

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA  
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

**ISABELA DE MEIROZ GRIZ**

**A ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO DIREITO DE FAMÍLIA  
E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

**CURITIBA  
2018**

**ISABELA DE MEIROZ GRIZ**

**A ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO DIREITO DE FAMÍLIA  
E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

**Monografia apresentada como requisito parcial à  
obtenção do grau de Bacharel em Direito, do  
Centro Universitário Curitiba.**

**Orientadora: Tatiana Denczuk**

**CURITIBA  
2018**

**ISABELA DE MEIROZ GRIZ**

**A ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO DIREITO DE FAMÍLIA  
E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em  
Direito, do Centro Universitário Curitiba, pela banca Examinadora formada pelos  
professores:

Orientador: \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

Prof. Membro da banca

Curitiba, de de 2018

*Aos meus pais, Fernando e Katia e ao meu irmão, Bruno.*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço à minha mãe e ao meu pai, pelo amor incondicional, incentivo e por sempre priorizarem a minha educação; à minha avó, Marta, a mulher que me inspira; à minha orientadora, Tatiana Denczuk, pela paciência e pelas correções e dicas valiosas; às minhas amigas, que tornaram essa etapa muito mais leve e à Dra. Adriana Antunes Maciel Aranha Hapner, ao Dr. Bruno Antonio Pereira, à Dra. Fernanda Aranha Hapner, à Dra. Thaís Soares Fernandes e aos demais integrantes do Escritório Hapner Kroetz Advogados, por terem me dado a oportunidade de trabalhar com o Direito de Família, matéria pela qual me apaixonei.

*Se as coisas são intangíveis... ora!  
Não é motivo para não querê-las...  
Que tristes os caminhos, se não fora  
A presença distante das estrelas!”  
(Mário Quintana)*

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a possibilidade da relativização da vedação à prova ilícita no âmbito do Direito de Família diante da aplicabilidade do princípio da proporcionalidade no caso concreto, em defesa dos direitos fundamentais que devem ser primordialmente respeitados. Visando este objetivo, iniciar-se-á com a abordagem dos aspectos gerais atinentes à prova processual civil e o papel do juiz no sistema probatório. Em seguida, será analisada a proibição da prova ilícita no processo civil, avaliando o cabimento do princípio da proporcionalidade como instrumento de defesa e ponderação dos direitos fundamentais em conflito. Finalmente, será explorada a eventual admissibilidade das provas ilícitas no âmbito do Direito de Família, tendo em vista a peculiaridade das relações inerentes a este ramo do direito, por meio da aplicação da ponderação de interesses. Pretende-se demonstrar que, diante de casos concretos específicos, há necessidade de uma flexibilização das normas e um julgamento cuidadoso por parte do magistrado, a fim de que seja preservada a dignidade da pessoa humana.

**Palavras-chave:** Prova Ilícita; Princípio da Proporcionalidade; Direito de Família.

## ABSTRACT

The present study has the objective of analyzing the possibility of relativizing the prohibition of illicit evidence in the scope of the Family Law in the face of applicability of the principle of proportionality in the concrete case, in defense of fundamental rights that must be respected in the first place. Focused on this objective, the paper will begin with the approach of the general aspects related to the civil procedural evidence and the role of the judge in the probatory system. Subsequently it will examine the prohibition of unlawful evidence in civil proceedings, assessing the principle of proportionality as an instrument of defense and consideration of fundamental rights in conflict. Finally, the possible admissibility of illicit evidence in the scope of Family Law will be explored, considering the peculiarity of the relations inherent to this field of Law, through the application of the balance of interests weightings. It is intended to demonstrate that, in view of specific concrete cases, there is a need for flexibility in the rules and a careful judgment on the part of the magistrate, in order to preserve the dignity of the human being.

**Keywords:** unlawful proof; principle of proportionality; family law.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>2</b>	<b>PROVA NO PROCESSO CIVIL</b> .....	<b>12</b>
2.1	CONCEITO, FINALIDADE E OBJETO DA PROVA.....	12
2.1.1	O direito, o dever e o ônus da prova.....	15
2.2	ADMISSIBILIDADE E LIMITAÇÕES DA PROVA .....	17
2.2.1	Provas ilícitas.....	18
2.3	O PAPEL DO JUIZ NO SISTEMA PROBATÓRIO.....	20
2.3.1	Prova e convicção do juiz .....	23
<b>3</b>	<b>A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS</b> .....	<b>25</b>
3.1	A QUESTÃO DA ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA .....	25
3.2	DIREITOS FUNDAMENTAIS EM CONFLITO .....	27
3.3	A PROPORCIONALIDADE COMO TÉCNICA DE PONDERAÇÃO DE INTERESSES FUNDAMENTAIS .....	29
3.3.1	A proibição da prova ilícita no Processo Civil e o Princípio da Proporcionalidade .....	32
3.3.2	A proporcionalidade e a subjetividade do juiz.....	37
<b>4</b>	<b>AS PROVAS ILÍCITAS NO DIREITO DE FAMÍLIA</b> .....	<b>41</b>
4.1	PECULIARIDADES DAS DEMANDAS FAMILIARES.....	41
4.1.1	Dificuldade probatória.....	47
4.2	CONFLITO ENTRE A UTILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA E O DIREITO TUTELADO NAS AÇÕES DE FAMÍLIA .....	50
<b>5</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>58</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>60</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A prova consiste em um instrumento processual com relevante importância no deslinde da atividade cognitiva do juiz, pois tem por função proporcionar ao magistrado o conhecimento acerca dos fatos alegados pelas partes, a fim de que forme sua convicção e tenha condições de decidir a causa que lhe foi submetida para julgar.

A atividade probatória, porém, abriga restrições em respeito ao devido processo legal e aos direitos fundamentais. Nesta perspectiva, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, LVI, prevê a vedação às provas obtidas por meios ilícitos. No entanto, restrições abrigam exceções, não sendo diferente a admissibilidade das provas ilícitas.

No âmbito do Direito de Família, a natureza das questões debatidas é peculiar, tendo em vista abranger direitos indisponíveis e personalíssimos, os quais envolvem questões afetivas, interesse de menores, prestação alimentar atinente à sobrevivência. Além disso, o organismo familiar passa por constantes modificações, as quais devem ser observadas pelo legislador, bem como pelo aplicador do direito.

Impõe-se, para que os direitos atinentes às demandas familiares sejam primordialmente preservados, haja vista sua singularidade e relevância, que o direito possa se flexibilizar diante de um caso concreto, albergando algumas exceções, como a eventual admissibilidade da prova ilícita, em busca da realização da dignidade da pessoa humana.

O presente trabalho se propõe, assim sendo, a analisar a limitabilidade da vedação da prova ilícita no âmbito do Direito de Família diante da aplicabilidade do princípio da proporcionalidade no caso concreto, em defesa dos direitos fundamentais que devem ser primordialmente respeitados.

Para isso, inicia-se esta monografia abordando os aspectos gerais atinentes à prova processual civil, compreendendo seu conceito e finalidade, a fim de traçar os objetivos por ela buscados, observando suas limitações. Ademais, será tratado o papel do juiz no sistema probatório, tendo em vista a importância da formação de sua convicção no processo judicial.

Em seguida, será analisada a proibição da prova ilícita no processo civil, avaliando o cabimento do princípio da proporcionalidade como instrumento de

defesa e ponderação dos direitos fundamentais em conflito, no presente caso, entre a vedação à prova ilícita e outro direito fundamental que se mostre mais relevante, de modo que viabilize, no caso concreto, a admissibilidade de referida prova.

Por fim, será explorada a eventual admissibilidade das provas ilícitas no âmbito do Direito de Família, através da aplicação da proporcionalidade em casos concretos. Para tanto, analisar-se-á a peculiaridade das demandas familiares, a partir de análise jurisprudencial pertinente ao presente estudo, averiguando a fundamentação utilizada nos julgados trazidos, em consonância com o entendimento doutrinário.

A monografia ora introduzida será fundada em pesquisa bibliográfica da doutrina constitucional, processual civil e familista e em análise jurisprudencial. Em suma, pretende-se demonstrar a necessidade de uma análise criteriosa do caso concreto pelo julgador quando estiver em conflito um direito fundamental nitidamente mais relevante e uma prova ilícita, que a princípio é vedada pelo ordenamento jurídico, mas pode ser eventualmente admitida quando estiverem presentes elementos robustos que viabilizem a relativização, os quais serão abordados no presente estudo.

## 2 PROVA NO PROCESSO CIVIL

### 2.1 CONCEITO, FINALIDADE E OBJETO DA PROVA

Prova, na acepção comum, consiste em um elemento que é capaz de levar o conhecimento de um determinado fato a alguém.<sup>1</sup> Esse alguém, no processo judicial, é o juiz.

No âmbito judicial, através do processo, este como meio para solucionar conflitos, a prova tem um papel relevante, uma vez que propiciará ao julgador o conhecimento dos fatos que originaram o litígio trazido ao juízo.

Assim, a prova é um instrumento processual que permite ao magistrado o conhecimento acerca dos fatos que embasam a pretensão das partes, a fim de que forme sua convicção e tenha condições de decidir a causa que lhe foi submetida para julgar.<sup>2</sup>

A concepção de prova possui dois aspectos relevantes: o objetivo e o subjetivo. O primeiro funciona como instrumento para a demonstração da existência de um fato relevante ao processo. O outro consiste na formação da convicção pelo julgador quanto à existência ou não dos fatos alegados pelas partes<sup>3</sup>.

Importante ressaltar que ambos os aspectos caminham juntos, pois o objetivo primordial é a elucidação dos fatos para julgamento da causa.<sup>4</sup>

Neste sentido, Eduardo Cambi conceitua que

[...] juridicamente, o vocábulo prova é plurisignificante, já que pode ser referido a mais de um sentido, aludindo-se ao fato representado, à atividade probatória, ao meio de prova, ou ainda, ao resultado do procedimento pelo qual os sujeitos processuais obtêm o meio de prova ou, ainda, ao resultado do procedimento, isto é, a representação que dele deriva mais especificamente, à convicção do juiz.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> GIANNICO, Maricé. **A prova no Código Civil: natureza judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 87.

<sup>2</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues, TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo de conhecimento**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 561.

<sup>3</sup> LOPES, João Batista. **A prova no Direito Processual Civil**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 26.

<sup>4</sup> DUARTE, Bento Herculano, DUARTE, Ronnie Preuss. **Processo Civil: aspectos relevantes**. São Paulo: Método, 2005. p. 16.

<sup>5</sup> CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 41.

A noção de prova, genericamente, remete à ideia de descoberta da verdade<sup>6</sup>, assim, para atribuir uma função à prova, é necessário abordar a relação entre prova e verdade no processo.

No ordenamento jurídico clássico, a prova era ligada à ideia de reconstrução perfeita dos fatos, em busca de uma verdade absoluta. Contudo, o direito processual contemporâneo desmistificou tal ideia, haja vista a impossibilidade de reconstrução perfeita de fatos passados, tendo por objetivo a aproximação máxima da realidade pretérita trazida aos autos<sup>7</sup>, conforme se depreende do entendimento de Maricó Giannico

Atualmente, existe uma forte tendência em se considerar a prova judiciária como manifestação de uma probabilidade da realidade narrada em juízo. Isso significa dizer, em última análise, que quem alega a existência ou inexistência de determinado fato não precisa provar de forma absoluta a sua alegação – até porque isso foge ao campo da ciência.<sup>8</sup>

Para viabilizar a demonstração dos fatos trazidos ao processo, a atividade probatória das partes litigantes ocorre em colaboração com o magistrado, que extrairá, da maneira mais aproximada possível, a realidade trazida, a fim de conferir à decisão segurança e credibilidade<sup>9</sup>, de modo que não cause nenhuma espécie de lesão às partes que buscaram a prestação jurisdicional para composição de seu litígio<sup>10</sup>.

Isto posto, depreende-se que a verdade nunca será atingida dentro do processo, tendo em vista a impossibilidade de resgatar perfeitamente um fato pretérito, pois é um valor absoluto incompatível com o processo judicial.

Logo, não há possibilidade de atribuir à prova a função de reconstruir a verdade dos fatos exatamente como ocorreram. O juízo da verdade se pauta em um

---

<sup>6</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 242

<sup>7</sup> Ibid., p. 248.

<sup>8</sup> GIANNICO, 2012, p. 88.

<sup>9</sup> PEREIRA JULIO, Guilherme Setoguti. Verdade e finalidade da prova. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 213, p. 161-190, nov. 2012.

<sup>10</sup> GRECO, Leonardo. **O conceito de prova**. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/25636>>. Acesso em: 29 set. 2017.

juízo de menor ou maior verossimilhança, ou seja, de aproximação da verdade.<sup>11</sup>

Tendo como objetivo, portanto, uma manifestação de probabilidade da realidade que foi trazida ao processo, a fim de convencer o juiz quanto às alegações, objeto de controvérsia, trazidas aos autos<sup>12</sup>, como também propiciar o consenso entre as partes que se valerão da decisão pronunciada.<sup>13</sup>

Para que a prova cumpra sua finalidade, é relevante abordar o que precisa ser provado, ou seja, qual o objeto da prova.

Tendo em vista que os fatos aduzidos no processo são pretéritos, o que se prova são as afirmações de fato trazidas aos autos, e estas, durante a fase probatória, podem ou não corresponder à realidade que se passou fora do ambiente processual.<sup>14</sup>

Entretanto, não são todas as alegações de fato que têm necessidade de ser provadas. São objeto de prova apenas os fatos controvertidos, pertinentes e relevantes. Os fatos controvertidos são aqueles afirmados por uma das partes e impugnados pela outra. Os fatos pertinentes são aqueles que dizem respeito, direta ou indiretamente à causa. E os fatos relevantes são aqueles que influenciam, de maneira pertinente, o julgamento da causa.<sup>15</sup>

Por sua vez, não serão objeto de prova, os fatos incontroversos e notórios. Os fatos incontroversos são aqueles afirmados por uma parte e não contestados pela outra, ou seja, sobre o qual as partes não discutem,<sup>16</sup> enquanto os notórios são aqueles, segundo João Batista Lopes, em referência à Carnelutti, “cuja existência é conhecida geralmente dos cidadãos de cultura média, no tempo e lugar em que a sentença é proferida.”<sup>17</sup>

Além disso, outro aspecto importante com relação ao objeto da prova, diz respeito à necessidade de provar o direito invocado pela parte. Via de regra, o direito alegado não compreende objeto de prova, – *da mihi factum, dabo tibi jus*, isto é, cabe às partes demonstrarem que os fatos evidentemente ocorreram para que o juiz

---

<sup>11</sup> PEREIRA JULIO, Guilherme Setoguti. Verdade e finalidade da prova. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 213, p. 161-190, nov. 2012.

