

# **A QUEBRA DO SIGILO ATRAVÉS DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E SEU USO COMO PROVA EMPRESTADA NO PROCESSO CIVIL**

## **THE BREACH OF CONFIDENTIALITY THROUGH TELEPHONE TAPPING AND ITS USE AS LENT EVIDENCE ON THE CIVIL PROCEDURE**

Mateus Franciso Marchiori Canali<sup>1</sup>

Adriana Fasolo Pilati Scheleder<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo preocupa-se em analisar a possibilidade de quebra do sigilo das comunicações através da interceptação telefônica dessas informações e seu uso em outros ramos do ordenamento jurídico brasileiro. Partindo-se da premissa constitucional de que a violação do direito à intimidade somente pode ser realizada com fins de investigação e instrução penal, analisar-se-á a possibilidade de utilização do instituto previsto na Lei nº 9.296/96 como prova emprestada para fins de instrução civil e processual civil. Tal questão reveste-se de certa importância na medida em que os recursos tecnológicos, cada vez mais, estão sendo aplicados para a obtenção de provas, muitas vezes sem o consentimento ou a permissão daquele contra quem a prova será depois produzida, quiza, com grave violação do direito à intimidade. Por fim, através do método hipotético-dedutivo, infere-se que, embora na doutrina se tenha ainda certa e relevante divergência doutrinária, que a posição dominante é pela inadmissibilidade do empréstimo no processo civil das informações obtidas através da investigação ou instrução penal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Interceptação telefônica. Lei nº 9.296/96. Prova emprestada no processo civil. Quebra de sigilo.

**ABSTRACT:** The present article concerns about analyzing the possibility of breaching the confidentiality of communications through telephone tapping and its use on other branches of the Brazilian legal system. Starting from the constitutional premise that the violation of the right to intimacy can only be done aiming criminal investigation and legal instruction, the possibility of using the institute foreseen on

---

<sup>1</sup> Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Graduado em Direito pela Faculdade Planalto de Passo Fundo (Faplan).

<sup>2</sup> Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Professora dos Cursos de Graduação e de Pós-graduação em Direito e Coordenadora de Pesquisa da Universidade de Passo Fundo (UPF) e integrante do projeto de pesquisa “Limites e possibilidades da eficácia da prestação jurisdicional no Brasil”, apoiado com recursos da CAPES e CNJ.

Lei 9.296/96 as lent evidence on civil instruction and civil procedures will be analyzed. This issue has some importance since the technological resources are, increasingly, being applied on the obtainment of evidences, oftentimes without the agreement or the permission of the person against whom the evidence will be produced, perhaps with severe violation of the right to intimacy. Finally, through the hypothetical-deductive method, it is inferred that, even though there is still some relevant doctrinal divergence, the dominant position is for the inadmissibility of lending to the civil procedure the information obtained through criminal investigation or instruction.

**KEYWORDS:** Telephone tapping. Law nº 9296/96. Lent evidence on civil procedure. Breach of confidentiality.

## 1 INTRODUÇÃO

Tendo em vista a possibilidade de decretação da quebra do sigilo de comunicações telefônicas para fins de investigação e instrução penal prevista no texto da Constituição Federal de 1988, o presente artigo preocupa-se em analisar a possibilidade de extensão desta determinação constitucional ao processo civil por meio do instituto da prova emprestada. Dessa forma, as informações obtidas através da realização de interceptações telefônicas, regularmente realizadas em conjunto pelas autoridades policiais e judiciais, serviriam de lastro probatório a ser utilizado em processos civis. Para tanto, tendo em vista sua direta interferência na questão, inicialmente será analisado o direito à inviolabilidade do sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, dados e comunicações telefônicas, previsto constitucionalmente no artigo 5º, inciso XII. Outrossim, faz-se necessária a análise dos mandamentos da Lei 9.296/96, responsável pela regulação da interceptação telefônica no ordenamento jurídico nacional. Por fim, e como ponto principal da discussão, passa-se ao estudo da prova no processo civil brasileiro, dando ênfase ao instituto da prova emprestada. Encerra-se o artigo, então, com a discussão acerca da existência ou não da possibilidade de utilização das informações obtidas através de regular interceptação telefônica realizada no âmbito penal nas lides civis.

## **2 Direito à inviolabilidade do sigilo das correspondências, comunicações telegráficas, dados e comunicações telefônicas.**

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XII, relativo às garantias e liberdades individuais, assegura que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. Pode-se afirmar com segurança que o tema central deste artigo gira em torno deste postulado, sendo, assim, necessárias maiores ponderações acerca da sua interpretação.

