

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS
NA SEPARAÇÃO JUDICIAL

Cristiane Dotta Ximenes

Presidente Prudente/SP

2003

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS
NA SEPARAÇÃO JUDICIAL

Cristiane Dotta Ximenes

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Sérgio Augusto Frederico.

Presidente Prudente/SP

2003

ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NA SEPARAÇÃO JUDICIAL

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como
requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel
em Direito.

Sérgio Augusto Frederico

Orientador

Paula Pontalti Marcondes Moreira

Examinadora

Lussandro Malacrida

Examinador

Presidente Prudente, 02 de dezembro de 2003.

Agradecimentos

A Deus, pela força e pelo discernimento que sempre me concedeu para escolher o melhor caminho e pelo infinito amor com que tem conduzido minha vida.

Aos meus pais, Alice e Osvaldo que estiveram comigo em todos os momentos, me proporcionando apoio e amor.

Ao meu irmão e ao meu namorado, pelo carinho e compreensão durante este trabalho.

Agradeço ao meu orientador, Dr. Sérgio Augusto Frederico, pela sua paciência, disposição e auxílio prestado para a concretização deste trabalho.

A minha banca examinadora que atendeu prontamente ao meu convite.

Por fim, a todos que de alguma forma estiveram do meu lado no decorrer dessa jornada.

RESUMO

O presente trabalho busca enfocar um problema bastante discutido pela doutrina e jurisprudência, quanto a admissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos especialmente no direito de família na separação judicial culposa.

A Constituição Federal de 1988 traz expressamente em seu artigo 5º LVI, a proibição das provas ilícitas no processo, como forma de resguardar o direito à intimidade da pessoa igualmente protegido pelo Constituinte.

No nosso ordenamento jurídico não é possível estabelecer, em tese, quais os direitos, princípios ou valores que devem prevalecer e quais devem ser sacrificados. De acordo com a doutrina moderna, a convivência das liberdades obriga a uma ponderação dos direitos e também à busca pela melhor forma possível de adequá-las.

Com isso, há de se entender que a problemática das provas ilícitas impede ao intérprete ver a proibição de seu uso como absoluta, a melhor solução é a utilização da teoria da proporcionalidade originária do direito alemão.

Portanto não existindo outra forma de demonstrar os fatos deve, uma prova obtida de forma ilícita, ser admitida em favor da busca da verdade e da justa decisão do processo.

PALAVRA-CHAVE: Provas ilícitas, admissibilidade, inadmissibilidade, teoria da proporcionalidade, separação judicial

ABSTRACT

The present work searches to focus a problem sufficiently argued by the doctrine and jurisprudence, how much the admissibilidade of tests gotten for illicit ways especially in the family law in the guilty judicial separation.

The Federal Constitution of 1988 brings in its article 5º LVI, the prohibition of the illicit tests in the process, as form to protect the right to the privacy of the person equally protected by the Constituent.

In our legal system it is not possible to establish, in thesis, which the rights, principles or values that must prevail and which must be sacrificed. In accordance with the modern doctrine, the living of the freedoms compels to a balance of the rights and also to the search for the best possible form to adjust them.

With this, it is needed to understand that the problematic one of the illicit tests hinders the interpreter to see the prohibition of its use as absolute, the best solution is the use of the theory of the originary proportionality of the German right.

Therefore not existing another form to demonstrate the facts a gotten test of illicit form must be admitted in favor of the search of the truth and the joust decision of the process.

Key Word: Illicit tests, admissibilidade, inadmissibilidade, theory of the proportionality, judicial separation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
 1 PROVAS	
1.1 Evolução histórica do direito à prova	10
1.2 Conceito de Prova.....	11
1.3 Direito a prova como garantia constitucional.....	13
 2. PROVAS ILÍCITAS	
2.1 Contexto Histórico das Provas Ilícitas.....	19
2.2 Conceito de prova ilícita.....	19
2.3 Correntes doutrinárias.....	22
2.3.1 Livre utilização das provas ilícitas	23
2.3.2 Inadmissibilidade das provas ilícitas	24
2.3.3 O conceito do princípio da proporcionalidade	28
2.3.3.1 A prova ilícita e o princípio da proporcionalidade.....	29
2.4 Prova ilícitas por derivação	32
 3. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E GRAVAÇÕES CLANDESTINAS	
3.1 A lei das interceptações telefônicas e gravações clandestinas.....	34
3.2 A relação entre as leis de interceptações telefônicas e o processo civil	35
3.3 Provas ilícitas: Gravações telefônicas, sonoras e cênicas.....	37
 4. PROVAS ILÍCITAS NO DIREITO DE FAMÍLIA.....	44
4.1 O ônus da prova e sua apreciação no processo de separação litigiosa	45
4.2 Condições para separação judicial litigiosa com causa culposa	46
4.3 Conduta desonrosa.....	49
4.4 Insuportabilidade da vida em comum.....	50
4.5 Infidelidade conjugal e a sua prova.....	51
4.6 Prova documental e cartas.....	52
4.7 Prova técnica e pericial	54
 5. CONCLUSÃO	55
BIBLIOGRAFIA.....	58

INTRODUÇÃO

A partir da Constituição Federal de 1988 a utilização das provas ilícitas foi expressamente proibida na instrução do processo, problema que vem chamando a atenção dos juristas.

A admissibilidade das provas obtidas ilicitamente foi vedada, como forma de resguardar o direito à intimidade da pessoa humana garantido constitucionalmente no artigo 5º, inciso X, da Magna Carta.

É necessário compreender que o direito à prova, considerado o meio de convencimento do juiz na instrução do processo, está em conflito com o direito à intimidade. Na realidade, a solução desta questão deverá ser enfrentada com muito equilíbrio diante de cada caso concreto.

O presente trabalho irá demonstrar as diferentes correntes e como o problema vem sendo enfrentado pela doutrina, jurisprudência e pelos nossos Tribunais, bem como no Direito Comparado.

Convém ressaltar, ainda, o momento histórico em que foi promulgada a Constituição de 1988 e a repressão sobre o direito pessoal dos indivíduos que tinham o direito à liberdade e expressão contidos pela política.

Pelos exemplos destacados no trabalho notar-se-á evidente a admissibilidade de prova ilícita, quando necessária e devidamente justificada em prol de uma medida justa a ser aplicada pelo Judiciário ao processo.

Hoje, é marcante o ativismo do Judiciário na busca da verdade real. Tal debate está centralizado na questão quase inevitável do conflito entre o direito individual, que consiste em ter resguardado certos aspectos de sua vida como o direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem, e o avanço tecnológico o qual vem afetando os aludidos direitos individuais através de sofisticados aparelhos eletrônicos.

Em contra partida, temos o direito coletivo buscando uma justa instrução processual e conseqüente decisão.

O presente trabalho enfrentará a admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no direito de família, mais especificamente na separação judicial

culposa onde no caso de adultério por exemplo é muito difícil ocorrer um flagrante e a prova é de difícil acesso.

Primeiramente será demonstrado a diversas correntes doutrinárias e posteriormente como o problema vem sendo enfrentado pelos Tribunais, por não existir na Constituição Federal um meio pacífico de resolver este conflito de interesses jurídicos no direito no processo civil.

Será também discutida a necessidade de uma regulamentação legal da teoria da proporcionalidade em benefício de uma instrução processual justa para a solução do lide.

CAPÍTULO – 1 PROVAS

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO À PROVA

Desde os tempos mais remotos da história da humanidade, o direito sempre foi elemento essencial da vida social, tendo evoluído até os dias atuais para o sistema de Justiça Estatal, com o Estado assumindo para si o poder de dizer o Direito.

O direito à prova, como garantia constitucional moderna, não surgiu de uma simples criação individual, mas constituiu o resultado de toda a morosa evolução intelectual do homem que, durante eras, vivenciou experiências que ensejaram a positivação das garantias constitucionais.

Os meios probatórios originários também tiveram sua evolução, adequando-se às mudanças sociais e processuais, chegando aos tempos contemporâneos, utilizando-se de meios bastante diferentes dos utilizados em séculos passados.

Com isso, os institutos probatórios passaram por distintas transformações ao longo dos tempos, que são os períodos religiosos ou das provas divinas e o período laical, profano ou das provas humanas .

Originariamente, a prova era buscada nas superstições. A cruel legislação de nossos ancestrais honrava como nome de julgamento divino (juízos de Deus). Nesse período religioso, segundo Moacir Amaral dos Santos (volume 1, p.24):

(...) a lei era a própria religião e esta influía decisivamente sobre a conduta dos homens e da própria coletividade, nada mais natural e explicável tivesse a religião atuação imperativa nas decisões dos litígios entre os particulares ou entre eles e a sociedade.

Os meios de prova desse período eram as ordálias, o juramento e os duelos. As ordálias representavam os juízos de Deus, e eram provas eminentemente religiosas que tinham por finalidade descobrir a verdade por meio da vontade de Deus, utilizando de meios absurdos para atingir seus objetivos, como por exemplo, a prova do fogo, prova da água fervendo ou fria, prova das

serpentes, entre outras. O conceito de delito estava ligado à idéia de ofensa à alguma divindade e não havia regulamentação do instituto probatório.

O juramento, também influenciado pela religião, consistia na invocação de uma divindade suprema como testemunha da verdade alegada pelo interessado e, caso este cometesse perjúrio, seria castigado pelos deuses.

Já os duelos ou combates judiciais, utilizados em quase todos os países da antigüidade e da Idade Média, num período em que a covardia era a desonra, consistiam em lutas entre duas pessoas, com escudos, bastões, entre outras armas, com a idéia de que Deus não iria deixar a derrota cair sobre a parte que tivesse razão.

1.2 CONCEITO DE PROVA

O processo civil se inicia como exercício do direito de ação por parte do autor, com o objetivo de postular determinada pretensão que, por sua vez, pode estar amparada em normas jurídicas e em fatos. O réu também tem o direito de se defender da pretensão do autor e, às vezes, nos mesmos fatos alegados. Nesse sentido Canelutti (La Prueba Civil, 1982, p.8) apud Ramires (2002, p. 33) escreve que “a afirmação de um fato por parte de um litigante pode corresponder a afirmação do mesmo fato por parte do outro”.

O significado etimológico da palavra prova vem do latim *probatim*, podendo ser traduzida como confirmação, reconhecimento, verificação, dando origem ao verbo *probare*. Do latim *proba*, de *probare* (demonstrar, reconhecer), entende-se, assim, no sentido jurídico, como a demonstração que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um ato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui por sua existência ou se firma a certeza a respeito da existência do fato ou do ato demonstrado.

No entendimento de CINTRA et. Al 1991, p.310) prova é “o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoccorrência dos fatos controvertidos no processo”.

Na definição de MITTERMAYER apud FREGADOLLI, 1998, P.149), é o complexo dos motivos produtores de certeza. A prova consiste na demonstração da existência ou da veracidade daquilo que se alega em juízo.

No entendimento de GRECO (1996, p.194): “A prova é todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém. No processo, a prova é todo o meio destinado a convencer o juiz a respeito da verdade de uma situação de fato”.

Os fatos alegados pelo autor ou pelo réu para afirmar as pretensões, precisam ser demonstrados com a finalidade de comprovar as alegações feitas pelas partes. Nesse sentido, LAURIRA TUCCI (1989, p.336) leciona:

Em juízo, especialmente, faz-se necessária a prova da veracidade dos fatos alegados pelos litigantes, até porque, a estes se impõe provar para vencer, o que ao contrário, pode não ocorrer, pois é possível que a parte tenha feito a devida prova, mas, mesmo assim, não saiu vitoriosa; assim melhor seria dizer que os litigantes se impõem convencer para vencer.

A prova judiciária é o instrumento posto à disposição das partes com o objetivo de que as mesmas satisfaçam as exigências da comprovação das alegações, De fato, o denominado “sentido objetivo da prova”, cuja a finalidade é convencer o juiz, seu destinatário, permite que este último aprecie retirando dela as conclusões que entender mais corretas, concluindo pela veracidade dos fatos alegados, o chamado “sentido subjetivo da prova”.

Na expressão de Moacir Amaral dos Santos(1999, p. 21), a prova é definida como “a soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo, ou seja, é o conjunto de fatos que contribuem como elemento de convencimento, apresentados no decorrer do processo”.

