

**UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE**

LUIZ EDUARDO KLOCKE PEREIRA

LIMITES PROBATÓRIOS NOS PROCESSOS  
ENVOLVENDO DIREITO DE FAMÍLIA

São Paulo

2022

LUIZ EDUARDO KLOCKE PEREIRA

Trabalho de Graduação Interdisciplinar  
apresentado como requisito para  
obtenção do título de Bacharel no  
Curso de Direito da Universidade  
Presbiteriana Mackenzie.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior

São Paulo

2022

LUIZ EDUARDO KLOCKE PEREIRA

LIMITES PROBATÓRIOS NOS PROCESSOS ENVOLVENDO  
DIREITO DE FAMÍLIA

Trabalho de Graduação  
Interdisciplinar apresentado como  
requisito para obtenção do título de  
Bacharel no Curso de Direito da  
Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

---

**Examinador: Prof. Dr. Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior (Orientador)**

---

**Examinador: Prof. Dr. André Pagani de Souza**

---

**Examinador: Prof. Dr. Luís Eduardo Simardi Fernandes**

## **AGRADECIMENTOS**

Não poderia deixar de expressar, brevemente, minha gratidão por todos aqueles que me acompanharam ao longo destes anos, sendo esta a melhor oportunidade para tanto.

Em primeiro lugar, agradeço aos que me acompanham durante toda minha vida e foram minha base em inúmeros sentidos, essenciais para formação da minha personalidade e caráter, minha família, a qual tem todo meu amor, especialmente minha mãe, Cristiane; meu irmão, Luiz Felipe; e meu pai, e futuro colega, Luiz Marcelo, o qual tenho enorme apreço e gratidão por todo suporte e ensinamentos, levar-te-ei sempre como minha maior inspiração. Sou grato todos os dias por ter vocês ao meu lado.

Aos meus amigos e colegas da faculdade, não poderia deixar de agradecer por todo companheirismo, auxílio e apreço ao longo dos cinco anos de graduação, vocês, com certeza, tornaram minha trajetória mais leve e única. Sou muito feliz em saber que, além de colegas de profissão, seremos parceiros para vida.

Às minhas amigas de escola agradeço toda atenção e amor de sempre, é realmente um privilégio ter vocês ao meu lado em tantos momentos importantes na minha vida, especialmente ao longo da graduação.

Por fim, agradeço meu orientador, e meu professor de Processo Civil na graduação, o Prof. Dr. Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior, pela disponibilidade e orientação para que o presente trabalho fosse executado.

## **RESUMO**

O presente trabalho discorre brevemente sobre a admissibilidade excepcional das provas ilícitas nos processos de direito de família, tendo em vista as particularidades e complexidade da área. A exposição busca despertar a compreensão do leitor quanto à importância deste emprego probatório para melhor desfecho do processo, sempre tendendo à proteção de bens considerados mais valorados de acordo com cada caso concreto após um juízo ponderação realizado pelo próprio magistrado, o qual se fundamenta em princípios do ordenamento jurídico para solucionar o choque entre direitos individuais e a utilização de determinada prova ilegal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Processual Civil. Direito de Família. Provas Ilícitas. Admissibilidade Excepcional. Princípio da Proporcionalidade.

## **ABSTRACT**

This paper discourse about the exceptional admissibility of illegal evidence at the Brazilian Family Law owing to the particularities and complexity of area. The exposure seeks awaking the reader understanding about the importance of this type of evidence to better solve the lawsuit, always looking for the protection of more valued rights according to each case after a weighting accomplished by the judge, who takes base on principles to solve the shock between processual, material and constitutional rights with the use of an illegal evidence.

**KEY WORDS:** Civil Procedural Law. Family Law. Illicit Evidence. Exceptional Admissibility. Principle of Proportionality.

## SUMÁRIO:

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>1 NOÇÕES E PARTICULARIDADES DO DIREITO DE FAMÍLIA</b> .....	9
<b>1.1 Particularidades das Demandas Familistas</b> .....	10
<b>1.2 Base Principiológica</b> .....	10
<b>2 AS PROVAS NOS PROCESSOS CÍVEIS</b> .....	11
<b>2.1 A Prova como Meio de Obter a Verdade Real</b> .....	11
<b>2.2 Os Meios de Prova na Esfera Cível</b> .....	14
<b>2.3 As Provas Consideradas Ilícitas</b> .....	16
<b>3 AS PROVAS NOS PROCESSOS QUE ENVOLVEM DIREITO DE FAMÍLIA</b> .....	19
<b>3.1 As Demandas Familiares</b> .....	19
<b>3.2 O Uso Excepcional das Provas Ilícitas</b> .....	20
<b>3.3 A Tecnologia Aliada aos Meios de Prova</b> .....	22
<b>3.4 Fechamento do Capítulo</b> .....	24
<b>4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A ATUAÇÃO DOS MAGISTRADOS</b> .....	25
<b>CONCLUSÃO</b> .....	29
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	31

## INTRODUÇÃO

Por ser o ramo mais intimamente ligado à própria vida, o direito de família é considerado por muitos doutrinadores como o mais complexo dentre os demais âmbitos do direito civil material e processual.

Ao longo da história, o direito das famílias sempre esteve presente, dada a importância da instituição familiar, passando por diversas mudanças desde o império romano, com a presença do pater poder, o qual colocava a figura paterna como chefe absoluto do núcleo familiar e os demais membros como sua “propriedade”; ao direito germânico, que entendia o poder familiar como poder e dever dos pais com fins de proteção do grupo familiar. Hoje, sabe-se que seu funcionamento é outro.

Com o decorrer do tempo, as mudanças sofridas pela sociedade - considerada um “corpo biológico” (DURKHEIM. 1858 - 1917), ou seja, um organismo vivo - alterou a dinâmica familiar, havendo necessidade de constante adaptação do direito à evolução social e aos bons costumes, tanto no sentido legislativo, como no sentido processual/judicial.

A globalização e constante evolução do conhecimento científico e dos movimentos político-sociais permitiram essa atualização na estrutura familiar seja pela equiparação do casamento à união estável, não distinção entre os filhos, pelo reconhecimento de uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo ou reconhecimento de outras espécies de família - como as anaparentais, ou seja, sem a presença de ambas as figuras paternas. Para Silvio de Salvo Venosa, coube ao direito “acompanhar legislativamente” - ou pelo menos tentar - essas mudanças sociais (VENOSA. 2022. p. 07).

Diante desse cenário, o presente trabalho busca analisar a influência das transformações sociais nos processos de direito de família, mais especificamente quanto à produção de prova nesses litígios, tendo em vista a excepcional admissibilidade de determinados materiais probatórios considerados ilícitos, mas necessários – muitas vezes como única opção - para proteção de direitos e princípios que, através de um juízo de ponderação, são mais valorados em comparação com aqueles que a produção da prova em questão viola.



## 1 NOÇÕES E PARTICULARIDADES DO DIREITO DE FAMÍLIA

Como apontado anteriormente, o direito de família possui certas particularidades que o afasta das demais ramificações do direito civil, a começar por sua natureza jurídica.

Por ser considerada célula básica da sociedade pela Constituição Federal, segundo seu artigo 226, caput, a família recebe especial proteção do Estado (BRASIL, 1988), atribuindo-lhe viés de Direito Público através de dispositivos legais que regulam as relações entre parentes e cônjuges - como os impedimentos matrimoniais; os regimes patrimoniais no matrimônio e (nas) uniões estáveis; e etc.

Em contrapartida, a área de família também possui normas supletivas, ou seja, fixam regras que complementam a insuficiência de manifestação de vontade, como nos casos de partilha de bens e regulamentação de visitas, por exemplo, onde as partes decidem sobre o assunto e o juízo apenas o homologa. Por esse fator, e por regular relações entre particulares, é-lhe também concedida a natureza de Direito Privado.

