

NO LABIRINTO DA VERDADE: A PROBLEMÁTICA DA (IN)ADMISSÃO DAS PROVAS ILÍCITAS NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA POSTAS EM JUÍZO

IN THE LABIRINT OF TRUTH: THE PROBLEM OF (IN)ADMISSION OF ILLEGAL EVIDENCE IN FAMILY RELATIONSHIPS BROUGHT TO TRIAL

Cognitio Juris

Ano XII - Número 39 - Edição Especial - Março de 2022

ISSN 2236-3009

Autor:

Nadinne Sales Callou Esmeraldo Paes^[1]

RESUMO: Na ponderação entre a busca pela verdade e a segurança jurídica, dentro do processo judicial, percebe-se na nossa constituição a expressa opção pelo segundo valor. Assim é que, em prestígio ao devido processo legal, foi consagrada a vedação à utilização das provas ilícitas no processo. A peculiaridade da relação processual de família, contudo, enseja questionamentos quanto à eventual admissão desse tipo de prova, a partir de ponderação com outros bens e direitos relevantes em litígio, como, por exemplo, direitos indisponíveis de crianças e de adolescentes. A pesquisa pretende, a partir de revisão bibliográfica e análise documental incidente sobre alguns julgados brasileiros, perscrutar sobre a possibilidade de, excepcionalmente, admitirem-se provas tecnicamente ilícitas. Demonstrar-se-á tratar-se de matéria polêmica - que divide a doutrina brasileira em, pelo menos, três grandes vertentes. Filiar-se-á à tese da admissão episódica das provas em comento nas relações processuais civis de família, quando em tablado direitos indisponíveis de crianças e de adolescentes, verificada a essencialidade e imprescindibilidade da prova em

ações de estado de filiação, de alimentos ou onde seja discutida acerca do exercício da autoridade parental. A outro giro, o manejo das provas em tablado em processos de família que envolvam, unicamente, a discussão da culpa pelo término do casamento, afigura-se, em regra, indevido e injustificável hodiernamente num contexto de objetivação da dissolução do vínculo conjugal no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Processos de família. Direitos indisponíveis. Interceptação telefônica. Direito à privacidade. Proporcionalidade.

ABSTRACT: In the weighting between the search for truth and legal security, within the judicial process, it is perceived in our constitution the express option for the second value. Thus, in prestige to the due legal process, the prohibition of the use of illicitevidence in the process was consecrated. The peculiarity of the family procedural relationship, however, raises questions as to the eventual admission of this type of evidence, from consideration with other assets and relevant rights in litigation, such as, for example, unavailable rights of children and adolescents. The research intends, based on bibliographic review and documentary analysis of some Brazilian decisions, to investigate the possibility of, exceptionally, admitting technically illicit evidence. It will prove to be a controversial subject - which divides Brazilian doctrine into at least three major strands. The thesis of the episodic admission of evidence in commentary on the civil procedural relations of the family, when in tabulated unavailable rights of children and adolescents, verified the essentiality and indispensability of the evidence in actions of state of affiliation, support or where it is discussed about the exercise of parental authority. In another sense, the handling of evidence in family cases that involve only the discussion of guilt for the end of marriage seems, as a rule, undue and unjustifiable today in a context of objectifying the dissolution of the marital bond in Brazil.

KEY WORDS: Family processes. Unavailable rights. Telephone interception. Right to privacy. Proportionality.

1 INTRODUÇÃO

Discutir sobre provas ilícitas no processo diz respeito a perquirir até que ponto os sujeitos processuais podem ir em busca de uma pretendida precisa reconstrução histórica da verdade. Trata-se de indagar quais os meios dos quais as partes de uma lide podem lançar mão, intentando subsidiar e influenciar a formação do convencimento do juiz.

Com efeito, a busca pela verdade a todo custo já constituiu o pano de fundo de momentos históricos hoje lamentáveis, quando vigorava o princípio inquisitivo e os poderes dos juízes eram ilimitados. Todavia, o progresso civilizatório trouxe consigo a necessidade de se imporem balizas dentro do processo, estatuidando-se regras e princípios norteadores da justiça que se pretende alcançar através do procedimento, o que consolidou, em último plano, a ideia de devido processo legal. Deveras:

a dialética entre direito e instrumento, substantividade e forma, essa passagem do mundo dos fatos ao mundo jurídico, ou de fora para o interior do processo dá-se com a observância de princípios bem definidos e claros, através da rigorosa observância do devido processo legal (SILVA *apud* GIORGIS, 2004, p. 142).

Um desses limites dentro do processo regular no Brasil é estabelecido pela nossa Constituição Federal, que, em seu art. 5º, inciso LVI, prescreve: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Efetivamente:

A ordem jurídica não pode ser um campo de batalha no qual se permite a cada gladiador o emprego de todos os meios possíveis e imagináveis para conduzir ao triunfo sobre o ‘inimigo’. Há que se compreender, indubitavelmente, as provas com um caráter ético, garantindo proteção da dignidade humana (FARIAS; ROSENVALD, 2014a, p. 727).

Pois bem, tradicionalmente, muito se debateu sobre a possibilidade de se mitigar essa norma no âmbito do processo penal e em prestígio ao *favor libertatis*, a ponto de o código de ritos

desta área ser alterado em 2008 pela Lei nº 11.690. Naquele azo, a aludida legislação referendou a regra da inadmissibilidade constitucional das provas ilícitas[2], estendendo a vedação às provas derivadas destas[3], mas previu, excepcionalmente, sua utilização em casos quando puderem ser obtidas por uma fonte independente[4].

No âmbito cível, contudo, a matéria carece de maior aprofundamento: a uma, pela ausência de regulamentação específica sobre o tema no Código de Processo Civil; a duas, em face da natureza distinta do bem jurídico objeto dessas relações processuais. De fato, especialmente no âmbito do Direito de Família, o objeto da prova é peculiar. As relações familiares ocorrem, na maior parte das vezes, nos mais recônditos ambientes; as fontes de prova são, normalmente, pessoas em suas relações mais íntimas. O bem da vida que se encontra em litígio, outrossim, é dotado de especificidade, como ensina Porto (*apud* GIORGIS, 2004, p. 144).

A junção dos fatores antes elencados descortina uma problemática jurídica consistente na especial dificuldade posta aos sujeitos processuais que trabalham, direta ou indiretamente, com relações jurídicas familiares em se desvencilharem dos inúmeros obstáculos e complicadores existentes na busca pela verdade. Nesse sentido, aponta Giorgis (2004, p. 166): “As provas ilícitas tornam-se um assunto delicado no Direito de Família em que repousam relações familiares, a individualidade de cada membro, sua dignidade e intimidade, e que não abonam esse tipo de demonstração”. Dissertando sobre a marcante dificuldade probatória em processos de família, Tartuce (2019, p. 123) sintetiza:

Além de haver a natural ocultação de fatos desfavoráveis pelos causadores (como ocorre em toda lide), há ainda obstáculos adicionais: nem sempre é possível demonstrar o que ocorreu na intimidade do lar; quando há testemunhas, por exemplo, elas costumam ser impedidas, suspeitas ou incapazes.

Atentando-se à complexidade dessa intercessão, o presente artigo, identificando como

problemática de pesquisa a (im)possibilidade jurídica de se manejarem provas ilícitas no âmbito do Direito de Família, pretende lançar luz sobre esse tema. Com esse desiderato, verificar-se-ão dados e informações recolhidos da produção científica a respeito do tema, analisando-os qualitativamente por meio de revisão bibliográfica. Lançar-se-á mão, outrossim, da análise documental incidente sobre decisões dos tribunais brasileiros. A metodologia empregada nessa pesquisa teórica será descritivo-exploratória, à medida que exporá os conceitos fundamentais e circundantes à temática. Em paralelo, elegeu-se o método dedutivo para, partindo-se de premissas gerais, encontrar o resultado para o problema que ensejou a pesquisa.

