

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Paula Feijó Pereira de Souza

***Provas Ilícitas no Direito de Família e o  
Princípio da Proporcionalidade***

Porto Alegre

2015

PAULA FEIJÓ PEREIRA DE SOUZA

PROVAS ILÍCITAS NO DIREITO DE FAMÍLIA E O PRINCÍPIO DA  
PROPORCIONALIDADE

Trabalho de conclusão apresentado no Curso de Especialização em Direito Processual Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial à obtenção do título de Especialista.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Francisco Mitidiero

Porto Alegre

2015

## RESUMO

O presente artigo propõe-se a examinar, com base na doutrina e jurisprudência, a relevância do estudo da prova ilícita no campo do direito de família, levando-se em consideração as linhas mestras da prova no processo civil, o princípio da proporcionalidade, o que reza o Estado Constitucional e o Processo Justo. Também serão analisados dois julgados; um do Superior Tribunal de Justiça, e outro do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, à luz do conteúdo abordado nesta pesquisa.

**Palavras-chave:** Prova ilícita. Direito de família. Princípio da proporcionalidade.

## Sumário

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>5</b>
<b>I LINHAS MESTRAS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL.....</b>	<b>6</b>
<b>II AS PROVAS ILÍCITAS NO DIREITO DE FAMÍLIA.....</b>	<b>12</b>
<b>III O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....</b>	<b>17</b>
<b>III ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL.....</b>	<b>22</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>26</b>
<b>BIBLIOGRAFIA E OBRAS CONSULTADAS.....</b>	<b>27</b>

## INTRODUÇÃO

O presente artigo, exigência para a obtenção do título de especialista em *Direito Processual Civil*, tem como escopo o estudo da *prova ilícita e o princípio da proporcionalidade no âmbito do direito de família* à luz do Código de Processo Civil, artigos, doutrinas e jurisprudências, com o intuito de compreender a relevância das mesmas.

Historicamente o conceito de prova sempre esteve ligado à ideia de reconstrução de fatos. Entretanto, chegou-se à conclusão da impossibilidade da reelaboração perfeita dos fatos passados e, também, da não possibilidade de se alcançar a essência da verdade. Desta forma, atualmente a prova baseia-se em construir uma decisão judicial justa, adequada e eficaz sobre determinado fato controvertido.

Dentre tantos meios de prova existentes, este artigo científico propõe-se a examinar a prova ilícita no campo do direito de família. O conceito de prova ilícita evoluiu com o passar do tempo. Antes da Constituição Federal de 1988 existiam duas correntes doutrinárias a respeito das provas ilícitas. A primeira, predominante, prestigiava a busca da verdade real, não importando a maneira como esta foi obtida. Nesta hipótese, a ponderação era em favor do princípio da investigação da verdade, ainda que baseada em fatos ilícitos. A segunda, minoritária, entendia que a prova ilícita não era legal, nem moralmente legítima. Posteriormente, a inadmissibilidade da prova ilícita passou a predominar em diversos ordenamentos jurídicos. No Brasil, a prova ilícita é rejeitada genericamente, consoante dispõe o inciso LVI do art. 5º da CF: "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos"<sup>1</sup>. Contudo, atualmente vigora no Brasil e em países filiados à proibição das provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade.

Em um primeiro momento, a fim de bem contextualizar o cenário em que se encontra a figura objeto deste exame, dedicou-se, em linhas resumidas, e sem pretensão de exaurimento, especial atenção aos alicerces da prova no processo civil. Na sequência, uma vez delineado o contexto fático-jurídico em que se assenta a questão, partiu-se para o exame jurídico e constitucional da prova ilícita no âmbito do direito de família, juntamente com o estudo do princípio da proporcionalidade.

---

<sup>1</sup> Art. 5º, inciso LVI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

## 1 LINHAS MESTRAS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL

Para bem compreender o significado da prova ilícita nesta área tão sensível da jurisdição, cumpre retornar às origens históricas acerca da prova no plano processual civil a fim de que se possa apreciar de forma adequada o tema abordado.

No direito romano, o Estado prevalecia frente às controvérsias privadas e fiscalizava as discussões através de excessivo formalismo. No período formulário surgiram as primeiras regras de distribuição quando o pretor redigia documentos com a reprodução dos fatos e das alegações. Adiante, já sob a condução de magistrados, a intervenção estatal aumentou e foi criado um procedimento adotando um sistema cumprindo-se a prova estatuída em lei e impondo consequências a quem produzisse prova insuficiente, então, o direito canônico registra regras negativas quanto à distribuição e o jusnaturalismo carrega o princípio de que aquele que alega em juízo deve provar sua alegação, daí então que na fase pós-medieval rege o brocardo de que toca ao outro a prova de sua alegação. Em resumo, nas palavras do Desembargador aposentado, Giorgis:

Enfim, sinalizou-se o apego ao princípio da liberdade das partes, o que chegou a diversas legislações através do instituto napoleônico; as vertentes italiana e portuguesa aqui plantaram o art. 344 da Consolidação das Leis do Processo Civil, seguindo-se o Código de 1939 e ao diploma de 1973, onde o princípio repousa no art. 333, CPC.

A prova, tanto no âmbito material quanto no processual, evoca a racionalização da busca da verdade. É o atestado de veracidade ou autenticidade de alguma coisa. A função da prova no processo é essencial: só o real conhecimento dos fatos ocorridos no conflito é capaz de gerar uma correta aplicação do direito de positivo, sob pena de não ser possível a concretização da norma abstrata, razão pela qual a investigação dos fatos ocupa quase todo o procedimento. Sendo assim, um dos princípios mais importantes do processo de conhecimento é a busca da verdade substancial obtida, claro, por meio de prova.

Dentro desta linha, segundo Elias Marques de Medeiros Neto<sup>2</sup>, na medida do

---

<sup>2</sup> NETO, Elias Marques de Medeiros. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*. V 12, n. 84. São Paulo: IOB Informações objetivas Publicações Jurídicas Ltda – jul./ago. 2013, pgs. 9/10.

possível o processo deve dar ao demandante estritamente aquilo que seria seu direito receber, caso não fosse necessária sua ida até o Poder Judiciário, o que deve ser concedido tempestivamente e no prazo processual razoável e adequado. Desta forma, o processo precisa ser efetivo e regido por mecanismos que garantam a celeridade, devendo sempre respeitar o devido processo legal.