<sup>12</sup> GIANNICO, 2012, p. 88.

<sup>13</sup> TATAGIBA, Giuliano Cesar da Silva. **A vedação da prova ilícita: elemento ético normativo constitucional de solução de conflitos de direitos fundamentais**. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/18863>>. Acesso em: 29 ago. 2017.

<sup>14</sup> MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015, p. 251.

<sup>15</sup> CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 299.

<sup>16</sup> WAMBIER, TALAMINI, 2015, p. 565.

<sup>17</sup> LOPES, 2002 apud CARNELUTTI, Francesco, p. 33.

aplique o direito<sup>18</sup>, já que é seu dever conhecê-lo e, conseqüentemente, aplicá-lo. Contudo, o artigo 376 do Código de Processo Civil<sup>19</sup> excepciona a regra acima exposta, pois prevê que a parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário deve provar o teor e a vigência da mesma, se o juiz assim determinar.

### 2.1.1 O direito, o dever e o ônus da prova

O direito de acesso à justiça, ao contraditório e à ampla defesa, constitucionalmente previstos (artigo 5º, incisos XXXV e LV, da Constituição Federal), têm em sua essência, conseqüentemente, o direito à produção de prova.<sup>20</sup>

A partir do momento em que o Estado garante aos jurisdicionados o direito de ter analisadas, através do processo judicial, lesão ou ameaça de direito, bem como garantindo a ampla defesa e o contraditório aos mesmos, é inerente o direito à prova, a fim de que se tenha uma tutela efetiva.<sup>21</sup>

Além disso, partindo da premissa de que a partir da prova das alegações de fato o magistrado formará seu convencimento para poder decidir a causa, não basta que as partes apenas aleguem fatos pretéritos, é necessário que tenham apoio probatório para que viabilize sua confirmação.<sup>22</sup>

Ademais, não é considerado apenas um direito, e sim um dever de colaborar com o Poder Judiciário, a fim de fornecer subsídios necessários para que a tutela seja prestada de modo satisfatório, conforme preceitua o artigo 378, do Código de Processo Civil,<sup>23</sup> que prevê que ninguém se exime, incluindo terceiros intervenientes, como por exemplo, testemunhas, de colaborar para que os fatos sejam conhecidos.

Quanto aos fatos alegados pelas partes, o que recai não é o dever, mas sim o

---

<sup>18</sup> WAMBIER, TALAMINI, 2015, p. 565.

<sup>19</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

<sup>20</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988.

<sup>21</sup> MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015, p. 253.

<sup>22</sup> MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, loc. cit.

<sup>23</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

ônus de prová-los. Importante salientar, que embora na acepção comum, ônus e dever sejam sinônimos, no âmbito judicial possuem conotações e consequências diversas.

O ônus se refere a condutas almejadas, cujo não cumprimento acarreta consequências processuais inerentes ao interesse das próprias partes, assim, caso a parte não produza prova de suas alegações, haverá prejuízo apenas para demonstrar fatos que lhe interessem e que são relevantes ao deslinde do processo. Em contrapartida, o dever vai além de atitudes desejadas, pois sua violação pode ser sancionada<sup>24</sup>. No âmbito probatório, especificamente, dispõem Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero que “no campo da prova, a violação a esses deveres é qualificada como litigância de má-fé, nos termos do art. 80, II e IV, acarretando o emprego de multa e impondo o dever de reparar eventuais prejuízos causados.”<sup>25</sup>

No que toca ao ônus da prova, conforme brevemente aduzido acima, este consiste em um instituto intimamente ligado ao interesse das próprias partes litigantes, por isso se diz que as partes têm a faculdade de cumpri-lo.<sup>26</sup> Mas também, e não menos relevante, se destina à convicção do juiz.

De acordo com o artigo 373, do Código de Processo Civil, o ônus da prova, como regra de conduta para as partes<sup>27</sup>, incube ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito, isto é, o que serve de fundamento ao seu pedido, e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, ou seja, situações que desconstruam, ainda que parcialmente, o aduzido pelo autor.<sup>28</sup>

Contudo, a distribuição acima aduzida não pode tornar extremamente difícil a satisfação do ônus da prova, de modo a inviabilizar, conseqüentemente, o exercício pleno do direito à prova<sup>29</sup>. Com isso, diante de casos concretos, há possibilidade de inversão do ônus da prova, tanto de ofício pelo juiz, mediante decisão fundamentada, nos casos em que seja impossível, excessivamente difícil, ou ainda, diante de maior facilidade na obtenção da prova pela outra parte, como também por convenção entre os litigantes, antes ou durante o processo, salvo quando recair

---

<sup>24</sup> GIANNICO, 2012, p.104.

<sup>25</sup> MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015, p. 255.

<sup>26</sup> GIANNICO, op. cit., p.104.

<sup>27</sup> CAMBI, 2006, p. 317.

<sup>28</sup> LOPES, 2002, p. 43.

<sup>29</sup> CAMBI, op. cit., p. 334.

sobre direito indisponível ou tornar excessivamente penoso o exercício do direito.<sup>30</sup>

## 2.2 ADMISSIBILIDADE E LIMITAÇÕES DA PROVA

O procedimento probatório comporta quatro fases, que são o requerimento, a admissão, a produção e a valoração da prova. A primeira consiste na exposição na petição inicial ou na defesa do fato e os meios de provas que deseja produzir. A segunda consiste em um juízo de admissibilidade, realizado pelo magistrado. Em um terceiro momento, admitida a prova, esta deverá ser produzida e por fim valorada pelo juiz.<sup>31</sup>

A admissibilidade diz respeito ao ingresso e utilização das provas no processo. Em regra, as provas relevantes e úteis ao deslinde do litígio devem ser admitidas, salvo se em conflito com outro valor jurídico considerado mais importante, devendo, pois, ser resguardado.<sup>32</sup>

A admissão de provas consiste em uma formalidade de controle de legalidade, analisando se efetivamente contribuíra com o resultado do processo ou se há presença de alguma espécie de limitação ou proibição.<sup>33</sup>

A decisão que admite ou não determinada prova, conforme preceituam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, “deve ser fundamentada, esclarecendo de modo preciso as razões que levaram o magistrado a sentir sua necessidade ou determinar sua rejeição.”<sup>34</sup>

Destarte, o procedimento probatório faz uma seleção das provas admissíveis

---

<sup>30</sup> Artigo 373, parágrafos 1º, 2º e 3º: “§1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído; § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil; § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.” BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

<sup>31</sup> MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015, p. 289

<sup>32</sup> CAMBI, 2006, p. 33.

<sup>33</sup> CAMBI, op. cit., p. 34.

<sup>34</sup> MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, loc. cit.

no processo, impedindo que ingressem ao processo aquelas que não passem pelo controle de legalidade realizado.

Neste contexto, o direito à prova só poderá sofrer restrições quando estiverem presentes motivos impreterivelmente mais relevantes, de modo que sejam capazes de relativizar tal direito, ou seja, só poderá ser admitida para resguardar um valor mais expressivo que o da possibilidade de demonstrar as alegações de fatos para consolidação da convicção do juiz.<sup>35</sup>

Tal relativização tem por objetivo manter o processo harmonioso, buscando ponderar os direitos fundamentais em conflito<sup>36</sup>, no presente caso, de um lado a liberdade de produção de prova, inerente ao direito à ampla defesa e ao contraditório, e de outro, a (in)admissibilidade de uma prova que viole a dignidade da pessoa humana, por exemplo, a fim de que seja um processo justo.

Conclui-se, portanto, que o direito à produção de prova pode sofrer restrições, tendo em vista a necessidade que o direito tem de tutelar outros valores com a mesma necessidade de proteção. Conseqüentemente, o direito à prova não é pleno, podendo sofrer limitações de natureza jurídica, através de um juízo de admissibilidade, a fim de resguardar outros direitos fundamentais, pois há necessidade de o direito tutelá-los, bem como de natureza lógica, por meio de um juízo de relevância, com o intuito de evitar a produção de provas desnecessárias e que possam causar confusão na formação da convicção do juiz.<sup>37</sup>

### 2.2.1 Provas ilícitas

No sistema probatório, como visto, preza-se pela liberdade à prova, permitindo às partes que se utilizem de todos os meios de prova admitidos a fim de que tenham a possibilidade de demonstrar os fatos alegados, com o intuito de que o juiz forme sua convicção para julgar a causa.

No entanto, existem restrições a essa máxima atividade probatória, a fim de

---

<sup>35</sup> CAMBI, 2006, p. 36.

<sup>36</sup> DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 170.

<sup>37</sup> CAMBI, op. cit., p. 39-40

resguardar outros direitos fundamentais considerados mais relevantes e que devem ser protegidos.

Diante disso, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVI, vedou expressamente a utilização das provas ilícitas: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Tal disposição surge em decorrência da escolha do legislador em resguardar direitos fundamentais relativos às liberdades públicas, não permitindo sua violação para obtenção de uma prova<sup>38</sup>.

A previsão constitucional acima exposta tem direta relação com os demais incisos do aludido artigo, entre eles os direitos relativos à intimidade, integridade física e moral dos indivíduos, como por exemplo, à privacidade, à inviolabilidade do sigilo de correspondência, de dados e comunicações telefônicas e de domicílio, todos direitos fundamentais materiais, pois a vedação legal supracitada visa proteger tais direitos.<sup>39</sup>

Diante disso, depreende-se que prova ilícita é aquela que viola direito material, em regra, fundamentais materiais<sup>40</sup>, como os exemplificados acima. Frise-se, ainda, que o conceito de meio ilícito, deve ser obtido por exclusão, haja vista a previsão do artigo 369 do Código de Processo Civil<sup>41</sup> de utilização de provas obtidas por meios legais, isto é, previstos em lei, ou ainda, moralmente legítimos, ainda que não tipificados.<sup>42</sup>

Vale salientar, brevemente, que as provas ilícitas não se confundem com as ilegais e ilegítimas, como bem dispõe Alexandre de Moraes

[...] as provas ilícitas são as obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as provas ilegais seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e ilegítimas, pois configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico.<sup>43</sup>

---

<sup>38</sup> TATAGIBA, Giuliano Cesar da Silva. **A vedação da prova ilícita: elemento ético normativo constitucional de solução de conflitos de direitos fundamentais**. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/18863>>. Acesso em: 01. set. 2017.

<sup>39</sup> CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. **Prova ilícita**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 89.

<sup>40</sup> MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015. p. 319

<sup>41</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

<sup>42</sup> WAMBIER, TALAMINI, 2015, p. 572.

<sup>43</sup> MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 325.

Em suma, a prova que for obtida mediante violação de direitos fundamentais materiais não pode produzir nenhum efeito no processo, tendo em vista sua vedação. Contudo, absoluta proibição de utilização de tais provas não parece ser uma razoável solução.<sup>44</sup>

Há situações em que o juiz mesmo sabendo da existência de provas que poderiam ser utilizadas como estímulo ao seu convencimento, e ainda, estando diante de um processo que envolva direitos fundamentais tão relevantes quanto os protegidos pela vedação da utilização da prova ilícita, não pode determinar sua admissão, produção, ou ainda, se já presente nos autos, deve ignorar seu conteúdo e determinar seu desentranhamento.

Parece possível, pois, a conciliação dos dois valores opostos. E, ainda, partindo da premissa de que direitos fundamentais podem ser relativizados, tendo em vista que, inevitavelmente, terão momentos de colisão entre si é indiscutível a imprescindibilidade de uma segunda ponderação (de admissibilidade da prova ilícita), a ser realizada pelo juiz no caso concreto, o que será analisado com devida profundidade no capítulo seguinte.<sup>45</sup>

### 2.3 O PAPEL DO JUIZ NO SISTEMA PROBATÓRIO

À parte que alega ser titular do direito que pretende seja tutelado, cabe colocar em movimento a máquina estatal, por meio do processo, tendo em vista que tem a opção de submeter ou não ameaça ou lesão de direito ao Poder Judiciário.<sup>46</sup>

Uma vez instaurado o processo, mediante provocação da parte interessada e, pelo fato de que não pode ser negada a prestação jurisdicional<sup>47</sup>, entra em cena a atuação do magistrado, que é responsável por conduzir o processo e julgar a causa a ele submetida, determinando e promovendo atos processuais a fim de que siga a

---

<sup>44</sup> TUCCI, José Rogério Cruz (coord.). **Garantias Constitucionais do Processo Civil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 186.

<sup>45</sup> ROCHA, Zélio Maia da. **Provas ilícitas e a jurisprudência do STJ**. Disponível em <[http://www.conjur.com.br/2008-out-29/provas\\_ilicitas\\_jurisprudencia\\_stj](http://www.conjur.com.br/2008-out-29/provas_ilicitas_jurisprudencia_stj)>. Acesso em: 03 set. 2017.

<sup>46</sup> TALAMINI, WAMBIER, 2015, p. 85

<sup>47</sup> Artigo 3º: “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.” BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

marcha processual para solução da causa.<sup>48</sup>

Há que se lembrar que, mesmo o processo civil tutelando direitos privados das partes, sua função pública é predominante, pois não apenas as partes, mas o próprio Poder Judiciário, representado pelo juiz, atuando no processo, tem interesse na efetividade da prestação da tutela jurisdicional<sup>49</sup>.

Diante dessa perspectiva, no processo civil contemporâneo, os poderes do juiz são dotados de maior amplitude, passando de mero espectador inerte a um partícipe mais ativo e participativo no processo, cabendo a ele conduzi-lo, por meio dos seus deveres de esclarecimento, diálogo, prevenção e de auxílio para com os litigantes<sup>50</sup>.

O dever de esclarecimento consiste em esclarecer em conjunto com as partes suas dúvidas quanto às alegações, pedidos ou posições em juízo. O de prevenção constitui o dever de prevenir as partes quanto à frustração de seus pedidos pelo uso inadequado do processo. O de consulta, diz respeito ao dever de consultar as partes antes de decidir qualquer questão, de modo a permitir que influenciem o convencimento judicial. O dever de auxílio, por sua vez, representa o dever de ajudar as partes em eventuais dificuldades que as impeçam de exercer um direito, faculdade ou ônus processual.<sup>51</sup>

Observa-se, nos deveres do juiz acima aduzidos, uma postura mais interessada e participativa no processo, ficando nítido o viés cooperativo com as partes.