Antevê-se como hipóteses a serem confirmadas a partir da metodologia empregada as seguintes: i) a vedação às provas ilícitas no ordenamento brasileiro é objeto de bastante questionamento na doutrina, devendo prevalecer a possibilidade excepcional de seu manejo, à luz da ponderação dos interesses em confronto; ii) há especificidades na relação processual de família posta em juízo que implicam na admissão excepcional das provas ilícitas em vista à preservação de interesses indisponíveis (a exemplo da pretensão alimentar), à semelhança do que ocorre quando em tablado o interesse superior de crianças e de adolescentes e; iii) quando subjacentes à relação processual de família interesses meramente patrimoniais, não se justifica o temperamento à vedação constitucional às provas ilícitas.

2 DA PROVA ILÍCITA: uma breve explanação sobre o seu conceito e eficácia

Conquanto não se constate diferenciações na constituição federal, tradicionalmente, é assente na doutrina a distinção entre *provas ilegais* e *provas ilegítimas*. Nesse sentido, ensinam Nery Júnior e Nery (2014, p. 748) que, enquanto as primeiras referem-se às provas produzidas em violação ao ordenamento jurídico como um todo – normas de direito material e/ou processual, as segundas tratam de hipóteses onde restou maculada norma de cunho substancial. A par dessa classificação, interessante registro fazem Didier, Sarno e Oliveira

(2015, p. 98) ao reportarem-se a uma nova perspectiva da prova ilícita no processo civil brasileiro, decorrente do art. 190 CPC/15, a saber, a *prova ilícita negocial* – quando as partes convencionam previamente a impossibilidade de manejo de determinados meios de prova.

O Código de Processo Civil brasileiro, expressamente, acolhe a ideia da liberdade na prova, recepcionando todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos como hábeis à prova dos fatos em juízo[5]. Fala-se, aqui em *direito constitucional à prova* que consagra o direito subjetivo de influenciar no espírito do julgador e, por conseguinte, provar fatos que se alega em juízo, tudo corolário da garantia do devido processo legal e do contraditório, na perspectiva substancial (FARIAS, 2013, p. 105, 106).

Pois bem, esses meios moralmente legítimos reportados no art. 367 CPC/15 conformam a prova atípica, e seriam aqueles que, conquanto não previstos expressamente na lei, estão em consonância com o direito, devendo, assim, ser admitidos (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015, p. 312, 313).

A partir desses parâmetros e de uma interpretação *a contrario sensu*, tem-se que são inadmissíveis no processo as provas ilegais e aquelas moralmente ilegítimas, assim entendidas, as que contrariam boa-fé objetiva, na definição de Didier, Sarno e Oliveira (2015, p. 95). Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 315-316) explicam que a ilicitude coibida pelo Direito pode residir no plano do direito material ou do direito processual. No primeiro caso, pode derivar: i) da forma de obtenção da prova pré-constituída; ii) das informações consubstanciadoras de declaração testemunhal; iii) da sua formação e iv) da produção da prova e na utilização da prova pré-constituída. No segundo caso, a ilicitude pode incidir na obtenção da prova ou na sua produção. Já Ricardo Raboneza leciona no sentido de que a ilicitude pode residir: i) no procedimento usado para coletar a prova (confissão com tortura); ii) na própria prova (reconstituição em crime de estupro); iii) na infringência a vedação legal (testemunha psicólogo das partes que deva guardar sigilo ético-profissional) e iv) na infringência a uma proibição legal para investigar determinado fato (interceptação telefônica

para investigar fato tipificado como crime punível com detenção) (*apud* FISCHER, 2006, p. 191).

Enfim, enquadram-se no conceito *lato* de prova ilícita, *verbi gratia*, o depoimento ou a confissão obtidos mediante tortura; a verdade encontrada em um documento furtado; o testemunho fruto de coação moral; a interceptação telefônica fora das hipóteses permissivas na constituição e na lei que a regulamenta; a coleta de material genético contra a vontade etc.

Destarte, uma vez caracterizada determinada prova como ilícita, algumas consequências se impõem. A primeira delas incide num plano negativo e consiste na natural impossibilidade de o juiz determinar a sua produção.

Assis Neto, de Jesus e Melo (2017, p. 454) trazem à baila que os efeitos da ilicitude da prova podem ser desdobrados nas vertentes material e processual: segundo a primeira, desconsidera-se o fato que se pretendia demonstrar através daquela malsinada prova; decorre da segunda perspectiva a imposição de desentranhamento do elemento contaminado dos autos. É que provas como as em questão violam direitos fundamentais – valores caros consagrados como uma ordem objetiva na nossa constituição, tais como a intimidade, a privacidade, a imagem e a inviolabilidade de domicílio. Assim sendo, não basta sancionar a violação de direito material; é necessário, de igual modo, “negar eficácia a tais provas no processo” como vaticinam Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 319). Nesse contexto, há que se determinar o desentranhamento do elemento de prova dos autos do processo, sem prejuízo da responsabilização penal e administrativa do agente que deu ensejo à sua produção (FARIAS, 2013, p.115).

Perscrutando o tema, ainda é possível se incluir no âmbito da eficácia do reconhecimento da ilicitude da prova a preconização de declaração de incompatibilização do julgador nos autos do processo onde teve acesso ao conteúdo ilícito; isso pela humana e natural contaminação

que sofreu, em seu espírito, a partir do malsinado contato (FARIAS, 2013, p. 115).

Ainda sobre o estudo da eficácia das provas ilícitas, deflui-se da norma que, não é bastante declarar a ilicitude de uma prova, sendo imprescindível, outrossim, que essa eficácia negativa irradie para aquelas outras eventuais provas que dela emanem. Trata-se da ideia de *provas ilícitas por derivação*, também inadmitidas pela nossa legislação processual[6] em prestígio à *teoria dos frutos da árvore envenenada*[7]. Enquadra-se, *verbi gratia*, no conceito de prova ilícita derivada o documento obtido num contexto de busca e apreensão domiciliar sem mandado. Consigne-se que, não obstante o atual Código de Processo Civil silencie sobre essa matéria, a vedação à utilização a esse tipo de prova reflexamente ilícita é decorrente do emprego da analogia em relação à norma do Código de Processo Penal, o que é preconizado pelo enunciado 301 do Fórum Permanente de Processualistas Civis[8].

Mitiga-se a tese antes referida em algumas hipóteses. Nesse panorama, explica Neves (2018, p. 752-753) que, no próprio país onde desenvolvida a teoria geral dos *fruits of the poisonous tree* - Estados Unidos, esta é matizada, de maneira que: a contaminação só atinge provas que tenham efetivamente sido derivadas das ilícitas, excluindo-se, desse modo, aquelas descobertas por fonte independente (*hypothetical independent source rule*)[9]. Também afasta-se da vedação legal a prova derivada da ilícita quando esta, inevitavelmente, viesse a ser descoberta por meios lícitos (*inevitable discovery*)[10] e, ainda, quando o vício que inquinou originalmente a prova puder ser convalidado por acontecimento posterior, como por exemplo, a confissão válida da parte (*purged taint limitation*).

3 BREVE SÍNTESE DAS POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS ACERCA DA POSSIBILIDADE OU NÃO DE UTILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO CIVIL EM GERAL

Perscrutando-se o assunto, constatam-se na doutrina o desenvolvimento de três correntes doutrinárias acerca da admissão ou não das provas ilícitas no processo civil no Brasil.

A primeira delas - doravante denominada *corrente restritiva ou obstativa*, parte da ideia que

descabe ao juiz qualquer juízo de ponderação quanto à admissão das provas ilícitas no processo. Para os adeptos desse raciocínio, a opção político-legislativa já fora feita e consta da expressamente constituição, que, por sua vez, não faz qualquer ressalva a respeito. No vibrar desse diapasão, invocando máxima hermenêutica, Alexandre Freitas Câmara (2008, p. 386) ensina que onde a lei não distingue não cabe ao intérprete fazê-lo[11]. Destarte, afiguram-se vedadas todas as provas ilícitas no processo em face da proibição peremptória e indiscriminada constante da Constituição Federal.

