

O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO TRABALHISTA: UM CONFLITO ENTRE O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE BANCÁRIA E O DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA

ASSIS JUNIOR, Luiz Carlos de¹

MARTINEZ, Luciano²

PAMPLONA FILHO, Rodolfo³

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo versará sobre o conflito entre o direito fundamental à privacidade bancária e o direito fundamental à prova na relação processual trabalhista, a partir do seguinte problema: havendo conflito entre o direito fundamental à privacidade bancária e o direito fundamental à prova na relação processual, qual deles deve prevalecer?

Serão estudadas minuciosamente as razões de decidir de um caso decidido pelo TST à luz da legislação processual sobre ônus da prova. Foi selecionado para estudo de caso o julgamento do Recurso de Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista (E-ED-RR) nº 52100-55.2009.5.09.0093, julgado pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho (TST-SDI-E-ED-RR nº 52100-55.2009.5.09.0093).

Esse caso foi marcado especificamente pelo conflito entre o direito fundamental à privacidade bancária do trabalhador bancário e o direito fundamental

¹ Doutorando em direitos fundamentais e relações sociais na Universidade Federal da Bahia. Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia; Especialização em direito processual civil pelo JusPodivm em parceria com a Faculdade Baiana de Direito. Professor da Faculdade do Sul da Bahia (FASB). Professor da Escola Superior da Defensoria Pública da Bahia (ESDEP). Defensor Público do Estado da Bahia; e-mail: luizcassisjunior@gmail.com.

² Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Privado e Econômico pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito Social pela Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM - título reconhecido pela USP) e Doutorando em Direito Social pela Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM). Professor Adjunto Graduação e Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado e Doutorado) da UFBA. Juiz do Trabalho. E-mail: martinezluciano@uol.com.br.

³ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2000). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1997), Mestre em Direito Social pela UCLM - Universidad de Castilla-La Mancha (2012). Professor Titular do Curso de Direito e do Mestrado em Direito, Governança e Políticas Públicas da UNIFACS. Professor Associado I da Graduação e Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado e Doutorado) da UFBA. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, Academia de Letras Jurídicas da Bahia, Instituto Baiano de Direito do Trabalho, Academia Brasileira de Direito Civil (ABDC), Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil) e Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam). Poeta. Músico. Juiz do Trabalho. E-mail: rpf@rodolfopamplonafilho.com.br

à prova do empregador no processo judicial trabalhista. A decisão foi pela prevalência do direito fundamental à privacidade bancária, sendo necessário identificar as razões e confronta-las com a atual legislação sobre ônus da prova e sua distribuição.

Esse texto será desdobrado nas seguintes partes. Inicialmente, serão identificados os elementos envolvidos no conflito entre o direito fundamental à privacidade bancária do empregado bancário e o direito fundamental à prova.

Em seguida, será analisada a teoria dos direitos fundamentais e sua eficácia irradiante, seguido do estudo específico dos direitos fundamentais à privacidade e à prova.

Será, então, evidenciado o conflito entre o direito fundamental à privacidade e o direito fundamental à prova, sugerindo-se solução por meio do princípio da proporcionalidade.

Ao final, identificadas as razões da decisão (*ratio decidendi*) do caso estudado, serão destacados elementos que sirvam como instrumental metodológico para resolver outros casos semelhantes.

2 PREMISSAS METODOLÓGICAS: RELATO DO CASO ESTUDADO

O tema proposto foi desenvolvido a partir do método do caso, em que se buscou problematizar a situação ocorrida no julgamento do Recurso de Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista (E-ED-RR) nº 52100-55.2009.5.09.0093, julgado pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho.

O problema de fundo a ser experimentado a partir da situação concreta é o conflito entre o direito fundamental à privacidade bancária e o direito fundamental à prova na relação processual, e a solução a ser proposta levando-se em consideração as normas sobre ônus da prova e sua distribuição.

No julgamento, concluiu-se que configura ilicitude a quebra do sigilo bancário de empregado sem prévia autorização judicial com a finalidade de utilização dos dados como prova em reclamatória trabalhista, mesmo que os dados sejam de acesso restrito às partes nos autos do processo.

Evidenciou-se um problema de conflito de direitos fundamentais na relação processual, qual seja, um conflito entre o direito fundamental à privacidade bancária e o direito fundamental à prova.

Para a compreensão do conflito e evidência de sua solução, será investigada a teoria dos direitos fundamentais, bem como estudado o direito fundamental à privacidade bancária e o direito fundamental à prova.

3 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA EFICÁCIA IRRADIANTE

A teoria dos direitos fundamentais tem por finalidade a definição de conceitos básicos e elaboração de métodos de solução de problemas e interpretação envolvendo os direitos fundamentais em si ou em colisão (DIMOULIS; MARTINS, 2011. p. 20).

Os direitos fundamentais são instrumentos e, ao mesmo tempo, resultado de um embate contra o poder, ou, ainda, trunfos contra a maioria (NOVAIS, 2010. p. 320). Essa fundamentalidade integra o conteúdo da dignidade da pessoa humana, e sua fundamentalidade pode ser formal, quando estiver expresso na Constituição, ou apenas material, em razão *prima facie* do seu conteúdo e importância (CUNHA JUNIOR, 2008, p. 520).

