



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**JULIANA DE ALMEIDA GOMES CARVALHO**

**A (IN)ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NAS  
AÇÕES DE FAMÍLIA**

Salvador

2020

**JULIANA DE ALMEIDA GOMES CARVALHO**

**A (IN)ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NAS  
AÇÕES DE FAMÍLIA**

Monografia apresentada ao curso de graduação em  
Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito  
parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Lara Rafaelle Pinho Soares

Salvador  
2020

**TERMO DE APROVAÇÃO**

**JULIANA DE ALMEIDA GOMES CARVALHO**

**A (IN)ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NAS  
AÇÕES DE FAMÍLIA**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,  
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2020.

Aos meus pais, por abraçarem as minhas escolhas e serem os meus maiores encorajadores.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, em primeiro lugar, por tudo.

Aos meus pais, por viverem os meus sonhos junto comigo, dando apoio incondicional.

À minha família, por acreditar no meu potencial e, em especial, à minha Tia Dina, pelo exemplo.

Aos meus amigos do Colégio Antônio Vieira, por toda a cumplicidade e torcida ao longo dos anos.

A Ana Beatriz, Beatriz, Carolina e Flávia, por deixarem a rotina da Faculdade mais leve, sendo fundamentais para a construção desse Trabalho.

A Lara Soares, minha orientadora e professora, pela oportunidade e por todo o incentivo nessa caminhada, pacientemente contribuindo para a elaboração da presente monografia.

Aos funcionários da Biblioteca da Faculdade Baiana de Direito, pela disponibilidade.

A todos os meus professores, desde o ensino maternal ao universitário, que foram indispensáveis à minha formação.

Por fim, agradeço a todos que se mostraram presentes, de alguma forma, colaborando para a conclusão de mais um ciclo.

“[...]”  
Amanhã  
Mesmo que uns não queiram  
Será de outros que esperam  
Ver o dia raiar  
Amanhã  
Ódios aplacados  
Temores abrandados  
Será pleno [...]”.

Guilherme Arantes

## RESUMO

A presente monografia busca fazer uma análise acerca da possibilidade de admissão das provas ilícitas nas ações de Direito de Família. Para isso, primordialmente, expõe-se a perspectiva do magistrado e a sua função no processo, indicando os tipos de sistemas valorativos de prova existentes e, dentre eles, qual é o utilizado no Brasil. Migrando de forma mais específica ao ramo do direito familiar, versa-se sobre a sensibilidade deste e questiona-se sobre a efetiva necessidade de conduta diferenciada, levando em consideração as partes que a ele se relacionam. Além de procurar definir o que seria “família”, pretende-se, aqui, desenvolver um breve estudo sobre as mudanças ocorridas ao longo dos anos na sociedade e a relação destas com uma eventual nova configuração das entidades familiares. A partir disso, analisam-se quais são os impactos causados no Direito. Demais do já disposto, são elencadas as ações de família que possuem procedimento especial atrelado, com base nos artigos 693 ao 699 do Código de Processo Civil, sem perder de vista as alterações realizadas em face da antiga codificação, datada de 1973. Em sequência, em um capítulo específico, este Trabalho de Conclusão de Curso traz o conceito de prova e as suas espécies, traçando as devidas distinções entre elas. Ainda nesse sentido, trata das previsões legais relacionadas às provas, englobando o texto constitucional e o do processo civil. São abordados, também, os ritos processuais, como um todo, embora posteriormente seja dado um enfoque à fase instrutória e ao procedimento de produção probatório. Por fim, adentra-se à questão propulsora da pesquisa, qual seja a (in)admissibilidade das provas ilícitas. Nesse último tópico, são apresentados alguns precedentes, para melhor compreensão do assunto.

**Palavras-chave:** provas ilícitas; Direito de Família; ações de família; admissibilidade; processo.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal da República
CPC	Código de Processo Civil
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
EC	Emenda Constitucional
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
HC	<i>Habeas Corpus</i>
FPPC	Fórum Permanente de Processualistas Cíveis
GEMEP	Grupo de Estudos de Mediação Empresarial Privada
MP	Ministério Público
PEC	Projeto de Emenda Constitucional
Rel.	Relator
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCC	Trabalho de Conclusão de Curso
TJ	Tribunal de Justiça da Bahia



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	11
<b>2 NOTAS PRELIMINARES SOBRE O DIREITO DE FAMÍLIA E SUAS RESPECTIVAS AÇÕES</b>	13
2.1 OS RITOS PROCEDIMENTAIS ADOTADOS PELO CPC	14
2.2 ESPÉCIES DE AÇÕES DE FAMÍLIA SEGUNDO O ART. 693, CPC	18
<b>2.2.1 Divórcio</b>	19
<b>2.2.2 Separação</b>	21
<b>2.2.3 Reconhecimento e extinção da união estável</b>	24
<b>2.2.4 Guarda</b>	26
<b>2.2.5 Regulação de convivência</b>	27
<b>2.2.6 Filiação</b>	29
2.3 AS PARTICULARIDADES MATERIAIS DAS AÇÕES FAMILIARES DENTRO DO DIREITO CIVIL	31
<b>3 CONCEITOS INICIAIS DO DIREITO PROBATÓRIO E A PROVA ILÍCITA NO PROCESSO CIVIL</b>	33
3.1 ESPÉCIES DE PROVAS	35
<b>3.1.1 Provas atípicas x provas típicas</b>	35
3.1.1.1 Meios de prova típicos	37
3.1.1.2 Meios de prova atípicos	38
<b>3.1.2 Provas ilícitas x provas lícitas</b>	41
<b>3.1.3 Distinção entre legitimidade e licitude</b>	43
3.2 MOMENTO DE PRODUÇÃO PROBATÓRIO	45
3.3 A FUNÇÃO DO MAGISTRADO NO PROCESSO E O SISTEMA DE VALORAÇÃO DE PROVAS	48
<b>3.3.1 Tipos de sistemas de valoração probatória</b>	49
<b>3.3.2 Sistema valorativo de prova adotado no Brasil</b>	50
<b>3.3.3 Teoria da Árvore Envenenada</b>	53
<b>4 A (IN)ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NAS AÇÕES DE FAMÍLIA</b>	55
4.1 A NECESSIDADE DE PONDERAÇÃO ENTRE OS INTERESSES E	

<b>DIREITOS DAS PARTES DO PROCESSO</b>	<b>57</b>
<b>4.1.1 Relação das partes processuais com a vulnerabilidade</b>	<b>58</b>
<b>4.1.2 Dificuldade da produção probatória nas ações familiares</b>	<b>59</b>
<b>4.2 OS POSSÍVEIS IMPACTOS NO DIREITO CAUSADOS PELA ADMISSÃO DAS PROVAS ILÍCITAS</b>	<b>62</b>
<b>4.2.1 Pontuações sobre a prova e o Direito Civil</b>	<b>62</b>
<b>4.2.2 Análise de precedentes</b>	<b>65</b>
<b>4.2.3 Fundamentos legais para a utilização das provas ilícitas nas ações de família</b>	<b>68</b>
<b>5 CONCLUSÃO</b>	<b>73</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>75</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito de Família é conhecido por ser um ramo sensível e complexo, dada a relevância dos direitos a ele atrelados e a enorme velocidade com a qual as relações humanas se modificam, impactando diretamente na forma de estruturação familiar. Em razão dessa dinamicidade, torna-se extremamente difícil a conciliação das transformações sociais e culturais com o direito, de modo que este, por vezes, acaba não acompanhando a realidade.

Com base nisso, o trabalho monográfico aqui disposto visa tratar das vedações legais existentes em relação à admissão das provas ilícitas, traçando um paralelo desta decisão tomada pelo legislador à época com a realidade contemporânea, resultante das mudanças ocorridas. Para isso, desdobra-se a codificação processual de 2015 e as suas previsões relativas às ações de Direito de Família, em relação as quais foi instituído procedimento especial.

Sendo assim, como forma de iniciar o tema proposto, além de suscitar o questionamento sobre a real necessidade do estabelecimento desse rito diferenciado, são tecidas noções preliminares, com posterior desenrolar sobre as ações supracitadas, uma a uma, positivadas nos artigos 693-699 do Código de Processo Civil.

Posteriormente, em um capítulo apartado, este Trabalho de Conclusão de Curso traz o conceito de prova e as suas espécies, diferenciando as provas lícitas das ilícitas e as típicas das atípicas, por exemplo. Ademais, no que diz respeito a essa última espécie, aborda-se a subdivisão relativa aos meios probatórios que podem vir a ser empregados, como o documental, pericial, os indícios e as presunções.

São contemplados, também, os ritos processuais, de forma geral, com enfoque à fase instrutória e ao procedimento de produção probatório correlato. Mais adiante, ainda, entram em discussão a função exercida pelo magistrado no processo e os sistemas de valoração probatório, com breve exposição sobre a Teoria da Árvore Envenenada.

No capítulo final, adentra-se à questão-chave da pesquisa, qual seja a possibilidade de admissão ou não das provas ilícitas nas ações de família. Nesse último tópico, realiza-se uma análise sobre as partes do processo e as suas condições de litigar.

Além do mais, explica-se o porquê de o recorte temático ter relação com o Direito de Família e são apresentadas algumas situações fáticas para exemplo e defesa da tese disposta, aplicando a teoria à prática e, conseqüentemente, possibilitando uma visão mais apurada dos fatos.

Ademais, são informados os possíveis impactos que a admissibilidade das provas traria para o mundo jurídico.

Importante frisar que a análise do procedimento probatório tem como base as exceções relativas às provas ilícitas eventualmente admitidas nos processos, alguns dos princípios que podem vir a entrar em conflito e o posicionamento da sociedade perante essa flexibilização, firmando-se ponderações entre os pontos. O intuito, com isso, é o de obter uma posição mais sólida sobre o assunto e, a partir disso, evidenciar a importância social e jurídica da discussão trazida, até por se tratar de um assunto que envolve a sociedade de modo direto.

Por sua vez, em relação à parte estrutural, tem-se que a presente monografia é dividida em três capítulos de desenvolvimento, os quais contam com uma análise crítica do tema em questão. No que diz respeito à metodologia utilizada, há predominância da pesquisa bibliográfica, tendo sido feito o levantamento de obras das mais diversas fontes, tais como livros, artigos em periódicos, leis, jurisprudência, artigos da lei, dentre outros.

Demais disso, a pesquisa é exclusivamente qualitativa e o método é o hipotético-dedutivo, sendo estabelecida uma hipótese pré-concebida, para que, a partir de um processo de falseamento, seja consolidada uma conclusão.

## 2 NOTAS PRELIMINARES SOBRE O DIREITO DE FAMÍLIA E SUAS RESPECTIVAS AÇÕES

O Direito de Família, além de conter as normas que protegem a família como base da sociedade, consoante o caput do artigo (art.) 226, Constituição Federal (CF)<sup>1</sup>, regulamenta o estado da pessoa desde antes do seu nascimento até a morte, sendo o mais sensível dos ramos do Direito Civil.<sup>2</sup> Assim, em razão dessa sensibilidade, o âmbito familiar é digno de “especial proteção do Estado”, como previsto nesse próprio dispositivo.

Por conta disso, segundo Rafaella Mercedes<sup>3</sup>, o Código de Processo Civil (CPC) criou um procedimento processual especial nas ações de família, a partir da percepção da conotação psicológica gerada pelos relacionamentos interpessoais, objetivando evitar a prolongação dos litígios. Isso é, o CPC assume a nova configuração do Direito de Família do tempo atual, promovendo abordagens substanciais no que se refere aos trâmites dos conflitos existentes.

Não se pode esquecer, contudo, de que o conceito de família é questão discutida, dadas as mudanças sociais em completa ebulição na sociedade contemporânea. Justamente por isso “não há como definir, de forma rígida e exaustiva, qualquer ramo do direito vinculado ao termo família, seja o direito material (Direito de Família), seja o direito processual (ações de família)”.<sup>4</sup> Desse modo, estabelecer uma disciplina padrão às ações de família é tarefa árdua.

Inclusive, constava no Código Civil (CC) de 1916 a ideia do pátrio poder, simbolizando a época em que cabia ao homem, autoridade máxima da casa, administrar a família e tomar todas as decisões relativas àquele núcleo. Como exposto por Carlos Roberto Gonçalves<sup>5</sup>, esse ascendente comum era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz.

Com o decorrer do tempo, o pátrio poder foi superado, dando lugar ao familiar, à medida em que a figura da autoridade masculina poderosa foi sendo limitada. Ainda assim, por ser o âmbito familiar o alicerce sólido que baseia a organização social, são necessárias regras de ordem

---

<sup>1</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado; (BRASIL, **Constituição Federal**, 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 09.set.19).

<sup>2</sup> DAMO COMEL, Denise. **A mitigação do Processo Civil no Direito de Família**. 2017, p. 1. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/mitigacao-do-processo-civil-no-direito-de-familia/>. Acesso em: 17.nov.2019.

<sup>3</sup> MERCEDES, Rafaella. Mudanças no novo CPC no tocante às ações de família. In: BASAGLIA, Cristiano (coordenador editorial). **Revista Síntese Direito de Família, Parte Geral**. nº 101. abr./mai.2017, p. 459.

<sup>4</sup> BACHA, Ahmad Jamal Ahmad El; MAEKAVA, Georgia Sonoe. O procedimento especial das ações de família de acordo com o CPC/2015. **Revista de Processo**, v. 280. jun. 2018, p. 464.

<sup>5</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. 16.ed. Salvador: Editora Saraiva (jur). 2019, v.6, p. 25-31.

pública, predominantemente imperativas e, a priori, impossíveis de serem revogadas pela vontade dos particulares, para que seja consolidado esse *status*.

Ainda com todas as particularidades, foi disposto um capítulo específico para tratar das ações familiares no Código de Processo Civil, com sete artigos no total, que vai do 693 ao 699, em contrapartida ao CPC de 1973. Ou seja, o antigo Código não se preocupou com a sistematização das ações de família, deixando de prever uma estrutura normativa específica para essas demandas, de forma que a utilização de legislações esparsas era recorrente, de acordo com Fernanda Tartuce.<sup>6</sup>

Realizada essa sucinta exposição, então, remete-se ao estudo dos ritos procedimentais adotados pelo Código de Processo Civil.

## 2.1 OS RITOS PROCEDIMENTAIS ADOTADOS PELO CPC

Ainda que existente o entendimento de que as ações familiares merecem um tratamento especial, seja em razão das suas relações serem as que mais sofrem os efeitos das alterações da sociedade, seja porque os litígios envolvem relações afetivas e parentais, como disposto anteriormente, não havia na legislação processual um procedimento próprio para os processos contenciosos relativos ao Direito de Família, com exceção de algumas normatizações esparsas, tal como a ação de alimentos, prevista na Lei 5.478/1.969, ou as ações que versam sobre interesse de criança ou de adolescente, positivadas na Lei 8.069/1.990. Com o advento do CPC 2015, contudo, toda essa situação mudou<sup>7</sup>.

Segundo o art. 693, as previsões específicas são aplicáveis aos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação. A ação de alimentos continua seguindo o rito previsto em lei específica, aplicando-se o disposto no CPC quando compatível.<sup>8</sup>

Isso demonstra a evolução dos ritos procedimentais adotados pelas codificações ao longo dos anos, oriundos, também, da mudança de entendimento sobre esse ramo do Direito Civil. Pontua-se, ainda, que foi alterada a participação do Ministério Público (MP), na qualidade de fiscal da ordem jurídica, e a forma específica de colher o depoimento pessoal do incapaz quando o

---

<sup>6</sup>TARTUCE, Fernanda. **Ações de Família**, 2018, p. 2. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/169/edicao-1/acoes-de-familia>. Acesso em: 17.mar.2020.

<sup>7</sup>BACHA, Ahmad Jamal Ahmad El; MAEKAVA, Georgia Sonoe. O procedimento especial das ações de família de acordo com o CPC/2015. **Revista de Processo**, v. 280. jun. 2018, p. 463.

<sup>8</sup>TARTUCE, Fernanda. *Op. cit.*, 2018, p. 3.

processo envolver discussão sobre fato relacionado a abuso ou a alienação parental, consoante disposto nos arts. 698 e 699, CPC.<sup>9</sup> Demais disso, uma das peculiaridades desse procedimento especial é o direcionamento às formas alternativas de solução de conflitos, que ganham força e obrigatoriedade.