Vale frisar que esse tipo de atividade não afeta a imparcialidade do juiz, haja vista que esta diz respeito à proibição de favorecimento de uma das partes e não à troca de informações que possam dar maior efetividade à prestação da tutela jurisdicional.<sup>52</sup>

Quanto à iniciativa probatória do juiz, esta inserida na atuação jurisdicional, há possibilidade de o magistrado determinar a produção de provas, inclusive de ofício<sup>53</sup>,

---

<sup>48</sup> MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015, p. 76.

<sup>49</sup> DUARTE, Bento Herculano, JUNIOR, Zulmar de Oliveira. **Princípios do Processo Civil**. São Paulo: Método, 2012. p. 85.

<sup>50</sup> MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, op. cit., p. 76.

<sup>51</sup> Ibid., p. 77.

<sup>52</sup> PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes e as Reformas do Processo Civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 50.

<sup>53</sup> BARREIROS, Otacilio José. **O papel do juiz no processo civil moderno**. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/24071/papel\\_juiz\\_proceso\\_civil.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/24071/papel_juiz_proceso_civil.pdf)>. Acesso em: 28 set. 2017.

uma vez que precisa formar sua convicção para viabilizar o julgamento da causa de maneira justa, conforme previsão constante no artigo 370, do Código de Processo Civil: “cabará ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.”

Infere-se, portanto, que a lei efetivamente confere ao magistrado amplos poderes, podendo determinar a produção de provas, ainda que não requerida pelas partes, a fim de esclarecer fatos que ainda lhe pareçam obscuros e confusos ou quando as partes não se desincumbiram do seu ônus probatório.<sup>54</sup>

Ademais, não se trata de uma opção do juiz, mas sim um dever de tornar claros os fatos não suficientemente esclarecidos<sup>55</sup>, com o intuito de buscar a aparência da verdade ou a probabilidade da ocorrência do fato pretérito aduzido pelas partes, a fim de atingir uma solução justa do litígio.

Contudo, os amplos poderes instrutórios do juiz não limitam nem substituem o ônus das partes de deduzir e demonstrar suas alegações, como bem disposto por Otacílio José Barreiros

É óbvio que o juiz não deve ignorar o princípio da repartição do ônus da prova imposto às partes, a quem cabe, primordialmente, apresentar suas alegações e prová-las. Porém, a ele não se reserva apenas o papel secundário de observador inerte, distante e impassível do embate dialético das partes, "simples fiscal incumbido de vigiar-lhes o comportamento, para assegurar a observância das 'regras do jogo' e, no fim, proclamar o vencedor", e sim posição ativa também na determinação das provas necessárias ao esclarecimento da verdade.<sup>56</sup>

Além disso, a iniciativa probatória do magistrado não fere o direito ao contraditório e à ampla defesa das partes, pois basta que a produção da prova determinada de ofício ocorra com a participação dos litigantes, de modo que seja disponibilizado o resultado da mesma e que as partes, querendo, tenham a oportunidade de se manifestar, caso discordem ou queiram acrescentar algo com

---

<sup>54</sup> CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz. **O Gerenciamento dos Processos Judiciais**: em busca da efetividade da prestação jurisdicional. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 184.

<sup>55</sup> CAHALI, loc. cit.

<sup>56</sup> BARREIROS, Otacílio José. **O papel do juiz no processo civil moderno**. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/24071/papel\\_juiz\\_proceso\\_civil.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/24071/papel_juiz_proceso_civil.pdf)>. Acesso em: 28 set. 2017.

relação àquela prova.<sup>57</sup>

Percebe-se, por fim, que os amplos poderes instrutórios do juiz permitem adequada apuração dos fatos, quando necessário à formação da sua convicção, sempre objetivando a efetiva prestação da tutela jurisdicional.

### 2.3.1 Prova e convicção do juiz

Para que o juiz possa analisar e decidir as questões de fato e de direito aduzidas pelas partes no processo é necessário que forme sua convicção.

Por sua vez, para que forme sua convicção, é necessário exercer atividade cognitiva, um exame fundamentado, em que se considera, analisa e valora as alegações e provas trazidas, ou seja, um juízo de valor.<sup>58</sup>

A cognição pode apresentar variações no plano vertical (sumária ou exauriente) e no plano horizontal (parcial ou plena). Em linhas gerais, a cognição vertical diz respeito à profundidade, podendo ser exauriente, que é completa e se pauta em um juízo de certeza, ou sumária, que se pauta em um juízo de probabilidade. Por sua vez, a cognição horizontal está atrelada à amplitude, podendo ser plena, em que todas as matérias podem ser conhecidas e apreciadas, ou parcial, nos casos em que há limitação das matérias a serem analisadas, em virtude de lei.<sup>59</sup>

Seja no plano vertical ou horizontal, a cognição integra a atividade cognitiva do juiz, que poderá utilizar dos seus poderes instrutórios para buscar elementos necessários à formação de sua convicção.

A prova assume papel importante nessa atividade, uma vez que permite ao julgador maior conhecimento dos fatos, os quais fornecerão elementos para que julgue a causa. Assim, para que o juiz decida, é necessário que esteja convicto quanto às alegações e provas trazidas ao processo, sempre respeitando as

---

<sup>57</sup> CASTRO, Daniel de. **Poderes instrutórios do juiz no processo civil**: fundamentos, interpretação e dinâmica. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 239.

<sup>58</sup> Ibid., p. 109.

<sup>59</sup> GONDINHO, André Osório. **Técnicas de cognição e efetividade do processo**. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/73170/tecnicas\\_cognicao\\_efetividade\\_gondinho.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/73170/tecnicas_cognicao_efetividade_gondinho.pdf)>. Acesso em 30 de set. 2017.

limitações relativas à verdade, uma vez que a reconstrução perfeita dos atos pretéritos é intangível.<sup>60</sup>

Não obstante a valoração das provas e a formação da convicção ser livre pelo magistrado, por ser atividade de cunho subjetivo, deve ser motivada, como prevê o artigo 371, do Código de Processo Civil.<sup>61</sup>

Tal previsão tem fundamento no princípio constitucional da motivação das decisões. Nesse sentido, Sergio Alves Gomes sintetiza

Trata-se de princípio de acentuado teor político-democrático. Graças a ele surge o melhor dos sistemas de valoração de provas até hoje conhecido: não permite a transformação do juiz em déspota arbitrário e nem em sujeito passivo, mero observador de regras matemáticas que atribuem aprioristicamente o valor a ser dado à prova. Por um lado, valoriza a consciência do magistrado, por outro, estabelece limites que exigem dele decisão explicitamente fundamentada na prova dos autos.<sup>62</sup>

Depreende-se, pois, que a livre apreciação das provas não significa que o juiz tem a liberdade de ponderar arbitrariamente as provas constantes no processo ou ainda, que pode, sem haver uma necessidade real esclarecedora, determinar a produção de provas de ofício, porque, justamente, é exigida a motivação, sendo essa incompatível com o autoritarismo.<sup>63</sup>

Os fatores que propiciaram seu convencimento a respeito das provas devem constar na fundamentação da sentença, momento este em que há a valoração do conjunto probatório. Por essa razão é que se diz que o magistrado deve estar racionalmente motivado.<sup>64</sup>

Em suma, o conjunto probatório, seja ele formado apenas por provas trazidas pelas partes ou por provas determinadas de ofício pelo juiz, as quais viabilizam a realização da cognição judicial, resultam na formação da convicção do magistrado, que proferirá decisão de maneira fundamentada, a fim de resolver o litígio em questão de maneira justa e correta.

---

<sup>60</sup> MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015, p. 417.

<sup>61</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

<sup>62</sup> GOMES, Sérgio Alves. **Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 95.

<sup>63</sup> DEDA, Artur Oscar de Oliveira. **A prova no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 19.

<sup>64</sup> MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015, p. 424.

### 3 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS

#### 3.1 A QUESTÃO DA ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA

O direito à prova, que tem como fundamento o direito à ampla defesa e ao contraditório, compreende a possibilidade de a parte requerer sua admissão e produção, podendo participar da sua realização e, querendo, impugnar, seu resultado. Ainda, caso a prova tenha sido determinada de ofício, mesmo não podendo se pronunciar quanto a sua realização ou não, tem o direito de participar da sua produção.

Em contrapartida, o direito à prova pode sofrer limitações, destacando-se a vedação das provas obtidas por meios ilícitos, com fulcro no artigo 5º, LVI, da Constituição Federal.

Essa previsão não nega o direito à prova, apenas restringe a busca da verdade, uma vez que não poderá se pautar nas provas obtidas de forma ilícita, de modo a viabilizar a efetividade da tutela ao direito material, impedindo a possibilidade de atingir a verdade a qualquer custo, ou seja, a proteção do direito material deve estar acima da busca da verdade.<sup>65</sup>

O constituinte, ao expressamente estabelecer essa vedação, objetivava combater a utilização das provas obtidas por meios ilícitos, com fundamento, uma vez que a Constituição Federal de 1988 foi redigida em um contexto de transição democrática, que visava evitar que as violações de direitos fundamentais cometidas durante o regime ditatorial, até então vigente, se perpetuassem.<sup>66</sup>

Dessa maneira, naquele contexto histórico, era natural e correta a tentativa de representar uma resposta às violações que lá eram praticadas.

Contudo, é necessário ponderar o absolutismo dessa norma constitucional, tendo em vista que tal previsão deve ser interpretada de maneira que possibilite, quando necessário, um abrandamento relativo à sua redação taxativa, com o intuito de corrigir distorções que a inflexibilidade da vedação poderia levar em casos

---

<sup>65</sup> CAMBI, 2006, p. 70.

<sup>66</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 88.

concretos, com caráter excepcional e grave.<sup>67</sup>

Neste contexto, antes da análise da questão da admissibilidade das provas ilícitas no processo civil brasileiro contemporâneo, importante fazer uma digressão quanto às correntes doutrinárias existentes.

João Batista Lopes, em referência à Ada Pellegrini Grionover, faz alusão a quatro correntes doutrinárias clássicas: a que admite a prova ilícita, desde que não seja também ilegítima; a que não admite as provas obtidas por meios ilícitas, sob uma perspectiva unitária do direito, que não tolera a ilicitude; a que não aceita tais provas com fundamento em princípios constitucionais e por último, a que não aceita as provas ilícitas como princípio geral, mas abarca exceções.<sup>68</sup>

Apesar das divergências existentes quanto à inadmissibilidade das provas ilícitas, a doutrina brasileira, de maneira pacífica, com o objetivo de amenizar a previsão constitucional, admite a aplicação do princípio da proporcionalidade. Conseqüentemente, há possibilidade de se permitir que diante de um caso concreto, o juiz possa realizar uma segunda ponderação, mediante o princípio da proporcionalidade, viabilizando a admissão da prova ilícita.

Tal princípio, como observado por Gisele Fernandes Góes, “deverá estabelecer os interesses veiculados no processo, as prioridades, necessidade, adequação e a prática da menor restrição para atingir o objetivo da justiça.”<sup>69</sup>

Por certo, isso não significa que o magistrado poderá se valer do princípio da proporcionalidade de maneira infundada e irrestrita, sendo necessário que o caso em questão envolva bem jurídico relevante, de modo que a vedação do uso de provas ilícitas reflita transgressão à direito dotado de maior relevância, devendo haver a relativização da sua proibição, ponderando os interesses em conflito e visando assegurar a tutela efetiva desse direito.

---

<sup>67</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 117.

<sup>68</sup> LOPES, 2002, p. 96 e 97.

<sup>69</sup> GOÉS, Gisele Fernandes. **Princípio da Proporcionalidade no Processo Civil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 150

### 3.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS EM CONFLITO

No direito contemporâneo, a Constituição compreende um sistema dotado de princípios e normas, os quais trazem inúmeros valores jurídicos. Nesse contexto, os direitos fundamentais, desde que assumiram o caráter concreto de normas positivas constitucionais, norteiam o Estado Democrático de Direito, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana.<sup>70</sup>

A concepção da Constituição como ordem de valores, iniciou na Alemanha e dali se difundiu pelo restante da Europa e América Latina, ganhando força a noção de que a Constituição não é dotada de neutralidade, mas configura um sistema de valores que influencia o ordenamento jurídico como um todo e impõe ao Estado a obrigação de não violar os direitos fundamentais, bem como o dever de fomentar e concretizar a realização desses valores constitucionais.<sup>71</sup>

Sucintamente, direitos fundamentais são tidos como tais pelo fato de serem garantidos pela Constituição, e esta, por sua vez, regulamenta os fundamentos da organização social e política de um Estado. São bastante genéricos e abstratos, abrangendo direitos individuais e coletivos, sociais e políticos, de liberdade e de igualdade, os quais são dotados da peculiar força jurídica decorrente da supremacia das normas constitucionais.<sup>72</sup>

Ainda, destinam-se a conferir aos indivíduos uma posição jurídica de direito subjetivo, de natureza material ou até processual, guiando e limitando a liberdade da atuação estatal. Em decorrência disso, constituem direito público subjetivo, conforme conceituado por Georg Jellinek.<sup>73</sup>

Depreende-se, pois, que os direitos fundamentais se tornaram parâmetros interpretativos de todas as orientações jurídicas, para todos os ramos do direito existentes.

Contudo, como o texto constitucional abarca essa diversidade de valores, interesses e direitos, o exercício de um direito fundamental pode entrar em choque

---

<sup>70</sup> SILVA, 2002, p. 179.

<sup>71</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 61.

<sup>72</sup> DIMOULIS, MARTINS, 2014. p. 40-41.

<sup>73</sup> Ibid., p. 49.

com outro preceito fundamental, configurando a colisão. A esse respeito, afirma Luís Roberto Barroso que

A identificação e o equacionamento das colisões de normas constitucionais são relativamente recentes no Direito contemporâneo. A complexidade e o pluralismo das sociedades modernas levaram ao abrigo da Constituição valores, interesses e direitos variados, que eventualmente entram em choque.<sup>74</sup>

Isto posto, para existir a colisão de direitos fundamentais, basta que o ordenamento jurídico contenha vasta relação desses direitos (um catálogo de direitos fundamentais), como é o caso da Constituição brasileira.<sup>75</sup>

Como forma de conciliar essa pluralidade de direitos constitucionalmente previstos, existem regras de hermenêutica constitucional para auxiliar sua interpretação, como forma de tentar, de forma antecipada, solucionar eventuais conflitos que possam ocorrer.