Um direito fundamental, contudo, não se caracteriza como tal apenas por estar cunhado expressamente na Constituição, pois, fundamental será todo aquele direito cujo exercício representa a expressão da dignidade da pessoa humana, cabendo à doutrina e à jurisprudência a análise científica que permita sua identificação.

Tal característica é percebida também no direito comparado. Chemerinsky (2006, p. 476) observa que a Constituição dos Estados Unidos contém poucos dispositivos sobre garantias fundamentais. Parte disso se deve ao fato de que o constituinte originário entendeu que não era necessário enumerar os direitos fundamentais porque qualquer tentativa de enumerar os direitos fundamentais jamais seria completa, o que poderia gerar uma negativa de proteção aos direitos fundamentais não catalogados.

No mesmo sentido, Martín-Retortillo e Otto y Pardo (1992, p. 94), escrevendo sobre os direitos fundamentais na Constituição espanhola, congregam que a referência topográfica dos direitos fundamentais presume sua fundamentalidade,

mas não se trata de demarcação mecânica e automática, senão facilitadora dos direitos fundamentais.

No ordenamento jurídico brasileiro, também se reconhece direitos fundamentais apenas em razão da sua fundamentalidade material, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 712-MC.

Esta pesquisa versa sobre o direito fundamental à privacidade e o direito fundamental à prova. O direito fundamental à privacidade está formal e textualmente previsto como tal no art. 5º, X, da Constituição Federal. O direito fundamental à prova, contudo, não possui uma referência textual expressa, mas é extraído de diversos dispositivos constitucionais analisados sistematicamente, como o devido processo legal (art. 5º, LIV), a garantia de contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV) e a inadmissibilidade das provas ilícitas (art. 5º, LVI)

A compreensão de que os direitos fundamentais podem ser expressos e não-expressos também passa pela análise de suas características, destacando-se, sem prejuízo de outras, sua historicidade, universalidade e limitabilidade.

A historicidade é uma das mais importantes características dos direitos fundamentais, pois, é por meio dela que se entende que os direitos fundamentais e são reconhecidos como resultado de lutas e conquistas. De modo geral, no entanto, o esboço histórico dos direitos fundamentais pode ser dividido em duas grandes fases, a do Estado Liberal e a do Estado Social.

Neste aspecto, os direitos fundamentais estão intimamente ligados ao constitucionalismo, cujos dois grandes marcos são a Revolução Norte-Americana, de 1787, e a Revolução Francesa, de 1791. Surgem, então, a Constituição estadunidense e a Constituição francesa como as primeiras Constituições escritas; sua forma escrita contribuiu enormemente para se reconhecer a rigidez da Constituição e a sua supremacia (CHEMERINSKY, 2006, p. 6).

Nos Estados Unidos, a Convenção Constituinte de 1787 reduziu a termo aquilo que viria posteriormente a se tornar a Constituição Norte-Americana. O processo de ratificação pelos estados, no entanto, não foi simples, uma vez que os anti-federalistas não concordavam com a inexistência expressa de direitos individuais no texto constitucional; isso levou à aprovação com a ressalva, pela maioria dos estados, de que o novo governo criaria imediatamente emendas de

direitos – The Bill of Rights –, que se concretizou em 1791 (CHEMERINSKY, 2006, P. 10-12).

A Constituição dos Estados Unidos, com mais de duzentos anos de existência, não possui um rol extenso de direitos fundamentais expressos, mas a nona emenda assegura os direitos não formalmente constitucionais: “A enumeração de alguns direitos na Constituição não nega ou desrespeita outros direitos reconhecidos pelo povo” (*the enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by people*).

Justamente com o fundamento da não-taxatividade do rol de direitos fundamentais, e muito firmemente com base no princípio do *due process of law*, que a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu muitos direitos não previstos expressamente, tal como, *the right to privacy* (vida privada e intimidade) (WARREN; BRANDEIS, 1890; SCHWARTZ, 2004).

No Brasil, em 1988, após o fim do ciclo autoritário-militar, foi editada uma das mais expressivas constituições do mundo em termos de garantias fundamentais, a Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, que possui extenso rol expresso de direitos fundamentais, não excludentes de outros “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5º, §2º, da CF88).

A Constituição Federal de 1988 prescreve como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana, um princípio superior cuja definição é muito mais conteudística – define-se pela concretização dos direitos individuais, sociais, políticos, difusos, etc. – do que conceitual. Conforme explicitou Daniel Sarmiento (2008, p. 85), o princípio da dignidade humana “representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico [...]”, de modo que este princípio justifica a atualização e adequação da concretização normativa da Constituição com a realidade e sua força vinculativa.

De outro lado, os direitos fundamentais gozam de universalidade e limitabilidade. A universalidade dos direitos fundamentais não significa sua uniformidade global, haja vista a pluralidade do ser humano no que tange aos seus valores e suas necessidades no tempo e no espaço; significa, sim, que todos os seres humanos são destinatários de direitos fundamentais fixados conforme a

consciência geral e o consenso de sua comunidade em cada momento histórico e lugar.