A aproximação do direito de família ao Direito Público, porém, não retira o seu caráter privado. Pontua Sílvio de Salvo Venosa (2020, p. 34) que não é possível admitir o direito de família como direito público, devido a sua intervenção indireta e apenas quando essencial para a própria estrutura do Estado. Dessa maneira, o doutrinador acredita ser considerável, num futuro próximo, a adequação do direito de família como um microssistema jurídico, possibilitando, inclusive, a “elaboração de um Código ou Estatuto da Família ou das Famílias, como em outras legislações”.

Quanto à finalidade e aos objetivos dos dispositivos legais do direito de família, pode-se concluir, a partir da leitura do próprio Código Civil e de leis especiais, que esse atua em três setores distintos, sendo eles: o das relações pessoais envolvendo questões matrimoniais, de parentesco e filiação; das relações assistenciais - o qual trata sobre tutela e curatela, e ainda dos vínculos; e deveres patrimoniais - englobando os alimentos, regime de bens e partilha (VENOSA, 2020, p. 37).

Ao tratar sobre direitos individuais de um sujeito, seja de qualquer dos setores descritos acima, possuirá natureza personalíssima, logo, serão intransferíveis, intransmissíveis e

irrenunciáveis. Ainda de acordo com Venosa (2020, p. 37), tais “setores” aderem à personalidade do sujeito em razão da sua posição na família e “durante toda a vida”.

### **1.1 Particularidades das Demandas Familistas**

Por óbvio, tais particularidades no direito material de família possuem influência direta nos processos que envolvem essa área, refletindo em todos os atos processuais como liminares, prioridade de tramitação, produção de provas etc.

Dito isso, os conflitos familiares são considerados os mais sensíveis do ordenamento jurídico, e, por esse motivo, nem sempre se resolvem com uma decisão judicial, a qual é composta tecnicamente apenas pela sentença. Em casos envolvendo relações familiares, a interferência do judiciário pode, inclusive, agravar os conflitos, mesmo seguindo à risca todos os trâmites previstos em lei. Isso porque o legislador, de acordo com a processualista Fernanda Tartuce (2020, p. 20), não costuma considerar aspectos subjetivos presentes no direito de família, tais como sentimentos de amor, angústia, ressentimento e revolta.

Mesmo com certas adaptações procedimentais trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, a criação de uma estrutura por parte do Estado com a atuação de profissionais mediadores, pedagogos, psicólogos e demais assistentes, a doutrinadora defende a posição de que são “tímidos passos iniciais”, os quais, em conclusão, podem não ser suficientes para amenizar conflitos, dada tamanha complexidade da área (TARTUCE, 2020, p. 22).

Desse modo, o advogado litigante deve acabar cedendo seu lugar ao advogado com papel conciliador/negociador, e, em conjunto com o magistrado, apontar o modo mais conveniente para obter a solução do problema para as partes, não havendo necessariamente as figuras de um vencedor ou perdedor.

### **1.2 Base Principiológica**

Devido a sua magnitude, a área do direito de família é amparada por específica base principiológica, acolhida, tanto pelas leis federais como pela própria Constituição Federal. Através de tal fato, percebe-se a preocupação do legislador em tornar a área, de certa forma, mais “humana”, para facilitar a resolução dos conflitos envolvendo pessoas do mesmo núcleo familiar.

O Código Civil de 2002, nas palavras do civilista Gonçalves (2019, p. 9) - “(...) procurou adaptar-se à evolução social e aos bons costumes, incorporando também as mudanças legislativas sobrevindas nas últimas décadas do século passado”, dessa maneira, adveio ampla e atualizada regulamentação que englobasse as particularidades basilares do direito de família à luz dos princípios e normas constitucionais.

A doutrina brasileira se refere à existência dos seguintes princípios, sendo eles: (I) o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana; (II) o princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar, tal princípio dispõe sobre a livre decisão do casal no planejamento familiar, com necessidade de intervenção do Estado apenas para propiciar recursos educacionais e científicos ao exercício desse direito (GONÇALVES, 2019, p. 9); (III) o princípio da comunhão plena de vida, que se refere ao dever do companheirismo presente nos matrimônios (e conseqüentemente, nas uniões estáveis); (IV) o princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros; (V) o princípio da igualdade jurídica de todos os filhos; e por fim, (VI) o princípio da paternidade responsável e planejamento familiar. Sendo que, muitas das vezes esses se chocarem entre si, ou com princípios processuais, no decorrer da demanda, em especial em sua fase de instrução.

Deste modo, os princípios representam para o ordenamento jurídico brasileiro as verdades ou juízos fundamentais, os quais, nas palavras de Miguel Reale, “servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade”, além de assumirem papel de fundador da validade de um sistema particular de conhecimentos (REALE, 2013, p. 60).

Como será exposto ao longo do presente trabalho, o julgador de demandas que envolvem direitos das famílias deve analisar o caso concreto e utilizar-se do princípio da proporcionalidade para que, ao admitir uma prova ilícita para seu convencimento, prevaleça o equilíbrio dentro do litígio, e assim salvaguardar princípios de maior importância na questão.

## **2 AS PROVAS NOS PROCESSOS CÍVEIS**

### **2.1 A Prova como Meio de Obter a Verdade Real**

Nos litígios, as provas desempenham um papel essencial diretamente vinculado à verdade, sendo o instrumento necessário para averiguar a veracidade dos fatos e,

consequentemente, contribuir com a formação do convencimento do magistrado (CÂMARA, 2021, p. 238). Assim, as provas devem afastar possíveis inseguranças do juízo em relação a determinado fato alegado pela parte, para que ele decida, por fim, com maior convicção e estabilidade.

Além de objetivar o convencimento do juiz sobre a verdade dos fatos, os instrumentos probatórios exercem a função de levar ao magistrado o conhecimento dos acontecimentos que fundamentam determinado requerimento de uma das partes; bem como entregar elementos necessários para esclarecimentos no processo (ADRIÃO, 2018, p. 206).

Rolf Madaleno utiliza-se dos ensinamentos de Francesco Carnelutti para explicar quais fatos necessitam da prova para obter a verdade real no litígio. Segundo o jurista italiano, existe uma “zona neutra” de acontecimentos controvertidos, os quais podem ser afirmados por uma ou algumas das partes, mas não são admitidos, e, portanto, constituem matéria de prova. São situações dentro do processo em que o magistrado se depara com uma afirmação positiva, e outra negativa, vindas de partes diferentes, mas sobre um mesmo fato, assim, é necessário “proporcionar os meios processuais de prova para a solução do impasse entre duas aparentes, mas contraditórias, verdades” (MADALENO, 2014, p. 338).

Dessa maneira, com fundamento no Artigo 373 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), possui o ônus probatório, a princípio, a parte que ajuíza a ação, devendo provar tudo aquilo que alega; por sua vez, o magistrado, segundo artigo 371 do mesmo dispositivo, deve apreciar a prova “independentemente do sujeito que a tiver promovido”, e indicar na decisão as razões da formação de seu convencimento (BRASIL, 2015). No entanto, há situações específicas em que o ônus da prova poderá ser invertido a pedido da parte ou *ex officio*, comum em demandas envolvendo direito consumerista dada a fragilidade da parte ingressante, o consumidor, e sua dificuldade em provar certas exposições se comparado ao fornecedor.