Gisele Leite, em seu artigo publicado na Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil<sup>3</sup>, cita as Ordenações Filipinas que, em poéticas palavras, traduz o conceito que disciplina as questões da prova quando diz que “a prova é o farol que deve guiar o juiz nas suas decisões” (Livro III, Título 63), e é bem verdade que cabe ao autor afirmar a ocorrência do fato e prová-lo cabalmente, posto que lhe sirva de base, qualificando seu interesse juridicamente bem como credenciando seu pedido à tutela jurisdicional. Para a autora, “provar” significa fazer aprovar no sentido subjetivo, ou seja, produzir certa simpatia que seja capaz de gerar confiança e que possa garantir o entendimento dos fatos em um sentido favorável, e não apenas uma constatação demonstrada de um fato ocorrido em sentido objetivo. Esclarece, ainda, sobre as ideias de verdade formal, que se apoia em certos motivos de pura fórmula, e a verdade material que, ao contrário, dá ao juiz o direito de basear sua convicção sobre os meios mais seguros para se chegar à verdade e conclui de acordo com Chaui, que diz que “a verdade é, ao mesmo tempo, frágil e poderosa. Frágil porque os poderes estabelecidos podem destruí-la, assim como mudanças teóricas podem substituí-la por outra. Poderosa, porque a exigência do verdadeiro é o que dá sentido à existência humana (CHAUI, Marilena. Convite à filosofia. 2. Ed. São Paulo: Ática, 1995. P. 108)”<sup>4</sup>.

Neste passo, de acordo com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito, o sistema processual civil deve proporcionar aos seus jurisdicionados o reconhecimento e a realização de seus direitos, sejam eles ameaçados ou violados. O novo CPC é fruto de reflexões que culminam em escolhas racionais de caminhos considerados adequados a obtenção de uma sentença que resolva o conflito, com respeito aos direitos fundamentais e no menor tempo possível, realizando o interesse público da atuação da lei material, e é esse o panorama que deve pautar o estudo do instituto da prova no processo civil e,

---

<sup>3</sup> LEITE, Gisele. BUSCH, Cleber (editor). Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil, V. 1, n. 1, São Paulo, Editora Síntese, jul. 1999, pg. 50.

<sup>4</sup> LEITE, Gisele. BUSCH, Cleber (editor). Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil, V. 1, n. 1, São Paulo, Editora Síntese, jul. 1999, pg. 51.

também, da prova ilícita no direito de família, tema foco deste trabalho.<sup>5</sup>

O direito à prova é também um direito fundamental previsto na Constituição Federal e também em tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro. O direito fundamental à prova compõe-se de: a) direito de produzir provas (tem como finalidade o alcance de uma tutela jurisdicional justa e possui autonomia para ser objeto de um processo autônomo); b) direito de participar da produção da prova (garantia básica inerente ao contraditório); c) direito de manifestar-se sobre a prova produzida ; d)direito ao exame, pelo órgão julgador da prova produzida (trata-se de imposição do princípio do contraditório e do princípio da cooperação, pois essa conduta revela respeito do juiz pela atuação processual da parte).

A noção de prova é resultado de um convencimento, é baseada em diversos elementos de prova e, qualquer decisão humana é produzida através do exame de diversas circunstâncias. Em outras palavras, depois que as duas partes narrarem sua versão sobre o que aconteceu, a versão que convencer o julgador certamente será a mais bem provada e, conseqüentemente, a vencedora.<sup>6</sup> Prova é a demonstração ou alegação dos fatos, é aquilo que mostra a verdade de uma proposição ou realidade de um fato, é a demonstração dos fatos alegados no processo. A prova cumpre sua função no processo e este instituto é destinado a preparar o julgamento endereçando-se ao convencimento do julgador. Para Marinoni, a prova corresponde àqueles instrumentos na base dos quais se pode fixar as hipóteses, as quais a norma torna possível implicar os efeitos jurídicos pretendidos, para ele, a prova é todo meio retórico destinado a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação feitas no processo, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais.

O juiz, para poder julgar um conflito, deve fazer a reconstrução dos fatos para poder decidir qual a norma jurídica específica ao caso (mesmo sabendo que não é capaz de encontrá-la), sendo, desta forma, simples mediador entre o caso concreto e o direito material abstrato. Ao lembrar do racionalismo iluminista, Luiz Guilherme

---

<sup>5</sup> NETO, Elias Marques de Medeiros. Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil. V 12, n. 84. São Paulo: IOB Informações objetivas Publicações Jurídicas Ltda – jul./ago. 2013, pgs. 10/11.

<sup>6</sup> DIDIER JR. Fredie; BRAGA. Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. Curso de Processo Civil Volume 2: Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação de Tutela. 9 Ed. Salvador/BA: Editora Jus Podivm – 2014. Pg. 15.

Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, em seu livro “Processo de Conhecimento”<sup>7</sup>, citam o raciocínio de Taruffo e Micheli:

Como dizem Taruffo e Micheli, no processo, a verdade não constitui um fim em si mesma, contudo insta buscá-la enquanto condição para que se dê qualidade à justiça ofertada pelo Estado. Assim, nota-se que a ideia (ou o ideal) de verdade no processo exerce verdadeiro papel de controle da atividade do magistrado; é a busca incessante da verdade absoluta que legitima a função judicial e também serve de válvula regulatória de sua atividade, na medida em que a atuação do magistrado somente será legítima dentro dos parâmetros fixados pela verdade por ele reconstruída no processo.

A questão da prova e, desta forma, da verdade, é algo ideal. O vocábulo “prova” provém do latim *probatio*, com o significado de verificação, exame, inspeção, em outras palavras, a verdade real depende do conhecimento humano dos fatos ou, como ponderam Marinoni e Arenhart, “jamais se poderá afirmar, com segurança absoluta, que o produto encontrado efetivamente corresponde à verdade”.<sup>8</sup>

Sabe-se que a falibilidade humana e as formais legais não permitem que o juiz atinja o ideal de ser justo e apto a descobrir a real essência do fato ocorrido no passado. Desta forma, o processo, indispensável ao debate perante o judiciário, é mero palco de discussões, é um meio *retórico*, que tem como objeto o *convencimento* dos sujeitos processuais, e não a *reconstrução* de fatos (grifo nosso).<sup>9</sup>

O diálogo passa a ter principal importância no processo, a razão da lide centra-se na comunicação e não mais na reflexão isolada de um só sujeito. Nessa esteira, quando do debate, todas as pretensões ficam suspensas até que sejam confirmadas, refutadas, consideradas legítimas ou ilegítimas. Mesmo sendo meio retórico, a busca da verdade é o que preenche e traz fundamentação e legitimidade ao processo, razão pela qual a verdade não é definitiva, ela só prevalece enquanto se verifica o consenso. A retórica, na busca da verdade, é um meio de tentar estabelecer uma linguagem entre os sujeitos do diálogo, cujo fim é o convencimento.

A palavra “prova” tem diversas conotações, mas é basicamente utilizada com a ideia de reconstrução e, no âmbito processual, é a reconstrução de um fato que possa capacitar o magistrado a ter “certeza” sobre o ocorrido para que este possa

---

<sup>7</sup> MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil Volume 2: Processo de Conhecimento. 9 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais – 2011, pg. 253.

<sup>8</sup> Op. Cit., pg. 254.

<sup>9</sup> Op. Cit., pg. 256.

exercitar sua função de dizer o direito. Ainda assim, a verdade jamais pode ser atingida, tendo em vista que não se pode recuperar o que já aconteceu, razão pela qual o conceito de certeza pode ser relativo.