Cabe ressaltar, que se realizada apenas uma interpretação literal do texto constitucional citado, pode-se concluir que, relativamente à quantidade de garantias asseguradas por esse inciso, haveria previsão de inviolabilidade a quatro institutos, a saber: correspondência, comunicações telegráficas, dados e comunicações telefônicas. Por essa interpretação, a possibilidade de violação do sigilo ficaria restrita à última hipótese, ou seja, apenas às comunicações telefônicas.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, no ano de 1992, estabeleceu que o inciso XII do artigo 5º, na verdade, contempla apenas duas hipóteses de inviolabilidade, as quais agrupam dois casos de sigilo em cada, ou seja, a inviolabilidade das correspondências e das comunicações telegráficas para as quais, de fato, não há previsão de quebra de sigilo (há exceção quando se trata de conflito de princípios, por exemplo, acesso dos dirigentes de presídios às correspondências dos detentos); e a inviolabilidade de dados e comunicações telefônicas, para as quais a própria Constituição Federal tratou de estabelecer ser possível a quebra do sigilo, na forma da lei e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Dessa forma, com a entrada em vigor da Lei 9.296 em 1996, a qual veio regulamentar o dispositivo constitucional em análise, tornou-se viável a decretação de quebra de sigilo de dados e comunicações telefônicas. (MACHADO, 2005).

Interessante ressaltar que, pela análise da legislação no direito alienígena, reforça-se a ideia de relatividade das inviolabilidades. Assim, a Constituição do Reino da Dinamarca determina que qualquer violação do segredo de correspondência postal, telegráfica e telefônica somente poderá ocorrer se nenhuma lei justificar exceção particular, após decisão judicial. Já a Lei Constitucional finlandesa prevê que será inviolável o segredo das

comunicações postais, telegráficas e telefônicas, salvo exceções estabelecidas em lei. Por fim, a Constituição italiana determina que a liberdade e o segredo da correspondência e de qualquer outra forma de comunicação são invioláveis, sendo que sua limitação somente pode ocorrer por determinação judiciária, mantidas as garantias estabelecidas em lei. (MORAES, 2006, p. 52)

Assim, conclui-se que a proteção à inviolabilidade de dados e comunicações representa uma preocupação geral nos ordenamentos jurídicos. Entretanto, tais ordenamentos, ao mesmo tempo em que estabelecem serem essas garantias invioláveis, fornecem instrumentos capazes de quebrar tal barreira, sempre levando em consideração, é claro, a preponderância do interesse da sociedade sobre o individual.

Tendo em vista, portanto, o objetivo deste artigo, será priorizado o estudo da inviolabilidade das comunicações telefônicas, as quais abrangem as comunicações telemáticas. Como definição conceitual, a comunicação telefônica é entendida como transmissão, emissão, recepção e decodificação de sinais linguísticos, caracteres escritos, imagens, sons, símbolos de qualquer natureza, veiculados pelo telefone estático ou móvel. A questão do segredo das comunicações telefônicas, ou, simplesmente, sigilo telefônico, é um prolongamento do direito à privacidade e à intimidade, previsto Constitucionalmente no artigo 5º, inciso X. (BULOS, 2009, p. 488). A limitação do sigilo das comunicações telefônicas e telemáticas encontra-se regulamentada pela Lei 9.296, de 24 de julho de 1996.

### **3 Interceptação telefônica – Lei 9.296/96**

Previamente ao estudo dos mandamentos da Lei 9.296/96, interessa estabelecer o correto alcance do termo interceptação telefônica. A expressão interceptação telefônica *lato sensu* corresponde a um gênero, que se subdivide em três espécies distintas: interceptação telefônica *stricto sensu*, escuta telefônica e gravação telefônica (AVENA, 2013, p. 472).

Por interceptação telefônica *stricto sensu* entende-se a situação onde um terceiro viola a conversa telefônica entre duas ou mais pessoas, sem que nenhum dos envolvidos tenha conhecimento dessa violação. Escuta telefônica diz respeito à hipótese onde um terceiro viola a conversa telefônica entre duas ou mais pessoas, sendo que um dos envolvidos tem ciência

de que o diálogo está sendo captado. Por fim, na gravação telefônica não há a presença de um terceiro. O diálogo é simplesmente registrado por um dos interlocutores.

Levando em consideração o disposto no item anterior, tem-se que a Constituição Federal estabeleceu serem invioláveis as comunicações telefônicas, salvo por ordem judicial. Partindo desse pressuposto, interpreta-se o dispositivo aduzindo que, a *contrario sensu*, somente são violáveis as comunicações telefônicas, as quais somente existem entre duas ou mais pessoas; e que para estas serem *violadas*, é necessário que haja a intromissão de um terceiro na situação. Assim, pode-se concluir que o inciso XII do artigo 5º da Constituição somente se aplica às interceptações telefônicas *strictu sensu* e às escutas telefônicas, visto que somente nestes casos ocorre a presença de um terceiro responsável pelo registro das informações (AVENA, 2013, p. 472).

Disso decorre que as gravações telefônicas, mesmo que executadas sem autorização judicial, são consideradas meios lícitos de prova, havendo restrição ao seu uso por violação ao direito à intimidade somente em casos em que relação especial de confiança entre os interlocutores é violada. (AVENA, 2013, p. 474).

