamental, que tanto quanto possível deve ser tutelado, entretanto, por estar hierarquicamente abaixo do direito de prova (direito fundamental), sempre pode ser superado quando for relevante no processo. A informação desvendada deve ser protegida dentro do processo.
5. A *privacidade relacional* define a tutela constitucional da confiança existente nas relações pessoais e é reconhecida como direito fundamental, com estatura equivalente ao direito de prova. Consiste na privacidade com pessoas escolhidas: *pessoa-pessoa*. Além da proteção inerente a qualquer situação de privacidade – à semelhança do que ocorre com a *privacidade social* – esse segundo nível de privacidade tem proteção adicional e que somente pode ser superada em processos judiciais que versem *sobre a mesma matéria privada* ou matéria essencialmente relacionada com a *dignidade da pessoa humana* (não podendo embasar a intervenção mera ofensa reflexa).
6. Incluem-se na *privacidade relacional*, a *privacidade de comunicação (pessoal ou ambiental, telefônica, eletrônica e de correspondência), domiciliar, familiar, profissional* (nesta incluída a

*manifestação religiosa*; enquanto o *sentimento* religioso é considerado privacidade íntima, a *prática* religiosa, por configurar interação com pessoas, encontra-se no campo da *privacidade relacional*). Esse nível de privacidade surge da relação com *pessoas escolhidas*, o que leva a pessoa a despir-se cuidados e agir com informalidade; viola o sistema de direitos usar esse momento de vulnerabilidade como prova, salvo se estiver em questão, justamente, a própria relação que a norma constitucional quer proteger (a relação familiar, domiciliar, profissional etc.) ou bem jurídico inerente à dignidade da pessoa humana.

7. Apresenta-se uma abordagem singular da regra constitucional do art. 5º, inciso XII. Interpreta-se o inciso como *direito fundamental à comunicação*, independentemente da mídia (telefonía, correio, digital etc.), sendo a tutela legal ao *trânsito* ou *fluxo de dados* baseados na *confiança recíproca dos interlocutores*. Os dados *estáticos* e armazenados não são reconhecidos dentro desse nível de privacidade e recebem o tratamento de documentos comuns, protegidos de acordo com o nível de privacidade de seu conteúdo, diferente da comunicação que, por definição, é *dinâmica*. Toda comunicação interpessoal, por qualquer mídia, é igualmente protegida, salvo a interceptação telefônica, que a Constituição expressamente destina ao processo penal. Ressalva-se que os *dados cadastrais* das operadoras e afins não pertencem a esse nível de privacidade (são informações estáticas e não caracterizam *fluxo de dados*).
8. A *privacidade íntima* é o nível que abrange pela dignidade da pessoa humana, consistente em *vedação absoluta à produção de prova* que atinja os direitos mais densos da personalidade. Incluem-se nesse nível somente a vida, a integridade física, psicológica e moral, e os direitos da personalidade nucleares da pessoa humana, como a liberdade de pensamento, o sentimento religioso, a identidade sexual, a consciência e autopercepção, obstando provas que impactem esses valores. Esse nível de privacidade é intangível, pois recebe o máximo de proteção do ordenamento jurídico. É o nível de privacidade da *pessoa com ela mesma*.
9. É identificado o direito à não autoincriminação como inerente ao senso legítimo de autopreservação. A não autoincriminação é uma conduta passiva omissiva, que não se confunde com direito de manifestar-se faltando com a verdade e não exclui o dever de colaboração processual (que não se confunde com confissão), não podendo ser imposta manifestação de pensamento que não seja espontânea, pelo que uma pessoa não pode ser

obrigada *falar, assinar* nem praticar ato que simule que sua consciência tem um entendimento, quando na verdade *não tem*.