Essa medida corrobora com o fato de que, como lembrado pelo magistrado Newton Teixeira de Carvalho<sup>10</sup>, serão empreendidos todos os esforços para viabilizar a solução consensual da controvérsia<sup>11</sup> - solução, essa, fruto da reserva de um tempo, dentro do processo, para que as partes reestabeçam um canal de comunicação. O objetivo, aqui, é mitigar o aspecto combativo e beligerante dos processos familiares, introduzindo formas de resolução alternativas<sup>12</sup>.

Válido informar, entretanto, que, por clara disposição legal, as normas do procedimento especial previsto no Código são aplicadas restritivamente às ações contenciosas. Dito de outro modo, na hipótese de jurisdição voluntária, o procedimento passa a ser o comum, norteado pelos arts. 731 a 734 do CPC.<sup>13</sup>

Superado esse ponto, observa-se que, conforme dito por João Luiz Lessa Neto<sup>14</sup>, o modelo adotado pelo CPC, o qual submete o litígio à técnica ou método mais adequado para sua resolução, com base na especificidade casuística, chama-se multiportas. Essa sistemática seria representada pela imagem de um átrio de fórum com uma porta em que houvesse serviços de mediação, outra com o juiz para julgar, e em outra a possibilidade de arbitragem, por exemplo.

Cabe destacar que priorizar a solução consensual dos conflitos é um importante avanço, pois devolve aos envolvidos a titularidade do conflito, proporcionando espaços de escuta e fala. Esses espaços são fundamentais, principalmente ao se tratar

<sup>9</sup> BACHA, Ahmad Jamal Ahmad El; MAEKAVA, Georgia Sonoe. O procedimento especial das ações de família de acordo com o CPC/2015. **Revista de Processo**, v. 280, jun. 2018, p. 469-470.

<sup>10</sup> TEIXEIRA CARVALHO, Newton. Os impactos do Código de Processo Civil nas Ações de Família. In: JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata Christiana Vieira Maia; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; LANNA, Helena (Coord.). **Inovações e modificações do Código de Processo Civil. Avanços, desafios e perspectivas**. Belo Horizonte: DelRey Editora, 2017, p. 349.

<sup>11</sup> Art. 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, **Código de Processo Civil**, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm). Acesso em: 09.set.19).

<sup>12</sup> FILPO, Klever Paulo Leal; ALMEIDA, Marcelo Pereira de. Ações contenciosas de família na Lei nº 13.105/2015: lógica do consenso x lógica do contraditório. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**. Belo Horizonte, ano 25, nº 98, abr./jun.2017, p. 157-164.

<sup>13</sup> BACHA, Ahmad Jamal Ahmad El; MAEKAVA, Georgia Sonoe. O procedimento especial das ações de família de acordo com o CPC/2015. **Revista de Processo**, v. 280, jun. 2018, p. 465.

<sup>14</sup> LESSA NETO, João Luiz. **O procedimento especial das ações de família no novo CPC e a mediação**. p. 1-2. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/o-procedimento-especial-das-acoes-de-familia-no-novo-cpc-e-mediacao/>. Acesso em: 17.nov.2019.

com ações de família, nas quais os envolvidos possuem relações de afeto e necessitam reestabelecer o diálogo, sobretudo se houver filhos.<sup>15</sup>

Esse modelo foi pensado, também, por conta da crise enfrentada pelo Judiciário, que acaba comprometendo, principalmente, a celeridade, efetividade e adequação dos processos. Somado a isso, ainda, tem o fato de que há conflitos de interesses que, pela sua natureza, bem como pelas particularidades das pessoas envolvidas, exigem soluções diferenciadas da mera aplicação pura de uma norma jurídica ao caso.<sup>16</sup>

Isso é, como traz Kazuo Watanabe<sup>17</sup>, essas relações jurídicas são continuativas, perdurando no tempo, pelo fato de as partes terem contato permanente. Por conta disso, o conflito deve ser solucionado com a preservação da relação previamente existente, colocando-se em prática a justiça coexistencial, com o intuito de pacificar as partes – o que demanda atenção e solução especiais.

Dito de outro modo, a solução pela aplicação do critério do certo ou errado, do tudo ou nada, em determinadas situações, não é suficiente. Assim, fica determinado que o magistrado deve se utilizar do auxílio de outros profissionais, tais como os mediadores e conciliadores, e até psicólogos e assistentes sociais, conforme previsto expressamente no art. 694, CPC, sem deixar de considerar a autonomia dos indivíduos envolvidos no processo e sem esquecer que o objetivo primordial, com isso, não é, apenas, pôr fim a morosidade da Justiça, mas sim dar às partes uma solução mais adequada e justa<sup>18</sup>.

Na realidade, a criação de oportunidades de diálogo entre as partes litigantes, auxiliadas por profissionais capacitados e dispostos a melhorar a sua comunicação, com o objetivo de chegar a soluções consensuais, tem sido apontada pelos processualistas como um dos grandes avanços do novo CPC.<sup>19</sup>

Como alguns exemplos dessa peculiaridade procedimental, ainda trabalhando na hipótese do processo consensual, tem-se, com fundamento no parágrafo único do art. 694, CPC, que

<sup>15</sup> AZEREDO, Caroline Machado de Oliveira; MOURA, Cíntia da Silva. Ações de família no novo CPC. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 25, nº 98, p. 95-112, abr./jun.2017. p. 97.

<sup>16</sup> WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez. (Coord.). **Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2012, p. 88. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Multiportas.pdf>. Acesso em: 07.jul.2020.

<sup>17</sup> WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e solução pacífica dos conflitos de interesses. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça multiportas**. 2018. v.9, p. 839.

<sup>18</sup> WATANABE, Kazuo. *Op cit.*, 2012, p. 89.

<sup>19</sup> FILPO, Klever Paulo Leal; ALMEIDA, Marcelo Pereira de. Ações contenciosas de família na Lei nº 13.105/2015: lógica do consenso x lógica do contraditório. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**. Belo Horizonte, ano 25, nº 98, abr./jun.2017, p. 157.



pretendendo as partes – especialmente os litigantes das ações de família – compor-se voluntariamente, o juiz deverá suspender o processo.<sup>20</sup> Ocorre que, por não ter sido previsto, aqui, limite temporal, aplica-se o prazo máximo de 6 meses disposto na parte geral, qual seja o do art. 313, parágrafo 4º, CPC.

Além desse ponto, como outra forma de corroborar com a autocomposição, o art. 334, § 1º do Código determina que o mandado de citação deve estar desacompanhado de cópia da petição inicial, embora seja assegurada à parte contrária o direito de examiná-la a qualquer momento. Essa é uma medida que visa facilitar a mediação, fazendo com que o réu compareça à audiência de forma mais pacífica, sem conceitos previamente firmados.<sup>21</sup>

Demais disso, no que tange à possibilidade de cumulação de pedidos, o Código Processual, por determinar procedimento especial para essas ações, tornaria inviável, em um primeiro momento, a cumulação dos pedidos de divórcio, guarda e visitas com o pedido de alimentos para o menor, visto que a sequência procedimental destes é diferenciada. Por outro lado, aplicando-se de forma analógica o art. 327, § 2º, CPC, caberia a cumulação de todas essas postulações, levando à aplicação do procedimento comum sem comprometer o emprego das técnicas processuais diferenciadas do procedimento especial. Essa questão corrobora com o caráter exemplificativo do art. 693, CPC – ponto que será tratado mais adiante.

Bacha e Maekava<sup>22</sup> indicam, também, que a realização da audiência sem a participação dos advogados ou defensores públicos não levará à nulidade do ato, necessariamente, a não ser que reste comprovado prejuízo das partes, com base no princípio da instrumentalidade das formas. Ademais, os sujeitos do processo, caso tenham algum direito violado ou até a simples ameaça deste, podem requerer providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito sem que isso prejudique a realização da audiência.

Por fim, esclarece-se que o magistrado não deve estar presente nesse primeiro momento de tentativa autocompositiva. Isso ocorre porque, na hipótese de ela não obter êxito, as informações ali confidenciais não poderão ser utilizadas para fundamentar o seu julgamento – isso é, os acontecimentos da audiência não podem influenciar na sua decisão.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> BACHA, Ahmad Jamal Ahmad El; MAEKAVA, Georgia Sonoe. O procedimento especial das ações de família de acordo com o CPC/2015. **Revista de Processo**, v. 280, jun. 2018, p. 465-466.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 467.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 467.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 467.

## 2.2 ESPÉCIES DE AÇÕES DE FAMÍLIA SEGUNDO O ART. 693, CPC

Como disposto por Carlos Roberto Gonçalves<sup>24</sup>, a família se trata do núcleo fundamental no qual repousa a organização social como um todo. Tanto é assim, que a Constituição Federal e o Código Civil até estabelecem a sua estrutura, embora não se arrisquem a conceituá-la, uma vez que não há uma identidade de definições no direito e na sociologia.

Isso é, dentro do Direito, em si, a extensão e a natureza das famílias variam de modo a incluir todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue, bem como as unidas pela adoção ou afinidade, além dos cônjuges e companheiros, com seus parentes e afins – ainda que exista uma limitação desse conceito para fins sucessórios. Portanto, assim como discorrido por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald<sup>25</sup>, a família deve ser notada de forma ampla, seja qual for o modelo adotado.

Pontua-se, então, que não há uma seletividade, de forma que está protegida toda e qualquer entidade familiar. A partir disso, abandona-se a tradicional ideia do casamento como ponto referencial obrigatório para o alcance da proteção e desenvolvimento humano.

No que diz respeito ao Direito de Família propriamente dito, são positivadas algumas ações a ele relacionadas no art. 693, CPC, embora haja uma divergência doutrinária acerca desse dispositivo legal, sendo discutida a sua taxatividade: os defensores dessa vertente entendem que o legislador elencou, objetivamente, as ações que merecem tratamento diferenciado, não cabendo espaço para ampliação. Por sua vez, para a doutrina majoritária, composta por Cássio Scarpinella Bueno, que acredita que o rol é meramente exemplificativo, as normas do procedimento especial devem ser aplicadas a todas as ações com conteúdo familiares.

Esse último é também o posicionamento de Bacha e Maekava<sup>26</sup>, que se embasam no Enunciado 72 do FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Civis) e no Enunciado 19 do GEMEP (Grupo de Estudos de Mediação Empresarial Privada). Para eles, o legislador estabeleceu o tratamento próprio às ações de família em razão do direito material envolvido e às relações de

---

<sup>24</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. 16.ed. Salvador: Editora Saraiva (jur). 2019, v.6, p. 17.

<sup>25</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 11.ed.rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm. 2019, p. 78-79.

<sup>26</sup> BACHA, Ahmad Jamal Ahmad El; MAEKAVA, Georgia Sonoe. O procedimento especial das ações de família de acordo com o CPC/2015. **Revista de Processo**, v. 280. jun. 2018, p. 464-465.

afetividade e parentesco que geralmente existem entre as partes dessas ações. Não faria sentido, portanto, proteger apenas alguns dos vínculos familiares, sendo que a peculiaridade é inerente às demais ações, igualmente.

Por sua vez, destaca-se que as regras próprias das ações de família não se sobrepõem às específicas já existentes, como aquelas que tratam do interesse de criança ou de adolescente (Lei 8.069/90), por exemplo. Nessas situações, a aplicação da norma processual é apenas subsidiária, consoante determinado no parágrafo único do art. 693, CPC. De toda maneira, o supracitado artigo, bem como os seguintes, e as ações familiares serão estudados mais especificamente a seguir.<sup>27</sup>

### 2.2.1 Divórcio

O divórcio, que corresponde à dissolução do matrimônio, é uma medida jurídica garantista, que objetiva a concretização da liberdade humana de autodeterminação. Ou seja, embora todo casamento seja celebrado com o intuito de perdurar, não se pode impedir o seu término quando há motivo e/ou vontade das partes.<sup>28</sup>

Na realidade, não há valor algum para a sociedade manter o matrimônio de pessoas que não se respeitam ou não nutrem mais afeto uma pela outra. Corroborar com essa situação, impedindo o divórcio, seria impor privações aos cônjuges e violar seus direitos da personalidade.

A dissolução, portanto, é um instrumento de promoção da integridade e dignidade do indivíduo, evitando a excessiva exposição da intimidade do casal. Aqui, como versam Farias e Rosenvald<sup>29</sup>, os direitos inerentes à pessoa devem se sobrepor aos formalismos legais. É dever do Poder Judiciário, portanto, prezar pela ampla proteção física, psíquica e intelectual dos cidadãos que a ele recorrem.

Relevante informar que o Decreto nº 181, instituidor do casamento no Brasil, permitia apenas o divórcio canônico, que não rompia o vínculo matrimonial, de modo que era vedado novo

---

<sup>27</sup> BACHA, Ahmad Jamal Ahmad El; MAEKAVA, Georgia Sonoe. O procedimento especial das ações de família de acordo com o CPC/2015. **Revista de Processo**, v. 280, jun. 2018, p. 464-465.

<sup>28</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**, p. 78-79. 11.ed.rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm. 2019, p. 386.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 397.

casamento. Pensamento similar foi repetido no Código Civil de 1916, que previa o desquite, embora esse instituto também não extinguisse o matrimônio de forma efetiva.

A partir de 1977, foi proposta a Emenda Constitucional (EC) nº 9, que suprimiu o princípio da indissolubilidade matrimonial, após difícil batalha legislativa na qual figurava como vertente da oposição a Igreja Católica. Contudo, ainda assim, havia a exigência de uma prévia separação para que o divórcio pudesse acontecer.

Apenas com a Emenda Constitucional nº 66, conhecida como “PEC do divórcio”, o desejo de dissolução passou a ter eficácia imediata e direta. Ela acabou sendo responsável por completar o ciclo evolutivo iniciado com a Lei do Divórcio, gerando diversas mudanças no contexto social<sup>30</sup>.

Superada essa parte histórica, restringe-se o presente Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) à análise diversa dessa ação familiar. Sucintamente, indica-se que existem quatro modalidades de divórcio, segundo Carlos Roberto Gonçalves<sup>31</sup>: o divórcio-conversão, o judicial litigioso, judicial consensual e o extrajudicial consensual, sendo que esses três últimos são subespécie do gênero divórcio-direto.

Além disso, rememora-se que a ação de divórcio possui caráter personalíssimo, só podendo ser ajuizada por um dos cônjuges, e que, independente dela, restam inalterados os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. Em relação a isso, Gonçalves<sup>32</sup> também expõe o cuidado que o Código Civil teve com os interesses desses filhos menores ou, ainda que maiores, inválidos. Isso é, com base nos arts. 1574, parágrafo único<sup>33</sup>, e 1590<sup>34</sup>, é permitido ao magistrado não homologar o acordo de divórcio ou de separação judicial, mesmo que este tenha sido celebrado mediante consenso, nos casos em que se evidenciar a ausência de preservação da qualidade de vida desses dependentes ou for contrariada a ordem pública, de forma geral. Ademais, como outro modo de preservar a família, o Código rompeu com o entendimento de que a guarda dos filhos estaria vinculada à falta de culpa do cônjuge. Ou seja, não se questiona mais quem deu

---

<sup>30</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. 16.ed. Salvador: Editora Saraiva (jur). 2019, v.6, p. 200-202.

<sup>31</sup> *Ibidem* p. 211.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 274-280.

<sup>33</sup> Art. 1574, Parágrafo único. O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial se apurar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges (BRASIL, **Código Civil**, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 17.mar.2020).

<sup>34</sup> Art. 1.590. As disposições relativas à guarda e prestação de alimentos aos filhos menores estendem-se aos maiores incapazes. BRASIL, **Código Civil**, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 17.mar.2020).

causa à separação/ao divórcio, mas sim se o indivíduo possui condições satisfatórias para exercer a guarda da sua prole.