Mesmo que a prova perca seu referencial com a verdade, a busca do juiz pela verdade ideal e pela certeza sempre deve ser uma meta. Para Marinoni e Arenhart:

*É dentro dessa ideia que se apresenta, para o direito processual, como definição quiçá adequada para expressar o fenômeno nesse âmbito do conhecimento, a seguinte: prova é todo meio retórico, regulado pela lei, dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo.*<sup>10</sup>

Desta definição, pode-se concluir que a prova se destina a provar afirmações de fato, já que o fato não pode ser qualificado de verdadeiro ou falso. Por outro lado, só os fatos dependem de prova, já que o magistrado tem o dever de conhecer o direito. Sendo assim, prova é instituto tipicamente processual, pois sua produção ocorre dentro do processo e é regulado pelas normas processuais, embora o Código Civil tenha tratado do tema e também haja discussão na doutrina a respeito do tema. Assim, prova é o instrumento processual adequado para que o juiz possa se convencer da relação jurídica objeto de litígio.<sup>11</sup>

Toda a instrução probatória tem que estar em conformidade com o princípio do devido processo legal que engloba outros princípios constitucionais como, por exemplo, no art. 131, do CPC<sup>12</sup>, que consagra expressamente o princípio fundamental da valoração das provas. A liberdade que o juiz goza, para que não se torne arbítrio judicial, é sujeita a limites e a possibilidade de controle, como suas máximas de experiência, e pressupões provas legais, delimitando-se, assim, provas admitidas constitucionalmente e é dentro disso que será desenvolvida essa liberdade para a formação de um convencimento motivado.<sup>13</sup>

<sup>10</sup> Op. Cit., pg. 263.

<sup>11</sup> WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil V. 1: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 10 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais – 2008, pg. 450.

<sup>12</sup> Art. 131, do CPC. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constants dos fatos e circunstâncias constants dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentence, os motivos que lhe formaram o convencimento.

<sup>13</sup> MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Breves apontamentos sobre o regime da prova no projeto de um novo Código de Processo Civil – Uma leitura em conformidade com a efetividade e a proporcionalidade. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, n. 84, jul./ago. 2013, pg. 37

No caso da prova emprestada o juiz conferirá o valor à prova emprestada que ela mereça, pois o que se empresta neste caso é a prova e não a sua valoração, desta forma, o juiz que recebe a prova no segundo processo não se vincula ao que diz respeito a sua natureza jurídica, nem ao valor probante da prova no processo em que ela foi produzida. Ou seja, o juiz valorará a prova de acordo com a sua própria convicção e de acordo com o que é admitido constitucionalmente podendo, ainda, determinar que a mesma se repita.<sup>14</sup> No caso de não ser respeitado qualquer requisito de admissibilidade de prova emprestada sempre haverá uma sanção, devendo apenas ser esclarecido se é caso de nulidade ou inexistência do ato.

Para o direito brasileiro, é inadmissível o empréstimo de uma prova ilícita e se esta for indevidamente juntada deverá ser desentranhada, entretanto, se esta prova permanecer nos autos ela não pode ser considerada no julgamento e, ainda, se for utilizada pelo juiz, deve acarretar nulidade absoluta da decisão. No entanto, apesar de predominar o entendimento de que o juiz não deve aceitar tais provas, em razão do meio em que foram obtidas, deve ser encontrado o equilíbrio entre a utilização dos meios necessários ao alcance do escopo da atividade jurisdicional e a tutela da norma violada com a obtenção da prova ilícita.<sup>15</sup> A melhor solução entre a defesa dos princípios constitucionais e os direitos fundamentais da pessoa frente ao interesse público relevante é tentar conciliar os dois valores, pois se uma prova obtida se forma irregular for rejeitada, o juiz poderá ficar sem elementos suficientes para proferir uma decisão justa.

---

<sup>14</sup> Op. Cit., pg. 39.

<sup>15</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 149. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Breves apontamentos sobre o regime da prova no projeto de um novo Código de Processo Civil – Uma leitura em conformidade com a efetividade e a proporcionalidade. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n. 84, jul./ago. 2013, pgs. 39 e 40.

## 2 AS PROVAS ILÍCITAS NO DIREITO DE FAMÍLIA

Quando direitos subjetivos são lesionados, estes devem ser levados a conhecimento da autoridade jurisdicional para que esta possa dizer o direito cabível à situação, em busca da respectiva tutela e proteção. Haja vista que o magistrado não foi espectador ou coadjuvante do acontecido, é preciso que lhe sejam oportunizados todos os elementos do que ocorreu, sendo assim, a lei determina que o autor faça a demonstração dos pressupostos de sua pretensão e ao réu aqueles que o defendem, de acordo com os princípios do contraditório e dispositivo. Desta forma, as provas são o conjunto de elementos que efetua na convicção judicial e servem para voltar para trás, de forma que o juiz possa reproduzir a narrativa dos fatos ocorridos, embora com foco apenas no que lhe foi exposto pelas partes. E é justamente por isso que prevalece na doutrina nacional a concepção de que a prova é mero ato processual e que tem como fim o convencimento, oriunda das fontes lusitanas, assim, para José Carlos Teixeira Gomes “prova é tudo capaz de convencer o juiz sobre as afirmações feitas pelas partes no processo.”<sup>16</sup>.

Existem interesses no direito de família que, primeiramente, devem levar em consideração o superior interesse da prole. Dentre as provas consideradas ilegais, há uma distinção entre ilícitas e ilegítimas. No caso da prova ilícita, ela tem de ser ponderada com base nestes valores presentes no contexto fático jurídico e, desta forma, se sujeitar às restrições dos excessos de uma ilicitude, é aquela que infringe ou viola norma de caráter processual.

É sabido que a prova obtida ilicitamente viola os princípios fundamentais previstos pela Constituição. Contudo, nas causas familistas, onde princípios como a intimidade e a dignidade da pessoa humana são confrontados, torna-se de extrema relevância a proteção de valores maiores, como a integridade psíquica dos filhos e a garantia da subsistência onde houver dependência alimentar, o que permite o uso destas provas, desde que ponderáveis pelo princípio da proporcionalidade. Já as provas ilegítimas diferem quanto ao momento em que ocorre a violação: se a prova a ser colhida infringir norma de direito material, então ela será lícita, mas, se infringir norma de caráter processual, quando for produzida no processo, ela será ilegítima.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> **GIORGIS, José Carlos Teixeira. A Prova Dinâmica no Direito de Família. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Ano XI – N. 11. Ago- Set 2009 . pgs. 18 e 19.**

<sup>17</sup> **MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 5 Ed. Rio de Janeiro: Editoras Gen e Forense**

Para os civilistas, o ramo do direito de família é uma das disciplinas que mais sofreu mutações nos últimos tempos, devido aos acontecimentos e às grandes mutações nas diversas maneiras de se constituir família no Brasil terem ficado insubmissos e, por isso, buscam a aceitação da sociedade e acomodação no ordenamento, enfeitando-se de novidades que obrigam outras tutelas, e assim para diante. Desta forma, além de a prudência atrasar a vigência das regras jurídicas, a velocidade com que os acontecimentos no âmbito familiar se dá, põem em discussão novos paradigmas que tornam dinâmico esse ramo de erudição privada, até porque, nas palavras de Giorgis:

Também porque a família é o oceano onde navegam as caravelas dos afetos, mas porto onde desembarcam os golpes da decepção e da crueldade; pois o amor também se desarranja, desafeiçoa-se, fica impiedoso; e suas feridas exalam desilusão e ressentimentos, afetando a melodia da congruência do tecido humano.