Em síntese, a aplicação das regras interpretativas deve buscar a harmonia das previsões constitucionais, uma vez que não há entre elas nenhuma espécie de hierarquia, de modo a adequá-las à realidade fática, objetivando garantir a maior e mais ampla proteção possível.<sup>76</sup>

A título exemplificativo, existem situações clássicas de colisão de direitos fundamentais: o direito à informação, que constantemente entra em conflito com o direito à privacidade; à liberdade de expressão em choque com o direito à honra e imagem, muito comum nos veículos de comunicação; a vedação à prova ilícita em oposição a outros diversos direitos fundamentais, que podem estar sendo discutidos em um caso concreto, como por exemplo, o da dignidade da pessoa humana. Nesta última situação, a tutela da dignidade da pessoa humana, valor este supremo, pode restar prejudicada diante da impossibilidade de utilização daquela prova.

Nas circunstâncias acima apontadas vislumbra-se, claramente, as posições conflitantes existentes entre tais direitos.

Assim, muitas vezes, mesmo com a tentativa de interpretação harmônica e

---

<sup>74</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 355.

<sup>75</sup> ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 57.

<sup>76</sup> MORAES, 2015, p. 15 e 16.

integradora, pode remanescer o conflito entre os direitos fundamentais. Tal conflito somente será solucionado se, de alguma maneira, forem efetuadas limitações ou sacrifícios em um ou ambos os direitos conflitantes, sendo necessário, pois, recorrer ao princípio da proporcionalidade para tentar equilibrar tais valores contrapostos.<sup>77</sup>

Logo, partindo da premissa de que os direitos fundamentais não são absolutos, inclusive podendo sofrer restrições pelo próprio legislador e, bem assim de que não apresentam nenhum grau de hierarquia entre si, é necessário solucionar o conflito entre tais direitos avaliando aspectos de maior ou menor intensidade valorativa entre eles, a fim de obter a menor lesão possível ao direito tido como menos relevante, diante daquele caso concreto, e máxima proteção ao direito com expressiva importância.

### 3.3 A PROPORCIONALIDADE COMO TÉCNICA DE PONDERAÇÃO DE INTERESSES FUNDAMENTAIS

O desenvolvimento do princípio da proporcionalidade está estritamente ligado ao advento do Estado de Direito, com o intuito de garantir a liberdade individual em face dos interesses do poder público.

Encontra raízes na filosofia clássica antiga, em que já havia a concepção do direito como justa medida ou justa proporção.<sup>78</sup>

Mas, na verdade, a constitucionalização do princípio da proporcionalidade, tal como hoje é compreendido, tem origem no direito público alemão, após a segunda guerra mundial, como resposta às atrocidades cometidas pelo legislador nazista.<sup>79</sup>

Sob influência do direito alemão, diversos outros países foram acolhendo esse princípio, em sua maioria paralelamente à superação de contextos totalitários.

No Brasil, o princípio da proporcionalidade, é produto da conjugação das ideias advindas da expansão da jurisdição constitucional. Sua previsão na Constituição brasileira não é expressa, contudo, sua aplicação tem fundamento no

---

<sup>77</sup> ALEXY, 2008, p. 62.

<sup>78</sup> SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 78-79.

<sup>79</sup> Ibid., p. 80.

devido processo legal e no Estado Democrático de Direito<sup>80</sup>.

Por esta razão é tido como um princípio constitucional implícito, e mais, “como princípio dos princípios do ordenamento, promove o arejamento do sistema jurídico em contato com a realidade, atualizando-o constantemente”<sup>81</sup>, como destaca Gisele Fernandes Góes.

Tal princípio tem assento no contexto normativo constitucional, no qual estão dispostos os direitos e garantias constitucionais e os mecanismos para sua proteção, sendo utilizado como uma forma de garantia, mediante adequação entre os direitos concorrentes.

A fim de compreender a aplicação da proporcionalidade no conflito de direitos fundamentais, é necessária uma concepção do que consiste tal princípio. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso pontua

Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle de discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que um norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema.<sup>82</sup>

Resta nítido o caráter procedimental do princípio da proporcionalidade, utilizado como um instrumento para alcançar um processo justo por meio da efetivação mais eficaz das normas fundamentais de direito material.<sup>83</sup>

Como visto, a Constituição contém um pluralismo de princípios, valores e interesses, de modo que desarmonias entre eles podem, inevitavelmente, ocorrer. Deste modo, a noção de normas constitucionais fundamentais está estritamente ligada ao conceito de proporcionalidade, que, por sua vez, se realiza por meio da ponderação de interesses.

Na realidade, ponderação e proporcionalidade pressupõem-se reciprocamente, uma vez que têm por essência solucionar a contradição entre valores que se colidem, representando duas faces de uma mesma moeda.<sup>84</sup>

A técnica de ponderação, como critério de interpretação constitucional,

---

<sup>80</sup> BARROSO, 2013, p. 328.

<sup>81</sup> GÓES, 2004, p. 72.

<sup>82</sup> BARROSO, op. cit., p. 329.

<sup>83</sup> GÓES, op. cit., p. 64.

<sup>84</sup> SARMENTO, 2000, p. 96

consiste em um cotejo dos fundamentos que estão no contexto de apreciação<sup>85</sup>. Tendo por característica sua preocupação com a análise do caso concreto em que está presente o conflito.

Depreende-se, assim, que a proporcionalidade é gênero e a ponderação, espécie, cuja função é a atividade interpretativa de avaliar as normas conflitantes em uma relação de prioridades.<sup>86</sup>

A proporcionalidade, por sua vez, é procedimentalizada por meio de três critérios ou subprincípios, são eles: de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Todos os três critérios evidenciam a ideia de otimização, bem como ordenam que a medida adotada seja realizada em sua máxima, dentro de suas possibilidades fáticas e jurídicas.<sup>87</sup>

A respeito da adequação, diz-se que a medida adotada deve ser meio apto para atingir um fim. Funciona como um critério para averiguar a legitimidade da intervenção sobre um direito fundamental, como meio de obter um fim constitucionalmente adequado, devendo ser idônea, pois caso contrário não poderá ser utilizada, uma vez que será tida como inconstitucional.<sup>88</sup>

O pressuposto da necessidade restringe a escolha do meio a ser utilizado para atingir um fim relacionado a um direito. A medida restritiva deve ser estritamente indispensável para a proteção do direito fundamental em questão e não pode haver nenhuma outra medida também eficiente e menos gravosa, ou seja, rejeita-se o meio mais prejudicial ao direito concorrente.<sup>89</sup>

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, que, em sua máxima, consiste na técnica da ponderação. Robert Alexy, inclusive, afirma que esse subprincípio é idêntico à ponderação, que por sua vez estabelece o seguinte: “quanto maior for o grau da não satisfação ou da afetação de um princípio tanto maior tem de ser a importância da satisfação de outro”<sup>90</sup>.

Assim, após análise da necessidade e adequação, as quais tratam da otimização da medida a adotada, deverá ser indagado se a vantagem de satisfação

---

<sup>85</sup> BRANCO, 2009, p. 168.

<sup>86</sup> GÓES, 2004, p. 79.

<sup>87</sup> ALEXY, 2008, p. 110.

<sup>88</sup> BARROS, Suzana de Toledo Barros. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 76.

<sup>89</sup> BRANCO, op. cit., p. 174-175.

<sup>90</sup> ANDRÉA, Fernando do. **Robert Alexy: Introdução Crítica**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 56.

do direito preferido justifica a não satisfação do direito relegado, isto é, o que se obtém com a medida tem maior relevância do que aquilo que é perdido.<sup>91</sup>

Nos dizeres de Robert Alexy, a ponderação, objeto do terceiro subprincípio da proporcionalidade, se divide em três passos

Em um primeiro passo deve ser comprovado o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio. A isso deve seguir, em um segundo passo, a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Em um terceiro passo deve, finalmente, ser comprovado, se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro.<sup>92</sup>

Pode-se afirmar, então, que a ponderação é um procedimento racional, em que, fundamentadamente, deve ser estabelecida uma preferência condicionada entre os valores opostos.<sup>93</sup>

Em síntese, os critérios de adequação e necessidade pressupõem que o meio seja apto, exigível e menos gravoso, enquanto a proporcionalidade em sentido estrito se perfaz por meio da ponderação, que consiste no cotejo entre a vantagem e o custo dos direitos conflitantes.

Desse modo, o princípio da proporcionalidade, mesmo sem previsão constitucional expressa, é inerente ao Estado Democrático de Direito e se trata de um instrumento valioso de proteção aos direitos fundamentais, por permitir que seja efetivado um juízo de ponderação, de maneira criteriosa, a fim de harmonizar e otimizar a pluralidade dos valores e interesses fundamentais positivados na Constituição Federal.

### 3.3.1 A proibição da prova ilícita no Processo Civil e o Princípio da Proporcionalidade

Conforme já demonstrado até esse ponto do trabalho, o direito à prova pode

---

<sup>91</sup> BARROSO, 2013, p. 329.

<sup>92</sup> ALEXY, 2008, p. 111.

<sup>93</sup> ANDRÉA, 2013, p. 55

sofrer restrições, como é o caso da vedação às provas obtidas por meios ilícitos – conforme aduz o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal.

Certo que tal limitação inserida na Constituição de 1988 é coerente com os demais princípios fundamentais lá positivados, pois, caso contrário, permitiria ao magistrado que julgasse a causa baseado em provas que fossem contra a carta magna. Isso resultaria na utilização de provas sem quaisquer limitações e formalidades legais, possibilitando que existissem processos repletos de ilegalidades e arbitrariedades, sem respeitar os valores assegurados aos sujeitos de direitos.

No entanto, não é factível que essa previsão seja dotada de caráter absoluto, pois seria semelhante a consentir com a violação de outros valores constitucionais mais imprescindíveis que o contido na vedação das provas ilícitas.<sup>94</sup>

Por esta razão, seria um contrassenso não haver possibilidade de relativização quando entram em conflito o direito fundamental à prova e a vedação à prova ilícita, nas hipóteses em que a parte não possua outros meios hábeis de comprovar sua alegação se não pela prova ilícita.

E ainda, caso não seja aplicado o princípio da proporcionalidade entre tais interesses fundamentais conflitantes, as consequências decorrentes de eventual negativa de ponderação podem ser irreparáveis e imensamente danosas ao direito pleiteado pela parte, sendo este, no caso concreto, mais relevante que a vedação da prova ilícita.<sup>95</sup>

Nesse ponto, casuisticamente, impõe-se a necessidade de que o juiz se valha do princípio da proporcionalidade, conforme se depreende da lição de Alexandre de Moraes

[...] a doutrina constitucional passou a atenuar a vedação das provas ilícitas, visando corrigir distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Esta atenuação prevê, com base no *Princípio da Proporcionalidade*, hipóteses em que as provas ilícitas, em caráter excepcional e em casos extremamente graves, poderão ser utilizadas, pois nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo possibilidade, em casos delicados, em que se percebe que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, de permitir sua utilização.<sup>96</sup>

---

<sup>94</sup> CAMBI, 2006, p. 70.

<sup>95</sup> CAMBI, loc. cit.

<sup>96</sup> MORAES, 2014, p. 117.

Nas situações em que a parte tem como único meio probatório a seu favor uma prova obtida por meio ilícito é que nasce a possibilidade ou não da aplicação do princípio da proporcionalidade. Isso não quer dizer que em todos os casos em que a única prova capaz de provar sua alegação foi obtida por meio ilícito, a mesma deva ser admitida no processo. Da mesma maneira que não é viável afirmar que a norma que veda a utilização de provas ilícitas é absoluta, pelo contrário, plausível dizer que se trata de uma norma flexível a determinadas circunstâncias excepcionais que possam aparecer em casos concretos, possibilitando ao magistrado que pondere os valores constitucionais em conflito.

Trata-se de uma situação jurídica decorrente de um caso concreto excepcional que demanda posições flexíveis, sendo primordial, portanto, uma análise de cada caso, a ser realizada pelo juiz, o qual tem a tarefa de analisar quais são as provas existentes no processo, se essas são suficientes para que a parte possa alcançar sucesso no direito que pretende seja tutelado e se há possibilidade de provar por outros meios, que não ilícitos. Após isso, deve partir para uma análise de quais direitos estão sendo tutelados, a fim de autorizar ou não a admissibilidade e produção da prova ilícita, por meio do princípio da proporcionalidade.<sup>97</sup>

Assim, o dispositivo da Constituição que prevê a vedação das provas ilícitas deve ser interpretado de maneira harmônica com os demais interesses constantes naquele artigo, sob pena de tornar a prova ilícita um obstáculo à tutela de um bem jurídico que se demonstra mais valioso no caso concreto.

Daí a relevância da aplicação do princípio da proporcionalidade no caso concreto, como bem colocado por Eduardo Cambi

[...] a sua adoção mostra-se necessária para a manutenção do *justo equilíbrio* entre valores conflitantes, sobretudo em situações nas quais a utilização da prova pode vir a ser instrumento de tutela de outro valor que, no caso concreto, venha a se mostrar mais relevante.<sup>98</sup>

O justo equilíbrio citado pelo autor diz respeito, justamente, à necessidade de buscar uma interpretação harmônica dos preceitos fundamentais conflitantes, sopesando-os, de modo a admitir ou não a prova. Logo, a opção do legislador

---

<sup>97</sup> MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015, p. 325.

<sup>98</sup> CAMBI, 2006, p. 78.

constituente ao determinar a vedação da prova ilícita não afasta, no caso concreto, a possibilidade de o magistrado admitir e valorar a prova quando estiverem em conflito direitos fundamentais.