WAMBIER et .al. (2000, p. 473) entendem que:

A prova é o modo pelo qual o magistrado toma conhecimento dos fatos que embasam as pretensões das partes , e que meios de prova são as diversas modalidades pelas quais a ocorrência dos fatos chegam ao conhecimento do juiz.

No entendimento de BARBOSA MOREIRA (1989, Rev. Dos Tribunais nº 56, p. 122) :

Só por meio das provas tem o juiz o acesso ao conhecimento dos fatos, e facilmente se concluirá que, ao menos em princípio, a probabilidade de atingir-se uma decisão justa cresce na razão direta do rendimento dos mecanismos probatórios.

O artigo 334 do Código de Processo Civil descreve quais os fatos que não necessitam ser provados pelas partes.

O objeto das provas são os fatos, e não o direito que deve ser de conhecimento do juiz. Nesse sentido descreve PONTES MIRANDA (1993, p.239) que: “direito não se alega; direito se invoca, e que só se provam fatos. As normas de direito tem o juiz de conhecê – las porque essa é a sua missão”.

Sobre esse ponto, Carnelutti apud Ramires (2002, p.36) ensina que: “são os chamados fatos controvertidos, que constituem a regra em matéria de prova. O juiz se encontra, aqui, diante da afirmação de uma parte e a negação da outra parte, diante da discussão de um fato”.

Com isso, fica demonstrado que o objeto ou a finalidade da prova é formar a convicção do juiz sobre os elementos necessários para a decisão da lide, são os fatos pertinentes ao processo, relevantes, controvertidos, não notórios, ou seja, o que interessa à parte provar, para ver reconhecido judicialmente a manifestação pretendida.

Para Magalhães Noronha, (1984, p.87) o objeto da prova é: “o que se deve demonstrar, isto é, o fato, a circunstância, a causa, sobre o que versa o litígio, pois nem tudo que surge ou aparece no processo é objeto da prova, como as questões de somenos, adiáforas ou evidentes”.

1.3 O DIREITO A PROVA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

O direito de provocar a atividade jurisdicional do Estado e retirá-la da inércia está assegurado, em sede constitucional, a todas as pessoas. Conforme disposto no artigo 5º, inciso XXXV, Constituição Federal de 1988: “A lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito “. O legislador garantiu, de forma ampla e genérica, acesso ao meio estatal de solução de controvérsia, pelo qual é possível obter-se a tutela jurisdicional.

A Constituição Federal confere proteção a quem efetivamente possui direito. Todos podem requerer a tutela jurisdicional, ainda que dela não sejam merecedoras. O que está à disposição de qualquer pessoa, titular de direitos ou de meras pretensões infundadas, é o mecanismo previsto na Constituição Federal para viabilizar a tutela jurisdicional a quem efetivamente fizer jus a ela.

O sistema processual constitucional foi criado para conferir proteção efetiva aos direitos e interesses jurídicos. Muito embora o acesso ao Poder Judiciário seja franqueado a todos, reais titulares de direitos ou detentores de simples interesses não amparados no plano material, evidentemente o mecanismo está direcionado para a satisfação daquele que efetivamente merece a tutela jurisdicional.

Importante salientar que as pessoas não possuem a certeza ou a probabilidade de obter o reconhecimento de um direito, mas a possibilidade séria de contar com instrumentos adequados para alcançar esse objetivo.

O direito de ação compreende, portanto, o poder de pleitear a tutela jurisdicional para determinado direito, o poder de se valer de todos os meios para a demonstração desse direito e, se tiver sucesso, o direito de obter provimento tecnicamente idôneo a assegurar a tutela adequada.

Apropriada é a proteção jurídica e jurisdicional, composta de garantias mínimas para as partes, apta a assegurar a tutela efetiva a qualquer direito, representando o verdadeiro significado do direito constitucional de ação, garantido em todos os tratados e convenções como direito fundamental da pessoa.

Todas as garantias constitucionais do processo visam a assegurar, em última análise, a eficácia do princípio da inafastabilidade do controle constitucional, a fim de que o direito de ação não signifique mero acesso formal aos órgãos do Poder judiciário. É preciso que o titular de um direito lesado ou ameaçado possa obter a efetiva e tempestiva proteção estatal, pela via jurisdicional.

O direito de ação deve ser visto como garantia de efetividade, isto é, deve conferir ao seu titular a possibilidade de exigir do Estado a solução das controvérsias de maneira adequada e útil. Às situações substanciais apresentadas devem corresponder formas de tutela idôneas à assegurar a realização do direito delas emergentes.

Assegurar o direito de ação no plano constitucional é também garantir o acesso ao devido processo legal, ou seja, ao instrumento tal como concebido pela própria Constituição Federal. Entre os princípios inerentes ao processo destacam-se o contraditório e a ampla defesa.

Expressa a necessidade de o sistema processual infraconstitucional assegurar às partes a possibilidade da mais ampla participação na formação do convencimento do juiz. O artigo 5º, inciso LV, Constituição Federal, ensina que: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes” .

O princípio do contraditório corresponde ao princípio da igualdade das partes, dentro do processo. No conceito do Professor Joaquim Canuto Mendes de Almeida, apud AVOLIO (1999, p. 27): “o contraditório é a expressão da ciência bilateral dos atos e termos do processo, e a possibilidade de contrariá - los”.

O contraditório é desdobrado pela doutrina em dois momentos: informação e participação. O objetivo de informar as partes sobre os atos processuais está presente desde a citação, prosseguindo ao longo do processo com as intimações. No que se refere à participação, DINAMARCO (A instrumentalidade do processo, 1987) apud AVOLIO (1999, p. 27) coloca que “participar significa participar da instrução. Instrução por sua vez, não é só provar. Significa preparar o espírito do juiz , não somente através das provas, mas participando do processo, em todas as demais atividades. Entre as quais a atividade instrutória, onde a lei prevê a fase dos debates, em que as partes oferecem suas alegações, de fato e de direito”.

A sentença do juiz deve resultar de um processo que se desenvolveu com igualdade das partes de se manifestarem nos autos. O contraditório se efetiva assegurando elementos como o conhecimento da demanda por meio de ato formal da citação; a oportunidade em prazo razoável, de se contrariar o pedido da inicial; a oportunidade de produzir prova e se manifestar sobre a prova produzida pelo adversário; a oportunidade de estar presente a todos os atos processuais orais, fazendo consignar as observações que desejar; a oportunidade de recorrer da decisão desfavorável.

Segundo TOCKER (1974) apud AVOLIO (1999, p.29), a atividade probatória representa o momento central do processo. Estritamente ligada à alegação e indicação dos fatos, visa a oferecer ao juiz a demonstração da verdade dos fatos deduzidos ou levados ao conhecimento em juízo, de modo a poder excluir razoavelmente as incertezas, assumindo, portanto, uma importância fundamental para a formação do provimento jurisdicional.

A produção de provas é destinada à demonstração dos fatos controvertidos. Contraditório efetivo e ampla defesa compreendem o poder conferido à parte, de se valer de todos os meios de prova possíveis e adequados à reconstrução dos fatos constitutivos, impeditivos e modificativos ou extintivos do direito afirmado.

Para que o processo possibilite real acesso à ordem jurídica justa, necessária a garantia da produção da prova, cujo titular é, em princípio, a parte, mas não exclusivamente ela, pois ao juiz, como sujeito interessado no contraditório efetivo e equilibrado na justiça das decisões, também assiste o poder de determinar as provas necessárias à formação de seu convencimento.

Não há qualquer incompatibilidade entre o contraditório e a participação mais ativa do juiz na relação processual. Hodiernamente, poucos discordam da necessidade do julgador participar da formação do conjunto probatório, postura que não compromete a imparcialidade.

No entendimento do Professor Barbosa Moreira (1989, p.176):

No processo contemporâneo, ao incremento dos poderes do juiz na investigação da verdade, inegavelmente subsiste a necessidade de assegurar aos litigantes a iniciativa- que, em regra, costuma predominar – no que tange à busca e apresentação de elementos capazes de contribuir para a formação do convencimento do órgão judicial.

O processo deve ser dotado de meios para promover a igualdade entre as partes. Um deles sem dúvida é a previsão de que o juiz participe efetivamente da produção da prova. Com tal atitude poderá evitar que eventuais desigualdades econômicas repercutam no resultado do processo.

No âmbito do processo penal, sempre se admitiu a iniciativa oficial, o mesmo ocorrendo nas hipóteses de interesses cíveis indisponíveis. Ademais,

quando o juiz determina a realização de alguma prova, não tem condições de saber de antemão seu resultado. O aumento do poder instrutório do julgador, na verdade, não favorece qualquer das partes. Proporciona, apenas, apuração mais completa dos fatos, permitindo que as normas de direito material sejam aplicadas corretamente.

Existe um dogma quanto a verdade real do processo, também denominado princípio da verdade material, que disciplina sobre o poder dever do juiz penal, tendo por objeto a demonstração da existência do crime e da autoria.

No entanto, costuma-se agregar o conceito de “verdade real” ao direito penal, onde é mínimo o poder dispositivo das partes em relação as provas. Por outro lado, ao processo civil associou-se o conceito de “verdade formal”, onde seria absoluta a disponibilidade do objeto do processo e dos meios de prova. Com muita coerência, AVOLIO(1999, p. 39- 40) aponta críticas sobre a absoluta disponibilidade do processo civil. Além das ações de Estado, onde os direitos substancialmente em jogo são de caráter indisponível, o processo civil abrange vários outros direitos e interesses indisponíveis como os do Estado, do consumidor, do meio ambiente.

Sobre o ponto de vista terminológico, sustenta a doutrina uma distinção marcada pela adequação da verdade à realidade dos fatos, que no processo penal corresponderia à verdade pura e simples, enquanto no processo civil se considerariam provados os fatos incertos, simplesmente porque ambas as partes assim o admitiram.

Quanto à essa questão DINAMARCO (1987, p, 449) , bem coloca:

A verdade e a certeza são dois conceitos absolutos, e por isto, jamais se tem a segurança de atingir a primeira e jamais se consegue a segunda, em qualquer processo a segurança jurídica, como resultado do processo não se confunde com a suposta certeza, ou segurança, com base na qual o juiz proferia os seus julgamentos. O máximo que se pode obter é um grau muito elevado de probabilidade, seja quanto ao conteúdo das normas seja quanto aos fatos, seja quanto à subsunção desses nas categorias mais elevadas.

Destarte, conclui-se que no processo existe apenas uma verdade, a judiciária, aquela que surge de um procedimento desenvolvido em contraditório e baseado necessariamente em critérios de admissibilidade e exclusão das provas.

A Constituição Federal de 1988 equiparou com acerto o processo civil ao penal, no que se refere as garantias dos litigantes. Por exemplo: o artigo 5º, LV, Constituição Federal, que sanciona o princípio do contraditório, nenhuma distinção admite desse ponto de vista: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. De forma alguma se justifica adotar diretrizes divergentes.

A injustificável distinção feita no artigo 5º, XII, da carta Constitucional, entre o processo civil e o processo penal suscita questões importantes no plano prático. Uma delas se refere à eventualidade de que, em um processo cível alguém invoque, como elemento de convicção para o juiz, prova produzida em anterior processo penal. A doutrina e a jurisprudência pátrias reconhecem eficácia, sob determinadas circunstâncias da prova “emprestada” – isto é, transferida de um processo para o outro -, desde que a pessoa a quem se pretende opor a prova haja participado do feito em que ela se produziu.

No campo doutrinário, tem-se admitido a possibilidade da utilização de uma fita magnética por exemplo, gravada mediante interceptação telefônica para a qual se dispunha de autorização judicial como prova no âmbito penal, mas não autorizada no âmbito cível. Poderá o interessado querer utilizá-la perante o juiz cível?

Em favor dessa utilização, argumenta-se que, uma vez rompido o sigilo, e por conseguinte sacrificado o direito à preservação da intimidade, não faria sentido que continuássemos a preocupar-nos com o risco de arrombar um cofre já aberto. Mas por outro lado, conforme afirma Barbosa Moreira talvez se objete que assim se acaba por condescender com autêntica fraude à Constituição, permitindo que “prova ilícita expulsa pela porta voltaria a entrar pela janela”.

