

# A PROVA ILÍCITA NO DIREITO DE FAMÍLIA

## THE PROOF IMPERMISSIBLE IN FAMILY LAW

Shauma Schiavo Schimidt \*

*Data de recebimento: 05/05/2013*

*Data de aprovação: 10/08/2013*

### RESUMO

O presente artigo busca discorrer, ainda que brevemente, sobre um problema bastante discutido e controvertido, a admissibilidade das provas ilícitas no Direito de Família, em que questões de relevante interesse estão em jogo. 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. Em seguida, pretende-se analisar a prova ilícita no contexto das relações familiares.

### PALAVRAS-CHAVE

Direito fundamental à prova. princípios constitucionais. prova ilícita no Direito de Família.

### ABSTRACT

This Article seeks to discuss, albeit briefly, about an issue much debated and controversial, the admissibility of evidence illegal within Family Law, in which issues of relevant interest are at stake. First, it is a fundamental guarantee of the right to proof, logical consequence of the constitutional right of action, inherent to the principle of due legal process and contradictory. Then, seeks to analyze the evidence unlawful in the context of family relationships.

### KEYWORDS

Fundamental right to proof. constitutional principles. proof impermissible in family law.

---

\* Graduada em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM.

Advogada. Mestranda em Teoria do Estado e Teoria do Direito (UNIVEM).

E-mail: shaumass@gmail.com

## INTRODUÇÃO

O assunto desenvolvido neste trabalho vem agitando os operadores do direito: a prova obtida por meios ilícitos para formar a convicção do juiz. Não se trata de um tema pacífico, o campo de discussão é vasto e as opiniões são divergentes, especialmente quando intrínsecas às relações do Direito de Família. Necessário tecer algumas considerações a respeito da prova como direito fundamental, garantia constitucional, imprescindível para o sistema processual, direcionado à proteção da dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal foi bastante rígida ao versar sobre a inadmissibilidade da prova ilícita no art. 5º LVI, ao aludir que, no processo, são inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos; proíbe-se qualquer prova que viole direitos e garantias constitucionalmente assegurados. Inobstante, a matéria não se esgota com essa proibição; se por um lado há uma vedação constitucional, de outro modo, não há como ignorar as informações apresentadas pelas partes por meio dessas provas, principalmente quando não detêm outros meios morais e legais para provar as suas alegações.

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, 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, sobretudo frente às delicadas relações do Direito de Família, como medida excepcional, de se privilegiar alguns interesses em detrimento de outros.

### 1. DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA

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. Tratam-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 Jr (2009, p.25) acentua que:

Vive-se, atualmente, uma nova fase da renovação do Direito Constitucional. Há diversas manifestações disso: a) parte-se da premissa de que a Constituição tem força normativa, e, por consequência, também têm força normativa os princípios e os enunciados relacionados aos direitos fundamentais; b) pela expansão da jurisdição constitucional; c) desenvolvimento de uma nova hermenêutica constitucional (com a valorização dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade). A essa fase deu-se o nome de Neoconstitucionalismo ou pós-positivismo.

Os Direitos Fundamentais são definidos como um conjunto de direitos e garantias do ser humano, cuja finalidade primordial é o respeito à sua dignidade, com proteção ao poder estatal e à garantia das condições mínimas de vida e desenvolvimento do ser humano.

Para Araujo e Nunes Júnior (2008, p. 110), os direitos fundamentais:

[...] 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, certamente se destaca a sua imprescindibilidade para o sistema processual, associado ao devido processo legal e ao contraditório. Nesse ponto, Porto (2011, p. 75) ressalta 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 Malatesta (1960, p. 13), 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, ao permitir o diálogo equilibrado entre as partes. Como consequência disso, 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.

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.

## 2. AS PROVAS ILÍCITAS E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

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 dessa relativização, origina-se o debate acerca de um dos temas mais polêmicos, a prova ilícita.

Avolio (1995, p.39) conceitua prova ilícita, ou ilicitamente obtida, como a prova colhida com infração a normas ou princípios de direito material, principalmente de direito constitucional.

