

A admissibilidade das provas ilícitas no direito de família diante do princípio da ponderação

*The Admissibility of Illicit Evidences in Family Law in
Face of the Principle of Consideration*

LUCAS DANIEL FERREIRA SOUZA
Mestre em Teoria do Direito e do Estado pelo
Univem - Centro Universitário Eurípides de Marília.
lucasdanielfs@hotmail.com

DAIENE BARBUGLIO
Graduada (2005) e mestre em Direito (2013)
Univem - Centro Universitário Eurípides de Marília
daieneb1@hotmail.com

RESUMO O presente trabalho apresenta um tema bastante polêmico e discutido tanto na doutrina quanto na jurisprudência, pois, ao mesmo tempo em que a Constituição Federal de 1988 assegura a todos os cidadãos o direito de acesso à justiça e, por consequência, o direito à produção de provas como mecanismo de convencimento do juiz, a Lei Maior limita este direito ao inserir em seu art. 5º., inciso LVI, que não se admitem provas obtidas por qualquer meio ilícito, como forma de garantir os direitos individuais da pessoa. Ocorre que, em alguns processos na esfera civil, discute-se apenas matéria de direito. Em outros, há a necessidade da produção de provas a fim de convencer o juiz a respeito da verdade dos fatos controvertidos, nos termos do art. 131 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2010). Assim, em determinadas situações, principalmente quando se trata de Direito de Família, em que não há outro meio de produzir provas que não seja por uma

interceptação telefônica sem o prévio consentimento judicial, uma filmagem clandestina, abertura de correspondências, virtuais ou não, que genericamente configuram invasão de privacidade e ferem os direitos do indivíduo. Doutra borda, há outros princípios constitucionais sendo lesados e outros direitos, inclusive mais importantes, desrespeitados. A proposta do trabalho é trazer apontamentos relacionados ao direito probatório no Processo Civil, enfatizando a possibilidade de se admitirem provas ilícitas, principalmente nas questões pertinentes ao Direito de Família, diante do postulado hermenêutico da proporcionalidade, já que, embora contrarie uma norma constitucional, deve-se lembrar que nenhuma garantia constitucional é absoluta, tendo em vista que na concorrência e ponderação entre princípios constitucionais deve prevalecer o mais relevante pautado no caso concreto, em que a relativização dos valores em tese deve ser atribuída tendo em vista a busca da verdade e da justa decisão do conflito.

Palavras-chave: PROVAS ILÍCITAS; PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS; PONDERAÇÃO DE INTERESSES; DIREITO DE FAMÍLIA.

ABSTRACT This paper presents a very controversial issue that is discussed both in doctrine and case law, because at the same time the 1988 Constitution guarantees the right to justice to all citizens and, consequently, the right to produce evidence as a mechanism to convince the judge, it also limits this right by inserting into its article 5, item LVI, that no evidence obtained through illicit means will be admitted, in order to guarantee the person's individual rights. It happens that in some cases in the civil sphere, only matters of law are discussed. In other cases, though, there is the need for evidence production in order to convince the judge of the truth involving disputed facts, pursuant to art. 131 of the Civil Procedure Code. Thus, in certain situations, especially when it comes to family law, where there are no other means of producing evidence than by a telephone interception without prior judicial consent, a clandestine filming, the opening of mail, virtual or not, which generally constitute an invasion of privacy and hurt individual rights. On the other hand, there are other constitutional principles being injured

and other rights being disrespected, including more important ones. The purpose of this study is to bring notes related to the law of evidence in the civil procedure, emphasizing the possibility of admitting illegal evidence, especially in matters pertaining to family law, considering the hermeneutical principle of proportionality, since, although contrary to a constitutional norm, one must remember that no constitutional guarantee is absolute, given that in the concomitance and consideration between constitutional principles, the most relevant must prevail in this case, where the relativization of values should be given with a view to seeking the truth and the fair decision of the conflict.

Keywords: ILLEGAL EVIDENCE; CONSTITUTIONAL PRINCIPLES; CONSIDERATION OF INTERESTS; FAMILY LAW.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em seu art.5º, inciso XXXV, garante a todos os cidadãos o direito de ação e acesso à justiça, com o intuito de obter judicialmente a composição de conflitos, pois o Estado, ao proibir a autotutela, ou seja, que se faça justiça com as próprias mãos, atraiu para si a obrigação de solucionar os litígios sociais.