Há, porém, certa convergência no que tange aos direitos fundamentais perceptível nos tratados internacionais sobre os direitos humanos, tais como, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos, entre outros. A própria Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, §3º, prescreve processo legislativo especial que possibilita incorporação de tratados internacionais sobre direitos humanos com status de Emenda Constitucional, o que equivale ao reconhecimento formal de novos direitos fundamentais.

Finalmente, os direitos fundamentais estão sujeitos a limitações.

É possível identificar na doutrina a limitação em razão dos custos dos direitos (*costs of rights theory*), segundo a qual toda concretização de direito que requeira uma ação positiva do Estado, dependerá de recursos, e, como os recursos são escassos, é preciso fazer escolhas (AMARAL, 2010; GALDINO, 2005). As escolhas refletirão na medida de promoção de cada direito, o que é, por sua vez, uma limitação ao próprio direito.

Na teoria dos direitos fundamentais, Alexy (2015) classifica as restrições aos direitos fundamentais em restrições diretamente constitucionais, quando a própria Constituição limita um direito fundamental, como é o caso da liberdade de reunião sem armas, art. 5º, XVI; e restrições indiretamente constitucionais, quando a Constituição outorga competência ao legislador infraconstitucional por meio de cláusulas de reserva legal para facultá-lo restringir um direito constitucionalmente garantido, como é o caso da liberdade de profissão, art. 5º, XIII, CF88.

Dada a hierarquia de norma constitucional dos direitos fundamentais, apenas podem sofrer restrições por normas de hierarquia também constitucional, seja direta ou indiretamente. Contudo, pelos limites aos limites (ou restrições das restrições), a limitação aos direitos fundamentais nunca poderá ser total, devendo-se preservar seu núcleo essencial (DIMOULIS; MARTINS, 2011. p. 159), por serem cláusula pétrea (art. 60, §4º, IV, da CF).

Os direitos fundamentais podem sofrer restrições, ainda, quando entram em colisão no caso concreto. Em abstrato, os direitos fundamentais podem ser tomados numa forma de liberdade geral, mas quando o exercício de um direito fundamental por alguém colide com o direito fundamental de outrem, esse conflito será solucionado por meio de um critério de proporcionalidade (DIMOULIS; MARTINS,

2011, p. 161). Um dos direitos fundamentais cederá em relação ao outro, o que não significa, contudo, invalidação de qualquer deles.

Embora os direitos fundamentais tenham surgido como espécie de autolimitação ao próprio Estado, a noção de eficácia dos direitos fundamentais sofreu expressiva mudança ao se perceber que a realidade desmente a existência de uma igualdade jurídica em boa parte das relações jurídicas firmadas entre pessoas privadas (BILBAO UBILLOS, 2006, p. 303).

Essa percepção levou ao desenvolvimento da teoria da eficácia irradiante – também conhecida eficácia horizontal ou direta – dos direitos fundamentais, segundo a qual os direitos fundamentais são oponíveis aos próprios particulares e as normas de direito fundamental possuem aplicabilidade imediata nas relações privadas.

Em seu art. 5º, §1º, a Constituição Federal prescreve que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, levando à conclusão de que não dependem da intermediação do legislador infraconstitucional para sua eficácia e tampouco ficam limitadas às relações entre o particular e o Estado. Desse modo, “a eficácia dos direitos individuais nas relações privadas é direta e imediata, não dependendo da atuação do legislador ordinário, nem se exaurindo na interpretação das cláusulas gerais do Direito Privado” (SARMENTO, 2008, p. 237).

Nas relações privadas ocorrem casos expressivos de conflitos de direitos fundamentais, pois ali também há o fenômeno do poder e a capacidade de determinar ou condicionar o comportamento dos outros para impor sua vontade. Esses conflitos podem dar origem à colisão de direitos nas relações privadas, e sua solução no caso concreto poderá representar a limitação do próprio direito, pois, os direitos fundamentais não são absolutos.

Todo direito fundamental está sujeito a limites, mas nenhum direito fundamental poderá ser gratuitamente violado. No presente estudo, a investigação recai sobre a violação do direito fundamental à privacidade bancária em razão do exercício abusivo do direito fundamental à prova na relação processual.

3.1 O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE E O SIGILO BANCÁRIO

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, X, dissociou a intimidade da vida privada, deixando claro tratar-se de dois distintos direitos fundamentais. Deixou a cargo dos estudiosos, porém, a definição do âmbito de incidência, do conteúdo e do conceito de cada um deles.

A definição de ambos é regida pelo princípio da exclusividade, responsável por assegurar o caráter exclusivo das informações que compõem a vida, o modo de ser e os segredos de uma pessoa.

Maria Isabel de Azevedo Souza (2008, p. 308) define o princípio da exclusividade como aquele que “tutela o direito do indivíduo de estar só e a possibilidade de excluir do conhecimento de terceiros aquilo que a ele só se refere, e que diz respeito ao seu modo de ser no âmbito da vida privada”.

A par desse princípio, Roxana Borges (2007, p. 163) explica que o direito à privacidade visa “permitir à pessoa excluir do conhecimento de terceiros seus sentimentos, orientações ou comportamentos culturais, religiosos, sexuais, domésticos, protege do conhecimento alheio o modo de ser da pessoa”.

