



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O uso da prova ilícita no campo do Direito de Família

Lívia Corrêa Batista Guimarães

Rio de Janeiro

2015

LÍVIA CORRÊA BATISTA GUIMARÃES

Uso da prova ilícita no campo do Direito de Família

Artigo apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professor(a) Orientador(a):

Artur Gomes

Guilherme Sandoval

Mônica Areal

Neli Luíza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro

2015

USO DA PROVA ILÍCITA NO CAMPO DO DIREITO DE FAMÍLIA

Lívia Corrêa Batista Guimarães
Graduada pela Universidade Federal do Rio
de Janeiro. Advogada.

Resumo: A vedação ao uso de provas obtidas por meios ilícitos no processo está dentro do rol das garantias fundamentais como expressão do princípio do devido processo legal. Entretanto, diante do confronto com outros direitos e garantias constitucionais, sofre ponderações no caso concreto. O presente trabalho pretende abordar como a Constituição da República de 1988 tratou o regime da prova ilícita e quais são as concepções doutrinárias sobre o tratamento a ser dado à garantia. Ultrapassando esse ponto, analisar-se-á os critérios utilizados pela doutrina e pela jurisprudência quando da necessidade de ponderar a vedação ao uso de provas ilícitas com outros princípios constitucionais, para então concluir que a utilização da prova ilícita nos processos das Varas de Família muitas vezes é indispensável para que sejam resguardados outros direitos fundamentais que no caso concreto se mostram preponderantes.

Palavras-chave: Direito das Famílias. Processo Civil. Provas ilícitas. Proibição da prova ilícita como garantia constitucional. Exceções aplicáveis ao Direito das Famílias.

Sumário: Introdução. 1. O regime da prova ilícita como garantia constitucional. 2. Da utilização da prova ilícita no processo civil brasileiro: aplicação do princípio da proporcionalidade. 3. A prova ilícita no processo das Varas de Família. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República apresenta, no artigo 5º, LVI, vedação absoluta sobre a admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no processo. O aproveitamento das provas obtidas com infringência às normas do direito material têm sido alvo de calorosas controvérsias doutrinárias e jurisprudências, já que é cediço que nenhum princípio constitucional deve ser encarado como absoluto.

Discute-se a necessidade do abrandamento da proibição constitucional em casos excepcionais para tutelar direitos constitucionais proporcionalmente mais valorados como nas questões debatidas no âmbito do Direito de Família, pois a própria natureza dessas questões é peculiar.

As lides de família exigem do magistrado sensibilidade e, em muitas situações, ele se depara com o dilema entre decidir pela segurança jurídica e, assim, não admitir a prova ilícita, ou aplicar o princípio da proporcionalidade e cotejar os valores postos em choque, no propósito de decidir pelo melhor caminho na aplicação da justiça.

Dessa maneira, a utilização da prova ilícita nos processos do Direito de Família em casos excepcionais revela-se indispensável para que bens jurídicos relacionados à dignidade da pessoa humana sejam resguardados.

Não é novidade que aquela velha família baseada no casamento monogâmico e formada por pai, mãe e filhos não existe mais, ou melhor, ela existe e tem o seu devido valor, entretanto, o ente familiar passou a ser considerado a partir de um único requisito para a sua constituição, tendo como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana: o afeto.

Diante da mudança de paradigma, surgiram inúmeros conflitos judiciais que precisavam ser solucionados pelo magistrado e é nesse momento que o juiz se depara com processos recheados de provas que, diante do conceito absoluto de provas ilícitas apresentado pela Constituição, seriam inadmissíveis.

Assim, observa-se que de um lado há a vedação constitucional e, de outro, não há como ignorar completamente as informações trazidas por aquelas provas, principalmente quando as partes não detêm outros meios morais e legais para comprovar os fatos ali mencionados.

E é exatamente desse conflito que surge a necessidade da discussão sobre em que casos concretos se mostra necessária a relativização da proibição constitucional a fim de compatibilizar os diversos interesses constitucionais em jogo, perpassando pela evolução doutrinária e jurisprudencial sobre a necessidade de admissibilidade da prova ilícita nas lides familiares.