Nessa mesma linha, Jorge Reis Novaes (*apud* MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015, p. 321) leciona que a norma que institui a proibição à prova ilícita instituiu um direito fundamental, que não possui restrição expressamente autorizada, não podendo, em consequência, sofrer qualquer limitação. Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos defenderam essa ideia nos seguintes termos:

O entendimento flexibilizador dos dispositivos constitucionais citados, além de violar a dicção claríssima da Carta Constitucional, é de todo inconveniente em se considerando a realidade político-institucional do País.

(...)

Embora a idéia (*sic*) da proporcionalidade possa parecer atraente, deve-se ter em linha de conta os antecedentes de País, onde as exceções viram regra desde sua criação (vejam-se, por exemplo, as medidas provisórias). À vista da trajetória inconsistente do respeito aos direitos individuais e da ausência de um sentimento constitucional consolidado, não é nem conveniente nem oportuno, sequer de lege ferenda, enveredar por flexibilizações arriscadas[12].

Em posição antagônica a essa primeira corrente doutrinária, postam-se outros autores que endossam a chamada *acepção liberal*. Segundo explica Neves (2018, p. 753), esse pensamento embasa-se “no irrestrito direito de o juiz conhecer a verdade dos fatos”,

contexto no qual a parte violadora responde pela infringência a direito fundamental, mas aproveita-se a prova ilícita no processo.

A visão que impera entre os signatários do entendimento em comento é sobretudo pragmática: juiz não deve autorizar produção, mas se, a despeito da ausência de ordem judicial, vier a ser produzida e trazida aos autos a malsinada prova, “inevitavelmente, [esta] deixa resíduo na convicção do julgador”; deste modo, seria forçoso considerá-la (GIORGIS, 2004, p. 159). Segundo Mendonça Lima:

Um direito não pode servir para ser uma injustiça cometida (...) No Brasil, ou em qualquer outro país, em que e já exista regra igual ou similar ao citado art. 383 do CPC, o juiz deverá dar valor ao conteúdo do meio da prova, indiferentemente ao modo como foi obtido, ainda que com violação de certos direitos conferidos em lei ordinária e, mesmo, na Constituição Federal, se disso puder resultar sentença injusta, vencido o infrator, que ficou sem prova, e vencedor o verdadeiros ímprobo pela transgressão de normas e preceitos de direito material (*apud* CAHALY, 2005, p. 636).

Em contraponto às supra expostas posições radicais, percebe-se que grande parte da doutrina processual civil e civil brasileira se filia a uma *posição intermediária* sobre a utilização de provas ilícitas. Advoga-se, nesse sentido, que, ordinariamente, devem ser inadmitidas as provas ilícitas nas relações processuais civis, inclusive nas de família. Contudo, em linha de exceção, admite-se poder ser afastada essa regra com base na máxima da proporcionalidade. Para esse mesmo norte, converge o que ensinam Vicente Greco Filho (2009, p. 200) e Farias (2013, p. 109). No vibrar desse mesmo diapasão, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 322) contextualizam que quase todos os países receptivos à ideia de proibição da prova ilícita, admitem exceções a partir da ideia que “a proporcionalidade é essencial à ‘justiça no caso concreto’”, é o caso, por exemplo dos EUA e da Alemanha^[13].

Com efeito, a proporcionalidade é norma reconhecida no Brasil pelo STF^[14], de maneira que

inúmeros doutrinadores neste Estado referendam a posição ora debatida, a exemplo de: Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2014, p. 748); Neves (2018, p. 753); Didier, Sarno e Oliveira (2015, p. 99); Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 322-325) e Assis Neto, de Jesus e Melo (2017, p. 455).

De fato, não obstante se reconheça que a norma constitucional, ao proibir a prova ilícita, já tenha realizado uma primeira opção político-legislativa, preconiza-se ser necessário efetuar uma “segunda ponderação”. É que a norma há que respeitar sua reserva imanente de ponderação com outros bens e direitos; de sorte que o balanceamento se impõe, não entre a descoberta da verdade e o direito violado pela prova, mas sim entre “o direito material que se deseja tutelar na forma jurisdicional e o direito material violado pela prova ilícita” (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015, p. 322, 323).

4 EM ESPECIAL, A PROVA ILÍCITA NO DIREITO DE FAMÍLIA

No processo penal, o comando constitucional que obsta a utilização das provas ilícitas é referendado por norma específica, passível de excepcional afastamento em prol do réu em homenagem ao *favor libertatis*. De outro lado, no processo civil não há reprodução da norma genérica expressamente coibidora das provas ilícitas, tampouco disposição permissiva ao manejo, ainda que excepcional, das provas ilícitas. Consigna Neves (2018, p. 753) que até constava do projeto original do CPC/15 dispositivo que permitia ao magistrado valer-se de juízo de proporcionalidade nesses casos^[15], entretanto, a ideia não foi objeto de aprovação, de maneira que, em face disso, não constou da redação final do dispositivo. O registro histórico desse desfecho do processo legislativo também é feito por Fernanda Tartuce (2019, p. 130) que, a despeito disso, defende que o tema das provas ilícitas deve ser apreciado pelo juiz, nos termos do art. 489 §2º do mesmo código, segundo o qual: “No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

Considere-se, outrossim, que a interface da prova ilícita em relação ao Direito de Família perpassa por outras problemáticas. É que, no Direito Processual Civil, a busca da verdade é tratada diferentemente em relação ao Direito Processual Penal. Isso se deve à proeminência apriorística do bem jurídico tutelado no segundo caso, que é a liberdade. No processo civil, a princípio, parte-se de uma igualdade, inexistindo, originalmente, a predileção por um bem ou outro de maior relevo. Em eventual conflito de direitos, no processo penal, a opção decorre da constituição e prima pelo direito à liberdade. Já no processo civil, há que ser feita uma ponderação pelo juiz (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015, p. 321).

A par do exposto, não se olvida a peculiaridade característica da relação processual de família decorrente do fato de seu objeto envolver aquilo que de mais íntimo há nas relações pessoais, que é a intimidade e a privacidade. Outrossim, não se descarta que essas mesmas relações, postas perante o Judiciário, muitas vezes, abordam direitos indisponíveis e relativos a crianças e adolescentes ou outros sujeitos vulneráveis (como a pessoa vítima de violência doméstica/familiar e o idoso).

Todo esse contexto implica em se estabelecerem algumas especificidades dentro da teoria geral da prova no processo civil brasileiro. Vem ao encontro dessa ideia a lição de Giorgis (*apud* Dias 2017, p. 85), para quem: “No direito familiar, a prova merece tratamento especial, temperando-se os rigores de suas formalidades legais frente à peculiaridade do bem da vida em jogo e à presença de direitos indisponíveis”. Assim é que se traz à baila, por exemplo, a inoponibilidade da desobrigação de depor no depoimento pessoal em processos de família[16], bem como a possibilidade de se ouvirem, nesses mesmos processos, testemunhas menores, impedidas e suspeitas - em caso de necessidade[17] e, ainda, a oitiva de cônjuges, companheiros e parentes até 3º grau no caso de se tratar de ação de estado, sendo imprescindível a prova[18].

Especificamente na seara do Direito de Família, segundo Lourival Serejo Sousa, há uma tendência de inadmitir as provas ilícitas: “A preservação da intimidade de cada um, da

dignidade e do sigilo das comunicações torna as relações familiares imunes ao uso de provas obtidas por meios ilícitos” (*apud* DIAS, 2017, p. 86).