Essa composição dar-se-á por meio de um processo judicial, no qual aquele que pretende ter seus direitos tutelados levará ao Poder Judiciário seu pedido, que será julgado pelo Estado/Juiz, concedendo a quem de direito a tutela jurisdicional.

Da garantia constitucional do direito de ação emana o direito à prova, que consiste no meio pelo qual será formado o convencimento do juiz a respeito da existência de fatos controvertidos que tenham relevância para o processo, nos termos do art. 131 do Código de Processo Civil (CPC) (BRASIL, 2010).

Há muitos processos em que a questão trazida para apreciação judicial versa apenas sobre direitos, e a produção de provas torna-se irrelevante. Doutra borda, para que o juiz possa julgar uma lide, é imprescindível que examine a veracidade dos fatos alegados pelas partes, que no curso do processo tornam-se controvertidos. É pelo instrumento

probatório que será possível decidir sobre a veracidade e a credibilidade das alegações e, então, proferir uma sentença justa.

A produção probatória passa a ser o desígnio basilar do processo judicial, na busca pela verdade. Todavia, sabe-se que a verdade absoluta é inatingível, e por ser impossível o restabelecimento de fatos ocorridos, a prova torna-se um instrumento que, baseado na verossimilhança, noticia a ocorrência de um fato controvertido e, neste contexto, o direito probatório encontra-se constitucionalmente limitado diante da inadmissibilidade do uso, no processo, de provas produzidas por meios ilícitos.

Embora de extrema importância, o direito a prova encontra limitação constitucional, elencada no inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal, que não admite a prova obtida por meios ilícitos, como forma de garantia dos direitos fundamentais do indivíduo. Contudo, a inadmissibilidade de determinadas provas consideradas ilícitas pode vir a ofender princípios da mesma forma juridicamente relevantes, como o da dignidade da pessoa humana, por exemplo.

Assim, na discussão doutrinária acerca do assunto, surge dentre as correntes, a Teoria Intermediária, que admite as provas obtidas por meios ilícitos como exceção, ou seja, desde que esse seja o único meio de prova possível, e prima pela aplicação do postulado hermenêutico da proporcionalidade, sopesando os direitos e garantias em questão, ponderando os valores jurídicos, em que deverá prevalecer o de maior relevância.

Se, por um lado, há a vedação constitucional expressa, por outro não há como ignorar as informações trazidas pelas partes por meio das provas ilícitas, principalmente quando o indivíduo não detém outros meios morais e legais para provar os fatos.

Esse é o principal problema a ser desenvolvido no presente trabalho, a fim de amenizar as posições extremistas das correntes doutrinárias da admissibilidade e da inadmissibilidade do uso da prova ilícita, principalmente quando se trata de situações que envolvam o Direito de Família e não há outra forma de se provar o alegado senão com o uso de provas obtidas por meios ilícitos, em prol de resguardar as relações familiares, a individualidade de seus membros, sua dignidade e intimidade.

A proposta do trabalho é trazer apontamentos relacionados ao direito probatório no Processo Civil, enfatizando a possibilidade de se admitir provas ilícitas, principalmente nas questões pertinentes ao Direito de Família, ante o postulado hermenêutico da proporcionalidade, já que embora contrarie uma norma constitucional, deve-se lembrar que nenhuma garantia constitucional é absoluta, tendo em vista que na concorrência e ponderação entre princípios constitucionais, deve prevalecer o mais relevante pautado no caso concreto, em que a relativização dos valores em tese deve ser atribuída, quando da busca da verdade e da justa decisão do conflito.

CONFLITOS PRINCIPIOLÓGICOS: A PONDERAÇÃO DOS INTERESSES E AS PROVAS

No sistema jurídico brasileiro, a busca pela verdade dá-se pelo instrumentalismo processual, impondo às partes litigantes uma solução justa aos conflitos trazidos em juízo.

Sinteticamente, isso se faz na tentativa de obter o conhecimento do que realmente ocorreu para ocasionar o conflito e, convencido por meio das provas trazidas ao processo, o juiz poderá proferir uma decisão pontual e justa acerca de questões controversas.

A questão da prova ilícita e a possibilidade de sua utilização no processo é tema de grande discussão atualmente, e a doutrina e a jurisprudência entendem que a prova ilícita no processo civil deve ser analisada à luz do postulado hermenêutico da proporcionalidade, que também corresponde a um princípio de interpretação constitucional, importante na solução de conflitos principiológicos.