Tércio Sampaio Ferraz (1992) também pondera que quando se considera a individualidade, está-se a considerar aquilo que é exclusivo, ou seja, aquilo “que passa pelas opções pessoais, afetadas pela subjetividade do indivíduo e que não é guiada nem por normas nem por padrões objetivos”.

Vida privada e intimidade são guiados, portanto, pelo princípio da exclusividade, o qual autoriza a pessoa a omitir suas informações ou guardar para si o seu modo de conduzir a própria vida.

Logo, a diferença entre vida privada e intimidade não é de fundamento, mas de grau. Ambos regem-se pela exclusividade, mas a intimidade define-se pelo caráter profundamente agudo em relação à vida privada. Compõem a intimidade de uma pessoa seus segredos mais íntimos, excluídos do conhecimento até mesmo dos familiares mais próximos.

Dado o caráter circunstancial do conteúdo da vida privada e da intimidade, é bastante difícil conceituá-los, razão porque é comum sua definição por exemplos estruturais, mas não são rígidos, especialmente considerando costumes notórios atuais que envolvem a exposição da vida privada e da intimidade nas redes sociais.

É no recôndito da vida privada que se esconde a intimidade; na linha de raciocínio até aqui desenvolvida, é a intimidade o mais exclusivo dos direitos, que impede qualquer publicidade, ou seja, o direito à intimidade é o segredo pessoal. A

intimidade e a vida privada guardam autonomia entre si, embora componham o gênero da privacidade.

No presente estudo, o caso relatado evidencia um conflito envolvendo o sigilo bancário. Seria o sigilo bancário protegido pelo direito à privacidade?

A Constituição brasileira de 1988 não trata expressamente do sigilo bancário, no entanto, há consenso na doutrina (Cf. FERRAZ Jr, 2001) e na jurisprudência (Cf. STF, MS 22801/DF) de que a proteção do sigilo bancário está inserida no âmbito de proteção da intimidade e da vida privada, no artigo 5º, X, da Constituição Federal.

Estariam, então, todas as operações bancárias do indivíduo protegidas do conhecimento de quem quer que seja em razão do princípio da exclusividade?

A resposta não é tão simples. Uma pesquisa pelo termo *sigilo* no texto Constitucional revela que a Constituição brasileira não protege apenas o sigilo no âmbito privado (art. 5º, X, CF/88), mas também protege o sigilo no interesse da sociedade e do próprio Estado (art. 5º, XXXIII, CF/88), e até mesmo excepciona o sigilo protetivo da intimidade caso possa prejudicar o interesse público à informação (art. 93, IX, CF/88).

Esses apontamentos demonstram que o sigilo não é privativo do direito fundamental à privacidade e tampouco seu objeto de proteção, mas um dos meios pelos quais se pode proteger a privacidade. A Constituição brasileira também se vale do sigilo para a proteção do interesse público, em especial a proteção da segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII, CF/88). O sigilo, portanto, é instrumental.

FERRAZ Jr. (2001) explica que o sigilo bancário é interpretado como sigilo de dados, uma vez que as operações bancárias são armazenadas em bancos de dados. A Constituição brasileira de 1988 utiliza a palavra *dados* vinculada às *comunicações telefônicas*, em seu art. 5º, XII. Na época de sua promulgação, quando a tecnologia informática era incipiente, o conhecimento sobre dados informáticos era bastante limitado comparado aos dias atuais, mas o constituinte protegeu o sigilo de dados telefônicos, bem como a comunicação em si.

Ao proteger a correspondência e a comunicação (art. 5º, XII, CF/88), o constituinte garantiu a liberdade do indivíduo de estabelecer relações em sua vida privada (art. 5º, X, CF/88), seja por meio de correspondência escrita ou telefônica. Embora a comunicação e a transmissão de dados sejam livres de interceptação e

intromissão, os dados em si estão sujeitos à requisição pela autoridade judiciária (FERRAZ Jr., 2001).

Diferentemente de uma correspondência escrita, a comunicação telefônica não preserva os dados da mensagem, de modo que a única forma de guarda-los é por meio da interceptação telefônica. Daí porque o constituinte excepcionou a privacidade na comunicação telefônica para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, por ordem judicial.

Percebe-se, portanto, que a preocupação do Constituinte é garantir a liberdade dos indivíduos em suas relações e, ao mesmo tempo, preservar os dados informáticos em sigilo.

Nas relações bancárias ou financeiras, o indivíduo tem a liberdade de realizar operações de crédito diversas, ativas e passivas, com a sua instituição financeira, e isso compõe sua privacidade. À instituição financeira, compete conservar o sigilo sobre essas operações (art. 1º da LC 105/2001). O acesso aos dados poderá ocorrer mediante quebra do sigilo para fins penais (art. 1º, §4º, da LC 105/2001), por ordem do Poder Judiciário, preservado o seu caráter sigiloso mediante acesso restrito às partes numa determinada causa (art. 3º da LC 105/2001), para o exercício das competências constitucionais e legais do Poder Legislativo Federal (art. 4º da LC 105/2001), para o exercício de competências constitucionais e legais das Comissões Parlamentares de Inquérito (§§ 1º e 2º do art. 4º da LC 105/2001), bem como para fins fiscais, conservando-se em sigilo o resultado dos exames, as informações e os documentos (art. 6º da LC 105/2001).