Não obstante isso, constata-se que há inúmeros adeptos da postura intermediária explicada em tópico anterior. Giorgis (2004, p. 163), por exemplo, advoga que:

O direito à preservação da intimidade sujeita-se ao sacrifício na medida em que sua proteção seja incompatível com a realização dos objetivos que se têm primariamente em vista e, nessa medida, o ordenamento o tolera ou mesmo o impõe; além dela, não.

Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 485), outrossim, permitem o manejo das provas ilícitas no Direito de Família excepcionalmente e com base no princípio da proporcionalidade. Farias e Rosenvald (2014a, p. 729), de igual modo, admitem as provas ilícitas quando necessárias à preservação de bem jurídico de maior destaque (a dignidade da pessoa humana), isso a partir da técnica do balanceamento de interesses.

Neste caso – de se invocar determinada prova em relação processual de família, há que serem suplantados alguns requisitos, apontados por Neves (2018, p. 753), a saber: a gravidade do caso; a espécie de relação jurídica controvertida; a dificuldade de demonstrar a veracidade de forma lícita e a prevalência do direito protegido em relação ao violado. Em último plano, um juízo de proporcionalidade há que incidir sobre os valores conflitantes em tablado.

A seguir, optou-se por segmentar o estudo em variadas temáticas recorrentes do Direito de Família, a fim de mais precisamente se perscrutar o alcance da prova ilícita nas diferentes searas do Direito.

4.1 Causas envolvendo estado de filiação e exercício da autoridade parental sobre crianças e de adolescentes

Ações envolvendo estado de filiação e exercício da autoridade parental sobre crianças e

adolescentes envolvem direitos indisponíveis cuja discussão judicial deve se pautar pela doutrina da proteção integral, constitucionalmente consagrada, segundo a qual:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A doutrina supra referida é sustentada, dentre outros princípios, pelo superior interesse dos sujeitos de direito em comento. Sabe-se que essa norma foi forjada originalmente no direito anglo-saxão (*parens patriae*); preconiza-se, a partir dela, que o bem-estar da criança deva sempre se sobrepor ao interesse dos seus genitores (ISHIDA, 2011, p. 116). De fato, conquanto, topograficamente, o princípio em comento tenha sido previsto na nossa legislação dentro do Capítulo *Das Medidas Específicas de Proteção* do ECA - onde é tratado como um princípio orientador[19], em verdade, trata-se de princípio geral de todo esse microssistema jurídico, como obtempera a doutrina:

A rigor, não se trata apenas de um princípio que rege a aplicação das medidas, como dispõe o parágrafo único, mas um norteamento que deve gerenciar e orientar todas as atitudes concretas da sociedade e do Estado em prol de crianças e adolescentes (FONSECA, 2011, p. 112-113).

Esses princípios estabelecidos no ECA na verdade, não se limitam à aplicação da medida de proteção, mas se estendem à interpretação de todo ordenamento jurídico menorista (ISHIDA, 2011, p. 177).

Assim, à luz do princípio do interesse superior de crianças e de adolescentes, conquanto se obtempere que o processo é um instrumento ético, em atenção ao princípio da proporcionalidade, algumas provas tecnicamente ilícitas podem vir a ser, excepcionalmente,

admitidas, “quando relevantes e evidenciado ser a única maneira de a parte provar sua pretensão”, nomeadamente quando se tratar de questões envolvendo os sujeitos em questão (DIAS, 2017, p. 86). Para o mesmo norte, convergem os ensinamentos de Farias (2013, p. 111) e Farias e Rosenvald (2014a, p. 729), os quais citam exemplo de Daniel Sarmento admitindo que numa ação de destituição do poder familiar possa-se usar prova ilícita atestando abuso sexual de um dos genitores.

Ainda quanto a este recorte da pesquisa, registra-se que tamanha a proteção que se preconiza aos sujeitos em comento (crianças e adolescentes) que Farias e Rosenvald (2014a, p. 732) reputam factível o manejo até mesmo de interceptação telefônica, em linha de exceção, quando esta prova for necessária em ações de investigações de paternidade e de destituição de poder familiar, oportunidade em que advogam seja declarada incidentalmente a inconstitucionalidade de norma da Lei nº 9.296/96 em sentido contrário.

Decerto não se desconhece que a medida que excepciona o sigilo das comunicações telefônicas, por força constitucional[20] e legal[21], esteja facultada apenas no âmbito penal. Todavia, casos há em que, de fato, a medida se imporá e encontrará justificação em face dos interesses indisponíveis em jogo. Veja-se, por exemplo, hipótese em que o STJ excepcionalmente referendou postura de tribunal de justiça estadual que permitira a utilização desse tipo de prova em ação tramitando na vara de família do Mato Grosso do Sul. No caso em tablado, apurava-se uma suposta subtração de menor praticada pelo próprio genitor deste, num contexto de uma disputa sobre a guarda do infante. O tribunal *a quo* considerou que, embora se tratasse de processo cível, a conduta era passível de configuração de um crime previsto no art. 237 do ECA. Primando pela proteção com absoluta prioridade dos direitos da criança, o STJ referendou a postura do TJ e manteve a permissão de uso da interceptação telefônica *in casu*[22].

Já Câmara (2008, p. 387), discorrendo especificamente sobre interceptação telefônica no processo civil, entende que a constituição é sobremodo clara e restringe o uso de gravações

telefônicas à instrução criminal.

Didier, Sarno e Oliveira (2015, p. 101), de outro lado, citando Cambi, aduzem que teria havido vício de competência no processo legislativo no que atine ao acréscimo da expressão “no último caso” pela Comissão de Redação da CF/88. Isso porque o texto final do art. 5º XII da Constituição foi resultante desse acréscimo, destoando do texto originário aprovado pela Assembléia Nacional Constituinte. Ainda segundo os mesmos autores, a maioria doutrinária advoga a impossibilidade de utilização da interceptação telefônica no processo civil, entretanto, maiores dúvidas não incidem sobre a possibilidade de uso da prova através de empréstimo (DIDIER, SARNO e OLIVEIRA, 2015, p. 101), ao que se opõe Câmara (2008, p. 387), por entender que se trata de prova “indiretamente ilícita”.

Abordando-se, doravante, a questão do direito à intimidade e privacidade no contexto de processos que digam respeito à filiação, Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 485) admitem, excepcionalmente, o uso da prova ilícita no processo civil de família, quando, por exemplo, a única prova do vínculo parental conste de confissões emitidas em um diário do pai biológico, objeto de furto e apresentado pela parte investigante; neste caso, ponderam que o interesse da criança deve prevalecer em relação ao direito ao segredo/intimidade do investigado.

Digna de registro, outrossim, foi a decisão do STF na análise da extensão do direito fundamental à privacidade de uma mãe que se negava a permitir que fosse realizado um exame em material placentário seu, em rumoroso processo que envolvia acusação de suposto estupro nas dependências da carceragem da polícia federal. No famoso caso *Glória Trevi x Polícia Federal* afastou-se o direito individual à privacidade da mãe, em face da moralidade administrativa, da persecução penal e segurança públicas - bens da comunidade, bem como do direito fundamental à honra e à imagem de policiais federais, e direito à imagem da própria instituição em questão. Dessa forma, restou autorizada pela egrégia corte a realização compulsória do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida[23].

Tartuce (2019, p. 134) reflete, ainda, sobre a admissão em processos de investigação de paternidade de exame pelo qual o genitor coletou material genético de criança, sem a anuência da genitora. Segundo a processualista, trata-se de questão complexa, com argumentos defensáveis em um e em outro sentido, entretanto, em um caso levado a julgamento na justiça paranaense reconheceu-se que o pai atuara legitimamente, tanto em primeira quanto em segunda instâncias[24].

