

ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA COMO FORMA DE PROTEÇÃO AO DIREITO FAMILIAR

ADMISSIBILITY OF ILLEGALLY AS A MEANS OF PROTECTION IN FAMILY LAW

Gisléia Fernandes de Sena¹

Shauma Schiavo Schmidt²

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo a análise da utilização das provas ilícitas no Direito de Família. Primeiramente aborda os aspectos históricos da utilização da Prova Ilícita e sua evolução legislativa e doutrinária. Em seguida, pretende-se analisar a importância da cautela por parte do magistrado com vista a almejar o direito individual de cada cidadão brasileiro no seio familiar, sem ferir o interesse da coletividade e vice versa. Para tanto, analisa os artigos constitucionais demonstrando que embora a Carta Magna preocupou-se com a proteção da intimidade, do segredo e do sigilo, a aceitabilidade da Teoria da Proporcionalidade de forma excepcional, traz abrigo a outros valores fundamentais também constitucionalmente assegurados, imprescindível para ao equilíbrio do sistema processual, direcionado a proteção da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: direito fundamental à prova; teoria da Proporcionalidade; prova ilícita no Direito de Família.

¹ Mestranda em Teoria do Direito e do Estado no Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM.

² Mestranda em Teoria do Direito e do Estado no Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM.

ABSTRACT

This article aims to analyze the use of illegal evidence in Family Law. First we focus on the historical aspects of the use of illegal evidence, its doctrinal and legislative developments. Then it analyzed the importance of caution on the part of the magistrate, who must protect the individual right of every brazilian citizen in the family, without, however, hurting the interests of the community and vice versa. For both analyzes the constitutional articles related to the topic, demonstrating that, although the Constitution has been concerned with the protection of privacy, secrecy and confidentiality, the acceptability of the theory of proportionality, exceptionally, brings under the other fundamental values, also constitutionally guaranteed, such as the right to the contradictory and full defense, essential for the balance of the procedural system, aimed at protecting human dignity.

Keywords: fundamental right to trial; proportionality theory; illegal evidence in family law

INTRODUÇÃO

O assunto desenvolvido neste trabalho demonstra-se muito controvertido no campo doutrinário e jurisprudencial, sobretudo diante das delicadas relações do Direito de Família frente à utilização da prova ilícita, como medida excepcional no intuito de se privilegiar alguns interesses em detrimento de outros, ou seja, amparar a ampla defesa e ao contraditório sem guarita ao direito à intimidade.

A Constituição Federal ao tratar do tema em seu art. 5º LVI, garante ao cidadão que não são admissíveis no processo as provas obtidas por meio ilícito. A princípio, a norma constitucional colocou o assunto com aparência proibitiva quase que em caráter incontestável, ao considerar inadmissível em qualquer situação a utilização da prova obtida de forma não lícita.

Inobstante, a matéria não se esgota com essa proibição, a problemática envolve o emprego das provas ilícitas no processo civil, especialmente no Direito de Família. Com

base na evolução, o avanço da tecnologia possibilitou a captação de imagens, a interceptação de conversas, telefones, emails, redes sociais, dentre outros. A partir daí, várias questões surgem no tocante à violação da privacidade e intimidade e à utilização destas como meio de prova no processo.

Assim, feita esta consideração inicial, é evidente a complexidade do tema apresentado. Frente ao desenvolvimento dos meios de comunicação, é cada vez maior a necessidade do indivíduo resguardar sua intimidade e vida privada. De modo a ilustrar este panorama, se propõe a utilização do princípio da proporcionalidade, pelo magistrado, ao admitir a possibilidade do uso da prova ilícita no âmbito familiar.

1. ABORDAGEM HISTÓRICA

Ao longo da história da humanidade, o homem sempre buscou por defender seus ideais representados por suas lutas em prol de perseguir aquilo que almejava transformar. A cada resposta busca-se uma nova pergunta, caminhando sempre para aquilo que em sua mente, em um determinado momento da história pensava ser o mais justo e apropriado.

Norberto Bobbio³ acentua que:

[...] que o direito corresponda à justiça é uma exigência, ou se quisermos um ideal a alcançar que ninguém pode desconhecer, mas não é uma realidade de fato. Ora, quando nos colocamos o problema do que é o direito em uma dada situação histórica, questionamo-nos sobre o que é de fato direito, e não sobre o que queríamos que ele fosse ou o que deveria ser. Mas, se nos perguntarmos o que de fato é o direito, não poderemos deixar de responder, ao menos, que na realidade vale como direito também o direito injusto e que não existe nenhum ordenamento perfeitamente justo.

Desta feita, o objetivo de uma abordagem histórica no campo jurídico, vai além de identificar as modificações ocorridas ao longo do tempo, tem como pano de fundo a demonstração de fazer nascerem novas perguntas dos quais as respostas se transformaram em ação e conseqüentemente em alterações legislativas e doutrinárias e

³ BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 5ª. ed. São Paulo: Edipro, 2012, p. 55/56.

até mesmo na criação de novas decisões judiciais objetivando atender os anseios sociais atuais, sempre com foco na segurança jurídica.

Assim, em nosso país temos no campo legislativo, a primeira Constituição da história do Brasil e única no período imperial, outorgada em 1824, do qual não tratou diretamente sobre a questão das provas ilícitas, mas assegurou em seu artigo 179, meios de proteção aos direitos individuais, a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que têm por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade.