Vislumbra-se, portanto, com todos os pontos abordados, que cabe ao julgador, mediante a situação fática, avaliar se os interesses das partes – principalmente das mais vulneráveis – estão sendo colocados em primeiro plano, ainda que seja preciso intervir de forma mais direta na autonomia de vontade das pessoas ali relacionadas. Dito de outra maneira, há uma preocupação da legislação com o bem-estar e a proteção daqueles que serão atingidos pela ação do divórcio, agindo de modo a, pelo menos, tentar minimizar os danos causados.

Nesse sentido relativo à proteção, ainda, informa-se que vem sendo discutida a possibilidade do divórcio extrajudicial, mesmo diante da existência de filhos incapazes ou nascituro, desde que as matérias a eles relacionadas sejam resolvidas a partir do Poder Judiciário. Isso é, o uso da via administrativa para composição do divórcio, no que tange aos interesses particulares e disponíveis do casal, não será obstado, muito embora a parte referente à prole deva ser discutida em sede judicial, mediante ação de alimentos ou de guarda, por exemplo<sup>35</sup>. O intuito, com isso, é preservar os interesses dos incapazes, não indo de encontro à vontade das partes de firmar um divórcio amigável e mais célere.

### 2.2.2 Separação

Anteriormente à EC n. 66, como já foi visto, existiam alguns obstáculos à realização direta do divórcio judicial ou extrajudicial, tais como a prévia separação judicial ou prévia separação de fato mínima de dois anos. Para Paulo Lôbo<sup>36</sup>, foi realizada a alteração constitucional, dispensando os requisitos aqui expostos, com o objetivo de extinguir definitivamente a separação judicial, uma vez que ela se tornou anacrônica.

Ademais, a submissão a dois processos judiciais, quais sejam a separação judicial e o divórcio por conversão, resultava em acréscimos de despesas e prolongamento de sofrimentos evitáveis. Por sua vez, a sociedade passou a aceitar o divórcio como solução normal para o desaparecimento da afetividade do casal, não mais impondo a separação antes deste. Essa é

---

<sup>35</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**, 11.ed.rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm. 2019, p. 430-431.

<sup>36</sup> LÔBO, Paulo. **Divórcio e os modelos de separação entre o Código Civil e o Código de Processo Civil de 2015**, p. 1. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/245.pdf>. Acesso em: 15.mar.2020.

uma forma de permitir que as pessoas exerçam com liberdade o direito de dissolução da sociedade conjugal, a qualquer momento e independentemente da exposição dos motivos, sem que haja intervenção estatal na intimidade destas.<sup>37</sup>

Nesse mesmo sentido, como ditam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosevald<sup>38</sup>, a separação, a partir da EC n. 66/10, foi extirpada do sistema jurídico brasileiro, restando como causas dissolutórias do matrimônio, tão somente, a morte e o divórcio. Portanto, para os supracitados autores, nos dias de hoje, não subsiste qualquer aplicação prática, vez que a separação não apresenta vantagem concreta para as partes envolvidas, representando até uma afronta, considerando o esvaziamento de funcionalidade, na medida que não será efetivada a conversão em divórcio.

Ressalta-se, entretanto, que a Corte Superior de Justiça entende de forma diversa<sup>39</sup>, ao passo que reconhece a manutenção desse instituto no ordenamento jurídico, embora tenha deixado de ser uma etapa prévia e obrigatória da ação de divórcio. Nessa linha, ainda, firmou-se o Enunciado de nº 514, das Jornadas de Direito Civil<sup>40</sup>, de forma que o art. 1.571, CC<sup>41</sup> deve ser interpretado como se a separação continuasse, apenas, a dissolver a sociedade conjugal, enquanto o divórcio dissolvesse tanto esta quanto o próprio casamento.

Sem maiores problemas, então, o cônjuge que desejar somente se separar, pode ingressar com a ação de separação judicial para cessar os deveres matrimoniais e proceder à partilha de bens.

---

<sup>37</sup> LÔBO, Paulo. **Divórcio e os modelos de separação entre o Código Civil e o Código de Processo Civil de 2015**, p. 2-3. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/245.pdf>. Acesso em: 15.mar.2020.

<sup>38</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**, 11.ed.rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm. 2019. p. 396-400.

<sup>39</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1247098 - MS (2011/0074787-0). Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti. Brasília, DJ 14.03.2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/465739324/recurso-especial-resp-1247098-ms-2011-0074787-0/inteiro-teor-465739334>. Acesso em: 23.jul.2020

<sup>40</sup> Enunciado nº 514. A Emenda Constitucional n. 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial. (BRASIL. Conselho de Justiça Federal. V Jornada de Direito Civil. Coord. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Enunciado nº 514. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/583>. Acesso em: 23.jul.2020).

<sup>41</sup> Art. 1.571. A sociedade conjugal termina:

- I - pela morte de um dos cônjuges;
- II - pela nulidade ou anulação do casamento;
- III - pela separação judicial;
- IV - pelo divórcio.

§ 1o O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente.

§2o Dissolvido o casamento pelo divórcio direto ou por conversão, o cônjuge poderá manter o nome de casado; salvo, no segundo caso, dispondo em contrário a sentença de separação judicial. (BRASIL, **Código Civil**, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 17.mar.2020).

Sucessivamente, contudo, a depender do desenrolar dos fatos, poderá requerer o divórcio <sup>42</sup> ou, em eventual reconciliação, reestabelecer o matrimônio – o que não ocorre no efetivo divórcio. Nessa vertente, portanto, privilegia-se o livre arbítrio das partes envolvidas em escolher ou não a separação, à luz do Direito de Família mínimo e da não intervenção do Estado no âmbito privado familiar.

Assim, superada essa divergência sobre a subsistência ou não da separação e atendo-se às suas espécies, vale informar que, além da separação extrajudicial, a qual se concretiza mediante escritura pública, existem a judicial a pedido de um dos cônjuges e a judicial por mútuo consentimento. Essa última, também chamada de consensual e/ou amigável, ocorre nas situações em que não há litígio, mas sim uma jurisdição voluntária. Nesse caso, ambos os cônjuges almejam que o magistrado homologue o acordo por eles celebrado – sendo que, como já visto, pode o juiz se negar a ratificá-lo.<sup>43</sup>

No que tange à judicial por requerimento de apenas um dos cônjuges, tem-se, conforme a Lei do Divórcio, a indicação genérica das causas que podem levar à separação litigiosa, como a grave infração dos deveres do casamento. O Código Civil de 2002 dispõe que esses fatos estão aptos à caracterização da impossibilidade de permanência do matrimônio. Acrescenta, também, no artigo 1.573<sup>44</sup>, a condenação por crime infamante e a conduta desonrosa.

Faz-se relevante indicar, ainda, que a escolha pelo meio extrajudicial não obsta a utilização da via judicial correspondente, caso seja necessária. O procedimento judicial se justifica pelas questões relativas à partilha ou pensão alimentícia que permaneçam em segredo de justiça – o que não ocorre quando há concretização da dissolução matrimonial por escritura pública. Essa

---

<sup>42</sup> PIMENTEL, Alexandre Freire. **O procedimento das ações de família (de jurisdição contenciosa e voluntária) no CPC/2015.** p. 5-6. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_informativo/bibli\\_inf\\_2006/Rev-AJURIS\\_141.03.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-AJURIS_141.03.pdf). Acesso em: 23.jul.2020.

<sup>43</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família.** 16.ed. Salvador: Editora Saraiva (jur). 2019, v.6, p. 216.

<sup>44</sup> Art. 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:

I - adultério;

II - tentativa de morte;

III - sevícia ou injúria grave;

IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo;

V - condenação por crime infamante;

VI - conduta desonrosa.

Parágrafo único. O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum. (BRASIL, **Código Civil, 2002.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 17.mar.2020).

judicialização é importante, também, para que, em eventual descumprimento do acordo, seja possível utilizar o procedimento especial de execução dos alimentos, por exemplo.

Pontua-se, por fim, que os requisitos para que aconteça o exercício da faculdade legal são a inexistência de filhos menores ou incapazes, o consenso sobre o acordo firmado, a assistência do advogado e a lavratura de escritura pública por tabelião de notas.<sup>45</sup>

### 2.2.3 Reconhecimento e extinção da união estável

O Direito, mais uma vez, teve que se abrir à realidade da vida moderna e se adequar aos estilos de família que vêm se formando. Essa questão, aliada ao entendimento de que há um ideal constitucional que determina a especial proteção do Estado, acabou sendo fundamental ao reconhecimento da união estável como entidade familiar.

Como discorrem Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald<sup>46</sup>, seja qual for o modelo de família adotado, matrimonializado ou não, não deve existir tratamento desigual ou discriminatório, embora também não sejam cabíveis privilégios. É necessário proteger o instituto familiar para, conseqüentemente, tutelar os indivíduos que compõem aquela relação, garantindo a sua dignidade e a coerência do ordenamento jurídico.

Aponta-se que, como a união estável é uma realidade no Brasil, não acolher esse tipo de núcleo familiar seria obrigar, implicitamente, as pessoas a casarem, sob pena de não terem o seu vínculo reconhecido.

Longe de revelar a ocorrência de qualquer “crise” ou “falência da família”, dados estatísticos demonstram que a opção dos brasileiros nos últimos anos tem sido a de continuar constituindo famílias, porém não mais por meio do casamento, mas sim valendo-se de uniões livres, que sofreram uma ascensão da ordem de 7,8% entre 2000 e 2010, em contraposição ao declínio da ordem de 6,5% do número de casamentos celebrados no mesmo período.<sup>47</sup>

Assim, a união estável, que antigamente era equiparada ao concubinato pela dissonância de ambos em face da figura da família tradicional, formada tão somente a partir do efetivo matrimônio, passou a ser regulamentada na Lei 8.971/94, seguida pela Lei 9.278/96, a qual

<sup>45</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, 2019, p. 224-225.

<sup>46</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**, 11.ed.rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm. 2019, p. 465.

<sup>47</sup> RANGEL, Rafael Calmon. **Breves notas sobre a sentença que reconhece a união estável**, p. 1. Disponível em:

[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/artigos/Breves%20notas%20uni%C3%A3o%20est%C3%A1vel%2004\\_01\\_2011.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Breves%20notas%20uni%C3%A3o%20est%C3%A1vel%2004_01_2011.pdf). Acesso em: 16.mar.2020.



indicava que seria considerada entidade familiar quando houvesse convivência duradoura, pública e contínua. Com o Código Civil de 2002, estas foram revogadas, sendo inserida a união estável no Livro de Família, no qual foram dispostos princípios básicos a ela relacionados, nos artigos 1.723 a 1.727<sup>48</sup>.

O reconhecimento do legislador processual é prova incontestada que a união livre é, a partir de agora, vivenciada como uma escolha de modo de vida, uma alternativa ao casamento que não sofre mais a reprovação social. E à medida que a união livre se banaliza, sua importância crescente na sociedade não mais permite que o direito a ignore.<sup>49</sup>

Avalia-se, também, a intenção de constituir família e a inexistência de impedimentos matrimoniais. Além disso, como versa Rafael Calmon Rangel<sup>50</sup> para caracterização da união estável, prescindem-se a diversidade sexual, o prazo mínimo e a existência de filhos comuns. No que diz respeito à coabitação, por sua vez, observa-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça<sup>51</sup> também vem dispensando, ainda que não seja um ponto pacífico.

A partir dessa normatização, então, passou-se a tratar dos aspectos pessoais e patrimoniais dessa relação familiar. Com isso, a união estável foi equiparada ao instituto do casamento, com princípios e normas similares.<sup>52</sup> Ainda assim, a grande questão por trás é que, por vezes, o matrimônio não é escolhido em razão de os companheiros não quererem assumir –

<sup>48</sup> Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato. (BRASIL, **Código Civil**, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 17.mar.2020).

<sup>49</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. As ações de família no novo Código de Processo Civil. **Revista de Direito de Família e das Sucessões**. v. 6. jul-set. 2018, p. 85.

<sup>50</sup> RANGEL, Rafael Calmon. **Breves notas sobre a sentença que reconhece a união estável**. p. 1-2. Disponível em:

[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/artigos/Breves%20notas%20uni%C3%A3o%20est%C3%A1vel%2004\\_01\\_2011.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Breves%20notas%20uni%C3%A3o%20est%C3%A1vel%2004_01_2011.pdf). Acesso em: 16.mar.2020.

<sup>51</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.318.322 RS (2010/0105396-0). Min. Nancy Andrighi. DJ 13-04-2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19125942/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-1318322-rs-2010-0105396-0/inteiro-teor-19125943>. Acesso em: 17.mar.2020.

<sup>52</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. 16.ed. Salvador: Editora Saraiva (jur). 2019, v.6, p. 611-618.

formalmente, pelo menos - os deveres e obrigações inerentes à relação, como se o casamento tivesse um caráter mais definitivo.<sup>53</sup>

#### 2.2.4 Guarda

Atendo-se à questão da guarda, prudente informar, preliminarmente, que existem dois tipos: a compartilhada e a unilateral. Esta última, positivada no art. 1583, parágrafo 1º, CC, trata dos casos em que a guarda é exercida por apenas um dos genitores, embora ao outro caiba visitas, e corresponde, atualmente, à forma mais comum.

Acontece que essa modalidade, por vezes, acaba por privar o menor da convivência contínua e diária com um de seus pais, ainda que não seja uma regra absoluta. Por essa razão, há um incentivo dos magistrados na adoção da guarda compartilhada, apesar de que, nesses casos, deve haver uma análise dos interesses da criança/do adolescente e das condições de cada um desses genitores, não somente no âmbito econômico, como também afetivo.

Feita essa ressalva, informa-se que a guarda compartilhada é conceituada, no mesmo dispositivo legal do Código Civil, como “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”. Essa previsão tem consonância com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), vez que este positiva como dever da família, da sociedade e da Administração Pública garantir aos menores a convivência familiar.<sup>54</sup>

Contudo, necessário pontuar que, mesmo não sendo estabelecida a guarda compartilhada, subsiste a responsabilidade do não guardião em relação ao seu filho, de modo que não cabe a ele apenas fiscalizar a manutenção e educação da sua prole, como também participar da forma mais ativa possível. Isso ocorre porque não deve apenas um dos genitores suportar o ônus

---

<sup>53</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. As ações de família no novo Código de Processo Civil. **Revista de Direito de Família e das Sucessões**. v. 6. jul-set. 2018, p. 85.

<sup>54</sup> Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, **Estatuto da Criança e do Adolescente**, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm). Acesso em: 15.jul.20).

decorrente do poder familiar, muito embora nem sempre haja uma relação pacífica entre estes pais.<sup>55</sup>

Até por conta disso que é evidenciada a necessidade de um procedimento especial para a guarda e a regulação de convivência, uma vez que, após a ruptura da relação, os conflitos se manifestam mais intensamente nas questões pessoais e nas de ordem econômica, como nos alimentos. Essas situações exigem do operador do Direito uma atuação mais sensível, para que seja possível minorar os efeitos do divórcio ou da dissolução da união estável e, assim, preservar o bem estar do menor.<sup>56</sup>

Cabe ao magistrado, portanto, na ausência de acordo entre os pais, identificar a melhor forma de atender aos interesses da criança ou do adolescente em questão, analisando o equilíbrio psicológico dos responsáveis, a disponibilidade de tempo, condições de moradia e como estes interagem com o menor<sup>57</sup>. O julgador precisa se certificar, também, que não há manipulação ou qualquer estratégia de violação parental por parte dos pais em face da prole.<sup>58</sup>

Inclusive, indica-se, ainda, que há a possibilidade de implementar a guarda parcelar, que corresponde a uma variação, ocorrendo quando a guarda é seccionada em poderes-deveres específicos, os quais podem ser divididos entre cada um dos titulares conforme proporção por eles decidida<sup>59</sup>. De qualquer maneira, seja qual for o tipo de guarda adotado, deve o juiz assegurar que não haverá prejuízo do relacionamento. Para garantia disso, pode até ser determinado o acompanhamento psicológico ou psiquiátrico durante o processo.<sup>60</sup>

### 2.2.5 Regulação de convivência

---

<sup>55</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. 16.ed. Salvador: Editora Saraiva (jur). 2019, v.6, p. 283-284.

<sup>56</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. As ações de família no novo Código de Processo Civil. **Revista de Direito de Família e das Sucessões**. v. 6. jul-set. 2018, p. 86.

