

“Prova ilícita” no direito de família, análise, discussões e possibilidades de sua aceitação**"Illicit evidence" in family law, analysis, discussions and possibilities of its acceptance**

Elienay Ferreira Pitorra¹
Mariana Nascimento Santana Lelis²

188

Resumo: A busca do entendimento sobre o instituto das provas, sua contribuição para elucidação e solução das demandas no judiciário dentro do contexto do direito de família, consolida a necessidade e problemática dessa pesquisa. Embasado no direito de acesso à justiça, nos princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório buscando a verdade real, se faz necessário entender com bastante critério a suposta vedação das provas ilícitas e toda celeuma entorno desse instituto dentro do direito de família. A discussão doutrinária com observância do que preconiza a constituição Federal, os institutos elencados no código civil, código do processo civil, subsidiam a discussão, reflexão e a hermenêutica jurídica envolvida nesse trabalho. O Direito não sendo absoluto a justiça sendo o equilíbrio trazido pelo Estado com razoabilidade e imparcialidade, se discute a análise de possibilidades da aceitação de algumas provas dentro do contexto familiar.

Palavras chaves: Direito de Família. Provas ilícitas. Aceitação de provas ilícitas. Valor das provas ilícitas.

¹ Bacharel em Direito pela faculdade FINOM. Formado em Química pelo Centro Universitário de Patos de Minas. Pós-Graduando em Perícia e Auditoria Ambiental pela Uninter (Centro Universitário Internacional). Lattes:< <http://lattes.cnpq.br/4791146465803657>>, Email: doutor.pitorra@gmail.com

² Pesquisadora, professora e consultora jurídica. Pós-graduada pela Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro - FGV RJ (2013). Dedicando-se a carreira acadêmica, atualmente é professora universitária do Curso de Direito da Faculdade do Noroeste de Minas - FINOM nas disciplinas de Direito Civil e Direito Processual Civil. Atuou, nos anos de 2014 e 2015, como professora convidada do curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Trabalho com Grupos, Famílias e Organizações Comunitárias da Faculdade Shalom de Ensino Superior em Uberlândia, lecionando a disciplina de Direito Civil. Atuou como professora de cursinhos preparatórios nos anos de 2013, 2014 e 2015 nas comarcas de Uberlândia e Patos de Minas. E-mail: mariananascimentosantana@outlook.com

Recebido em 14/12/2021
Aprovado em 27/12 /2021

Sistema de Avaliação: *Double Blind Review*



Abstract: The search for an understanding of the institute of evidence, its contribution to elucidating and solving claims in the judiciary within the context of family law, consolidates the need and problematic of this research. Based on the right of access to justice, on the principles of due legal process, ample defense and contradictory, seeking the real truth, it is necessary to understand very carefully the supposed prohibition of illegal evidence and all the uproar surrounding this institute within family law. The Federal Constitution, the institutes listed in the civil code, code of civil procedure, recommends the doctrinal discussion with observance of what, subsidize the discussion, reflection and legal hermeneutics involved in this work. Since the Law is not absolute, justice is the balance brought by the State with reasonableness and impartiality, the analysis of possibilities for the acceptance of some evidence within the family context is discussed.

Keywords: Family right. Unlawful evidence. Acceptance of illegal evidence. Value of illegal evidence.

1- INTRODUÇÃO

Esse artigo traz à baila contextualizando no direito de família as provas ilícitas, analisando a possibilidade de sua aceitação, abarcando a conjuntura que a torna ilícita, e o que fundamenta essa possível ilicitude.

A luz da Constituição Federal no inciso LVI do artigo 5º diz: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, ao mesmo tempo traz em seu bojo a busca da verdade real, quando no inciso LV do mesmo artigo traz o seguinte texto: “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”.

Sabedores de que nenhuma regra constitucional é absoluta devido à necessidade da relação harmoniosa de todas as regras com outras regras às vezes também constitucionais, se fazendo necessária também essa relação harmoniosa com os princípios, pois essa harmonia entre regras e princípios que irá colaborar com a legalidade e a justiça.

Justifica-se, portanto, a análise da aceitação das provas denominadas ilícitas, que para tanto poderão deixar de sê-las, com a necessidade e a indispensável busca pela verdade real nos casos envolvendo Direito de Família, casos que asseguram direitos fundamentais, garantias individuais, protegem a dignidade da pessoa humana, de crianças, mulheres, idosos e todo tipo de pessoa que se encontra em uma posição desprotegida de apreciação garantidora de Direitos essenciais para a sobrevivência física, psicológica, espiritual, bem como a permanência da honra, moral e os valores existentes no ambiente familiar.