Todas as constituições brasileiras, anteriores à vigente, outorgadas após o período imperial, procuraram garantir de alguma forma, proteção ao indivíduo tal como o direito à honra, ao sigilo de correspondência, das comunicações entre outros.

O Decreto-Lei 1002/1969, que instituiu o Código de Processo Penal Militar trouxe implicitamente a questão das provas ilícitas quando através do artigo 295 fez menção sobre ser admissível qualquer espécie de prova desde que não atente contra a moral, a saúde ou a segurança individual ou coletiva, ou contra a hierarquia ou a disciplina militares. Tal qual, fez o Código de Processo Civil promulgado em 1973 por intermédio do artigo 332.

Conforme se verifica, a evolução sobre as provas ilícitas foi ocorrendo de acordo com a própria evolução da legislação brasileira, que passou a adotar uma posição cada vez mais sólida com a promulgação da Constituição Brasileira de 1988 que posiciona explicitamente pela vedação da utilização da prova obtida por meio ilícito. Vale ressaltar que em 1996, através da lei 9.296 foi regulamentada a prática da interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática a fim de que a mesma fosse aceita se realizada de acordo com seus requisitos.

Ademais, cumpre mencionar que a posição sólida da Constituição Federal no que tange a inadmissibilidade da utilização de provas ilícitas veio a ser ratificada em 2008 através da promulgação de lei ordinária de número 11.690 que nasceu com o intuito de alterar alguns artigos do Código Penal de 1941 relativos à provas, determinando inclusive não só o desentranhamento do processo em relação as provas ilícitas, como também aquelas derivadas das ilícitos, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre uma e outra.

No campo da seara doutrinária, o primeiro marco do tema, foi palco de abordagem em palestra realizada em 1903, por meio do alemão Ernst Beling, professor e advogado criminal, onde desenvolve o conceito do tipo como fundamental para a dogmática da ciência penal. O tema das provas ilícitas foi deixado completamente à sombra por muito tempo. A não ser pela obra de Beling (Vedações probatórias como limite para a apreciação da verdade no processo penal), no entanto, não suscitou um debate aprofundado da matéria.⁴

No Brasil, a obra pioneira se deu em 1966 de autoria de Ada Pellegrini Grinover, refletem-se nas palavras de Rodrigo Pereira de Mello⁵:

A doutrina brasileira acerca das provas ilícitas, encabeçada pela Professora Doutora Ada Pellegrini Grinover, a partir de sua obra *Liberdades Públicas e processo Penal*, sempre cerrou fileiras na defesa intransigente do direito à intimidade (sigilo e segredo) em uma perspectiva de liberdades públicas: existindo o envolvimento de matérias ordinariamente concernentes à intimidade, é cabível a oposição do “direito “a intimidade” e, conseqüentemente, inadmissível qualquer prova (no sentido amplo e não meramente processual do termo) acerca de conhecimentos adquiridos por força da situação repudiada.

Pode-se afirmar que por alguns anos, o assunto não mereceu debates aprofundados, somente voltando a trazer opiniões conflitantes e antagônicas com a expressa forma aparente de absolutismo trazido com a promulgação da Constituição Federal atual. Ademais, em se tratando de um assunto do qual busca a proteção do direito familiar, é necessário trazer a reflexão ainda no campo histórico a necessidade de novos questionamentos frente aos novos modelos de famílias e diante da revolução tecnológica do qual estamos vivenciado.

2. DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA

Os Direitos Fundamentais são definidos como um conjunto de direitos e garantias do ser humano, cuja finalidade primordial é o respeito a sua dignidade, com

⁴ AVOLIO, Luis Francisco Torquato. **Provas ilícitas –interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.43

⁵ MELLO, Pereira Rodrigo. **Provas Ilícitas e sua Interpretação Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p.13

proteção ao poder estatal e a garantia das condições mínimas de vida e desenvolvimento do ser humano.

Araujo e Nunes Júnior⁶ expõem o tema:

[...] constituem uma categoria jurídica, constitucionalmente erigida e vocacionada à proteção da dignidade humana em todas as dimensões. Destarte, é possível entender a prova como corolária não apenas do princípio do contraditório e da ampla defesa, mas também do princípio da dignidade da pessoa humana. À evidência, assim não o é que o direito a prova por ser um direito fundamental, é direcionado a proteção da dignidade da pessoa humana, por que faz uso dos seus mecanismos para dar azo as suas pretensões.

O direito à prova, dentre o rol dos direitos fundamentais, indubitavelmente se destaca a sua imprescindibilidade para o sistema processual, associado ao devido processo legal e ao contraditório. Diante desta ponderação, Porto⁷ elucida que:

O conjunto de garantias representa um verdadeiro direito processual fundamental, que por óbvio, permeia todos os sistemas vigentes e, como decorrência, estabelece a existência de um verdadeiro sistema processual matriz a reger todos os desdobramentos do direito processual, ou seja, fixa a incidência dos primados constitucionais em todas as disciplinas processuais especializadas e especialmente no processo civil.

A importância e a complexidade das provas refletem-se nas palavras do estudioso Malatesta⁸ em sua notável obra: “Sendo a prova o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade, a eficácia da prova será tanto maior, quanto mais clara, ampla e firmemente ela fizer surgir no nosso espírito a crença de estarmos de posse da verdade.”

