

MBD
Nº 70004415451
2002/CIVEL

Cópia



PROVA ILÍCITA. CULPA. NATUREZA DA SENTENÇA DE SEPARAÇÃO.

Inadmissível a prova obtida por meio de escuta telefônica para a finalidade de provar a culpa no processo de separação, uma vez que a jurisprudência está cada vez mais se distanciando da perquirição da causa do desenlace do vínculo afetivo para declarar o fim do casamento.

Limita-se a sentença por cancelar fato pré-existente, qual seja, o término do casamento, cuja única causa é a fim do vínculo afetivo.

AGRAVO IMPROVIDO.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

Nº 70004415451

ESPUMOSO

S.N.

AGRAVANTE

E.M.N.

AGRAVADA

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, desprover o agravo.

Custas, na forma da lei.

Participaram do julgamento, além da signatária, os eminentes Senhores Des. José Carlos Teixeira Giorgis e Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves.

Porto Alegre, 21 de agosto de 2002.

DES^a MARIA BERENICE DIAS,

Relatora-Presidente.

R E L A T Ó R I O

DESª MARIA BERENICE DIAS (RELATORA-PRESIDENTE) –

O varão S.N. agrava da decisão da fl. 51 que, nos autos da ação de separação judicial litigiosa que move contra E.M.N, determinou o desentranhamento das fls. 26 a 39 e das fitas acostadas na fl. 41. Insurge-se contra o entendimento do magistrado ao considerar prova ilícita o uso de “grampo telefônico”, única alternativa disponível para lhe dar certeza de que a agravada mantinha relacionamento extraconjugal. Diz não haver ilicitude nas gravações levadas a efeito dentro de sua residência e sob sua total responsabilidade, pois a mulher usava o telefone residencial para, na presença da filha de sete anos, marcar encontros amorosos com o amante. Assevera que a prova não foi colhida clandestinamente, diferentemente das atitudes da recorrida que, enquanto ele estava na lavoura, praticava atos ilícitos e contra a fé conjugal. Argumenta que sua atitude visava a proteger a filha que era obrigada a conviver com o amante da mãe dentro da própria casa, no lugar do pai, enquanto ele trabalhava. Sustenta que sua atitude não afrontou os preceitos constitucionais, tendo ele exercido seu direito de agir em proteção à família, à honra e à fé conjugal. Afirma que o casamento foi ferido pela deslealdade, pela dissimulação e pela hipocrisia. Reitera que a prova obtida com o “grampo telefônico” constitui meio admissível e moralmente legítimo, pois hábil a provar a verdade dos fatos. Alega que desentranhar as fitas magnéticas e as respectivas transcrições significa eliminar o início de prova a ser confirmada pelo restante do conjunto probatório. Requer seja liminarmente suspenso o cumprimento da decisão recorrida e pugna pelo provimento do recurso.

Foi indeferido o pedido de efeito suspensivo (fl. 55v) e transcorreu o prazo legal sem manifestação da agravada (fl. 57).

Tomando vista, a Procuradora de Justiça opinou pelo conhecimento e improvimento do agravo (fls. 58/60). É o relatório.

É o relatório.

V O T O

DESª MARIA BERENICE DIAS (RELATORA-PRESIDENTE) –

Muito se tem discutido, em sede doutrinária e jurisprudencial, a respeito da admissibilidade da prova obtida por meio ilícito para fins judiciais.

Ainda que haja uma tendência em relativizar o princípio constitucional da inviolabilidade e do próprio direito à privacidade, bem como o da própria regra

esculpida na Carta Maior da inadmissibilidade da prova ilícita, necessário que se atente ao bem protegido e ao interesse maior alvo da tutela.

In casu, a prova obtida de forma irregular busca tão-só a responsabilização da mulher pelo fim do casamento, com a intenção de atribuir-lhe a culpa pela separação.

Ora, de há muito vem a jurisprudência abandonando a perquirição e a identificação do culpado pela separação. Ao depois, mister atentar que o fato que enseja a separação é somente um: o desamor. O que a lei identifica como ‘causas’ nada mais são do que meras conseqüências de uma causa anterior e única, ou seja, o fim do vínculo afetivo. Assim, tanto a infidelidade como posturas que tornam impossível a vida em comum têm um antecedente único: o término do afeto, pois é ele que permite que se assumam posturas que afrontem o cônjuge e a própria relação matrimonial.

Logo, de todo irrelevante a identificação da eventual conseqüência que o fim do vínculo afetivo gerou. O que cabe ao Poder Judiciário é tão-só homologar o fim de um casamento que já ocorreu, para emprestar juridicidade ao fato pré-existente.

Portanto, desimporta perquirir o agir de qualquer dos cônjuges para se declarar o desenlace do vínculo matrimonial, sendo a manifestação judicial de conteúdo muito mais declaratório do que desconstitutivo, uma vez que a separação já ocorreu e está a merecer somente a subscrição judicial.

Por tais fundamentos, de todo despiciendo se alargar a *causa petendi* da ação de separação para nela incluir a postura que desencadeou o pedido de decretação judicial do fim do relacionamento.

Nesses termos, a rejeição do agravo se impõe.

DES. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS –

Como bem acentuado pela eminente Relatora, é tormentoso o entendimento a respeito da utilização da chamada prova ilícita no campo do Direito. Se, por um lado, no âmbito do Direito Processual Penal, têm sido referendada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal alguns casos episódicos de admissão da prova ilícita, principalmente com respaldo na aplicação do princípio da proporcionalidade, já o mesmo cenário se vê com maior número no campo do Direito Privado, especialmente no Direito de Família. A obra clássica de Yussef Cahali, *Divórcio e Separação*, refere numerosas jurisprudências em que se admite a produção desse tipo de prova no campo da relação familiar, tendo em vista que as questões atinentes às violações dos deveres conjugais são de difícil constatação, e a parte não tem outra maneira de se socorrer para poder exercer o seu direito, senão buscar essa forma de expediente.

Na década de 70, ficou paradigmático um acórdão do eminente Prof. Barbosa Moreira admitindo a prova em Direito de Família onde o marido gravara na

MBD
Nº 70004415451
2002/CIVEL

Cópia



secretária eletrônica a conversa. Entendeu o Prof. Barbosa Moreira que se tratava da prevalência do direito de ação sobre o direito da intimidade. Daí para diante, como disse, tem sido contraditória a manifestação dos Pretórios a esse respeito.

Tenho, portanto, como possível, em alguns casos, a utilização desse tipo de prova, mas, como julgamos o caso concreto, neste episódio se vê que o casal já se encontra rompido, a separação já estabelecida, de modo que em nada contribuiria a utilização deste meio, principalmente por haver referência de que foi produzida mais para proteger um filho que assistia às conversas telefônicas feitas pela mãe. Então, também por esse motivo, penso que deva ser expungida do processo esta prova, até em salvaguarda da serenidade e formação do descendente do casal.

Assim, embora tenha a respeito da tese algumas outras considerações e até pudesse, num outro caso, abonar a produção dessa prova aplicando o princípio da proporcionalidade, neste caso concreto, acompanho a eminente Relatora.

DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES – de acordo com a Relatora.

DES^a MARIA BERENICE DIAS (RELATORA-PRESIDENTE) – AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70004415451, de ESPUMOSO:

“DESPROVERAM. UNÂNIME.”