A prova ilícita é constitucionalmente vedada em qualquer tipo de processo, conforme dispõe o art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal de 1988. Porém a proibição não é absoluta, pois diante de um caso concreto, esse princípio poderá ser afastado quando confrontar com outro, em situações excepcionais, diante da necessidade da apresentação da prova para que o juiz se convença da veracidade dos fatos elencados na busca pelo direito pretendido e da impossibilidade de sua obtenção por

outros meios, senão ilícitos. A prova poderá ser acolhida pelo postulado hermenêutico da proporcionalidade, visando à justa solução para o caso.

Um dos grandes desafios do Estado Democrático de Direito, que se traduz na dificuldade do reconhecimento e a efetividade dos direitos fundamentais. À medida que a sociedade evolui, surgem novos cenários, complexos e desafiadores, que necessitam de respaldo e clamam por melhorias.

Diante da constante transformação social, novos valores alevantam-se na sociedade pós-moderna em todos os setores, inclusive na esfera familiar, que com o passar do tempo adquire nova roupagem diante das mudanças de atitudes de seus componentes, razão pela qual o Direito deve ser dinâmico e acompanhá-la para que se torne o instrumento capaz de transformar e assegurar ao indivíduo e à sociedade como um todo aquilo que o Estado obriga-se a garantir.

Não basta a criação de leis. É preciso que elas sejam adequadas e aplicadas a partir da análise criteriosa de cada caso concreto, sobretudo primando pelos direitos fundamentais dos indivíduos.

É indispensável o papel do Poder Judiciário na efetividade desses direitos, por meio de decisões que obrigam os demais poderes a garantir políticas públicas voltadas à percepção de tais direitos, demandados, sobretudo, pelos movimentos sociais.

Salienta-se que não se pode mais admitir do Poder Judiciário apenas a proclamação da lei, mas, sim, sua interpretação, caso a caso, com liberdade para questionar a finalidade das normas, relativizando os métodos tradicionais de interpretação impostos pelo positivismo jurídico que induz o intérprete a aplicar a lei pura e simplesmente, de forma neutra e mecânica.

Pela ponderação de interesses pode-se sopesar e comparar interesses que se encontram em conflito, levando em consideração o caso concreto, a fim de resolver as controvérsias constitucionais. Na ponderação haverá a mínima restrição possível a cada bem jurídico envolvido, na medida exata para salvaguardar o bem tutelado, contraposto com a utilização do postulado hermenêutico da proporcionalidade.

Assim, tais restrições não devem ir além do necessário para a solução dos conflitos, sendo que as variáveis fáticas do caso concreto

devem determinar o peso específico de cada princípio em confronto, mostrando-se, portanto, essenciais para o resultado da ponderação.

A ponderação entre interesses constitucionais tem como principal critério substantivo o princípio da dignidade da pessoa humana, pois esse princípio representa o vértice axiológico da Constituição; portanto, toda ponderação deve respeitar a dignidade do indivíduo.

Em qualquer ramo do Direito, segundo Eduardo Cambi (2000, p. 44), “prova é um direito público subjetivo, que tem a mesma natureza dos direitos de ação e de defesa assegurados pela Constituição”.

Para José Carlos Barbosa Moreira,

O direito probatório implica, no plano conceptual, a ampla possibilidade e utilizar quaisquer meios probatórios disponíveis. A regra é a admissibilidade das provas, e as exceções precisam ser rigorosamente justificadas, por alguma razão relevante. (1996, p. 144).

Para isso, deve-se compreender a noção ampla do acesso à ordem jurídica justa a partir da garantia constitucional do direito de ação.

Esse direito a decisão justa de um processo engloba as principais garantias constitucionais, como da ação, da ampla defesa, da igualdade e do contraditório efetivo, do juiz natural, entre outros. Assim, ninguém pode ser privado de sua vida, liberdade ou patrimônio sem que haja a realização de um processo em que estejam presentes todos os requisitos exigidos em lei, o que corresponde à garantia ao devido processo legal, também previsto na Constituição Federal, art. 5º, inciso LIV.

No entendimento de Cândido Rangel Dinamarco, o devido processo legal constitui uma garantia de justiça

e consiste no direito ao processo, ou seja, direito ao serviço jurisdicional, corretamente prestado e às oportunidades que o conjunto de normas processuais-constitucionais oferece para a defesa judicial dos direitos e interesses. (2002, p. 128).