O direito à prova resulta da garantia ao cidadão a justa e adequada participação no processo, à igualdade de condições aos litigantes, mormente ao permitir o diálogo

⁶ ARAUJO, Luis Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. P.10

⁷ PORTO, Sérgio Gilberto. **A Regência Constitucional do Processo Civil Brasileiro e a Posição do Projeto de um Novo Código de Processo Civil**. Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil. Vol. 12, nº 72, julho/agosto de 2011, p. 75

⁸ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Vol. I. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1960, p. 13

equilibrado entre as partes. Como consequência disto, o conjunto probatório reflete-se na capacidade de influenciar o magistrado. A força da decisão do juiz está substanciada nas provas que a sustentam, uma vez que sua convicção é embasada no conhecimento dos fatos.

Pode-se, então, afirmar que o direito à prova, embora não seja um dos institutos fundamentais do direito processual (jurisdição, ação, defesa e processo), ocupa posição de extraordinária grandeza no sistema processual, pois, sem ele, as garantias da ação e da defesa careceriam de conteúdo substancial; afinal, impedir que a parte tivesse direito à prova significaria privá-la dos meios legítimos de acesso à ordem jurídica justa, a serviço da qual o processo deve estar constitucionalmente predisposto. Pode-se concluir que o direito à prova é uma decorrência da ampla garantia do devido processo legal, e especificamente, é um dos elementos constitutivos das garantias constitucionais da ação e da defesa. Caso contrário, as garantias constitucionais da ação e da defesa teriam alcance restritivo e limitado, o que contradiria o sentido justo e democrático da Constituição brasileira de 1988⁹.

Nesse sentido, podemos afirmar que o direito a produção de provas é um direito derivado da garantia do contraditório e ampla defesa do qual proporciona a igualdade entre as partes na participação no processo judicial. A equidade das partes coloca o indivíduo sob a égide e proteção da norma máxima em relação aos direitos e obrigações assegurado o Estado Democrático de Direito.

Avolio¹⁰ relata muito bem o assunto:

Se o escopo do direito de ação e de defesa é dar ao interessado uma adequada oportunidade de interferir sobre o desenvolvimento e o êxito do julgamento, pareceriam evidente que o exercício concreto desse direito seja essencialmente à efetiva possibilidade de servir-se dos instrumentos apropriados, as provas, com as quais se procura verificar aquele determinado evento.

Ademais, a efetividade de um processo no sentido de concretizar o direito constitucional de ação, somente se materializa ao sopesar os direitos fundamentais com a busca de equilíbrio dos direitos e garantias dos envolvidos. A Constituição somente

⁹ CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 111

¹⁰ AVOLIO, Luis Francisco Torquato. **Provas ilícitas –interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.31

poderá deixar de ser ideal para torna-se real a partir do momento em que, posta em prática, não seja apartada dos próprios valores que abriga, em nome da norma.

3. A PROVA: CONSIDERAÇÕES GERAIS

Ao intentar uma demanda, compete ao autor, em sua petição inicial, descrever os fatos ocorridos, com a perspectiva de buscar sua pretensão por meio da tutela judicial. O réu, por sua vez, ao tomar conhecimento da ação do qual em face dele é proposta, contesta os fatos narrados, discorrendo sua defesa segundo suas convicções. O magistrado, com o dever de prestar tutela jurisdicional e resolver o conflito prescinde do conhecimento dos fatos.

Diante dos fatos controversos, a prova merece espaço, seja na demonstração dos fatos constitutivos do seu direito, seja aos fatos extintivos modificativos. Busca-se provar os fatos, com intuito convencer o magistrado a conceder a tutela judicial e, esse por sua vez, busca chegar a uma decisão mais próxima daquilo que é a missão do Estado, ou seja, justiça.

Como mostra Ovídio Baptista: “Como todo direito se sustenta, aquele que alega possuir um direito deve, antes de mais nada, demonstrar a existência dos fatos em que tal direito se alicerça.”¹¹

Dinamarco traz: Prova é um conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade quanto aos fatos narrados.¹²

Para Avolio¹³ revela a definição da prova ilícita como: “[...] a prova colhida com infração a normas ou princípios de direito material, principalmente de direito constitucional.”

As provas ilegítimas, por as sanções a ela cominadas, ressoem implícita ou explicitamente, na própria lei processual, não demandam maiores explicações. Uma vez produzida uma prova ilegítima, terá ela a sanção que for peculiar à espécie¹⁴.

¹¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil: processo de conhecimento**. 4ª edição: revista e atualizada, São Paulo, RT, 1998, v. 1, p. 344.

¹² Dinamarco Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2ª Edição, revista e atualizada. – Editora Malheiros, 2009, p.43

¹³ AVOLIO, Luis Francisco Torquato. *Obra Citada*, p.39

¹⁴ PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo Penal, o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 379

Há ainda aquelas provas que são obtidas mediante tortura ou qualquer outro ponto de partida que advenha de uma injustiça, tal como a prova forjada que atentam contra a dignidade da parte.

No que tange a validade da prova ilícita, Pedroso coleciona que:

[...] quando se discute sobre a validade da prova ilegalmente obtida, há ter-se presente que a ilicitude que à tisa advém de sua produção ou obtenção, não também de seu conteúdo. Sim porque se a prova ilícita tiver essa natureza diante de seu próprio conteúdo, indubitável é que total será sua ineficácia, como, por exemplo, no caso de prova plantada ou forjada.¹⁵

Desta forma, é indiscutível que a prova merece ser analisada sob vários aspectos, a fim de evitar injustiça pela não aceitação dela em um processo, bem como, abuso por parte daquele que a produz.