Deste modo, o direito à privacidade do indivíduo abrange, também, as suas relações bancárias, isto é, no âmbito da autonomia privada, “o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais” (STF, RE 601314/SP). Contudo, esse sigilo não é absoluto e poderá ser devassado em determinadas hipóteses legais.

A privacidade está em incessante conflito com outros direitos, inclusive com o direito fundamental à prova, que será analisado no próximo tópico.

3.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA

A Constituição Federal assegura a todos o devido processo legal (art. 5º, LIV), e o direito ao contraditório e à ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV)

Não há um texto expresso que indique o direito fundamental à prova, mas, a norma não se confunde com o texto legislativo, e o texto legislativo não corresponde, necessariamente, a uma norma. As normas são “os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos” (ÁVILA, 2006, p. 30).

O exame sistemático daqueles dispositivos – devido processo legal, contraditório e ampla defesa – leva à norma do direito fundamental à prova. Em qualquer processo judicial, a prova é destinada a convencer o julgador acerca dos fatos alegados. Para que a parte tenha aptidão de convencer o juiz, é preciso garantir-lhe adequadas condições processuais, ou seja, os meios e recursos inerentes ao exercício da sua defesa.

Essa interpretação está presente no constitucionalismo moderno, em que o direito à prova decorre das próprias garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (PORTELA, 2015). Para uma justa prestação jurisdicional, é preciso que o processo seja legalmente devido, aí residindo a garantia de um direito fundamental à prova.

Diante da imprescindibilidade da prova para a tutela jurisdicional mais justa, é que se afirma que o direito à prova é um direito fundamental de matriz principiológica no contraditório e na ampla defesa (FROES; REINAS; PEREIRA, 2012).

Os direitos ao contraditório e à ampla defesa possuem dimensão substancial e formal. Em sua dimensão formal trata-se da mera integração da parte à relação processual, e sua dimensão substancial, na qual está inserido o direito fundamental à prova, representa a real possibilidade de a parte influenciar na decisão do juiz (DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael A.; BRAGA, Paula S., 2015).

Para que seja dada real oportunidade de a parte influenciar na decisão do juiz, é preciso que os argumentos da parte sejam levados em consideração na decisão, nas razões de decidir. Em outras palavras, a prova produzida pela parte deve ser examinada e considerada pelo juiz em sua fundamentação.

Diz-se, assim, que o direito fundamental à prova compreende situações diversas, tais como, o direito de requerer provas, de produzir provas, de participar da produção da prova, de manifestar-se sobre a prova produzida, e o direito a que a

prova seja examinada e considerada pelo órgão julgador na fundamentação da sua decisão (DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael A.; BRAGA, Paula S., 2015).

Há, inclusive, uma preocupação universal em se assegurar o direito fundamental à prova percebida na sua previsão em dois Tratados Internacionais dos quais o Brasil é parte signatária: a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), incorporada pelo Decreto 678/79, art. 8º, e o Pacto Internacional dos Direitos Civil e Políticos, incorporado pelo Decreto 592/92, em seu artigo 14.1, alínea “e)” (cf. FROES, Carla B. L.; REINAS, Cássia C. H.; PEREIRA, Sarah C. de D., 2012).

Dada a sua imprescindibilidade para o funcionamento do sistema processual e para a própria tutela jurisdicional efetiva, o direito à prova é um direito fundamental.

Tratando-se de um direito fundamental, o direito à prova, também, não é absoluto, e isso ocorre porque a Constituição não protege apenas um valor, mas, vários. Isso está evidenciado na própria Constituição Federal, em seu art. 5º, LVI, segundo o qual “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Neste marco, evidencia-se o problema desta pesquisa, o conflito entre o direito fundamental à privacidade e o direito fundamental à prova. Ambos são protegidos na Constituição Federal, mas a própria Constituição estabeleceu que a prova ilícita não será admitida no processo, sendo necessário estabelecer o conceito da prova ilícita, seus limites e se a violação da privacidade para obtenção da prova configura um ilícito.

O termo *prova ilícita* é entendido de forma ampla e compreende a prova que contraria qualquer norma do ordenamento jurídico (DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael A.; BRAGA, Paula S., 2015, p. 95). Embora se possa encontrar distinção conceitual entre a prova ilícita (violação de normas de direito material) e a prova ilegítima (violação de normas procedimentais), a prova ilícita decorre indiscriminadamente de qualquer violação normativa.

A ilicitude da prova também reside na violação de direitos fundamentais (DEDA, 2006, p. 121). A prova obtida em violação a um direito fundamental será considerada prova ilícita, nos termos do art. 5º, LVI, da Constituição Federal.

Percebe-se, aqui, a erupção de conflitos entre direitos fundamentais, pois, o próprio direito à prova é um direito fundamental. Nesse contexto conflituoso entre o

direito fundamental à prova e outros direitos fundamentais, põe-se em evidência a questão dos direitos de personalidade, especialmente em função do progresso tecnológico que permite e até estimula uma maior exposição das pessoas. Por exemplo, as redes sociais atraem centenas de milhares de pessoas que expõem sua imagem, sua privacidade e até sua intimidade em murais virtuais.