Nessa circunstância, podem ocorrer duas hipóteses distintas: a autorização prévia para produção da prova ou a valoração posterior à produção da prova. No primeiro caso, o juiz autorizará ou não a produção da prova ilícita, valorando antecipadamente os bens jurídicos em conflito, se valendo do princípio da proporcionalidade. Ou seja, como o juízo de admissibilidade foi realizado antes da efetiva produção da prova, não há que se falar em ilicitude daquela prova, uma vez que a permissão foi concedida pelo juiz. Cabendo ao magistrado, sem embargo, delimitar a abrangência da produção, delineando o objetivo a ser investigado e quais as condições que deve ocorrer, objetivando que não sejam cometidos abusos.<sup>99</sup>

A segunda hipótese, objeto do presente trabalho, diz respeito à valoração posterior da prova, isto é, excepcionalmente, mesmo a prova tendo sido obtida por meios ilícitos, ela pode ser considerada válida e eficaz no processo, por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, a qual deve ser submetida aos três subprincípios da proporcionalidade, quais sejam, da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, já abordadas anteriormente.<sup>100</sup>

Percebe-se, com isso, que tais situações estão estritamente relacionadas a um sistema de valoração, que irá variar conforme as circunstâncias de cada caso concreto, com o intuito de enfrentar os valores que se encontram em conflito.

Outro aspecto que merece análise diz respeito a qual ramo do direito será aplicado o princípio da proporcionalidade para admitir a prova ilícita.

No processo penal, a ideia de proibição de prova ilícita é muito presente, pois nesse caso a obtenção da prova é deferida à polícia, na investigação preliminar, ficando nítida a necessidade de restringir a atividade probatória policial, com o intuito de impedir a violação de direitos fundamentais. Logo, de um lado está a pretensão punitiva do Estado e de outro o acusado, titular do direito de liberdade, que poderá ser restringido em caso de eventual condenação.<sup>101</sup>

Nessa circunstância, o direito mais relevante é, sem dúvidas, o da liberdade do acusado. Logo, como desdobramento dessa preferência, algumas garantias são

---

<sup>99</sup> CAMBI, 2006, p. 74-75.

<sup>100</sup> CAMBI, loc. cit.

<sup>101</sup> MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015, p. 320.

dadas ao sujeito, como o direito de ser informado da possibilidade de permanecer calado e a presunção de inocência, pela qual o juiz não pode condenar o réu quando não está plenamente convencido da verdade dos fatos.<sup>102</sup>

Desse modo, é consensualmente admitida a prova ilícita produzida pelo réu no processo penal, quando esta representar o único meio possível para demonstração de sua inocência, tendo em vista o bem jurídico primordial representado pela liberdade do acusado em face da vedação à prova ilícita.<sup>103</sup>

De outro lado, o processo civil não abarca tais prerrogativas inerentes ao acusado no processo penal. As partes, no processo civil, têm o dever de dizer a verdade, distintamente do processo penal.

Logo, o processo penal optou por considerar o direito de liberdade como mais relevante, enquanto o processo civil não optou por resguardar nenhum direito que eventualmente possa colidir com outro, como a vedação da prova ilícita, deixando essa prerrogativa ao juiz, que analisará o caso concreto.<sup>104</sup>

Como no processo civil a realidade é completamente distinta, em que os bens reivindicados pelo autor e impugnados pelo réu são extremamente diversificados, envolvendo desde créditos pecuniários até direitos primordialmente fundamentais para a dignidade da pessoa humana, a admissibilidade da prova ilícita, portanto, se mostra mais prejudicada, mas não de maneira absoluta, podendo haver, diante de um caso concreto, uma ponderação entre o direito material que a parte pretende seja tutelado e o direito material violado pelo prova ilícita.<sup>105</sup>

Para demonstrar que em determinados casos é necessária uma ponderação, suponha uma situação em que um sujeito, como única opção, produz uma prova ilícita para proteger um direito fundamental e posteriormente, viabilizar, sua alegação perante o judiciário.<sup>106</sup>

Assim, pode-se afirmar ser necessária uma análise para constatar a imposição de restringir um direito fundamental em face do direito material violado pela prova ilícita, justificando, portanto, a admissibilidade da mesma. Nesse sentido, sintetiza Luiz Guilherme Marinoni

---

<sup>102</sup> CAMBI, 2006, p. 75.

<sup>103</sup> SARMENTO, 2000, p. 180.

<sup>104</sup> MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015, p. 321.

<sup>105</sup> MARINONI, loc. cit.

<sup>106</sup> Ibid., 323.

Quando se pensa em postulado da proporcionalidade nesses casos, há sempre que se considerar o *valor do bem jurídico* que se busca proteger através da prova ilícita. Após, *verificar se havia outra prova*, além da obtida de forma ilícita, capaz de demonstrar as alegações em juízo. E, por último, analisar de que modo a prova ilícita determinou a violação do direito e, especialmente, se existe a possibilidade de limitação ao direito violado, quando observados determinados requisitos legais, uma vez que a violação de um direito que não admite sequer restrição legal é mais grave que a violação de um direito que pode ser objeto de restrição.<sup>107</sup>

Contudo, importante mencionar que a aplicação do princípio da proporcionalidade quando utilizado para admissão da prova obtida por meios ilícitos, está relacionada à segurança jurídica.<sup>108</sup> Logo, não é possível que a sua aplicação seja indiscriminada, a ponderação deve se revelar primordial para proteção de direito fundamental relevante, objetivando não comprometer a segurança jurídica.

Em suma, as provas obtidas por meios ilícitos, *a priori*, são vedadas no processo civil, mas não é uma restrição absoluta, uma vez que não impede que, diante de um caso concreto, o juiz se valha do princípio da proporcionalidade, quando constatar: que o direito pleiteado pela parte se demonstra muito mais relevante que o direito violado pela obtenção daquela prova e que a parte não possui outro substrato probatório que embase sua pretensão, permitindo, finalmente, a admissão da prova ilícita, sempre de modo equilibrado e discriminado.

### 3.3.2 A proporcionalidade e a subjetividade do juiz

O princípio da proporcionalidade, englobando seus três critérios: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, é atividade exclusiva do juiz, uma vez que é quem, investido da função jurisdicional, aplica o direito no caso concreto.

No que diz respeito à prova ilícita, como sua admissibilidade depende de um juízo de ponderação, essa tarefa caberá ao magistrado, pois, a princípio, sua recepção no processo é vedada.

Assim, sempre que estiver presente o conflito entre o direito material violado pela obtenção da prova ilícita e outro direito fundamental relevante que deve ser

---

<sup>107</sup> MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015, p. 325.

<sup>108</sup> SARMENTO, 2000, p. 182.

tutelado, será o juiz quem fará a análise balanceada dos interesses em colisão, de acordo com as peculiaridades de cada caso.<sup>109</sup>

Inclusive, a aplicação do princípio da proporcionalidade pelo juiz, no caso concreto, tem embasamento no Código de Processo Civil, que em seu artigo 8º prevê: “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.”<sup>110</sup>

Observa-se que esse dispositivo legal se trata de uma cláusula aberta, o que fornece ao julgador a possibilidade de realizar uma interpretação hermenêutica quando estiverem presentes valores fundamentais em oposição.

Em virtude disso, entra em cena a figura do subjetivismo do julgador, que surge como consequência direta do aumento do poder concedido ao juiz, com origem no direito processual contemporâneo, baseado em conceitos jurídicos abertos, indeterminados e cláusulas gerais, pois foi reconhecido que o legislador não tem a capacidade de prever tudo, atribuindo, portanto, mais poder ao magistrado.<sup>111</sup>

Certamente, ao conceder mais poder ao juiz, muitas vezes competirá a ele interpretar e aplicar o direito nos casos em que estão presentes interesses conflitantes, por meio do princípio da proporcionalidade. O que não impede que realize essa atividade interpretativa, pois se assim fosse, seria o mesmo que reconhecer que o direito admite apenas uma única solução, sem a possibilidade de existirem interpretações distintas e igualmente corretas.<sup>112</sup>

Tal interpretação se perfaz através da aplicação do princípio da proporcionalidade, que deverá observar os seus três subprincípios, já analisados anteriormente, sendo eles, resumidamente: clara determinação dos valores em conflito, prioridade do elemento normativo a ser utilizado e a proporção entre o meio utilizado e o objetivo almejado.<sup>113</sup>

A ponderação a ser realizada pelo juiz, apesar de carregar elementos subjetivos, deve ser fundamentada, de forma objetiva e racional, uma vez que terá

---

<sup>109</sup> CAMBI, 2006, p. 76.

<sup>110</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

<sup>111</sup> TARTUCE, Flávio. **O novo CPC e o Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Método, 2016, s. p.

<sup>112</sup> CAMBI, op. cit., p. 76-77.

<sup>113</sup> CAMBI, loc. cit.

que optar por um dos interesses opostos.<sup>114</sup> Nessa perspectiva, Fernando Andréa, em introdução crítica ao pensamento jurídico de Robert Alexy, afirma que

[...] a ponderação não consiste, pura e simplesmente, na formulação desse enunciado de preferência condicionada, resultado de um processo psíquico, irracional, pois, se assim fosse, sua determinação poderia ser realizada instintivamente. E assim, quem efetuasse uma ponderação teria a possibilidade de seguir exclusivamente suas concepções subjetivas.<sup>115</sup>

Ademais, o artigo 489, do Código de Processo Civil<sup>116</sup>, trata da colisão entre normas e determina ao juiz que, diante dessa situação, deve justificar na sentença a opção feita, demonstrando as razões que levaram a sacrificar um interesse fundamental em face do outro, que se mostrou mais relevante naquele caso concreto.

Efetivamente, a subjetividade do julgador, mais do que em outras hipóteses com cunho decisório, se faz presente e necessária na aplicação da proporcionalidade, já que cabe apenas ao juiz, analisando o caso concreto, realizar uma ponderação, na proporção devida, a fim de sacrificar um direito em face de outro, de modo a viabilizar a prova da alegação de uma das partes e possibilitar que julgue a demanda de maneira eficaz e justa.

Todavia, apesar de a proporcionalidade e o subjetivismo do julgador estarem intimamente relacionados, seria um equívoco afirmar que sua aplicação será baseada apenas em elementos subjetivos, sequer ser a mesma irracional, por simplesmente estar presente o liame entre ambas.

A aplicação do princípio da proporcionalidade, apesar de dar margem ao subjetivismo do julgador, compreende um instrumento discursivo que restringe sua liberdade de atuação, pois impõe a observância de certa racionalidade, por meio de seus três subprincípios.<sup>117</sup>

Dessa maneira, é plenamente possível conciliar a subjetividade do juiz e a aplicação do princípio da proporcionalidade, uma vez que a primeira tem uma

---

<sup>114</sup> TARTUCE, 2016, s. p.

<sup>115</sup> ANDRÉA, 2013, p. 55.

<sup>116</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

<sup>117</sup> GARCIA, Fabio Henrique Falcone. **Razoabilidade e proporcionalidade**: instrumentos de racionalidade. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/112201>>. Acesso em 26 de out. 2017.

limitação racional, impedindo que o juiz de maneira infundada opte por um direito em colisão, em busca de uma solução mais justa para o caso concreto.<sup>118</sup>

Aliás, a possibilidade atribuída ao juiz de poder sopesar os interesses fundamentais em conflito e, conseqüentemente decidir a demanda de maneira mais íntegra, tem maior harmonia com o direito processual contemporâneo, do que o rigor da admissibilidade ou inadmissibilidade da prova ilícita.

---

<sup>118</sup> CAMBI, 2006, p. 78.

## 4 AS PROVAS ILÍCITAS NO DIREITO DE FAMÍLIA

### 4.1 PECULIARIDADES DAS DEMANDAS FAMILIARES

A família, considerada um agrupamento informal, que se forma espontaneamente no meio social e se estrutura por meio do direito, tem especial tratamento e proteção pelo Estado, conforme preceitua o artigo 226, da Constituição Federal<sup>119</sup>.

Como base da sociedade, o objetivo do Estado é preservar o organismo familiar. No entanto, muitas vezes o direito não consegue acompanhar as mudanças que as entidades familiares vêm sofrendo – a revolução da família moderna – na qual o laço familiar está atrelado única e exclusivamente ao afeto, o que, conseqüentemente, gera o surgimento de novas estruturas familiares, com diversas especificidades, devendo o Estado acolhê-las e protegê-las.<sup>120</sup>

A família, como alicerce de toda organização social, torna compreensível e imprescindível a proteção estatal, assim, a maioria dos preceitos de direito de família é composta de normas imperativas, isto é, que impõem restrições à vontade dos sujeitos, ficando nítido seu caráter publicista. Contudo, apesar da predominância das normas de ordem pública, pelo tipo de relações que compreendem as famílias, que dizem respeito aos aspectos mais íntimos dos sujeitos, principalmente o afeto, resta nítida a predominância do direito privado nessas relações.<sup>121</sup>

É necessário, desse modo, demarcar o limite de intervenção do Estado nessas relações de afeto, pois apesar de haver o interesse primordial de o Estado preservar a família, essa se trata, ao mesmo tempo, de uma relação privada e íntima dos sujeitos que dela fazem parte, devendo intervir apenas quando for essencial para resguardar sua estrutura essencial. O problema, como dispõe Maria Berenice Dias, reside em “encontrar, na estrutura formalista do sistema jurídico, a forma de

---

<sup>119</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988.

<sup>120</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Novas formas de família demonstram nova relação com a pátria**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-10/processo-familiar-novas-formas-familia-demonstram-relacao-patria>>. Acesso em 30 de out. 2017.

<sup>121</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 43-44.

proteger sem sufocar e de regular sem engessar.”<sup>122</sup>

Além disso, o Direito de Família, por tutelar a esfera pessoal dos sujeitos, é personalíssimo, isto é, diz respeito à personalidade da pessoa de acordo com a sua posição na família. É composto, em sua maioria, de direitos intransmissíveis, irrevogáveis, irrenunciáveis e indisponíveis, como por exemplo o direito de investigação de paternidade, que é imprescritível, o poder familiar, que não pode ser cedido e o direito a alimentos, que é irrenunciável.<sup>123</sup>

O Direito de Família pode ser identificado em três grandes temas, que, embora estejam se desfigurando com o tempo, ainda estão presentes no atual ordenamento jurídico, sendo eles: direito matrimonial, direito parental e direito protetivo.<sup>124</sup>

O direito matrimonial diz respeito ao casamento, sua celebração, invalidades, hipóteses de anulação, regime de bens e sua eventual dissolução. É o tema que mais vem perdendo sua essência, uma vez que a família matrimonializada é apenas uma das várias formas de estabelecimento de família, como, por exemplo, as famílias informais, recompostas, paralelas e monoparentais. Inclusive, no Código Civil de 2002, o terceiro título, dentre os quatro, do livro de Direito de Família, trata exclusivamente da união estável, modalidade de família informal.<sup>125</sup>

O direito parental refere-se às relações de parentesco, filiação e adoção, que por sua vez, também vem se recriando, já que o que rege as relações familiares é o afeto, não estando mais presente apenas vínculo jurídico biológico, mas o socioafetivo também. Além disso, verifica-se a presença da igualdade de direitos e garantias entre os filhos havidos na relação conjugal ou por adoção, sendo vedada qualquer designação discriminatória.<sup>126</sup>

O direito protetivo, por sua vez, engloba o poder familiar, alimentos, tutela e curatela. Envolve, na maioria dos casos, a proteção integral das crianças, adolescentes, jovens e idosos, a qual é constitucionalmente prevista, tendo em vista maior vulnerabilidade e fragilidade de tais indivíduos, sendo necessário, conseqüentemente, um tratamento prioritário pelo poder público e, bem assim pela

---

<sup>122</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 29-30.