10. A intervenção corporal invasiva forçada é vedada em nosso sistema, tanto no processo civil, quanto no processo penal. A intervenção corporal não invasiva é excepcional e admitida, quando justificada. A tortura é ilícita em qualquer circunstância e para qualquer fim, independentemente do bem jurídico que se queira tutelar no processo, em que essa prova seja produzida.
11. Foram definidos *critérios objetivos de cabimento de prova*, como ferramenta jurídica clara e efetiva para definir se uma prova pode ou não ser produzida, no caso de atingir a privacidade de alguém.
12. Assim, enquanto uma prova que *não* atinja à privacidade poderá *sempre* ser produzida, uma que a impacte só será produzida *excepcionalmente* e se atender aos *critérios objetivos*. Os critérios consistem em duas etapas: na primeira, examina-se a *imprescindibilidade da prova*, através da verificação de sua *pertinência* (só uma prova apta a demonstrar o fato será produzida) e do *prejuízo* (deve haver certeza que a ausência da prova prejudicará irremediavelmente a comprovação do direito da parte, não havendo outra prova que substitua); na segunda etapa, há a *ponderação em abstrato* (verifica-se se o direito material que se quer tutelar no processo é ou não um direito fundamental) e *ponderação em concreto* (apurando-se, caso o direito a ser tutelado seja fundamental, se é da mesma natureza da privacidade que será atingida).
13. Utilizando-se o critério objetivo, a primeira etapa dos critérios objetivos (verificação de imprescindibilidade), define a *limitação probatória por imprescindibilidade*, que só permite a prova que viola a *privacidade social*, se a prova for imprescindível.
14. A segunda etapa apura, pela *ponderação*, primeiro, se o direito tutelado é fundamental, pois a *privacidade relacional* somente poderá ser atingida se o bem jurídico tutelado no processo também for direito fundamental, e depois, como não basta o direito ser fundamental, precisa ser da mesma natureza que a relação protegida, a *ponderação em concreto verifica isso* (superação do sigilo profissional, numa ação sobre a relação com o cliente; superação do sigilo familiar, numa ação de direito de família etc.). A interceptação de comunicação, por força da constituição, é destinada exclusivamente ao processo penal e, excepcionalmente, tem efeito no processo civil relacionado.

15. Através da ponderação em abstrato e em concreto, apuram-se as outras duas hipóteses de *limitações probatórias determinadas pela privacidade*, quais sejam, *limitação por confiança fundamental* (que exige que na *ponderação em concreto* identifique-se que o processo trata das mesmas relações pessoais de confiança que consubstanciam direitos fundamentais, cuja privacidade se pretende superar para fins de prova) e *limitação pela dignidade da pessoa humana* (quando na *ponderação em abstrato*, verifica-se que o bem jurídico atingido pela produção da prova será a *privacidade íntima* e, nesse caso, como essa é intangível. A prova não poderá ser produzida; esse nível de limitação consiste em autêntica *vedação ao direito de prova*).
16. Alcança-se à classificação final das limitações probatórias determinadas pela privacidade: a *limitação pela imprescindibilidade da prova*, pela *limitação pela confiança fundamental* e *limitação pela dignidade pessoal*.
17. A preservação da privacidade mais pujante consiste na recusa à produção da prova que a impacta, mas há outros meios de tutela da privacidade no processo, tais como sua proteção nos momentos de prova: 1) proposição; 2) admissão; 3) produção; 4) análise; 5) registro.
18. Consigna-se que, quanto à valoração da prova, a privacidade também é protegida na medida em que *não seja prejudicada a pessoa cuja privacidade foi protegida pela não produção de uma prova*. A tutela à privacidade no processo estará esvaziada se houver *presunção contrária* à parte cuja privacidade foi protegida, justamente por não ter sido produzida a prova, ou se houver *inversão do ônus da prova*, pois tais fatos implicariam coação à parte a renunciar à sua privacidade, o que não pode ser admitido. Ressalva-se a situação do DNA para fins de investigação de paternidade, por ser o direito material a ser tutelado – origem genética – inerente à dignidade da pessoa humana, enquanto a prova laboratorial é pouco ou nada invasiva.
19. Destaca-se no âmbito do *registro de prova*, que há hipóteses de segredo de justiça *parcial* ou *total*, e devem ser adotados procedimentos de sigilo no processo, onde é produzida prova que atinge a privacidade.
20. Identificam-se *situações em que não há incidência de privacidade* no espaço público e no espaço privado, bem como na atuação do Poder Público (não se confundido *segredo de estado* com privacidade propriamente dita), diferenciando, ainda, o sigilo da instrução penal (quando objetiva assegurar a aplicação da lei penal, surpreendendo o réu, e não preservando

privacidades). Há casos em que há *disposição voluntária da privacidade*, ressalvando-se casos em que não pode ocorrer e cabe ao juiz não permiti-la.