A partir desse entendimento, vale dizer que há o acesso à ordem jurídica justa quando, no curso do processo, encontram-se os direitos de ação e de defesa.

Entretanto, não basta que a Constituição Federal garanta o direito de provocar a atividade jurisdicional do Estado. É preciso que seja garantido também o direito à prova, pois de nada adiantaria o acesso à justiça se as partes não pudessem provar os fatos alegados para firmar o convencimento do juiz. Logo, entende-se que o direito de ação caminha juntamente com o direito à prova, e pode-se afirmar que, desde a propositura da ação, as partes têm o poder de agir, ou seja, de argumentar e de utilizar-se dos meios probatórios que nortearão a decisão judicial.

Essas condições gerais sobre provas correspondem a regra para a solução dos conflitos na via judicial, porém, em alguns casos específicos, embora a versão apresentada pela parte seja a verdadeira e ela seja a real detentora do direito discutido, não há possibilidade de constituição de provas senão por sua obtenção por meios diversos dos autorizados em lei.

Ao introduzir na doutrina brasileira os ensinamentos de Pietro Nuvole, Ada Pellegrini Grinover (1982, p. 98), conceitua a prova ilícita como aquela que afronta norma de direito material, e a ilicitude opera-se no momento de sua obtenção, quando ocorre violação de direito fundamental, ou seja, a violação ao direito material ocorre em momento anterior ou concomitante ao processo, porém sempre de forma paralela, não no interior do processo.

Ainda é preciso conhecer a distinção de “prova ilícita” e “prova ilegítima”. Ada Grinover (1982, p. 97) ensina que, quando na produção da prova houver violação das regras de direito material, dos costumes, dos princípios gerais de direito e da moral, a prova será ilícita. Doutra borda, quando estivermos diante de uma prova produzida no processo que ofenda norma de direito processual ou instrumental prevista legalmente, estaremos diante de uma prova ilegítima.

Rodrigo Pereira de Mello (2000, p. 67), reproduzindo a lição de Carnelutti, aponta a incorreção quanto ao termo “provas ilícitas”, porquanto a ilicitude refere-se ao ato perpetrado para concepção da prova,

e não sendo atributo desta, elegendo como adequada terminologia “provas obtidas por meios ilícitos”.

DA ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO DIREITO DE FAMÍLIA TENDO EM VISTA O PRINCÍPIO DA PONDERAÇÃO

Em linhas gerais, a tecnologia e a ciência trouxeram inúmeros benefícios ao ser humano – e também alguns problemas.

Com o rápido avanço tecnológico dos meios eletrônicos, torna-se cada vez mais fácil registrar a conversa das pessoas, interceptar telefones e *e-mails* ou, ainda, fotografar e filmar utilizando uma câmera escondida. Com isso, surgem as discussões no tocante à violação da privacidade das pessoas que se contrapõem à utilização destas provas no processo. Essa problemática torna-se ainda mais delicada quando se refere a questões que envolvam o Direito de Família, em que repousam as relações familiares, a individualidade de cada membro, sua dignidade e intimidade.

A partir das mais diversas situações, com o término do casamento, os cônjuges, por exemplo, buscam sucessivos meios de prova para reforçar seus argumentos. Contratam detetive particular e surgem as escutas telefônicas, os flagrantes forjados e as situações provocadas.

Mas até que ponto essas provas obtidas unilateralmente têm idoneidade suficiente para serem aceitas no juízo de família?

É, a partir desta indagação, que surgem diversas discussões sobre o assunto, sendo que para alguns doutrinadores é inadmissível a utilização da prova ilícita, enquanto outros entendem que, principalmente nos casos que versam sobre disputa de guarda de menores, isso seria admissível, por envolver questão de alta carga valorativa, o que parece ser a interpretação mais razoável.

A Lei nº 9.296 (BRASIL, 1996) – Lei da Interceptação telefônica – não pode ser aplicada no processo civil, sendo possível apenas no processo penal. Assim, a princípio, prevalece a proibição da admissibilidade de qualquer prova ilícita, inclusive as obtidas via interceptação telefônica e gravação clandestina, que em nenhuma hipótese poderão ser autorizadas pelo juiz.