2- DIREITO DE FAMÍLIA, CONCEITO E REFLEXÃO.

O Direito de Família é um ramo que se encontra dentro do Direito Civil Brasileiro, tratado dentro das suas peculiaridades com toda atenção devida, pois é a área do direito que dirime e regulamenta as normas das relações familiares organizando a estrutura de proteção da família e os efeitos gerados nessa instituição muito importante no ceio da sociedade. A luz das orientações normativas teremos um subsídio multifatorial e multidisciplinar, corroborando com o Direito de Família como assevera o Código Civil: que nas ações de família, a busca para solução consensual da controvérsia, dependerá dos esforços que serão empreendidos, pois assim o magistrado disporá do auxílio de equipe multidisciplinares, ou seja, de outras áreas de conhecimento para mediação e conciliação. (Artigo 694).

O Direito de Família também é o ramo do Direito responsável pela regulamentação das questões patrimoniais e morais referentes ao casamento, das variadas entidades familiares e também da relação de parentesco. As nuances do Direito de Família requerem uma sensibilidade única e diferenciada dos outros ramos do Direito, o tratamento exclusivo é preciso para a resolução das demandas que chegam até o judiciário, pois as partes envolvidas ainda são dotadas de laços de afinidade, sentimento, que vão além da simples lide envolvida.

Sabemos que por estas questões apresentadas o Direito de família contraria a máxima de que “o que não está nos autos, não está no mundo”, podendo surgir eventos e situações que mudarão o curso do processo, que irá colaborar com o Estado/Juiz no livre convencimento motivado, que deverão ser apresentados e acatados pela justiça, pois a verdade é algo que se busca em todos os processos, sendo com mais intensidade ainda nos casos do Direito de Família, pois o ideal não é saber quem está certo ou errado, mas alcançar a justiça solução dos conflitos e a verdade, sendo essa verdade o ideal que se almeja com a consolidação de um robusto conjunto probatório. Nesse contexto temos a verdade como condição para que seja dada qualidade a justiça oferecida pelo Estado, não constituindo a verdade como um fim, mas sim como uma busca contínua no decorrer do processo, servindo também como válvula regulatória da função judicial, legitimando a atuação do magistrado dentro do parâmetro da própria verdade almejada. (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 253).

3. TIPOS DE PROVAS E CONTRADITÓRIO

3.1-PROVA ILÍCITAS, PROVAS ILEGÍTIMAS E PONTOS CONTROVERTIDOS.

Podemos definir a prova como meio empregado para demonstrar a veracidade de um fato, tendo como função ligar pontos entre a teoria e a realidade diversificadas pelos seus meios empregados. O dilema causado na busca da verdade real, com o respeito aos direitos e garantias fundamentais, acarretou na necessidade de limitação ou regulamentação do direito à prova, vedando quando ocorre em lei processual e no normal material; a primeira violando a finalidade do processo (prova ilegítima), a segunda afetando os direitos reconhecidos aos indivíduos (prova ilícita). (AVOLIO, 1999, p.43).

Nesse desiderato o doutrinador constitucionalista, Alexandre de Moraes em sua obra, alerta sobre a diferença entre as provas ilícitas, provas ilegais e ilegítimas, onde a primeira são aquelas alcançadas com transgressão ao direito material, a segunda, as provas ilegítimas, são conseguidas a partir do desrespeito ao direito processual, e por último as provas ilegais são gênero onde para entendimento teremos as provas ilícitas e ilegítimas como espécies.

A questão discutida sobre provas ilícitas e ilegítimas, no campo da aceitação e admissibilidade das mesmas, tem dividido opiniões e conclusões, dos magistrados, ministros, desembargadores e com mais afinco os doutrinadores que debatem, se posicionam e defendem suas teses sobre o tema. Nesse contexto os doutrinadores Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini expõem três correntes:

1. **“Obstativa:** considera inadmissível a prova obtida por meio ilícito, em qualquer hipótese e sob qualquer argumento, não cedendo mesmo quando o direito em debate mostra elevada relevância [...];
2. **Permissiva:** aceita a prova assim obtida, por entender que o ilícito se refere ao meio de obtenção da prova, não ao seu conteúdo. Entende que aquele que produziu o meio de prova ilícito deve ser punido, mas o conteúdo probatório aproveitado;
3. **Intermediária:** admite a prova ilícita, dependendo dos valores jurídicos e morais em jogo. Aplica-se o princípio da proporcionalidade.”. (WAMBIER, TALAMINI, 2006)

Nesse desiderato, precisamos deixar clara a questão das diferenças entre provas ilícitas e provas ilegítimas, todas pertencentes ao gênero “prova proibida”, “prova vedada” ou chamada também por alguns doutrinadores de “prova ilegal”. A primordial distinção que há de se destacar entre elas se dá no momento de sua ocorrência, ao ponto que as provas ilícitas se fazem presente no momento da colheita, anterior ou concomitantemente ao processo

infringindo direito material, a prova ilegítima tem sua produção no processo, produzido em juízo, violando norma de direito processual. (AVOLIO, 1999, pág. 44-45).

Destarte, ao entendermos os conceitos, diferenças e proporções de abrangência das provas, poderemos refletir em seus efeitos como assevera Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho ao discorrer que: “o ato anterior da captação de prova, embora ilícito, não tem o condão de nulificar ou contaminar os atos posteriores, principalmente, produção da prova, que é lícito em si”. (MENDONÇA, 2001, p.58)

3.2. O CONTRADITÓRIO, PROVAS ILÍCITAS E SUAS NUANCES

O contraditório composto pelo seu binômio informação/reação é um direito constitucional, também elencado taxativamente no Código de Processo Civil, trazendo em seu art. 9 e art.10, a possibilidade das partes serem ouvidas e oportunidade de manifestação das partes, sendo o contraditório uma maneira de assegurar a participação democrática das partes ante ao judiciário. (DIDIER JUNIOR, 2008. p.45)

Nesse desiderato, o contraditório com seu embasamento no art.5 inciso LV, da Constituição Federal, amparado pelo Código de Processo Civil, amplia a garantia da influência, sendo esse princípio atendido com amplitude pelas partes, ou seja, além da parte ser ouvida, ela deve ter condições de poder influenciar o magistrado, com novos fatos, argumentos, interferir com ideias, argumentos jurídicos novos, com participação conferida a parte em influenciar no conteúdo da decisão, isso não acontecendo o princípio do contraditório não será efetivo e estará sendo ferido.(DIDIER JUNIOR, 2008. p.45).

Corroborando com o assunto e nos levando ao tema seguinte, contextualizando o contraditório e as provas nos processos de Direito de Família, Dierle Nunes (20011, p.83), faz o link entre o princípio do devido processo legal, ampla defesa e contraditório e os meios de prova, ao elencar um rol de princípio decorrente devendo ser atendido:

- a) direito a uma cientificação regular durante todo o procedimento, ou seja, uma citação adequada do ato introdutivo da demanda e a intimação de cada evento processual posterior que lhe permita o exercício efetivo da defesa no curso do procedimento; b) o direito à prova, possibilitando-lhe sua obtenção toda vez que esta for relevante; c) em decorrência do anterior, o direito de assistir pessoalmente a assunção da prova e de se contrapor às alegações de fato ou às atividades

probatórias da parte contrária ou, mesmo, oficiosas do julgador; d) o direito de ser ouvido e julgado por um juiz imune à ciência privada (*private informazioni*), que decida a causa unicamente com base em provas e elementos adquiridos no debate contraditório; e e) direito a uma decisão fundamentada, em que se aprecie e solucione racionalmente todas as questões e defesas adequada e tempestivamente propostas pelas partes (fundamentação racional das decisões).

Disposto em diploma legal (Código de Processo Civil) elencadas nos artigos 332 a 443 do Código de Processo Civil, as provas são os meios hábeis para se ter a verdade sendo elas: depoimento pessoal, confissão, exibição de documento ou coisa, prova documental, prova testemunhal, prova pericial, inspeção judicial, ata notorial, esse é um rol exemplificativo dentre todas provas existentes no dia-dia forense, não é um rol taxativo pois há outros meios de provas aceitos, temos mencionados no código também a prova indiciária, prova ilícita, prova emprestada, que geram discussões e reflexões. Portanto, o processo e o procedimento em suas dinâmicas têm a prova como conjunto de atividades, que verificam, demonstram e procuram chegar à verdade, onde a prova em cada caso terá a importância para o julgamento em questão (DINAMARCO, 2009, p. 43)