CAPÍTULO 2- PROVAS ILÍCITAS

2.1 CONTEXTO HISTÓRICO DAS PROVAS ILÍCITAS

Foi com a Revolução Francesa que se planejou a idéia de introdução, nas constituições, dos direitos e garantias individuais, de modo que foi também com ela que se inseriram as limitações ao modo de colheita de provas. Somente a partir desse marco materializaram- se de forma efetiva dentro do Estado de Direito.

Importante destacar que a Constituição Imperial do Brasil de 1824 foi a primeira no mundo a descrever os direitos do homem, tornando- os juridicamente concretos e efetivos. (GROTTI, 1993, p.55 apud CARNAÚBA 2000, p.12)

Embora a primeira Constituição do Brasil não tenha focado diretamente a questão das provas ilícitas, assegurou em seu artigo 179, em meio aos direitos individuais, a inviolabilidade dos direitos civis e políticos que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade. Tal inviolabilidade foi mantida em todas as constituições posteriores, agregando- se àqueles, os direitos à vida e a igualdade.

A atual Constituição, promulgada em 5 de outubro de 1988, proclama de maneira absoluta, taxativa e peremptória, a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos (artigo 5º, LVI). Com a inserção desse princípio no texto constitucional, o Brasil deu um passo à frente de todos os outros países, o que configura um avanço em termos de direito constitucional moderno.

2.2 CONCEITO DE PROVAS ILÍCITAS

Com o disposto no artigo 5º inciso LVI da Constituição Federal de 1988 passamos a ter um dispositivo que proíbe a prova obtida por meio ilícito em qualquer processo, seja ele judicial, administrativo, etc.

Assim, para conceituar as provas ilícita segundo NUVOLONE (1996) apud AVOLIO, (1999, p. 43) estas são colocadas como espécie das provas vedadas, que compreendem as provas ilícitas propriamente ditas, e as provas ilegítimas. A

importância dessa corrente doutrinária se verifica, pelo fato de que a utilização da expressão vedada já indica a sua opção pela inadmissibilidade no processo, das provas obtidas por meio ilícito.

A Professora Ada Pellegrini Grinover esclarece com clareza o assunto:

A prova pode ser ilegal por infringir à norma quer de caráter material, quer de caráter processual. Assim quando a prova é feita em violação a norma de caráter material, essa prova é denominada por prova ilícita. Quando a prova, ao contrário, é produzida com infringência a uma norma de caráter processual, usa-se o termo prova ilegítima. (GRINOVER, 1980, p.97)

Conclui-se, portanto, que a prova ilegítima diz respeito à transgressão de regra de caráter processual, ocorrendo em momento processual posterior à sua colheita, ou seja, no momento de sua produção, de sua introdução no processo. Assim, temos como exemplo, alguns dispositivos da lei processual penal que contêm regras de exclusão de determinadas provas, como por exemplo, a proibição de depor em relação a fatos que envolvam sigilo profissional. A sanção para o descumprimento dessas normas encontra-se na própria lei processual.

Já a prova ilícita diz respeito à transgressão do direito material, ocorrendo a violação no momento da colheita da prova infringindo normas ou princípios de direito material, principalmente de direito constitucional, pois as provas ilícitas se prendem às questões das liberdades públicas, onde estão assegurados os direitos e garantias atinentes à intimidade, à liberdade, à dignidade humana, mas também de normas de direito penal, civil, administrativo. Para a violação dessas normas é o direito material que estabelece sanções próprias, como por exemplo sanção para quem violar o sigilo de correspondências.

Os meios de prova considerados ilícitos pela doutrina e pela jurisprudência podem ser o resultado do avanço tecnológico, notadamente o eletrônico e o digital, que atualmente atingem toda a humanidade, ou em função de artifícios não tão convencionais ou modernos, mas objetivando conseguir a comprovação dos fatos ou circunstâncias alegados.

O mais comum, dentre os considerados ilícitos, pela doutrina e jurisprudência, é a gravação telefônica clandestina, que ocorre quase sempre, através de escutas realizadas por detetives particulares em empresas, praticando

a conhecida espionagem industrial ou comercial, ou em residências, a fim de se comprovar ou não, suspeitas de infidelidade conjugal.

Atualmente, a evolução tecnológica tem proporcionado à sociedade inúmeros benefícios como conforto, entretenimento, cultura, entre outras vantagens. Não obstante, acompanhando estes avanços, surgem alguns problemas, ou seja, o lado negativo da tecnologia como por exemplo, a facilidade em se invadir a intimidade alheia.

Ovídio Araújo Batista afirma que (2000, p. 89):

(...) este problema cresce de importância, tornando-se mesmo decisivo, frente à possibilidade, sempre crescente, do emprego de toda a sorte de tecnologia eletrônica capazes de serem empregadas para a obtenção de provas, sem o conhecimento ou permissão daquele contra quem a prova obtida clandestinamente será produzida(...).

As provas ilícitas se apresentam das mais variadas formas, seja através de interceptações telefônicas, da gravação de uma conversa, feitas através de aparelhos cada dia mais sofisticados e imperceptíveis, seja por prova produzida através de documento furtado, pela devassa de uma agenda ou diário pessoal, pelo suborno de uma testemunha, pelo acesso à informações armazenadas na memória de um computador, etc.

Em relação às gravações clandestinas, feitas em fitas cassetes, sejam elas originárias de uma ligação telefônica, através do chamado grampo telefônico, ou de uma conversa feita pessoalmente, são elas consideradas incluídas no artigo 333 do Código de Processo Civil, pois este estabelece que “qualquer reprodução mecânica, como a prova dos fatos ou das coisas representadas, se aquele contra quem foi produzida lhe admitir a conformidade”.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery apontam um defeito na redação deste artigo, pois entendem que “a lei fala que qualquer reprodução mecânica é meio de prova. Não é bem assim. É meio de prova, desde que tenha sido obtida por meio lícito”.

Embora a Constituição Federal tenha prescrito, de forma expressa, a inadmissibilidade das provas obtidas de forma ilícita, não deixou claro a

consequência de apesar de a prova ter sido obtida de forma ilícita, ter sido admitida no processo, transferindo para a doutrina e jurisprudência tal empreitada.

A Constituição de 1988 optou, por uma solução , ao menos a primeira vista, radical. Não só proibiu em termos amplos a utilização das prova ilícitas como deixou um estreito limite ao poder do juiz de, mediante autorização , legitimar a obtenção de provas que sem ela ficam sujeitas a veto taxativo.

Explica-se tal opção, em grande parte, por situações históricas. A Constituição foi elaborada logo após uma notável mudança política. Extinguira-se recentemente o regime autoritário que por tanto tempo dominou o país, onde eram frequentes e graves as violações aos direitos fundamentais, sem exclusão dos proclamados na própria Carta da República então em vigor, como a inviolabilidade de domicílio e da correspondência. Ninguém podia considerar-se imune à diligências policiais arbitrárias ou ao granpeamento de aparelhos telefônicos. Pretendeu-se prevenir a recaída a esse gênero de violências. É preciso reconhecer que, naquele momento histórico, não teria sido fácil conter reação do passado próximo definindo uma norma com moderação.

2.3 CORRENTES DOUTRINÁRIAS

Quanto à questão referente às provas ilícitas e sua validade no processo é notória a grande contrariedade entre a doutrina e a jurisprudência.

A professora Ada Pellegrini Grinover questiona se seria possível afastar do processo uma prova relevante e eficaz que poderia levar à descoberta da verdade no processo, pelo simples fato de ter sido colhida com infringência à norma material. Ou, se essa prova deveria ser produzida e valorada, apenas punindo-se, pelo ilícito penal, civil, ou administrativo cometido, quem a tivesse obtido de forma ilícita.

É necessário salientar que todas as normas jurídicas, inclusive as contidas na Constituição Federal pertencem, a um sistema em que a harmonia entre elas precisam existir. Os interesses e valores sempre entram em conflito sendo impossível reconhecer a todos proteção irrestrita. Só analisando o caso concreto

é possível ao aplicador do direito dotado de uma certa flexibilidade, ponderar os interesses em jogo e permitir que se chegue a uma solução justa.

Diante desta análise destacaremos três posicionamentos distintos quanto a aplicação das provas obtidas ilicitamente.

Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini mencionam três correntes existentes: a primeira, denominada “obstativa” que “... considera inadmissível a prova obtida por meio ilícito em qualquer hipótese ...”, a segunda, denominada permissiva, que “... a aceita a prova assim obtida, por entender que o ilícito se refere ao meio de obtenção da prova, não a seu conteúdo”, e, por fim, a corrente intermediária que “... admite a prova ilícita, dependendo dos valores jurídicos e morais em jogo. Aplica-se o princípio da proporcionalidade”.

2.3.1 LIVRE UTILIZAÇÃO DA ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS

Para essa primeira corrente deve prevalecer, em qualquer caso, o interesse da justiça no descobrimento da verdade, de forma que a ilicitude da obtenção não retire à prova o valor que possua como elemento útil para formar o convencimento do juiz.

Esta corrente tem como premissa que somente podem ser rejeitadas do processo as provas que violam norma processual, ou seja, as ilegítimas, por serem as únicas que dispõem de uma sanção de natureza processual.

Os seguidores desta corrente defendem que a violação de uma norma material traz uma sanção específica devendo ser aplicada ao ofensor a sanção correspondente, a pena adequada; no entanto, não pode a prova ser afastada do processo. Assim temos como exemplo uma conversa telefônica interceptada, ficando mantida a prova, processa-se o ofensor pela violação da lei apropriada.

Segundo menciona Silva apud Ramires (2002, p 79) , os defensores da livre utilização das provas ilícitas entendem que:

... a solução contra a ilicitude praticada pela parte não deve ser a proibição de que ela faça uso da prova assim obtida, mas sua sujeição

ao correspondente processo criminal para punição pela prática do ilícito cometido na obtenção da prova.

Nos tribunais, a justificativa que se dá para que seja admitida uma prova ilícita, na maioria das vezes, é que pune-se o autor do ilícito, mas a prova é válida, desde que confirmado o seu teor pelas outras provas colhidas na instrução judicial.

No período da nossa Constituição Federal anterior, nossos Tribunais admitiam quase todas as provas obtidas por meio ilícitos, como o voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Cordeiro Guerra, que admitiu a apreciação em juízo de uma confissão extrajudicial, obtida mediante coação, como fundamento de que deve se punir o autor do ilícito, mas a prova é válida desde que confirmado o seu conteúdo em outras provas afirmando que:

Não creio que entre os direitos humanos se encontre o direito de assegurar a impunidade dos próprios crimes, ainda que provados por outro modo nos autos, só porque o agente da autoridade se excedeu no cumprimento do dever e deva ser responsabilizado. Nesse caso, creio que razão assiste à nossa jurisprudência; pune-se o responsável pelos excessos cometidos, mas não se absolve o culpado pelo crime efetivamente comprovado. (FREGADOLLI, 1984, p. 188)

Importante também foi o voto do Ministro Raphael de Barros Monteiro no acórdão promulgado em 1951 onde sustentou que:

A finalidade do juiz no processo é julgar, julgar com provas que tem e não verificar a litude ou legalidade da prova. O simples fato de terem sido captadas por meio criminoso não pode constituir motivo para que não se tome em consideração este meio de prova. (FREGADOLLI, 1984, p. 188).

2.3.2 PELA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS

No entendimento desta segunda corrente, o direito não pode prestigiar comportamento antijurídico, nem consentir que dele tire proveito quem haja desrespeitado.

Vicente Greco Filho (1996, p. 198) escreve que:

A tendência moderna, é no sentido de não se admitir a prova cuja obtenção tenha violado ou norma de direito material, especialmente, se a norma violada está inserida como garantia constitucional....”, e, continua dizendo que “ se a parte, por meios lícitos, não pode obter a prova que precisa, perde a demanda, e esse mal é menor que implicitamente autorizá-la à violação da lei para colher o meio de prova.

É interessante observarmos os diferentes fundamentos com relação a exclusão das provas ilícitas e como foi a sua evolução no direito comparado.

Na Itália, com a entrada em vigor do Código Penal italiano, em 1988, foi expressamente proibida a utilização das provas ilícitas no artigo 191 do referido código.

Na Alemanha, uma posição diversa vinha se destacando, devido a um retorno às concepções jusnaturalistas e uma renovada sensibilidade para os valores humanos que colocaram de imediato o problema da tutela dos direitos do indivíduo. Descreveu TROCKER apud AVOLIO (1999, p. 52) em comentário a Constituição de 1954, o seguinte princípio:

O direito do homem à tutela da sua dignidade e ao livre desenvolvimento da própria personalidade deve ser respeitado por qualquer pessoa, mesmo pelos outros da sociedade.