O maior problema versa exatamente sobre essas provas, obtidas mediante a violação do direito à intimidade, que trazem os maiores problemas e discussões, pois, em relação àquelas que tenham sido obtidas com violência à pessoa, coações, e outras aberrações, não há qualquer direito que justifique sua aceitabilidade no processo, sob pena de se estar ferindo a segurança do ordenamento jurídico como um todo, por meio da violação do princípio da dignidade humana. Tal assunto torna-se ainda mais polêmico no direito de família no qual repousam as relações familiares e a individualidade de cada membro da família.

Conforme já mencionado, não apenas a proibição do uso da prova ilícita é garantia constitucional como também o direito à prova, havendo conflito entre os princípios constitucionais do acesso à justiça e do direito à prova, de um lado, e o da proibição do uso da prova ilícita, de outro.

Então, faz-se necessária a aplicação da técnica da ponderação de interesses, mediante a utilização do postulado hermenêutico da proporcionalidade, para que, no caso concreto, o julgador possa decidir qual dos princípios deve prevalecer.

Na verdade, a ponderação deve ser feita, diante das circunstâncias do caso concreto, entre o direito que seria realizado pela prova (e não simplesmente o direito à prova) e o direito da personalidade que foi por ela desconsiderado.

Por isso, para que haja uma eventual admissão de prova ilícita, deve-se ponderar um interesse específico com outro interesse específico contraposto, e não com a sua generalidade.

Salienta-se que o uso da prova ilícita, mesmo diante dessa ponderação, apenas poderá ser aceita quando a prova foi obtida ou formada ilicitamente porque não existia outra forma para se demonstrar os fatos em juízo.

A prova ilícita, portanto, só pode ser admitida quando for a única capaz de evidenciar fato absolutamente necessário para a tutela de um direito que, no caso concreto, merece ser realizado, ainda que diante do direito da personalidade atingido. A respeito do assunto, observa-se a lição de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz 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.

A discussão sobre a verdade buscada por meio do processo é muito discutida pela doutrina. Entre os aplicadores do Direito, é comum que se faça uma distinção entre o processo civil e o processo penal no que tange à averiguação da verdade, pois, enquanto no âmbito do primeiro, fala-se na busca da verdade formal, no do segundo a preocupação é com a busca da verdade material. A diferença entre eles dá-se pelo fato de que a verdade formal é a que resulta do processo, podendo ou não corresponder à efetiva realidade, já que admite presunções que podem conduzir a graves injustiças. Como exemplo pode-se citar o art. 319, art. 343, § 2º e art. 372, todos do CPC (BRASIL, 2010). Já na verdade material ou real não se admite ficção, de tal modo que deve sempre buscar o que realmente aconteceu, ou seja, a verdade efetiva.

Defensores tradicionalistas, como José Roberto Bedaque (2001, p. 120), sustentam que no processo civil o juiz pode satisfazer-se com a verdade formal, uma vez que neste os interesses e bens em jogo seriam bem menos relevantes, restando a busca da verdade real para o processo penal que cuida da liberdade do indivíduo e do *jus puniendi* do Estado.

Como o principal objetivo do trabalho é traçar considerações a cerca do assunto pertinente ao Direito de Família, a questão será abordada de maneira específica, delimitando o conteúdo a fim de facilitar o entendimento do leitor.

Sobre este tema há diversas decisões antagônicas que bem servem para ilustrar a complexidade da questão. Cahali entende ser admissível a utilização das provas ilícitas, expondo 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. (2002, p. 655).

Em uma posição intermediária, o processualista Moniz de Aragão (2000, p. 51), argumenta que é admissível a prova ilícita desde que não haja outro meio de prova que evidencie a infidelidade do outro cônjuge. Dessa forma, há doutrinadores posicionando-se no sentido de não admitir a violação à intimidade para obtenção da prova do adultério com o fim de separação, mas somente em casos de guarda de filhos.

No entendimento de Wambier, Almeida e Talamini (2007, p. 417): “a conversa telefônica clandestina não serve de prova na separação judicial, mas sim, se a questão é sobre guarda de filhos”.

Assim, muitas vezes a interpretação restritiva da norma não é a mais adequada para se atender aos direitos em conflito no processo. Com efeito, a doutrina tem interpretado o art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal (BRASIL 1988), à luz do postulado hermenêutico da proporcionalidade, a fim de que seja amenizado o rigor de tal norma, sendo que tal princípio deverá estabelecer os interesses veiculados no processo, as prioridades, a necessidade, a adequação, bem como a prática da menor restrição para atingir o objetivo da justiça.