21. A violação de privacidade gera a nulidade da prova e responsabilização dos sujeitos do processo. Deve ser reprimido o abuso do direito de alegação de privacidade.
22. As normas de privacidade incidem sobre a utilização de mídias modernas como prova em processo judicial, notadamente *câmeras de segurança, redes sociais e gravação audiovisual de atos processuais*.
23. Incidem as limitações impostas pela privacidade no âmbito da mediação e da arbitragem, valendo destacar que esses métodos alternativos de solução de conflitos também ostentam suas próprias regras sobre privacidade na instrução e procedimento.
24. Propõe-se, pois, a alteração do Código de Processo Civil, para inclusão do seguinte artigo:  
**Art.** *A decisão de admissão da prova que interfira na privacidade de pessoas será excepcional e deverá ser fundamentada em critérios objetivos de cabimento da prova. **Parágrafo primeiro.** São critérios objetivos de cabimento da prova: I – Somente produzir prova que interfira na privacidade, quando imprescindível para o julgamento, por ser pertinente à alegação da parte e sua ausência causar prejuízo irreparável ao direito de prova, ao contraditório ou à ampla defesa; II – A privacidade da relação prevista como direito fundamental somente pode ser interferida para produção de prova em processo sobre a própria relação; III – Não será admitida em nenhuma hipótese prova que viole a dignidade da pessoa humana. **Parágrafo segundo.** Poderá ser decretado segredo de justiça para atos ou registros de atos que interfiram no direito à privacidade, adotando o juiz as medidas que forem necessárias, de ofício ou a requerimento da parte. **Parágrafo terceiro.** Não é lícita a admissão ou utilização de prova que viole a privacidade, salvo nas hipóteses legalmente admitidas. **Parágrafo quarto.** A impossibilidade de produção de prova protegida pela privacidade não poderá prejudicar, no julgamento da causa, aquele cuja privacidade está sendo protegida com a vedação à produção da prova.*

## REFERÊNCIAS

1. ANDOLINA, Italo. VIGNERA, Giuseppe. Il modelo costituzionale del processo civile italiano: corso di lezioni. Torino: Giappchelli, 1990.
2. ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Ed. Coimbra : Coimbra, 2006.
3. ANDREWS, Neil. *English Civil Procedure, Fundamentals of the New Civil Justice System*. United States : Oxford University Press, 2003.
4. \_\_\_\_\_. *Injunctions in support of civil proceedings and arbitration*, in *Revista de Processo*, vol. 171, Ano 34, maio-2009. P.165-192.
5. \_\_\_\_\_. *O moderno processo civil : formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução: Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009b.
6. BARCELLOS, Ana Paula de. *Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional*, in *A nova interpretação constitucional : ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Luiz Roberto Barros (org.). 3ª Edição revista. Ed. Renovar : Rio de Janeiro, 2008.
7. BARRETO, Wanderlei de Paula. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Arruda Alvim e Thereza Alvim (coord). Rio de Janeiro : Forense, 2005. p 177-180.
8. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *O código modelo na América Latina e na Europa : Relatório brasileiro*. Revista de Processo nº 113, Ano XXIX, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004.
9. \_\_\_\_\_. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. Ed. São Paulo : Malheiros, 2006.
10. BODART, Bruno; ARAUJO, José Aurélio de. *Alguns apontamentos sobre a reforma processual civil italiana : sugestões de direito comparado para o anteprojeto do novo CPC brasileiro*.
11. BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Ensaio sobre o dever de colaboração das partes previsto no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro* in *Revista de Processo* nº 190, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010.

12. BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Direito Processual Civil*. V.1. 4ª. Ed. São Paulo : Saraiva, 2010.
13. \_\_\_\_\_. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil. Tutela jurisdicional executiva*. V.3. 3ª. Ed. São Paulo : Saraiva, 2010.
14. BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil. Procedimento comum: ordinário e sumário*. V.2. 3ª. Ed. São Paulo : Saraiva, 2010
15. CAMBI, Eduardo. *Caráter Probatório da conduta (processual) das partes*, in *Revista de Processo*, vol. 168, Ano 36, Ed. Revista dos Tribunais : São Paulo, novembro-2011.
16. BUTTURINI, D. *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano ed europeo*. Naples: ESI, 2009.
17. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça. Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*. 2ª Edição. Ed. Forense : Rio de Janeiro, 2007.
18. \_\_\_\_\_. *Desconsideração da Coisa Julgada : sentença Inconstitucional*, Rio de Janeiro: Revista Forense, Volume 384, 2006.
19. \_\_\_\_\_. *O Ministério Público no processo civil e penal*. 5ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 1994.
20. CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. *Prova científica : Exame Pericial do DNA*. Lumen Juris : Rio de Janeiro, 2007.
21. CAPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant (colab). *Acesso à justiça : Introdução geral aos volumes da série Acesso à Justiça do "Projeto de Florença"*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre : Fabris, 1998.
22. CATALA, Pierre. *Ebauche d'une théorie juridique de l'information*", in, *Informática e Diritto*, Ano IX, jan-apr. 1983, PP. 15-31.
23. COMOGLIO, Luigi Paolo. FERRI, Corrado. TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 4ª Ed. Utet Giuridica, 2012.
24. COUTURE, Eduardo. *Fundamentos Del derecho procesal civil*. Ed. Depalma :Buenos Aires, 1951. P 160.