A prova ilicitamente obtida tem sido alvo de grandes discussões jurisprudenciais e doutrinárias, prevalecendo o entendimento de que o juiz não deva considerá-las. Ainda assim, a moderna doutrina aceita a tese do abrandamento da proibição da prova ilícita somente em casos excepcionais, tendo em vista que o núcleo da questão deve encontrar equilíbrio entre os dois valores, sempre à luz do princípio da proporcionalidade.<sup>18</sup> Muitas vezes, no intuito de convencer o órgão julgador sobre sua versão dos fatos, a parte acaba excedendo os limites do razoável, como, por exemplo, a preservação de sua intimidade ou até mesmo, no caso das testemunhas, de estas terem o direito de se negar a responder perguntas cuja divulgação poderiam lhes causar dano, em detrimento de outros interesses também juridicamente relevantes.

A inadmissão da prova ilícita no Brasil está positivada no art. 157 do Código de Processo Penal, no art. 332, do atual Código de Processo Civil e no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal. O princípio da proporcionalidade surge como possibilidade de incidência nos sistemas que não admitem o uso das provas ilicitamente obtidas, neles, o Magistrado promove o sopesamento dos valores e interesses do caso para poder chegar à solução do conflito.

As questões processuais debatidas no núcleo do direito de família devem,

---

<sup>18</sup> – 2013, pg. 287.  
Op. Cit., pg. 289.

indiscutivelmente, ser vistas com um alto nível de juízo de ponderação. Esta natural moderação não há como ser desprezada, por exemplo, em casos de depoimentos de parentes e empregados domésticos, sendo que são eles os únicos a conviver e a poder prestar esclarecimentos sobre os fatos ocorridos no meio familiar. Vale lembrar que é decisão do magistrado avaliar se é necessária a tomada destas providências:

Não se pode perder de vista, no entanto, que será decisão do juiz avaliar a necessidade ou conveniência da tomada destes depoimentos de pessoas, em princípio, impedidas de depor, como será exclusivamente do decisor a possibilidade de avaliar a real e final prestabilidade destes testemunhos, que sabe, de antemão, estarem imantados de uma carga muito elevada e compreensível de parcialidade, cometendo ao magistrado promover a conveniente filtragem desta prova que entrelaça sentimentos, interesses e comprometimento pessoal.<sup>19</sup>

Não se pode olvidar que, apesar do uso da ponderação, só se pode aceitar a prova ilícita caso não exista outra forma que possa demonstrar os fatos discutidos em juízo. Desta forma, a prova ilícita só pode ser admitida, mesmo diante do direito da personalidade atingido, quando for a única forma que possa evidenciar a tutela de um direito que mereça ser realizado. Como bem disse o Professor João Batista Lopes, na linha de que: “A indiscriminada aplicação do princípio da proporcionalidade pode gerar insegurança e turbulência nas relações jurídicas e conseqüente comprometimento da ordem social”.<sup>20</sup> E é justamente por esta razão que devem ser observados todos os direitos envolvidos no caso, juntamente com os princípios cabíveis.

Um dos mais fecundos campos para esta ilustração é o direito de família, por envolver aspectos jurídicos superiores à privacidade. Não se pode negar um caráter dinâmico na norma jurídica familista, e não haveria de ser diferente. Este ramo do direito tem de se adaptar às mudanças e evoluções da sociedade, pois rege a vida privada e deve estar sempre atendendo às exigências humanas. Não bastasse isso, os conflitos familistas demandam sensibilidade e desgaste emocional por parte do jurista para compreender que as peculiaridades do ramo tornam mais difícil a produção de prova.

---

<sup>19</sup> MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 5 Ed. Rio de Janeiro: Editoras Gen e Forense – 2013, pg. 289.

<sup>20</sup> LOPES, João Batista. Princípio da proporcionalidade e efetividade no processo civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord). Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: RT, 2006. P. 140.

A fim de ilustrar a prova ilicitamente obtida, José Roberto dos Santos Bedaque, citado por Elias Marques de Medeiros Neto, quando ministrava aula no curso de pós-graduação *stricto sensu* na Faculdade de Direito na Universidade de São Paulo, na disciplina de Teoria Geral da Prova, citou o exemplo de quando ainda exercia suas funções como desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao analisar um pedido liminar de um pai requerendo a guarda da filha de 10 anos que morava com a mãe. O genitor trouxe aos autos uma gravação de uma interceptação telefônica, que gravou a mãe da menina conversando com outra mulher, sua amante, evidenciando o que o pai já alegava no processo, que a menor impúbere presenciava festas com nuances de orgia. O desembargador aposentado acabou por conceder a liminar requerida, e determinou que a guarda ficaria sob os cuidados paternos, afirmando que, embora se tratasse uma prova ilícita, ele entendeu que a menina ainda não tinha idade suficiente para fazer uma escolha consciente sobre sua sexualidade e, por isso, não entendeu ser correta a manutenção da guarda com a mãe, justificando que, neste caso, o bem-estar da criança constituía um bem maior em relação à ilicitude da prova.<sup>21</sup>

Rolf Madaleno traz excelentes exemplos na última edição de seu livro Curso de Direito de Família como, por exemplo, no caso da exumação de um cadáver para verificar o DNA em investigatória de paternidade. O juiz não deixará de ponderar valores probatórios, eis que atribuirá maior valor à identidade daquele que investiga em detrimento da preservação do cadáver exumado. Ainda, muito comum em conflitos familiares, é a quebra do sigilo bancário para verificar a capacidade econômica do devedor de alimentos. Nessa caso, a quebra do sigilo seria o único meio de prova que demonstraria de forma direta a riqueza do alienante. Sendo assim:

“É de ser ponderado que, em todos os 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 tudo, cuidam de fato, de buscar a necessária verdade, valendo-se enfim, da compreensível relativização da proibição constitucional de uso da prova ilícita, especialmente no juízo familista, sempre que se mostrarem relevantes para

---

<sup>21</sup> MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Breves apontamentos sobre o regime da prova no projeto de um novo Código de Processo Civil – Uma leitura em conformidade com a efetividade e a proporcionalidade. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n. 84, jul./ago. 2013, pgs. 41 e 42.

a justa solução da demanda.”<sup>22</sup>

Os conflitos emocionais que compreendem as ações de família podem acabar, inclusive, comprometendo a prova produzida. Desta forma, em situações de exceção, quando o bem jurídico a ser protegido é mais relevante do que o bem jurídico que se admite sacrificar, há de ser admitida e justificada a prova ilícita. Imagine quão difícil é produzir prova em ação de guarda de menor ou, por exemplo, no caso de destituição familiar de um genitor. Nestes casos a inadmissão da prova ilícita pode acarretar em graves efeitos que acabam por admitir a sua flexibilização. Para Paulo Lôbo “a família não pode ser impunemente violada pelo Estado, porque seria atingida a base da sociedade a que serve o próprio Estado”.<sup>23</sup>

Ainda assim, nos casos em que malgrado seja desentranhada do processo a prova reputada ilícita, acaba por tomar o magistrado de parcialidade (tendo em vista que se trata de um ser humano tomado de sentimentos), tocando subjetivamente aquele que julga, formando um juízo de valor sobre o sentido apresentado pela prova ilícita. Nestes casos, servindo a prova de persuasão acerca da reconstrução dos fatos, a solução para o problema que mais respeita a proibição constitucional da prova ilícita é, nada mais, que a incompatibilidade daquele que declarou a ilicitude da prova e determinou seu desentranhamento. Desta forma, o processo deve ser encaminhado ao substituto do julgador para que este, dotado de imparcialidade, possa julgar a lide.