O juiz, porém, não poderá reconhecer matéria cuja lei exige a iniciativa da parte, devendo respeitar as questões expostas em juízo. Ou seja, não há mais espaço para o chamado poder inquisitório no atual Código de Processo Civil, para o magistrado investigar, arbitrariamente, os fatos e ordenar de ofício a realização de qualquer prova que seja mesmo contra a vontade dos interessados (JÚNIOR e NERY, 2019, p. 999).

Apesar das partes possuírem a iniciativa para produção das provas, o magistrado, dado o seu papel além de mero espectador, pode, de ofício, determinar provas que julgar necessárias para julgamento do mérito, e, inclusive, indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias requeridas pelas partes, logicamente em decisão fundamentada (artigos 370 e 489, §§1º e 2º, CPC), a qual será passível de preliminar de apelação nos termos do artigo 1.009, §1º, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) caso uma das partes não concorde.

Com objetivo de preservar o andamento adequado do processo, observando o princípio da duração razoável do processo, que visa a “solução em tempo razoável do processo” (ARENHART e MARINONI, 2019, p. 202), é dever do magistrado impedir a produção de provas desnecessárias, inúteis, e meramente protelatórias, ou seja, aquelas pleiteadas apenas para adiar o julgamento do mérito. O Código de Processo Civil é claro ao determinar, em seu Artigo 77, inciso III (BRASIL, 2015), que é dever de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo não produzir provas inúteis ou insignificantes à declaração, ou à defesa, do seu direito.

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro limita o poder investido às partes pelo artigo 369 do Código de Processo Civil, bem como aquele alicerçado pelo princípio constitucional da ampla defesa, derivado princípio do devido processo legal, no sentido de produzir prova que possibilitem trazer para o processo todos os elementos, pertinentes, tendentes a esclarecer a verdade.

Ao passo que a Constituição Federal de 1988 assegura aos litigantes acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, inciso LV, CF), ela também garante a todos a duração razoável do processo e meios que garantam referente celeridade em sua tramitação (art. 5º, inciso LXXVIII, CF), caracterizando conflito aparente de princípios (CERNICCHIARO. 2005) por incompatibilidade lógica. Nesses casos, caberá ao juiz realizar uma análise conjunta dos princípios, agindo com prudência e razoabilidade no exame de cada caso concreto (ALMADA, 2020), de forma que o equilíbrio (em atenção ao princípio da proporcionalidade) prevaleça, para ao final, um deles afastar a pertinência do outro.

Pontua-se que há, porém, no processo civil, fatos que dispensam comprovação por meio de provas, e os quais são taxados pelo rol do artigo 374 do Código de Processo Civil. De

acordo com o dispositivo legal, prescinde corroboração, os fatos notórios; aqueles afirmados por uma parte e confessados pela outra; os fatos admitidos no processo como incontroversos, ou os quais não foram contestados no processo; e os fatos em que a legislação brasileira já admite como verdadeiros (BRASIL. 2015). Está dispensado o juiz de formar qualquer convicção sobre esses fatos caso analisados individualmente, embora deva considerá-los ao analisar o conjunto probatório e/ou no momento de proferir sua decisão (ARENHART e MARINONI. 2019. P. 199 - 200).

As provas, portanto, são elementos incumbidos de perseguir a veracidade necessária dos fatos relevantes ao longo do processo para o adequado desfecho da causa, devendo as partes se atentarem à pertinência dos instrumentos probatórios que pretendem produzir, os quais ainda passarão por uma ponderação do magistrado.

## **2.2 Os Meios de Prova na Esfera Cível**

Segundo o texto do artigo 369 do Código de Processo Civil, é um direito das partes poder empregar todos os meios de prova legais e moralmente legítimos, mesmo sem previsão no Código em questão, para corroborar aquilo alegado nos autos e influir na convicção do magistrado (BRASIL, 2015).

Faz-se necessário neste ponto realizar breve explicação sobre o que consiste o “meio de prova”, para não haver equívoco em utilizar-se como sinônimo o termo “prova” em si. Pois bem, entende-se por meio de prova como o método a ser utilizado para produção de uma prova, ou melhor, para obtê-la. O Código Civil, em seu artigo 212, enumera ao longo dos seus incisos como os meios de prova, a exibição de documentos ou coisas; prova documental; prova pericial; inspeção judicial; depoimento pessoal; confissão e a prova testemunhal (BRASIL, 2002).

Em complemento à função classificativa do direito material, esclarece Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery que é competência do direito processual “fornecer o rol dos meios de prova admitidos no processo, a discriminação pormenorizada da forma e do momento de sua produção, bem como a forma e os limites de sua avaliação pelo julgador” (JÚNIOR e NERY, 2019, p. 993).

Dada a possibilidade, pelo próprio artigo 369 do Código de Processo Civil, da utilização de meios de prova não previstos em lei (BRASIL, 2015), é necessário elucidar que as partes devem revestir-se dos princípios da moralidade e lealdade para produção de suas provas, além de, obviamente, tomarem o cuidado de serem obtidas de forma legal. Portanto, os meios de prova não previstos legalmente poderão ser utilizados no processo caso não violem a moral e os bons costumes, havendo exceções.

Marinoni e Arenhart (2019, p. 175) elucidam que os meios não expressamente previstos em - qualquer - lei, mas evidentemente legais, são chamados de “meios moralmente legítimos”. De acordo com os processualistas, pouco importa se os meios são expressamente previstos em texto legal ou não, desde que estejam de acordo com as normas. Dessa maneira, conclui-se que a diferença entre um meio típico e o meio legal está fundada em relação a tipicidade do meio de prova, ou seja, sua previsão em texto legal (meio típico), podendo estar, ou não, em concordância com o direito (meio legal ou ilegal), definindo a possibilidade de utilização/admissibilidade da prova produzida.

Caso não haja tipicidade do meio na lei, ele será classificado como “meio atípico de prova”, os quais devem estar de acordo com o direito e a moral, com exceção da produção de uma prova ilícita, cuja explicação se dará em momento oportuno. De qualquer maneira, ainda segundo os processualistas aludidos anteriormente, a preocupação em citar “meios moralmente legítimos” está diretamente relacionada, de maneira coexistente, à necessidade e à inexistência da prova atípica (ARENHART e MARINONI, 2019, p. 176).

O emprego da prova atípica, no entanto, poderá ter sua admissão impugnada pela parte contrária que a utilizou, apesar de não ser exigida a observância do contraditório em sua formação (ARENHART e MARINONI, 2019, p. 176), lembrando que nem todo meio atípico produzirá uma prova ilícita, mas toda prova ilícita advém de um meio atípico de prova.

Explicam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2019, p. 416), que a prova possui três elementos indispensáveis para ser aceita: ser admissível (permitida ou não defesas em lei); ser pertinente (deve se adequar à demonstração dos fatos); e contundente (deve ter potencial, nas palavras dos doutrinadores, de trazer esclarecimentos sobre pontos controvertidos).

Dessa maneira, os meios de prova atípicos são plenamente aceitos pelo ordenamento jurídico brasileiro e seu acolhimento observa diretamente os princípios constitucionais da

ampla defesa, já mencionado, e do contraditório. Devendo ficar claro que o direito à produção de provas atípicas, todavia, não é algo absoluto.

### **2.3 As Provas Consideradas Ilícitas**

Foi exposto no tópico anterior a possibilidade e relativa admissibilidade das provas obtidas por meios atípicos, aqueles não presentes na legislação, dentro do ordenamento do direito civil brasileiro.

Através da análise em questão foi possível concluir que as provas advindas de meios atípicos podem resultar em ilicitude, ou seja, sua produção contraria institutos jurídicos e moralmente aceitos. Sobre o tema, a Constituição Federal de 1988 é expressa no sentido de vedar a obtenção ilícita das provas, condenando seu uso no processo (Art. 5º, LVI, CF), sendo assim, a previsão infraconstitucional é coerente com o entendimento trazido na Carta Magna, criando uma série de limitações à atividade probatória.