25. DENTI, Vittorio. *La evolución del derecho de las pruebas en los procesos civiles contemporáneos*, in *Estudios de derecho probatorio*, Ed. EJEA : Buenos Aires, 1974. P. 77.
26. DONEDA, Danilo. *Privacidade à proteção de dados pessoais*. São Paulo : Ed. Renovar, 2006.
27. DUMONT, Louis. *Essai sur l'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Paris : Col. Esprit, 1983. p.102.
28. ELIAS, Norbert., *Ueber den Prozess der Zivilisation*, Basileia, 1939; tradução francesa, *La civilization des mœurs e La Dynamique de l'Occident*, Paris, Calmann-Lévy, 1973.
29. FIORI, Ariane Trevisan. *A prova e a intervenção corporal : sua valoração no processo penal*. Lumen Juris : Rio de Janeiro, 2008.
30. FOLLE, Francis Perondi. *A prova sem urgência no direito norte-americano : um exame do instituto da discovery in Revista de Processo, vol. 204, Ano 37, Ed. Revista dos Tribunais : São Paulo, dezembro-2012. P.131-151.*
31. GOMES Jr., Luiz Manoel. FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges. *O segredo de justiça no Novo Código de Processo Civil – Análise das principais inovações*. Revista de Processo. Ano 40. V. 250. Revista dos Tribunais : São Paulo, dezembro/2015.
32. GOUVEIA. Lucio Grassi de. *A função legitimadora do principio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro*. Revista de Processo nº 172. Ano 34, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009.
33. GRECO, Leonardo. *Acesso à Justiça no Brasil*. Revista de Ciências Sociais da Universidade Gama Filho, edição especial sobre Direitos Humanos. Rio de Janeiro : Faculdade Gama Filho, 1997.
34. \_\_\_\_\_. *A prova no Processo Civil : do Código de 1973 até o novo Código Civil*. Revista Dialética de Direito Processual, nº 15, ed. Dialética, São Paulo, 2004.
35. \_\_\_\_\_. *Jurisdição voluntária moderna*. São Paulo : Dialética, 2003.
36. \_\_\_\_\_. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo* in Estudos de Direito Processual. Campos dos Goytacazes : Faculdade de Direito de Campos, 2005.

37. \_\_\_\_\_. *O acesso ao Direito e à Justiça*. Campos dos Goytacazes : Faculdade de Direito de Campos, 2005
38. \_\_\_\_\_. *O princípio do contraditório*. Revista Dialética de Direito Processual nº 24, São Paulo : Dialética, 2005
39. \_\_\_\_\_. *A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa*. Revista CEJ nº. 35 (Brasília) : Centro de Estudos Jurídicos, 2006.
40. \_\_\_\_\_. *O conceito de prova in Estudos de Direito Processual in Estudos de direito processual : homenagem ao Professor Égas Dirceu Moniz de Aragão*. Marinoni, L.G. (Coord.). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006.
41. \_\_\_\_\_. *Atos disposição processual : primeiras reflexões in Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais. Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. Medina, José Miguel Garcia et alli (Coords.). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008.
42. \_\_\_\_\_. *Publicismo e privatismo no processo civil*. Revista de Processo nº 164. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008b.
43. \_\_\_\_\_. *Instituições de processo civil*. Volume I. Rio de Janeiro : Forense, 2009.
44. \_\_\_\_\_. *Instituições de processo civil*. Volumes II. Rio de Janeiro : Forense, 2010.
45. \_\_\_\_\_. *A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro. Primeira Parte. Anteprojeto do Grupo de Pesquisa “Observatório das Reformas Processuais”, Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*. Revista de Processo. Ano 40. V. 240. Revista dos Tribunais : São Paulo, fevereiro/2015.
46. \_\_\_\_\_. FARIA, Marcio Carvalho. GALVÃO Filho, Mauricio Vasconcelos. HARTMANN, Guilherme Kronemberg, GUEDES, Clarissa Diniz. AURAÚJO, Jose Aurélio. SILVA, Franklyn Roger Alves. *A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro. Segunda Parte. Anteprojeto do Grupo de Pesquisa “Observatório das Reformas Processuais”, Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*. Revista de Processo. Ano 40. V. 241. Revista dos Tribunais : São Paulo, março/2015.
47. \_\_\_\_\_. GIDI, GUEDES, Cintia Regina. FARIA, Marcela Kohlbach de. ROMANO NETO, Odilon. ALMEIDA, Assumpção Rezende de. MENEZES, Paula