Assim sendo, a proibição da prova ilícita não é absoluta, até porque não existe nenhum direito fundamental absoluto, especialmente nos casos em que há outro direito fundamental de maior peso. Nesta esteira de raciocínio é que doutrina e jurisprudência dominantes no Estado Democrático de Direito são contrárias à admissibilidade das provas ilicitamente obtidas, mas contrabalançam este entendimento com base no princípio da proporcionalidade.

---

<sup>22</sup> MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 5 Ed. Rio de Janeiro: Editoras Gen e Forense – 2013, pgs. 294 e 295.

<sup>23</sup> LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4 Ed. São Paulo: Editora Saraiva – 2012.

### 3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Para a doutrina e a jurisprudência, já é entendimento pacífico que todo direito, por mais relevante que seja, deve respeitar outros direitos, não existindo assim, direitos absolutos. Com base no direito alemão, a doutrina brasileira vem aceitando o princípio da proporcionalidade em casos que envolvam conflitos entre normas constitucionais, preconizando, quando está em jogo interesse público relevante, a possibilidade do sacrifício de um direito ou norma constitucional em prol de outro de igual ou maior valia.

Aliás, o art. 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, embora não tenha o princípio da proporcionalidade expresso em seu texto, diz que “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”<sup>24</sup>.

A simples existência de um direito ou garantia constitucional não exclui outros e, desta forma, é possível que ocorram conflitos entre os valores constitucionais. Este princípio, de índole constitucional, decorre de uma interpretação das normas constitucionais que permitem o sacrifício de direito ou garantia constitucional em prol de outro, não excluindo outros direitos e garantias constitucionais que decorrem de princípios ou tratados internacionais em que o país seja membro. Ainda, para César Dario Mariano da Silva<sup>25</sup>, o princípio em tela é regido por três subprincípios: o da necessidade ou exigibilidade, o da adequação e o da proporcionalidade em sentido estrito. Para ele:

O meio a ser empregado sera necessário quando não houver outro menos lesivo a direitos fundamentais. Será adequado quando com seu euxílio é possível a obtenção do resultado almejado. Por fim, com a ponderação dos

<sup>24</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988\\_05.10.1988/art\\_5\\_.shtm](http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/art_5_.shtm). Acesso em: 27 abr 2015.

<sup>25</sup> SILVA, César Dario Mariano da. **Provas Ilícitas: Princípio da proporcionalidade, Interceptação e Gravação Telefônica, Busca e Apreensão, Sigilo e Segredo, Confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e Sigilo**. Ed. 6. São Paulo: Editora Atlas S.A. – 2010, pgs. 17 e 18.

valores empregados, será possível o sacrifício de um direito ou garantia constitucional em prol de outro de igual ou superior valia (...) Pelo princípio da proporcionalidade, as normas constitucionais estão articuladas em um sistema. Há valores constitucionais que se sobrepõem a outros em material de importância. O direito à vida é o mais importante e, mesmo assim, pode ser sacrificado em casos expressamente previstos em lei, como ocorrem a legítima defesa, o estado de necessidade etc. Ocorrem situações em que um direito deverá ser sacrificado em prol de outro de igual ou superior valia, dada a relatividade dos direitos e garantias constitucionais. De acordo com o princípio da proporcionalidade, havendo conflito entre valores constitucionais, serão eles sopesados para verificar qual deverá preponderar no caso concreto

No nosso ordenamento pátrio, sempre será possível o sacrifício de um direito em prol de outro de igual ou superior valia, pois nenhum direito ou garantia constitucional é absoluto. Entretanto, quando o magistrado houver de aplicar o princípio da proporcionalidade, este deve ser muito cauteloso, em razão da subjetividade deste princípio quando da de seu emprego para a aceitação de uma prova ilícita, pois ele só é aplicável, no caso das provas ilícitas, quando não é possível o emprego de outros meios de prova e após o sopesamento dos valores em conflito.

Sobre a proporcionalidade, Elias Marques de Medeiros Neto<sup>26</sup> fez importantes observações de três autores: Avolio, que defende que o princípio da proporcionalidade consiste em uma construção doutrinária e jurisprudencial que acaba por permitir, em face de uma vedação probatória, que se proceda uma escolha, em cada caso, entre os valores constitucionalmente relevantes postos em confronto (AVOLIO, Luis Francisco Torquato. Provas ilícitas, interceptações telefônicas e gravações clandestinas. São Paulo: RT, 1995, p. 58); Marinoni, que defende que a prova ilícita só pode ser admitida em casos excepcionais e com a devida observância do princípio da proporcionalidade e apenas quando esta for a única maneira de se tutelar um bem maior; e, finalmente, José Carlos Barbosa Moreira pondera que cabe ao julgador, com base no princípio em comento, decidir qual dos interesses no conflito deve ser sacrificado, e em que medida, como por exemplo a gravidade do caso, a índole da relação jurídica controvertida, a dificuldade para o litigante de demonstrar a veracidade de suas alegações mediante procedimentos perfeitamente ortodoxos, o vulto do dano causado ( BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. Temas de

---

<sup>26</sup> NETO, Elias Marques de Medeiros. Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil. V 12, n. 84. São Paulo: IOB Informações objetivas Publicações Jurídicas Ltda – jul./ago. 2013, pg. 14.

direito processual. Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997. P. 109 e 110).

Os valores em conflito no processo civil não necessariamente autorizam a desconsideração do importante ditame constitucional da proibição da prova ilícita em nome da busca da verdade real, por isso se torna complicada a livre incidência do princípio da proporcionalidade, mas, ao que parece, ainda há espaço, no processo civil, para o sopesamento de valores expostos em conflitos de natureza cível, nos quais sejam debatidas questões inerentes a direitos indisponíveis, como se dá no direito de família, pois um conflito entre questões patrimoniais e disponíveis dificilmente poderia acarretar em desconsideração da garantia constitucional da proibição da prova ilícita. Desta forma, Elias Marques de Medeiros Neto<sup>27</sup> assinalou em seu artigo, na RDC n. 84, o magistério de Maria Elisabeth de Castro Lopes:

Tratando-se de prova ilícita, o juiz ficará diante de dois princípios conflitantes: o da proteção à vida privada e o da efetividade da jurisdição. Somente o caso concreto, em que o juiz avalia os interesses em jogo, indicará a solução que deverá ser adotada. Por exemplo, se a gravação for hábil a demonstrar violência ou maus tratos a um menor; em uma ação de modificação de guarda, a tendência será admitir a prova por essa via. Já em se tratando de simples conversa sobre o cumprimento ou não de obrigação contratual, o mesmo não poderá ser dito. (CASTRO LOPES, Maria Elisabeth de. O juiz e o princípio dispositivo. São Paulo: RT, 2006. P. 48).