<sup>57</sup> Art. 1.584, II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. (BRASIL, **Código Civil**, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 17.mar.2020).

<sup>58</sup> CHAVES, Adalgisa Wiedemann. **A Guarda dos Filhos na Separação**. 2008, p. 23. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/455/novosite> Acesso em: 24.mar.2020.

<sup>59</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Guarda compartilhada: discricionariedade, situação jurídico-física do menor, alimentos e modificação do regime de guarda pela alteração do Código Civil. In: DELGADO, Mário; COLTRO, Mathias (coord.). **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009. p. 284.

<sup>60</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. 16.ed. Salvador: Editora Saraiva (jur). 2019, v.6, p. 287.

Primordialmente, importante diferenciar os institutos da guarda e da visita: como já iniciado na discussão do tópico anterior, a guarda é um dever de assistência educacional, material e moral a ser cumprido no interesse e em proveito do filho menor, de modo a garantir a sobrevivência física e o pleno desenvolvimento psíquico deste, consoante o próprio ECA<sup>61</sup>. Por sua vez, o direito de visita se relaciona à guarda descontínua, vez que se opera em intervalos de tempo.

Isso é, exposto de outra forma, assimilando com o já visto, tem-se que, na guarda unilateral, um dos genitores exerce o poder familiar mais diretamente, residindo com a criança, ao passo que o outro contribui financeiramente, pagando pensão alimentícia, e detém o direito de exercer convívio com o menor, desde que nos limites acordados.<sup>62</sup> Sobre esse direito de visita, que corresponde à regulação de convivência, a ideia é que será definido pelos próprios pais, preferencialmente. Na hipótese de as partes não obterem êxito com a firmação de um acordo, contudo, o magistrado tomará a decisão.

Ressalta-se, também, que não deve ser confundido o direito de visitas com o direito de passar um feriado com o filho, por exemplo, vez que este último se relaciona diretamente à guarda compartilhada. Isso é, nesta tipologia, o pai ou a mãe não visitam o filho, e sim possuem direito compartilhado de guarda, de modo que todos os instantes que estiverem com seu descendente são norteados por essa figura jurídica, e não pelo direito de visitas. A partir disso, as responsabilidades aumentam e a divisão das atribuições é realizada em base equânime<sup>63</sup>.

Realizadas essas distinções, relevante frisar que, via de regra, mesmo nas separações litigiosas ajuizadas anteriormente à EC 66, a partir da qual havia indicação do cônjuge culpado, será garantido o direito de convivência. Essa regra também vale para os casos em que o genitor não possui as melhores condições financeiras, embora o direito possa ser restringido ou suprimido temporariamente quando comprovado que o seu exercício é nocivo ao menor.<sup>64</sup>

Entretanto, atenta-se para o fato de que as medidas que causam separação entre pais e filhos constituem uma restrição ao direito de convivência destes. Desse modo, incumbe ao Estado se

---

<sup>61</sup> Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. ((BRASIL, **Estatuto da Criança e do Adolescente**, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm). Acesso em: 15.jul.20).

<sup>62</sup> CHAVES, Adalgisa Wiedemann. **A Guarda dos Filhos na Separação**. 2008, p. 23. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/455/novosite> Acesso em: 24.mar.2020.

<sup>63</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Guarda compartilhada: discricionariedade, situação jurídico-física do menor, alimentos e modificação do regime de guarda pela alteração do Código Civil. In: DELGADO, Mário; COLTRO, Mathias (coord.). **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009. p. 294.

<sup>64</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. 16.ed. Salvador: Editora Saraiva (jur). 2019, v.6, p. 290.

utilizar de meios para repor o contato entre os mesmos, não apenas emanando ordens destinadas ao cumprimento da decisão judicial, bem como se preocupando com a efetividade destas quando houver uma ilícita e arbitrária privação, que não sugira a proteção do interesse da criança, como é o caso da alienação parental.<sup>65</sup> Isso é, nesse sentido, explica-se que, apesar de o genitor-guardião ter o exercício mais direto do poder familiar, não poderá praticar quaisquer atos que provoquem o afastamento do outro progenitor, lesando o direito da prole à convivência familiar.

Por sua vez, cumpre pontuar que, uma vez homologado o acordo que norteia a visitação, na hipótese de haver qualquer conflito posterior relacionado, deverá ser proposta nova ação, não cabendo a resolução do litígio nos autos do processo finalizado. Ou seja, apesar de ser possível eventual discussão após o fim do processo, já que a natureza da convivência não é absoluta, não será possível na mesma ação.

Também se esclarece que, para a efetivação das visitas, faz-se importante o acompanhamento psicológico e emocional da criança, através de um profissional da área, visando evitar qualquer tipo de violência. Inclusive, como uma forma de coibir os maus-tratos físicos e/ou mentais, o entendimento atual é de que não pode o genitor ser obrigado a visitar o seu filho – e nem a ter a guarda<sup>66</sup>. Busca-se, assim, permear a relação entre os pais e suas proles de um jeito espontâneo e voluntário – por querer, e não por precisar.

Ademais, expõe-se, curiosamente, que já foi reconhecido o direito à regulação de convivência de pessoas que não os genitores – e nem os avós<sup>67</sup>, por consequência da Lei 13.398/2011, baseando-se na função da família e nas suas consequências.<sup>68</sup>

## 2.2.6 Filiação

---

<sup>65</sup> GIL, Ana Rita. A convivência familiar nos casos de regulação e exercício das responsabilidades parentais à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. **Revista do Ministério Público** nº 153. jan./mar.2018, p. 56.

<sup>66</sup> Art. 1.584, § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. (BRASIL, **Código Civil**, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 17.mar.2020).

<sup>67</sup> Art. 1.589, Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente. (BRASIL, **Código Civil**, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 17.mar.2020).

<sup>68</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. 16.ed. Salvador: Editora Saraiva (jur). 2019, v.6, p. 290-293.

Sob as óticas dos pais, em geral, tem-se que a filiação, dentre os demais tipos de parentescos, é a mais relevante. Isso se dá em razão do consolidado vínculo existente e pela sólida afetividade que dela decorre, quer seja a relação consanguínea ou não, de pais que já estiveram em um relacionamento oficial ou não.<sup>69</sup>

Ou seja, de acordo com o próprio Código Civil, art. 1593, a filiação jurídica pode ser natural, como também de outra origem, tal qual a adoção, reprodução medicamente assistida heteróloga ou socioafetiva, sendo esta última caracterizada pela convivência, afetividade e pela estabilidade nas relações familiares. Desse modo, o parentesco pode ser natural ou civil, dependendo se a origem é de consanguinidade ou diversa.<sup>70</sup>

Ocorre que, levando em consideração a importância da relação de filiação, o parágrafo 6º do art. 227, CF<sup>71</sup> determina a igualdade substancial entre os filhos, vedando qualquer conduta discriminatória e, assim, garantindo o desenvolvimento da personalidade humana e da sua dignidade. Visando assegurar essas questões, também, há desvinculação da filiação, em si, em face do relacionamento – ou ausência deste - dos progenitores ali envolvidos, como possível perceber pelo artigo 1596, CC.

Inclusive, por ser um meio de garantia dos direitos primordiais do ser humano, para que haja a filiação, devem ser preenchidos alguns requisitos fundamentais: basicamente, é preciso que ela seja uma realização pessoal para o indivíduo, e não meramente uma forma de transmissão do patrimônio dos pais para os seus filhos, que corresponde a uma consequência, obviamente, mas não à essência do instituto. Além disso, como já visto, deve haver uma segurança acerca do tipo de relacionamento cultivado, de modo que todos os filhos sejam protegidos igualmente, independentemente de como tenha se dado a filiação.<sup>72</sup>

No que diz respeito à prova desse tipo de parentesco, como disposto pelo Código de 2002, no seu artigo 1603, “a filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil”. Esse registro deve conter, ainda, os 9 itens exigidos no art. 54 da Lei dos Registros Públicos, tais como local, data e hora do nascimento, nome e prenome do indivíduo.

---

<sup>69</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 11.ed.rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm. 2019, p. 578.

<sup>70</sup> CARVALHO, Dimas Messias de. Filiação jurídica. Biológica e socioafetiva, p. 1. 2009. Disponível em: [http://ibdfam.org.br/artigos/512/Filia\\_Acesso](http://ibdfam.org.br/artigos/512/Filia_Acesso) em 24.mar.2020.

<sup>71</sup> Art. 227, § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL, **Constituição Federal**, 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 09.set.19).

<sup>72</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 11.ed.rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm. 2019, p. 336-337.

O Código Civil confere<sup>73</sup>, por exemplo, a possibilidade de comprovação por apresentação de testamento ou manifestação expressa e direta perante o magistrado relativa ao reconhecimento da filiação, nos casos em que este é realizado voluntariamente. A partir disso, os meios de prova dessa relação foram ampliados, tendo extrema importância tanto as questões fáticas quanto provas periciais e testemunhais, além das documentais puras e simples.<sup>74</sup>

Finalizada a exposição sobre as ações de família propriamente ditas, apresentam-se, no tópico seguinte, as suas particularidades.

### 2.3 AS PARTICULARIDADES MATERIAIS DAS AÇÕES FAMILIARES DENTRO DO DIREITO CIVIL

As relações de família são marcadas, primordialmente, pela natureza continuativa, resultando na consagração de princípios peculiares, tais como os da afetividade, da convivência e do melhor interesse do menor, por exemplo.<sup>75</sup> Ocorre que, na prática, os conceitos a elas relacionados estruturam-se em uma ideia do que a família deveria ser, e não do que efetivamente é.

Isso se dá em razão das famílias adoecidas na nossa sociedade, onde impera a violência e a violação de direitos de todo o tipo, que correspondem a um número significativo.<sup>76</sup> Inclusive, muitos dos litígios familiares acontecem e são potencializados em razão dos seus desfechos.

Ou seja, o fim dos relacionamentos tende a fazer com que os indivíduos ali envolvidos mostrem as suas faces mais cruéis, descarregando certa belicosidade nas causas familiares, como uma forma de amenizar o sofrimento. Por conta disso, foi sendo firmado, gradativamente, o

---

<sup>73</sup> Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I - no registro do nascimento;

II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes. (BRASIL, **Código Civil**, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 17.mar.2020)

<sup>74</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. 16.ed. Salvador: Editora Saraiva (jur). 2019, v.6, p. 25-31.

<sup>75</sup> TARTUCE, Fernanda. **Ações de Família**, 2018, p. 2. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/169/edicao-1/acoes-de-familia>. Acesso em: 17.mar.2020.

<sup>76</sup> HATEM, Daniela Soares. **A evolução dos conceitos de família**. *Revista de Direito Privado*. v. 61. jan./mar.2015. p. 308.

entendimento de que, quando o processo trata de conflito no âmbito do Direito de Família, pode surgir a necessidade de sobrepor questões de caráter material em face de regras de natureza formal e instrumental, como destacado por Denise Damo Comel.<sup>77</sup>

Pontua-se, ainda, que levando em consideração toda a peculiaridade inerente a essas causas, originou-se um novo princípio processual no ordenamento jurídico brasileiro, qual seja o princípio constitucional da efetividade da prestação jurisdicional nos litígios familiares, proveniente da Emenda Constitucional nº 45 de 2004. Inclusive, à medida em que a EC nº 45/04, conhecida como “Reforma do Judiciário”, foi recepcionada, esse princípio passou a ter o status de garantia constitucional<sup>78</sup>.

Vale rememorar que o tratamento especial das ações de família se direciona, principalmente, às formas alternativas de solução de conflitos, que são medidas obrigatórias em ações desta espécie. Apenas na hipótese de não obterem êxito, há a efetiva judicialização.

Ainda assim, vislumbrou-se uma mudança na atuação do juiz: por conta da busca pela pacificação, o seu poder geral de atuação acaba sendo concebido mais como um dever do que uma faculdade, tornando o seu desempenho de ofício uma imposição. Isso ocorre porque o intuito, aqui, é que o Estado, por meio do Judiciário, como responsável pela gestão da maioria dos litígios existentes na sociedade, resolva-os em tempo razoável e de forma satisfatória, evitando causar ainda mais danos às partes.

Contudo, os julgadores devem se atentar para que não seja colocada em risco a base da coletividade em detrimento da obtenção de uma conclusão mais célere. Sendo assim, sinteticamente, deve ser respeitado o trâmite processual, com seus devidos princípios e regras.

Atendo-se à questão da materialidade, por sua vez, importante tratar da discussão suscitada por Daniela Soares Hatem<sup>79</sup> sobre a definição de família, no sentido de enquadrá-la como um fato natural ou cultural. Na hipótese de adequação à primeira categoria, a relação de causalidade seria direcionada à fecundação e aos seus desdobramentos, embora sem deixar de lado a vontade humana e a capacidade decisória relativa à sua ocorrência ou não; por ser natural e intrínseca ao ser humano, portanto, a família não se extinguiria. Entretanto, se encarada sob a

---

<sup>77</sup> DAMO COMEL, Denise. **A mitigação do Processo Civil no Direito de Família**. 2017, p. 2-3. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/mitigacao-do-processo-civil-no-direito-de-familia/>. Acesso em: 17.nov.2019.

<sup>78</sup> Art. 5º, LXXVIII. a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (BRASIL, **Constituição Federal**, 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 09.set.19).

<sup>79</sup> HATEM, Daniela Soares. **A evolução dos conceitos de família**. Revista de Direito Privado. v. 61. jan./mar.2015, p. 305.



outra ótica, a família seria uma estrutura cultural, que reúne integrantes com funções próprias e específicas, sendo o elemento principal desse vínculo um elo cultural, e não natural.

O entendimento que deve prevalecer, porém, é o da visão pluralista da família, que enlaça no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos originados em um elo de afetividade, independentemente de sua confirmação. Assim, o desafio, que corresponderia a achar o toque identificador das relações interpessoais que permita o reconhecimento como família, tem como referencial o envolvimento emocional levado pela vontade, que subtrai dos vínculos o direito obrigacional, ainda que gere responsabilidades e comprometimentos mútuos.<sup>80</sup>

Terminada essa discussão, remete-se, em seguida, à análise do direito probatório, tratando de conceitos preliminares e algumas classificações, dando enfoque à prova ilícita.

### **3 CONCEITOS INICIAIS DO DIREITO PROBATÓRIO E A PROVA ILÍCITA NO PROCESSO CIVIL**

A Constituição Federal de 1988, conhecida como “Constituição Cidadã”, positiva, no art. 5º, XXXV<sup>81</sup>, e ao longo do seu texto, a garantia do acesso à Justiça pelos cidadãos, uma vez havendo a necessidade. Porém, para que essa ação seja deflagrada e solucionada com os devidos juízos de admissibilidade e mérito, faz-se necessário o cumprimento de alguns requisitos básicos.

Tendo isso em vista, entende-se que, no ajuizamento desta, é preciso não apenas a alegação da ocorrência do fato conflituoso, como também a prova (ou tentativa de prova, pelo menos) que este efetivamente ocorreu. Então, para promover a segurança jurídica durante esse processo e garantir a sua justiça, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com todos os seus recursos pertinentes, como é determinado no inciso LV do mesmo dispositivo legal supracitado.

Em relação aos meios de defesa, ainda, tem-se que o CPC de 2015 trouxe uma garantia conhecida como contraditório substancial. Essa garantia visa assegurar aos indivíduos não

---

<sup>80</sup> HATEM, Daniela Soares. **A evolução dos conceitos de família**. Revista de Direito Privado. v. 61. jan./mar.2015, p. 307.

<sup>81</sup> Art. 5º, XXXV. A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. (BRASIL, **Constituição Federal**, 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 09.set.19)

apenas a paridade de armas e o direito de manifestação, como também os direitos à não-surpresa e à influência sobre o resultado da decisão.<sup>82</sup>

Com efeito, o processo democrático não pode tolerar construções de resultados processuais que sejam fruto do puro discricionarismo do juiz. A participação de todos os sujeitos do processo na formação do provimento jurisdicional é uma imposição da constitucionalização da tutela jurisdicional.<sup>83</sup>

Voltando à prova dos fatos em si, determina-se que essa deve se dar por vias adequadas a fixá-los em juízo, podendo variar conforme a natureza do ato – ou seja, um mesmo fato pode ser provado de diversas formas.<sup>84</sup> O Código de Processo Civil<sup>85</sup> também trata dos meios pelos quais as partes podem se utilizar para provar a verdade fática, determinando que todos os legais, bem como os moralmente legítimos, são viáveis, ainda que não estejam propriamente especificados no Código.