Ipsa facto, as argumentações dos autores mencionados nos dão a possibilidade de entendermos, compreendermos e exigirmos uma participação mais ampla no contraditório, com verdadeira e abrangente ampla defesa, nos possibilitando sem nos limitarmos a mero formalismo, a possuir uma consolidação robusta inclusive nos elementos que compõe o conjunto probatório e os meios de prova dentro do processo civil e conseqüentemente dentro do direito de família. Sendo assim doutrinadores defendem a utilização da ponderação para admissibilidade de qualquer tipo de prova no direito de família e no processo civil, defendendo o direito à prova por todos os meios inclusive os ilícitos.

Segundo Yussef Said Cahali ao explicar sobre prova no direito de família, relata não ser relevante o meio como a prova foi coletada sendo primordial o seu conteúdo, onde ao existir ilícito em sua produção, o juiz deve se beneficiar do seu conteúdo, se relevante, encaminhando ao Juízo Criminal o indicio do ilícito penal ocorrido. (PEDROSO, 2005, p. 170-171).

3.3 VALORAÇÃO E DESTINAÇÃO DA PROVA

A prova tem uma função essencial no processo, que é o real conhecimento dos acontecimentos do conflito, sendo esse, capaz de proporcionar a aplicação concreta do direito positivo. Dentro do processo de conhecimento, busca da verdade e aplicação do direito, temos um dos mais importantes princípios desse processo de conhecimento, que é a “busca da verdade substancial obtida”. Além de gerar confiança com a finalidade de garantir a compreensão dos fatos em sentido favorável, “ a prova é o farol que deve guiar o juiz nas suas decisões. (LEITE; BUSCH, 1999, p.50).

Em seu artigo 371 o Novo Código de Processo Civil traz o seguinte texto: “o juiz apreciará a prova constante dos autos independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”. Enquanto no Código Civil de 1973 se falava em “livre convencimento”, no diploma atual incumbe ao juiz “apreciar a prova”. Portanto no processo cooperativo o Juiz não é o dono da prova, a prova destina-se ao processo, mas de acordo com a valoração desta, o juiz aprecia e forma seu convencimento. O juiz valorará a prova formando sua convicção dentro do que é admitido constitucionalmente. (MEDEIROS NETO, 2013, p.37)

A valoração no que se refere o sentido da palavra, em atribuir valor, determinar importância ou qualidade, nos faz refletir sobre a admissibilidade das provas, mesmo se forem ilícitas. A teoria da admissibilidade das provas ilícitas compartilha da ideia onde se deve prevalecer o descobrimento da verdade, por essa razão que jurisprudência e doutrina se alternam no entendimento, ora permitindo, ora repelindo as provas ilícitas. (MENDONÇA,2001)

Nesse contexto de valoração e aceitação das provas ilícitas, para a teoria da admissibilidade das provas ilícitas, entende que, a ilicitude na obtenção das provas, separadamente, não poderá excluí-las do processo, considerando-se a utilidade do seu conteúdo, corroborando com o entendimento que as provas obtidas por meios ilícitos serão aceitas, ou seja, admitidas, não havendo impedimento na própria lei processual. Considerando-se violação de norma material, admitindo-se tal prova não impede a punição de quem a produziu, pelo crime que eventualmente cometeu. (NUNES JUNIOR, 2003)

4. LEIS E PRINCÍPIOS

4.1. CONFLÍTO E INTERPRETAÇÃO DE LEIS E PRINCÍPIOS

O Direito e todos seus ramos subsidiários se norteiam em regras e princípios, a divergência e as suas diferenças são evidentes dentro das considerações da importância de cada um. Existindo um sistema alimentado só por regras criaria um ordenamento mais rígido e fechado, por outro lado um ordenamento jurídico basicamente principiológico produziria insegurança, devido ao grau de abstração dos princípios. (BERTONCINI, 2002, p.78).