Acredita-se que o postulado hermenêutico da proporcionalidade é a melhor solução para os casos não abarcados pela lei, sendo que cabe ao aplicador do direito, na situação concreta que lhe for apresentada, analisar os valores que estão em questão, e se o que estiver em oposição ao direito ao sigilo das comunicações telefônicas for de maior relevância, não aplicar o princípio da proibição da prova ilícita.

Ressalva-se que a aplicação deste princípio é apenas um modo de se obter e salvaguardar o equilíbrio entre os direitos fundamentais conflitantes, e sua utilização deve ser consciente, moderada e restrita.

Porém, a adoção da corrente intermediária da teoria da proporcionalidade, no que diz respeito à admissibilidade das provas ilícitas

no processo civil, não caracteriza uma aprovação à violação do direito à privacidade. Ocorre apenas seu afastamento, no caso concreto, em função de um direito axiologicamente mais relevante, também protegido constitucionalmente, haja vista que nenhuma norma constitucional é absoluta, pois tem de conviver com outras normas também constitucionais. Essa possibilidade da utilização das provas ilícitas no direito de família será mais restrita no que concerne à separação judicial do que no que se refere à disputa da guarda de filhos ou à investigação de paternidade.

Em razão dos valores envolvidos, o grau de admissibilidade da prova ilícita nestes casos será maior do que em relação àqueles que tratam de infidelidade entre os cônjuges, pois com a evolução dos tempos, os valores morais referentes ao dever de fidelidade foram alterados e, apesar de constituir grave infração ao dever do matrimônio, não possui o mesmo valor de tempos atrás, e, portanto, quando se tratar de infidelidade conjugal, a utilização da prova ilícita será mais restrita.

Ademais, esclarece-se que não se defende que aquele que viola a intimidade alheia fique impune, pois se seu ato caracterizar-se como uma modalidade criminosa ou um ilícito civil, o sujeito deverá responsabilizar-se por ela.

Diante disso, ao sopesar os direitos materiais, incorrer-se-á na possibilidade de duas situações distintas. Primeira: verificado que o direito de maior relevância é restar violado diante da obtenção da prova, deverá o ordenamento jurídico tutelar tal direito, obstando sua admissibilidade no processo. Segunda: verificando-se que, no momento em que obtida a prova ilícita, o direito derivado de esta possui maior relevância que o direito violado pela ilicitude em sua obtenção, a prova deverá ser admitida no processo, de forma válida e eficaz.

Por fim, há de se observar se existe a possibilidade de se provar o fato por meio de outra prova, evitando-se, assim, a violação de um direito material por mera questão de opção acerca do meio probatório. Caso exista outro meio de prova lícita, hábil para comprovar a ocorrência de fato ou idéia, a prova ilícita será inadmissível.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando-se as situações relatadas, conclui-se que a prova é um instrumento essencial para que as partes tragam aos autos condições para o convencimento do juiz e, por meio delas e do poder instrutório atribuído ao magistrado, este poderá averiguar os fatos alegados e formar sua convicção para, então, prolatar uma decisão fundamentada, a partir da apreciação realizada, o que juridicamente se chama persuasão racional.

Mesmo sendo fundamental para a decisão de um processo justo, o direito à prova garantido às partes é limitado pela própria Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), que prevê em seu artigo 5º, inciso LVI, a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no processo, instituindo, assim, o princípio da proibição da prova ilícita.

Dentre os juristas brasileiros que tratam do tema em pauta, podem-se destacar os ensinamentos trazidos por Humberto Ávila (2004, p. 97) que, segundo sua doutrina, a promoção das finalidades esculpidas constitucionalmente possui um limite. Esse limite é fornecido pelo postulado da proibição de excesso. Assevera que o referido postulado é uma das facetas do postulado hermenêutico da proporcionalidade, proibindo a restrição excessiva de qualquer direito fundamental. Prossegue, afirmando que a realização de uma regra material ou princípio constitucional não pode conduzir à restrição a um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia. Porém, o critério da proporcionalidade tem por desígnio conciliar princípios constitucionais supostamente antagônicos, devendo prevalecer os mais importantes.

No entanto, todos os princípios e direitos assegurados em lei não podem ser interpretados de maneira absoluta. Assim, como forma de atenuar essa vedação absoluta das provas ilícitas pode-se adotar a teoria da proporcionalidade, de acordo com cada caso concreto.