1. O REGIME DA PROVA ILÍCITA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

A norma esculpida no artigo 5º, inciso LVI¹ da Constituição da República, promulgada em 1988, traz expressamente a impossibilidade da utilização de provas obtidas por meios ilícitos, positivando um dos corolários que compõem o princípio do devido processo legal. A disposição considera, portanto, que não apenas as provas obtidas por meios ilícitos devem ser inadmitidas como também aquelas provas decorrentes de meios de prova ilícitos.

A opção do legislador em trazer a disciplina da matéria para a Constituição tem como objetivo impedir que o Estado, logo após o regime ditatorial, desrespeitasse direitos individuais dos indivíduos como a intimidade e privacidade (artigo 5º, X), a inviolabilidade do domicílio (artigo 5º, XI), o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (artigo 5º, XII) e o direito ao sigilo profissional (artigo 5º, XIII, XIV).

Embora a Lei Fundamental brasileira seja taxativa no sentido da vedação, há grande divergência em torno da possibilidade de flexibilização desse princípio constitucional diante do caso concreto que envolver interesses de maior relevância. A discussão ganhou força em razão do entendimento de que nenhum princípio constitucional pode ser considerado absoluto e, dessa forma, diante de um eventual confronto de princípios numa situação concreta, a solução deverá surgir segundo um critério de justiça prática² conforme explica o respeitável Ministro Gilmar Ferreira Mendes³:

É importante perceber que a prevalência de um direito sobre outro se determina em função das peculiaridades do caso concreto. Não se exige um critério de solução de conflitos válido em termos abstratos. Pode-se, todavia, colher de um precedente um viés para solução de conflitos vindouros. Assim, diante de um precedente específico, será admissível afirmar que, repetidas as mesmas

¹ O artigo 5º, LVI da Constituição da República dispõe que: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso De Direito Constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 318-319.

³ *Ibid.*, p. 320.

2. DA UTILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Como primeira premissa, é preciso observar que não somente a proibição do uso da prova ilícita é uma garantia constitucional, mas também o direito a produzir a prova como expressão do princípio do acesso à justiça.

No âmbito do processo penal, a mitigação do princípio da inadmissibilidade de provas ilícitas já é amplamente aceita a fim de admitir provas ilícitas *pro reo*, quando não há outros meios de provar a inocência do acusado. Por outro lado, na seara do processo civil, a flexibilização se torna mais difícil e menos frequente em razão da natureza dos interesses envolvidos.

Entretanto, há nítida tendência na doutrina processualista, notadamente defendida por Daniel Assumpção, no sentido de não se admitir a diferença de tratamento conferida à essas duas áreas do Direito em que se fala da verdade real para o processo penal e da verdade formal para o processo civil.

É claro que a busca da verdade no processo não pode ser entendida como um fim em si mesmo, já que a produção da prova será sempre um instrumento para a prestação jurisdicional efetiva e não o único escopo do processo. Entretanto, deve-se perseguir a busca da “verdade possível”⁶ no processo, ou seja, a verdade que pode ser atingida no processo levando em conta as necessárias limitações constitucionais e infraconstitucionais.

Nessa linha, defende-se a caducidade das expressões verdade real e verdade formal, trazidas pela doutrina tradicional. Nas palavras do autor⁷, a justificativa para tal evolução

⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processo civil*. 5.ed. São Paulo: Método, 2013, p. 412.

⁷ *Ibid.*, p. 413.

encontra-se no fato de que nem sempre os valores protegidos no processo penal são mais valiosos do que os valores do processo civil:

Para tanto, basta imaginar que nem sempre os valores tutelados no processo penal serão mais valiosos ou nobres do que aqueles tutelados no processo civil. Muitas vezes a pena suportada pelo réu em um processo penal tem cunho meramente patrimonial, como ocorre, por exemplo, no pagamento de uma multa ou mesmo de cestas básicas. Outras vezes, alguma espécie de restrição de direito como, por exemplo, ser proibido de acompanhar jogos de seu time, ou ainda a prestação de serviços comunitários. Registre-se, ainda, que essas circunstâncias devem crescer em sua intensidade em virtude do sentido moderno a que rumo o direito penal (despenalização das condutas).