Nos Estados Unidos, embora os juristas tenham evitado tomar posições determinadas, há um grande acervo jurisprudencial e doutrinário que não admite a prova ilícita, tendo algumas exceções.

Na Espanha, a corrente majoritária posiciona-se contrariamente à admissibilidade das provas ilegalmente obtidas, não fazendo qualquer distinção quanto ao momento de admissão ou incorporação da prova ao processo.

Na França, a inadmissibilidade das provas ilícitas está fundamentada no dispositivo do estatuto processual que regula as nulidades, em específico no artigo 172 que descreve sobre as nulidades nos casos de violação dos direitos de defesa.

Podemos entender, através desses ensinamentos, que existe uma preocupação com a obtenção ilícita de provas, em especial, as que atentam contra os princípios constitucionais.

No entanto, o que deve ficar esclarecido, é que as provas obtidas mediante meios violentos e coativos não podem ser aceitas, em nenhuma hipótese, sob nenhum pretexto ou finalidade.

A esse respeito, Ovídio Araujo Batista, citando Echandia, ensina que “o processo civil não é um campo de batalha no qual fosse permitido a cada contendor o emprego de todos os meios úteis e capazes de conduzir ao triunfo sobre o inimigo”, e menciona, ainda, o “falso e universalmente recusado princípio de que o fim justifica os meios.”

Dentro desta linha de pensamento, acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu o seguinte:

Gravação oculta de diálogo- inadmissibilidade- Inteligência do artigo 5º, incisos X e LVI, da Constituição Federal e artigo 332 CPC.

Quanto à inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente, Ada Pelegrini Grinover (1990, p. 72) coloca que:

... as provas ilícitas, sendo consideradas pela Constituição Federal inadmissíveis, não são por esta tidas como provas. Trata-se de não-ato, de não-prova, que se traduz à categoria da inexistência jurídica. Elas simplesmente não existem como provas; não tem aptidão para surgirem como provas. Daí a sua total ineficácia.

Essa corrente tem como objetivo proteger o princípio da moralidade dos atos praticados pelo Estado. Pela inadmissibilidade são encontrados na doutrina três posicionamentos:

O primeiro posicionamento defende que o direito é um universo e não pode ser visto como áreas separadas. E como nos coloca FREGADOLLI (1998, p.189):

Não se pode admitir que o mesmo fato seja objeto de julgamentos diferentes: condenando e prestigiando, apenas porque se dividiu o direito em ramos autônomos. O ilícito, desde que reconhecido, contamina todo o Direito e não somente partes separadas.

O segundo posicionamento sustenta que o Estado de Direito deve perseguir o crime de uma forma moral, não podendo a punição do criminoso ser

obtida à custa de ofensa ao direito de intimidade. O Professor ARANHA(1994, p.49) nos esclarece:

Como o jurídico reconhece em favor do Estado uma presunção de legalidade e moralidade de todos os atos praticados, não se pode admitir por parte de seus agentes o uso de meios condenáveis, ombreando-se aos marginais combatidos.

O terceiro posicionamento parte do princípio de que toda prova ilícita ofende a Constituição Federal, por atingir valores fundamentais do indivíduo.

Quando é colhida uma prova ilícita ofendem-se os direitos e garantias fundamentais do indivíduo; a prova obtida fica fulminada pela inconstitucionalidade, não podendo prevalecer em qualquer outro campo do direito.

O doutrinador TUCCI (1993, P.238) entende que:

(...) uma vez conseguidas ou produzidas por outros meios que não os estabelecidos em lei, e, ainda moralmente legítimos, por maior que seja a importância do direito individual a ser preservado, não tem elas como serem levadas em conta pelo órgão jurisdicional incumbido de definir a relação jurídica penal submetida à sua apreciação.

Essa corrente defende que a vedação constitucional de utilização processual de provas ilícitas é um óbice ao livre convencimento motivado do magistrado, ou seja, jamais poderá utilizar-se daquela prova para motivar qualquer decisão, em especial a sentença.

Bastante polêmico foi o julgamento do caso Fernando Collor de Melo e Paulo César Farias, do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre o caso, no sentido da inadmissibilidade da prova, com a seguinte ementa do Desembargador Nery da Silveira:

“1. Ação Penal. Denúncia recebida. Prova Ilícita. Embargos de declaração pleiteando seu desentranhamento. Constituição, art. 5, inciso LVI. 2. Reconhecida a ilicitude da prova constante dos autos, consequência imediata é o direito da parte, à qual possa essa prova prejudicar, a vê-la desentranhada.3. Hipótese em que a prova questionada foi tida como ilícita no julgamento da Ação Penal n 307, fato já considerado no acórdão de recebimento da denúncia. 4. Pedido de

desentranhamento formulado na resposta oferecida pelo em bargante e reiterado em outro instante processual. 5. Embargos de declaração recebidos, para determinar o desentranhamento dos autos das peças concernentes à prova julgada ilícita, nos termos discriminadas no voto condutor do julgamento”. (JSTF 220/386- Embargos de declaração no inquérito 731-9/141- DF, Tribunal Pleno, 07.06.96, votação unânime, relator Ministro Néri da Silveira).

2.3.3 CONCEITO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A origem do princípio da proporcionalidade encontra-se na Antigüidade Clássica. Os gregos concebiam o direito como algo que deve se revestir de utilidade como forma de bem-estar para que os indivíduos pudessem viver em harmonia com a comunidade.

No entanto, foi no campo do Direito Administrativo que o termo “proporcional” empregado por Von Berg, em 1802, ao tratar da possibilidade de limitação da liberdade em virtude do então denominado “Direito de Polícia” ganhou expressão. O surgimento do princípio da proporcionalidade no plano constitucional deve-se em grande parte pelos sucessivos pronunciamentos do Tribunal Constitucional alemão, que veio estabelecer o conceito de proibição de excesso, envolvendo dois elementos básicos: a exigibilidade e a adequação, desta forma, uma lei pode ser considerada inconstitucional quando adote direitos e garantias “desproporcionais” em relação aos resultados obtidos.

A primeira decisão da Corte Constitucional alemã, na qual se encontra uma precisa formulação do princípio, assinalou que o meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim desejado. O meio é considerado adequado quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz.

Na aplicação do princípio da proporcionalidade a tarefa do jurista é precisamente a materialização dos valores. Incumbe-lhe, por isso, um valorar ligado a princípios jurídicos com a de um pensamento orientado em valores.

A fundamentação do princípio da proporcionalidade é realizada pelo princípio constitucional do devido processo legal. Em sua aplicação, ocorre uma

preocupação com a igualdade na proteção dos direitos do homem e os interesses da comunidade quando confrontados.

2.3.3.1 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Grande parte da doutrina entende que a complexidade do problema exige soluções mais flexíveis e harmônicas, entre os princípios constitucionais conflitantes, ou seja, o direito de defender os direitos fundamentais relativos à intimidade do indivíduo e o interesse público na busca da verdade.

GRINOVER (1980, Revista da Procuradoria, p.107-108) apud FREGADOLLI (1998, p. 192) discorre:

Trata-se, portanto de uma questão de proporcionalidade entre a infringência à norma e os valores que a produção da prova pode proteger, por intermédio do processo. Assim, por exemplo, na Alemanha foi recentemente considerada legítima, porquanto processualmente admissível, válida e eficaz gravações clandestina e entendimentos feitos com a finalidade de extorsão. A própria vítima de extorsão gravou clandestinamente a conversa e a prova foi colhida em juízo pelo fundamento de que sua produção seria razoável, para que se chegasse a punir o criminoso. Haveria um equilíbrio, uma proporcionalidade entre a ilicitude da colheita da prova e a finalidade a que tendia a gravação.

A posição doutrinária intermediária, colocada entre a livre aceitação e a negação total da admissibilidade das provas ilícitas, está calcada na teoria da proporcionalidade, que é mencionada por inúmeros autores como a melhor solução para as questões das provas ilícitas.

No entendimento de José Roberto dos Santos Bedaque (1991, p.59):

... O cerne da questão está em encontrar o equilíbrio entre dois valores contrapostos: a tutela da norma violada com a obtenção da prova ilícita e a utilização dos meios necessários ao alcance do escopo da atividade jurisdicional.

Conforme o disposto no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal as provas obtidas ilicitamente sequer poderão ingressar no processo, e caso inadvertidamente o Juiz as deixe ingressar, o efeito é a sua absoluta invalidação.

No entanto, o professor BARBOSA MOREIRA (1989, p. 197) nos esclarece:

A atenta ponderação comparativa dos interesses em jogo no caso concreto afigura-se capaz de permitir que se chegue solução conforme à Justiça. É exatamente a isso que visa o recurso ao princípio da proporcionalidade.

Essa corrente esclarece que a admissibilidade ou não da prova produzida por meio ilícitos é decidida em um momento posterior, ou seja, obtida a prova ilicitamente, o julgador considera o valor de maior importância para a sociedade, se o violado pelo crime, ou se aquele atingido pela forma ilegal de obtenção da prova. Sendo mais estimado o interesse atingido pelo crime, a prova será admitida.

A Constituição assegura o direito a individualidade e privacidade das pessoas, tutela esta garantida pelo Estado. No entanto os indivíduos não podem exceder a esse direito, em detrimento de outros interesses coletivos que também são importantes. Caso esses direitos sejam agredidos, o Estado Juiz, agindo com proporcionalidade, deverá sacrificar o direito individual em favor do direito social.

É preciso esclarecer que para uma prova obtida ilicitamente ser admitida no processo, o julgador leva em consideração dois critérios muito importantes, a adequação e a exigibilidade. A adequação significa que os meios adotados devem ser idôneos para o alcance do objetivo perseguido, ao passo que a exigibilidade se evidencia no fato do resultado não poder ser alcançado por outro meio menos gravoso, ou seja, que não exista outra forma de conseguir provar os fatos.

Há no entanto, que observar se a transgressão ao direito à intimidade, que se explica por verdadeira necessidade, é suficiente para escusar o comportamento da parte, e se esta se manteve nos limites, ou se, ao contrário, era possível provar as alegações por meios lícitos e a infração causou prejuízo maior do que o benefício trazido ao processo.

Favorável à possibilidade de utilização das provas ilícitas ainda sob a vigência da Constituição anterior, LIMA, apud, FREGADOLLI, 1998, p.145 expressava a seguinte opinião:

O juiz não pode abstrair-se de conhecer o fato e julgar conforme possa influir isoladamente ou no conjunto de provas, porque sua obtenção foi considerada imoral, por transgredir certos postulados ou certas normas que amparam indivíduos, e, portanto, somente por isso deixa de ser eficaz para ser o litígio solvido. Se a parte dispuser apenas daquela prova, sem a possibilidade de outra, sobre fato, que, pela natureza, não enseja normalmente outro meio (corrupção, adultério, chantagem, sempre realizados com recato e sigilo, com a preocupação de ocultar o mais possível), a repulsa pelo juiz poderá determinar uma sentença injusta e imoral, negando razão ao que usou de meio de prova obtido imoralmente e dando razão ao que praticou o ato imoral e ilegal, mas cuja prova foi considerada ineficaz por ter sido conseguida fora da moral... É a negação do ideal de justiça.

Analisando-se o ponto de vista da Constituição vigente, Humberto Theodoro Júnior argumenta que quando se veda a prova obtida ilicitamente, o que pretende o preceito constitucional não é o fato processual em si mesmo, mas a necessidade de coibir e desestimular a violação das garantias constitucionais e do ordenamento jurídico.

Dentro deste contexto, o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo proferiu decisão a esse respeito, que teve a seguinte ementa:

Prova - Gravação magnética – Possibilidade da sua produção, pois pode ser útil e apta para a elucidação de fatos controvertidos – Juiz que deve ponderar, no entanto, os limites da abrangência probatória caso se esclareça a ilicitude na sua obtenção.

Por sua vez, João Batista Lopes menciona acórdão também do Tribunal de Justiça de São Paulo em que ficou decidido: “... conversa regular entre duas pessoas que se aceitam como comunicador e receptor, em livre expressão de pensamento admite gravação por uma das partes...”