Ad finem, perscruta-se se a prova originalmente ilícita pode servir para atestar ocorrência de alienação parental. Trata-se de forma de violência psicológica incidente no âmbito das relações familiares, apenas catalogada contemporaneamente e que se apresenta bastante incidente, sobretudo em processos litigiosos de dissolução conjugal/convivencial. Atualmente a matéria é regulamentada no Brasil na Lei nº 12.318/10, que não contém dispositivo expressamente regulamentando esse recorte probatório do tema[25].

Caso concreto oriundo do Rio Grande do Sul já foi apreciado pelo tribunal do mesmo estado, oportunidade em que se discutia a admissão ao processo de gravações feitas por um pai, obtidas através de instalação clandestina de gravador na casa da mãe. No azo, o TJRS obstou a prova, fundamentando-se no art. 5º, inciso X da CF/88[26]. Reputa-se, contudo, que tão grave quanto à violência física é a violência psicológica caracterizada quando da alienação parental em face de crianças e de adolescentes. Desta sorte, advoga-se a admissibilidade excepcional e subsidiária da prova ilícita também neste âmbito, acaso não possível se demonstrar o abuso moral contra esses sujeitos de outra forma.

4.2 A prova ilícita nas ações que envolvam alimentos

Em se tratando de pleito que envolve alimentos, vislumbram-se inúmeras mitigações a direitos fundamentais das partes envolvidas, a exemplo da vedação à prisão por dívidas. Também em matéria probatória constata-se peculiaridades nessas demandas, afastando, episodicamente, alguns direitos fundamentais, como a privacidade. Registra-se, nesse

sentido, que a própria Lei de Alimentos prevê a possibilidade de o juiz, nesses processos, requisitar informações sobre a renda do alimentante, *in verbis*: “Art. 20. As repartições públicas, civis ou militares, inclusive do Imposto de Renda, darão todas as informações necessárias à instrução dos processos previstos nesta lei e à execução do que for decidido ou acordado em juízo.”

Depreende-se dessa opção legislativa que o direito à privacidade de alguns dados do alimentante é matizado a bem do credor alimentando. É que:

Conquanto se reconheça que é de iniciativa e interesse da própria parte angariar elementos e informações para aparelhar a movimentação judiciária, é certo e incontroverso, igualmente, que ao Estado-juiz compete, igualmente, criar o ambiente propício para a prestação jurisdicional célere, justa e eficaz (...) (FARIAS; ROSENVALD, 2014a, p. 733)

Pois bem, quando o provedor da pensão é autônomo e seus rendimentos não são aferíveis através dos mecanismos oficiais de controle antes referidos[27], a questão se problematiza. É que, sem parâmetros objetivos no que atine às condições econômicas do devedor, é dificultada a atividade do juiz na estipulação de uma pensão alimentícia justa em favor do credor. Considerando isso e a previsão legal mencionada anteriormente, Farias e Rosenvald (2014a, p. 733) defendem possibilidade de requisição pelo juiz de documentos e informações resguardadas por sigilo legal à receita federal, ao Banco Central do Brasil e às instituições bancárias em ações de alimentos, de separação, e de divórcio, quando o réu estiver ocultando seus rendimentos.

Dias (2017, p. 630), de igual sorte, preconiza a quebra do sigilo fiscal e bancário no caso de o alimentante ser profissional liberal, autônomo ou empresário, em face da dificuldade de se descobrirem seus ganhos. Na esteira desses posicionamentos, Madaleno (2013, p.1034) admite os referidos expedientes em um contexto, por exemplo, de suspeita de fraude mediante utilização de pessoa jurídica pelo alimentante[28].

Nesse panorama, analisando-se o entendimento de algumas cortes brasileiras, percebe-se que o Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, já entendeu ser cabível, em tese, a medida de quebra de sigilo bancário e fiscal em ações de alimentos, não de forma ampla e ilimitada, mas sim mediante “a apresentação de indícios que justifiquem a medida, que tem caráter excepcional”[29]. O mesmo tribunal estadual admitiu essa prova, por exemplo, em um caso concreto onde havia fortes indícios de que a documentação juntada não refletia adequadamente a capacidade financeira do alimentante – que era empresário de sociedade de porte considerável, com contratos de valores elevados firmados perante a Prefeitura de Santana do Parnaíba, tendo incremento patrimonial muito superior ao montante líquido do *pro labore* indicado[30].

O entendimento acima exposto também foi recepcionado pelo Tribunal de Justiça do Ceará, que já decidiu no sentido de que:

Havendo a necessidade da comprovação dos reais ganhos do devedor para a fixação dos alimentos (art. 1.694, § 1º, do CC), pode o Magistrado, em face de seu poder instrutório, determinar, de ofício, ou a requerimento da parte, a quebra dos sigilos fiscal e bancário do alimentante, ressaltando-se que nas lides em que há interesses de menores, esses se sobrepõem a qualquer outro interesse a ser tutelado[31].

Farias e Rosenvald (2014a, p. 732) consignam a possibilidade de se arguir a incidental inconstitucionalidade da Lei nº 9.296/96 em prol de outros direitos relevantes, como o direito à vida. É que a referida lei, regulamentadora da norma constitucional que tutela o sigilo das comunicações telefônicas, na esteira da CF/88 limita a hipótese de manejo dessa prova às investigações de natureza penal, sendo que casos cíveis há em que se reputa possível e justificável, à luz do princípio da proporcionalidade, a sua decretação. Esse entendimento preponderou, por exemplo, em julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul citado por Farias e Rosenvald (2014a, p. 732):

EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DO DEVEDOR DE ALIMENTOS. CABIMENTO. Tentada a localização do executado de quase todas as formas, residindo este em outro Estado e arrastando-se a execução por quase dois anos, mostra-se cabível a interceptação telefônica do devedor de alimentos. *Se por um lado a Carta Magna protege o direito à intimidade, também abarcou o princípio da proteção integral a crianças e adolescentes.* Assim, ponderando-se os dois princípios sobrepõe-se o direito à vida dos alimentandos. A própria possibilidade de prisão civil no caso da dívida alimentar evidencia tal assertiva. *Tal medida dispõe inclusive de cunho pedagógico para que outros devedores de alimentos não mais se utilizem de subterfúgios para safarem-se da obrigação.* Agravo provido. (TJRS, Ac unânime, 7ª Câm Cív, Ag Ins 70018683508, Rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 28.03.07)

(realce inovado)

Em outra oportunidade, também se vislumbrou possível a utilização da prova genuinamente ilícita de interceptação telefônica para se propiciar a localização do devedor, que ocultava-se em outro Estado, uma vez já frustradas tentativas empreendidas sucessivamente ao longo de dois longos anos de processo executivo de alimentos. *In casu*, o princípio da proteção integral predominou em relação ao direito à intimidade do alimentante[32] (FARIAS, 2013, p. 112, 113).

Entretanto, preconiza-se extrema cautela na utilização da interceptação telefônica para fins civis, de maneira a não transmudá-la em um meio ordinário de investigação (FARIAS; ROSENVALD, 2014a, p. 732). Desta sorte, reputa-se que a medida mitigadora dos direitos fundamentais apenas deva ser invocada em casos estritamente necessários e justificáveis num contexto de lesão a outros direitos fundamentais, sobretudo o direito à vida e ao sadio desenvolvimento de crianças e de adolescentes.

4.3 A prova ilícita nas ações de dissolução de casamento

A dissolução litigiosa do casamento foi, outrora, terreno fértil para se invocarem as provas ilícitas no desiderato de comprovação, por parte de algum dos cônjuges, que o outro infringira alguns dos deveres decorrentes do casamento. No vibrar desse diapasão, Cahali (2005, p. 630) defendeu a incondicional admissibilidade de provas ilícitas nas separações litigiosas, como documentos, cartas e gravações (telefônicas, sonoras e cênicas) obtidas ilegalmente. Constatando-se a dificuldade existente na prova da culpa dos cônjuges em ações de separação litigiosa motivadas por adultério, o mesmo autor admite que se recorra “a todo gênero de provas”, concedendo-se ao julgador “grande arbítrio no exame dos elementos probatórios submetidos a sua decisão” (CAHALI, 2005, p. 622, 623). Citando Munoz Sabaté, o referido civilista explica, ainda, que, se a prova ilícita “burlar as barreiras da admissão e vier para os autos, o juiz deve valorá-la como qualquer outra prova, sem prejuízo, é claro, de providenciar o que for de direito se a produção da referida prova revelar a existência de algum delito” (CAHALI, 2005, p. 635).