Já no processo civil é possível se ter uma demanda que tenha como objeto um direito indisponível como, por exemplo, aquela que resulta na perda de pátrio poder, ou ainda que altera a guarda de um menor que estaria sofrendo abusos físicos pelo cônjuge que anteriormente detinha a guarda. Nesses casos, evidencia-se que os valores tutelados – e também as consequências geradas pelo processo civil – são mais relevantes e significativos do que aqueles tratados em diversos processos penais, nos quais o resultado é meramente patrimonial.

Dentro dessa perspectiva, admite-se o afastamento do óbice da vedação constitucional com base na aplicação do princípio da proporcionalidade e são estabelecidas algumas condições para a utilização da prova ilícita na formação do convencimento do juiz, como: gravidade do caso; espécie de relação controvertida; dificuldade de demonstrar a veracidade de forma lícita; prevalência do direito protegido com a utilização da prova ilícita comparado com o direito violado; e imprescindibilidade da prova na formação do convencimento judicial⁸.

Diante dessas condições, é possível perceber que, no momento em que se pondera interesses, devemos chegar à solução que resulte em uma mínima restrição possível de cada bem jurídico envolvido. As restrições, em outras palavras, não podem ir além do necessário para a solução de conflitos, tendo como base primordial o princípio da dignidade da pessoa humana que serve de vértice axiológico da Constituição brasileira.

A teoria proporcionalista teve seu entendimento consagrado pelo artigo 257, parágrafo único do Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil originário que dispôs que “a

⁸ Ibid., p. 435.

inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito será apreciada pelo juiz à luz da ponderação dos princípios e dos direitos fundamentais envolvidos”⁹. Seria um excelente ponto norteador para a doutrina nessa matéria, entretanto, o referido dispositivo foi suprimido no texto substitutivo elaborado pelo Senado Federal diante dos inúmeros questionamentos que surgiram sobre a sua inconstitucionalidade.

Assim, percebe-se que a doutrina estabelece balizas que devem ser respeitadas no momento em que provas ilícitas são admitidas no processo civil e são utilizadas pelo juiz como elementos que formam o seu convencimento. Sem os referidos limites, poder-se-ia seguir em direção a um caminho extremamente perigoso no qual tudo seria válido em busca de provas que fundamentassem a pretensão das partes. Não é isso que se espera.

A finalidade de limitações trazidas pela Carta Magna não é obstar a produção de provas no processo, já que dessa forma se tornaria ineficaz a prestação jurisdicional estatal, e sim mostrar à parte que ela terá oportunidade e a garantia de produção de provas, como expressão do princípio da ampla defesa, entretanto, não será toda prova que será admitida como válida no processo, levando em conta, por outro lado, o princípio do devido processo legal.

Convém salientar, neste ponto da discussão, que o uso da prova ilícita, mesmo que diante de tal ponderação de interesses, somente pode ser admitido quando não for possível produzir a prova por qualquer outro meio lícito. Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart¹⁰:

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*

⁹BRASIL. Projeto de Lei n. 166, de 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?=84496>>. Acesso em: 13 out. de 2014.

¹⁰MARINONI, Luiz Guilherme *apud* SILVA, Luciana Vieira. *Prova ilícita no processo civil à luz do princípio da proporcionalidade*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1188, 2 out. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8997>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

das circunstâncias do caso concreto. Não se trata – perceba-se bem – de estabelecer uma valoração abstrata dos bens em jogo, *já que os bens têm pesos que variam de acordo com as diferentes situações concretas.* O princípio da proporcionalidade (...) exige uma ponderação dos direitos ou bens jurídicos que estão em jogo conforme o peso que é conferido ao bem respectivo na respectiva situação.