A solução para um possível conflito decorrente do uso desses dados variará caso a caso, pois a forma como o dado foi obtido e o uso dele feito influenciará na decisão que solucionar o conflito.

Assim como se armazena imagens, também são armazenados dados financeiros. Os dados financeiros são tradicionalmente armazenados em instituições financeiras, que guardam – por dever legal – todas as operações ativas e passivas de seus usuários. Atualmente, esse armazenamento de dados financeiros já ocorre até mesmo em espécies de redes sociais, seja por preenchimento voluntário, como ocorre com o aplicativo *mobills*⁴, ou automatizado, como ocorre no *guiabolso*⁵.

O uso das informações bancárias é conflituoso, o que se evidencia pela preocupação do legislador na regulamentação sobre o tema, a exemplo, da Lei Complementar 105/01 e da Lei 9.613/98. Ao mesmo tempo em que a preservação em sigilo dos dados bancários é imposta pela garantia da privacidade, a sua abertura é regulamentada com fins protetivos de outros valores, a exemplo do sistema tributário.

Quando se trata do uso dos dados bancário como prova na relação processual, o conflito é evidente, pois, de um lado, estará a privacidade e, de outro, o exercício substancial da ampla defesa com anseio de convencer o julgador acerca de determinada alegação. Não há uma solução única para esse conflito, embora se possa identificar razões que poderão ser consideradas no julgamento de casos semelhantes, conforme se passa a demonstrar.

4 CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS RAZÕES DE DECIDIR

⁴ Cf. <https://www.mobills.com.br/>

⁵ Cf. <https://www.guiabolso.com.br/>. Este aplicativo possui uma ferramenta curiosa em que o usuário, voluntariamente, digita seus dados bancários e senhas de acesso à conta bancária para permitir que o aplicativo capte automaticamente todas as transações que o usuário fizer em sua conta bancária, garantindo que o acesso é somente de leitura e não de movimentação. A adesão a esse sistema parece ser difundida, pois o site do aplicativo anuncia a existência de mais de três milhões de usuários. Acesso em 15/ago/2017.

Diante do conflito apresentado entre o direito fundamental à privacidade bancária e o direito fundamental à prova, de que instrumento o julgador dispõe para decidi-lo?

Antes de qualquer indicação, é preciso sublinhar que o direito à privacidade, previsto no art. 5º, X, da Constituição Federal, não possui cláusula de reserva legal, de modo que, virtualmente, todo conflito envolvendo esse direito será resolvido no caso concreto. Ressalva-se a própria privacidade bancária, cuja reserva legal pode ser identificada no §1º do art. 145 da Constituição Federal, segundo o qual é facultado à administração tributária identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, *nos termos da lei*. Essa regulamentação está na LC 105/2001, cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo STF no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.386, 2.397 e 2.859, e do Recurso Extraordinário nº 601.314, em fevereiro de 2016.

Observou-se, também, que o direito à privacidade está em constante conflito com outros direitos, especialmente diante da tecnologia de informação em texto, áudio e vídeo sem barreiras, imediata e globalizada. Esses incessantes conflitos envolvendo o direito à privacidade são parte da sua essência e possuem vários desdobramentos, inclusive, a privacidade bancária, que aqui é discutida em conflito com o direito fundamental à prova.

A própria existência dos direitos fundamentais e os conflitos surgidos de sua colisão ou da intervenção estatal, levou à necessidade de desenvolvimento de um critério para a solução desses problemas. O critério mais utilizado, no Brasil, é o da proporcionalidade, originado no Tribunal Constitucional Federal alemão, na década de cinquenta, e atualmente está largamente difundido em vários países do mundo (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 167).

Desse modo, parte-se do pressuposto de que o critério a ser utilizado pelo julgador na solução do conflito entre o direito fundamental à privacidade bancária e o direito fundamental à prova será o da proporcionalidade. Isso está em consonância com a ideia de que os direitos fundamentais são interpretados a partir da teoria dos princípios (ALEXY, 2011), uma vez que a Constituição não os prevê de forma absoluta, mas como mandados de otimização e, quando houver colisão, resolve-se por meio da proporcionalidade.

Do ponto de vista prático, a aplicação da proporcionalidade perpassa por três critérios: da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito

(ALEXY, 2011). A adequação consiste no teste que afasta os meios não adequados para a realização do direito, sendo considerado inadequado o meio que, além de impedir a realização de dado direito, ainda diminui o grau de efetivação do outro.

A necessidade consiste em verificar se uma medida restritiva adequada é necessária, e, sendo necessária, dentre as várias medidas restritivas adequadas possíveis, a ideia é identificar a menos onerosa ou agressiva ou lesiva.

Por sua vez, a proporcionalidade em sentido estrito é a norma da ponderação, segundo a qual “quanto maior seja o grau de não satisfação ou restrição de um dos princípios em conflito, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2011, p. 15). A ponderação não suprime determinado direito do ordenamento jurídico, mas admite que num caso concreto se possa preponderar um sobre o outro em razão de fatores que pesam em seu favor.