Em paradigmático julgado no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro relatado pelo insigne processualista Barbosa Moreira onde se analisava a possibilidade de marido usar no processo gravações de conversa da esposa com amante, consignou-se que:

A adoção de medidas de vigilância e fiscalização, por um cônjuge – por qualquer deles, convém salientar – em relação ao outro, pode, sem dúvida, revelar-se moralmente reprovável (quando não constitua mero sintoma de estado mental patológico) e até configurar-se injúria grave ao cônjuge ‘espionado’, se se resolve em inútil e arbitrária imposição de vexame, que nenhum dado objetivo justifica. Mas a valoração mudará se houver motivos sérios para que se suspeite da prática de atos incompatíveis com o resguardo da fé conjugal. Em casos tais, não repugna forçosamente à ética a utilização, pelo cônjuge que receia, com algum fundamento, estar sendo ofendido, ou na iminência de o ser, dos expedientes ao seu alcance para inteirar-se da verdade e registrá-la (TJRJ, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Barbosa Moreira, 28.11.83, Revista de Direito do TJRJ 1/89)

Efetivamente, a discussão da culpa pelo término do matrimônio civil fazia sentido no contexto anterior, quando este aspecto era determinante para várias facetas relevantes decorrentes da separação, inclusive a definição da guarda dos filhos comuns[33].

Hodiernamente, contudo, a discussão da prova da culpa pelo término do casamento – se é que se pode incumbir a apenas um dos esposos este ônus, restou esvaziada, sobretudo após a objetivação da dissolução conjugal consagrada na Emenda Constitucional nº 66/2010. Assim é que, no panorama vigente, a culpa não é mais fator determinante na atribuição da guarda a um ou outro genitor[34]. Atualmente, os últimos resquícios ainda existentes no Código Civil sobre a influência da culpa no término do casamento são a perda dos alimentos civis e do uso do sobrenome originalmente do outro cônjuge, adotado por ocasião do casamento[35].

Desta sorte, reputa-se hodiernamente inviável o manejo das provas ilícitas em ações de família que envolvam, exclusivamente, questões patrimoniais alusivas ao fim do casamento. É o que também defende Ermiro Ferreira Neto (*apud* DIAS, 2017, p. 86): “(...) meros interesses patrimoniais não autorizam a interceptação de comunicações, em face de garantias fundamentais ligadas à intimidade e ao devido processo legal”.

Outrossim, perscrutando a eficácia das provas ilícitas em respaldo a interesses patrimoniais discutidos, em ações de família e de inventário, Farias é enfático e leciona serem inadmissíveis expedientes que afrontem valores constitucionais, a exemplo de detetives particulares, gravações telefônicas de terceiros, captação de conversas cibernéticas, coleta de e-mails etc (FARIAS, 2013, p. 113, 114).

Em processo que envolvia alimentos a serem prestados pelo cônjuge “culpado” pelo término do casamento, o STJ decidiu ser inviável a utilização de provas que firam o direito à privacidade, “porquanto a pensão não será aferida em razão da medida de sua culpabilidade (pensão não é pena), mas pela possibilidade que tem de prestar associada à necessidade de

receber do alimentando[36]”. Em interpretação *a contrario sensu*, seria lícito inferir que a mesma Corte Cidadã admitiria, ao menos em tese, a possibilidade de, eventualmente, utilizarem-se provas dessa natureza, a partir de um juízo de ponderação de interesses, quando os alimentos tiverem que ser prestados pelo inocente da separação. A discussão afigura-se pertinente à medida que o Código Civil dispõe: “Art. 1.704. *omissis*. Parágrafo único. Se o *cônjuge declarado culpado* vier a necessitar de *alimentos*, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro *cônjuge* será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência.”

Outrossim, também em se tratando de utilização ou não do sobrenome de casado por ocasião da dissolução do casamento, o Código Civil traz dispositivo que propicia a discussão da culpa. Veja-se: “Art. 1.578. O *cônjuge declarado culpado* na ação de separação judicial *perde o direito de usar o sobrenome do outro*, desde que expressamente requerido pelo *cônjuge inocente* e se a alteração não acarretar (*omissis*)”.

A despeito dessas previsões legais, consigna-se que é controversa na doutrina a possibilidade de se invocar a discussão da culpa em matéria de dissolução do casamento, ainda que para fins de determinação quantitativa da pensão, ou quanto ao uso do sobrenome pelo *cônjuge “culpado”*. É que, para parte da doutrina, a culpa pela dissolução da união é aspecto “inatingível juridicamente”, já que é de duvidosa razoabilidade “se impor uma sanção a um *cônjuge* que se comportou, externamente de certo modo, sem conhecer as razões internas para o seu agir” (Farias; Rosenvald, 2014b, p. 728). No vibrar desse diapasão, Rolf Madaleno também obtempera que, ao abordar a culpa como critério nos alimentos, em verdade, esse elemento subjetivo “não corresponde à causa da ruptura, mas, sim, ao exame da culpa que deu causa ao estado de indigência e de necessidade do alimentando” (MADALENO, 2013, p. 973).

De outro lado, outros doutrinadores como Flávio Tartuce e José Fernando Simão admitem como possível a discussão da culpa excepcionalmente, para fins de fixação de alimentos

(*apud* Farias; Rosenvald, 2014b, p. 728). De fato, o comportamento ético é exigível dos sujeitos no Direito Civil, inclusive nas relações familiares. Por isso, entende-se possível, em linha de exceção, a discussão da culpa para fins de definição desses dois aspectos da dissolução do casamento.

Pertinente que se perquiria, neste tópico da pesquisa, acerca da licitude da prova fruto da atividade de *detetives particulares* contratados por um dos cônjuges para perscrutar, normalmente, a infração a deveres conjugais por parte do outro consorte. Consigna-se, inicialmente, que a atividade profissional referida, a princípio, é lícita, possui respaldo do STF[37] e também foi, recentemente, objeto de regulamentação pela Lei nº 13.432/17. Cogite-se, por exemplo, das captações de imagens do investigado em via pública, em situação denotadora da infração de um dever conjugal.

Em face do exposto, apresenta-se, a nosso sentir, possível, a utilização desse meio de prova para fins, unicamente, de justificar a perda dos alimentos civis ou embasar pleito de exclusão de sobrenome. Contudo, obtempera-se que quando a atividade investigativa se desenvolve a partir do desrespeito aos direitos fundamentais dos investigados, inadmissível deve ser a utilização dos elementos obtidos em juízo. É o caso, por exemplo, das condenáveis - e, hoje, lamentavelmente, difundidas, práticas de clonagem de celular ou *grampo* telefônico. Vale mencionar que a legislação que regulamente, hodiernamente, a atividade profissional de detetive estatui que este deve respeito aos direitos à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem das pessoas[38].

Especificamente quanto às *gravações telefônicas*, impõe-se distinguir quando esta se dá por um dos interlocutores - hipótese em que se afigura lícita segundo entendimento dos tribunais superiores[39], do caso em que há a interceptação por parte de um terceiro de um diálogo entre duas ou mais pessoas - caso em que depende de autorização judicial e submete-se às limitações do art. 5º XII da CF/88 e da sua lei regulamentadora (Lei nº 9296/96). Essa distinção apresenta-se bem clara e tem norteado a admissão ou não da prova

no processo segundo o STJ. Veja-se, por exemplo, julgado onde a aludida corte considerou válida a gravação por uma parte, em ação de investigação de paternidade, de diálogo mantido com testemunha do processo[40]. Já em outro caso submetido a sua apreciação, a mesma Corte Cidadã, embasando-se na proteção à intimidade individual, considerou ilícita e inadmitiu no processo a utilização de prova decorrente da gravação por um marido traído da conversa que a sua esposa mantinha com o amante[41].