Aspecto interessante surgido na doutrina¹¹ é a dicotomia estabelecida entre a prova produzida pelo Estado e a produzida pelo particular em que se afirma que apenas a primeira estaria submetida à regra do artigo 5º, LVI da Constituição promulgada em 1988. O fundamento para tal diferenciação, encontrado na jurisprudência norte-americana, consiste no fato de que apenas o Estado, conhecido como legítimo produtor da prova, seria o sujeito passivo de tal garantia constitucional.

No entanto, o Superior Tribunal Federal¹² não tem aplicado tal diferenciação, com base no entendimento já consolidado da horizontalidade dos direitos fundamentais, ou seja, entende-se que os direitos e garantias fundamentais não vinculam apenas o Estado, mas também o particular:

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. [...]

3. ANÁLISE DAS CONDIÇÕES EM QUE O USO DE PROVAS ILÍCITAS SÃO ADMITIDAS NO DIREITO DE FAMÍLIA

¹¹ PACELLI *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso De Direito Constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 689-690.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 210819. Relatora: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28201819%2ENUME%2E+OU+201819%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/naurvkt>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

Tomando como referência as palavras de Cristiano Chaves de Farias¹³, tanto no processo penal como no processo civil é possível que o bem jurídico a ser tutelado seja considerado mais importante que o bem jurídico privacidade. Assim, em situações concretas como na destituição do poder familiar ou investigação de paternidade não há outra solução a não ser admitir a utilização de provas ilícitas.

Repare que se analisam situações em que a proteção do bem jurídico mais importante não pode ocorrer por outra forma que não seja por meio da utilização de provas ilícitas. Basta imaginar uma ação de guarda em que existam provas ilícitas evidenciando a prática de abuso sexual de um dos genitores contra o menor. Nessa hipótese, tendo como referência a dignidade e o respeito do ser humano em formação, assegurado com absoluta prioridade pelo texto constitucional, deve-se admitir a utilização de tais provas ilícitas.

Não é possível, em hipótese alguma, admitir que proteger o direito à intimidade do genitor em detrimento da dignidade e respeito da criança é fazer justiça. Ao contrário, fazer justiça é possibilitar que os direitos da criança que se encontra em situação de risco sejam resguardados de genitores que se aproveitam da fragilidade e dependência dos menores para os submeterem a condições indignas.

Situação interesse e que ainda hoje é objeto de inúmeras discussões é a da ação de reconhecimento de paternidade em que o suposto pai se recusa a realizar o exame de DNA. É certo que se aplica hoje a presunção de paternidade em situações como essa, entretanto, será que

¹³ FARIAS, Cristiano Chaves apud SILVA, Luciana Vieira. *Prova ilícita no processo civil à luz do princípio da proporcionalidade*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1188, 2 out. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8997>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

a criança deve se contentar com a mera presunção de paternidade e nunca poderá ter absoluta certeza sobre sua origem genética?

Trata-se de questão já pacificada no Superior Tribunal de Justiça no Enunciado 301¹⁴ e, posteriormente, a matéria foi objeto da Lei 12.004/09 que praticamente repete o entendimento sumulado pelo STJ, sem qualquer inovação jurídica. Entretanto, embora o assunto já esteja pacificado nos Tribunais, a doutrina ainda debate a questão.

De um lado observa-se o direito de não produzir prova contra si mesmo e de intimidade do suposto pai e, de outro lado, o direito da criança a conhecer a sua real (e não apenas presumida) identidade.

A análise da questão deve ser iniciada pela observância da relativa atenção do legislador constitucional aos direitos da criança e do adolescente. Há uma tendência em considerar, como preponderante, o direito da pessoa de conhecer a sua origem genética. Isso porque, de acordo com nossa opinião, o direito de não se autoincriminar não pode ser suscitado quando estamos falando de um conflito em que se discute o vínculo familiar.

Tal afirmação tem como base o entendimento de que o direito à incolumidade física, como qualquer outro direito, não é absoluto. O direito à intimidade e à intangibilidade do corpo humano pretende salvaguardar apenas um interesse privado enquanto o direito à identidade genética tutela, em última análise, um interesse também público.