<sup>123</sup> Ibid., p. 35.

<sup>124</sup> DIAS, loc. cit.

<sup>125</sup> RODRIGUES, Silvío. **Direito Civil: Direito de Família**. Vol. 06. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 10.

<sup>126</sup> DIAS, op. cit., p. 35.

família, curador ou tutor.<sup>127</sup>

Com o advento da Constituição Federal de 1988, essa distribuição de temas do Direito de Família foi perdendo força, principalmente por não mais existir apenas entidades familiares eminentemente matrimonializadas e, conseqüentemente, não apenas novas formas de família foram surgindo, como novas situações decorrentes delas também.

Após um panorama geral referente ao Direito de Família, importante apontar alguns dos princípios que regem essas relações privadas. Para todos os ramos do direito, os princípios constitucionais representam o modo como deve ser interpretado e aplicado o direito, não sendo diferente ao Direito de Família, onde os reflexos desses princípios são extremamente importantes, dada a complexidade dessas relações privadas, consagradas pelo afeto.<sup>128</sup>

A dignidade da pessoa humana, princípio fundante do Estado Democrático de Direito, está presente em todos os ramos do direito privado, mas não há nenhum ramo em que tal princípio tenha maior atuação do que no Direito de Família, uma vez que este engloba as relações mais íntimas dos indivíduos e suas relações afetivas, devendo sempre ter uma proteção digna e igualitária.<sup>129</sup> Parece intangível conceituar tal princípio, pois seu conteúdo é compreendido a partir dos demais direitos e interesses fundamentais presentes na Constituição Federal de 1988, mas sua essência pode ser delineada, conforme se pode inferir da lição de Paulo Lôbo, ao tratar da dignidade da pessoa humana

A doutrina destaca o caráter intersubjetivo e relacional da dignidade da pessoa humana, sublinhando a existência de um dever de respeito no âmbito da comunidade dos seres humanos (Sarlet, 2004, p. 32). Nessa dimensão, encontra-se a família, como o espaço comunitário por excelência para realização de uma existência digna e da vida em comunhão com as outras pessoas.<sup>130</sup>

---

<sup>127</sup> Artigo 227: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988.

<sup>128</sup> DIAS, 2013, p. 64.

<sup>129</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. v. 05. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 07.

<sup>130</sup> LÔBO, 2017, p. 54.

Como se vê, a dignidade da pessoa humana, como princípio dos princípios, tem íntima relação com o direito de família, em todos os seus aspectos, o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança. É no âmbito das relações familiares que os indivíduos se realizam e afirmam suas dignidades, devendo o direito promover-las através de condutas que deem condições para que sejam efetivadas e ainda, quando de algum modo forem lesadas, ofereça suporte para que se consolidem novamente. Ao mesmo tempo, também deve se abster de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, respeitando o limite de intervenção nessas relações íntimas.<sup>131</sup>

Além disso, com a despatrimonialização do Direito de Família, fruto do Direito Civil constitucionalizado, em que o interesse primordial não é mais a tutela de interesses patrimoniais e sim a realização e a satisfação de direitos fundamentais, resta nítida a elevação da dignidade da pessoa humana, principalmente na relação sociofamiliar dos indivíduos.<sup>132</sup>

O artigo 227 da Constituição Federal consagrou os direitos das crianças e dos adolescentes, incorporando o princípio da proteção integral e do melhor interesse da criança<sup>133</sup>. Tais princípios refletem a maior vulnerabilidade e fragilidade desses indivíduos, em condição peculiar de desenvolvimento, merecendo prioridade absoluta e tratamento especial, por parte da família, da sociedade e do Estado.

Seguindo a previsão constitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente também cristalizou a proteção integral desses indivíduos em desenvolvimento, visando possibilitar que possam usufruir de maneira absoluta seus direitos e garantias fundamentais.<sup>134</sup>

O melhor interesse do menor é norma determinante nas relações da criança e do adolescente com sua família, com a sociedade e com o Estado. Inerente a esse princípio, se perfaz o princípio da afetividade que permeia os vínculos de filiação e parentesco, os quais têm tratamento igualitário nos vínculos de adoção e na maternidade ou paternidade socioafetiva. Faz-se presente também na comunhão plena de vida, que se realiza através do afeto e respeito mútuo.<sup>135</sup>

---

<sup>131</sup> DIAS, 2013, p. 66.

<sup>132</sup> MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 42.

<sup>133</sup> *Ibid.*, p. 96.

<sup>134</sup> BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 set. 1990.

<sup>135</sup> MADALENO, 2017, p. 95.

Outrossim, há o direito à convivência familiar, que representa o fortalecimento dos vínculos afetivos com a família. Todos esses direitos e garantias devem sempre ser norteados pelo princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, principalmente na análise de cada caso concreto. Com relação à importância desse princípio, disserta Rodrigo da Cunha Pereira

A consequência do reconhecimento de tais dispositivos como fonte de princípios é que eles informarão a interpretação de todo o ordenamento jurídico pátrio, além de serem fonte de orientação das decisões judiciais a serem tomadas, que envolvam crianças e adolescentes, sem olvidar da atividade legislativa, que também deve tê-los como seu norte hermenêutico.<sup>136</sup>

Os princípios ora abordados não foram exaustivos, mas são aqueles que representam maior relevância ao tema estudado, tendo em vista que podem entrar em conflito com outros direitos fundamentais, como por exemplo, com uma eventual admissão de prova ilícita em uma demanda que envolva Direito de Família.

A partir dos princípios abordados acima, pode-se inferir a relevância constitucional da família e a preocupação do constituinte com os indivíduos que dela fazem parte, com prioridade à proteção das crianças e adolescentes, de maneira que tais princípios permeiam todo o ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional, bem como direcionam a análise de cada caso concreto.<sup>137</sup>

O Direito de Família, por sua natureza, apresenta características que o diferencia dos demais ramos do Direito, como apontado. O Estado procura preservar a estrutura familiar, seja ela matrimonializada, ou não, bem como conceber direitos e garantias aos sujeitos que dela fazem parte, para que alcancem sua realização íntima.

Por envolver elementos de cunho subjetivo, os conflitos familiares apresentam típica configuração e necessitam de análise aprofundada das causas que os ensejaram, pois retratam dificuldades nas relações íntimas dos sujeitos de direito, merecendo, assim, maior cuidado. Diante disso, quando tais conflitos são levados ao Poder Judiciário, o juiz deve ter muita sensibilidade no julgamento da causa,

---

<sup>136</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 153

<sup>137</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Família: entre o público e o privado**. Porto Alegre: Magister, 2012. p. 45.

buscando ao máximo que a controvérsia seja resolvida de maneira consensual, utilizando, quando necessário, o apoio de uma equipe multidisciplinar, já que envolve questões subjetivas, as quais, muitas vezes, não podem ser resolvidas apenas com a aplicação da lei.<sup>138</sup> Enfatizando a necessidade de um cuidado especial, por parte do Estado, nos conflitos de família, Sílvio de Salvo Venosa sintetiza que

[...] cabe a ele estruturar os meios assistenciais e judiciais, legais e materiais para o acesso à Justiça, a fim de que o ideal da família seja obtido nas situações de conflito. Há, de plano, necessidade de especialização. O juiz e os tribunais de família devem possuir um perfil absolutamente diverso das cortes destinadas a dirimir conflitos patrimoniais. Como sabemos, os conflitos sociais e os de família são os mais sensíveis; não se resolvem com um decreto judicial, que somente pode advir como último escolho. Mais do que em qualquer outro campo do processo, os conflitos de família podem compor-se tecnicamente pela sentença, mas com ela não se solucionam. Pelo contrário, com frequência o comando judicial, muitas vezes, agrava um problema sem resolvê-lo. Avulta a importância nesse campo do mediador e da mediação, do juiz conciliador e dos corpos profissionais auxiliares das cortes, pedagogos, psicólogos, sociólogos e assistentes sociais.<sup>139</sup>

Percebe-se, desse modo, a singularidade do perfil dos conflitos familiares, que exigem do magistrado uma mentalidade aberta e receptiva, pelo fato de ter que enfrentar litígios de caráter subjetivo, estando presentes a individualidade de cada um de seus membros, a dignidade humana e a intimidade e, ainda, por ter que acompanhar as mudanças sociais, respondendo os anseios da sociedade.<sup>140</sup>

Em síntese, o Direito de Família, de maneira geral, possui duas grandes peculiaridades: engloba características particulares que o difere dos demais campos do Direito e o organismo familiar passa por constantes modificações, as quais devem ser observadas pelo legislador, bem como pelo aplicador do direito, caso as leis não consigam acompanhar simultaneamente tais mutações, o que evidentemente ocorre. Assim sendo, a atuação do juiz deve se realizar da maneira mais completa e ampla possível.

---

<sup>138</sup> Artigo 694: “Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.” BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

<sup>139</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. Vol. 06. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 12.

<sup>140</sup> *Ibid.*, p. 13.

#### 4.1.1 Dificuldade probatória

A função da prova no processo judicial é averiguar a veracidade das alegações deduzidas pelas partes através da reconstrução histórica dos fatos, com a ressalva de que a verdade processual é aproximativa, uma vez que a sua reconstrução é limitada pela impossibilidade de atingir a verdade real, viabilizando, por conseguinte, a formação do convencimento do julgador.<sup>141</sup>

Especificamente quanto à fase probatória nas demandas familiares, se faz necessária uma análise mais criteriosa no caso concreto, dada a peculiaridade dos interesses tutelados.

Como já explanado, tais demandas apresentam direitos subjetivos inerentes à dignidade da pessoa humana e relações que ocorrem na intimidade do lar, assim, a atividade probatória nessas ações pode se revelar, diversas vezes, com excessiva dificuldade. Neste sentido disserta Rodrigo da Cunha Pereira:

Provar é, muitas vezes, tão importante quanto difícil, e em demandas familiares a dificuldade probatória tende a ser ainda mais marcante. Além de haver natural ocultação de fatos desfavoráveis por seus causadores (como ocorre em todo litígio), pode haver ainda mais obstáculos, afinal, nem sempre é possível demonstrar o que ocorreu na intimidade da vida familiar [...]<sup>142</sup>

Em função da dificuldade probatória e dos interesses peculiares que envolvem as demandas atinentes ao Direito de Família, estão presentes no atual ordenamento jurídico normas específicas com prerrogativas para tutela desses interesses, justamente por ser um ramo sempre em mutação e que envolve direitos personalíssimos e indisponíveis.<sup>143</sup>

Dois dispositivos do Código de Processo Civil demonstram previsões específicas para processos que envolvem Direito de Família: o artigo 446 dispõe

---

<sup>141</sup> PEREIRA JULIO, Guilherme Setoguti. Verdade e finalidade da prova. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 213, p. 161-190, nov. 2012.

<sup>142</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 969.

<sup>143</sup> MADALENO, Rolf. **A prova ilícita no direito de família e o conflito de valores**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1174/A+prova+il%C3%ADcita+no+Direito+de+Fam%C3%ADlia+e+o+conflito+de+valores>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

sobre a possibilidade de serem ouvidas como testemunhas as pessoas que são, via de regra, impedidas de depor, como por exemplo, cônjuge, companheiro, ascendente e descendente<sup>144</sup>, bem como prevê a obrigatoriedade da parte depor sobre os fatos elencados no artigo 388,<sup>145</sup> sobre os quais não há a mesma obrigatoriedade nas ações judiciais comuns.

As previsões trazidas nos dispositivos legais acima mencionados dizem respeito a algumas das modalidades de provas que podem ser produzidas no processo judicial e percebe-se que o próprio texto legal aborda exceções quando se trata de conflitos familiares, exatamente devido ao perfil daqueles.

No que tange ao ônus da prova, em algumas situações a parte não consegue se desincumbir do ônus de provar suas alegações, não por vontade própria, mas por circunstâncias que criam obstáculos ao seu ônus e, tendo em vista que alegar e não provar pode levar à improcedência do pedido, cenário este prejudicial ao litigante, faz-se necessária a distribuição dinâmica do ônus da prova, devendo a parte que tem melhores condições provar os fatos pertinentes, característica de um modelo processual colaborativo.<sup>146</sup>

Nas ações de família, em que são frequentes as situações com excessiva dificuldade probatória, a distribuição dinâmica do ônus da prova pode ocorrer em diversas circunstâncias. Fernanda Tartuce, em referência a Caetano Lagrasta Neto, aponta alguns exemplos dessas situações:

O autor aponta como exemplos de circunstâncias em que enorme dificuldade probatória pode se verificar as demandas sobre apuração da paternidade (em que há limitada atuação das partes para a descoberta da verdade), de alimentos em face de genitores com renda desconhecida (como profissionais liberais e trabalhadores autônomos) e de litigantes pobres que necessitam de alimentos provisórios para propor e sustentar a demanda.<sup>147</sup>

Neste sentido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em sede de Apelação Cível, acertadamente aplicou a distribuição dinâmica do ônus da prova em uma

---

<sup>144</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

<sup>145</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

<sup>146</sup> PEREIRA, 2015, p. 970.