O princípio da proporcionalidade é aplicado, por exemplo, nas hipóteses de prova irrepitível ou repetível de custo alto e despropositado, quando os requisitos constitucionais da prova emprestada faltarem. Neste caso, surgirá um conflito de valores fundamentais, se for admitido o empréstimo, ocorrerá afronta às garantias que estão na base daqueles requisitos e, na outra hipótese, o prejuízo será do direito à prova e os que lhe servem de supedâneo. É de suma importância aplicação do princípio da proporcionalidade aqui, pois tais valores devem ser adequadamente ponderados, a fim de se verificar quais entre eles são mais urgentes e fundamentais no caso concreto.<sup>28</sup>

Para Luiz Guilherme Marinoni, o princípio da proporcionalidade é essencial no ordenamento jurídico brasileiro em detrimento do conflito entre dois princípios

<sup>27</sup> NETO, Elias Marques de Medeiros. Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil. V 12, n. 84. São Paulo: IOB Informações objetivas Publicações Jurídicas Ltda – jul./ago. 2013, pg. 15.

<sup>28</sup> TALAMINE, Eduardo. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Breves apontamentos sobre o regime da prova no projeto de um novo Código de Processo Civil – Uma leitura em conformidade com a efetividade e a proporcionalidade. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, n. 84, jul./ago. 2013, pg. 40.

constitucionais, quais sejam, o livre acesso à justiça, do qual se extrai o direito à prova; e o da proibição da prova ilícita. O referido princípio é a única forma de se resolver o conflito, pois tem como base a necessária ponderação entre os direitos e bens jurídicos que estão em jogo em um determinado caso concreto. Assevera que a prova ilicitamente obtida somente pode ser admitida em casos excepcionais e após a devida incidência do princípio da proporcionalidade e, ainda, somente quando for a única maneira de se tutelar bem maior. Marinoni ainda destaca que nos tempos atuais a tecnologia vem crescendo cada dia mais e desenvolvendo diversas formas de obtenção de provas, o que, frequentemente, pode acabar agredindo determinados direitos de personalidade, vale a transcrição:

Todavia, é de se observar que nem só a proibição do uso da prova ilícita é garantia constitucional; também o direito à prova o é. E por isso surge o delicado problema de investigar adequadamente o tema da prova ilícita, buscando solucionar, acima de tudo, o conflito que pode surgir entre os princípios constitucionais de acesso à justiça e do direito à prova, de um lado, e, de outro, o da proibição do uso da prova ilícita.

A questão das provas ilícitas cresce em importância diante da possibilidade, cada vez maior, do emprego de tecnologias capazes de permitir a obtenção de provas em detrimento dos direitos da personalidade.

(...)

Existindo o direito constitucional de se provar o que se alega em juízo e existindo, por outro lado, o direito constitucional de não ter contra si prova ilícita produzida, não há como fugir da consideração do princípio da proporcionalidade.

(...)

O direito à prova é limitado pela legitimidade dos meios utilizados para obtê-la. Porém, se é necessária a tutela dos direitos que podem ser violados pela prova ilícita, também é necessária a tutela dos direitos que não podem ser demonstrados através de outra prova (que não seja a obtida de modo ilícito)<sup>29</sup>

Cássio Scarpinella Bueno, citado por Elias Marques de Medeiros Neto, defende que somente a prova lícita (obtida por meio ilícito) poderia ser alvo do princípio da proporcionalidade, ponderando sua aplicação no caso concreto e, ainda assim, só poderia ser utilizada quando for o único meio de prova e quando o caso tiver valores que sejam constitucionalmente mais importantes. Apesar de muitos juristas defenderem a aplicação do princípio, constantemente ela é alvo de críticas, devido à margem de subjetivismo na tarefa do magistrado de sopesar os valores do caso concreto. Sobre o critério para a aplicação do princípio José Carlos Barbosa Moreira destaca que os principais aspectos a serem valorados pelo magistrado são

---

<sup>29</sup> **MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de Conhecimento. 9 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais – 2011.**

a gravidade do caso, a dificuldade para o litigante demonstrar a verdade de suas alegações mediante instrumentos perfeitamente ortodoxos, o vulto do dano causado, a índole da relação jurídica controvertida, outras circunstâncias, o julgador decidiria qual dos interesses em conflito deva ser sacrificado, e em que medida<sup>30</sup>.

Não existem princípios absolutos no estado democrático de direito. É que o direito à vida ou à perfilhação, quando num ambiente de discussão familiar, ganham dimensões e contornos maiores que o direito de não ter prova contra si produzida, por exemplo. É com base nestes argumentos que se faz mister a utilização da proporcionalidade. O sistema em que as normas e princípios estão organizados impõe que, em eventual conflito, há de se sacrificar um valor em respeito ao outro, para que a norma que mais se encontrar em sintonia com a dignidade humana possa ser efetivada, já que este é o valor máximo da ordem jurídica brasileira. É a ponderação dos interesses no caso concreto que irá nortear a decisão judicial, prevalecendo o valor jurídico mais relevante em cada caso (também de índole constitucional) e podendo, excepcionalmente, a prova ilícita ser admitida em juízo cível se o bem jurídico superar a privacidade, de maneira que justifique o sacrifício desta.

---

<sup>30</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. Temas de Direito Processual**. Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997. pgs. 109 e 110.

#### 4 ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

O presente capítulo tem como escopo analisar uma decisão do Superior Tribunal de Justiça e outra do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que têm como base de suas fundamentações o princípio da proporcionalidade e as provas ilicitamente obtidas no âmbito do processo civil e do direito de família, salientando a extrema importância da abordagem deste princípio para que se torne possível a solução de conflitos que envolvam o tema em estudo.

Aqui serão analisados dois acórdãos de relevante importância no estudo das provas ilícitas e do princípio da proporcionalidade para o processo civil e o direito de família. O primeiro, do STJ, trata de gravação telefônica. A autora de uma investigação de paternidade gravou sua conversa telefônica com uma testemunha do processo e requereu ao juízo a juntada da prova, que foi deferida com fundamento de não representar ofensa ao art. 332, do CPC. O segundo acórdão, do TJRS, refere-se ao julgado de um agravo de instrumento em uma ação de execução de alimentos que também tratou de uma interceptação telefônica, mas, neste caso, o motivo da interceptação foi a tentativa de localização do devedor de alimentos, que estava residindo em outro estado, o que estava atrasando a execução por quase dois anos.