Se houver como único meio de produção de prova o uso de uma interceptação telefônica não autorizada ou uma gravação clandestina, estas poderão ser utilizadas. Um exemplo é quando, para comprovar a culpa do indivíduo e demonstrar que os filhos são violentados em casa pelo pai, e a mãe recorre ao Poder Judiciário para obter a guarda

dos filhos, apresentam-se tais provas adquiridas clandestinamente. Os direitos e princípios constitucionais conflitantes são o da liberdade e privacidade do pai e da mãe e o da dignidade e integridade física das crianças, que em casos como este, sobrepõem-se em termos de relevância ao primeiro.

Frisa-se, apenas, que a admissibilidade da prova ilícita no Direito de Família deve ser usada de forma mais restrita na separação judicial que nas questões que envolvam guarda de filhos, investigação de paternidade, bem como no processo penal, em razão dos valores envolvidos.

No Brasil, embora ainda não se admita expressamente a adoção da corrente intermediária, que utiliza o princípio da ponderação, tem-se admitido que a prova ilícita seja utilizada em alguns casos específicos, na defesa de valores mais importantes, de acordo com cada caso concreto.

Ressalta-se que o afastamento do princípio da proibição da prova ilícita nas situações especiais, não significa sua exclusão ou inconstitucionalidade. Ele apenas deixará de ser aplicado naquele caso concreto, mas continuará tendo eficácia no sistema jurídico. O direito que se faz presente na sociedade moderna não pode estar sedimentado nas ideias retrógradas e preconceituosas. São imprescindíveis a segurança jurídica e a necessidade de solucionar o descompasso existente entre a realidade social em que hodiernamente se vive e o ordenamento jurídico em vigor.

Conclui-se que não há como negar a necessidade da regulamentação da admissibilidade das provas ilícitas em casos específicos do processo civil. Na sua falta, defende-se que a teoria da proporcionalidade é a melhor alternativa para a solução dos conflitos principiológicos expostos, quando presentes os requisitos básicos da adequação, necessidade e ponderação, principalmente nos litígios que versem sobre Direito de Família.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, H. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BEDAQUE, J. R. **Poder instrutório do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei n.º 9.296 de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 jul. 1996.

BRASIL. Código de Processo Civil Brasileiro. In: **Vade mecum Saraiva**. 9. ed. São Paulo, Saraiva: 2010.

CAHALI, Y. S. **Divórcio e separação**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CAMBI, E. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DINAMARCO, C. R. **A instrumentalidade do processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRINOVER, A. P. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. **Manual do processo de conhecimento**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, R. P. de. **Provas ilícitas e sua interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2000.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. **O processo civil no limiar de um novo século**, Revista dos Tribunais, v. 89, n. 781, dezembro 2000.

MOREIRA, J. C. B. **A constituição e as provas ilicitamente obtidas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

WAMBIER, L. R.; ALMEIDA, F. R. C.; TALAMINI, E. **Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo do Conhecimento**. 9. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. v. 1.

DADOS DOS AUTORES

LUCAS DANIEL FERREIRA SOUZA

Mestre em Teoria do Direito e do Estado pelo Univem - Centro Universitário Eurípides de Marília. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela FDDJ - Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Bacharel em Direito pelo Univem - Centro Universitário Eurípides de Marília. Como pesquisador e consultor jurídico, possui diversos artigos publicados em periódicos qualificados, livros e anais de eventos, atuando principalmente nas seguintes áreas: Direito Constitucional, Direitos Humanos, Direito Penal e Direito Processual Penal.
lucasdanielfs@hotmail.com

DAIENE BARBUGLIO

Graduada (2005) e mestre em Direito (2013), área de concentração: Teoria do Direito e do Estado, sob a linha de pesquisa: Construção do saber jurídico, e dissertação intitulada União homoafetiva e sua proteção jurídica: um novo modelo de família, também no Univem - Centro Universitário Eurípides de Marília, orientada pelo Prof. Dr. Nelson Finotti da Silva. Advogada militante na área cível e trabalhista desde 2007. Experiência na área acadêmica em cursos preparatórios para concursos e exames da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), com ênfase em Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito do Trabalho e Direito Previdenciário.
daieneb1@hotmail.com

Submetido em: 11-3-2016

Aceito em: 29-4-2016