Feitas essas considerações sobre o princípio da proporcionalidade como técnica de julgamento, necessário identificar as razões de decidir no caso estudado (TST-SDI-E-ED-RR nº 52100-55.2009.5.09.0093). Trata-se de um caso em que houve conflito entre o direito fundamental à privacidade bancária do empregado bancário e o direito fundamental à prova do empregador que se utilizou de extratos bancários do ex-empregado para provar o pagamento de determinada parcela salarial.

No caso, decidiu-se que: (i) configura ilícito a quebra do sigilo bancário de empregado de intuição financeira, com a finalidade de utilização dos dados da movimentação de sua conta corrente como meio de prova em reclamatória trabalhista, caso em que haverá o dever de indenizar; (ii) não configura ilícito se o uso dos extratos bancários ocorrer com prévia autorização judicial; (iii) não configura ilícito o acesso indiscriminado das contas bancárias para cumprimento de dever legalmente imposto pela Lei 9.613/98 (crimes de lavagem de dinheiro), consistente na comunicação ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) de operações que constituam indícios de crimes de lavagem de dinheiro.

Colocado dessa forma, eis que surge o problema de se saber se a decisão que considerou ilícito o uso dos extratos bancários pelo empregador bancário foi acertada ao concluir pela preponderância do direito à privacidade bancária frente ao direito à prova do empregador bancário.

O caso estudado teve a seguinte peculiaridade, os extratos bancários do empregado foram mantidos em autos apartados em segredo de justiça, mas ainda

assim o acesso aos extratos bancários sem prévia autorização judicial foi considerado ilícito.

Seria a manutenção dos dados em segredo de justiça suficiente para afastar a ilicitude e garantir o direito à prova frente à privacidade?

Embora o segredo de justiça do processo possa, à primeira vista, acomodar a colisão entre o direito à privacidade bancária e o direito à prova, não é suficiente para garantir o direito à privacidade. Se isso fosse permitido, qualquer instituição financeira se sentiria autorizada a trazer as movimentações bancárias de alguém para o processo em segredo de justiça, mesmo sem prévia autorização judicial.

A garantia do segredo de justiça poderia desvirtuar o uso dos dados sob pretexto de se estar exercendo o direito fundamental à prova. Além do mais, a Constituição Federal não ressalva o direito à privacidade nos casos em que houver segredo de justiça. O dever da instituição financeira de guardar sigilo sobre as operações ativas e passivas do sujeito não lhe confere o direito de se valer dessas informações *sponte propria* para nenhuma outra finalidade, a não ser aquela estritamente prevista em lei. Como visto acima, essas situações vem previstas na Lei Complementar 105/2001 e na Lei 9.613/98, não estando contemplada a possibilidade de trazer extratos bancários ao processo pelo simples fato de tramitar em segredo de justiça.

Mesmo que os extratos bancários sejam mantidos em segredo de justiça, não é dado ao particular se valer de seu acesso privilegiado aos dados bancários de alguém para utiliza-los como prova num processo judicial. O legislador infraconstitucional, ao regulamentar o §1º do art. 145, da Constituição Federal, não permitiu que o particular gozasse daquela prerrogativa do art. 6º da LC 105/2001 para o exercício do seu direito fundamental à prova.

A única possibilidade legalmente regulamentada de se trazer aos autos do processo judicial as operações bancárias do particular está condicionada à autorização judicial, desde que preservado o seu caráter sigiloso mediante acesso restrito às partes, que delas não poderão servir-se para fins estranhos à lide (art. 3º, da LC 105/2001).

Para que o exercício do direito fundamental à prova por meio de extratos bancários da parte contrária seja considerado regular, não basta o segredo de justiça do processo, mas depende, também, de autorização expressa do Poder Judiciário. O simples fato de uma das partes no processo ser instituição bancária

não lhe dá o direito de se valer dos extratos bancários da parte contrária sem autorização judicial, pois a lei lhe impõe o dever de guardar as operações em sigilo (art. 1º da LC 105/2001), mas não lhe confere a prerrogativa de uso indiscriminado. Se o fizer, restará configurado o abuso de direito e, portanto, violação da privacidade bancária.

Essa foi a razão de decidir no julgamento do caso aqui estudado (TST-SDI-E-ED-RR nº 52100-55.2009.5.09.0093), isto é, a tese jurídica fixada foi a de que as instituições financeiras, mesmo tendo os dados bancários da parte contrária em seus bancos de dados, só poderão deles se valer como prova no processo judicial mediante prévia autorização do juiz e preservado o seu caráter sigiloso mediante acesso restrito às partes.

Embora a tese tenha sido no sentido de que o acesso aos extratos bancários depende de autorização judicial e sua visualização ficará restrita às partes no processo em sigilo, a privacidade poderá ser melhor protegida se a autorização de acesso ao extrato bancário for modulada para alcançar apenas determinada ou determinadas operações. Isso retrata o verdadeiro dinamismo da distribuição do ônus da prova.

Se a autorização apenas determinar a vinda dos extratos bancários aos autos do processo, sem discriminar período, operações, entre outros detalhes, a privacidade ainda assim restará violada. Para que a devassa da privacidade bancária mediante autorização judicial seja efetivamente proporcional, faz-se necessário que a parte interessada indique precisamente os parâmetros para a produção desse tipo de prova, de modo a evitar que venham aos autos informações inúteis para fins probatórios. Caso o acesso aos extratos bancários ocorra de modo indiscriminado, sua vida privada, quiçá sua própria intimidade, poderá restar violada.