A Lei 9.296/96 veio, portanto, regulamentar a hipótese de violação das comunicações telefônicas, conforme previsto na Constituição Federal. Inicia o texto afirmando que a interceptação telefônica somente será realizada para a investigação criminal e instrução processual penal, dependendo, em ambos os casos, de ordem judicial e tramitará sob sigilo de justiça. Em seguida, estende o alcance do disposto na lei às interceptações do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática. Por telemática se entende os sistemas de transmissão de dados que envolvem elementos telefônicos e informáticos ao mesmo tempo, como o e-mail.

No seu artigo 2º, a Lei tratou de estabelecer o conjunto de requisitos necessários para que a interceptação possa ser deferida. Assim, no caso concreto deve haver indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal; a interceptação deve ser a única maneira de se obter a prova desejada e o fato investigado deve ser punido com pena de reclusão.

A determinação de interceptação pode ser feita de ofício pelo juiz ou mediante requerimento da autoridade policial ou representante do Ministério Público, sendo deferida por um prazo máximo de quinze dias, não obstante poder ser renovada inúmeras vezes, caso haja imprescindibilidade. A diligência será realizada pela autoridade policial, a qual poderá contar com auxílio técnico de serviço especializado.

Após o término da diligência, a prova colhida permanecerá em segredo de Justiça, devendo então, caso haja ação penal, ser possibilitado ao defensor sua análise, em respeito aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Ressalte-se que a natureza da diligência impede o conhecimento anterior do investigado e de seu defensor. (MORAES, 2006, p. 56).

Do exposto, denota-se claramente a intenção do legislador em restringir a possibilidade de interceptação de comunicações telefônica à esfera penal. Entretanto, em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça já afirmou ser possível a determinação de interceptação telefônica fora da esfera penal, desde que seja uma medida imprescindível e haja conflito de princípios no caso concreto<sup>3</sup>. O conflito entre princípios, de acordo com a doutrina, deve ser solucionado através da utilização do princípio da proporcionalidade. Através dele, é facultado ao juiz analisar as situações conflitantes do caso concreto para verificar qual, diante de determinados pressupostos, deve proteger concretamente, mesmo que isso signifique colocar em situação de irreversibilidade a outra. É por intermédio dessa “regra” que o magistrado consegue medir os valores dos bens jurídicos postos em conflito e decidir, concretamente, qual deve proteger, qual deve prevalecer, mesmo em detrimento (ou eliminação momentânea) do outro. (BUENO, 2008, p. 136)

Analisados os dispositivos constitucionais que informam o tema abordado neste artigo, assim como realizados apontamentos sobre o instrumento legal utilizado para a interceptação das comunicações telefônicas, passa-se, então, à análise da prova no processo civil, dando ênfase, a seguir, ao instituto da prova emprestada para, ao fim do trabalho, discutir-se acerca da possibilidade de utilização das informações obtidas através de interceptação telefônica realizada no âmbito penal como prova emprestada no processo civil.

---

<sup>3</sup> Habeas Corpus nº 203.405 - MS (2011/0082331-3). No julgamento do Habeas Corpus em questão, o ministro Sidnei Beneti afirma ter sido correta a decisão do juiz da 4ª Vara de Família de Campo Grande que determinou a interceptação das comunicações telefônicas de um pai que se recusava a entregar o filho. De acordo com o ministro relator, “a possibilidade de quebra do sigilo das comunicações telefônicas fica, em tese, restrita às hipóteses de investigação criminal ou instrução processual penal. No caso, determinou-se a medida extrema em processo cível, que tramita perante a 4ª Vara de Família da Comarca de Campo Grande. No entanto, o ato impugnado retrata hipótese excepcional, em que se cogita até mesmo a possibilidade de desaparecimento do menor, tendo em vista que o requerido sempre se furtou da justiça, desdenhando ainda do Poder Judiciário na medida em que compareceu a um Programa de Televisão e disse que nada o faria devolver o filho”. Várias cartas precatórias foram expedidas, segundo o Tribunal de origem, em caráter itinerante, não havendo sucesso a busca e apreensão da criança.” O ministro encerra seu voto afirmando que “a situação, portanto, inspira mais cuidado do que, à primeira vista, pareceria ser o caso de aplicação pura e simples do preceito constitucional que estipula a garantia do sigilo das comunicações. Há que se proceder à ponderação dos interesses constitucionais em conflito, sem que se possa estabelecer, *a priori*, que a garantia do sigilo deva ter preponderância”. (BENETI, 2011, p. 03-05).