<sup>147</sup> TARTUCE, Fernanda apud LAGRASTA NETO, Caetano. **Processo Civil no Direito de Família: Teoria e Prática**. 2. ed. São Paulo: Método, 2017. p. 113.

demanda de alimentos, em que está presente o interesse de uma criança e a dignidade da pessoa humana, desincumbindo o alimentando de provar os rendimentos do genitor para fins de fixação da pensão alimentícia, tendo em vista a impossibilidade de obter informações quanto a isso, nos termos da decisão a seguir ementada

AÇÃO DE ALIMENTOS - FIXAÇÃO DO ENCARGO - CRITÉRIOS.  
- Em demandas alimentícias, notadamente envolvendo direito de filhos menores em face de seus pais, "não há como impor ao alimentando a prova dos ganhos do réu, pessoa com quem não vive, muitas vezes, nem convive, o que torna quase impossível o acesso às informações sobre seus rendimentos.", como ensina MARIA BERENICE DIAS (Manual de Direito das Famílias, 5 ed. São Paulo: RT, 2009, p. 500). O alimentando não pode ficar à mercê da disposição do réu em contribuir com a comprovação das suas reais possibilidades, havendo o Julgador, nesses casos, de se orientar pelos elementos existentes nos autos, e com base em seu prudente critério, equalizar a pensão no valor que melhor se compatibilizar com a realidade das partes.<sup>148</sup>

Interessante pontuar que o procedimento ordinário necessita, em casos específicos, de regras flexíveis para se adequar ao litígio em questão, pois, caso contrário, não seria capaz de tutelar os interesses das partes. É certo que com essas adaptações, a abrangência das normas se torna muito maior, atendendo diferentes situações, como as inerentes às ações de direito de família.<sup>149</sup>

Por certo, mostra-se presente a potencialidade dos valores relativos às relações familiares, uma vez que relativizam algumas normas processuais, albergando exceções ou trazendo prerrogativas, justamente com o objetivo de dar maior efetividade aos processos de família, por meio da ampla admissão de provas.<sup>150</sup>

---

<sup>148</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0433.12.003241-5/001, Relator: Desembargador Eduardo Andrade, Primeira Câmara Cível, Minas Gerais, julgado em 19 de fevereiro de 2013 e publicado em 28 de fevereiro de 2013.

<sup>149</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Frase, 1996, p. 263.

<sup>150</sup> TARTUCE, 2017, p. 48.

## 4.2 CONFLITO ENTRE A UTILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA E O DIREITO TUTELADO NAS AÇÕES DE FAMÍLIA

Conforme demonstrado até este ponto do trabalho, à luz do sistema constitucional e processual, o direito à prova é tido como uma garantia fundamental, consequência lógica do direito de ação, pois ao requerer a tutela jurisdicional cabe à parte demonstrar a veracidade de suas alegações, apresentado provas pré-constituídas e requerendo a produção de outras.

No entanto, há limitações ao direito à prova, entrando em cena a vedação às provas obtidas por meios ilícitos, com o intuito de resguardar os direitos fundamentais de privacidade e intimidade, bem como o direito ao devido processo legal.

Muito embora esteja presente no atual ordenamento jurídico tal restrição, existe o instituto jurídico da ponderação de interesses, haja vista que os direitos fundamentais não são absolutos e não possuem o condão de excluir outros mais relevantes. A ponderação de interesses consiste no sopesamento entre dois princípios ou normas jurídicas que se chocam, através de um cotejo entre a vantagem e o custo dos direitos conflitantes, a fim de que o valor mais relevante prepondere.

Apesar de não haver previsão expressa no ordenamento jurídico quanto à aplicação da proporcionalidade no caso concreto, algumas previsões esparsas demonstram a possibilidade de sua aplicação, justamente com o objetivo de não engessamento das normas jurídicas, viabilizando uma prestação jurisdicional efetiva aos mais diversos casos. Os artigos 8º e 489, § 2º<sup>151</sup>, do Código de Processo Civil, demonstram a possibilidade da ponderação no caso de colisão entre normas, devendo o juiz, fundamentadamente, sopesar os interesses conflitantes.

Dentro desse contexto, a vedação à prova obtida por meios ilícitos pode vir a conflitar com outros interesses fundamentais, como o direito à privacidade e intimidade, por meio de interceptação telefônica, por exemplo. A prova ilícita, efetivamente, pode ser forte e indispensável para provar um fato em qualquer demanda judicial, no entanto, não há possibilidade de banalizar o seu uso, é

---

<sup>151</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

indispensável que a demanda apresente valores jurídicos extremamente relevantes e que não haja outros meios probantes, o que enseja a flexibilização de tal vedação.<sup>152</sup>

No âmbito do Direito de Família, além da aplicação da proporcionalidade no conflito entre uma prova ilícita e outro interesse de maior relevância, a própria natureza das questões tratadas nesse âmbito deve ser analisada com um inequívoco e característico juízo de ponderação. Como confirmação da aplicação da ponderação, tem-se a possibilidade de serem ouvidas como testemunhas as pessoas que são, via de regra, impedidas de depor e a obrigatoriedade da parte depor sobre os fatos, que usualmente, não recai tal exigência.<sup>153</sup>

Diante disso, os meios de prova no Direito de Família ganham maior relevância e merecem maior cuidado, pois a família é considerada base da sociedade e nas relações familiares a dignidade da pessoa humana é tida como valor digno de maior proteção. Neste sentido, Rolf Madaleno ressalta que “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.”<sup>154</sup>

Com relação à prova ilícita no âmbito das demandas familiares há grande relevância, tendo em vista que as relações inerentes ao Direito de Família têm uma carga valorativa muito alta e considerável, ocorrendo, em casos concretos, a aplicação da proporcionalidade a fim de admitir uma prova ilícita para resguardar um direito superior.<sup>155</sup>

Prepondera na doutrina moderna o entendimento de que em casos excepcionais, a vedação à prova obtida por meios ilícitos não deve prevalecer sobre direitos constitucionais com maior carga valorativa. Nestes casos, o juiz deve decidir entre resguardar um direito nitidamente mais relevante em detrimento da segurança jurídica, afastando a incidência da norma constitucional que prevê a vedação à prova ilícita.<sup>156</sup>

Existem várias situações em que o juiz poderá se valer do juízo de

---

<sup>152</sup> CAMBI, 2006, p. 70.

<sup>153</sup> MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 278.

<sup>154</sup> *Ibid.*, p. 282.

<sup>155</sup> TARTUCE, 2017, p. 114.

<sup>156</sup> MADALENO, Rolf. **A prova ilícita no Direito de Família e o conflito de valores**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1174/A+prova+il%C3%ADcita+no+Direito+de+Fam%C3%ADlia+e+o+conflito+de+valores>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

ponderação a fim de admitir uma prova obtida por meio ilícito em uma demanda familiar: utilização de detetive particular, fotografia, filmagem e interceptação telefônica são comumente utilizadas quando são as únicas opções que a parte encontra para conseguir provar o fato que alega, por exemplo, para provar infidelidade conjugal em uma ação de reparação de danos, em ação de divórcio, alimentos, destituição do poder familiar ou em casos de alienação parental.<sup>157</sup>

Depreende-se do exposto acima que de um lado estão as provas obtidas por meio de violação de intimidade e privacidade e de outro os bens a serem tutelados, os quais representam valores atinentes à dignidade da pessoa humana, devendo prevalecer em face da restrição às provas ilícitas, por óbvio.

A intimidade e a privacidade, com o advento da tecnologia foram sendo mitigadas, a vida privada dos sujeitos está cada vez mais à disposição de quem interessar, por meio das redes sociais. Além disso, através dos meios eletrônicos o registro de conversas e imagens se tornou muito mais prático. Shauma Schiavo Schimidt, ao deparar sobre a questão, se manifesta:

O avanço da tecnologia trouxe inúmeros benefícios ao homem. Paralelamente a estes benefícios também surgiram problemas que antes não existiam. Hodiernamente, com os meios eletrônicos tão avançados e acessíveis à população, facilitou-se o registro de conversas, de imagens, a interceptação de emails, telefones, o uso das redes sociais, ou ainda fazer fotos e filmagens utilizando-se de celulares. Destarte, várias questões surgem no tocante à violação da privacidade e à utilização destas como meio de prova no processo.<sup>158</sup>

Em diversos casos de ações que versam sobre Direito de Família, diante da dificuldade de produzir provas, por ocorrer na intimidade do lar ou por ser algo inerente à vida privada da pessoa, se faz necessário recorrer à interceptação telefônica ou contratação de detetive particular, por exemplo.

No tocante ao detetive particular, foi promulgada a Lei nº 13.432, de 11 de abril de 2017, a qual regulamenta o exercício dessa profissão. No artigo 11, inciso II<sup>159</sup>, da mencionada lei, é atribuído ao detetive particular o dever de respeitar o

---

<sup>157</sup> SCHIMIDT, Shauma Schiavo. A prova ilícita no Direito de Família. **Revista Em Tempo: Filosofia do Direito Contemporâneo**, São Paulo, n. 12, p. 255-264, jan. 2013.

<sup>158</sup> Ibid., p. 259.

<sup>159</sup> BRASIL. Lei nº 13.432, de 11 de abril de 2017. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 abr. 2017.

direito à intimidade, privacidade, honra e imagem das pessoas. Depreende-se, pois, que é uma profissão regulamentada e quando se obtém provas no exercício dessa atividade, elas podem ser utilizadas no processo. Contudo, a vedação à prova ilícita também recai sobre as mesmas, podendo, no entanto, ser admitidas por meio da aplicação da ponderação de interesses.

Neste contexto, um caso de gravação telefônica realizada pela genitora, com auxílio de um detetive particular, para provar abuso sexual cuja vítima era seu filho foi levado ao Supremo Tribunal Federal por meio do Recurso Especial 1.026.605-ES.

A decisão do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, da qual se interpôs o recurso à Corte, reconheceu a ilicitude da prova, mas com base na ponderação de princípios constitucionais em colisão, afastou o sigilo telefônico, tendo em vista que o princípio da dignidade da pessoa humana prepondera.

O Supremo Tribunal de Justiça, no entanto, entendeu em sentido diverso, declarando que a gravação da conversa não configura prova ilícita, tendo em vista que ocorreu a interceptação telefônica com mera ajuda de um terceiro, no caso, um detetive particular, objetivando a proteção da liberdade sexual de seu filho, na perspectiva da proteção integral à criança, inerente ao poder familiar.

Este julgado envolve, predominantemente, Direito Processual Penal, contudo, a genitora como representante legal de seu filho, menor de idade, no exercício do seu poder familiar para resguardar a proteção integral do mesmo, recorreu à interceptação telefônica para preservar a integridade física daquele e provar que estava sendo vítima de crime de natureza hedionda. Restando clara a presença da interdisciplinaridade com o Direito de Família, conforme se infere do trecho do voto do relator, Ministro Rogerio Schietti Cruz

A gravação da conversa, nesta situação, não configura prova ilícita, visto que não ocorreu, a rigor, uma interceptação da comunicação por terceiro, mas mera gravação, com auxílio técnico de terceiro, pela proprietária do terminal telefônico, objetivando a proteção da liberdade sexual de absolutamente incapaz, seu filho, na perspectiva do poder familiar, vale dizer, do poder-dever de que são investidos os pais em relação aos filhos menores, de proteção e vigilância.<sup>160</sup>

---

<sup>160</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1026605/ES, Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 13 de maio de 20 e publicado em 13 de junho de 2014.

Ainda atinente à interceptação telefônica, importante frisar que a mesma consiste na captação e gravação de conversa realizada por um terceiro, sem o conhecimento de nenhum dos interlocutores. A Constituição Federal disciplinou o sigilo das comunicações telefônicas no âmbito penal, permitindo a interceptação por ordem judicial na forma da lei<sup>161</sup>, mas permaneceu silente quanto à possibilidade de sua admissão no Processo Civil. A doutrina e jurisprudência, contudo, afirmam que em casos excepcionais há possibilidade de flexibilização da vedação da interceptação telefônica (prova ilícita) na seara civil, através da técnica de ponderação<sup>162</sup>. Nesta perspectiva, têm-se dois julgados sobre o tema, ambos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conforme se vê nas decisões a seguir ementadas

EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DO DEVEDOR DE ALIMENTOS. CABIMENTO. Tentada a localização do executado de todas as formas, residindo este em outro Estado e arrastando-se a execução por quase dois anos, mostra-se cabível a interceptação telefônica do devedor de alimentos. Se por um lado a Carta Magna protege o direito à intimidade, também abarcou o princípio da proteção integral a crianças e adolescentes. Assim, ponderando-se os dois princípios sobrepõe-se o direito à vida dos alimentados. A própria possibilidade da prisão civil no caso de dívida alimentar evidencia tal assertiva. Tal medida dispõe inclusive de cunho pedagógico para que outros devedores de alimentos não mais se utilizem de subterfúgios para safarem-se da obrigação. Agravo provido. (SEGredo DE JUSTIÇA).<sup>163</sup>

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITOS INFRINGENTES. FAMÍLIA. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. POSSIBILIDADE. DIREITO À SOBREVIVÊNCIA DIGNA DAS ALIMENTANDAS QUE SE SOBREPÕE AO DIREITO À INTIMIDADE DO DEVEDOR. EXECUÇÃO QUE TRAMITA HÁ MAIS DE 12 ANOS, SEM ÊXITO NA LOCALIZAÇÃO DO EXECUTADO NOS ENDEREÇOS DECLINADOS (MAIS DE OITO LOCAIS). EMBARGOS ACOLHIDOS. EFEITO INFRINGENTE CONFERIDO PARA ALTERAR O JULGADO

---

<sup>161</sup> Artigo 5º, inciso XII: “É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.” BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988.

<sup>162</sup> FERREIRA NETO, Ermiro. Interceptação Telefônica no Âmbito do Direito das Famílias: Critérios de Utilização à Luz de uma Interpretação Constitucional do Direito Civil. **Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre, v. 19, p. 76-77, dez/jan. 2011.

<sup>163</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70018683508, Relator: Maria Berenice Dias, Sétima Câmara Cível, Rio Grande do Sul, julgado em 28 de março de 2007.

EMBARGADO, DANDO PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70047240999.<sup>164</sup>

O raciocínio evidenciado nas emendas dos julgados acima concluiu a possibilidade de interceptação telefônica para localização do devedor de alimentos, em sede de Execução, já que todos os meios para localização do genitor devedor restaram infrutíferos, admitindo, conseqüentemente, a interceptação telefônica para localização do mesmo.