Merecem registro alguns detalhes do supracitado processo. Segundo constava dos autos, a esposa investigada por adultério tinha o hábito de ministrar medicação controlada às filhas (Lexotan) para facilitar seu relacionamento espúrio. Não descurando de reprovar essa lamentável prática, o STJ entendeu que a punição à genitora já houvera sido perpetrada pelas instâncias criminais, onde ela se viu processada por crime da lei de tóxicos. Entretanto, no âmbito civil, a Corte Cidadã reputou que “O marido não poderia ter gravado a conversa a arrepio de seu cônjuge. Ainda que impulsionado por motivo relevante, acabou por violar a intimidade individual de sua esposa, direito garantido constitucionalmente (art. 5., X)”. Por essa razão, a decodificação da fita magnética onde constavam as questionáveis gravações deveria ser desentranhada dos autos.

Para o mesmo norte, converge o entendimento do STF no seguinte caso:

PROVA CIVIL. GRAVAÇÃO MAGNETICA, FEITA CLANDESTINAMENTE PELO MARIDO, DE LIGAÇÕES TELEFONICAS DA MULHER. INADMISSIBILIDADE DE SUA UTILIZAÇÃO EM PROCESSO JUDICIAL, POR NÃO SER MEIO LEGAL NEM MORALMENTE LEGITIMO (ART. 332 CPC). RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

(RE 85439, Relator(a): Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, Segunda Turma, julgado em 11/11/1977, DJ 02-12-1977 PP-08748 EMENT VOL-01081-02 PP-00643 RTJ VOL-00084-02 PP-00609)

5 CONCLUSÕES

A vedação às provas ilícitas é pilastra de sustentação da garantia maior no processo brasileiro, o devido processo legal. Sua previsão na constituição federal consolida a opção político-legislativa do estado brasileiro, a princípio, pela segurança jurídica, em detrimento da busca obstinada pela verdade.

A qualificação de uma prova como ilícita pode derivar tanto da observância de normas materiais, como processuais e até mesmo de convenção das partes, segundo o atual CPC. Em todo caso, demonstrou-se que, a partir desse enquadramento, impor-se-á, ordinariamente, o desentranhamento do elemento de prova dos autos do processo e a sua desconsideração pelo julgador, sem prejuízo da responsabilização do sujeito responsável pela sua produção, bem como preconização de declaração de incompatibilidade do julgado que teve acesso a esse elemento ilícito de prova.

A doutrina, contudo, apresenta-se divergente quanto à admissão ou não das provas ilícitas no processo civil. Três grandes correntes foram expostas nesse panorama. Há aqueles que vedam peremptoriamente a sua utilização, a pretexto de que a constituição federal é expressa nesse sentido, não fazendo qualquer ressalva na sua previsão obstativa às provas desta natureza. Em sentido oposto, outros autores reputam deva ser admitida a prova a despeito da sua ilicitude eventual. Isso defendem com base em uma visão ampla do direito do juiz em conhecer a verdade dos fatos. Pragmaticamente, pressupõem a contaminação involuntária do julgador a partir do momento em que a prova vem aos autos.

A pesquisa filiou-se, contudo, à tese intermediária – amplamente majoritária no Brasil que admite excepcionalmente as provas ilícitas no processo civil, inclusive no Direito de Família, a partir de juízo de razoabilidade em cotejo aos diferentes direitos em confronto. Com efeito, a relação processual de família é peculiar, seja por conta do campo em que incidem as provas – normalmente relações pessoais em ambientes íntimos os mais recônditos possíveis;

seja pela natureza dos direitos envolvidos – muitas vezes indisponíveis e afetos a crianças e a adolescentes.

Destarte, reputou-se possível, pontualmente, o afastamento dos direitos à privacidade, à intimidade e ao sigilo em demandas envolvendo estado de filiação e discussão sobre autoridade parental de crianças e adolescentes. Outrossim, também se advogou factível o eventual afastamento dos sigilos bancário e fiscal de alimentantes quando estes omitirem seus reais rendimentos e a medida se impuser como pressuposto à fixação de uma pensão alimentícia justa e condizente às necessidades de desenvolvimento sadio do alimentando.

Historiou-se que era farta a jurisprudência brasileira há algumas décadas que admitia a gravação, por exemplo, de um cônjuge de diálogos do outro a fim de se comprovar eventual traição e, conseqüentemente, atribuir-lhe culpa pelo término conjugal. Obtemperou-se, todavia, que o manejo das provas ilícitas com o citado desiderato, hodiernamente, apresenta-se superado num contexto de objetivação consagrado no Brasil com a aprovação da Emenda Constitucional nº 66/2010.

Efetivamente, assentado que o elemento culpa não é mais determinante na decisão quanto aos aspectos cruciais do matrimônio, entendeu-se que a produção de prova, sobretudo quando de matriz ilícita, não mais se justifica quanto ao descumprimento de deveres conjugais por qualquer dos cônjuges.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS NETO, Sebastião de; DE JESUS, Marcelo; MELO, Maria Izabel de. *Manual de Direito Civil*. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e Separação*. 11ª ed. São Paulo: RT, 2005.

CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 12ª ed. São Paulo: RT, 2017.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A prova ilícita no processo civil das famílias a partir do garantismo constitucional. *Escritos de direito e processo das famílias: novidades e polêmicas*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 101-118.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014, v.1 (Parte geral e LINDB).

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014, v.6 (Famílias).

FISCHER, Douglas. Prova ilícita na ação de destituição do poder familiar: uma investigação à luz da hermenêutica constitucional. In: MADALENO, Rolf (coord.). *Ações de Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 181-208.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Direitos da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Atlas, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v.1 (Parte Geral).

GIORGIS, José Carlos Teixeira. O Direito de Família e as Provas Ilícitas. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coords). *Direitos Fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 139-170.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. A prova dinâmica no Direito de Família. In: MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PEREIRA, Sérgio Gischkow Pereira (coords.). *Direito contemporâneo de*

família e das sucessões: estudos jurídicos em homenagem aos 20 anos de docência do professor Rolf Madaleno. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 95-106.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 2.

ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

LAGASTRA NETO, Caetano. Processo de Família. In: LAGASTRA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de Família: novas tendências e julgamentos emblemáticos*. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 68-97.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, v. 2.

NERY FILHO, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

SOARES, Marcelo Negri; MEDINA, Valéria Julião Silva; KAUFFMAN, Marcos Eduardo. A prova no processo de família: um desafio para o poder judiciário. **Revista Em Tempo**, [S.l.], v. 19, n. 1, aug. 2020. ISSN 1984-7858. Disponível em:

<<https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/3024>>. Acesso em: 03 Set. 2020.

TARTUCE, Fernanda. *Processo civil no direito de família: teoria e prática*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

QUINTANA, Ana Maria Simões Lopes. Eficácia probatória do comportamento das partes no Direito de Família. In: MADALENO, Rolf (coord.). *Ações de Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 97-112. WOLF, Karin. O Direito de Família e a valoração da prova no recurso especial. In: MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PEREIRA, Sérgio Gischkow Pereira (coords.). *Direito contemporâneo de família e das sucessões: estudos jurídicos em homenagem aos 20 anos de docência do professor Rolf Madaleno*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 107-126.