Dessa forma, vislumbra-se que a prova, a qual figura como direito fundamental, também estando presente em tratados internacionais<sup>86</sup>, é peça essencial para o desdobramento e efetividade da ação processual.<sup>87</sup> Válido pontuar, ainda, que, quando se fala em prova, deve-se pensar no conjunto probatório dos autos, que inclui tanto as provas típicas como as atípicas.

Em havendo provas típicas concludentes, tais como uma perícia bem fundamentada, documentos consistentes ou depoimentos coerentes, por exemplo, o aproveitamento de provas atípicas terá caráter meramente complementar, não superando a força probante das primeiras. Na hipótese de precariedade das provas típicas, por outro lado, será autorizado o aproveitamento das provas atípicas, embora de acordo com prudente critério do juiz<sup>88</sup>.

<sup>82</sup> BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. Fundamentação das decisões judiciais – Mudanças no Judiciário face o CPC 2015. In: JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata Christiana Vieira Maia; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; LANNA, Helena (Coord.). **Inovações e modificações do Código de Processo Civil. Avanços, desafios e perspectivas**. Belo Horizonte: DelRey Editora, 2017, p. 47.

<sup>83</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do Direito Processual Civil, processo de conhecimento, procedimento comum**. 60.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019, v.1. p. 906.

<sup>84</sup> BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. 14. ed. **Curso de Direito Processual Civil. Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, v.2. p. 51

<sup>85</sup> Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz. (BRASIL, **Código de Processo Civil**, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm). Acesso em: 09.set.19)

<sup>86</sup> Exemplificando, Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

<sup>87</sup> BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. 14. ed. **Curso de Direito Processual Civil. Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, v.2. p. 53

<sup>88</sup> LOPES, João Batista. Provas atípicas e efetividade do processo. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Vol. V. Rio de Janeiro: Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Disponível em: 14.jun.2020. Acesso em: [www.e-publicacoes.uerj.br](http://www.e-publicacoes.uerj.br), p. 14.

Assim, tem-se que tudo dependerá do exame de cada caso, sem que se possa, a priori, estabelecer regras rígidas para a solução da questão. Nesse sentido, será feita uma análise mais própria das espécies probatórias existentes, trazendo algumas exemplificações.

### 3.1 ESPÉCIES DE PROVA

As decisões jurídicas são consequência de um convencimento produzido a partir da análise de variadas circunstâncias, fáticas ou não, que toma como base diversos elementos probatórios.<sup>89</sup> Destaca-se, a partir disso, a relevância das provas, que possuem o condão de moldar e servir como fundamentação na aplicação do Direito pelo intérprete da lei.

Evidente, portanto, que não é toda e qualquer prova que será admitida como parte do processo. Todavia, dentre as diversas classificações existentes, a presente monografia limitou-se a analisar as atípicas e típicas, ilícitas e lícitas, e a traçar um paralelo entre legitimidade e licitude.

#### 3.1.1 Provas atípicas x provas típicas

Basicamente, existem as provas típicas, que possuem previsão legal, e as atípicas, que não se encontram expressas na lei.<sup>90</sup> Dentre as típicas, são exemplos de meios de prova a pericial, documental, testemunhal, o depoimento pessoal, a inspeção judicial e a confissão.

Por sua vez, as atípicas, também chamadas de inominadas, apesar de não estarem reguladas expressamente no ordenamento, podem servir como elementos úteis de revelação da verdade. Isso porque, nestas fontes de convencimento, o magistrado pode encontrar um melhor embasamento, a depender das necessidades do caso.

Como exemplos desses meios de provas atípicos, têm-se, além da presunção e dos indícios<sup>91</sup>, a reconstituição dos fatos, o esclarecimento diretamente em juízo pelos peritos, bem como a

---

<sup>89</sup> BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. 14. ed. **Curso de Direito Processual Civil. Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, v.2, p. 49.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 112.

<sup>91</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do Direito Processual Civil, processo de conhecimento, procedimento comum**. 60.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019, v.1. p. 944-945.

apresentação de pareceres técnicos e documentos elucidativos pelas partes.<sup>92</sup> Sendo assim, há uma efetiva contribuição destas para o deslinde da causa.

Ingressam ainda neste rol de provas atípicas as declarações fornecidas por terceiros; ou comportamento das partes e das testemunhas fora do processo, sob cujas circunstâncias podem ter inequívoca influência na formação do convencimento do juiz, como no caso de entrevistas concedidas à imprensa falada, escrita e televisada.<sup>93</sup>

Segundo José Carlos Barbosa Moreira<sup>94</sup>, é evidente que o direito à prova implica, tecnicamente, a ampla possibilidade de utilizar quaisquer meios probatórios disponíveis, sendo a admissibilidade a regra. Nesse ponto, as exceções precisam ser justificadas, trazendo alguma razão relevante.

Esse é o princípio fundamental, refletido nos ordenamentos modernos a partir da permissão dos meios tradicionais – meios, esses, geralmente regulados em textos legais específicos, abandonando a enumeração taxativa antes imperiosa. Recorre-se, portanto, a “expedientes não previstos em termos expressos, mas eventualmente idôneos para ministrar ao Juiz informações úteis à reconstituição dos fatos”<sup>95</sup>, configurando as provas atípicas.

Entende-se, enfim, que, desde que sejam respeitados alguns limites pertinentes, tanto os meios atípicos quanto os típicos são admitidos nos processos, haja vista a autorização concedida pela Lei, prescindindo de previsão expressa do meio utilizado. Importante ressaltar, contudo, que uma prova típica inadmitida por descumprir alguma norma, por exemplo, não será permitida como atípica, normalmente. Isso porque, nessa situação, seria configurada uma fraude à lei<sup>96</sup>, servindo a admissão como uma forma de encobrir a violação legal.<sup>97</sup>

Nesse sentido, enfatiza-se que as provas atípicas não serão ilegais, necessariamente. Ou seja, é possível que existam provas não previstas expressamente em lei que não conflitem com qualquer regra legal<sup>98</sup>.

Finda essa parte, passa-se, agora, ao estudo dos meios de provas típicos e atípicos.

<sup>92</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+ilícita+no+Direito+de+Fam>. Acesso em: 16.nov.2019. p.1.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 1.

<sup>94</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. **Revista do Ministério Público. Edição Comemorativa**. Rio de Janeiro: nº 1, v.1. jan/jun. 2015. p. 175.

<sup>95</sup> *Ibidem*. p. 175.

<sup>96</sup> Art. 142. Convencendo-se, pelas circunstâncias, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, o juiz proferirá decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé. (BRASIL, **Código de Processo Civil**, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm). Acesso em: 09.set.19)

<sup>97</sup> BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. 14. ed. **Curso de Direito Processual Civil. Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, v.2. p. 113.

<sup>98</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Provas atípicas. **Revista de Processo**. Vol. 76, Out-Dez, 1994, p. 125.

### 3.1.1.1 Meios de prova típicos

Brevemente, expõem-se alguns dos meios probatórios típicos anteriormente citados, iniciando pela prova documental, que deve ser produzida, via de regra<sup>99</sup>, na instrução da petição inicial, quando pelo autor, ou na instrução da contestação, quando pelo réu.<sup>100</sup> Válido lembrar que a força probatória, aqui, é determinada pelo tipo de documento e pelas consequências atreladas à sua autoria - isso é, se o documento for público, haverá presunção de legitimidade e veracidade.<sup>101</sup>

Também se pontua que, uma vez produzida a prova documental, a parte contrária será intimada a apresentar manifestação. Com isso, garantem-se o contraditório e a ampla defesa.

Além deste meio, existe o testemunhal, consubstanciado na declaração de um terceiro que, em juízo, afirme ter presenciado os fatos suscitados nos autos (testemunha presencial) ou, pelo menos, ter tomado conhecimento por informações de alguém que o fez.<sup>102</sup> Sobre esse meio, esclarece-se que, na impossibilidade de produção probatória desencadeada pelo falecimento ou grave enfermidade acometida à testemunha, pode ser admitida a juntada aos autos de declarações subscritas por terceiros relativa a processo distinto, mas a eles relacionado.

Não se pode questionar o fato de que as meras declarações não se equiparam ao depoimento testemunhal prestado sob o crivo do contraditório. Entretanto, estas podem ajudar na convicção do magistrado, se em harmonia com o conjunto probatório. Frisa-se, contudo, a importância da cautela na recepção da determinada prova, justamente pela particularidade da sua defesa<sup>103</sup>.

Humberto Theodoro Júnior<sup>104</sup> trata, ainda, do depoimento pessoal, que corresponde à realização, no curso do processo, de interrogatório das partes, de forma que estas se submetem ao comparecimento em juízo para responder o que for perguntado pelo magistrado. Caso o

<sup>99</sup> Art. 434, caput. Incumbe à parte instruir a petição inicial ou a contestação com os documentos destinados a provar suas alegações. (BRASIL, **Código de Processo Civil**, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm). Acesso em: 09.set.19)

<sup>100</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 11.ed. São Paulo: Editora Método. 2019, v. único. p. 770.

<sup>101</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil. Tutela dos Direitos mediante procedimento comum**. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2019, v.2. p. 388.

<sup>102</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Op cit.*, 2019, p. 771-772.

<sup>103</sup> LOPES, João Batista. Provas atípicas e efetividade do processo. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Vol. V. Rio de Janeiro: Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Disponível em: 14.jun.2020. Acesso em: [www.e-publicacoes.uerj.br](http://www.e-publicacoes.uerj.br), p. 8.

<sup>104</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do Direito Processual Civil, processo de conhecimento, procedimento comum**. 60.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019, v.1. p. 973.

indivíduo intimado, mesmo advertido da sanção, não compareça ou se recuse a depor, pode o juiz aplicar pena de confissão<sup>105</sup>.

Inclusive, como versa o mesmo autor<sup>106</sup>, a confissão também é um meio legal de prova, ocorrendo quando a parte admite a verdade de um fato contrário ao seu interesse (em juízo ou fora dele), dando razão ao seu adversário. Válido ressaltar, contudo, que pode ser que ocorra a confissão e ainda assim o confitente saia vitorioso, vez que esta é apenas uma das provas que serão consideradas.

Por fim, traz-se a figura da prova pericial, admissível quando necessário algum conhecimento especial impróprio do juiz médio para deslinde de um fato, fazendo-se obrigatória a presença de um profissional da área.<sup>107</sup> Assim, tendo sido realizada essa breve exposição sobre alguns dos meios probatórios típicos, remete-se à análise dos atípicos.

### 3.1.1.2 Meios de prova atípicos

É apontado por José Carlos Barbosa Moreira<sup>108</sup> que todos os juízes já devem ter tido a oportunidade de se utilizar de fontes não expressamente dispostas em lei – ou expressas, mas de forma distinta, para obter conhecimento sobre determinados fatos. Isso porque as provas tipicamente previstas acabam, de certo modo, esgotando as possibilidades de alcance dessas informações – o que não é de todo problemático, obviamente, vez que limites precisam ser traçados para o bom desenvolvimento do processo.

Contudo, por vezes, o que é alterado, a partir das provas atípicas, não é a fonte, em si, mas tão somente a forma de análise do documento e o modo que o julgador retira o conhecimento útil deste. Dito de outra forma, a prova pode ser atípica por constituir espécie distinta daquelas

---

<sup>105</sup> Art. 385. Cabe à parte requerer o depoimento pessoal da outra parte, a fim de que esta seja interrogada na audiência de instrução e julgamento, sem prejuízo do poder do juiz de ordená-lo de ofício.

§ 1º Se a parte, pessoalmente intimada para prestar depoimento pessoal e advertida da pena de confissão, não comparecer ou, comparecendo, se recusar a depor, o juiz aplicar-lhe-á a pena. [...] (BRASIL, **Código de Processo Civil**, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm). Acesso em: 09.set.19)

<sup>106</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do Direito Processual Civil, processo de conhecimento, procedimento comum**. 60.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019, v.1, p. 977.

<sup>107</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil. Tutela dos Direitos mediante procedimento comum**. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2019, v.2. p. 407-408.

<sup>108</sup> *Ibidem*, p. 114.

positivadas na lei, ou por ser colhida de modo diferente da utilizada na prova típica que a ela corresponde.<sup>109</sup>

Ademais, manifesta-se João Batista Lopes<sup>110</sup>, indicando que a admissão de provas atípicas se justifica pelo princípio do contraditório, que não se exaure no binômio informação-reação, incluindo, também, o direito à prova. Direito à prova, este, que se relaciona à produção de provas pertinentes e adequadas ao caso, à demonstração de que as provas produzidas pelo adversário não são concludentes ou idôneas e à valoração probatória segundo critérios técnicos admitidos pelo sistema.

Importante ressaltar, porém, que essa utilização das mesmas fontes de conhecimento tradicionais de forma diversa da prevista em lei não pode ser considerada como sinônimo de ilegitimidade ou ilicitude. Na realidade, consoante tratado por Theodoro Júnior<sup>111</sup>, esses meios probatórios atípicos, embora não arrolados legalmente, são “moralmente legítimos”, sendo fruto da posição liberal adotada pelo Código de 1973 e repetida no de 2015, que pretere o formalismo em face do anseio pela busca da verdade material.

Exemplificando as provas atípicas, têm-se os indícios e as presunções. Rememora-se, entretanto, que os conceitos destes não se confundem, de modo que o primeiro é apenas o ponto inicial para se alcançar o segundo. Assim, “quando a lei não chega a uma qualificação definitiva de certo fato como suficiente para autorizar o reconhecimento de outro, não se pode entrever, ainda, a presunção”.<sup>112</sup>

Há, na verdade, como trata José Carlos Barbosa Moreira<sup>113</sup>, dois fatos distintos, quais sejam o fato-indício e o fato a cujo respeito é preciso formar a convicção para decidir a causa. Não pode, contudo, ser negada a correlação existente entre os dois.

---

<sup>109</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil. Tutela dos Direitos mediante procedimento comum**. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2019, v.2. p. 407-408, p. 115.

<sup>110</sup> LOPES, João Batista. Provas atípicas e efetividade do processo. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Vol. V. Rio de Janeiro: Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Disponível em: 14.jun.2020. Acesso em: [www.e-publicacoes.uerj.br](http://www.e-publicacoes.uerj.br), p. 4.

<sup>111</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do Direito Processual Civil, processo de conhecimento, procedimento comum**. 60.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019, v.1. p. 944-946.

<sup>112</sup> *Ibidem*, p. 946.

<sup>113</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Provas atípicas. **Revista de Processo**. Vol. 76, Out-Dez, 1994, p. 120.

Por sua vez, em relação aos indícios, João Batista Lopes<sup>114</sup> entende que um dos seus exemplos, em rigor técnico, é o comportamento das partes, dentro e fora do processo, que pode ser utilizado pelo juiz na motivação da sentença. Dentre as condutas que podem ser levadas em consideração, expõe-se o não comparecimento ao interrogatório informal estabelecido pelo julgador; a recusa em submeter-se a exame médico e o silêncio da parte quando tem obrigação de falar.

Inclusive, no que diz respeito às presunções, Theodoro Júnior<sup>115</sup> afirma que, na realidade, elas não se tratam propriamente de meio de prova, mas sim de um tipo de raciocínio. Ou seja, os julgadores, ao presumirem, seguem um caminho marcado pela lógica, baseando-se em experiências passadas – isso é, no que normalmente acontece.

Ainda sobre as presunções, observa-se que há a judicial e a legal<sup>116</sup>. A judicial ocorre quando a atividade instrutória se revela incapaz de ministrar, de forma direta, elementos suficientes à efetiva convicção do julgador, embora exista material probatório hábil a sustentar, pelo menos, o seu convencimento.