Por outro lado, a prova ilícita pode ser a única resposta efetiva para comprovação da verdade dos fatos alegados pelas partes, o principal fim do processo em si. Todavia, o dispositivo constitucional em questão faz menção às provas produzidas mediante a violação do direito material, pois, conclui o doutrinador, “seria óbvio” que as provas não deveriam desprestigiar os direitos processuais (ARENHART e MARINONI, 2019, p. 183).

Os processualistas, Luiz G. Marinoni e Sérgio C. Arenhart, clarificam que as provas ilícitas variam de acordo com o seu modo de produção, violando o direito material em si e de princípios como direito à intimidade; e quanto ao seu modo de obtenção, diretamente ligadas com a violação dos aspectos do direito processual (ARENHART e MARINONI, 2019, p. 179). Assim, a prova resultante da violação do direito material não pode ser sanada, muito menos produzir qualquer efeito no processo, isso porque o ilícito é a sua própria causa (ARENHART e MARINONI, 2019, p. 183), ao passo que a violação de regras processuais admite a “salvação” do resultado do procedimento probatório, ou seja, da prova em si.

Alexandre de Moraes (2021, p. 164), cita como exemplos de provas que violam o direito material, aquelas obtidas por meio de tortura psíquica, quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico sem ordem judicial devidamente fundamentada. O jurista ainda esclarece sobre a diferenciação entre os termos de provas ilícitas, ilegais e ilegítimas; sendo as



ilícitas aquelas que são obtidas através da violação do direito material, ao passo que as ilegítimas são obtidas através da infringência ao direito processual. Por fim, explica o ministro do Supremo Tribunal Federal, que as provas ilegais são o gênero o qual abrange as provas ilícitas e ilegítimas.

Nesse sentido, é didático o julgamento da Reclamação 36.571/Mato Grosso, pelo Supremo Tribunal Federal, no qual Ministro-Relator Alexandre de Moraes, esclareceu, *in verbis*, que:

(...) o devido processo legal, na forma abrigada pela Constituição do Brasil, força a exclusão do processo das provas ilícitas, vedando a sua consideração pelo eventual julgador (...) a proibição da utilização de provas obtidas ilicitamente tem forte conteúdo ético e é, em última instância, um sub-princípio de um princípio maior, o princípio da Dignidade Humana (...) Assim, além de representar uma garantia formal à veracidade do conteúdo das provas examinadas pelo julgador, a proibição das provas obtidas ilicitamente tem o mérito de resguardar as pessoas contra a intromissão de terceiros em suas vidas privadas e de garantir a sua própria integridade física e moral, tendo estreita relação, portanto, com o princípio da dignidade humana.” (Das provas ilícitas no Direito Brasileiro. Revista de Informação Legislativa. Senado Federal: Brasília, ano 42, nº 167, julho/setembro – 2005, p. 59 e 62). (STF - Rcl: 36571 MT 0028114-93.2019.1.00.0000, Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 09/11/2020, Data de Publicação: 11/11/2020).

Ainda sobre a ilicitude das provas, tomando emprestada a teoria geral da prova presente no Processo Penal Brasileiro, tem-se que as provas ilícitas são consideradas inadmissíveis por serem fruto da violação de normas constitucionais e legais, devendo assim serem desentranhadas do processo, conforme Artigo 157, *caput*, Código de Processo Penal (BRASIL. 1941). Em complemento, determina o Artigo 157, § 1º, do mesmo *códex*, que as provas derivadas das ilícitas também serão inadmitidas no processo, salvo se puderem ser obtidas por outra fonte, ou quando não houver nexos de causalidade entre elas (BRASIL. 1941), dando origem à Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada.

Elucida o parecerista Aury Lopes Júnior (2022, p. 186) que foi utilizado o princípio da contaminação ao citar o caso “Nardone v. United States”, de 1937, onde foi cunhada a expressão *fruits of the poisonous tree* pelo Juiz Frankfurter, da Suprema Corte, cuja decisão determinou que, em citação ao julgado, “proibir o uso direto de certos métodos, mas não pôr limites a seu pleno uso indireto apenas provocaria o uso daqueles mesmos meios considerados incongruentes com padrões éticos e destrutivos da liberdade pessoal”. Para o penalista a

lógica da teoria é clara (apesar de sua aplicação ser mais complexa), estando a árvore envenenada, seus frutos estarão, por derivação, igualmente contaminados.

A Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, explicada acima, e a qual fundamenta a ilicitude por derivação, é acolhida pelo Supremo Tribunal Federal devido à expressa rejeição constitucional às provas ilícitas (Art. 5º, LVI, Constituição Federal). Dessa maneira, os meios de prova, e consequentes provas, que violam o direito material não podem produzir qualquer efeito no processo, e sua transgressão não poderá ser sanada, ou seja, a prova não poderá ser aproveitada de nenhuma maneira, visto que o ilícito é a sua causa (ARENHART e MARINONI, 2019, p. 183).

Novamente nas palavras de Luiz G. Marinoni e Sérgio C. Arenhart, “se tais provas não implicassem na violação de direitos (materiais), a busca pela verdade deveria impor a sua utilização no processo” (ARENHART e MARINONI, 2019, p. 183). É exatamente por esse motivo que as provas cuja violação se dá sob direitos processuais não essenciais são sanáveis, podendo ser utilizadas posteriormente. Elucidam ainda, que, embora não possa ser valorada, a prova ainda que não sanada pode repercutir no processo, e nesse caso o magistrado poderá considerá-la livremente, devendo, porém, analisá-la em conjunto com outras provas lícitas a ele apresentadas (ARENHART e MARINONI, 2019, p. 182).

Utilizando-se dessa prova, o juiz deverá explicar o porquê de a violação da regra processual não ter depreciado a descoberta como um todo, relacionando-a com as demais provas lícitas e vinculando a verdade obtida por meio delas. Em se tratando do direito processual civil, é essencial uma segunda ponderação quanto à admissão da eficácia da prova ilícita (em casos de violação de regra processual), a qual deve ser realizada pelo magistrado diante do caso concreto ao aplicar a regra da proporcionalidade, cuja explicação será dada nos próximos capítulos deste trabalho. A primeira ponderação, como explicado, é realizada pela própria Constituição Federal quando ela decide sobre a proteção do direito material ao limitar direito à descoberta da verdade em seu artigo 5º, inciso LVI.

No subtópico anterior (Meios de Prova no Processo Civil), foi exposto que a decisão a qual indeferir a produção de determinada prova é passível de preliminares de apelação, segundo artigo 1.009, § 1º, do Código de Processo Civil. Todavia, de acordo com Luiz G. Marinoni e Sérgio C. Arenhart, em casos da ausência da prova implicar grave prejuízo, como a admissão de uma prova ilícita, caberá o Agravo de Instrumento, observando sua

taxatividade mitigada, para atacar a decisão em questão (ARENHART e MARINONI, 2019, p. 203), isso porque o recurso permite impetração paralela aos autos de origem, diminuindo a chance de possível prejuízo à parte.

As provas, dada sua função em atingir a verdade real, é matéria de tamanha importância que são regulamentadas tanto pelo direito material (artigo 212 - 232, do Código Civil) quanto pelo direito processual civil (artigo 369 - 484, do Código de Processo Civil). Somente através da admissão, produção e valoração do material probatório relevante trazido pelas partes será possível “maximizar” a oportunidade de o juiz atingir uma proximidade com os fatos tal como ocorreram (CAMBI, 2014, p. 642), tendo em vista que as narrativas defendidas em um processo podem omitir (ou acrescentar) informações de interesse pessoal para induzir o magistrado, devendo esse, por sua vez, realizar uma ponderação de quais provas são de fato relevantes à causa, inadmitindo, de pronto, aquelas que violarem o direito material, processual, ou meramente protelatórias, de acordo com o caso concreto.