O grande parâmetro é a previsão constitucional, que tratou rigorosamente sobre o uso das provas ilícitas no art. 5º LVI, ao mencionar que, no processo, são inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos. Nesse sentido, é vedada qualquer prova que viole direitos e garantias constitucionalmente assegurados.

A partir dessa premissa, pode-se afirmar que são inadmissíveis tanto no processo civil, quanto no processo penal: as provas ilegítimas, proibidas pelas normas de direito processual, quanto às ilícitas obtidas com a violação às normas de direito material.

A complexidade do assunto levou Moreira (1997, p. 128) a assentar 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 público de assegurar ao pro-

cesso 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 Mirabete (2004, p. 278),

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 sua 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.

### **3. 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, de 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 desta 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.

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 à intervenção de uma terceira pessoa que grava a comunicação telefônica sem o conhecimento dos dois interlocutores. Prado (2009, p. 23) 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 que a lei estabelecer 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.

Contudo, esta restrição imposta pela Constituição Federal causa bastante divergência. Enquanto para alguns a interceptação telefônica deve ser admitida também no processo civil, para outros ela somente pode ser utilizada para fins penais.

Gomes é incisivo que (1997, p. 75):

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.

A garantia constitucional se estende para o núcleo familiar, inviolável por terceiros estranhos à entidade familiar. A norma visa à preservação da família.

No sentido contrário, se posiciona Grinover (2001, p. 180), considerando que:

Não se pode apoiar a opção da Constituição, limitando a possibilidade de interceptação lícita ao processo penal. Também no processo não penal pode haver relações controvertidas de direito material que envolvam valores relevantes.

Vale acrescentar que, depois de apresentada uma prova ilícita pela parte nos autos, ainda que eventualmente seja desentranhada dos autos, 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.

Neste sentido, é precisa a lição de Lopes (2000, p. 69):

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.

Cahali (2002, p.655) protesta pela admissibilidade das provas ilícitas ao expor que:

[...] 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 algumas hipóteses, deve acolher a interceptação. O juiz poderá avaliar a prova colhida e as liberdades alheias. Azenha (2004, p. 109), aliada a essa

corrente intermediária, sustenta que:

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, elas não são admitidas, de outro, não há outro meio que permita salvaguardar um direito fundamental de maior relevância. Portanto, é o princípio da proporcionalidade que permite o sopesamento de princípios e direitos fundamentais; no caso de conflito de interesses, aquele de maior importância deve prevalecer.

Nesse sentido, vale a observação de Marinoni e Arenhart (2003, p. 322):

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, percebe-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 respectivo 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 excepcional e extrema, se admite o uso das provas ilícitas. Ademais, no caso concreto, há de se ponderar os valores constitucionalmente garantidos. E, nessa ponderação, leva-se em conta que o Estado, com prioridade absoluta, deve promover a proteção dos direitos fundamentais da criança e do adolescente (art. 227, Constituição Federal).

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

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, no momento em que permite o diálogo equilibrado entre as partes.

É certo que as provas influenciam no convencimento do julgador; ela é o meio por meio do qual o magistrado poderá averiguar os fatos alegados, imbuído dos poderes instrutórios que lhe são conferidos, formando e construindo a sua convicção e, finalmente, prolatando a sua decisão,

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. No processo, são inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos; veda-se qualquer prova que viole direitos e garantias constitucionalmente assegurados.

Verifica-se que 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. Quando, porém, em conflito a liberdade de um sujeito, e a dignidade e integridade física de uma criança, estes são mais relevantes do que o direito à intimidade.

Do mesmo modo, cumpre ressaltar 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 esse fato.

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. Princípio proposto pela corrente intermediária que propõe a inadmissibilidade da prova ilícita, mas a admite em algumas hipóteses para salvaguardar direitos axiologicamente relevantes.

---

## REFERÊNCIAS

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

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

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**. v. 1. Salvador: JusPodivm, 2009.

GUILHERME, Thiago Azevedo. **Regras de distribuição do ônus da prova e de efetivação do acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 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. 1. Lisboa: Livraria Clássica, 1960.

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

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, n. 337, p. 125-134, jan. /mar., 1997.

NERY JR, Nelson; 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, v. 12, n. 72, jul./ago. de 2011.

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

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