E ainda, acórdão do Tribunal de Alçada Civil do Estado de Minas Gerais, cuja a decisão foi a seguinte:

Prova - Gravação telefônica. Admissibilidade. Artigo 5º XII, da Constituição Federal - Fita Magnética contendo conversação telefônica, desde que gravada pelo interlocutor, constitui-se em meio de prova lícito e admissível no processo em que este é parte, vedando o artigo 5º, XII, da Constituição Federal, apenas a interceptação operada por terceiro no diálogo, porque ofensiva ao sigilo das comunicações e à liberdade de

manifestação de pensamento. Processo n. 1.853.385- Comarca de origem Uberaba-j.1- 12-94- Relator: Juiz Marino Costa- Decisão Unânime- Dados de publicações: DJ 3-5-95 e RJTMAG 56-57/81.

Alcides Lima (1987, p.22) faz um interessante estudo ao declarar que:

.. a prova articuladamente preparada, na modalidade mais conhecida da denominada escuta telefônica, é considerada ilícita porque retira das partes regulares do ato de comunicação, o direito ao sigilo pessoal e, assim sendo, constitui verdadeiro meio ilegal de obtenção de prova, à parte adversa, a respeito da gravação, quer sem aviso, mas de acordo com a seqüência lógica da conversação, é forma considerada lícita.

2.4 PROVAS ILICÍITAS POR DERIVAÇÃO

Muito se discute na doutrina e na jurisprudência da admissibilidade ou não das provas ilícitas por derivação.

As provas ilícitas por derivação, conforme bem explica AVOLIO (1999, p 73):

Concerne as hipóteses em que a prova foi obtida de forma lícita, mas a partir da informação extraída de uma prova obtida por meio ilícito. É o caso da confissão extorquida mediante tortura, em que o acusado indica onde se encontra o produto do crime, que vem a ser regularmente apreendido.

Esta modalidade de prova, conceituada como aquela obtida de forma lícita, mas a partir de informação extraída de prova obtida por meio ilícito, encontra raiz no que foi denominado pela Suprema Corte norte- americana como *fruits of the poisonous tree*, segundo a qual o defeito da árvore se *transmite aos seus frutos*. Como exemplos dessas provas temos a confissão extorquida mediante tortura, em que o acusado indica onde se encontra o produto do crime, que vem a ser regularmente apreendido (a apreensão é lícita, mas só foi possível efetivá-la a partir das informações logradas com a confissão, que foi extorquida mediante tortura, ou seja, ilicitamente), ou a interceptação telefônica clandestina, pela qual se venha a conhecer circunstâncias que lícitamente colhidas, levem a apuração dos fatos.

A Professora GRINOVER (1989 p.28) entende que:

A posição mais sensível as garantias da pessoa humana, e consequentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, é a que professa a transmissão da ilicitude da obtenção da prova às provas derivadas, que são, assim igualmente banidas do processo.

Ao contrário, Mirabete (1992, p.83) defende que:

Como a lei ordinária não prevê expressamente a cominação de inadmissibilidade ou nulidade das provas ilícitas por derivação, prevalece a eficácia do dispositivo constitucional que veda apenas a admissibilidade da prova colhida ilicitamente, e não a que dela deriva.

Tal questão gerou polêmica em uma decisão de 1996 do STF, pois no entendimento do Ministro Sepúlveda Pertence esta doutrina:

(...) é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita. E isto porque vedar que se possa trazer ao processo a própria gravação das conversas telefônicas, mas admitir que as informações por meio dela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade que agiu ilicitamente, visando chegar a outras provas, que sem tais afirmações, não colheria, evidentemente, é assumir e, não reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas". Em sentido contrário, fundamentou o Ministro Sydney Sanches com um exemplo, segundo o qual a polícia, através de uma interceptação ilícita, toma conhecimento de um homicídio e passa a investigá-lo, logrando encontrar o corpo de delito e obter testemunhas presenciais, além da confissão do próprio autor do crime. Considerando que as provas se repetiram em juízo, o Ministro não vê como não se poderia apoiar a condenação nesse conjunto probatório, só porque o fio da meada foi uma prova ilícita". (HC 69.912-0, publicado no DJ de 26/11/1993).

CAPÍTULO 3- INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E GRAVAÇÕES CLANDESTINAS

3.1 A LEI DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E AS GRAVAÇÕES CLANDESTINAS.

Com o emprego dos modernos meios eletrônicos existentes no mercado, está cada vez mais fácil documentar as conversas telefônicas e, com isso violar o direito à intimidade das pessoas.

Interceptar, de acordo com Aurélio Buarque de Holanda (1986, p.957), significa :“ Interromper no seu curso; deter ou impedir na passagem”. Juridicamente, as interceptações, *latu senso*, podem ser entendidas como ato de interferência nas comunicações telefônicas, quer para impeli-las com conseqüências penais, quer para delas apenas tomar conhecimento, nesse caso, também com reflexos no processo.

Insta observar que, para caracterizar a interceptação, é preciso que a operação seja realizada por alguém estranho à conversa, e que esse terceiro tenha o interesse em tomar conhecimento da circunstância. A hipótese de um dos interlocutores gravar a própria conversa limitando-se, a documentar fatos conhecidos, não caracterizará a interceptação telefônica e sim gravação clandestina, conforme descreve a decisão do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo:

Prova - Reprodução de conversa gravada via telefone - Admissibilidade. Não se tratando de interceptação de conversa via telefone ou de qualquer outro meio ilegal ou moralmente ilícito, mas tão somente de mera reprodução de conversa gravada por um dos interlocutores, mesmo sem o conhecimento da outra, nada obsta seja admitida como prova nos termos do artigo 383 do CPC, inócurre qualquer violação constitucional. (AP. 955.757/0 – AC. Unânime da 8. Câmara do TA Crim- São Paulo- j. 10/8/95- Rel: Juiz Bento Mascarenhas. Adcoas 8148864.

Conforme esclarece GRINOVER (1993, p.147), interceptação telefônica em sentido estrito “é aquela que se efetiva pelo grampeamento, ou seja, pelo ato de interferir numa central telefônica, nas ligações de linha do telefone que se quer controlar, a fim de ouvir e/ ou gravar conversações”.

Desta forma, conforme observa AVOLIO (1999, p.216):

Inexistindo na conversa objeto da gravação clandestina o direito à reserva (obrigação de guardar segredo), a outra parte pode utilizá-la validamente em juízo como de seu interesse. Ainda que haja ilicitude,

esta pode ceder em face de outro interesse jurídico proporcionalmente mais relevante que a intimidade, como, por exemplo, a vida ou a saúde, ou o direito a ampla defesa.

Distinguem-se, também interceptação telefônica propriamente dita da gravação ambiental. A primeira ocorre quando há interceptação de conversas entre presentes, realizada por um terceiro, ao passo que na gravação, a divulgação é feita por um dos interlocutores.

A utilização da gravação ambiental se regula pelos mesmos critérios das provas lícitas em geral, ou seja, inexistindo violação a preceitos de ordem constitucional ou de direito material, a interceptação ambiental é de ser reputada no processo. A violação da intimidade reflete-se não mais no momento da proteção do segredo, que é direito de que terceiros não tenham acesso à privacidade individual, mas no da reserva, que é o direito de ver divulgadas as gravações concernentes à vida privada da pessoa.

3.2 A RELAÇÃO ENTRE A LEI DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E O PROCESSO CIVIL.

A lei 9.296/96 regulamentou as interceptações telefônicas descritas na parte final do inciso XII, do artigo 5º, da Constituição Federal, trazendo dispositivos que podem se relacionar com o processo civil.

O artigo 1º, da mencionada lei, estabelece que a interceptação telefônica deverá valer para a prova em investigação criminal, ou seja, na fase do inquérito policial, e em instrução processual penal. A questão que se discute na doutrina é: a interceptação telefônica obtida mediante permissão legal, a fim de ser utilizada como prova emprestada, em outro processo, seja ele civil, trabalhista ou administrativo, é possível?

Imaginemos, por exemplo, que em uma interceptação devidamente autorizada pelo juiz, a fim de se elucidar um seqüestro, acaba por comprovar que determinada pessoa está cometendo infidelidade conjugal, ou, admite ter causado um determinado dano a terceiro. Está prova, direta e originalmente obtida no

âmbito do processo penal, mas, indiretamente, relativa ao processo civil, poderá ser aproveitada no processo cível?

Examinando a norma constitucional de onde originou a mencionada lei, ou seja, o inciso XII, do artigo 5º, da Constituição Federal, conclui-se que a autorização para violar o sigilo das comunicações telefônicas foi prevista apenas nos casos de investigação criminal e instrução processual penal.

No entanto, a questão colocada diz respeito a utilização como prova emprestada, ou seja, de maneira indireta, o que não é a situação estabelecida pela Constituição Federal e contida na lei.

Nesse aspecto, Moacyr Amaral dos Santos (1999, p.332), ensina:

Trata-se de processo, o criminal e o civil, que subjetivamente não divergem quanto aos fins: ramos da mesma árvore, visam atuação do direito, ambos tendo em vista o interesse público. Concluindo esclarece que "... em regra, a prova produzida no processo crime e transplantada para o civil, não perde o seu valor originário, podendo exercer a maior influência na formação e convicção do juiz.

Já o doutrinador Luiz Flávio Gomes, entende não ser possível a utilização como prova emprestada no processo civil, de um prova colhida nestas circunstâncias, ao escrever que:

O legislador constitucional ao delimitar a finalidade da interceptação telefônica (criminal), já estava ponderando valores, sopesando interesses. Nisso reside também o princípio da proporcionalidade. Segundo a imagem do legislador, justifica-se sacrificar o direito à intimidade para a investigação ou processo criminal, não civil. Isso tem por base valores envolvidos num e noutro processo.(Repertório IOB de jurisprudência, n.4/97, p.74).

Por outro lado, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery (1999, p. 2220) entendem que a utilização da prova, neste caso, não é proibida, em razão do permissivo contido no inciso LVI, do artigo 5º, da Constituição Federal escrevendo que:

Produzida no processo penal, a prova obtida mediante interceptação telefônica lícita (autorizada pela Constituição Federal e pela LIT) pode servir como prova emprestada no processo civil.(...) O que a CF, artigo 5

LVI, veda é a eficácia da prova obtida ilicitamente. Como a prova no processo terá sido obtida ilicitamente, sua transposição para o processo civil, por intermédio do instituto da prova emprestada, não ofende o dispositivo constitucional que proíbe a prova obtida ilicitamente.

Tendo em vista os dois entendimentos doutrinários examinados, entende-se que a prova resultante de interceptações telefônicas na esfera do direito penal, pode ser utilizada em outros processos, a título de prova emprestada, e esta deverá ser analisada e valorada diante de todo o contexto probatório que o Juiz possui em mãos, o que representará ou não elemento de importância para a prolação da sentença.

No campo doutrinário, tem-se admitido a possibilidade da utilização da prova emprestada. Em favor dela, argumenta-se que, uma vez rompido o sigilo e por conseguinte sacrificado o direito da parte a preservação da intimidade, não faria sentido que continuássemos a preocupar-nos com o risco de arrombar um cofre já aberto.

3.3 PROVAS ILÍCITAS: GRAVAÇÕES TELEFÔNICAS, SONORAS E CÊNICAS

Essa matéria, enfoque principal do trabalho, tem sido de grande discussão pela doutrina e pela jurisprudência desde a Constituição de 1988 que proibiu a inviolabilidade do sigilo das comunicações no âmbito do processo penal e também no processo civil, principalmente em matéria de direito de família.

Nesse aspecto, salutar a discussão acerca da admissibilidade de gravações de conversa telefônica obtida por escuta clandestina. Por tal motivo apontaremos todos os posicionamentos.

O doutrinador Yussef Said Cahali (2002, p. 655) entende admissível a utilização das provas ilícitas argumentando 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.