Diante dessas ponderações, submeter uma criança ou um adolescente a uma eterna dúvida não atende aos preceitos dispostos pela nossa Constituição. O disposto no artigo 332 do Código de Processo Civil, o qual prevê a impossibilidade de alguém ser constrangido a se

¹⁴ “Em ação de investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=@docn&tipo_visualizacao=RESUMO&menu=SIM. Acesso em: 12 de abril de 2015.

submeter a exame pericial contra sua vontade, deve ser considerado normal geral e, assim, precisa ceder espaço quando a analisamos em conjunto com a vedação da Lei 8.069/90 à restrição ao direito de reconhecimento do estado de filiação. Além disso, o artigo 226 da Constituição determina que seja assegurada à criança e ao adolescente a proteção contra qualquer tipo de negligência e não há forma mais grave de negligência do que impedir o conhecimento da sua identidade genética.

Com a análise de tal caso concreto, pretende-se demonstrar que diante do conflito entre interesses, aquele de cunho individual deve ser posto em segundo plano, como regra, de forma a privilegiar o interesse de cunho social. A prova ilícita no processo cível que, em princípio, é inadmitida, pode ser admitida no processo a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto neste trabalho, ficou constatado que a vedação à utilização de provas ilícitas é um dos princípios constitucionais de maior destaque dentro do sistema constitucional, sendo elemento essencial para a devida observância do princípio do devido processo legal.

Dada a importância na observância de tal princípio e diante da inexistência de direitos absolutos, tratou-se da possibilidade de uma eventual flexibilização de tal direito diante do caso concreto que envolva interesses de maior relevância.

No âmbito processual penal, a mitigação do princípio da inadmissibilidade de provas ilícitas é amplamente aceita como forma de admitir a prova da inocência do réu, quando não há

outra saída para tal. Por outro lado, no processo civil a flexibilização se torna mais difícil em razão da natureza dos interesses envolvidos.

Entretanto, é preciso considerar que nem sempre os valores protegidos no processo penal são mais valiosos do que os valores no processo civil e, dessa forma, é possível sustentar o afastamento da vedação constitucional.

Para que isso ocorra foram colacionados alguns critérios de ponderação a serem utilizados no caso concreto já que de nenhuma forma tal princípio constitucional poderá ser absolutamente extirpado na análise concreta da situação e sim, como já foi explicitado, ponderada com outros princípios e garantias da ordem constitucional brasileira, já que esta deve ser interpretada como um sistema unitário de regras e princípios.

A ponderação de interesses é amplamente utilizada no caso concreto tendo em vista que a finalidade da Carta Magna não é impedir a produção de provas no processo, o que tornaria absolutamente ineficaz a prestação jurisdicional, e sim mostrar à parte que ela terá o direito a produzir provas, inclusive por meios ilícitos, quando não houver outro meio lícito capaz de chegar ao mesmo resultado.

Em situações concretas relacionados ao Direito de Família, não há outra solução a não ser admitir o uso de provas obtidas por meios ilícitos em casos em que os valores discutidos são claramente mais valiosos do que a segurança jurídica. Diante de tal situação, o juiz deverá agir com sensibilidade e aplicar o princípio da proporcionalidade a fim de privilegiar o interesse de cunho social ali posto em detrimento daquele de cunho eminentemente individual.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Projeto de Lei n. 166, de 2010. Disponível em: < <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?=84496> >. Acesso em: 13 out. de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 71.373/RS, DJ 22-11-1996, Rel. Marco Aurélio e Habeas Corpus 76.060/SC, DJ 15-5-1998, Rel. Sepúlveda Pertence. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2871373%2EENUME%2E+OU+71373%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/polcdoj>. Acesso em: 18 de jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 210819. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28201819%2EENUME%2E+OU+201819%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/naurvkt>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves apud SILVA, Luciana Vieira. *Prova ilícita no processo civil à luz do princípio da proporcionalidade*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1188, 2 out. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8997>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme apud SILVA, Luciana Vieira. *Prova ilícita no processo civil à luz do princípio da proporcionalidade*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1188, 2 out. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8997>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso De Direito Constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processo civil*. 5.ed. São Paulo: Método, 2013.