## 4 A prova no processo civil

A prova pode ser definida como o conjunto de atividades de demonstração e valoração mediante as quais se procura demonstrar a veracidade de determinados fatos relevantes para o julgamento da causa. (DINAMARCO, 2009, p. 43). Assim, pode-se conceituar prova como o meio através do qual as partes demonstram, em juízo, a existência dos fatos necessários à definição do direito em conflito. Provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou inexistência dos fatos relevantes e que digam respeito à causa. (FUX, 2008, p. 572).

Ao analisar-se o instituto da prova, deve-se ter em mente, também, que a prova representa um direito fundamental do indivíduo, decorrente do artigo 5º, incisos LIV<sup>4</sup> e LVI<sup>5</sup>. Assim, tal direito representa uma faceta do próprio direito de agir em juízo, que não se esgota com o direito de se obter um provimento jurisdicional qualquer, mas também em um procedimento probatório adequado, que garanta o contraditório e a ampla defesa. Sendo um direito, não é absoluto, visto nenhum direito apresentar tal característica, devendo o juiz somente admitir os meios de prova pertinentes, relevantes e admissíveis. Entretanto, a inadmissibilidade de meios de prova deve ficar restrita aos casos em que haja violação de outros dispositivos legais sob pena de violação do direito fundamental ao uso dos instrumentos de prova geralmente admitidos. (PINHO, 2012, p. 216).

Do exposto, denota-se que o que se busca com a prova é a verdade acerca dos fatos. Costuma-se afirmar que a busca da verdade no processo civil não é um fim absoluto, contentando-se o julgador com uma verdade suficiente ou formal, mais bem definida como verossimilhança. No entanto, a ideia de verdade ou até de certeza, como conceitos absolutos, dificilmente será atingida através do processo – o juiz dificilmente chegará a uma certeza absoluta com relação a todos os fatos da causa. Assim, o que pode ser alcançado é apenas um grau de probabilidade muito elevado, o que pode ser chamado não de verdade formal, mas verdade processual. (AMENDOEIRA JR., 2012, p. 508-509).

Em relação ao objeto da prova, a doutrina afirma que são as alegações de fato formuladas pelas partes. (AMENDOEIRA JR., 2012, p. 512). Têm as provas o objetivo de

---

<sup>4</sup> Artigo 5º, inciso LIV: Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Constituição Federal de 1988.

<sup>5</sup> Artigo 5º, inciso LVI: São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Constituição Federal de 1988.

influir na convicção do juiz, para que esse considere verídicas ou não as alegações das partes. Assim, prova não incide, portanto, sobre os fatos, mas, sim, sobre as alegações apresentadas pelas partes sobre os fatos. Dessa forma, a alegação, e não o fato, pode corresponder ou não à realidade daquilo que passou fora do processo. (PINHO, 2012, p. 217). Determina o Código de Processo Civil, no seu artigo 334, que não dependem de prova os fatos notórios; os afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; os admitidos, no processo, como incontrovertidos, em cujo favor exista presunção legal de existência ou veracidade.

Em princípio, a lei não necessita ser provada pelas partes, partindo-se do pressuposto que o juiz conhece a lei. (AMENDOEIRA JR., 2012, p. 512). Entretanto, conforme disposto no CPC, artigo 337, poderá ser necessária fazer prova de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário caso haja determinação judicial nesse sentido.

Quanto ao destinatário direto da prova, afirma a doutrina que é o Estado-juiz, passando a prova produzida a integrar o processo, considerando-se como destinatários indiretos as partes envolvidas na lide. Sendo o juiz o destinatário direto da prova, determina a lei este deverá valorar as provas de acordo com o sistema da persuasão racional ou do livre convencimento motivado, tendo total liberdade para analisá-las, mas não podendo utilizar fatos não trazidos aos autos para fundamentar sua decisão. Dessa forma, fica claro que não existe hierarquia entre as provas. (PINHO, 2012, p. 219).

Quanto aos meios de prova admitidos no ordenamento processual civil brasileiro, estes representam os instrumentos técnicos aptos a demonstrar a veracidade de determinadas alegações controvertidas e relevantes para o julgamento da causa. (PINHO, 2012, p. 221). Assim, o artigo 332 do CPC permite a utilização de todos os meios legais ou moralmente legítimos de prova, mesmo que não expressamente mencionados no Código Processual. Disso decorre que existem as chamadas provas típicas, previstas e reguladas pelo CPC, como a documental, testemunhal e pericial; e as chamadas provas atípicas, as quais não se encontram previstas no CPC mas que, caso produzidas sem violação de nenhum direito ou garantia, será plenamente válida. Exemplo de prova atípica perfeitamente admitida no processo civil é a prova emprestada, à qual, tendo em vista sua importância para o artigo em questão, será destinada análise especial.

Em outras palavras, prova atípica é aquela que não é expressamente prevista, mas, pela previsão do artigo 332 do CPC, é considerada ilícita. Como exemplos de provas atípicas, podem-se citar os indícios e presunções, a prova emprestada, a inquirição de testemunhas

técnicas (as *expert witnesses* do direito norte-americano – perícia informal), a constatação do estado do imóvel por Oficial de Justiça, entre outras. (AMENDOEIRA JR., 2012, p. 520).