Cahali concorda com o julgamento feito pela 3ª Câmara do TJRJ que proferiu:

Não há dúvida de que o atual CPC admitiu todos os meios modernos de prova na pesquisa e demonstração dos fatos articulados em juízo, entre eles, sem dúvida, a reprodução fotográfica, através de fitas gravadas, de palestras, contatos, conversas telefônicas, etc. Também não padece dúvida de que o meio de obtenção das gravações deve ser conforme a lei e a moral. O avanço tecnológico e sua admissibilidade pela moderna processualística não afastam a moralidade na conduta humana ou a juridicidade dos meios de prova e forma de sua obtenção. O que a lei penal veda e proíbe, sem pretender apreciar o mérito de possível procedimento penal contra o agravado, é a indevida divulgação, transmissão a outrem ou utilização abusiva de comunicação telefônica entre outras pessoas. Não veda ou define a gravação de conversa telefônica feita pelo marido para conhecer o que se passa em sua casa, no relacionamento com terceiros de sua esposa. O que veda é a divulgação indevida dessa gravação. O conteúdo criminal não pode ser dilargado, ou extravasado para considerar crime aquilo que a lei não prevê como tal. O Código de Telecomunicações a disposição do Código Penal e se dirige aos agentes que tenham função ou cargo ligado às telecomunicações e pratiquem o delito. O certo é que o Código de Processo admite a prova fotográfica através de fitas de gravações e não é indevida a divulgação dessas fitas pelo cônjuge enganado em ação judicial, com o resguardo que a lei dá do segredo de justiça às ações de desquite – art. 155, II; portanto, não há divulgação ou utilização abusiva da gravação, senão sua revelação entre as próprias partes, que as conhecem. Assim, a prova é legítima, está prevista e permitida em lei e não se apresenta como imoral em sua obtenção e é permitido ao marido usá-la para preservar a moralidade de sua própria família e formação de sua filha" (RT 488/205).

Compartilhando da mesma opinião, afirmam Washington de Barros Monteiro e Pontes de Miranda que uma coisa é a gravação em si e seu conteúdo, como meio de prova tendente à formação do convencimento do juiz; e outra, distinta, a forma eventualmente imoral ou ilícita com que terá sido obtida fora dos autos, sabido que, incide nas sanções previstas no artigo 151, parágrafo 1º, II, do Código Penal, quem, indevidamente, divulga conversa telefônica entre outras pessoas, que abusivamente gravara.

Em uma posição intermediária ficam o processualistas José Carlos Barbosa Moreira e Moniz de Aragão argumentando que é admissível a prova ilícita desde que não haja outro meio de prova que evidencie a infidelidade do outro cônjuge.

Segundo Moniz de Aragão, é preciso ser examinado, no caso concreto, se o mal maior está na obtenção ilícita da prova ou em deixar desamparado o direito do autor. “Parece ser recomendável a orientação atual dos tribunais alemães, que sustentam dever ser admitida a prova ilegalmente obtida se, ao ver do julgador, esse for o único meio possível e razoável de proteger valores mais urgentes e fundamentais aderindo ao princípio da proporcionalidade. O certo é que não faz sentido deixar o ser humano, ou a própria sociedade, inteiramente desprotegidos frente ao ato ilícito, em casos para os quais será possível obter a prova por meios ortodoxos...” (E.D. Moniz de Aragão, Prova Ilegalmente Obtida, JB 86/13 apud. Separação e divórcio, Inácio de Carvalho Neto, 1998, p.116)

Em sentido contrário, tem se pronunciado a jurisprudência também pela não admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, argumentando que deve ser preservado o direito à intimidade.

O Tribunal de Justiça de São Paulo descreveu:

Evidente que referida gravação ao ser conseguida não era do conhecimento da agravada, como é óbvio. E como o agravante não representa explicações da forma pela qual foi obtida, afirmando apenas o seu direito de saber o que se passa no íntimo de seu lar, não foi difícil concluir-se que a gravação foi arranjada por meio ilícito ou i- moral; e assim insuscetível de servir como prova em ação de separação judicial, desobedecido que foi o disposto no artigo 332, do CPC.(TJSP 5ª Câmara Cível- Rel. Des. Silva Wolff).

Também são inadmissíveis, no dizer de José Frederico Marques, os meios de prova incompatíveis com o sistema processual, tais como os meios probatórios de invocação sobrenatural e os que sejam incompatíveis com os princípios de respeito ao direito de defesa e à dignidade da pessoa humana, assim como o juramento.

Nelson Hungria entende que:

(...)a liberdade na apreciação dos meios de prova, por maior que seja, não é total : o limite é aquele que garanta a exclusão dos meios de prova que atentem contra o pudor público, ou se revelem subversivos da ordem pública, violentos e atentatórios à personalidade humana ou à moral pública. (Prova criminal, in J.M. de Carvalho Santos, Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro 52/255, apud. Luiz Francisco Torquato Avolio, 1999, p. 82).

Demonstrando o princípio contido no artigo 332 do CPC, que condiciona que as provas sejam legais e morais, José Carlos Pestana de Aguiar Silva, investe contra a interpretação que reputa aceitáveis apenas como indícios os meios de prova inadmissíveis em juízo, aduzindo que a imoralidade na obtenção da prova, seja de que grau for, a invalida inteiramente.

Ada Pellegrini Grinover, (1990, p. 199) expressa seu pensamento:

Sendo inaceitável a corrente que admite as provas ilícitas, no processo, preconizando pura e simplesmente a punição do infrator pelo ilícito material cometido; afasta, como o fizemos, a simples visão que pretende superar a distinção entre ilícito material e inadmissibilidade processual em uma posição que se baseia na unidade do ordenamento jurídico, a necessária correlação entre o ato ilícito, material, da obtenção da prova e a sua inadmissibilidade e ineficácia processuais somente pode ser feita, como vimos, pela qualificação que os institutos processuais recebem do direito constitucional.

A Constituição Federal de 1988, ao prescrever a sua inadmissibilidade processual, considera a prova materialmente ilícita também processualmente ilegítima, estabelecendo, assim, a ponte entre a ilicitude material e a sanção processual da inadmissibilidade.

E do que já ocorre na Itália a partir da edição do novo Código de Processo Penal de 1988, que já prescreve, em seu artigo 191, o impedimento de utilizar as provas que contrariem as vedações legais. A Constituição brasileira não define qual a consequência decorrente da introdução da prova vedada no processo.

Com relação às provas ilícitas, a Constituição brasileira de 1988, a exemplo das Constituições da Nicarágua (art. 125), da Bolívia (art. 20) e de El Salvador (art. 159) e, posteriormente, de Portugal, explicitou a sua vedação no art. 5º, inciso LVI, que as considera inadmissíveis no processo. Alcançou-se, assim, pela via constitucional, uma consequência que não poderia cair em desuso a partir do sistema processual vigente, que sequer ensejaria a cominação de nulidade absoluta para as provas consideradas inadmissíveis. O mínimo que se poderia afirmar, com Ada Pellegrini Grinover, é que o ingresso da prova ilícita no processo, contra a constituição, importa na nulidade absoluta dessas provas, que não podem ser tomadas como fundamento por nenhuma decisão judicial.

Para essa corrente, a prova ilícita não gera efeitos, em nenhum momento processual. Se vem a ser admitida e produzida no processo, e até valorada pela

sentença, o Tribunal, em grau de recurso, deverá desconsiderá-la, como de resto já determinou o Supremo Tribunal o seu desentranhamento dos autos do processo-crime. Noutra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, a prova ilícita resultante de busca e apreensão efetuada sem mandado judicial, com invasão de domicílio, acarretou a absolvição do réu, por inexistência da prova do fato.

Com relação ao trâmite processual no caso de supressão de um grau de jurisdição, se a questão da ilicitude foi suscitada em primeiro grau, o julgamento do recurso implica na devolução do conhecimento integral da causa ao Tribunal. O artigo 155, parágrafo 1º, do CPC dispõe: “Serão porém, objeto de apreciação e julgamento pelos Tribunais todas as questões suscitadas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro”.

No caso da sentença baseada em prova ilícita que já tenha transitado em julgado, poderá ser decretada em revisão criminal, a sua nulidade, em face da inexistência da prova. Em se tratando de habeas corpus, o Tribunal deverá anular a sentença, indicando as provas viciadas e determinando o seu desentranhamento.

Segundo o entendimento que tem predominado jurisprudencialmente, a proibição constitucional de admissibilidade de provas obtidas ilicitamente somente gera nulidade do processo se a acusação ou condenação basear-se exclusivamente nessa prova ou em provas colhidas a partir dela.

A Procuradoria- Geral da República , em parecer lavrado pelo Dr. Mardem Costa Pinto, afirma que a admissão da prova vedada não gerará a nulidade do processo se a condenação não tiver fundada exclusivamente nela .

Entendimento diverso é o exposto pela doutrina, o qual que a jurisprudência americana constituiu como “*fruits of poisonous tree*”, ao defender a tese que, havendo prova ilícita no processo, e se as demais somente foram possíveis a partir dela, a ilicitude contamina todas as demais.

A gravação de conversa telefônica, que tem encontrado resistência em sua admissibilidade como meio de prova, diz respeito àquela obtida clandestinamente, através de interceptação das conversações, envolvendo qualquer das partes no litígio e terceira pessoa. Assim, descreveu a 2ª Câmara do 2º TAJCSP:

(...) a gravação feita através de fita magnética da própria conversação com terceiro e mediante o emprego de meios comuns deve ser admitida como prova, uma vez que não há quebra de privacidade de quem quer que seja, pois se trata de gravação da própria conversação, pouco ou nada importando que a pessoa com que se fala desconheça a existência do sistema eletrônico, não se cuidando de interceptação de conversa telefônica ou de outro meio ilegal ou moralmente ilícito, mas simplesmente de reprodução de conversa mantida pelas partes e gravada por uma delas, há de ser esta gravação admitida como prova em juízo, a teor do art. 383 do CPC, independentemente a admissibilidade da referida prova do conhecimento de sua formação pela outra parte". RT620/151

No mesmo sentido julgou o Tribunal de Justiça de Curitiba:

Prova- Transcrição telefônica- Uso da fita magnética- Violação da intimidade – Inexistência de violação .Gravação telefônica. Uso de fita como prova. A gravação de conversa por um dos comunicantes não constitui interceptação de linha com quebra de sigilo ou sua inviolabilidade (AI n.415/79 – 2ª Vara Cível do TJ Curitiba- jornal 24/02/82 apud FREGADOLLI, 1998, 1999).

O Tribunal de São Paulo também descreveu:

Prova –Gravação magnética- Conversa telefônica própria envolvendo terceira pessoa- Admissibilidade se constatada a sua autenticidade.Gravação de conversa telefônica própria, envolvendo terceira pessoa, ainda que eticamente reprovável pode ser admitida como prova, constatada sua autenticidade, sendo legítima para autorizar recusa de laudo oficial (AI n.450.7000-00/8 – 7ª C. do TA- São Paulo – j.9/12/95 Rel. Juiz Demóstenes Braga RT 731/334)

CAPÍTULO – 4 PROVAS ILÍCITAS NO DIREITO DE FAMÍLIA

Até a Constituição de 1988, a doutrina brasileira apresentava duas correntes sobre a admissibilidade processual das provas ilícitas, com preponderância da teoria da admissibilidade, especialmente no direito de família.

É delicada a questão nesse campo, pois se argumenta que a indisponibilidade de certos direitos ligados ao estado das pessoas haveria de merecer um tratamento especial, prestigiando desta forma a busca da verdade real. Nesse sentido, autores como Yussef Cahali e Washington de Barros Monteiro sustentam ser irrelevante o meio pelo qual a prova foi obtida, devendo o juiz aproveitar o seu conteúdo e enviar ao Juízo Criminal eventual indício da existência de ilícito penal. José Rubens Machado de Campos apud AVOLIO (1999, p. 79) sustenta que, no conflito entre o direito à intimidade e os ilícitos de prova, não se admite mais uma proteção absoluta às liberdades públicas e, entre elas à intimidade que devem ceder sempre que entrarem em confronto com a ordem pública e a liberdade alheia.

Esclarece a ementa do julgado RT 194/157:

“Prova – Gravação de conversa telefônica – Captação por meio criminoso – Violação do sigilo da correspondência - Meio probatório não previsto em lei – livre de apreciação, todavia, pelo juiz”.

Na aplicação do princípio da proporcionalidade, pelos nossos Tribunais, é digna de menção a posição de Barbosa Moreira do acórdão publicado em RF 282/272 :

Prova obtida por meio de interceptação e gravação de conversas telefônicas do cônjuge suspeito de adultério: não é ilegal, quer à luz do Código Penal, quer à luz do Código Brasileiro de telecomunicações, e por ser moralmente legítima se as circunstâncias do caso justificam a adoção, pelo outro cônjuge, de medidas especiais de vigilância e fiscalização.