- Bezerra. ROQUE, André Vasconcelos. ARAÚJO, Jose Aurélio. RODRIGUES, Baltazar Jose Vasconcelos. QUIRINO Bisneto, José. FORTI, Iorio Siqueira D'Alessndri. NARDELLI, Marcela Mascarenhas. *A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro. Terceira Parte. Anteprojeto do Grupo de Pesquisa "Observatório das Reformas Processuais", Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*. Revista de Processo. Ano 40. V. 243. Revista dos Tribunais : São Paulo, maio/2015.
48. \_\_\_\_\_. GIDI, Antonio. CAMBI, Eduardo. YARSHELL, Flávio Luiz. SAMPAIO, Gustavo. *A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro. Quarta Parte. Anteprojeto do Grupo de Pesquisa "Observatório das Reformas Processuais", Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*. Revista de Processo. Ano 40. V. 243. Revista dos Tribunais : São Paulo, maio/2015.
49. GRECO, Luís / LEITE, Alaor. *Claus Roxin, 80 Anos*. Revista Liberdades, nº 07 - maio-agosto de 2011.
50. GUEDES, Clarissa Diniz. LEAL, Stela Tannnure. *O cerceamento do acesso à prova devido à confusão entre os planos de admissibilidade e valoração do material probatório*. Revista de Processo. Ano 40. V. 240. Revista dos Tribunais : São Paulo, fevereiro/2015
51. GUIMARÃES, Felipe. *Medidas probatórias autônomas : panorama atual, experiência estrangeira e as novas possibilidades no direito brasileiro*, in *Revista de Processo, vol. 178, Ano 34, Ed. Revista dos Tribunais : São Paulo, dezembro-2009. P.124-151*.
52. HABERMAS, Jurgen. *L'espace public. Archéologie de la publicite comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, Paris : Minuit, 1973.
53. HAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 4ª ed.. São Paulo : Martins Fontes, 2002.
54. JACOB, Joseph M. *Civil justice in the age of human rights*. Ed. Ashgate : Hampshire, 2007.
55. KOCHEM, Ronaldo. *Racionalidade e decisão – A fundamentação das decisões judiciais e a intepretação jurídica*. Revista de Processo. Ano 40. V. 244. Revista dos Tribunais : São Paulo, junho/2015.