Na prática processual do juízo de família, os magistrados vêm entendendo pela ponderação dos princípios constitucionais e têm deferido a utilização de meios constitucionalmente protegidos e considerados proibidos de prova, com base em uma relativização desta proibição constitucional, tendo em vista que é necessário buscar a verdade, em especial se estas se mostrarem relevantes para a justa solução do litígio familista. Para Rolf Madaleno “Fazer uso da proporcionalidade, nada mais significa do que proteger da melhor forma possível a dignidade da pessoa (...)”<sup>31</sup>, o que ocorre nos dois julgados estudados.

Ambas as decisões utilizam-se de provas ilícitas e têm o princípio da proporcionalidade como base para seus julgados, admitindo a relevância da ponderação entre princípios constitucionais para bem atender o direito dos jurisdicionados. A primeira decisão, que trata de interceptação telefônica em uma

---

<sup>31</sup> MADALENO, Rolf. A prova ilícita no Direito de Família e o Conflito de Valores. Disponível em: <http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=320>, acesso em: 28/04/2015.

investigação de paternidade tem como ementa:

PROCESSO CIVIL. PROVA. GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFONICA FEITA PELA AUTORA DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE COM TESTEMUNHA DO PROCESSO. REQUERIMENTO DE JUNTADA DA FITA, APOS A AUDIENCIA DA TESTEMUNHA, QUE FOI DEFERIDO PELO JUIZ. TAL NÃO REPRESENTA PROCEDIMENTO EM OFENSA AO DISPOSTO NO ART. 332 DO CPC, POIS AQUI O MEIO DE PRODUÇÃO DA PROVA NÃO É ILEGAL, NEM MORALMENTE ILEGITIMO. ILEGAL É A INTERCEPTAÇÃO, OU A ESCUTA DE CONVERSA TELEFONICA ALHEIA. OBJETIVO DO PROCESSO, EM TERMOS DE APURAÇÃO DA VERDADE MATERIAL ("A VERDADE DOS FATOS EM QUE SE FUNDA A AÇÃO OU A DEFESA"). RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. VOTOS VENCIDOS. (REsp. n°9.012/RJ, rel. Min. Nilson Naves, j. em 24/02/1997)

A primeira decisão tem como relator o Ministro Nilson Naves e também já foi analisada por Rolf Madaleno<sup>32</sup> em seu artigo sobre Provas Ilícitas. O julgado é baseado no artigo 332<sup>33</sup>, do CPC, que prescreve serem hábeis para a prova da verdade todos os meios legais, ou seja, aqueles disciplinados na lei, bem como outros moralmente legítimos. Trata-se de conversa telefônica gravada pela autora de uma investigação de paternidade com uma testemunha do processo que foi deferida à ser juntada aos autos pelo magistrado de primeiro grau. O colegiado entendeu que não houve ofensa ao artigo 332, do CPC, com o fundamento de que o objetivo do processo é a apuração da verdade dos fatos em que se funda a ação.

O segundo acórdão a ser analisado tem como relatora a Desembargadora Maria Berenice Dias, da Sétima Câmara Cível, do TJRS. Para melhor entender, segue a ementa do presente caso:

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

<sup>32</sup> MADALENO, Rolf. A prova ilícita no Direito de Família e o Conflito de Valores. Disponível em: <http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=320>, acesso em: 28/04/2015.

<sup>33</sup> Art. 332, CPC: "Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou defesa".

alimentar evidencia tal assertiva.

Tal medida dispõe inclusive de cunho pedagógico para que outros devedores de alimentos não mais se utilizem se subterfúgios para safarem-se da obrigação.

Agravo provido. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Agravo de Instrumento Nº 70018683508, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 28/03/2007)

A conclusão exposta na ementa do julgado é pioneira no âmbito do direito das famílias. A interceptação foi deferida com base no caso concreto delineado, qual seja, o devedor de alimentos se oculta de sua obrigação perante o menor, entretanto, o julgado chama a atenção no tocante ao embricamento de direitos fundamentais. O colegiado optou pela preponderância da proteção do menor em relação ao direito à privacidade. Nestes casos, faz-se mister que aquele que decide parta da premissa de que todos os direitos envolvidos têm a mesma hierarquia na Constituição Federal para que este possa garantir a máxima incidência daqueles. Sendo assim, nenhum direito pode sobrepor outro, e, a concreta aplicação de direitos fundamentais deve sempre ser balanceada, de acordo com cada caso.

Portanto, a fundamentação das decisões com base nas provas ilícitas e no princípio da proporcionalidade torna-se essencial para a aplicação do que acontece na prática das relações familiares pelo Direito.

Observa-se que os dois acórdãos analisados têm como ponto em comum o estudo das provas ilícitas juntamente com o princípio da proporcionalidade, e ambas são de grande relevância para o tema aqui estudado. Como se pode perceber nessas decisões, atualmente os julgadores têm visado criar critérios para a utilização excepcional de meios ilícitos de prova obtidos no campo das relações familiares, em hipóteses que estejam tratando de direitos e garantias fundamentais, e propõe a utilização da ponderação de interesses, resguardando, dentro do limite do possível, todas as bases criadas pela Constituição Federal.

Na segunda decisão, é demonstrado que não é absoluta a afirmação de que as interceptações telefônicas somente poderão ocorrer no âmbito criminal para fins de investigação ou instrução processual. A regra é a vedação exposta pela Constituição Federal, entretanto, em casos familistas que, por sua natureza, mostram-se sensíveis à normas rígidas, em face de sua constante mutação, facilmente se entrelaçam os direitos protegidos pelas normas que regulam a

privacidade, o devido processo legal e o sigilo das comunicações, por um lado, e, por outro, direitos fundamentais de igual magnitude, como o melhor interesse da criança e a dignidade da pessoa humana.<sup>34</sup> Ermiro Ferreira Neto, em estudo sobre a interceptação telefônica no âmbito do direito de família, sugeriu dois exemplos que ilustram bem a situação em comento. No primeiro exemplo, advogado citou como exemplo uma ação de guarda em que um dos pais afirma que o filho em comum do ex-casal está mantendo, sob influência do outro, ligações telefônicas com traficantes. Já no segundo caso, ele supõe uma ação de alimentos contra o único devedor vivo e que tem patrimônio suficiente para o encargo, mas, ainda assim, foge de sua obrigação. Para tanto, a doutrina tem proposto uma certa flexibilidade quanto ao uso destas interceptações telefônicas no campo civil<sup>35</sup>, aplicando o princípio da proporcionalidade, ou seja, o critério da ponderação de interesses.

A ponderação como a base da fundamentação dos votos de ambas decisões faz com que estas apresentem este ponto em comum, o que representa extrema relevância do tema aqui abordado: Provas Ilícitas no Direito de Família. Faz-se mister salientar a apreciação e estudo desses julgados, para que possam trazer mais visibilidade em relação ao tema estudado.

---

<sup>34</sup> NETO, Ermiro Ferreira. Interceptação Telefônica do Âmbito do Direito das Famílias: Critérios de Utilização à Luz de uma Interpretação Constitucional do Direito Civil In: VER NOME DOS AUTORES!!!, Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. CIDADE: EDITORA, Ano XII – n. 19, dez-jan 2011. Pg. 84.