### **3 AS PROVAS NOS PROCESSOS QUE ENVOLVEM DIREITO DE FAMÍLIA**

#### **3.1 As Demandas Familiares**

Como afirmado anteriormente, o Direito de Família se mostra como o ramo mais intimamente ligado à própria vida, fato que explica tamanha complexidade e subjetividade da área.

Por conta disso, as causas familistas envolvem inúmeros elementos subjetivos com impacto direto e relevância substanciais nos relacionamentos familiares e, conseqüentemente, na gestão das demandas. Assim, esses litígios envolvem muito além das concepções comuns ao Direito Civil, abraçando também sentimentos de amor, angústia e ressentimento (TARTUCE, 2021, p. 20), os quais refletem diretamente nas relações processuais.

Ainda que o Novo Código de Processo Civil e as leis específicas reconheçam certa particularidade aos litígios familiares, o legislador processual não costuma considerar esses fatores subjetivos fortemente presentes nesse ramo do direito em questão (TARTUCE, 2021, p. 21).

Dito isso, caberá ao magistrado reconhecer as especificidades do caso concreto na aplicação das regras e na concepção dos institutos processuais, como a produção e emprego de determinadas provas. Isso porque, segundo a processualista Tartuce (2016, p. 20), “(...) muitas especificidades dos conflitos familiares verificam-se fora do juízo, mas acabam se projetando neste (como desentendimentos comprometedores da confiança e do cumprimento de acordos celebrados)”.

Devido à necessidade de reconstrução/comprovação de situações que se verificam na intimidade do lar, a produção probatória se torna um verdadeiro desafio, sobejando, muitas vezes, como única solução, provas e meios de prova ilícitos, que se aproveitam justamente dessa privacidade e intimidade pré-existente entre as partes.

### **3.2 O Uso Excepcional das Provas Ilícitas**

Apesar de ser expressamente proibido pelo texto constitucional, o emprego de provas ilícitas pode ser aproveitado em processos familistas e seu uso deve ser excepcional, justamente porque é comum a necessidade de reconstituição de fatos que ocorreram na privacidade do lar. Sua admissibilidade, porém, não é pacificada entre os tribunais brasileiros, gerando ainda muitas discussões.

Nestes casos há certa flexibilização do dispositivo constitucional (artigo 5º, LVI, Constituição Federal) graças ao caráter cidadão e garantidor de direitos da Constituição Federal de 1988, uma vez que não cabe uma análise fundamentada apenas na literalidade da lei, podendo deixar de amparar interesses relevantes ao caso concreto.

Novamente de acordo com Fernanda Tartuce, a dificuldade probatória é uma característica marcante nos processos que envolvem direito de família, isso porque estão presentes “obstáculos” adicionais para além da natural ocultação de fatos desfavoráveis, comum nos demais tipos lides, como a dificuldade de comprovação de um fato que ocorreu na intimidade do lar; ou, em casos em que é necessário o uso de prova testemunhal, os sujeitos costumam ser impedidos, suspeitos ou incapazes (TARTUCE, 2021, p. 133).

Dito isso, dada tal dificuldade, a utilização da prova ilícita no processo envolvendo direitos da família é admitida quando o bem jurídico a ser tutelado é (constitucionalmente)

mais relevante que o bem jurídico sacrificado pelo uso dessa prova específica (MARTINS, 2021), certo de que, em muitos dos casos, é o único meio de se obter a verdade real.

Como visto, as provas consideradas ilícitas violam direitos fundamentais como à intimidade, à vida privada e até mesmo o direito à honra, usuais em todas as relações jurídicas, mas com maior força nas demandas familiares. O que ocorre nesses casos (nos quais o uso da prova ilícita é admitido) é que o bem jurídico a ser tutelado pela comprovação do fato através da prova ilícita se sobrepõe em relação a esses princípios. Por exemplo, em ações de alimentos é possível que o magistrado solicite informações e documentos compreendidos no sigilo de dados, o bem jurídico do credor alimentar é, certamente, mais importante que a privacidade dos dados do devedor alimentar.

Para melhor ilustrar a situação, segue o entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal sobre o assunto, no julgamento de uma ação de alimentos:

“TJDF, Proc 0701.37.0.742018-8070000, Ac. 111.3221, 4.<sup>a</sup> Turma Cível, Rel. Des. James Eduardo Oliveira, j. 01.08.2018, DJDFTE 23.08.2018. No mesmo sentido:

Agravo de instrumento. Ação de revisão de alimentos. Sigilo bancário e fiscal. Determinação de quebra. Possibilidade. Decisão confirmada. 1. O sigilo bancário é um direito assegurado pela Constituição Federal de 1988. Todavia, não é absoluto e pode ser quebrado em situações excepcionais, a fim de se verificar a real situação financeira do alimentante, mormente se a documentação por ele apresentada não se mostra hábil a comprovar sua real capacidade contributiva e se há divergência entre os fatos relatados pelas partes e os direitos indisponíveis da criança ou adolescente à vida, educação e saúde. 2. Desse modo, não se pode privilegiar o princípio da inviolabilidade dos dados pessoais em detrimento dos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança [...].” (TJDFT, Proc. 07073595620218070000, Rel. Getúlio de Moraes Oliveira, j. 25 ago. 2021).

Dessa maneira, as partes também poderiam se utilizar de iniciativas mais invasivas, como a contratação de detetive particular; instalação de escutas telefônicas; provocação de flagrantes; interceptação de e-mails e conversas em redes sociais (TARTUCE, 2021, p. 139). Essas provas, porém, devem se justificar como necessárias, ou melhor, indispensáveis, para a justa solução da demanda e proteção de um bem jurídico mais relevante.

Madaleno alude que é comum a utilização de escutas telefônicas e gravações clandestinas, bem como movimentação de detetives particulares nas demandas de custódia judicial dos filhos ou separação judicial (MADALENO, 2022, p. 344), mesmo que,

atualmente, o papel da culpa (em sentido amplo da palavra) venha sendo atenuado nesse último tipo de litígio.

Sobre o emprego de operações mediante detetive particular, Maria Berenice Dias (2016, p. 111) esclarece que, como a profissão não é proibida, e a contratação de seus serviços também não é ilícita, seria possível a admissibilidade de tais provas caso não se configura perturbação à intimidade do investigado, como por exemplo, o flagrante obtido em lugares públicos. Porém, cabe pontuar, com a utilização do princípio da proporcionalidade, e dependendo do caso concreto, seria admissível a excepcional utilização desse meio de prova que viola a intimidade devido à alta carga de valores.

Dessa maneira, conclui-se que, nas palavras de Shauma Schiavo Schimidt (2011, p. 4), "a proibição das provas ilícitas é um princípio relativo, que, excepcionalmente, pode ser violado se estiver em cena um interesse de maior relevância ou outro direito fundamental que com ele contraste". Assim, o limite probatório nesses processos é a ponderação entre o bem jurídico violado pela utilização da prova ilícita e o bem jurídico que a ela busca, de certa maneira, proteger.

### **3.3 A Tecnologia Aliada aos Meios de Prova**

Por óbvio o avanço tecnológico e dos meios de comunicação possui influência direta na atipicidade dos meios probatórios e das provas produzidas, o que facilitaria a materialização de possíveis ilicitudes; mas, do mesmo modo, pode propiciar elementos de convicção relevantes para a causa de pedir abordada no processo. Isso porque, as novas tecnologias tornaram o acesso à informação praticamente instantâneo e de acesso irrestrito.