Acertadamente foi aplicada a ponderação de interesses, uma vez que os alimentos, cerne de ambos os julgados, têm natureza de direito de personalidade, pois resguardam a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e à integridade física do alimentando, interesses fundamentais estes muito mais relevantes que a privacidade do genitor devedor de alimentos. Ademais, a questão dos alimentos é uma das razões que leva o Estado a dar tanta importância à família, inclusive, o interesse estatal para que esse encargo seja devidamente cumprido é tão evidente que há possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos.<sup>165</sup>

A excepcional admissão de prova obtida por meio de interceptação telefônica no âmbito de Direito de Família também foi confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de Habeas Corpus preventivo. Em referido julgado foi abordada a possibilidade de interceptação telefônica para localização de genitor que raptou o próprio filho, tendo em vista ineficazes as tentativas anteriores de busca e apreensão do menor, tal medida foi determinada pelo juízo *a quo*, nos autos em que se discutia a guarda do filho comum.<sup>166</sup>

A impetrante alega que não foram observados os requisitos que autorizam a medida de interceptação telefônica, qual seja, o seu cabimento apenas no âmbito penal. Contudo, se faz necessária a extrema medida no âmbito cível, uma vez que o interesse da criança prevalece sobre o direito à privacidade. Nesta lógica foi o entendimento do Relator, Ministro Sidnei Beneti

---

<sup>164</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Embargos de Declaração nº 70050246891, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Sétima Câmara Cível, Rio Grande do Sul, julgado em 08 de agosto de 2012.

<sup>165</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 582.

<sup>166</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 203.405/MS (2011/0082331-3), Relator: Ministro Sidnei Beneti, da Terceira Turma, julgado em 28 de junho de 2011 e publicado em 01 de julho de 2011.

A situação, portanto, inspira mais cuidado do que, à primeira vista, pareceria ser o caso de aplicação pura e simples do preceito Constitucional que estipula a garantia do sigilo das comunicações. Há que se proceder à ponderação dos interesses constitucionais em conflito, sem que se possa estabelecer, a priori, que a garantia do sigilo deva ter preponderância.<sup>167</sup>

Quanto aos termos do julgado ora em análise, é de se destacar que de um lado está o direito à privacidade de quem tem seu sigilo telefônico invadido e de outro há a necessidade de resguardar o melhor interesse do menor, a sua dignidade, seu respeito, sua liberdade e seu direito de convivência familiar. As crianças em desenvolvimento têm a necessidade suprema de cultivar o afeto, mantendo o vínculo parental e isso é um direito do menor, acima de tudo.<sup>168</sup>

De maneira sensata foi aplicada a ponderação de interesses no caso concreto, em que prevaleceu o direito do melhor interesse do menor em face do direito à privacidade do genitor. A proteção integral às crianças e adolescentes, decorrente do princípio da dignidade humana, deve nortear a interpretação de todo o ordenamento jurídico e servir de base para todas as decisões judiciais que envolvam direito de crianças e jovens.<sup>169</sup>

Vislumbra-se, pois, que em todos os julgados abordados o princípio da dignidade da pessoa humana está presente, viabilizando, em conjunto com outros elementos, a excepcional relativização da vedação às provas obtidas por meios ilícitos, como forma de resguardar o direito à vida, à dignidade, o respeito, a liberdade e a convivência familiar e comunitária.<sup>170</sup>

Além da presença do princípio da dignidade da pessoa humana, deve estar presente a extrema dificuldade de provar as alegações trazidas pela parte e esta, diante desse obstáculo, se socorre através das provas ilícitas para provar um fato extremamente relevante, pois o grande objetivo da relativização da vedação à prova ilícita é a busca do equilíbrio entre dois valores em conflito, prevalecendo o que tiver

---

<sup>167</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 203.405/MS (2011/0082331-3), Relator: Ministro Sidnei Beneti, da Terceira Turma, julgado em 28 de junho de 2011 e publicado em 01 de julho de 2011.

<sup>168</sup> DIAS, 2017, p. 557.

<sup>169</sup> BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 set. 1990.

<sup>170</sup> MADALENO, Rolf. **A prova ilícita no direito de família e o conflito de valores**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1174/A+prova+il%C3%ADcita+no+Direito+de+Fam%C3%ADlia+e+o+conflito+de+valores>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

maior carga valorativa inerente à pessoa humana.<sup>171</sup>

Em suma, no âmbito do Direito de Família, a questão das provas ilícitas deve ser analisada pelo julgador, no caso concreto, com maior cautela e zelo, tendo em vista as demandas familiares carregam valores fundamentais de suma importância, os quais trazem desafios aos magistrados, que em algumas situações se deparam com conflitos de direitos fundamentais, devendo promover a proteção dos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana<sup>172</sup>. Novamente, Rolf Madaleno sintetiza:

É de ser ponderado que, em todos estes exemplos trazidos da prática processual do juízo de família, o próprio julgador tem deferido a utilização destes que são considerados meios proibidos de prova e constitucionalmente protegidos, mas que antes de mais nada, cuidam de fato, de buscar a necessária verdade, valendo-se enfim, da compreensível relativização da proibição constitucional de uso da prova dita ilícita, especialmente no juízo familiarista, sempre que se mostrarem relevantes para a justa solução da demanda.<sup>173</sup>

Além disso, ressalte-se que a relativização da vedação às provas ilícitas se trata de uma medida extrema, não é possível banalizar a sua excepcional admissibilidade, pois se trata também de um direito fundamental. Logo, como as situações inerentes ao Direito de Família ocorrem, em sua grande maioria, na intimidade do lar e envolvem a vida privada das pessoas, a produção probatória pode se tornar extremamente difícil e inviável, constituindo a prova ilícita o único meio probatório possível, devendo ser aplicada a proporcionalidade no caso concreto, entre o direito violado e a produção da prova ilícita.

---

<sup>171</sup> CAMBI, 2006, p. 334.

<sup>172</sup> TARTUCE, 2017, p. 118.

<sup>173</sup> MADALENO, Rolf. **A prova ilícita no direito de família e o conflito de valores**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1174/A+prova+il%C3%ADcita+no+Direito+de+Fam%C3%ADlia+e+o+conflito+de+valores>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prova é um dos principais instrumentos processuais que tem como finalidade demonstrar a existência de fatos relevantes ao prosseguimento da lide e viabilizar a convicção do julgador quanto às alegações trazidas pelas partes, de modo que tenha condições suficientes para decidir a causa que lhe foi submetida para julgar.

No direito processual contemporâneo, já se consolidou o entendimento de que é inviável a reconstrução perfeita dos fatos, uma vez que são pretéritos, tendo a prova a função de aproximação máxima da realidade fática trazida aos autos. Conseqüentemente, a busca da verdade não é um valor absoluto, devendo respeitar os interesses fundamentais que norteiam o ordenamento jurídico, com o intuito de evitar que sejam cometidos excessos na atividade probatória das partes litigantes.

Neste contexto, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVI, restringiu o campo probatório processual, vedando a possibilidade de utilização da prova obtida por meios ilícitos. Aludida proibição está em harmonia com os demais incisos do mencionado artigo, pois guarda compatibilidade com os direitos individuais de privacidade, intimidade e inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas.

Contudo, restrições abrigam exceções, não sendo diferente a eventual admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Há necessidade, em casos concretos, de um abrandamento na interpretação desta vedação constitucional, quando caracterizar ameaça a outros direitos fundamentais que se demonstrem mais relevantes.

No âmbito do Direito de Família, a natureza das questões debatidas é peculiar, tendo em vista abranger direitos indisponíveis e personalíssimos, os quais envolvem questões afetivas, interesse de menores, prestação alimentar atinente à sobrevivência, todos estritamente ligados à dignidade da pessoa humana. De modo que, em situações específicas, as demandas familiares, dada a particularidade de suas relações, possibilitam a flexibilização da norma no caso concreto, sob específicas circunstâncias que sem uma relativização ocasionaria grave lesão à direitos fundamentais extremamente relevantes à proteção da dignidade da pessoa humana.

Assim, para que haja o balanceamento entre interesses fundamentais em

conflito, entra em cena o instituto da proporcionalidade no caso concreto, que funciona como critério de ponderação entre valores constitucionais contrapostos, no presente caso, a inadmissibilidade da prova ilícita no processo em conflito com um bem ou valor primordialmente digno de proteção, especificamente no Direito de Família.

O instituto da ponderação de interesses, analisado no presente trabalho, visa o equilíbrio entre os interesses fundamentais em conflito de modo a sobrepor aquele que, no caso concreto, se mostre mais relevante. No entanto, a aplicação desse princípio não deve ocorrer de modo imoderado, deve ser criteriosamente avaliada a sua indispensabilidade, observando se existem outras provas contundentes, bem como a essencialidade do direito que seria prejudicado caso não seja utilizada a proporcionalidade.

A jurisprudência recente, ainda que restrita, demonstra de forma nítida a necessidade de aplicação da proporcionalidade em algumas demandas familiares específicas, reconhecendo a existência de direitos fundamentais contrapostos e aplicando, conseqüentemente, o juízo de ponderação de interesses. Caso o julgador, diante de um caso concreto, ignore a existência desse conflito, sem tentar abrandá-lo, poderá ocasionar, ressalte-se, a violação da dignidade da pessoa humana da parte que está litigando e não possui outros meios probatórios para comprovar sua alegação.

Desta forma, para que haja uma decisão justa e correta, em casos específicos envolvendo o Direito de Família, quando uma prova ilícita for imprescindível para a formação do convencimento do juiz e, ainda, quando for a única maneira da parte provar sua pretensão, se mostrando proporcional e essencial para que sejam atingidos os fins almejados, deve haver um juízo de ponderação entre o direito material que será tutelado e o direito material violado pela prova ilícita.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ANDRÉA, Fernando do. **Robert Alexy: Introdução Crítica**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BARREIROS, Otacilio José. **O papel do juiz no processo civil moderno**. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/24071/papel\\_juiz\\_proceso\\_civil.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/24071/papel_juiz_proceso_civil.pdf)>. Acesso em: 28 set. 2017.

BARROS, Suzana de Toledo Barros. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 março 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 julho 1990 e retificado em 27 setembro 1990.

\_\_\_\_\_. Lei 13.432, de 11 de abril de 2017. Dispõe sobre o exercício da profissão de detetive particular. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 abril 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 203.405/MS (2011/0082331-3), Relator: Ministro Sidnei Beneti, da Terceira Turma, julgado em 28 de junho de 2011 e publicado em 01 de julho de 2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1026605/ES, Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 13 de maio de 20 e publicado em 13 de junho de 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70018683508, Relator: Maria Berenice Dias, Sétima Câmara Cível, Rio Grande do Sul, julgado em 28 de março de 2007.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0433.12.003241-5/001, Relator: Desembargador Eduardo Andrade, Primeira Câmara Cível, Minas Gerais, julgado em 19 de fevereiro de 2013 e publicado em 28 de fevereiro de 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Embargos de Declaração nº 70050246891, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Sétima Câmara Cível, Rio Grande do Sul, julgado em 08 de agosto de 2012.

CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz. **O Gerenciamento dos Processos Judiciais:** em busca da efetividade da prestação jurisdicional. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil:** admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional à prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. **Prova ilícita**. São Paulo: Saraiva, 2000.

CASTRO, Daniel de. **Poderes instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica**. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DEDA, Artur Oscar de Oliveira. **A prova no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito das Famílias**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

DUARTE, Bento Herculano, DUARTE, Ronnie Preuss. **Processo Civil: aspectos relevantes**. São Paulo: Método, 2005.

DUARTE, Bento Herculano, JUNIOR, Zulmar de Oliveira. **Princípios do Processo Civil**. São Paulo: Método, 2012.

FERREIRA NETO, Ermiro. Interceptação Telefônica no Âmbito do Direito das Famílias: Critérios de Utilização à Luz de uma Interpretação Constitucional do Direito Civil. **Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre, v. 19, dez/jan. 2011.

GARCIA, Fabio Henrique Falcone. **Razoabilidade e proporcionalidade: instrumentos de racionalidade**. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/112201>>. Acesso em 26 de out. 2017.

GIANNICO, Maricé. **A prova no Código Civil: natureza judicial**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOÉS, Gisele Fernandes. **Princípio da Proporcionalidade no Processo Civil**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Sérgio Alves. **Os poderes do juiz na direção e instrução do Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONDINHO, André Osório. **Técnicas de cognição e efetividade do processo**. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/73170/tecnicas\\_cognicao\\_efetividade\\_gondinho.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/73170/tecnicas_cognicao_efetividade_gondinho.pdf)>. Acesso em 30 de set. 2017.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES, João Batista. **A prova no Direito Processual Civil**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MADALENO, Rolf. **A prova ilícita no direito de família e o conflito de valores**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1174/A+prova+il%C3%ADcita+no+Direito+de+Fam%C3%ADlia+e+o+conflito+de+valores>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. **Direito de Família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 278.

\_\_\_\_\_. **Direito de Família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 42.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Frase, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 117.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Família: entre o público e o privado**. Porto Alegre: Magister, 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Novas formas de família demonstram nova relação com a pátria**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-10/processo-familiar-novas-formas-familia-demonstram-relacao-patria>>. Acesso em 30 de out. 2017.

PEREIRA JULIO, Guilherme Setoguti. Verdade e finalidade da prova. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 213, nov. 2012.

PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes e as Reformas do Processo Civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

ROCHA, Zélio Maia da. **Provas ilícitas e a jurisprudência do STJ**. Disponível em <[http://www.conjur.com.br/2008-out-29/provas\\_ilicitas\\_jurisprudencia\\_stj](http://www.conjur.com.br/2008-out-29/provas_ilicitas_jurisprudencia_stj)>. Acesso em: 03 set. 2017.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. Vol. 06. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SCHIMIDT, Shauma Schiavo. **A prova ilícita no Direito de Família**. Revista Em Tempo: Filosofia do Direito Contemporâneo. n. 12. Jan. 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TARTUCE, Fernanda. **Processo Civil no Direito de Família: Teoria e Prática**. 2. ed. São Paulo: Método, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. v. 05. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 07.

\_\_\_\_\_. **O novo CPC e o Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Método, 2016.

TATAGIBA, Giuliano Cesar da Silva. **A vedação da prova ilícita: elemento ético normativo constitucional de solução de conflitos de direitos fundamentais**. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/18863>>. Acesso em: 30. set. 2017.

TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). **Garantias Constitucionais do Processo Civil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 186.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. Vol. 06. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo de Conhecimento**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.