Vê-se, então, que o rol de provas no direito brasileiro não é taxativo, devendo as restrições probatórias ser vistas com cautela, apenas para que não prejudiquem um desenvolvimento ordenado do processo ou que desafiem as garantias e os valores constitucionais. (PINHO, 2012, p. 221).

Já em relação ao ônus da prova, afirma-se que este representa o encargo atribuído pela lei a cada uma das partes, no sentido de demonstrar a ocorrência e a veracidade dos fatos de seu interesse. Assim, aduz que não representa uma obrigação, mas sim um ônus, visto que a ausência de provas pode trazer prejuízos à parte omissa. É regido pelo princípio do interesse, o qual atribui a cada parte o ônus de demonstrar a veracidade dos fatos do seu interesse. (PINHO, 2012, p. 221). Dessa forma, o CPC regulamenta a questão através do artigo 333 determinando que caberá ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito e ao réu a prova de fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do autor.

O termo provas “ilegais” refere-se àquelas produzidas através de violação de normas de direito material ou processual. A doutrina costuma classificar as provas produzidas com violação de normas materiais como provas ilícitas, ao passo que chama as produzidas com violação de normas processuais de provas ilegítimas. (PINHO, 2012, p. 228). Tanto uma quanto a outra são inadmissíveis no processo civil e penal, conforme estabelece a própria Constituição Federal no seu artigo 5º, inciso LVI. Tal regra decorre da proteção aos direitos fundamentais, de modo que a busca pela verdade não pode ser feita a qualquer custo, devendo respeitar a dignidade da pessoa humana. (GRECO, 2010, p. 177).

Não obstante a disposição constitucional acerca da inadmissibilidade das provas ilegais, há muita discussão doutrinária e jurisprudencial em relação à sua aplicabilidade tanto no processo civil quanto no processo penal. Grande parte da doutrina defende que a sua aplicabilidade deve ser estudada caso a caso pautada pelos ditames do princípio da proporcionalidade. (PINHO, 2012, p. 228). Assim, as provas ilícitas e ilegítimas deveriam ser admitidas dependendo dos valores jurídicos e morais que correm risco.

Cabe ressaltar, conforme referenciado por Ovídio Baptista da Silva, que a questão das provas ilegais reveste-se cada vez mais de preocupação na medida em que se aplicam, para obtenção das provas, os recursos tecnológicos:

Este problema cresce de importância, tornando-se mesmo decisivo, frente à possibilidade, sempre crescente, do emprego de toda sorte de tecnologias eletrônicas capazes de serem empregadas para a obtenção de provas, sem o consentimento ou a permissão daquele contra quem a prova, obtida clandestinamente, será depois produzida, muitas vezes com grave violação de sua intimidade e até mesmo, nos casos mais sérios, contra a declarada oposição da pessoa submetida, por exemplo, a métodos violentos e brutais, como a tortura física ou mental e a administração de drogas que debilitam ou inibem o poder da vontade. (2005, p. 337).

Para sua admissão, conforme José Carlos Barbosa Moreira (1997, p. 109-110), dever-se-ia ser considerada a gravidade do caso, a índole da relação jurídica controvertida, a dificuldade para o litigante demonstrar a veracidade de suas alegações mediante procedimentos perfeitamente ortodoxos, o vulto do dano causado, além de outras circunstâncias, decidindo o julgador qual dos interesses em conflito deveria ser sacrificado no caso em debate, e em que medida.

Nesse mesmo sentido, outros autores afirmam que a aplicação do princípio da proporcionalidade “parece ser a melhor teoria que se coaduna com o aspecto publicístico do processo”. Sempre que uma prova for obtida por meio ilícito, deve ser tratada com reservas, sendo que, caso o direito em questão seja relevante e envolva pontos de alta carga valorativa, tais provas podem ser admitidas (WAMBIER, ALMEIDA e TALAMINI, 2005, p. 438).

Ressalta-se, ainda, a posição de Humberto Dalla Bernardina Pinho, que, ao tratar das provas ilícitas, admite a possibilidade de determinação de escutas telefônicas fora da área criminal:

a questão se torna mais tormentosa se pensarmos que a escuta, autorizada para a instrução criminal, poderia servir de prova no processo civil. Há que defender que não, por burlar o estabelecido no artigo 5º, LVI, CF, e há quem entenda ser possível sua utilização, pela prova emprestada não ser ilícita, destacando que sua obtenção na seara criminal também não foi ilícita. (2012, p. 229).

Cabe referir, enfim, conforme já citado anteriormente, que o STJ já admitiu a possibilidade de interceptação em área extrapenal, desde que configure situação excepcional e dotada de imprescindibilidade, o que, por si só, traduz que a polêmica merece destaque e cautela em sua aplicabilidade.