Os meios de prova mencionados anteriormente como a interceptação telefônica, filmagens clandestinas, interceptação de mensagens eletrônicas; e provas como imagens e as chamadas “capturas de tela” de redes sociais, frequentes em litígios familistas, são (relativamente) aceitos na esfera civil por força do artigo 369 do Código de Processo Civil, que estabelece a atipicidade dos meios de prova no ordenamento jurídico.

A intimidade também merece preservação constitucional nesse âmbito virtual, por ser prova ilícita aquela obtida no campo da informática se interceptada, por exemplo, tanto na

emissão do e-mail como se esse já estiver armazenado na caixa postal do usuário (MADALENO, 2022, p. 345).

Sobre o assunto, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já decidiu, no caso em que os polos da ação estavam ocupados por marido e esposa, que a prova fruto da violação de sigilo de correspondência eletrônica é idoneamente produzida por ter sido extraída de computador compartilhado pela família (TARTUCE. 2021. P. 139). Nesse caso em questão, a 9ª Câmara de Direito Privado do TJSP, ao julgar o Agravo de Instrumento 640.441.4/4, entendeu haver uma presunção de compartilhamento de dados capaz de mitigar o sigilo da correspondência eletrônica.

Quanto às redes sociais e demais meios de comunicação, pode-se afirmar que os integrantes da sociedade estão praticamente a todo tempo sob certa vigilância, o que permite reproduções de imagens e vídeos das redes sociais das partes. A prática é comum em ações de alienação parental e ações de alimentos ou revisional de alimentos, nas quais, muitas das vezes, busca-se provar a possibilidade do alimentante.

Na esfera penal, o Superior Tribunal de Justiça invalidou recentemente provas obtidas através do uso de captura de telas de conversas do *WhatsApp Web* (ferramenta que permite espelhar conversas da rede social *WhatsApp* no computador), a justificativa foi a falta de autenticidade devido à facilidade em manipulação de conversas e imagens, por exemplo, tratando-se assim, de prova demasiadamente frágil e considerada ilícita (MIGALHAS, 2021 e LOPES, 2022), devendo ser desentranhada dos autos.

Sobre o tema, faz-se necessário iluminar que a legislação brasileira ainda não retrata o uso específico de reprodução de mídias sociais nos processos que envolvem direito de família. Sinaliza, porém, o artigo 225 do Código Civil, que as reproduções fotográficas e, em geral, quaisquer outras reproduções eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão (BRASIL. 2002). Assim, mesmo se admitida a prova retirada de uma rede social, como a captura de uma conversa, é possibilitado à parte ofendida a impugnação da exatidão do instrumento probatório utilizado.

A fotografia apresentada em juízo deverá ser considerada documento privado, isto é, deve ser submetida a reconhecimento da outra parte. Caso seja reconhecida, o seu valor será

aperfeiçoado; se impugnada, será válido aquilo que surgir do conjunto de provas contrárias ou coadjuvantes que sejam produzidas (NERY, 2019, p. 644).

O Código de Processo Civil em seu artigo 422, §1º, foi mais específico no sentido de determinar que fazem prova das imagens produzidas as fotografias digitais e aquelas extraídas da “rede mundial de computadores”. E, caso haja sua impugnação, deverá ser apresentada autenticação eletrônica, ou, na hipótese de não ser possível, que seja realizada perícia (BRASIL, 2015).

Todavia, para Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Júnior (2019, p. 1062), a autenticação eletrônica, a qual se refere o dispositivo legal, nem sempre está disponível, o que acaba depositando maior responsabilidade sobre o poder probatório sobre o perito incumbido de analisar o material. Os civilistas acreditam que o legislador deveria ser mais cauteloso quanto à admissibilidade das fotografias digitais como meio de prova, isso devido à facilidade de falsificar documentos eletrônicos.

Portanto, a tecnologia e os meios de comunicação estenderam as possibilidades probatórias nos litígios, principalmente naqueles que envolvem direitos de famílias, tendo em vista a flexibilização na admissibilidade de provas ilícitas.

### **3.4 Fechamento do Capítulo**

Ao longo deste capítulo foi possível inferir que nas demandas familiares há a possibilidade de relativização da determinação constitucional de vedação da prova ilícita quando o bem jurídico tutelado é constitucionalmente mais relevante do que o bem jurídico a ser sacrificado pela utilização do instrumento probatório, devendo essa ponderação ser realizada pelo magistrado. Isso porque, no litígio familista, é comum a necessidade de reconstrução de situações que ocorreram na intimidade/privacidade do lar.

Como será exposto a seguir, o juiz, ao realizar a referida avaliação, utilizar-seá do princípio da proporcionalidade, através do qual será ponderado entre os valores e direitos em questão. Mesmo assim, existem casos em que é difícil solucionar a equação.



#### 4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A ATUAÇÃO DOS MAGISTRADOS

Sabe-se que a dignidade da pessoa humana, é um dos princípios que fundamenta o Estado Democrático de Direito, conforme artigo 1º, III, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), e diz respeito a um macroprincípio, ou princípio dos princípios, como classifica Flávio Tartuce, assim fica possibilitada, segundo conclui o civilista ao utilizar-se dos ensinamentos do ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Edson Fachin, “a repersonalização e despatrimonialização do Direito Privado”, o qual engloba o Direito da Famílias. Ou seja, “ao mesmo tempo em que o patrimônio perde a importância, a pessoa é supervalorizada” (TARTUCE. 2022. p. 661).

Diante desse cenário, o princípio em questão, assim como os demais, encontra-se em uma dimensão acima das normas como alicerce do sistema jurídico-legal brasileiro, seja na esfera do direito material, seja na do direito processual.

O ramo do direito de família é aquele com maior influência e atuação do princípio da dignidade da pessoa humana do Direito Privado (TARTUCE. 2022. P. 661). Nas causas familistas o princípio em questão, assim como os princípios da privacidade, intimidade, muitas vezes são confrontados diretamente pelo texto legal, tornando-se, portanto, fundamental a proteção de valores considerados mais relevantes dentro do caso concreto através de um juízo de ponderação (MARTINS. 2021). O próprio Código de Processo Civil, através de seu artigo 8º, enfatiza a relevância da dignidade da pessoa humana, o dispositivo determina, *in verbis*, que “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência” (BRASIL, 2015).

Como evidenciado ao longo deste trabalho, ao analisar a pertinência da prova ilícita na demanda familiar, o magistrado deverá ponderar entre o direito violado pela utilização da prova ilícita e aquele direito o qual se pretende tutelar justamente com o emprego dessa mesma prova, que visa atingir determinada verdade real. Dessa maneira, para realizar tal juízo de ponderação o togado se fundamentará no princípio da proporcionalidade, o qual impõe certa coerência ao sistema processual.

Sobre o assunto, cabe pontuar que, embora o princípio da proporcionalidade seja distinguido da teoria da razoabilidade na doutrina alemã, onde o primeiro foi estruturado, no sistema jurídico brasileiro a tendência é utilizar os termos como sinônimos, devido à dificuldade teórica e prática de identificar o critério da proporcionalidade, ao passo que a razoabilidade é intuitiva. Assim, há no emprego de ambos o método da ponderação, uma vez que os direitos fundamentais devem ser, na maior medida possível, protegidos (JÚNIOR. 2022, p. 49).