[1] Mestre em Ciências Jurídico-Políticas (Universidade do Porto); Ex-professora auxiliar de Direito Civil (URCA); Professora do Curso de Direito e pesquisadora dos temas Acesso à Justiça, Direito Civil e Direito da Criança e do Adolescente (UniFAP); Defensora Pública Estadual (DPGE-CE); coautora do livro *Profissão Defensor Público: teoria e prática* (Fortaleza, Expressão, 2019) e autora do livro *União estável: aspectos patrimoniais controversos* (Curitiba, Juruá, 2020).

[2] Art. 157, CPP.

[3] Art. 157, §1º (1ª parte), CPP.

[4] Art. 157, §§1º (2ª parte) e 2º, CPP.

[5] Art. 369, CPC/15.

[6] Art. 157, CPP.

[7] A tese é admitida pelo STF (vide HC 69912 segundo, Relator Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/1993, DJ 25-03-1994 PP-06012 EMENT VOL-01738-01 PP-00112 RTJ VOL-00155-02 PP-00508).

[8] *In verbis*: “301. (art. 369) Aplicam-se ao processo civil, por analogia, as exceções previstas nos §§ 1º e 2º do art. 157 do Código de Processo Penal, afastando a ilicitude da prova.”

[9] A teoria foi encampada pelo STF, por exemplo, no HC 93050, Relator Min. Celso De Mello, Segunda Turma, julgado em 10/06/2008, Dje-142 DIVULG 31-07-2008 PUBLIC 01-08-2008 EMENT VOL-02326-04 PP-00700.

[10] O STJ já aplicou a tese da descoberta inevitável em alguns precedentes. Em um destes, a autoridade policial apreendeu um celular de uma testemunha e dele extraiu dados, sem autorização judicial, num contexto investigação de crimes de tráfico de drogas e porte ilegal de armas. Posteriormente, uma testemunha se reportou aos fatos dos quais tratavam os malsinados dados, isso de forma absolutamente independente, levando à prisão em flagrante do investigado. O STJ entendeu pela licitude da prova. (HC 378.374/MG, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 14/03/2017, Dje 30/03/2017). No mesmo sentido: HC 52.995/AL, Rel Min Og Fernandes, 6ª Turma, j. 04.10.2010.

[11] Entretanto o mesmo autor admite a excepcional utilização da prova ilícita se a parte estiver acobertada por um estado de necessidade ou legítima defesa (CÂMARA, 2008, p. 387).

[12] “A Viagem Redonda: Habeas Data, Direitos Constitucionais e as Provas Ilícitas” in RDA 213/149-163 (*apud* STF, RE 251.445-GO, Rel. Min Celso de Mello, j. 21.06.2000, DJU 03.08.2000).

[13] Tribunais deste país europeu têm reconhecido excepcionalmente possibilidade usar provas ilícitas com base neste princípio (*verhältnismässigkeitsprinzip*).

[14] É paradigmático, nesse norte, o julgamento da ADI 855, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/2008, Dje-059 DIVULG 26-03-2009 PUBLIC 27-03-2009 EMENT VOL-02354-01

PP-00108.

^[15] Art. 257, p. ú.

^[16] Art 388, p.ú., CPC/15.

^[17] Art 447, §4º, CPC/15.

^[18] Art 447, §2º, I, parte final, CPC/15.

^[19] Art. 100, p.ú., IV, Lei nº 8.069/90.

^[20] Art. 5º XII, CF/88.

^[21] Lei nº 9.296/96.

^[22] HC 203.405/MS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 28/06/2011, DJe 01/07/2011.

^[23] STF, Rcl 2040 QO, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2002, DJ 27-06-2003 PP-00045 EMENT VOL-02116-01 PP-00129.

^[24] O STJ, REsp 224.912, tangenciou o julgamento da questão, que foi posta em seu tablado em sede de recurso especial, contudo, não se pronunciou sobre o seu mérito, escudando-se na sua súmula 7, alegando tratar-se de matéria de fato (TARTUCE, 2019, p. 134).

^[25] A Lei 12.318/10 apenas estatui ser a perícia psicológica ou biopsicossocial aquela que a princípio deve ser manejada no âmbito de processos de alienação parental (art. 5º).

^[26] O julgado é referido por Fernanda Tartuce (2019, p. 137): TJRS, AI 0439779-33.2013.8.21.7000, 8ª Câ. Cível, Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 12.12.2013.

^[27] Segundo entendimento das Jornadas de Direito Civil compilado no enunciado 573 do

Conselho da Justiça Federal: “Na apuração da possibilidade do alimentante, observar-se-ão os sinais exteriores de riqueza.”

[28] Prática que pode ensejar a “desconsideração inversa da personalidade jurídica”.

[29] TJSP; Apelação Cível 1000813-83.2017.8.26.0270; Relator (a): Enéas Costa Garcia; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro de Itapeva – 1ª Vara Judicial; Data do Julgamento: 02/03/2020; Data de Registro: 02/03/2020

[30] TJSP; Agravo de Instrumento 2217554-66.2019.8.26.0000; Relator (a): Marcus Vinicius Rios Gonçalves; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de Cotia – 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 17/10/2019; Data de Registro: 17/10/2019. No mesmo sentido: Agravo de instrumento. Ação de alimentos. Quebra de sigilo fiscal e bancário da sociedade de titularidade do alimentante que, no caso, é justificada. Alegada retirada de pro labore, que se afirma ser a fonte de receita do genitor, aparentemente incompatível com sua movimentação bancária e a qual se reduz muito bem quando do nascimento do menor, ou no mês anterior. Decisão revista. Recurso provido.

(TJSP; Agravo de Instrumento 2196145-34.2019.8.26.0000; Relator (a): Claudio Godoy; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VII – Itaquera – 1ª Vara da Família e Sucessões; Data do Julgamento: 24/10/2019; Data de Registro: 24/10/2019).

[31] TJCE, AI 0621549-87.2014.8.06.0000, Relator (a): FRANCISCO BEZERRA CAVALCANTE; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 7ª Câmara Cível; Data do julgamento: 07/07/2015; Data de registro: 07/07/2015.

[32] TJRS, Ac. un., 7ª Câm. Cív., AgInst 70018683508, comarca de Porto Alegre-RS, rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 28.03.07).

[33] Por exemplo, quanto à guarda dos filhos, a Lei do Divórcio previa que esta deveria ser fixada em função da culpa, *in verbis*: “Lei nº 6.515/77, Art 10 – Na separação judicial fundada

no " caput " do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a e não houver dado causa."

[34] A regra atual é a guarda compartilhada, senão vejamos: "Art. 1.584, § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor". Esta forma de convivência parental apenas pode vir a ser afastada em prol do interesse superior da criança e do adolescente.

[35] Arts. 1.704, p.ú. e 1.578, CC

[36] RMS 28.336/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 24/03/2009, DJe 06/04/2009.

[37] O STF deliberou sobre o exercício dessa profissão, oportunidade em que cotejando o princípio da liberdade profissional em face de interdição a tal atividade constante de decreto regulamentar, entendeu que a atividade investigativa não é privativa das autoridades policiais (RE 84.955/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, j. 23.05.1978, DJU 16.06.1978).

[38] Art. 11, II, Lei 13.432/17.

[39] Nesse sentido, STF: RE 583937 QO-RG, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 19/11/2009, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-10 PP-01741 RTJ VOL-00220-01 PP-00589 RJSP v. 58, n. 393, 2010, p. 181-194 e RHC 19.321/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2007, DJ 11/02/2008, p. 1.

No STJ: HC 23.891/PA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/09/2003, DJ 28/10/2003, p. 308; RHC 12.266/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA,

julgado em 09/09/2003, DJ 20/10/2003, p. 298.

[40] REsp 9.012/RJ, Rel. Ministro CLAUDIO SANTOS, Rel. p/ Acórdão Ministro NILSON NAVES, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/02/1997, DJ 14/04/1997, p. 12735

[41] RMS 5.352/GO, Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Rel. p/ Acórdão Ministro Adhemar Maciel, Sexta Turma, julgado em 27/05/1996, DJ 25/11/1996, p. 46227.