## 5 A Prova Emprestada

Por prova emprestada entende-se a transferência de prova constituída em processo diferente daquele em que se quer aproveitá-la, objetivando evitar repetições inúteis (seguindo, assim, o princípio da economia e celeridade processual) ou realizar prova que não pode mais ser produzida normalmente, como colher o testemunho de pessoa morta que tenha deposto em processo distinto. (AMENDOEIRA JR., 2012, p. 521). Nos dizeres de Misael Montenegro Filho (2009, p. 442), “com a admissibilidade da prova emprestada, evita-se a repetição da produção da prova, o que apensar serviria para alongar a marcha processual, frustrando os anseios de celeridade das partes envolvidas no embate processual”.

Como não há expressa previsão e regulamentação da prova emprestada, a doutrina e a jurisprudência a classifica como atípica. Não se considera prova emprestada a simples cópia de documentos de outro processo, assim como a medida cautelar de produção antecipada de provas também não se enquadra nesse conceito, tendo em vista se tratar de simples produção normal de prova em momento processual anterior. (AMENDOEIRA JR., 2012, p. 521).

Para que a prova emprestada seja admitida em procedimento judicial, torna-se necessário o preenchimento de uma série de requisitos (AMENDOEIRA JR., 2012, p. 521). Dessa forma, primeiramente, o princípio do contraditório deve ter sido observado no procedimento de onde provém a prova a ser emprestada, ou seja, deve ter sido dada oportunidade aos envolvidos para se manifestarem sobre a prova. Este requisito torna clara a impossibilidade de utilização de elementos probatórios produzidos unicamente em sede de inquérito policial, tendo em vista a ausência de contraditório nessa fase.

Em seguida, necessário se faz que o adversário daquele que pretende usar a prova tenha sido parte no processo onde ela foi produzida, não havendo necessidade de participação do autor no processo anterior. Por fim, ressalta-se que o traslado da prova deve ser idôneo, isto é, livre de qualquer outra nulidade ou violação além das referidas nos itens anteriores.

No entanto, Sidnei Amendoeira Jr. refere ainda que, como requisito da prova emprestada, o fato de que a prova já tenha sido produzida em processo judicial. Entretanto, outros autores defendem a possibilidade de utilização pelo juiz de prova produzida na esfera administrativa, atribuindo-lhe o valor que julgar cabível, de acordo com o que estabelece o sistema do livre convencimento motivado (DIDIER JR. e CUNHA, 2006, p. 530). Outrossim, levando em consideração as circunstâncias do segundo processo, as particularidades do

empréstimo e mesmo a variação na efetivação do contraditório podem importar valoração diferente à prova, caso comparada com a força que lhe fora atribuída no primeiro processo. (PINHO, 2012, p. 230).

Serão as peculiaridades dos casos concretos, portanto, que determinarão o valor conferido a cada prova produzida, sempre lembrando, que tal aceitação está condicionada ao preenchimento de certos requisitos, “evitando a infração a princípios de maior importância, ou seja, sem significar afronta ao devido processo legal em defesa da economia processual, ou impingir prejuízo à defesa das partes, com evidente cerceamento do direito de defesa em desfavor de uma delas” (MONTENEGRO FILHO, 2009, p.443).

Do exposto, infere-se que, apesar da prova atípica não estar prevista ou regulamentada pelo Código de Processo Civil, não há óbices à utilização da prova emprestada nas lides postas à apreciação judicial, desde que observadas as condições impostas pela doutrina e jurisprudência. Assim, exatamente por serem as provas um direito fundamental garantido ao indivíduo, as provas consideradas atípicas, como a emprestada, estão em nível de igualdade com as provas típicas, como a documental, a pericial e a testemunhal.

## **6 A interceptação telefônica como prova emprestada no processo civil.**

Inicialmente, importa ressaltar que a doutrina diverge acerca da possibilidade de utilização da interceptação telefônica como prova emprestada em processos extrapenais. Dessa forma, ambas as posições serão abordadas para, ao final, concluir-se acerca da existência ou não de tal possibilidade.

A doutrina que defende a possibilidade de informações obtidas mediante interceptação telefônica em procedimento criminal serem transportadas para o processo civil baseiam sua posição no fato de que, após quebrado o sigilo das comunicações telefônicas mediante procedimento de interceptação realizado rigorosamente dentro dos ditames da Lei 9.296/96, não haveria óbice à sua transferência como prova emprestada a outros processos. Nesse sentido, aduz Ada Pellegrini Grinover que

o valor constitucionalmente protegido pela vedação das interceptações telefônicas é a intimidade. Rompida esta, licitamente, em face do permissivo constitucional, nada mais resta a preservar. Seria uma demasia negar-se a recepção da prova assim obtida, sob a alegação de que estaria obliquamente vulnerado o comando

constitucional. Ainda aqui, mais uma vez, deve prevalecer a lógica do razoável. (2006, p. 194).