Ressalta-se que os princípios são premissas inafastáveis e inabaláveis dentro do ordenamento jurídico, o que os coloca acima das regras, até porque essas encontram fundamento nos princípios jurídicos (MADALENO, 2022, p. 347). Diante disso, Arenhart e Marinoni esclarecem ainda que a norma, ao ser aplicada por subsunção, será uma regra, porém, quando aplicada por ponderação, a norma será considerada um princípio. A adequação do caso concreto à norma (subsunção) só será viável, portanto, quando “o legislador ponderou tudo o que tinha que ponderar”, se algo, portanto deixou de ser ponderado pela lei, caberá avaliação do magistrado em uma segunda análise (ARENHART e MARINONI, 2019, p. 188). Em outras palavras, como a proporcionalidade é algo a ser ponderado, ela é considerada um princípio no ordenamento jurídico. Consequentemente, só podem ser objeto de ponderação normativa os bens hierarquizáveis e, assim, considerados valorativamente em abstrato. O princípio da proporcionalidade, portanto, seria a única alternativa para solucionar o conflito entre dois bens igualmente dignos de tutela (ARENHART e MARINONI, 2019, p. 186).

A própria Constituição Federal realiza a referida ponderação através do artigo 5º, inciso LVI. Porém, é considerada indiscutível a necessidade da realização de uma segunda análise pelo magistrado diante do caso concreto. Os processualistas, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, concluem que a ponderação constitucional não alforria a reserva inerente à ponderação com outros bens e direitos a serem (igualmente) tutelados (ARENHART e MARINONI, 2019, p. 187), não apenas àqueles voltados à prática probatória em si.

Segundo Fernanda Tartuce, apesar de tal norma não ser expressa quanto à admissão de provas ilícitas, o tema há de ser apreciado pelo juiz (TARTUCE. 2022. p. 140). Para fundamentar tal afirmação, a processualista rememora os termos do artigo 489, § 2º, do Código de Processo Civil, o qual dispõe que “no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que

autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão” (BRASIL, 2015).

Portanto, além de reconhecer a ilicitude da prova, o princípio da proporcionalidade autoriza ao magistrado contrapor os valores colocados em entrelaço, do qual resultam as colisões entre os direitos fundamentais e demais bens dignos de proteção, com o objetivo de decidir pelo “melhor caminho na aplicação da justiça” (MADALENO, 2022, p. 347). Até mesmo porque a observância rigorosa em favor e na defesa da ordem jurídica pode levar à violação de outro direito fundamental ainda mais valorado (MADALENO, 2022, p. 347).

Em Comentários ao Código de Processo Civil, volume VI, com objetivo de ilustrar a utilização da proporcionalidade, Arenhart e Marinoni citam o caso de julgamento de um recurso ordinário em mandado de segurança pelo Superior Tribunal de Justiça cujo objeto era o desentranhamento de “decodificação de fita magnética proveniente de escuta telefônica” (ou seja, interceptação telefônica) dos autos de processo criminal. Na ocasião, em síntese, o marido gravou uma conversa telefônica de sua esposa com o concubino, a qual ministrava remédio às filhas para facilitar o relacionamento extraconjugal originando a ação penal. A Turma julgadora decidiu pelo desentranhamento da prova dos autos sob o argumento de que ela violou a intimidade individual da esposa, direito constitucionalmente garantido (ARENHART e MARINONI, 2019, p. 191).

Em paralelo, elucidam os doutrinadores que, caso estivesse diante de uma demanda familiar, uma ação de alteração de guarda das filhas, por exemplo, “seria pouco mais do que perverso” negar a eficácia da prova produzida de maneira ilícita para proteção das menores (ARENHART e MARINONI, 2019, p. 191). Isso porque, como oportunamente pontua Madaleno, ao citar María Josefa Méndez Costa, “(...) a família é o primeiro e mais fundamental, o mais específico, mais real e concreto encontro humano do homem, razão pela qual, tudo nela é fundamental, pois é a família a base de toda a sociedade” (MADALENO, 2022, p. 349 *apud* COSTA, 2006), portanto, caso fosse uma demanda familista a inadmissibilidade da prova lícita seria mitigada a fim de proteger da melhor maneira a dignidade da pessoa humana e demais direitos fundamentais à pessoa.

Em julgamento de Recurso Especial, nº. 1730414 - PR (2018/0060329-5), por exemplo, o Ministro Relator, Antonio Carlos Ferreira, em decisão monocrática, reconheceu a ilicitude de prova utilizada pela esposa para corroborar que seu (ex)cônjuge estava

dilapidando o patrimônio partilhável do casal. Apesar de ilícita, o julgador manteve as decisões de instâncias inferiores, observando o princípio da proporcionalidade para a flexibilização da admissibilidade da prova em questão, uma vez que a parte prejudicada não possuía outro meio para comprovação de tal fato. Sinaliza a ementa:

APELAÇÃO CÍVEL INCIDENTE DE PROVA ILÍCITA. ALEGAÇÃO DE QUE A PROVA UTILIZADA NOS AUTOS PRINCIPAIS FOI CONSEGUIDA MEDIANTE FURTO DO CHIP DO APARELHO CELULAR DO REQUERENTE/APELANTE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. APELADA QUE VIOLOU O APARELHO CELULAR DO APELANTE PARA CONSEGUIR AS PROVAS. JUNTADA DE SMS OBTIDOS PELA APELADA DO CELULAR DO APELANTE NA ÉPOCA EM QUE AINDA ESTAVAM CASADOS. PROVA ILÍCITA OBTIDA SEM CONSENTIMENTO DO MARIDO. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DAS PROVAS AINDA QUE CONSEGUIDAS MEDIANTE VIOLAÇÃO DO APARELHO CELULAR ANTE O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E POR SE TRATAR DE CASO AFETO AOS DIREITOS DE FAMÍLIA VISANDO GARANTIR A PARTILHA CORRETA DOS BENS. DESCOBERTA DA VERDADE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (STJ - REsp: 1730414 PR 2018/0060329-5, Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Data de Publicação: DJ 28/06/2021).”

Assim, as causas familistas trazem inúmeros desafios (consideráveis) para os julgadores, os quais, segundo Fernanda Tartuce, defrontam-se com "ordenamentos anacrônicos se comparados com a riqueza das novidades vivenciadas pelas pessoas" (TARTUCE, 2022. p. 141).

Isto posto, o caminho a ser encontrado pelo magistrado ao julgar a admissibilidade de determinada prova ilícita em litígios familistas será, sempre, em busca do equilíbrio ao utilizar-se da ponderação e contemplar as particularidades do caso concreto para gerar decisões adequadas.

Na opinião de Flávio Tartuce, a ponderação é relevante artifício de lógica jurídica o qual é associado à visão civil-constitucional da organização jurídica, isso porque, segundo o civilista, é com o olhar voltado à Constituição Federal que os conflitos essencialmente privados são resolvidos (TARTUCE, 2016, p. 21).

Por fim, cabe utilizar-se, novamente, da doutrina de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, a qual, ao aludir a Luis Gálvez Munhoz, afirma que praticamente todos os países que adotaram a proibição da prova ilícita foram “obrigados” a admitir exceções a

fim de “preservar determinados bens e valores dignos de proteção” (ARENHART e MARINONI, 2019, p. 186).

Desse modo, a ponderação casuística da prova reconhece a ilicitude da prova, mas as admite para decidir os interesses conflitantes em demandas de Direito de Família. Sendo, portanto, com certas provas fundamentais ao convencimento do magistrado, sua inadmissibilidade, pela literalidade do dispositivo constitucional (Artigo 5º, LVI, CF) e demais leis inferiores, pode causar prejuízos inestimáveis ao jurisdicionado.

## CONCLUSÃO

Pela leitura do presente trabalho infere-se que o Direito, compreendendo assim os dispositivos legais, necessitam contemplar novos parâmetros sociais oferecidos pela mudança - orgânica - da realidade.