Nessa situação, a partir da relação entre o conhecido e o desconhecido, é possível supor com forte dose de probabilidade do ocorrido, ainda que sem absoluta certeza. E, nessas circunstâncias, como já visto, vale-se o magistrado do seu conhecimento adquirido, ainda que não seja desconsiderado o ponto inicial, qual seja a valoração probatória.<sup>117</sup>

No que tange à presunção legal, sumariamente, ao invés de ser dado ao órgão judicial a responsabilidade para estabelecer a correlação entre os dois fatos, o próprio legislador terá essa atribuição - assim, é excluída, em certa medida, a valoração do juiz. Informa-se, ainda, que a presunção legal se subdivide em relativa e absoluta, a depender da possibilidade ou relevância da produção de prova em contrário.

Lado outro, existem outros tipos de provas atípicas, como as reportagens ou notícias de jornais, televisão e internet. Entende-se, a partir destas, que não é razoável descartar a importância dos meios de comunicação social na formação da opinião pública – e, evidentemente, do julgador.

---

<sup>114</sup> LOPES, João Batista. Provas atípicas e efetividade do processo. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Vol. V. Rio de Janeiro: Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Disponível em: 14.jun.2020. Acesso em: [www.e-publicacoes.uerj.br](http://www.e-publicacoes.uerj.br), p. 8-9.

<sup>115</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do Direito Processual Civil, processo de conhecimento, procedimento comum**. 60.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019, v.1. p. 944-946.

<sup>116</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. As presunções e a prova. In: **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva. 1977. p. 3-4. Disponível em: [edisciplinas.usp.br](http://edisciplinas.usp.br). Acesso em: 23.jun.2020.

<sup>117</sup> *Ibidem*, p. 3-4.



Por seu turno, pontua-se que o magistrado não pode decidir, apenas, com base em notícias ou reportagens da mídia, tendo em vista que são notórias as influências que podem comprometer a credibilidade do julgamento. Isso é, muito embora seja possível distinguir a reportagem criteriosa da sensacionalista, a notícia institucional da mera especulação, a informação da mídia, desacompanhada de outros elementos probatórios, não é suficiente para atender à garantia constitucional da motivação das decisões judiciais<sup>118</sup>.

Remete-se, em seguida, à conceituação das provas ilícitas e as lícitas, com a consequente distinção entre ambas.

### 3.1.2 Provas ilícitas x provas lícitas

A definição de prova, para Marinoni, Arenhart e Mitidiero<sup>119</sup>, pode assumir diferentes conotações. De modo básico, contudo, entende-se prova como o instrumento que influencia na ampla liberdade de convencimento regente da atividade judicial. Segundo os mesmos autores, se a prova é ilícita, em oposição à lícita, há certa desconformidade com o direito.<sup>120</sup>

Cássio Scarpinella Bueno<sup>121</sup>, ainda, faz uma distinção entre a prova ilícita, a rigor, e a obtida por meio ilícito: enquanto a ilícita fere diretamente o ordenamento jurídico e seus princípios norteadores, tendo como exemplo a tortura, a outra é tolerada pelo sistema, a depender da situação em questão. É disposto como exemplo, nessa última hipótese, a oitiva de conversas telefônicas não autorizadas nos termos da lei - isso é, o que é ilícito, na verdade, é o meio empregado na produção probatória, vez que, nesses casos, há indispensabilidade da autorização do julgador.

Thiago André Pierobom de Ávila<sup>122</sup> apresenta posicionamento diferente ao adotado por Bueno: é possível perceber que ele trata a ilicitude de modo único, não traçando distinção de tratamento

<sup>118</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. As presunções e a prova. In: **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva. 1977, p. 10. Disponível em: [edisciplinas.usp.br](http://edisciplinas.usp.br). Acesso em: 23.jun.2020.

<sup>119</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil. Tutela dos Direitos mediante procedimento comum**. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2019, v.2. p. 259.

<sup>120</sup> *Ibidem*, p. 322-323.

<sup>121</sup> SCARPINELLA BUENO, Cássio. **Manual de Direito Processual Civil**. v. único. 2.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. Disponível em: <https://hernandofernandes.com.br/wp-content/uploads/2018/11/785-Manual-de-Direito-Processual-Civil-Cassio-Scarpinella-Bueno-2-Ed-Editora-Saraiva-2016.pdf>. Acesso em: 06.jul.2020. p. 54-55.

<sup>122</sup> ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas Ilícitas e Proporcionalidade**. EDITORA LUMEN JURIS, Rio de Janeiro, 2006; Disponível em:

entre a que se dá diante do objeto ou do meio empregado para a sua produção. O autor<sup>123</sup> também alega que, embora vários outros países tenham tratamento oscilante sobre essas provas, o maior debate se dá por conta da ausência de regramento do tema a nível constitucional – o que não acontece no Brasil.

Assim, as discussões sobre a possibilidade irrestrita de admissibilidade da prova ilícita estão constitucionalmente superadas, já que a Constituição estabelece o ponto de partida hermenêutico, ainda que alguns autores nacionais ainda hoje defendam a tese da admissibilidade da eficácia jurídica da prova ilícita.<sup>124</sup>

A inadmissibilidade da prova ilícita, que tem previsão legal no artigo 5º, inciso LVI<sup>125</sup>, CF, é fundamentada a partir da relação com alguns princípios, tais quais o da intimidade e o da privacidade, tutelados em níveis constitucional e infraconstitucional. O direito fundamental a esses princípios resguarda a vida íntima e a vida privada da pessoa, sendo que por vida íntima se entende a esfera que diz respeito ao relacionamento da pessoa consigo mesma; a vida privada, por sua vez, remete ao relacionamento do indivíduo com um número restrito de pessoas, como a sua família e amigos, por exemplo.<sup>126</sup>

Ademais, em relação aos efeitos, é proposta uma diferenciação por Braga, Didier Jr. e Oliveira<sup>127</sup>: na verdade, a prova ilícita não é falsa, mas sim defeituosa – ou seja, o problema dela relaciona-se à nulidade, e não à falta de correspondência com a verdade. Sobre essa questão, ainda, versa Carvalho Filho<sup>128</sup>: “Numa acepção mais técnica, pode-se dizer que a ilicitude da prova tem dois momentos distintos: uma consequência imediata, que é a declaração de sua ilicitude; e uma consequência mediata, que é seu desentranhamento e destruição.”

Dessa forma, a decisão que se baseia exclusivamente em prova eivada de ilicitude é considerada nula e rescindível, podendo gerar responsabilização ao sujeito que a produziu. Por outro lado,

<http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3103/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20THIAGO%20ANDR%C3%89%20PIEROBOM%20DE%20C3%81VILA-%20Provas%20II%C3%ADcitas.pdf>. Acesso em: 15.nov.2019. p. 99.

<sup>123</sup> ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas Ilícitas e Proporcionalidade**. EDITORA LUMEN JURIS, Rio de Janeiro, 2006; Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3103/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20THIAGO%20ANDR%C3%89%20PIEROBOM%20DE%20C3%81VILA-%20Provas%20II%C3%ADcitas.pdf>. Acesso em: 15.nov.2019, p. 93.

<sup>124</sup> *Ibidem*, p. 99.

<sup>125</sup> Art. 5º, LVI. São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. (BRASIL, **Constituição Federal**, 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 09.set.19)

<sup>126</sup> BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. 14. ed. **Curso de Direito Processual Civil. Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, v.2. p. 119.

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 123.

<sup>128</sup> CARVALHO FILHO, Líbero Penello de. Exceção à limitação das provas ilícitas – legalismo versus verdade. In: ZAKAREWICZ, Adriana (editora-chefe). **Revista Síntese Direito de Família, Parte geral**. nº 78, Zakarewicz Editora, jun./jul.2013, p. 8.

se o julgamento também tiver outros fundamentos não pautados na defeituosa, apenas haverá a desconsideração desta última.

Isso é, entende Moreira<sup>129</sup> que a nulidade só será aplicada quando se tratar do único fundamento, ou, pelo menos, fundamento principal da decisão. Porém, se o magistrado se pautar em outras razões, sendo estas suficientes à manutenção da decisão, não haverá motivo para alteração do conteúdo e, conseqüentemente, para invalidação do julgamento.

Além da Constituição Federal, o Código de Processo Penal (CPP) também trata dessa vedação, dispondo, no seu art. 157<sup>130</sup>, que as provas ilícitas, que são as obtidas mediante violação de normas constitucionais ou legais, são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas dos autos processuais.

### 3.1.3 Distinção entre legitimidade e licitude

Como pontuado por Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira<sup>131</sup>, a prova ilícita corresponde àquela obtida a partir da violação de alguma regra de direito material. A ilegítima, por sua vez, origina-se do descumprimento de alguma norma de direito processual.

A ilegítima, portanto, acaba por contrariar a boa-fé objetiva, que se trata de um princípio. Ocorre que a violação de um princípio, que, no final das contas, corresponde a uma norma jurídica, transforma a prova, antes ilegítima, em ilícita. Por conta disso, na prática, não haveria grande relevância na distinção dos conceitos, visto que, independente da natureza jurídica, as provas, nesses termos, seriam proibidas nos processos em ambos os casos.

Sobre a prova ilicitamente obtida, ainda, Rolf Madaleno<sup>132</sup> aduz que esta “fere de morte os direitos fundamentais previstos pela Constituição Federal e atinentes à intimidade, à liberdade e à dignidade humana, além de outras garantias definidas em normas infraconstitucionais”.

<sup>129</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. **Revista do Ministério Público. Edição Comemorativa**. Rio de Janeiro: nº 1, v.1. jan/jun. 2015. p. 180.

<sup>130</sup> Art. 157, caput. são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (BRASIL, **Código de Processo Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 12.set.19).

<sup>131</sup> BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de.14. ed. **Curso de Direito Processual Civil. Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, v.2. p. 115.

<sup>132</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+ilícita+no+Direito+de+Fam>. 2016. Acesso em: 16.nov.2019. p. 1.

Importa salientar que situar o direito à prova entre os direitos humanos e fundamentais significa: a) relacioná-lo com a promoção e a defesa da dignidade humana; b) atribuir-lhe o regime jurídico próprio daqueles direitos; e c) tornar possível à parte denunciar a sua violação à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, visando o seu pleno gozo e à reparação dos danos eventualmente sofridos em razão desta violação.<sup>133</sup>

Lado outro, o autor<sup>134</sup> também estabelece que os direitos fundamentais vinculados à intimidade e à dignidade da pessoa encontram larga proteção nas demandas cíveis, especialmente nas causas relativas ao Direito de Família. Isso ocorre porque, nas ações familiares, são discutidos bens mais peculiares e sensíveis, dignos de uma maior proteção.

Haveria, portanto, uma necessidade de preservação da intimidade dos cônjuges, da integridade psíquica dos filhos e garantia da subsistência onde houver dependência alimentar, por exemplo. Desse modo, acredita Madaleno<sup>135</sup> que, com base no princípio da proporcionalidade, e levando em consideração a particularidade das causas de Família, seria permitida a utilização de provas ilícitas.

Ademais, José Carlos Barbosa Moreira<sup>136</sup>, dizendo respeito às áreas do âmbito jurídico, de modo geral, alega que o essencial é pôr em realce o caráter relativo do princípio constitucional alusivo à inadmissibilidade das provas adquiridas ilicitamente. Isso é, há certos momentos que as normas previstas no sistema entram em conflito, devendo ser ponderados os interesses e valores existentes. De tal sorte, para assegurar a harmonia do conjunto, faz-se necessário, por vezes, tolerar determinadas situações.

Ainda sobre ponderação, deve ser feita a distinção entre os conceitos de regra e princípio, vez que esta corresponde à base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais, bem como uma chave para a solução de problemas a eles relacionados. Ou seja, a diferenciação se faz indispensável para tratar das restrições, colisões e do papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico.<sup>137</sup>

Assim, muito embora ambos sejam razões para juízos concretos de dever-ser, os princípios e as regras são normas de espécies distintas. Dentre as suas diferenças, dois dos critérios utilizados

<sup>133</sup> ALMEIDA, Cleber Lúcio de. **A prova como direito humano e direito fundamental das partes do processo judicial**. Belo Horizonte. 2011. Disponível: [https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-8MRFX8/1/cleber\\_almeida\\_27.04.11.pdf](https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-8MRFX8/1/cleber_almeida_27.04.11.pdf). Acesso em: 16.nov.2019. p. 12.

<sup>134</sup> MADALENO, Rolf. *Op cit.*, 2016, p. 1.

<sup>135</sup> *Ibidem*, p. 1.

<sup>136</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. **Revista do Ministério Público. Edição Comemorativa**. Rio de Janeiro: nº 1, v.1. jan/jun. 2015. p. 179.

<sup>137</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. Malheiros Editores. 2008. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Disponível em: [https://www.academia.edu/36864983/Alexy\\_robert\\_teorias\\_dos\\_direitos\\_fundamentais](https://www.academia.edu/36864983/Alexy_robert_teorias_dos_direitos_fundamentais). Acesso em: 21.jun.2020. p. 87-88.

são o da determinabilidade dos casos de aplicação e o da generalidade, a partir do qual se tem que os princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o das regras é relativamente baixo.

Contudo, como fator importante para a presente discussão, traz-se o ponto decisivo na distinção entre ambas as normas, qual seja o fato de que os princípios são tidos como mandamentos de otimização, de modo que podem ser satisfeitos em graus variados. Dito de outra forma, eles ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, enquanto a regra quando válida, determina que deve se fazer exatamente aquilo que ela exige - nem mais, nem menos.

Desse modo, na hipótese de colisão entre dois princípios, um deles terá que ceder. Todavia, isso não significa que o princípio cedente deve ser tido como inválido, mas tão somente que um deles tem preferência em face do outro naquela determinada situação, por conta dos diferentes pesos a eles atribuídos.<sup>138</sup>

Inclusive, ainda sobre os princípios, informa José Afonso da Silva<sup>139</sup> que existem os gerais constitucionais e os fundamentais. Os primeiros formam uma teoria geral, envolvendo conceitos genéricos, relações e objetos; os fundamentais, por sua vez, conferem coerência ao sistema, sendo utilizados como critério de interpretação e integração.

Atendo-se ao previamente exposto, contudo, conclui-se que há embasamento para a discussão relativa à admissão das provas adquiridas ilicitamente, tendo em vista não só a sensibilidade do ramo do Direito de Família, como também a possibilidade de ponderação dos princípios, havendo colisão entre eles no caso concreto. Dito isto, passa-se, a seguir, à análise do momento de produção probatório.

### 3.2 MOMENTO DE PRODUÇÃO PROBATÓRIO

---

<sup>138</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. Malheiros Editores. 2008. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Disponível em: [https://www.academia.edu/36864983/Alexy\\_robert\\_teorias\\_dos\\_direitos\\_fundamentais](https://www.academia.edu/36864983/Alexy_robert_teorias_dos_direitos_fundamentais). Acesso em: 21.jun.2020. p. 88-94.

<sup>139</sup> SILVA, José Afonso da. Os princípios constitucionais fundamentais. Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região. Brasília: v. 6, n. 4. out./dez. 1994. Disponível em: [files.camolinaro.net/200000095-a6856a703c/principios\\_constitucionais\\_fundamentais.pdf](files.camolinaro.net/200000095-a6856a703c/principios_constitucionais_fundamentais.pdf). Acesso em: 23.jun.2020. p. 19.

Como escrito por Daniel Assumpção Neves<sup>140</sup>, o procedimento corresponde à exteriorização do processo, sendo uma sucessão de atos logicamente interligados que visam alcançar um resultado final. Dentre os diversos atos, verifica-se que são colhidas e produzidas as provas referentes aos fatos objetos da lide na fase instrutória, principalmente, a qual corresponde a um momento processual extremamente relevante para a influência do convencimento do magistrado em relação às controvérsias existentes.<sup>141</sup>

De forma mais específica, adentra-se ao estudo da fase instrutória, enumerando-se as suas etapas: em primeiro plano, é realizada uma audiência, que se trata do ato processual solene e complexo em que o juiz se presta à colheita de eventuais provas orais, promovendo a oitiva das partes, dos seus procuradores e das testemunhas.<sup>142</sup>

Essa audiência possui como principais características a publicidade, solenidade, essencialidade, finalidade de discussão da causa e unidade. No que tange a essa última característica, a particularidade se materializa em razão de a audiência ser preferencialmente contínua, devendo ser realizada sem interrupções.