Justamente a luz da importância das regras e princípios que conseguiremos entender a pesquisa proposta, tanto as regras quanto os princípios contêm seu grau de importância e sua carga valorativa, que irão se aflorar e se destacar frente aos anseios das partes da lide, amparando os ideais da justiça e ética esperado pelo Estado-Juiz. A observância do aspecto Constitucional, com o intuito de não ferir os atos jurídicos dentro do plano de validade, eficácia e existência, se vale a todo o momento, ao ponto de entendermos que nada é absoluto, onde a aplicação de maneira inflexível da tese de inadmissibilidade das provas ilícitas causaria absoluta e inadmissível injustiça impossibilitando a aplicação da ponderação dos princípios ao analisarmos a proporcionalidade, a razoabilidade nos casos de excepcionais. Nesse contexto, proporcionalidade se baseia no equilíbrio dos princípios visando a ponderação de valores, de modo que, uma prova ilícita seja aceita, sempre que estiver oposto outro princípio que será atribuído igual ou maior valor. (GRINOVER, 1995, p. 112).

Os conflitos em torno de normas e princípios tem como primazia a Constituição Federal, mas dentro desse juízo de valoração e da hermenêutica jurídica temos a compreensão de que os princípios são fundamentos de uma norma jurídica, são mais genéricos, permissivos e passíveis a uma interpretação abrangente, ao passo que as regras com mais especificidade, limitadas dentro de sua rigidez, com caráter taxativo impossibilita às vezes sua flexibilização, incidindo sobre o “pode ou não pode”, “é ou não é”, necessitando do auxílio de base principiológica, pois advém do princípio essa maleabilidade para a adaptação das normas, para cada caso concreto.

Contribuindo com esse entendimento o doutrinador Miguel Reale (2003, p.37) assevera sobre a valoração genérica dos princípios, onde são meras enunciações condicionantes e orientadoras capaz de possibilitar a compreensão do ordenamento jurídico, possibilitando dessa

forma a aplicabilidade e até mesmo a integração para elaboração de normas vindouras. Ele entende os princípios como verdades fundantes do sistema de conhecimento, admitidas por suas evidências ou comprovações, mas também sua aceitação é motivada por ordem prática de caráter de operacionalidade, ou seja, pressuposto exigido dentro das necessidades de pesquisas e das práxis.

O choque entre a norma e princípio remete a uma reflexão, onde a regra contempla princípios, e o princípio requer um grau de regramento e força normativa. A variação das nuances do pleito jurídico que ora considera e mensura os valores, ora qualifica e considera as condutas, nos leva a entender que o objeto do Direito é único e indivisível, mas as discussões, interpretações e o entendimento ele deve ser amplo, não se limitando ao que é taxativa, mas se declinando para o que é mais justo, probo e aceito nas circunstâncias envolvendo o Direito de Família e todas suas peculiaridades dos laços de afetividade, que as vezes nunca se romperam mesmo com a possível sentença final dada pelo juiz da jurisdição provocada.

Refletindo sobre todo esse contexto do Direito de Família, normas constitucionais e princípios os autores, Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Leandro Santos Guerra asseveram que:

Não é diferente com o direito de família. Os institutos desse segmento do direito civil são criados e devem observar uma determinada finalidade, sob pena de perderem a sua razão de ser. Assim, deve-se buscar, nos princípios constitucionais, o que almejou o constituinte para a família, de forma a bem entender sua normatização (GAMA; GUERRA, 2007, p. 126).

Portanto, a necessidade da ponderação ao serem observados os princípios constitucionais, se faz jus para não se perder a finalidade dos institutos do Direito de Família, a sua análise com sensibilidade hermenêutica justifica-se para que se alcance, a pura, lídima e cristalina justiça, ao falarmos justiça entendamos pelo conceito Ulpiano em “dar a cada um o que lhe pertence”.

Ainda sobre a aceitação das provas ilícitas e a ponderações de princípios podemos salientar o princípio da proporcionalidade, que é considerado por muitos doutrinadores “O Princípio dos princípios”, ele possibilita a permissividade da aceitação da prova ilícita, possibilitando sua admissibilidade, ainda com mais veemência nos casos que essa prova ilícita seja vista como única alternativa de prova para o caso concreto. Seria uma exceção consubstanciada pelo motivo de que “nenhuma liberdade pública é absoluta”. (MORAES,

2006, p. 97). Ainda consolidamos esse entendimento das frases de Alexandre de Moraes em sua doutrina, quando ele menciona sobre a possibilidade, em alguns casos delicados, onde há percepção do direito tutelado, colocando este como mais importante que o direito à intimidade, que o segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, permitir-se, portanto, a utilização da prova ilícita com essa interpretação.