Entende Barbosa Moreira (1980, 2ª. série p. 9-10) que o direito à preservação da intimidade sujeita-se ao sacrifício na medida em que a sua proteção seja incompatível com a realização de objetivos primariamente visados cumprindo observar um critério de proporcionalidade com o auxílio do qual se possa estabelecer adequado sistema de limites à atuação das normas suscetíveis de por em cheque a integridade da esfera íntima de alguém, participante ou não do processo.

4.1 O ÔNUS DA PROVA E A SUA APRECIÇÃO NO PROCESSO DE SEPARAÇÃO LITIGIOSA

A regra fundamental que disciplina o ônus subjetivo da prova encontra-se no art. 333 CPC, através do qual incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Assim, e segundo os princípios, a prova da conduta desonrosa, do ato de infração grave dos deveres conjugais, da separação de fato há mais de um ano, da doença mental do cônjuge de cura improvável após cinco anos, é feita pelo

demandante que dela se prevalece, eis que seu o interesse na prova do fato constitutivo do direito reclamado .

Por uma presunção natural, de senso comum, decorre que toda conduta que se constitui como desonrosa; todo ato que se constitui como de infração aos deveres do matrimônio, provocam naturalmente no cônjuge ofendido um sentimento de repulsa, de natural indignação, próprios pela desonra ou gravidade que os qualificam a conduzirem a insuportabilidade da vida em comum.

Em qualquer caso é válida a observação de CARBONNIER (1957) apud YUSSEF (2002) segundo o qual, se no direito comum, nos processos em que o litígio está à disposição das partes, prevalece o princípio da neutralidade do juiz, não podendo este procurar de ofício a verdade, e competindo a produção das provas exclusivamente aos litigantes, já o mesmo não ocorre quando a ordem pública é interessada.

No processo de separação, o interesse público volta-se no sentido da rejeição da demanda, e não do seu acolhimento com o interesse de preservar a sociedade conjugal , por isso o juiz não deve poder agir de ofício, deixando ao demandante o encargo de demonstrá-lo; o juiz terá sim a faculdade para determinar de ofício tudo o que vise consolidar a sociedade conjugal.

4.2 CONDIÇÕES PARA SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA COM CAUSA CULPOSA

O artigo 1572 do Código Civil reproduziu o artigo 5º da Lei do Divórcio 6.515/77, apontando como causa da separação judicial, “conduta desonrosa ou qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum”; o artigo 1573, reproduz as causas de desquite enumeradas no artigo 317 do Código Civil anterior, acrescentando em repetição a “conduta desonrosa”; e no parágrafo único possibilita a separação judicial diante “outros fatos”, que o juiz considere “que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum”.

Os deveres ao matrimônio descritos ou não em lei, em função das causas primárias pelas quais a sociedade foi constituída e merece a proteção do Estado, encontram sua fonte também na moral, na religião, nos usos e costumes, nas convenções sociais, com similar tutela jurídica .

São causas da separação judicial: 1) a conduta desonrosa, ou 2) qualquer outro ato que importe em grave violação dos deveres do casamento. É condição do decreto de separação que a conduta desonrosa ou da grave violação de deveres resulte insuportável a manutenção da sociedade conjugal.

O ato injurioso, assim sancionado como infração aos deveres matrimoniais, pressupõe que tenha sido cometido pelo cônjuge moralmente imputável, voluntariamente e com lucidez.

Portanto, conforme observa CAHALI (2002, p. 323), configurada objetivamente a conduta reprovável, ao demandado é que cabe provar a excludente da inimputabilidade como objeção à separação judicial pretendida.

Descritos no artigo 1.566 do CC, encontram-se os deveres dos cônjuges como efeito jurídico do casamento: fidelidade recíproca, vida em comum no domicílio conjugal, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos.

A violação do dever de fidelidade representa a mais grave das infrações dos deveres conjugais, o adultério, constitui séria injúria ao consorte e grave ameaça à vida conjugal .

O adultério estabelecido no CC, art. 1573, inciso I, é definido por DINIZ, (2002 p. 259), como uma infração ao dever recíproco de fidelidade, desde que haja voluntariedade de ação e consumação da cópula carnal.

Ao conceituar o adultério, Jorge Duarte de Azevedo explicita:

O adultério é um crime que fere diretamente a situação social da família, embora, também, não deixe de ser um atentado contra a moralidade pública. A base da família legalmente considerada, reside no matrimônio, instituição de ordem pública, fundamento essencial à organização e conservação da primeira. No dizer de Stephano Riccio, “a família é a primeira e natural forma de associação humana, isto é, a unidade constitutiva da comunhão social”. O matrimônio por sua vez , gera os deveres de não contrair novas nupcias e manter fidelidade conjugal. (Rev. De Doutrina e Jurisprudência 26/35).

O adultério, na definição de Tito Fulgêncio, (Desquite, n.16, p. 27), trata-se da “conjunção carnal entre duas pessoas de sexo diferente, uma das quais pelo menos vinculada a um terceiro pelo laço matrimonial”. No dizer de Faria Coelho (Desquite, n.62, p. 222), um elemento a mais deve ser acrescentado ao conceito pelo menos para qualificá-lo como desquite; é o elemento “intenção”, ou seja, a violação dolosa da fé conjugal”.

Na definição de CAHALI (2002, p. 325):

Divisam-se efetivamente no adultério um elemento material, representado pelas relações sexuais com pessoas que não o cônjuge , e um elemento subjetivo, representado pela vontade livre para a prática da infração. O adultério, assim, na sua conceituação mais ampla, tem como pressuposto necessário a existência de um casamento vinculando qualquer dos participantes da relação carnal a uma terceira pessoa , e se configura ante a presença de um elemento físico, com a cópula e outro moral, a vontade, culpável , a consciência de violar a fé jurada.

O direito brasileiro, embora sem disposição expressa, demonstra que a fidelidade deve ser recíproca entre ambos os cônjuges e incondicionada: o procedimento, o caráter, a conduta, os hábitos de um dos cônjuges não escusam ao outro o adultério; na ação de separação judicial não admite a defesa fundada em compensação de adultério, ou qualquer outra falta, devido à regra de que as culpas não se compensam; pelo que o adúltero demandado não pode alegar o desvio de conduta do outro cônjuge para liberar-se do dever de fidelidade e escapar da procedência da ação.

A nossa jurisprudência compartilha desse entendimento, conforme se observa o julgado da 3ª Câmara do TJSP:

Havendo reciprocidade de culpa dos cônjuges, mais intolerável é a vida em comum e mais necessária é o desquite. (RT 289/292 e RF 190/197).

Quando a deslealdade não chega à prática da conjunção carnal, limitando-se os infratores aos atos que antecedem a relação o chamado adultério tentado ou quase adultério é manifesto ter havido violação ao dever de fidelidade. Veja – se:

Quando na hipótese dos autos a ré mantendo encontros com outras pessoas que não o marido, trocando carícias, cometeu grave violação à fidelidade (RT 535/86).

O doutrinador Yussef Said Cahali (2002 p. 342) esclarece que pode ocorrer a fungibilidade do pedido quando a parte, invocando, na inicial, a prática de adultério pelo outro cônjuge, embora não venha a ser provado o congresso sexual completo do réu com terceiro, permite-se a decretação desde logo da separação judicial desde que provado o quase – adultério, no que há de comum com a infração dos deveres de fidelidade. A 4ª Câmara do TJSP decidiu:

Ajuizada a ação de desquite com fundamento em adultério, uma vez não provado este, mas o procedimento irregular do cônjuge casado, há de a mesma ser tida como procedente, com fundamento na injúria grave. (RT 381/157).

4.3 CONDUTA DESONROSA

Com o casamento desencadeia-se uma série de obrigações como por exemplo, a assistência, a fidelidade, a convivência, o respeito, etc, relações estritamente pessoais e recíprocas, cuja observância se faz necessária como condição de subsistência da própria sociedade conjugal.

CAHALI (2002 p.391) caracteriza a conduta desonrosa como o ato ou comportamento imoral, ilícito ou anti-social de um cônjuge que, infringindo os deveres implícitos do matrimônio, provoca no outro cônjuge um estado ou situação de constrangimento, humilhação, desprestígio moral ou social, desconsideração no ambiente da família, do grupo ou da sociedade.

Caio Mário (Direito de Família, 3ª ed. N. 406, p. 178) conceitua que :

Não existe um critério preordenado, para a definição do que se compreenda por conduta desonrosa. É de se considerar todo comportamento de um dos cônjuges, que implique granjear menosprezo no ambiente familiar ou no meio social em que vive o casal.

Pedro Sampaio (1978, p.64) traz como exemplo o transexualismo pois para ele:

...a mudança de sexo importa em motivo determinante da separação judicial, ou do divórcio, desde que o cônjuge que permaneceu com o sexo inalterado não somente vê frustrada a possibilidade de coabitação com o seu consorte, como fica atingido em sua personalidade.

No entendimento de Maria Helena Diniz difícil é a configuração de conduta desonrosa estabelecida no artigo 1573, VI do Código Civil, por se tratar de uma expressão indeterminada e nada objetiva, cabendo aos juízes e Tribunais dizer caso por caso, quando a conduta é desonrosa, esclarecendo que:

A apreciação dessa causa de separação judicial litigiosa reveste-se de certa subjetividade em razão de inúmeros fatores que podem influenciar a mente do órgão julgante. Tem entendido nossos tribunais que é desonroso todo comportamento do cônjuge que implique menosprezo no ambiente familiar ou no meio social em que vive o casal, como: uso de entorpecentes, lenocínio, embriaguez (RF 195:269, RJTJSP, 6:65,9:108, 50:55), ociosidade, vício de jogo, exploração de negócios desonrosos, prática de crimes sexuais, demonstração de sentimentos perversos, namoro do cônjuge com estranhos, recusa em pagar débito de família, insolvência do cônjuge, em razão de ter vários títulos protestados etc. Diante do fato de haver possibilidade de o internauta casado participar, por meio de programa de computador, como o ICQ, de chats e salas de bate-papo voltados a envolvimento amorosos geradores de laços afetivo-erótico virtuais, pode surgir, na Internet, infidelidade, por e-mail e contatos sexuais imaginários com outra pessoa, que não seja seu cônjuge, dando origem não ao adultério, visto faltar conjunção carnal, mas a conduta desonrosa. (Curso de Direito Civil Brasileiro, 5º vol., 2002, p.257-258).

4.4 INSUPORTABILIDADE DA VIDA EM COMUM

Para que se configure a separação judicial prevista no artigo 5º, caput, da Lei do Divórcio, é necessário imputar ao outro cônjuge conduta desonrosa ou grave violação dos deveres matrimoniais, bem como que decorra a insuportabilidade da vida em comum.

Vicente Miranda (RJTJSP108/32) apud Cahali (2002, p.4000) assinala que:

Ao estabelecer tal requisito levou o legislador em conta um dado da experiência : o casamento é uma instituição familiar que se caracteriza pela união íntima de duas pessoas formando uma comunhão de vida; haverá, por certo, tendo em vista as imperfeições humanas, falhas por parte de ambos os cônjuges, algumas leves, outras graves; aquelas e estas, por si só, não são suficientes para causar desfazimento ao matrimônio. O que provoca, na realidade, a dissolução da sociedade conjugal é aquele mal – estar, nenhum dos cônjuges se interessará em pedir a separação.

Assim, conforme descreve CAHALI (2002, p. 400): “é necessário que do ato ou da conduta do infrator resulte gravemente perturbada a convivência conjugal, tornando intolerável a manutenção ou restauração da vida em comum, em termos que correspondam à essência do matrimônio”.

A não suportabilidade da vida em comum decorre, como presunção natural, da conduta desonrosa ou do ato de violação dos deveres conjugais imputados ao outro cônjuge, “a insuportabilidade da vida em comum é decorrência natural da gravidade da ofensa” 2ª Câmara do TJSP, ap.72.262-1.

Caso o cônjuge inocente, cientificado da falta cometida pelo outro, continua coabitando com o infrator, sem que a falta provoque a sua repulsa, deixa presumir que a sociedade conjugal permanece.

Nesse sentido julgou a 8ª Câmara do TJSP, RJTJSP 124/248: “Separação Judicial – Adultério – Quebra do dever conjugal não caracterizada- Continuidade da vida em comum que comprova não ser o convívio inviável e nem insuportável- Ação Improcedente”.