Curiosamente, caso ocorra a interrupção, os atos relativos à instrução e julgamento terão o seu prosseguimento em data próxima, embora existam certas consequências: não será possível praticar novos atos preparatórios; será aplicada à continuação as regras vigentes no momento de início da audiência; na hipótese de ocorrer nulidade na primeira sessão, as demais serão afetadas; se o advogado da parte estiver presente na primeira, mas ausente na última sessão, o magistrado não poderá dispensar as provas por ele requeridas.<sup>143</sup>

---

<sup>140</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 11.ed. São Paulo: Editora Método. 2019, v. único. p. 161.

<sup>141</sup> SCARPINELLA BUENO, Cássio. **Manual de Direito Processual Civil**. v. único. 2.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. Disponível em: <https://hernandofernandes.com.br/wp-content/uploads/2018/11/785-Manual-de-Direito-Processual-Civil-Cassio-Scarpinella-Bueno-2-Ed-Editora-Saraiva-2016.pdf>. Acesso em: 06.jul.2020. p. 373.

<sup>142</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do Direito Processual Civil, processo de conhecimento, procedimento comum**. 60.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019, v.1. p. 879.

<sup>143</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 11.ed. São Paulo: Editora Método. 2019, v. único., p. 700-701.

De forma resumida, então, Humberto Theodoro Júnior<sup>144</sup> indica que a audiência, como um todo, vai contar com quatro atos elementares, consoante disposto no Código<sup>145</sup>: os preparatórios, os de tentativa de conciliação das partes, os de instrução propriamente ditos e os de julgamento.

No que corresponde à fase probatória, em si, para que seja obtido êxito, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero<sup>146</sup> atentam para o fato de que é imposto ao legislador e ao órgão jurisdicional a observação de alguns pontos cruciais, tais como a existência de relação teleológica entre a prova e a verdade, a admissibilidade desta e dos seus meios, a distribuição adequada do ônus probatório e, por fim, dos momentos de produção e valoração.

Demais disso, faz-se necessário pontuar que podem surgir problemas no momento de individualização dos requisitos que determinam a admissão da prova, de modo que são estabelecidos critérios para a aferição da ilicitude<sup>147</sup>, que podem recair sobre o objeto da prova, os meios pelos quais estes são inseridos no processo e sobre os procedimentos relativos à coleta do seu material, assim como o valor da prova propriamente dito.

A regulamentação dos princípios referentes à prova é encontrada no Código Civil e no Código de Processo Civil. Ao primeiro cabe a determinação das provas, a indicação do seu valor jurídico e as condições de admissibilidade; ao diploma processual civil, o modo de constituir a prova e a de produzi-la em juízo.<sup>148</sup>

Esses critérios probatórios podem, ainda, ter motivações extraprocessuais, tais como política, moral e ética, ou processual, na hipótese de vedação de provas irrelevantes, impertinentes e/ou meramente protelatórias. Nesses casos, a máquina judiciária seria desnecessariamente movimentada e as partes poderiam, erroneamente, conduzir o julgador a uma falsa percepção da realidade.

Além das provas acima indicadas, que sofrem restrição, há as provas ilícitas. Em relação a elas, a sua materialização nas audiências pode se dar a partir da exibição de gravações ou interceptações telefônicas produzidas sem a anuência do(s) envolvido(s) e sem autorização

---

<sup>144</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do Direito Processual Civil, processo de conhecimento, procedimento comum**. 60.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019, v.1. p. 882.

<sup>145</sup> BRASIL, **Código de Processo Civil**, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm). Acesso em: 09.set.19. Artigos 358-386.

<sup>146</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil. Teoria do Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015, v.1. p. 504-505.

<sup>147</sup> BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. 14. ed. **Curso de Direito Processual Civil. Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, v.2. p. 115.

<sup>148</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Parte Geral**. 17.ed. Salvador: Editora Saraiva(jur). 2019, v.1. p. 561.

judicial, bem como pela exposição de imagens que infrinjam, de alguma forma, a intimidade de, pelo menos, uma das partes, por exemplo.

De todo modo, ao final da instrução, o juiz vai analisar a viabilidade dos pedidos das partes, sendo cabível a rejeição ou acolhimento deles, de forma integral ou parcial<sup>149</sup>. A partir disso, elabora-se a sentença, que pode ser proferida na própria audiência, oralmente, ou posteriormente, no prazo impróprio de dez dias – isso é, trata-se de uma faculdade do julgador.

Em seguida, expõe-se a função do julgador no processo, elencando, também, os sistemas de valoração probatória existentes.

### 3.3 A FUNÇÃO DO MAGISTRADO NO PROCESSO E O SISTEMA DE VALORAÇÃO DE PROVAS

Reitera-se, primordialmente, que são direitos fundamentais, tendo previsão na Constituição Federal (art. 5º, XXXV) e no Código de Processo Civil<sup>150</sup>, o processo justo, além da jurisdição efetiva e adequada. Contudo, válido pontuar que a efetividade e a justiça do processo não se relacionam apenas ao direito de ação à tutela jurisdicional propriamente dito, como também ao julgador da ação, com toda a sua imparcialidade, conhecimento e técnica.

Em relação a isso, ainda, consoante entendimento de Marinoni, Arenhart e Mitidiero<sup>151</sup>, o juiz não pode ser parte, mas sim um terceiro independente, com função de interpretar o caso e aplicar a lei da melhor forma, tomando a decisão mais justa possível. Ademais, segundo Antônio Cabral<sup>152</sup>, antigamente o magistrado, no âmbito do Processo Civil, não deveria tomar iniciativas em relação ao campo probatório, sob pena de se distanciar dos interesses que a ele seriam exigidos, tal como o de preponderar as partes na condução do processo. Tratava-se de um paradigma, portanto.

---

<sup>149</sup> SCARPINELLA BUENO, Cássio. **Manual de Direito Processual Civil**. v. único. 2.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. Disponível em: <https://hernandofernandes.com.br/wp-content/uploads/2018/11/785-Manual-de-Direito-Processual-Civil-Cassio-Scarpinella-Bueno-2-Ed-Editora-Saraiva-2016.pdf>. Acesso em: 06.jul.2020. p. 173.

<sup>150</sup> Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. (BRASIL, **Código de Processo Civil**, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm). Acesso em: 09.set.19)

<sup>151</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil. Teoria do Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015, v.1. p. 181.

<sup>152</sup> CABRAL, Antônio. Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos Processos Civil e Penal. In: DIDIER JR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coordenadores). **Teoria do Processo – Panorama doutrinário mundial**. Editora Juspodium, 2008, p. 115-116.



Hoje, entretanto, entende-se que, a despeito da função exercida, que prescinde de um dever de neutralidade como uma forma de busca da verdade real, é possível que o juiz pratique atos de iniciativa probatória. Essa atuação, porém, deve ser subsidiária, na hipótese de falta das partes interessadas, visto que o julgador não deve atuar em substituição a estas, mas sim suplementarmente.

É também afirmado no exame da relação entre prova e verdade que a prova tem por finalidade alcançar a verdade formal, jurídica ou processual. Admite-se, sob este prisma, a existência de relação funcional entre prova e verdade, mas com a adoção de uma noção de verdade própria para o processo judicial.<sup>153</sup>

Isso é, o magistrado figura como coadjuvante no trâmite processual, nunca protagonista. E, nessa posição auxiliadora, cabe a ele, juiz, garantir a paridade de armas das partes processuais, ainda que, para isso, seja preciso o tratamento desigual entre elas.

Entretanto, pontua-se que, para a efetivação do que vem a ser conhecido como isonomia dinâmica, devem ser respeitados os limites jurídicos existentes e observados os fatores relevantes do processo, bem como os sujeitos nele envolvidos. Não podem ser criadas vantagens para o antes vulnerável, mas sim reestabelecido o equilíbrio entre os litigantes<sup>154</sup>.

A partir de tudo isso posto, considerados os deveres inerentes ao julgador, firma-se o conceito do princípio do juiz natural, o qual, ainda que não constando de modo expresso no ordenamento, corresponde a um requisito essencial ao desdobramento do devido processo legal.<sup>155</sup>

Substancialmente, a garantia do juiz natural consiste na exigência da imparcialidade e da independência dos magistrados. Não basta o juízo competente, objetivamente capaz, é necessário que seja imparcial, subjetivamente capaz.<sup>156</sup>

Superados esses esclarecimentos iniciais, adentra-se aos tipos de sistemas de valoração probatória existentes, de forma mais própria.

### 3.3.1 Tipos de sistemas de valoração probatória

<sup>153</sup> ALMEIDA, Cleber Lúcio de. **A prova como direito humano e direito fundamental das partes do processo judicial**. Belo Horizonte. 2011. Disponível: [https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-8MRFX8/1/cleber\\_almeida\\_27.04.11.pdf](https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-8MRFX8/1/cleber_almeida_27.04.11.pdf). Acesso em: 16.nov.2019. p. 35.

<sup>154</sup> BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro; MAIA, Maurilio Casas. **Isonomia dinâmica e vulnerabilidade no Direito Processual Civil**. Revista de Processo. São Paulo, v. 230, p. 349-365, abr. 2014. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/por-uma-isonomia-dinamica-no-processo-civil-breves-linhas-sobre-o-fator-vulnerabilidade-processual>. Acesso em: 06.jul.2020.

<sup>155</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil. Teoria do Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015, v.1. p. 184.

<sup>156</sup> BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. 14. ed. **Curso de Direito Processual Civil. Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, v.2. p. 223.

Dentre os tipos de sistemas valorativos da prova, têm-se o da “Prova Legal” e o da “Convicção Íntima do Juiz”.

O primeiro vincula o magistrado aos valores probantes e às consequências jurídicas pré-fixadas no ordenamento. Ou seja, assim como ensina Rafael Fecury Nogueira<sup>157</sup>, este surgiu, na época, como um aperfeiçoamento do sistema de valoração da prova. Acreditava-se que estava sendo estabelecido um critério para sanar a ausência de racionalidade do sistema, qual seja o da tarifação.

Desse modo, cada prova teria o seu valor determinado previamente, vinculando o julgador à previsão da lei. Esse método de tarifação, contudo, acaba limitando a atividade de julgar, em si.

O segundo sistema, em contrapartida, dá total liberdade ao juiz para que realize a análise e valore, não existindo qualquer vinculação às normas de direito positivo. Por dispensar as motivações das decisões, havia uma impossibilidade de controle do juízo de fato sobre estas, dando margem a arbitrariedades na apreciação probatória por parte dos magistrados.<sup>158</sup>

Assim, enquanto o sistema da “Prova Legal” retirava a liberdade e autonomia do julgador, o da “Convicção Íntima” concentrava os poderes nas mãos deste, de forma desarrazoada. Outrossim, para além desses, existe um terceiro sistema, que surge a partir dos outros dois, sendo considerado “misto” e, de certa forma, mais democrático.

O juiz julgará sempre segundo a prova dos autos e segundo o direito aplicável aos fatos apurados, mas não o fará discricionariamente mediante escolha de uma inteligência que se apoie apenas em sua consciência de justiça. É preciso ter sempre presente que o princípio da legalidade é o primeiro entre os qualificados do Estado de Direito.<sup>159</sup>

Tal sistema é o Livre Convencimento Motivado, que tem relação direta com a participação judicial pautada na decisão fundamentada. Este, porém, será tratado a seguir, com mais propriedade.

### 3.3.2 Sistema valorativo de prova adotado no Brasil

<sup>157</sup> NOGUEIRA, Rafael Fecury. **Pronúncia: valoração da prova e limites à motivação**. 2012. Tese (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP, São Paulo. Orientador: Prof. Maurício Zanoite de Moraes. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-20032013-143351/publico/Dissertacao\\_versao\\_simplificada\\_Rafael\\_Fecury\\_Nogueira.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-20032013-143351/publico/Dissertacao_versao_simplificada_Rafael_Fecury_Nogueira.pdf). Acesso em: 18.nov.2019. p. 11.

<sup>158</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>159</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do Direito Processual Civil, processo de conhecimento, procedimento comum**. 60.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019, v.1. p. 907.

O sistema de avaliação da prova utilizado no Brasil, qual seja o do Livre Convencimento Motivado, é igualmente conhecido como Sistema de Persuasão Racional. Este sistema é resultado do misto de outros dois, vistos anteriormente: o da Prova Legal e o da Convicção Íntima do Juiz.

O Livre Convencimento Motivado concede ao julgador essa liberdade na valoração, observados os limites do ordenamento<sup>160</sup>, desde que de forma fundamentada e levando em consideração todas as circunstâncias relevantes, de modo a justificar a decisão tomada. Inclusive, ressalta Bahia<sup>161</sup> que a fundamentação deve ser satisfatória.

Isso é, não pode o Judiciário se utilizar do argumento de acúmulo de trabalho para abrir mão da resolução dos casos, tratando-os meramente como teses, e não se atentando às suas particularidades. Além disso, o órgão julgador, amparado por esse sistema, atribuirá às provas produzidas o valor que entender que elas merecem, embora a justificativa não possa se basear apenas no íntimo, a partir dos ideais e princípios individuais, e a aplicação tenha de se relacionar à situação concreta.<sup>162</sup>

Sobre isso, diz Humberto Theodoro Júnior<sup>163</sup> que “o direito não é aquilo que o Judiciário diz livremente que é”, justamente enfatizando que os operadores jurídicos devem se submeter às disciplinas legais. Ademais, entende que não se tem como admitir a interpretação e a aplicação do direito como coisas independentes e autônomas.

Assim, não há discricionariedade que possa permitir ao magistrado corrigir ou criar o direito, embora seja possível que ele realize adaptações relativas aos preceitos literais do enunciado da lei para aplicá-lo ao caso. Em relação a esse ponto, ainda, afirma o supracitado escritor<sup>164</sup> que “só é legítima a valorização da prova quando feita pelo juiz de forma racional e analítica”, de

---

<sup>160</sup> NOGUEIRA, Rafael Fecury. **Pronúncia: valoração da prova e limites à motivação**. 2012. Tese (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP, São Paulo. Orientador: Prof. Maurício Zanoite de Moraes. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-20032013-143351/publico/Dissertacao\\_versao\\_simplificada\\_Rafael\\_Fecury\\_Nogueira.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-20032013-143351/publico/Dissertacao_versao_simplificada_Rafael_Fecury_Nogueira.pdf). Acesso em: 18.nov.2019. p. 12-13.

<sup>161</sup> BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. Fundamentação das decisões judiciais – Mudanças no Judiciário face o CPC 2015. In: JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata Christiana Vieira Maia; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; LANNA, Helena (Coord.). **Inovações e modificações do Código de Processo Civil. Avanços, desafios e perspectivas**. Belo Horizonte: DelRey Editora, 2017, p. 49-50.

<sup>162</sup> BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. 14. ed. **Curso de Direito Processual Civil. Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, v.2. p. 125.

<sup>163</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do Direito Processual Civil, processo de conhecimento, procedimento comum**. 60.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019, v.1. p. 907.

<sup>164</sup> *Ibidem*, p. 906.

forma que devem ser respeitados os critérios de completude, coerência, congruência e correção lógica.

Entretanto, mesmo assim, esse sistema acaba gerando uma discussão, vez que abre possibilidade de argumentação acerca da mitigação na liberdade de decisão do magistrado em relação às provas ilícitas. Ou seja, parte da doutrina entende que seria possível admiti-las, a depender do caso, desde que com certa limitação e razoabilidade, sendo feito o juízo do modo pelo qual a autoridade entendesse ser justa para o caso concreto.

Sobre esse tópico, como defendido por Líbero Penello de Carvalho Filho<sup>165</sup>, a negativa da prova por conta de circunstâncias que não têm o condão de alterar a verdade real tem o efeito, a rigor, de negar o dever de encontro dessa realidade, além de ser um obstáculo à instituição da paz social e finalização do processo. Em outras palavras, o que o autor supracitado entende é que a rejeição da prova ilícita, por si só, sem que exista uma ponderação acerca da situação fática, é um óbice ao encontro da realidade – ou seja, do que efetivamente aconteceu. Por sua vez, isso acaba comprometendo o desfecho do processo, segundo o mesmo.