5. CONCLUSÃO E CONSIDERAÇÕES FINAIS

197

Concluimos que existem duas formas de analisarmos o art. 5 incisos LVI da Constituição Federal, inciso que traz a vedação da prova ilícita, podemos o analisar como princípio ou como norma, salientamos que o princípio inspira a criação e consolida a norma devido à dimensão “ético-valorativa”, relativizando o “reinado absoluto das leis”, impedindo o vazio normativo, preenchendo lacunas existentes adaptando aos casos concretos e contemplando soluções para as exceções.

A abrangência da solução da demanda judicial não deve ser rígida, vedada ou cerceada, tendo em vista se tratar do direito de família, a busca de harmonização da igualdade, nivelando homens e mulheres, analisando conduta e valores das pessoas em detrimento dos bens, não se admitindo inverdades e deslealdades no ceio familiar, prejudicando partes hipossuficientes, envolvendo às vezes, idosos, crianças, mulheres, até mesmo homens em extremo nível de dificuldade e necessidade.

Assim, se para a busca da verdade for necessário à relativização dos princípios e sua ponderação em cada caso concreto para que haja justiça no direito de família, harmonizando assim os conflitos para que não prejudique a verdade real e as partes interessadas, que se faça essa ponderação, sendo vedada a imposição de princípios com status de verdade absoluto, verdade única pronta e acabada, possibilitando assim a aceitação das provas em toda sua amplitude. A ponderação do princípio no contexto da vedação da prova ilícita é considerar o conteúdo da prova e não a maneira que ela foi coletada, contribuindo assim com a busca da verdade real e aplicação da justiça.

Jamais poderemos recusar, ou deixar de aceitar uma prova que seria cabal para comprovação da verdade real, por mera formalidade, ou por aceitação da vedação da prova ilícita em detrimento de outros princípios como a dignidade da pessoa humana,

proporcionalidade, razoabilidade, arbitrário seria ignorar outros princípios e normas existentes que pautam o contexto da discussão jurídica e solução de conflitos.

A admissibilidade de uma prova considerada ilícita se faz necessário para que se promova justiça no Direito de família, não se rendendo ao zelo do formalismo ao se adotar uma postura meramente formal de recusar uma prova essencial, beneficiando uma parte que esconde ou omite a verdade para se favorecer. Existem vários princípios envolvidos no direito de família, onde a vedação da prova ilícita não poderá se sobrepor a todos eles, princípios como o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da proteção integral a crianças, adolescentes, jovens e idosos, princípio da proporcionalidade, princípio da igualdade e respeito à diferença, princípio da liberdade, princípio da razoabilidade, princípio da proibição de retrocesso social, princípio da afetividade e princípio da solidariedade familiar, dentre outros que se amoldem as situações fáticas. Aceitando a vedação da prova ilícita sem ponderação de outros princípios estaremos desconsiderando tantos outros princípios envolvidos.

Qual seria o limite da admissibilidade da prova ilícita? Podemos concluir que estaria se praticando a injustiça ao descartar provas robustas e importantes por causa de ilícitos pequenos. Se a ilicitude praticada for menor e o valor da prova for de grande relevância, certamente a ponderação dos princípios deverá favorecer a aceitação da prova, mesmo que ela seja intitulada ilícita. Porém se a ponderação não for dessa forma, ou seja, o ilícito for grande, causando maior impacto e a prova não valer muito, não se deve permitir a prova no processo.

Defendemos nessa pesquisa o princípio do devido processo legal e as normas processuais, onde a aceitação da prova obtida por meios ilícitos será admitida quando não provocar impedimento na própria lei processual, ou seja, com esse entendimento, serão consideradas as provas ilícitas e inadmissíveis as provas ilegítimas. Com a violação da norma material temos uma prova produzida, sendo assim a aceitação dessa prova, denominada ilícita, não impede a punição de quem a produziu, ao passo que as violações das normas processuais continuam sendo nulas, pois acontecem dentro do processo, a prova ilegítima é endoprocessual, intraprocessual, sendo produzida com a violação da norma procedimental, os procedimentos em si deverão ser respeitados e observados

Admitir a prova ilícita, não se resume em apoiar a confissão mediante tortura, prova documental mediante furto, o “grampo” sem autorização judicial, depoimento de testemunha sob coação moral, obtenção de prova mediante invasão de domicílio, ou qualquer outro tipo de

obtenção de provas mediante a prática de ilícitos, trata-se apenas do fato de que a justiça não pode deixar de observar a verdade revelada e nem tampouco deixar impune o modo como ela foi obtida. Não se pode arbitrariamente e irracionalmente, impor limites de modo absoluto a atividade probatória, essa atividade poderá ser restringida, mas, que seja feita de forma razoável, proporcional possibilitando que a verdade seja provada, imaginemos que uma das partes não tenha outro meio de prova, se não a intitulada ilícita.