3. AS PROVAS ILÍCITAS E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O grande parâmetro acerca da admissibilidade das provas ilícitas é a previsão constitucional, no art. 5º LVI, que rigorosamente abordou o assunto, ao mencionar que no processo são inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos. Neste sentido, é vedada qualquer prova que viole direitos e garantias constitucionalmente asseguradas.

Nesse sentido, afirmou Avolio¹⁶:

A Constituição brasileira de 1988, ao dispor que são admissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, colocou a questão da inadmissibilidade no processo das provas ilícitas, em termos aparentemente absolutos. Transferiu-se assim, à doutrina e à jurisprudência a tarefa de compatibilizar aquelas exigências conflitantes, que se apresentam, por exemplo binômios como segurança social-liberdade, punição dos culpados-inviolabilidade do domicílio, direito à prova-privacidade.

Apesar de grande o impasse trazido, necessário se faz buscar uma receita que possa temperar o absolutismo da inadmissibilidade da utilização das provas ilícitas com

¹⁵ Idem, p.377

¹⁶ AVOLIO, Luis Francisco Torquato. Obra citada, p.25

a proteção do indivíduo e o interesse da coletividade diante dos fatos apurados por meio ilícito.

A partir dessa premissa José Carlos Barbosa Moreira¹⁷ assenta que:

O problema das provas ilícitas inclui-se entre os mais árduos que a ciência processual e a política legislativa têm precisado enfrentar, dada a singular relevância dos valores eventualmente em conflito. De um lado, é natural que suscite escrúpulos sérios a possibilidade de que alguém tire proveito de uma ação antijurídica e, em não poucos casos, antiética; de outro, há o interesse pública de assegurar ao processo resultado justo, o que normalmente impõe que não se despreze elemento algum capaz de contribuir para o descobrimento da verdade. É sumamente difícil, quiçá impossível, descobrir o ponto de perfeito equilíbrio entre as duas exigências contrapostas.

Contudo, a utilização da prova ilícita deve ser feita por meio da teoria da proporcionalidade, ao sopesar os direitos fundamentais nas situações em que a prova utilizada é ilícita. Muito embora se admita o princípio da proporcionalidade, sua aplicação deve ser pautada pelo magistrado por uma análise criteriosa do caso concreto.

Seguindo os ensinamentos de Mirabete¹⁸:

A prova colhida com transgressão aos direitos fundamentais do homem é totalmente inconstitucional e, conseqüentemente, deve ser declarada a sua ineficácia como substrato probatório capaz de abalizar uma decisão judicial. Porém, há uma exceção: quando a vedação é abrandada para acolher a prova ilícita, excepcionalmente e em casos excepcionalmente graves, se a aquisição puder ser sopesada como a única forma, possível e admissível, para o abrigo de outros valores fundamentais, considerados mais urgentes na concreta avaliação do caso.

Por conseguinte, a proibição das provas ilícitas é um princípio relativo, que, excepcionalmente, poderá ser violado se estiver em cena um interesse de maior relevância ou outro direito fundamental que com ele contraste. A aplicação da teoria intermediária, além de ser uma tarefa árdua, coloca o julgador em uma posição nada cômoda, pois traz a exigência de que sejam sopesados os interesses e direitos postos em

¹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A Constituição e as provas ilicitamente obtidas**. Revista Forense. Rio de Janeiro: Editora Forense, n° 337: 125-134, jan./fev./mar. 1997, p.128

¹⁸ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p 278

questão. Não se pode assim, o juiz agir de forma pouco participativa e ignorar uma prova apenas em nome do formalismo¹⁹.

Avolio afirma²⁰:

Nos princípios constitucionais que informam o direito processual, tais como o contraditório e ampla defesa, é possível identificar manifestações da proporcionalidade, por fundamentar o predomínio ora de um deles, ora de seu oposto, nos diversos procedimentos. A própria relação de direito material e de direito processual é de meio-fim, trazendo ínsita a marca de proporcionalidade: o excesso de formalismo no processo, assim, poderia inviabilizar a aplicação do direito material.

4. A PROVA ILÍCITA NO DIREITO DE FAMÍLIA

As provas no Direito de Família têm aplicação peculiar por conta da natureza intrínseca das relações que envolvem. A polêmica sobre a prova ilícita torna-se ainda mais delicada quando relacionada ao Direito de Família. Imiscuída nas mais diversas relações familiares, há de se considerar a individualidade de seus membros, a dignidade humana e a intimidade; cuja importância é objeto de previsão legal, art. 155, II do Código de Processo Civil.

O avanço da tecnologia trouxe inúmeros benefícios ao homem. Paralelamente a estes benefícios também surgiram problemas que antes não existiam. Hodiernamente, com os meios eletrônicos tão avançados e acessíveis à população, facilitou-se o registro de conversas, imagens, a interceptação de emails, telefones, o uso das redes sociais, ou ainda fazer fotos e filmagens utilizando-se de celulares. Destarte, várias questões surgem no tocante à violação da privacidade e à utilização destas como meio de prova no processo.

A figura dos detetives particulares, a filmagem e a fotografia capturadas sem autorização têm sido muito utilizadas nos embates familiares como meios de prova para reforçar os argumentos dos interessados.

