A PRODUÇÃO DE PROVA ILÍCITA NO ÂMBITO FAMILIAR

THE PRODUCTION OF ILLEGAL EVIDENCE IN FAMILY

Gisléia Fernandes de Sena

Mestranda em Teoria do Estado e do Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília –
UNIVEM

Shauma Schiavo Schimidt

Mestranda em Teoria do Estado e do Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília –
UNIVEM

RESUMO

O presente resumo expandindo busca discorrer, sobre a admissibilidade da prova obtida por meio ilícito, para formar a convicção do juiz. Primeiramente revela-se a garantia fundamental do direito à prova, decorrência lógica do direito constitucional de ação, inerente ao princípio do devido processo legal e contraditório e em seguida, aborda a necessidade de enfrentar o tema no anseio de buscar resultados justos. 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. O manto doutrinário aborda teorias que norteiam a prova ilícita. Examinaremos, por fim, o princípio da proporcionalidade como forma relativizar não só texto constitucional, como também o absolutismo e o formalismo costumeiro no âmbito processual, permitindo o sopesamento de princípios e direitos fundamentais, no caso de conflito de interesses, aquele de maior importância deve prevalecer.

PALAVRAS-CHAVE: direito fundamental à prova; princípios constitucionais; prova ilícita no Direito de Família.

ABSTRACT

This summary expanding search discourse, the admissibility of evidence obtained by illegal means, to form the conviction of the judge. First up talks about the fundam

ental guarantee of the right to trial, logical consequence of the constitutional right of action inherent in the principle of due process and adversarial, and then discusses the need to address the issue in their eagerness to get fair results. Undoubtedly, there is no denying that, in civil plane especially in family law, the issue of illegal evidence, it becomes even more complicated. If, on the one hand, they are not allowed, on the other, there is no other means to give a fundamental safeguard of greater relevance. The doctrine address the theories that guide the illegal evidence. Examine finally the principle of proportionality as a way not only to relativize the constitutional text, as well as absolutism and under customary procedural formalism, allowing for balancing fundamental principles and rights in the case of conflict of interest, that of greater importance should prevail.

Keywords: fundamental right to trial; constitutional principles; illegal evidence in Family Law.

INTRODUÇÃO

O assunto desenvolvido neste trabalho vem sendo muito discutido entre operadores do direito: a prova obtida por meios ilícitos para formar a convicção do juiz. Não se trata de um tema pacífico, as opiniões são divergentes, especialmente quando intrínsecas às relações do Direito de Família. Necessário tecer algumas considerações a respeito da prova como direito fundamental, direcionado a proteção da dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal apresentou rigidez ao versar sobre a inadmissibilidade da prova ilícita no art. 5º LVI, proibindo a utilização de qualquer prova que viole direitos e garantias constitucionais. Ora, se por um lado há uma vedação constitucional que busca proteção da privacidade e intimidade do indivíduo, de outro modo, não há como ignorar as informações apresentadas pelas partes, principalmente aquelas que vão ao encontro da proteção dos menores, órfãos, entre outros que envolvem o seio familiar e que por muitas vezes não detêm outros meios morais e legais para buscar proteções. A esses, o Estado obrigação de dar tal guarita.

DESENVOLVIMENTO

Antes de tudo, é preciso mencionar que no atual estágio do Estado Democrático de Direito, acentua-se cada vez mais a positivação de direitos e garantias

fundamentais constitucionalmente previstos. Trata-se de direitos inerentes à pessoa humana, indispensáveis a todos para assegurar liberdade, igualdade e dignidade.

Este é um traço do neoconstitucionalismo, entendido como a constitucionalização do Direito. Nesse sentido, Didier Jr¹ “Vive-se, atualmente, uma nova fase da renovação do Direito Constitucional.”

Paralelamente, temos a importância que a complexidade das provas reflete-se nas palavras de Malatesta²: “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.”

Hodiernamente, o direito fundamental à prova é garantia ao cidadão de efetivar o acesso à justiça, coibir o abuso do poder estatal e principalmente promover a igualdade material nas relações jurídicas, assegurando, desta maneira, a força principiológica do contraditório na relação jurídica processual. Assim é que o direito à prova resulta da garantia ao cidadão a justa e adequada participação no processo, à igualdade de condições aos litigantes, ao permitir o diálogo equilibrado entre as partes. Como consequência disto, o conjunto probatório reflete-se na capacidade de influenciar o magistrado.

Corroborando o entendimento até então entabulado, a Constituição Federal assegura como garantia fundamental o direito à prova, decorrência lógica do direito constitucional de ação. Ao requerer a tutela jurisdicional, é necessário apresentar as provas preexistentes ao ajuizamento da ação e postular a produção de outras cabíveis. Entretanto, existem provas que não podem ser produzidas, ou admitidas. Em vista desta relativização, origina-se o debate acerca de um dos temas mais polêmicos, a prova ilícita.

A complexidade do assunto levou José Carlos Barbosa Moreira³:

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

¹ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. Volume I. Salvador: Editora JusPodivm, 2009, p. 25.

² MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Vol. I. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1960, p. 13.

³ 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.

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, sobre o tema norteia três teorias que justificam ou não a utilização da prova ilícita, do qual temos: a teoria da admissibilidade das provas obtidas por meio ilícito, retrata o velho e célebre preceito maquiavélico do qual os fins justificam os meios; a Teoria que veda a admissibilidade da prova ilícita não foca suas prioridades na relevância do tema debatido, ou seja, pouco importa se é interesse da sociedade ou não e por último, temos a teoria relativa que busca equilíbrio entre a proteção do indivíduo e o interesse da coletividade diante dos fatos apurados por meio ilícito.

É inquestionável que a 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 questão. Desta maneira, a princípio relativo, que, excepcionalmente, poderá ser violado se estiver em cena um interesse de maior relevância ou outro direito fundamental que com ele contraste, ou seja, se permanecer o excesso de formalismo, poderá ocorrer inviabilidade da aplicação da própria justiça.

A partir daí, chama-se a atenção a temática delicada quando levamos ao âmbito familiar, considerando a individualidade membros da família, principalmente os menores, a dignidade humana e a intimidade; cuja importância é objeto de previsão legal, art. 155, II do Código de Processo Civil. 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.

CONCLUSÃO

Com base nas considerações entabuladas, constata-se que a prova é instrumento processual essencial às partes, garantia constitucional que confere ao cidadão a justa e adequada participação no processo. A Constituição Federal foi incisiva ao vedar expressamente as provas obtidas por meios ilícitos no processo, instituindo, assim, o princípio da proibição da prova ilícita. Verifica-se que a controvérsia sobre a prova ilícita torna-se ainda mais complicada quando avocada para o deslinde das relações familiares em juízo.

Entretanto, a admissibilidade da prova ilícita no direito de família deve ter como critério o princípio da proporcionalidade, aplicado por meio da presença de seus

requisitos de adequação, necessidade e ponderação; para salvaguardar direitos axiologicamente relevantes. Pois assim entendemos que nada pode ter caráter absoluto, sob pena do artigo constitucional de inadmissibilidade de prova ilícita se tornar uma máquina de injustiça, capaz de construir através de suas aplicações, aberrações jurídicas, divorciando de uma verdadeira proteção daqueles que realmente necessitam da máquina do Estado, por se tratar de indivíduos menores e muitas das vezes desprotegidos.

REFERÊNCIAS

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

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

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

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.

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.

NERY JR, Nelson e Nery, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 9. Ed. São Paulo: RT, 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, n° 72, julho/agosto de 2011.

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