A colheita de prova por meio de interceptação telefônica sem permissão judicial, filmagens clandestinas, violação de correspondências virtuais, que de modo geral configurem invasão de privacidade ou ferem direitos individuais, há no Direito de Família a possibilidade de sua admissibilidade, pois no instituto família o bem tutelado tem grande carga valorativa, onde uma lei e um princípio restritivo, mesmo que supostamente adequado, pode se tornar inconstitucional em face da quantidade de princípios envolvidos ou violados, se tornando imposições “desmedidas”, “desajustadas”, “excessivas”, “desproporcionais” em vista dos resultados obtidos, ou em outro prisma, em relação aos resultados almejados.

Deverá se admitir a prova ilícita em caráter excepcional, de maneira possível, razoável e proporcional, resguardando valor fundamental conceituado mais urgente, analisando os valores em conflito, realizando o balanceamento e a preponderância, onde havendo o choque de normas ou princípios constitucionais, se escolha no caso concreto o que aprouve prosperar. Não se pode limitar a aceitabilidade das provas pela maneira como foram colhidas, sendo essa maneira irrelevante, nos remetendo assim a expressão latina “male captum, bene retentum” (mal colhida, porém bem produzida).

As provas ilícitas no Direito de família não se restringem na lógica do pode ou não pode, a discursão jurídica não se limita em regras, na regra se tem o tudo ou nada, enquanto os princípios seguem a lógica da ponderação, os princípios podem incidir em conjunto e coexistir. A proibição da prova ilícita não se pode ser interpretada como regra, mas como valor constitucional, seria arbitrário pegar um único inciso do art 5º e considerá-lo superior aos demais altivamente desconsiderando o contexto de um caso concreto. E se mesmo assim insistentemente alguém considerar a vedação da prova ilícita, como uma regra em sua totalidade, o conflito entre a regra e o princípio, sempre prevalecerá nesse choque os outros princípios envolvidos, pois os princípios sempre se sobrepõem as leis, violar princípios se torna mais grave que transgredir uma lei, a não observância de um princípio ofende não só um

mandamento específico, mas um sistema de comando em sua totalidade, o princípio se estende aos ordenamentos e leis, onde a lei é pontual em seu significado e genérica no alcance, ao passo que os princípios são abrangentes de alcance ilimitado de atos e fatos. Os princípios fundamentam e embasam a amplitude das leis, o bem-estar da família, e os bens jurídicos tutelados no Direito de Família devem prevalecer sobre a vedação da prova ilícita em qualquer fato concreto.

6. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ASSUMPCÃO, Daniel. **Manual de Direito Processual Civil**. 7.Ed.. São Paulo:Método, 2015.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. 2ª edição. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1999.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. **Princípios de Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002.

DIDIER, Jr. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. Salvador: JusPodivm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Ragel **Instituições de Direito Processual Civil**. volume III 6ª Edição, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo Penal**, São Paulo: RT,1995.

GUERRA, Leandro dos Santos. Função social da família. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). **Função social no Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2007.

LEITE, Gisele, BUSCH, Cleber (editor). **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**, V.1, n. 1, São Paulo, Editora Síntese, Jul. 1999.

MADALENO, Rolf, **Curso de Direito de Família**. 5 Ed. Rio de Janeiro : Editoras Gen e Forense. 2011.

MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Curso de Processo Civil volume 2: Processo de Conhecimento**. 9 Ed. São Paulo. **Editora revista dos Tribunais**- 2011.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Breves apontamentos sobre o regime da prova no projeto de um novo Código de Processo Civil – Uma leitura em conformidade com a efetividade

e a proporcionalidade. **Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil**, Porto Alegre, n.84, jul/ago. 2013, pg 37.

MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas ilícitas: limites à licitude probatória**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo. Editora Atlas, 2006.

NUNES, *Dierle et al.* **Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

201

NUNESJÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Princípios do processo e outros temas processuais**. Taubaté: Cabral Editora e Livraria Universitária, 2003.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

REALE, Miguel. Lições **Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues & TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 11.ed. São Paulo, 2010.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.