¹⁹ Conforme ressalta Cândido Rangel Dinamarco, O direito processual moderno procura também equilibrar a aplicação do princípio inquisitivo e do dispositivo na instrução, tendo em vista as exigências opostas de imparcialidade e livre jogo de interesses de um lado (o modo de ser dos conflitos) e, de outro, as de uma instrução que conduza a decisão conforme o direito objetivo material, fazendo justiça (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p.62).

²⁰ AVOLIO, Luis Francisco Torquato. Obra citada, p.59

No tocante à foto e à filmagem, são admitidos no Processo Civil, desde que se observe o prescrito no art. 383 do Código de Processo Civil. Aquele contra quem a prova fotográfica foi produzida poderá: admitir a sua conformidade ou alegar sua irresignação diante dela. Impugnada, nesta etapa não se alega, ainda, perda de eficácia. Incide o disposto no parágrafo único do art. 383 do Código de Processo Civil; o juiz ordenará a realização de exame pericial, se impugnada a autenticidade de reprodução mecânica, a fim de verificar se não foi feita uma montagem e a foto é realmente verdadeira.

Há que se falar da interceptação telefônica, assunto tão corriqueiro no mundo jurídico. A interceptação telefônica se resume na intervenção de uma terceira pessoa que grava a comunicação telefônica sem o conhecimento dos dois interlocutores. Prado²¹ alude que: “a interceptação é o ato de interferir nas comunicações telefônicas, de modo a impedi-las ou de forma a ter acesso ao seu conteúdo”.

Esse assunto torna-se ainda mais controvertido no Direito de Família, onde repousam as relações familiares, a dignidade, intimidade e honra de cada membro da família. É usual a interceptação telefônica ser usada por um dos cônjuges para tentar provar conduta desonrosa do outro cônjuge, em ação de separação judicial, divórcio, alimentos ou então nos casos que envolvam disputa de guarda de filhos.

A interceptação telefônica é autorizada pela Constituição Federal, no art.5º, inciso XII, mas desde que, acompanhada por ordem judicial, na forma estabelecida pela lei para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Na literalidade, a interceptação telefônica somente se aplica em âmbito penal, apenas um juiz criminal autoriza a interceptação, não sendo permitida ao juiz da área cível.

Entretanto, esta restrição imposta pela Constituição Federal causa bastante divergência, alguns doutrinadores entendem que ela também deveria ser admitida no processo civil, enquanto outros, mais tradicionais, pregam que ela somente poderia ser utilizada para fins penais.

²¹ PRADO, Luiz Regis. **Provas ilícitas: Teoria e a Interpretação dos Tribunais Superiores**. São Paulo: Impetus, 2009, p23

Flávio Gomes²² é incisivo no sentido de que por envolver direitos fundamentais muitos relevantes com a intimidade e privacidade, ela só se aplica em âmbito penal, senão vejamos:

A interceptação telefônica envolve direitos fundamentais muito relevantes (intimidade, privacidade). Logo, só pode ser admitida em casos excepcionalíssimos, dentro da esfera penal (para fins penais). Feita a demarcação constitucional, não pode o juiz reescrever a Constituição Federal, exercendo poderes superiores aos dos constituintes. Que a interceptação telefônica não é absoluta todos sabemos, visto que a própria Constituição Federal disse isso. No que diz respeito à sua finalidade (criminal), no entanto, não existe ressalva constitucional. Os juízes em matéria de garantias não podem inserir ressalvas constitucionais onde elas não existem, sob pena de conferirmos a eles mais poderes que os inerentes ao legislador constituinte.

Em sentido contrário se posiciona Grinover²³: Não se pode apoiar a opção da Constituição, limitando a possibilidade de interceptação lícitas ao processo penal. Também no processo civil pode haver relações controvertidas de direito material que envolvam valores relevantes. A garantia constitucional não pode estar fincada apenas nos interesses ligados ao direito penal, pode e deve estender para o núcleo familiar, já que os valores em jogo são tão preciosos quanto o direito à liberdade.

Ademais, não se pode ignorar que diante do conhecimento de fatos ocorridos, mesmo que sejam obtidos de forma ilícita, ainda que eventualmente seja desentranhada, pelas regras de experiência, tais elementos inevitavelmente deixarão resquício na convicção do julgador.

Uma prova produzida ilegalmente, com invasão de privacidade, enseja responsabilização pelo seu infrator, civil e até criminal. Entretanto, os direitos assegurados pela Constituição não podem obstar aquele que possa ser favorecido por uma prova que aparentemente atente contra os princípios básicos. Um direito não pode servir para acobertar uma injustiça.

²² GOMES, Luiz Flávio. **Interceptação telefônica para fins civis: ilegalidade e inconstitucionalidade**. In. Instituto de Pesquisa e Cultura Luiz Flávio Gomes. Disponível em: <<http://www.ipclfg.com.br/artigos-do-prof-lfg/interceptação-telefônica-para-fins-civis-ilegalidade-e-inconstitucionalidade/>>. Acesso em 8 fev. 2013.

²³ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2001, p. 180

Seguindo este entendimento, a lição de Lopes²⁴:

O juiz deverá dar valor ao conteúdo do meio de prova, indiferentemente do meio como foi obtida, ainda que com violação de certos direitos conferidos em lei ordinária ou mesmo da Constituição, se isto puder resultar sentença injusta, vencido o infrator, que ficou sem prova, e vencedor o ímprobo pela transgressão da norma e preceitos de direito material.