Nesse cenário, juristas e legisladores defrontam-se com um direito processual de família inédito, o qual já possui uma elevada carga emotiva, e trazem, hoje, novos conceitos desafiadores, os quais são subjugados através da principiologia e do auxílio da jurisprudência, promovendo o encontro harmonioso entre os novos padrões de conduta e a ciência jurídica, para serem sintonizados com a felicidade e realização humana (MADALENO, 2022, p. 339). E isso não poderia ser diferente especificamente no emprego das provas dentro das demandas familiares.

Desta maneira, a flexibilização da admissibilidade de provas consideradas ilícitas nos processos familistas visa acompanhar justamente esses novos parâmetros sociais e proteger direitos e princípios fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana. Apesar de ocasionar aparente “injustiça” em relação à parte contra quem foi empregada a prova ilícita, o magistrado utiliza-se da proporcionalidade para buscar, da melhor maneira, o equilíbrio dentro do litígio, o qual, por óbvio, influenciará diretamente (e intimamente) na vida dos litigantes.

Por fim, é oportuno destacar o preceito essencial para área de Família, de Clilton Guimarães dos Santos, citado por Fernanda Tartuce, o qual aponta ser imprescindível “averiguar se há um diálogo adequado entre a realidade do processo e a realidade da relação familiar” (TARTUCE, 2022, p. 24). Assim, não é possível afirmar que as provas ilícitas sempre serão admitidas nos processos familistas, uma vez que é essencial a observância das

particularidades de cada caso concreto, sempre objetivando a proteção de valores considerados mais relevantes.

## REFERÊNCIAS

ADRIÃO, Rafael Ribeiro, A. et al. *Instituições do Processo Civil*. Porto Alegre: Grupo A, 2018.

ALMADA, Renato de Mello. *Ampla defesa X razoável duração do processo: o equilíbrio deve prevalecer*. Migalhas 30 jan. 2020 Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/319350/ampla-defesa-x-razoavel-duracao-do-processo--o-equilibrio-deve-prevalecer>. Acesso em: 09 out. 2022.

ALVIM, Teresa Arruda; JÚNIOR, Fredie Didier (org.). *Novo Processo Civil: Processo de Conhecimento*. 2ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 13 out. 2022.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. [S.I], Rio de Janeiro, 3 out. 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 31 out. 2022.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. PL 634/1975. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em 31 out. 2022.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 31 out. 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal (7. Turma). Agravo de Instrumento 07073595620218070000, (...) O sigilo bancário é um direito assegurado pela Constituição Federal de 1988. Todavia, não é absoluto e pode ser quebrado em situações excepcionais, a fim de se verificar a real situação financeira do alimentante, mormente se a documentação por ele apresentada não se mostra hábil a comprovar sua real capacidade contributiva e se há divergência entre os fatos relatados pelas partes e os direitos indisponíveis da criança ou adolescente à vida, educação e saúde. (...) Rel. Getúlio de Moraes Oliveira, Data de Julgamento: 25 ago. 2021, *Diário de Justiça Eletrônico*: [S.I], Brasília, DF, 13 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Federal. Rcl: 36571 MT 0028114-93.2019.1.00.0000, [S.I], Rel. Alexandre de Moraes, Data de Julgamento: 09 nov. 2020, *Diário de Justiça Eletrônico*: [S.I] Brasília, DF, 11 nov. 2020).

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). REsp: 1730414 PR 2018/0060329-5, [S.I] Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Data de Julgamento: 11 jun. 2021. *Diário de Justiça*: [S.I], Brasília, DF, 28 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo (9. Câmara de Direito Privado). AI 640.441.4/4, [S.I.] Rel. Des. Grava Brasil, Data de Julgamento: 16 jun. 2009.

CÂMARA, Alexandre F. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 7. Ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021.

CAMBI, Eduardo. *Curso de Direito Probatório*. Curitiba: Juruá, 2014.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Conflito aparente de princípios. *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, Brasília, v. 17, n. 2, p. 11-19, jul./dez. 2005.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Civil - Volume Único*. 11. Ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020.

\_\_\_\_\_. *O Novo CPC e o Direito Civil*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2016.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GONÇALVES, Carlos R. *Direito civil brasileiro v 6 - Direito de Família*. 18 Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

IBDFAM: A admissibilidade excepcional da prova ilícita nas ações de família à luz da proporcionalidade. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1639/A+admissibilidade+excepcional+da+prova+il%C3%ADcita+nas+a%C3%A7%C3%B5es+de+fam%C3%ADlia+%C3%A0+luz+da+proporcionalidade+#:~:text=Conclui%2Dse%20que%2C%20no%20Direito>. Acesso em: 05 set. 2022.

JÚNIOR, Humberto Teodoro. *Código de Processo Civil Anotado*. 35 Ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022.

LOPES, Vitor Hugo. STJ inviabiliza uso de *prints* de *whatsapp* como meio de prova. *Migalhas*, 9 fev. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/359527/stj-inviabiliza-uso-de-prints-de-whatsapp-como-meio-de-prova>. Acesso em: 08 nov. 2022.

LOPES JÚNIOR, Aury Lopes. *Direito processual penal*. 19 Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022.

MADALENO, Rolf. A Prova Ilícita no Direito de Família e o Conflito de Valores. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 14, nº 1133, 15 mai. 2014. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/263-artigos-mai-2014/6546-a-prova-ilicita-no-direito-de-familia-eo-conflito-de-valores>. Acesso em: 08 out. 2022.

\_\_\_\_\_. *Direito de Família*. 8 Ed. Rio de Janeiro: Gen Jurídico, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme (dir.); ARENHART, Sérgio Guilherme (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil Vol. IX*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019a.



---

. *Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VI*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2019b.

MARTINS, Renata Leme. A admissibilidade excepcional da prova ilícita nas ações de família à luz da proporcionalidade. *Migalhas*, 04 fev. 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1639/A+admissibilidade+excepcional+da+prova+il%C3%ADcita+nas+a%C3%A7%C3%B5es+de+fam%C3%ADlia+%C3%A0+luz+da+proporcionalidade+#:~:text=Conclui%2Dse%20que%2C%20no%20Direito>. Acesso em: 09 out. 2022.

MIGALHAS. STJ: é ilícita prova obtida por meio de *prints* do *WhatsApp Web*. 15 jun. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/347099/stj-e-ilicita-prova-obtida-por-meio-de-prints-do-whatsapp-web>. Acesso em: 05 nov. 2022.

MORAES, Alexandre D. *Direito Constitucional*. 37. Ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021.

NERY, Rosa Maria de Andrade e JUNIOR, Nelson Nery. *Código Civil Comentado*, 13. Ed. São Paulo: Thomson Reuters - Revista dos Tribunais, 2019.

---

. *Comentários ao Código de Processo Civil – Novo CPC – Lei 13.105/2015*. 12. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, 20ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

SCHIMIDT, Shauma Schiavo. *A Prova Ilícita no Direito de Família*. Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. Disponível em: <https://www.seer.ufal.br/index.php/rmdufal/article/view/810>. Acesso em: 16 out. 2022.

TARTUCE, Fernanda. *Processo Civil no Direito de Família - Teoria e Prática*. 6. Ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família*. 17. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2022.

VENOSA, Sílvio de S. *Direito Civil: Família e Sucessões*. 22 Ed. v.5. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022.

## TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Luiz Eduardo Klocke Pereira, discente regularmente matriculado(a) na disciplina TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito, matrícula nº. 31825168, período matutino, turma E, tendo realizado o TCC com o título: Limites Probatórios nos Processos que Envolvem o Direito de Família sob a orientação do(a) Professor(a) Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior, declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 08 de novembro de 2022

*Luiz Eduardo K. P.*

\_\_\_\_\_  
**Assinatura do discente**