Realizada uma interceptação telefônica no decorrer de uma investigação ou instrução penal e havendo necessidade de transportar as informações obtidas para discussão processual civil, sua admissibilidade somente estaria restrita caso a diligência investigatória tivesse sido realizada irregularmente ou caso os requisitos da prova emprestada (contraditório prévio, mesmo réu) não fossem preenchidos:

Há uma única hipótese em que a interceptação telefônica poderá ser usada validamente. Quando ela for autorizada pelo juiz, para instrução em processo-crime, poderá ser utilizada como prova emprestada no processo civil. A CF, no art. 5º, XII, autoriza a interceptação telefônica, por ordem judicial, para investigação criminal ou instrução processual penal. A Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996, tratou das hipóteses de cabimento e da forma de requerimento e autorização para que a interceptação seja feita. Realizada nos termos da lei, a prova assim obtida poderá ser usada no processo civil como prova emprestada. (RIOS GONÇALVES, 2011, p. 423-424)

Sendo observadas todas estas peculiaridades, não haveria violação, portanto, ao inciso XII, do artigo 5º da Constituição, uma vez que a interceptação não está sendo determinada no curso de procedimento civil (embora já haja precedentes favoráveis a essa posição, conforme mencionado anteriormente), mas, sim, somente as informações obtidas através da interceptação é que estão sendo transportadas através do instituto da prova emprestada.

Por outro lado, os defensores da inadmissibilidade de empréstimo da interceptação telefônica baseiam sua opinião, principalmente, na proibição constitucional de realização de interceptações fora do âmbito penal. Aduzem que permitir tal transporte de informações através da prova emprestada corresponderia a uma violação indireta ao texto constitucional, o que resultaria em prova ilícita:

A prova colhida por interceptação telefônica no âmbito penal não pode ser “emprestada” (ou utilizada) para qualquer outro processo vinculado a outros ramos do direito. Urge o respeito à vontade do constituinte (“fins criminais”). Ao permitir a interceptação, como quebra que é do sigilo das comunicações, somente para fins criminais, já fazia uso da ponderação e da proporcionalidade, que agora não pode ser ampliada na prática. Impõe-se, por último, acrescentar: essa prova criminal deve permanecer em “segredo de justiça”. É inconciliável o empréstimo de prova com o segredo de justiça. (GOMES, 2006, p. 118-119).

Nesse mesmo sentido, Alexandre Freitas Câmara inclina-se por esta segunda solução por parecer mais consentânea no vigente sistema constitucional brasileiro, como ele mesmo aduz:

O direito não pode permitir que se atinja por via oblíqua algo que o ordenamento positivo proíbe seja concedido ou utilizado. Admitir a utilização dessa prova, que poderíamos chamar de “indiretamente ilícita”, seria compactuar com uma ilicitude (a utilização de conversas telefônicas como fonte de prova no processo civil). Por esta razão não consideramos admissível a utilização da prova emprestada quando o meio utilizado para obtenção daquela prova a ser carreada para os autos do processo em questão, embora lícito em relação ao processo onde a prova foi originariamente produzida, seja ilícito em relação ao processo para onde se pretende levar a referida prova. (1997, p. 350)

Destarte, o dispositivo constitucional que versa sobre as comunicações telefônicas é limitativo, havendo tendência moderna em não se admitir a prova cuja obtenção tenha violado princípio ou norma de direito material, especialmente se a norma violada está inserida como garantia constitucional, por exemplo, a inviolabilidade do sigilo da correspondência ou de comunicação telefônica (GRECO FILHO, 2008, p. 200).

Isto posto, o mesmo autor afirma que a “finalidade da interceptação, investigação criminal e instrução processual penal é, também, a finalidade da prova, e somente nessa sede pode ser utilizada. Em termos práticos, não poderá a prova obtida ser utilizada em ação autônoma, por exemplo, de indenização, relativa a direito de família etc.” (1996, p. 23-24),

Percebe-se, portanto, que a doutrina encontra-se dividida quanto à admissibilidade da interceptação telefônica como prova emprestada em procedimentos extrapenais. Ambas as correntes possuem fortes argumentos para embasar suas conclusões e a questão ainda encontra-se longe de estar pacificada.

## **7 Conclusão**

Partindo-se da análise do texto constitucional pode-se observar que o constituinte de 88 preocupou-se em conceder grande importância à proteção da intimidade e da vida privada do indivíduo. Isso se afirma tendo por base os incisos X e XII do artigo 5º, responsável pela tutela dos direitos e garantias fundamentais. Entretanto, ao mesmo tempo em que eleva a proteção das correspondências e comunicações telegráficas, dos dados e comunicações telefônicas ao patamar de direitos fundamentais, cria a ressalva de que, sob devida autorização judicial, o sigilo das comunicações telefônicas e dos dados pode ser quebrado para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Nesse ponto reside o tema deste artigo, qual seja analisar a eventual possibilidade de estender o alcance das informações obtidas

através de interceptação das comunicações telefônicas ao processo civil por meio do instituto da prova emprestada.