Cahali²⁵ protesta pela admissibilidade das provas ilícitas ao expor:

[...] é perfeitamente admissível a migração de princípios inerentes ao processo penal para o âmbito do processo civil, quando se considera que a separação judicial com causa culposa representa em substância uma sanção ou penalidade imposta ao cônjuge infrator dos deveres matrimoniais.

Sustenta-se a aplicação de um sistema misto o qual embora admita a proibição, em hipóteses excepcionalíssimas, deve acolher a interceptação. O juiz poderá avaliar a prova colhida e as liberdades alheias. Azenha²⁶, aliada a essa corrente intermediária, sustenta:

No tocante ao direito de família, deve haver uma reflexão sobre o conflito existente entre a proteção da família, os interesses ofendidos e os meios de provas obtidos pelos meios mecânicos, que podem gerar ofensa ao direito à intimidade. Atualmente não se admite uma proteção absoluta às Liberdades Públicas, que não podem ser exercidas de maneira prejudicial à ordem pública e às liberdades alheias.

Indubitavelmente, não há como negar que, no âmbito civil, especialmente no Direito de Família, a questão das provas ilícitas, se torna ainda mais complicada. Se, por um lado, não elas não são admitidas, de outro, não há outro meio que permita salvaguardar um direito fundamental de maior relevância, como a utilização dela para comprovação da alienação parental, comprovação de práticas indevidas por parte de um cônjuge, ou até a prática de pedofilia, que resultará em alterações no processo de desenvolvimento psíquico, intelectual, emocional por toda sua vida. Portanto, é o princípio da proporcionalidade que permite o sopesamento de princípios e direitos

²⁴ LOPES, João Batista. **A prova no Direito Processual Civil**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2000, p69

²⁵ CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p 655

²⁶ AZENHA, Nivia Aparecida de S. **Prova ilícita no processo civil**. Curitiba: Juruá, 2004, p 109

fundamentais, no caso de conflito de interesses, aquele de maior importância deve prevalecer.

Marinoni e Arenhart ²⁷ aludem ao princípio da proporcionalidade:

Para que o juiz possa concluir se é justificável o uso da prova, ele necessariamente deverá estabelecer uma prevalência axiológica de um dos bens em vista do outro, de acordo com os valores do seu momento histórico e diante das circunstâncias do caso concreto. Não se trata, perceba-se bem, de estabelecer uma valoração abstrata dos bens em jogo, já que os bens têm pesos que variam de acordo com as diferentes situações concretas. O princípio da proporcionalidade exige uma ponderação dos direitos ou bens jurídicos que estão em jogo conforme o peso que é conferido ao bem jurídico na respectiva situação.

Essa perspectiva pode parecer equivocada aos mais adeptos ao formalismo do direito processual. Não havendo outro meio apto para a descoberta de informações indispensáveis ao deslinde de uma causa, como medida e excepcional e extrema se admite o uso das provas ilícitas. Outrossim, no caso concreto há de se ponderar os valores constitucionalmente garantidos. E nessa ponderação deve-se levar em conta que o Estado com prioridade absoluta deve promover a proteção dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, lembrando que o Estado garantiu proteção especial à família.

5. APLICAÇÃO DA PROVA ILÍCITA COMO FORMA DE SALVAGUARDAR O DIREITO DE FAMÍLIA

O emprego da prova ilícita em questões sobre direito de família, já foram ventilados no Superior Tribunal de Justiça, do qual direitos relevantes foram colocados em julgamento. Menciona-se o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, através do Recurso em Mandado de Segurança n.º 5.352 (95.03246-5), tendo como relator o Ministro Adhemar Maciel, no qual por maioria de votos a sexta turma decidiu conhecer e dar provimento ao recurso interposto pela recorrente, que continha como objeto central o requerimento de desentranhamento dos autos da prova de gravação de conversa telefônica feito pelo seu próprio marido, do qual ela e o seu amante que era

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p 322

médico além de confessarem a prática de adultério declararam que adotavam como procedimento habitual, aplicação do medicamento Lexotan nas filhas do casal, (menores) com intuito de facilitar os encontros extraconjugais. A importância do julgado proferido antes da aprovação da lei 9296/1996, traz na sua essência a demonstração da necessidade contínua de evolução do direito à medida que, conforme já mencionado, somente será modificado através de nossas ações. Neste sentido a seguinte decisão do STJ²⁸:

Ementa: CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ESCUTA TELEFÔNICA. GRAVAÇÃO FEITA POR MARIDO TRAÍDO. DESENTRANHAMENTO DA PROVA REQUERIDO PELA ESPOSA: VIABILIDADE, UMA VEZ QUE SE TRATA DE PROVA ILEGALMENTE OBTIDA, COM VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE INDIVIDUAL. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO - I - A impetrante/recorrente tinha marido, duas filhas menores e um amante médico. Quando o esposo viajava, para facilitar seu relacionamento espúrio, ela ministrava “Lexotan” às meninas. O marido, já suspeito, gravou a conversa telefônica entre sua mulher e o amante. A esposa foi penalmente denunciada (tóxico). Ajuizou, então, ação de mandado de segurança, instando no desentranhamento da decodificação da fita magnética; II – Embora esta Turma já tenha manifestado pela relatividade do inciso XII (última parte) do art. 5º da CF (HC n.3.982/RJ, rel. Min. ADHEMAR MACIEL, DJU DE 26/02/96) no caso concreto o marido não podia ter gravado a conversa ao arpejo de seu cônjuge. Ainda **que impulsionado por motivo relevante**, acabou por violar a intimidade individual de sua esposa, o direito garantido 439/RJ, Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE E HC n.69.912/RS. Min. PERTENCE) - Recurso Ordinário Provido. (RMS 5.352/GO, Rel. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO -, SEXTA TURMA, julgado em 27/05/1996, DJe 15/11/1996) - grifos nossos.