A Lei do Divórcio não estabelece prazo para que o ofendido exerça o seu direito de ação de separação ou divórcio sob pena de caducidade.

4.5 INFIDELIDADE CÔNJUGAL E A SUA PROVA

No dizer de CARRARA, o adultério, entre outros delitos, é o mais fácil de suspeitar-se e o mais difícil de se provar. (Programa di diritto criminale, III, p.363, apud Yussef 2002, p.645)

O ponto principal da infração do dever de fidelidade reside exatamente na sua prova; o adultério, por sua natureza, não se presta a uma prova precisa e direta, através da flagrância testemunhada.

O adultério pode ser comprovado raras vezes pelo flagrante ou por provas com grande evidência, pois as pessoas que se propõem a sua prática mostram-se em geral cautelosas tomando todas as precauções para não serem surpreendidas.

Por esse motivo, tem a Justiça de se contentar com provas indiretas, simples precauções, tendo apenas indícios e circunstâncias veementes, graves e concordantes. Nesse sentido, Carlos Silveyra assevera:

Não é possível encerrar em sua definição o que constitui o adultério, nem estabelecer uma regra fixa a que deva submeter-se a prova tendente à sua demonstração, porque as presunções são mais ou menos veementes segundo as circunstâncias que concorrem em cada caso particular. Como princípio de doutrina, é de se ter presente não ser necessária prova direta, bastando a demonstração de fatos de que o ato sexual se consumara". (El divorcio, p.32 apud Cahali., 2002, p.646).

Compartilha da mesma opinião Carlos Maximiliano:

Sobre o comércio carnal com outro homem, não se precisa de testemunho direto; bastam, como prova do adultério, confissões, semiconfissões, escapas na correspondência e outros escritos, embora sem explícita, determinadamente, revelarem a infidelidade" (Direito das sucessões, I, n. 241, p. 287).

Escreve Pontes de Miranda (1983, p.84) que:

As testemunhas e os indícios têm de se referir a dados precisos, que componham a figurar o adultério, e não a simples estada, a dois, em algum lugar; por outro lado, é preciso que não se confundam as provas de circunstâncias que reforcem outras provas e a prova mesma do adultério; os presentes imoderados e sem causa explicável não bastam, por si só, para prova de ser adúltero o cônjuge; presunção que pode estabelecer o adultério, mas precisa ser pesada, é a do nascimento do filho de cor diferente de um dos cônjuges.

Concluindo o entendimento, a jurisprudência tem proclamado que a prova do adultério dificilmente pode ser obtida por meios diretos ou pelo flagrante,

porque os protagonistas, sabendo o extremo perigo que correm, cercam-se na maioria das vezes, de rigoroso sigilo; daí admitir-se que se recorra a todo o gênero de provas, deduzindo-se a sua configuração de elementos circunstanciais e indiciários, desde que graves, precisos e veementes; prova-se, assim, o adultério, em juízo cível, para os efeitos da dissolução da sociedade conjugal, por todos os meios de prova em direito permitidos, inclusive por um conjunto de fatos ou atos verossímeis e inequívocos que se constituam em presunções, desde que precisos e concordantes. (6ª Câmara, julgados 37/283e RT 486/318).

4.6 PROVA DOCUMENTAL E CARTAS

A prova literal é sempre admissível em matéria de separação ou divórcio. As cartas e os bilhetes são os mais utilizados como meios de provas.

Quando a carta é dirigida por um dos cônjuges ao outro, nenhuma dúvida há quanto a juntada destas aos autos como meio de prova; cada um deles poderá utilizá-las para a instrução do processo, pois o caráter confidencial da correspondência não existe senão em relação a terceiros, e não entre os correspondentes.

O problema surge quando ocorre a possibilidade de utilização como meio de prova, da carta dirigida a terceiro, pois isso poderá implicar a quebra do caráter confidencial e da inviolabilidade da correspondência. Uma nova questão surge quando se analisa o meio que o documento foi obtido pela parte.

Para tal discussão existe duas correntes: alguns inclinam-se no sentido da inadmissibilidade dessa prova, desde que a carta tenha sido obtida por meios ilícitos ou desleais; outros defendem um tratamento discriminado entre os cônjuges, compreendendo no poder marital, a faculdade de interceptar a correspondência da mulher.

Os doutrinadores Yussef (2002, p.650) e Washington de Barros Monteiro defendem que não existe uma regra específica em nosso direito no sentido de que tal modalidade de prova será sempre admissível, sendo irrelevante qualquer distinção quanto a saber se a carta teria sido obtida por meios ilícitos ou desleais ou se interceptada por mera causalidade pelo cônjuge inocente.

Da mesma forma, assinala o magistério de Cunha Gonçalves (1957, p.203):

Os juízes e tribunais têm de decidir conforme lhes são apresentadas provas e não lhes compete investigar se foram bem ou mal adquiridas pelo respectivo litigante. Essa investigação é estranha ao processo e exorbitará de suas atribuições processuais que a fizer. Acresce que, em face do nosso estatuto processual, admitem-se em juízo todas as espécies de provas reconhecidas pelas leis civis comerciais. Sua finalidade específica é o convencimento do juiz. Se as provas produzidas logram estabelecer a certeza de um fato, não importa se elas foram mal adquiridas pelo respectivo litigante. Não mais existem essas restrições à formação do convencimento do julgador o que se requer é a verdade substancial, não a meramente formal.

Em sentido contrário temos o entendimento da 2ª Câmara do TJRS:

Violação de correspondência . Desentranhamento (ação de exoneração de alimentos). Não vale prova feita com correspondência imoralmente obtida por interceptação e violação indevida. Fora assim, o processo seria estímulo ao ilícito, o que justamente abomina. (RTJRS 8/277).

Faz também prova na área cível a sentença condenatória proferida no juízo criminal em razão de fatos que constituem infração dos deveres conjugais ou de conduta desonrosa. Faz prova plena do juízo de separação instaurada com base nesses mesmos fatos, deixando certo que não mais se poderá questionar a respeito de sua existência.

4.7 PROVA TÉCNICA E PERICIAL

A doutrina moderna está admitindo a perícia médica para a prova da infração dos deveres conjugais, particularmente na imputação de adultério, provando por exemplo a infidelidade da esposa, tendo estado ausente o marido.

No entanto, a mulher não poderá ser compelida ao exame seja por meio de constrangimento ou por interesse de ordem pública; a recusa é legítima e encontra justificativa no princípio da liberdade individual e na consideração da dignidade humana.

Nesse sentido julgou a 3ª Câmara TJRJ:

Não há lei alguma que imponha tal restrição à liberdade pessoal dos cidadãos. As leis processuais prevêm a condução das testemunhas faltosas, não repetem uma sanção dessa espécie para a contumácia da parte, quanto se submeter à inspeção pessoal ou a comparecer para depor, de sorte que falece poder ao Juiz de ordenar esse constrangimento. A lei não impôs esse constrangimento à parte, porque atentaria contra a Constituição, em ofensa a direitos fundamentais do homem. (RT 185/185)

5. CONCLUSÃO

A questão das provas ilícitas tem suscitado muitos debates no meio jurídico, pois encontramos aqui o conflito de princípios protetores de bens jurídicos de valores essenciais.

De um lado encontramos a proteção à intimidade da pessoa, de outro temos o direito à prova que resguarda ao indivíduo a ampla defesa e o contraditório.

Dentro deste contexto se insere o conceito de prova que é o meio através do qual o Estado – juiz toma conhecimento da verdade dos fatos para que possa decidir de maneira correta e justa.

No entanto, algumas vezes, para que determinada prova seja produzida são relevados alguns direitos, como por exemplo o direito a privacidade.

Portanto o uso dessa estaria violando uma regra de direito material tornando- a ilícita.

A Constituição Federal brasileira, veda expressamente a admissão da prova ilícita dentro da relação processual. Todavia, atualmente, nossos Tribunais em alguns casos tem adotado a teoria da proporcionalidade, originária do direito germânico, no qual deve ser realizada uma ponderação dos direitos em conflito, qual seja, a intimidade e o devido processo legal.

Ocorre que tal teoria não está positivada em nosso ordenamento jurídico, sendo uma aplicação meramente doutrinária e jurisprudencial, o que gera ainda sérias divergências dentro do contexto lógico jurídico.

Há que se verificar se tal transgressão sacrificando o direito à privacidade em favor da busca da verdade real se explica por autêntica necessidade, suficiente para tornar escusável o comportamento da parte em trazer para o processo uma prova obtida de forma ilícita, ou se ao contrário existia a possibilidade de provar a alegação por meios lícitos, e a infração gerou dano superior ao benefício trazido à instrução do processo.

Difícil é a decisão do juiz de valorar a possibilidade de aceitação ou não de uma prova que represente o conflito em tela, no julgamento de um processo. É um tema que vem se agravando diante da evolução dos modernos meios eletrônicos, onde a doutrina e a jurisprudência não conseguiram atingir uma posição pacífica.

A Constituição Federal de 1988 buscou equiparar o processo civil ao processo penal, no entanto no que se refere às provas ilícitas o legislador proibiu expressamente a prova obtida de forma ilícita no processo civil, favorecendo ao processo penal que em determinados casos expressos no artigo 5º XII, seja autorizada a produção da prova por meio ilícito em investigação criminal.

Merece reflexão a forma como o legislador constituinte chegou a tal conclusão. Pois muitas vezes pode estar em jogo no direito civil, especialmente na área de direito de família bens jurídicos de extrema importância, e na área criminal uma infração penal de pequena gravidade.

Devemos levar em consideração que a Constituição Federal de 1988 fez uma opção clara pela proibição das provas ilícitas de forma radical, tendo em vista o momento histórico que o país vivia, onde eram comuns as violações contra os direitos individuais.

Contudo não podemos nos esquecer meios de interpretação que permitem que mesmo com a proibição da utilização das provas ilícitas ocorra um abrandamento de seus conceitos e uma adequação ao moderno Estado Democrático de Direito.

Diante de todo o exposto entendemos, ser necessária a positivação do princípio da proporcionalidade para que a referida teoria seja exercitada, criando

parâmetros objetivos para a mesma não deixando a mercê do poder discricionário do magistrado.

Com relação a admissibilidade das provas ilícitas no direito de família, especificamente na separação judicial culposa, há divergências doutrinárias. Alguns autores defendem a sua admissibilidade, por não ser aceita a proteção absoluta à privacidade, devendo sempre que houver um conflito ceder em benefício a instrução processual na busca da verdade real para a justa decisão da causa de pedir. Por outro lado existe os que defendem a não admissibilidade das provas ilícitas no processo de separação judicial devido a radical vedação constitucional preservando o direito a intimidade.

No entanto, concluímos que deva ser cada vez mais aplicada a teoria da proporcionalidade, para que seja admitida a prova obtida de forma ilícita desde que não haja outro meio de se provar a conduta desonrosa do cônjuge.

BIBLIOGRAFIA

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas e interceptações telefônicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. São Paulo, Saraiva 1994

BAPTISTA, Ovídio Araújo, S. **Curso de processo civil**. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, vol. 1.

BEDAQUE, José Roberto S. **Poderes instrutórios do Juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BURGARELLI, Aclibes. **Tratado das Provas Ilícitas**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 1987.

FILHO, Vicente Greco. **Direito Processual Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1996, vol. 2.

FREGADOLLI, Luciana. **O direito à intimidade e a prova ilícita**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de direito civil**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1957.

GRINOVER, Ada Pelegrine. **Interceptações telefônicas**. Novas tendências do direito processual. Forense. 1990.

_____. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1973.

LIMA, Alcides de Mendonça. **A eficácia do meio de prova ilícito no Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista Forense, n.297: 9-11-1987.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, vol. 1.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 1992.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. **Tratado de direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

MOREIRA, José Barbosa. **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1989.

RABONEZE, Ricardo. **Provas obtidas por meios ilícitos**. Rio de Janeiro: Síntese, 1998.

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

SAMPAIO, Pedro. **Divórcio e separação judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

SANTOS, Moacir Amaral dos Santos. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1999, vol.2.

THEODORO, Humberto Júnior. **Curso de Direito Processual Civil**. 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, vol. 3.

TUCCI, Rogério Laurira. **Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1989, vol.2.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, et al. **Curso avançado de processo civil**. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.