Não há dúvidas de que o instrumento da interceptação telefônica representa, hoje, uma das mais importantes ferramentas à disposição das autoridades policiais e judiciárias na investigação criminal, tendo a Lei 9.296, de 24 de julho de 1996, vindo regulamentar o disposto no artigo 5º, XII da CF em relação à quebra do sigilo das comunicações telefônicas. Através da simples análise de notícias criminais veiculadas pode-se ter ideia da importância da interceptação telefônica como meio de produção de provas nos dias de hoje, não sendo raros casos onde todas as provas que baseiam a condenação foram adquiridas através deste instrumento. Contudo, a referida Lei é categórica ao afirmar que o instrumento de investigação ali previsto pode ser realizado apenas no âmbito penal, o que está em consonância com o disposto na Constituição Federal sobre o tema.

Assim, através da análise literal destes dispositivos, chega-se à conclusão de que interceptação telefônica determinada no curso de procedimento não criminal fere tanto o disposto na Lei 9.296 quanto o determinado no inciso XII da Constituição Federal, o que lhe confere o status de prova obtida por meio ilícito, devendo, assim ser desentranhada do processo. Neste ponto, fundamental é a análise do princípio da proporcionalidade, o qual determina que, em casos concretos de conflito entre princípios e direitos fundamentais, deve-se apontar qual princípio deve prevalecer naquela específica situação. Assim, denota-se que a doutrina e a jurisprudência têm, em casos específicos, admitido o uso de provas inicialmente consideradas ilícitas quando represente a única forma de se alcançar a justiça no caso concreto.

O instrumento processual, portanto, com aptidão para o transporte das informações obtidas através de interceptações telefônicas é o da prova emprestada, o qual não possui regulamentação específica no Código de Processo Civil, o que lhe confere o status de prova atípica. Em consequência, a doutrina e a jurisprudência trataram de estabelecer os requisitos necessários para que informações levantadas em um processo possam ser transportadas para outro. Assim, tendo um indivíduo, contra quem se quer produzir a prova, participado do processo anterior e tendo-se observado o contraditório, não há óbices à utilização do instituto da prova emprestada.

Analizados os princípios constitucionais que informam a questão, o instrumento investigatório da interceptação telefônica e o instituto da prova emprestada, passou-se ao

estudo das posições doutrinárias acerca da possibilidade de transporte das informações adquiridas em procedimento criminal para instrução processual civil. Nesse ponto, observa-se, claramente, que o tema não se encontra pacificado, havendo fortes e convincentes opiniões tanto a favor como contra este procedimento.

Entretanto, ao refletir acerca dos argumentos levantados pela doutrina pesquisada, chega-se à conclusão de que, por mais que não se possa negar que tanto a Lei 9.296/96 quanto a Constituição Federal não tenham feito previsão de utilização da interceptação telefônica fora do âmbito penal, o caso concreto deve ditar a forma de agir.

Assim, à guisa de conclusão, havendo conflito entre o direito à intimidade e ao sigilo das comunicações telefônicas com algum outro direito fundamental, como a vida, a liberdade, a saúde e a dignidade da pessoa humana, a análise do caso deve determinar se as informações obtidas no procedimento penal podem ou não ser transportadas ao processo civil. Não há direito fundamental absoluto, devendo-se utilizar do princípio da proporcionalidade para, em cada situação específica, determinar qual direito ou garantia deve prevalecer. Ademais, após violada a intimidade em sede de procedimento penal, não há óbice constitucional nem legal ao transporte daquelas informações ao processo civil por meio da prova emprestada, desde que o indivíduo, contra quem se deseja fazer a prova, tenha participado do processo penal e tenha lhe sido possibilitado manifestar sobre a prova adquirida com a interceptação telefônica.

## **BIBLIOGRAFIA**

AMENDOEIRA JR, Sidnei. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.1.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal: esquematizado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A constituição e as provas ilícitamente constituídas**. Temas de direito processual: sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997.

BENETI, Sidnei. **HABEAS CORPUS Nº 203.405 - MS (2011/0082331-3)**.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistemático de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999. v. 1.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, José Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. Meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais. Salvador: JusPodivm, 2006. v. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito processual penal**. São Paulo: RT, 2006. v. 6.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 2.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 2.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. **Direito processual civil brasileiro: atos processuais a recursos e processos nos tribunais**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades do Processo Penal**. São Paulo: RT, 2006.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.1.

MACHADO, Agapito. **Prova emprestada. Interceptação telefônica. Validade?**. Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6239>>. Acesso em: 31 ago. 2013.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. 1.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2012. v.2

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de direito processo civil: processo de conhecimento**. 7. ed., ver e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v.1.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1.