O relator expôs no referido acórdão como argumento favorável a admissão da prova ilícita, apenas a questão de que um cônjuge deve ter sempre interesse no comportamento do outro cônjuge, principalmente pelo marido traído, os demais ministros foram eminentemente contrários posicionamento, requerendo que a prova fosse retirada dos autos. Não obstante os argumentos dispendidos foram favoráveis a

²⁸ Superior Tribunal de Justiça, através do Recurso em Mandado de Segurança n.º 5.352 (95.03246-5, Rel. Min. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, j. 27/05/1996).

permanência da prova, em nenhum momento faz referência como fundamento de seu voto, a questão do interesse das filhas do casal que estavam sendo drogadas, mas aponta como ponto central de fundamentação, que foi derrubado por maioria de votos o direito do marido em fiscalizar sua esposa com o intuito do dever de fidelidade.

Senão vejamos:

[...] Acredito, no tocante a fidelidade conjugal, o comportamento de um dos cônjuges é de interesse de outro cônjuge. No caso concreto, a conduta da esposa não poderia ser interceptada por estranho, salvo do marido que tem interesse também no seu comportamento. No caso, não é estranho. (STJ RMS 5.352/GO, Voto do ministro Luiz Vicente Cernicchiaro).

Os demais ministros, não concordaram com as argumentações expostas, requerendo o desentranhamento da prova nos autos, posto que realizada de forma ilícita, ou seja, sem autorização judicial.

Resta evidente que o citado voto foi omissivo, e o interesse dessas crianças carecia ser amparado. O Estado, em sua função jurisdicional deveria buscar um equilíbrio bem como o afastamento do formalismo, aplicando a teoria da proporcionalidade no intuito de proteger essas menores que estavam sendo drogadas. A proibição da prova ilícita constitui-se, então, de um princípio relativo, que, em casos excepcionais pode ser violado quando estiver em conflito com interesses de maior relevância, ou com outro direito fundamental constitucionalmente garantido²⁹.

Todavia, verifica-se que o relator, ao fundamentar seu posicionamento argumentou unicamente nos deveres de um cônjuge em relação ao outro, deixando omissa qualquer vinculação com relação aos interesses das menores.

O acórdão trazido demonstra que a busca pela verdade se modifica no tempo, principalmente no que tange a fundamentação trazida pelo relator, dos quais a reflexão encontra amparo nas palavras de Marilena Chaui³⁰:

A verdade exige que nos libertemos das aparências das coisas: exige, portanto que nos libertemos das opiniões estabelecidas e das ilusões de nossos órgãos dos sentidos. Em outras palavras, a verdade sendo o conhecimento da essência real e profunda dos seres é sempre universal e necessária, enquanto as opiniões variam de lugar, de época para época, de sociedade para sociedade, de pessoa para pessoa. Essa variabilidade e

²⁹ RIBEIRO, Luis José de Jesus. **A prova ilícita no Processo do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2004 p. 77

³⁰ CHAUI, Marilena. **Convite à Filosofia**. 12ª edição. São Paulo: Editora Ática, 1990, p. 101.

inconsistência das opiniões provam que a essência dos seres não está conhecida e, por isso, se nos mantivermos no plano das opiniões, nunca alcançaremos a verdade.

Por tal razão, é preciso sempre refletir na evolução do direito diante de fatos que são postos. Assim, a atitude daquele que praticou a ilicitude, no caso em tela, o marido, poderia até ser punida, porém a prova de um ato tão cruel, nunca poderia ser ignorada, já que a permanência do *status quo*, só irá trazer vulnerabilidade às filhas do casal, que ficarão, em nome da inadmissibilidade das provas ilícitas, totalmente desprotegidas, sem qualquer amparo do Estado.

Oportuno a colocação de Liliana Minardi Paesani³¹:

Certas manifestações da pessoa destinam-se a conservar completamente inacessíveis ao conhecimento dos outros, quer dizer, secretas; não é apenas ilícito divulgar tais manifestações, mas também tomar delas conhecimento, e revelá-las não importa a quantas pessoas. Entretanto, essas mesmas informações respeitantes à esfera íntima da vida privada podem ser consideradas lícitas, quando justificadas por um legítimo interesse do sujeito que as recebe; trata-se saber se o fim a que a informação serve tem maior valor que o interesse do sujeito ao qual se refere essa informação.

Uma constituição é fundada em princípios e valores. Para não perder sua unidade e integração, e ao mesmo tempo não ser incompatível com sua base material pluralista, exige-se que cada um dos valores não assuma caráter absoluto, tão somente o metavalor que se expressa de modo imperativo num pluralismo de valores, no tocante ao aspecto substancial. Estas são as exigências constitucionais de toda a sociedade pluralista que quer se preservar como tal³².