Propõe-se que a parte que detém o ônus da prova e que necessite se valer de dados bancários da parte contrária como prova, indique parâmetros de acesso aos dados, tais como período no tempo, natureza da operação, entre outros critérios que possam ser úteis na discriminação da operação bancária.

Por sua vez, com fulcro no princípio da cooperação, expressamente consignado no art. 6º do Código de Processo Civil de 2015, a parte que não concordar com os parâmetros indicados pelo interessado na produção da prova, deverá ter a oportunidade de colocar filtros no acesso às suas operações bancária,

justificando-os, de modo que possa preservar efetivamente a sua privacidade e sua intimidade.

Parte-se de duas premissas: a) a norma fundamental processual que determina o dever de cooperação no CPC/2015 se aplica ao processo trabalhista por força do art. 15 do CPC e pela inexistência de norma substitutiva na CLT; b) a reforma trabalhista trazida pela Lei 13.467/2017, ao dar nova redação ao art. 818 da CLT, adotou os mesmos parâmetros acerca do ônus da prova no CPC/2015.

Propõe-se, assim, que além da autorização judicial e do sigilo processual fixados na tese do caso estudado, haja a exigência de indicação de parâmetros e, antes de se autorizar a quebra do sigilo bancário, seja dada oportunidade para que a parte que terá sua privacidade devassada possa fundamentar a necessidade de modulação dos parâmetros indicados, como forma de garantia da sua privacidade em contraponto com o direito à prova.

5 CONCLUSÕES

O presente artigo foi desenvolvido a partir do método do caso para estudo do problema da colisão entre o direito fundamental à privacidade bancária e o direito fundamental à prova na relação processual com base no julgamento do Recurso de Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº 52100-55.2009.5.09.0093, julgado pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho (TST-SDI-E-ED-RR nº 52100-55.2009.5.09.0093).

Concluiu-se que a tese jurídica – *ratio decidendi* – fixada pelo Tribunal para solução do conflito foi a de que as instituições financeiras, mesmo tendo acesso aos dados bancários da parte contrária em seus bancos de dados, só poderão deles se valer como prova no processo judicial mediante prévia autorização do juiz e preservado o seu caráter sigiloso mediante acesso restrito às partes, sob pena de violarem ilicitamente a privacidade bancária do titular.

Evidenciou-se que essa solução não estará completa com a mera autorização judicial de acesso aos extratos bancários, pois, o acesso indiscriminado aos dados bancário poderá gerar grave violação da vida privada e da intimidade.

Como solução, propôs-se que, além da autorização judicial e do sigilo processual fixados na tese jurídica do caso estudado como requisito para o exercício

regular do direito fundamental à prova, seja exigida a indicação de parâmetros de acesso aos dados bancários, e que, antes de se autorizar a quebra do sigilo bancário, seja dada oportunidade para que a parte que terá sua privacidade devassada possa fundamentar a necessidade de modulação dos parâmetros indicados, como forma de garantia da sua privacidade em contraponto com o direito à prova.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 91, enero-abril, 2011, p. 11-29.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

BILBAO UBILLOS, Juan María. En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Segurança (MS) nº 22801/DF. Relator Min. Menezes Direito. Julgamento 17/12/2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 29/jul/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Repercussão Geral. Mérito. Recurso Extraordinário nº 601314/SP. Relator Min. Edson Fachin. Julgamento 24/02/2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 29/jul/2017.

CHEMERINSKY, Erwin. **Constitutional law**: principles and policies. 3.ed. NY/EUA: Aspen, 2006.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

DEDA, Artur O. Oliveira. **A Prova no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011.

DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael A.; BRAGA, Paula S. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. V.2, 10.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora. *In* **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, nº 1, RT, São Paulo: 1992. p. 141-154. Disponível em <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/28>>. Acesso em 28 jul 2017.

_____. Sigilo Bancário. **Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, ano 4, Outubro-Dezembro, 2001, RT, São Paulo: 2001, pp. 13-27. Disponível em <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/98>>. Acesso em 29/jul/2017.

FROES, Carla B. L.; REINAS, Cássia C. H.; PEREIRA, Sarah C. de D. A matriz principiológica da prova como direito fundamental. **Revista Em tempo**. V.11, 2012, p.267-283.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo; OTTO Y PARDO, Ignacio de. **Derechos fundamentales y constitución**. Madrid: Civitas, 1992.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

PORTELA, Thiago Barreto. O direito fundamental à prova e a análise das suas espécies no novo código de processo civil. *In* Direito, constituição e cidadania: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do milênio, **CONPEDI**, Florianópolis, 2015. Disponível em <<https://www.conpedi.org.br/>>. Acesso em 11/ago/2017

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCHWARTZ, Paul M. Property, privacy and personal data. **Harvard Law Review**. May 2004, Vol. 117 Issue 7, p. 2056-2128

SOUZA, Maria Isabel de Azevedo. O princípio da exclusividade como nota distintiva do direito privado. *In* MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. **Harvard Law Review**. December 1890, vol. IV, n.5. p. 194-220;