56. KREILE, Ruber David. *Prova nas ações de filiação no direito alemão*, in *Revista de Processo*, vol. 168, Ano 34, Ed. Revista dos Tribunais : São Paulo, fevereiro-2009.
57. MEZZETTI, Luca. *Direitos humanos na Itália, entre a Suprema Corte, a Corte Constitucional e as Cortes Supranacionais*. Revista de Direito da Faculdade de São Bernardo do Campo. ISSN: 2358-1832 São Bernardo do Campo : FDSBS, 2013.
58. LUÑO, Henrique Perez. *Manual de Informática y Derecho*. 1ª Ed. Ariel : Barcelona, 1996.
59. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Teoria Geral do Processo*. Ed. Lumen Juris : Rio de Janeiro, 2009. P.33.
60. MOREIRA, Fernando Mil Homens. *Observações sobre a eficácia probatória do e-mail no processo civil brasileiro*, in *Revista de Processo*, vol. 193, Ano 36, Ed. Revista dos Tribunais : São Paulo, março-2011.
61. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O processo, as partes e a sociedade* in *Temas de Direito Processual*. Oitava Série. São Paulo : Saraiva, 2004.
62. NARDELLI, Alves Mascarenhas. *O direito à prova e à não autoincriminação em uma perspectiva comparada entre os processos civil e penal*. Revista de Processo. Ano 40. V. 246. Revista dos Tribunais : São Paulo, agosto/2015. p .171.
63. NERY JUNIOR, Nelson, e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 6ª Edição. Ed. Revista dos Tribunais : São Paulo, 2002.
64. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*. São Paulo : Saraiva, 2008.
65. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares*. Luiz Roberto Barros (org.). 3ª Edição revista. Ed. Renovar : Rio de Janeiro, 2008. PEREZ, Adriana Hahn. *A nova lei alemã de mediação*. Revista de Processo. Ano 40. V. 243. Revista dos Tribunais : São Paulo, maio/2015.
66. PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. Lumen Juris : Rio de Janeiro, 2010.
67. \_\_\_\_\_. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. SARAIVA : São Paulo, 2012. v.1.

68. \_\_\_\_\_. *Mediação* : a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos. Disponível em: [http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/mediacao\\_161005.pdf](http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/mediacao_161005.pdf). Consultado em: 07/07/2012.
69. \_\_\_\_\_. *Mediação*: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos. Disponível em: [http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/a\\_mediacao\\_e\\_a\\_solucio\\_de\\_conflitos\\_no\\_estado\\_democratico.pdf](http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/a_mediacao_e_a_solucio_de_conflitos_no_estado_democratico.pdf) . Consultado em: 07/07/2012.
70. \_\_\_\_\_. *O novo CPC e a mediação* : Reflexões e ponderações. Disponível em: [http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/O\\_novo\\_CPC\\_e\\_a\\_Mediacao.PDF](http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/O_novo_CPC_e_a_Mediacao.PDF).
71. PINTER, Rafael Wobeto. *A boa-fé no processo civil e o abuso de direitos processuais*. Revista de Processo. Ano 41. V. 253. Revista dos Tribunais : São Paulo, agosto/2014. p .133.
72. PROST, Antonie. VINCENT, Gérard. *História da vida privada. Da primeira guerra aos nossos dias*. V.5. Tradução BOTTMANN, Denise. São Paulo : Companhia de Bolso, 2009.
73. REICHELT, Luis Alberto. *A inadmissibilidade das provas ilícitas na perspectiva do direito ao processo justo*. Revista de Processo. Ano 39. V. 228. Revista dos Tribunais : São Paulo, fevereiro/2014.
74. REICHELT, Luis Alberto. *A exigência de publicidade dos atos processuais na perspectiva do direito ao processo justo*. Revista de Processo. Ano 39. V. 234. Revista dos Tribunais : São Paulo, agosto/2014.
75. RICCI, Gian Franco. *Nuovi rilievi sul problema della 'specificità' della prova giuridica*. in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LIV. Ed. Giuffrè : Milano, 2000. P.1137/1141.
76. RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância : a privacidade hoje*. Ed. Renovar : Rio de Janeiro, 2008.
77. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, vol. II, 2ª tiragem, ed. Max Limonad, São Paulo, 1949, p.166-168.
78. SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Lumen Juris : Rio de Janeiro, 2000.

79. SCHMITZ, Leonardo Zieseimer. *Entre produzir provas e confirmar hipóteses: o risco do argumento da “busca da verdade real” na instrução e na fundamentação das decisões*. Revista de Processo. Ano 40. V. 250. Revista dos Tribunais : São Paulo, dezembro/2015.
80. SZANIAWSKI, Elimar. *Os direitos da personalidade e sua tutela*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.
81. TARUFFO, Michele. *Abuso de direitos processuais : padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral)*. Barreiros. L. M. S. (Trad.). Revista de processo nº 177. Ano 34. São Paulo : Revista dos Tribunais, novembro/2009.
82. \_\_\_\_\_. *Precedente e Jurisprudência*, in *Revista de Processo*, vol. 199, Ano 36, setembro-2011.
83. TROCKER, Nicolò. *Il contenzioso transnazionale e il diritto delle prove*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Ed. Giuffrè : Milano, 1992.
84. WIENER, Norbert. *Cibernética e sociedade*. São Paulo : Cultrix, 1968.