Isto posto, considera-se que nenhum direito pode ter caráter absoluto, senão o meta princípio da dignidade da pessoa humana, sob pena da inadmissibilidade da prova ilícita se tornar uma máquina de injustiça, capaz de construir nas suas implicações, aberrações jurídicas, e abortar a verdadeira proteção daqueles que realmente necessitam de proteção, como é o caso dos menores, indivíduos desprotegidos, a quem se dedica proteção integral, segundo o sistema de proteção do Estatuto da Criança e do Adolescente.

³¹ PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet**. São Paulo: Atlas, 2006 p. 48.

³² ZAGREBELSY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derecho e justicia**. 3º edição. Editorial Trotta, 1997, p. 14.

6. CONCLUSÃO

Por todo o explanado, confere-se relevância ao conjunto probatório para o convencimento do magistrado, que imbuído dos poderes instrutórios que lhe são conferidos, construir a sua convicção e, finalmente, prolatar a sua sentença. Nessa linha de raciocínio, a fim de conferir segurança jurídica, a Constituição Federal de 1988, vedou expressamente as provas obtidas por meios ilícitos no processo.

Em contrapartida, aos operadores do direito não pode passar despercebido que a finalidade do direito está condicionada ao bem estar social. Não se pode ignorar uma prova apresentada nos autos, sobretudo aquelas que envolvem o interesse dos menores no seio familiar, que não detêm outros meios morais e legítimos de defesa, quando em conflito com os direitos de privacidade e imagem dos seus pais ou responsáveis.

O tema prova ilícita no ordenamento jurídico brasileiro suscita reflexão, já que está longe de encontrar posição pacífica no campo doutrinário e jurisprudencial. A controvérsia sobre a prova ilícita torna-se ainda mais complicada quando avocada para o deslinde das relações familiares em juízo. A interceptação telefônica não autorizada, ou uma gravação de imagens, poderia ser utilizada para demonstrar a violência por parte de um pai a seu filho, em uma ação de disputa de guarda. Num primeiro momento, o uso da prova ilícita na área cível soaria estranho. Mas quando estão em conflito a liberdade de um sujeito, e a dignidade e integridade física de um menor, estes, são mais relevantes do que o direito à intimidade.

A teoria da proporcionalidade revela-se como um ponto de equilíbrio entre os interesses da sociedade em manter a ordem social de toda coletividade, tendo em vista que seus defensores entendem que aplicação somente se deve dar, em casos excepcionais, a fim de evitar que o judiciário seja uma máquina de decisões divorciadas da realidade e distante dos anseios sociais, negando respostas daqueles que lhe batem a porta em busca de refúgio.

Convém salientar que não se enaltece a conduta daquele que violou a intimidade alheia. Pelo contrário, se o seu ato caracterizou-se como uma modalidade criminosa ou um ilícito civil, deverá ser o sujeito penalizado por este fato. Entretanto, deve-se refletir sobre como operacionalizar a justiça ao se deparar com provas obtidas por meio ilícito ou imoral, e ter cautela na aplicação do direito, com vista a almejar o

direito individual de cada cidadão brasileiro, sem ferir o interesse da coletividade e vice versa.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luis Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 5^o Edição. rev. Atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

AZENHA, Nivia Aparecida de S. **Prova ilícita no processo civil**. Curitiba: Juruá, 2004.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. Brasília, DF: Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acessado em 18 de junho de 2013.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 5^a. ed. São Paulo: Edipro, 2012, p. 55.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CHAUI, Marilena. **Convite à Filosofia**. 12^a edição. São Paulo: Editora Àtica, 1990.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. Volume I. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil** 2^a Edição, revista e atualizada. – Editora Malheiros, 2009.

GRINO Mestranda Teoria do Direito e do Estado no Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM. Advogada. VER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães;

FERNANDES, Antônio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2001.

GUILHERME, Thiago Azevedo. **Regras de distribuição do ônus da prova e de efetivação do acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed.,2011.

LOPES, João Batista. **A prova no Direito Processual Civil**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2000.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Vol. I. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1960.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Rodrigo Pereira. **Provas ilícitas e sua Interpretação Constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A Constituição e as provas ilicitamente obtidas**. Revista Forense. Rio de Janeiro: Editora Forense, nº 337: 125-134, jan./fev./mar. 1997.

NERY JR, Nelson e Nery, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 9. Ed. São Paulo: RT, 2006.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo Penal, o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet**. São Paulo: Atlas, 2006.

PRADO, Luiz Regis. **Provas ilícitas: teoria e a interpretação dos tribunais superiores**. São Paulo: Impetus, 2009.

PORTO, Sérgio Gilberto. **A Regência Constitucional do Processo Civil Brasileiro e a Posição do Projeto de um Novo Código de Processo Civil.** Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil. Vol. 12, nº 72, julho/agosto de 2011.

RAMIRES, Luciano Henrique Diniz. **As provas como instrumentos de efetividade no Processo Civil.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

RIBEIRO, Luis José de Jesus. **A prova ilícita no Processo do Trabalho.** São Paulo: LTR, 2004

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil.** 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 2.

VILLEGAS, Paiva; ALEXANDER, Elky. **La ineficacia de la actividad probatoria ilícita en el proceso penal.** Revista.Pensamiento.Penal. Disponível em < <http://new.pensamientopenal.com.ar/01102010/latinoamerica03.pdf> > acessado em 10 de novembro de 2012.

ZAGREBELSY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derecho e justicia.** 3º edição. Editorial Trotta, 1997, p. 14.