<sup>35</sup> Ermiro Ferreira Neto afirma em seu artigo que ainda não se tem segurança para dizer que se trata de uma posição majoritária e citou como referências, os autores: DESTEFENNI, 2006, p. 371, FARIAS, ROSENVALD, 2009, p. 716; DIAS, 2007, p. 28 e SARMENTO, 2002, p. 182.

## CONCLUSÃO

À vista de tais considerações, verifica-se que, no campo das *provas ilícitas* aqui analisadas, há de se compreender a prova como meio de persecução da verdade a ser obtida em cada processo. A prova ilícita no direito de família, como se nota, é admitida quando o bem jurídico a ser protegido é mais relevante do que o bem jurídico que se admite sacrificar, levando-se em consideração o princípio da proporcionalidade.

O processo deve ser efetivo e o sistema processual deve ser adequado ao seu verdadeiro fim, buscando resolver de forma eficaz a lide, de forma que seja possível atender o equilíbrio entre os princípios que iluminam o devido processo legal e a celeridade processual, sem se olvidar dos valores fundamentais de cada sujeito do processo. O sistema probatório brasileiro adota o princípio da proibição das provas ilícitas, e é nesse contexto que surge a questão do princípio da proporcionalidade, definido como um sopesamento de valores e interesses que se fazem necessárias para equilibrar o sistema de proteção das garantias constitucionais, mas, é importante que o princípio seja aplicado com cautela, pois a aplicação indiscriminada do princípio da proporcionalidade pode comprometer a ordem social.

Certamente, a pertinência do tema abordado e seu interesse para a sociedade brasileira – no âmbito da família - justifica o presente artigo, que, retomando a legislação vigente e a jurisprudência, comprova a relevância do estudo da prova ilícita à luz do princípio da proporcionalidade no cenário do Estado Constitucional, Direito Processual Civil e no Direito de Família.

## BIBLIOGRAFIA E OBRAS CONSULTADAS

ALVES, Francisco Luís Rios. Prova ilícita e sua admissão no processo civil. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 18, n. 38, t.1, jul./dez. 2013

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12 ed. São Paulo: Malheiros – 2011.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da Família de Fato**. 3. Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. – 2011.

BRASIL. **Código Civil, 2002**. Organização de Editora Saraiva com colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 8. Ed. São Paulo: Saraiva - 2012.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil, 1973**. Organização de Editora Saraiva com colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 8. Ed. São Paulo: Saraiva - 2012.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 23 jan 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 9. ed. Salvador: JusPodvim, 2014. vol. 2.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Contornos sobre a prova na investigação de paternidade. **Revista IOB de Direito de Família**. São Paulo: v.9, n. 48, jun. 2008.

\_\_\_\_\_. **A prova ilícita no Processo Civil das famílias a partir do garantismo Constitucional**. Disponível em: [http://s3.amazonaws.com/manager\\_attachs/cms/downloads/2013/07/27Cristiano\\_Chaves\\_A\\_prova\\_il%C3%ADcita\\_no\\_Processo\\_Civil\\_das\\_Fam%C3%ADlias\\_a\\_partir\\_do\\_garantismo\\_constitucional.pdf?1373304985](http://s3.amazonaws.com/manager_attachs/cms/downloads/2013/07/27Cristiano_Chaves_A_prova_il%C3%ADcita_no_Processo_Civil_das_Fam%C3%ADlias_a_partir_do_garantismo_constitucional.pdf?1373304985). Acesso em: 22 jan 2015.

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. 12, n. 19, dez. 2010/ jan. 2011.

FISCHER, Douglas. Prova ilícita na ação de destituição do poder familiar – uma

investigação à luz da hermenêutica constitucional. In: MADALENO, Rolf Hanssen (coord.). **Ações de direito de família**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado – 2006.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: Família**. São Paulo: Editora Atlas S.A. – 2008.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. A prova dinâmica no direito de família. **Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões**. Porto Alegre: v. 11, n. 11, ago./set. 2009.

GOMES, Fábio Luiz; SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Teoria Geral do Processo Civil**. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais – 2011.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. Ed. São Paulo: Editora Saraiva – 2010.

LOPES, Claudio Pinto. A prova ilícita no direito processual civil: uma abordagem à luz do princípio da proporcionalidade. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 402, mar. 2009.

LÓPEZ, Éder Maurício Pezzi. SOBREIRO, Renan Teixeira. Medidas investigativas no âmbito do processo civil: limites e possibilidades de produção de provas. **Revista de Direito da ADVOCEF**, Londrina, v. 9, n. 17, nov. 2013.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Editoras Gen e Forense - 2011.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito de Família**. 5 Ed. Rio de Janeiro - 2013.

\_\_\_\_\_. A prova ilícita do direito de família e o conflito de valores. **Revista Jurídica**. Porto Alegre: v.58, n. 400, fev. 2011.

MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**. 9 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais – 2011.

\_\_\_\_\_. **Técnica Processual e Tutela dos direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais – 2004.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Processo**. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais – 2010.

MICHELI, Gian Antonio. A prova. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 16 – 1979.

MITIDIERO, Daniel; OLIVEIRA, Alvaro. **Curso de Processo Civil**. 2. Ed. São Paulo:

Editora Atlas S.A. – 2012.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de. **Proibição da prova ilícita no processo civil brasileiro**. São Paulo : Fiuza, 2010.

\_\_\_\_\_. Breves apontamentos sobre o regime da prova no projeto de um novo Código de Processo Civil – Uma leitura em conformidade com a efetividade e a proporcionalidade. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n. 84, jul./ago. 2013.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de & LACERDA, Galeno. **Comentários ao CPC**, 8. Ed, Rio de Janeiro: Forense - 1976.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 9. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense – 2004.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense – 2007.

SILVA, César Dario Mariano da. **Provas ilícitas**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

SILVA, Fernanda Tartuce. Prova nos processos de família e no projeto do CPC: onus da prova, provas ilícitas e ata notarial. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**. Porto Alegre: v. 1, n. 2, set./out 2014.

SOUZA, Lourival de Jesus Serejo. **As provas ilícitas no direito de família**. São Paulo: Editora IOB Thomson – 2004.

\_\_\_\_\_. As provas ilícitas e as questões de direito de família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: v.1, n.2, jul./set. 1999.

TAKOI, Sérgio Massaru. Princípios constitucionais, Tutela antecipada e a proporcionalidade. **Revista Dialética de Direito Processual: RDDP**, São Paulo, n. 61, abr. 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prova, princípio da verdade REAL, poderes do juiz, onus da prova e sua eventual inversão. Provas ilícitas, prova e coisa julgada nas ações relativas a paternidade (DNA). **Revista brasileira de direito de família**. Porto Alegre: Editora Síntese/IBDFAM, out./nov./dez. 1999.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil : teoria geral do processo e processo de conhecimento**, v. 1/ Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini. – 10. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008.