No que diz respeito ao encontro da realidade plena, faz-se necessário o apontamento de que, como indica Daniel Amorim Assumpção Neves<sup>166</sup>, corresponde a uma utopia, de forma que o resultado probatório, por mais minuciosa que tenha sido a investigação, não vai traduzir exatamente como os fatos efetivamente ocorreram. Isso não deve servir como desestímulo, porém, ainda mais levando em consideração que essa intangibilidade da realidade absoluta não é uma particularidade relativa ao âmbito jurídico, sendo inerente a todas as áreas do conhecimento humano. O que se busca, portanto, é a verdade alcançável, possível.

A impossibilidade de o juiz descobrir a essência da verdade dos fatos – a verdade absoluta – não lhe dá o direito de julgar o mérito sem a convicção da verdade. Estar convicto da verdade não é o mesmo que encontrar a verdade, até porque, quando se requer apenas a convicção da verdade, não se nega a possibilidade de que “as coisas não tenham acontecido assim”.<sup>167</sup>

Sendo assim, mesmo que existam obstáculos à obtenção da verdade integral, o método adotado no Brasil para a valoração da prova busca suprir essa deficiência, vez que o magistrado se utiliza dos mais diversos meios para efetivá-la. Isso é, este deve atender aos critérios norteadores do

<sup>165</sup> CARVALHO FILHO, Líbero Penello de. Exceção à limitação das provas ilícitas – legalismo versus verdade. In: ZAKAREWICZ, Adriana (editora-chefe). **Revista Síntese Direito de Família, Parte geral**. nº 78, Zakarewicz Editora, jun./jul.2013, p. 23.

<sup>166</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 11.ed. São Paulo: Editora Método. 2019, v. único. p. 707-708.

<sup>167</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil. Tutela dos Direitos mediante procedimento comum**. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2019, v.2. p. 428.

direito probatório, embora sem desprezar as regras da lógica, os postulados das ciências, os princípios básicos da economia e as regras de experiência<sup>168</sup>.

A partir de tudo exposto, então, é possível entender que o sistema valorativo adotado no Brasil pode, de alguma forma, servir como um argumento favorável à admissão das provas ilícitas em situações específicas, dependendo do juízo casuístico realizado pelo magistrado.

A partir disso, analisa-se, no tópico abaixo disposto, a Teoria da Árvore Envenenada.

### 3.3.3 Teoria da Árvore Envenenada

A Teoria da Árvore Envenenada<sup>169</sup> foi recepcionada pelo sistema jurídico brasileiro, embora tenha sido uma criação estadunidense. De acordo com essa teoria, a prova ilícita seria, figuradamente, uma árvore. Todavia, esta, por ser eivada de vícios em razão da sua origem, contamina todos os seus frutos, quais sejam as demais provas que derivem desta primeira.

Dito de outra forma, tem-se que, em uma primeira análise, a prova derivada, em si, seria lícita. Entretanto, levando-se em consideração a sua procedência, acabaria sendo enquadrada como ilícita. Desse modo, ainda que as supervenientes tenham sido obtidas de forma lícita, também serão consideradas ilícitas, consoante essa teoria, visto que a árvore originária já estava substancialmente envenenada.

No que tange esse ponto, o Supremo Tribunal Federal vem se posicionando de acordo com a aplicação dessa teoria, que veda a utilização das provas derivadas da ilicitude, como observado no julgamento do Habeas Corpus (HC) 69912-RS, de 1993<sup>170</sup>. No entanto, Ávila<sup>171</sup> faz uma ressalva, indicando que há exceções – sendo estas “tão excepcionais quanto a gravidade e a

<sup>168</sup> LOPES, João Batista. Provas atípicas e efetividade do processo. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Vol. V. Rio de Janeiro: Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Disponível em: 14.jun.2020. Acesso em: [www.e-publicacoes.uerj.br](http://www.e-publicacoes.uerj.br), p. 11.

<sup>169</sup> ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas Ilícitas e Proporcionalidade**. EDITORA LUMEN JURIS, Rio de Janeiro, 2006; Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3103/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%2020THIAGO%20ANDR%C3%89%20PIEROBOM%20DE%20C3%81VILA-%20Provas%20Il%C3%ADcitas.pdf>. Acesso em: 15.nov.2019. p. 102.

<sup>170</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 69912 RS, Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília. DJ 26-11-1993. 30.jun.93. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/749530/habeas-corpus-hc-69912-rs>. Acesso em: 17.nov.2019.

<sup>171</sup> ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas Ilícitas e Proporcionalidade**, *Op. cit.*, 2006, p. 102.

imediatidade entre a prova ilícita e a derivada lícita, bem como ante a presença de um nexo causal tão direto que importe em uma verdadeira unidade de ato entre ambas”.

Em relação a isso, como versam Didier, Braga e Oliveira<sup>172</sup>, as exceções principais à essa proibição relativa ao uso da prova ilícita superveniente podem ser duas, quais sejam a derivação mediata e a prova que seria obtida de qualquer forma. Na primeira, a lógica é: ainda que existam provas efetivamente ilícitas nos autos, as lícitas devem ser consideradas, visto que nada têm a ver com as outras. Não seria reconhecido, aqui, nexo de causalidade, havendo uma relação independente.

No que diz respeito à segunda exceção, o entendimento é o seguinte: em um momento inicial, mesmo que fosse identificada a vinculação entre a prova genuinamente ilícita e a sua derivada, caso esta última fosse obtida lícitamente, não poderia ser desconsiderada da ação. Isso é, nessa hipótese, não seria possível proibir a utilização da descendente, apenas da originária e das derivadas conseguidas pelo mesmo meio de ilicitude.

Superado isso, também surge uma discussão relativa à inadmissibilidade quando se põe em questão o fato desta se enquadrar como regra ou princípio constitucional: a depender da sua adequação, os seus efeitos serão distintos, podendo ser absolutos ou relativos.

Se absolutos, nunca poderia haver a admissão das provas obtidas ilicitamente. No entanto, na hipótese de serem relativos, é aberta uma possibilidade de flexibilização, desde que levando em consideração a razoabilidade e o bem jurídico sendo tutelado.

Sobre isso, Moreira<sup>173</sup> expõe a existência de duas vertentes: em relação à mais radical, tem-se que “deve prevalecer em qualquer caso o interesse da Justiça no descobrimento da verdade, de sorte que a ilicitude da obtenção não subtrai à prova o valor que possua como elemento útil para formar o convencimento do juiz”. Ainda nessa linha de pensamento, contudo, não se exclui a possibilidade da aplicação de sanção ao infrator.

Entretanto, a partir de um pensamento menos extremista, entende-se que a excepcionalidade seria cabível na hipótese de existirem parâmetros na motivação da decisão, respeitando o controle da legitimidade e as ponderações pertinentes. Logo, nessa situação, seria indispensável

---

<sup>172</sup> BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. 14. ed. **Curso de Direito Processual Civil. Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, v.2. p. 116.

<sup>173</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. **Revista do Ministério Público. Edição Comemorativa**. Rio de Janeiro: nº 1, v.1. jan/jun. 2015. p. 176.

uma argumentação jurídica coerente, enfrentando as questões relativas aos princípios individuais ou coletivos conflitantes.<sup>174</sup>

Seria mais sensato conceder ao Juiz a liberdade de avaliar a situação em seu diversos aspectos; atenta 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 e outras circunstâncias, o julgador decidiria qual dos interesses em conflito deve ser sacrificado, e em que medida.<sup>175</sup>

A partir de tudo disposto, então, remete-se à análise do Capítulo 4, o qual discute, propriamente, a possibilidade ou não da admissão de provas ilícitas nos processos de Direito de Família.

#### **4 A (IN)ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NAS AÇÕES DE FAMÍLIA**

Como demonstrado ao longo do presente trabalho monográfico, o cabimento das provas ilícitas no processo não é questão pacífica, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Inclusive, quando o debate é restrito ao Direito de Família e às suas ações, faz-se necessária uma observação mais minuciosa das questões subjetivas, também, no que tange às partes envolvidas.

A partir disso, então, remete-se ao fato de que a raiz do problema da admissão das provas ilícitas está, em muitos dos casos, no confronto entre os valores individuais expostos, oriundos da busca pela verdade material, fazendo surgir a necessidade de proteção dos direitos fundamentais das pessoas ali relacionadas. Portanto, como uma forma de efetivar essa proteção, assim como já visto anteriormente, a vedação à utilização das provas ilícitas no ordenamento brasileiro é prevista constitucionalmente, refletindo na construção do Código Processual Civil.

Téssia Matias Correia<sup>176</sup>, por sua vez, afirma que a prova ilícita acaba sendo, ainda, um problema político, ao passo que a possibilidade de aceitação ou não desta varia de acordo com o senso de prioridade do ser humano dentro do processo, reunindo elementos de proteção da esfera jurídica, mas sem perder de vista a exposição da verdade material. Dito de outro modo, há uma opção entre valorizar o direito fundamental potencialmente violado em detrimento da

---

<sup>174</sup> ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas Ilícitas e Proporcionalidade**. EDITORA LUMEN JURIS, Rio de Janeiro, 2006; Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3103/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%2020THIAGO%20ANDR%C3%89%20PIEROBOM%20DE%20C%81VILA-%20Provas%20II%C3%ADcitas.pdf>. Acesso em: 15.nov.2019. p. 129.

<sup>175</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. **Revista do Ministério Público. Edição Comemorativa**. Rio de Janeiro: nº 1, v.1. jan/jun. 2015. p. 176.

<sup>176</sup> ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas Ilícitas e Proporcionalidade**, *Op. cit.*, 2006, p. 112-113.

admissão da prova ilícita, ou determinar a supremacia do interesse relativo à descoberta da verdade possível.

A partir dessa escolha, que varia de um sistema normativo para outro, diversas são as consequências referentes à obtenção e utilização de uma prova tida como ilícita, que vão desde a negação absoluta de qualquer efeito no processo até a total proibição da admissibilidade de valoração da prova como fundamento na decisão do magistrado.<sup>177</sup> Esse posicionamento é proveniente do entendimento de que tais provas foram produzidas em prejuízo do ordenamento jurídico.

Contudo, como relata Renato José das Neves Cortez<sup>178</sup>, quase que contraditoriamente, há casos em que a admissão da prova ilícita seria a forma de proporcionar a preservação de outros direitos fundamentais. Isso é, para o autor, em certas situações - que vão ser exemplificadas, posteriormente, a aceitação da prova ilícita no processo seria o único modo de permitir que o julgador conheça verdadeiramente os fatos e, assim, profira uma sentença capaz de tutelar o direito material envolvido.

Dito isso, tem-se que o motivo pelo qual as ações de família se enquadrariam nesse rol de exceções é a sensibilidade inerente ao Direito de Família, dentre os demais ramos do Direito Civil, que cria a necessidade de uma especial proteção do Estado, assim como positivado no art. 26 da Constituição Federal, anteriormente debatido. Sendo assim, além do procedimento diferenciado previsto nos artigos 693-699 do Código de Processo Civil, são necessárias algumas medidas mais específicas, como a possibilidade de admissão das provas ilícitas a partir da análise casuística.

Entretanto, pontua Renato José das Neves Cortez<sup>179</sup> que isso não deve criar a impressão para os litigantes de que há um certo incentivo à prática de condutas ilícitas visando a produção da prova, já que, supostamente, independente de como se deu a sua obtenção, esta seria admitida.

---

<sup>177</sup> CORREIA, Tércia Matias. **A prova no Processo Civil: reflexões sobre o problema da (in)admissibilidade da prova ilícita**. 2015. Dissertação. (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Coimbra, Portugal. Orientador: Prof. Doutor Luís Miguel Andrade Mesquita, p. 113. Disponível em: [https://www.academia.edu/33109903/A\\_Prova\\_no\\_Processo\\_Civil\\_Reflex%C3%B5es\\_sobre\\_o\\_problema\\_da\\_in\\_admissibilidade\\_da\\_prova\\_il%C3%ADcita](https://www.academia.edu/33109903/A_Prova_no_Processo_Civil_Reflex%C3%B5es_sobre_o_problema_da_in_admissibilidade_da_prova_il%C3%ADcita). Acesso em: 27.abr.2020.

<sup>178</sup> CORTEZ, Renato José das Neves. **A (in)admissibilidade das provas ilícitas frente ao princípio da segurança jurídica**. 2015. Dissertação. (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). São Paulo, Brasil. Orientador: Prof. Nelson Finotti Silva, p. 7. Disponível em: [https://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/1633/DISSERTA%c3%87%c3%83O\\_Renato%20Cortez.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/1633/DISSERTA%c3%87%c3%83O_Renato%20Cortez.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 28.abr.2020.

<sup>179</sup> *Ibidem*, p. 7.



A utilização dessa prova, na realidade, deve se dar em caráter excepcional, não sendo cabível a tolerância de violação de direitos igualmente tutelados na ausência de necessidade.

Daí se vislumbra a necessidade da ponderação de valores, de modo que seja alcançada uma interpretação em conformidade com os interesses do Estado e manutenção da segurança jurídica<sup>180</sup>. Ponderação essa, que tem como principais argumentos o fato de que os direitos fundamentais não são absolutos, de forma que a relativização destes, no caso concreto, a partir do princípio da proporcionalidade, é possível.

Importante registrar, também, que a lei prevê as condutas vedadas e as suas respectivas sanções, permitindo a todos antecipar as consequências dos seus atos e tornando viável a análise acerca da conveniência em prevenir ou reprimir abusos relativos à violação de seus direitos. Desse modo, ainda que a prova seja utilizada no processo, e não seja retirado o seu caráter de ilicitude, pode a parte responder pela obtenção probatória ilícita. Cabe a ela, contudo, avaliar se vale a pena correr o risco em face da defesa dos direitos ali pleiteados.

Analisa-se, agora, mais precisamente, as questões subjetivas do processo, que se relacionam às partes do litígio.

#### 4.1 A NECESSIDADE DE PONDERAÇÃO ENTRE OS INTERESSES E DIREITOS DAS PARTES DO PROCESSO

O processo, para ser efetivo, tem que desempenhar com eficiência o papel a ele atribuído na economia do ordenamento jurídico, relacionando-se à sua instrumentalidade. Para ser socialmente efetivo, por sua vez, será preciso, também, que o processo se mostre capaz de satisfazer, por meio da Justiça, as necessidades da sociedade<sup>181</sup>.

Isso significa, na realidade, permitir aos indivíduos mais vulneráveis igualdade na defesa dos seus direitos. Vulnerabilidade, essa, que não tem necessariamente relação com questões econômicas, como também culturais e políticas, por exemplo.

---

<sup>180</sup> CORTEZ, Renato José das Neves. **A (in)admissibilidade das provas ilícitas frente ao princípio da segurança jurídica**. 2015. Dissertação. (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). São Paulo, Brasil. Orientador: Prof. Nelson Finotti Silva, p. 7. Disponível em: [https://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/1633/DISSERTA%20c3%87%20c3%83O\\_Renato%20Cortez.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/1633/DISSERTA%20c3%87%20c3%83O_Renato%20Cortez.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 28.abr.2020.

<sup>181</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. **Revista de Processo**. Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. ano 27, n. 105. jan./mar. 2002. p. 181-182.

Inclusive, como expõe José Carlos Barbosa Moreira, a ausência de paridade “transcende as fronteiras do mundo processual e mesmo do mundo jurídico, para evidenciar a necessidade de ampla campanha de conscientização, em que colaborem os mais diversos setores da sociedade e se utilizem os mais variados meios de divulgação”.<sup>182</sup> Não se busca, portanto, que o aparelho judiciário supra toda e qualquer problema estrutural presente na sociedade, mas tão somente que, através dos órgãos da justiça, seja possível a atenuação da desigualdade e um maior equilíbrio entre as partes litigantes.

A partir dessa lógica, então, que se entende caber ao magistrado o dever de realizar a avaliação do caso concreto, analisando as partes envolvidas e as suas condições. Essas condições, vale pontuar, se relacionam diretamente à capacidade de estar no litígio, produzindo provas e se defendendo em juízo.

O juiz, diante de particularidades próprias da causa, é o melhor árbitro do procedimento a ser seguido, devendo fixá-lo a fim de adaptá-lo ao direito material e à situação específica das partes litigantes. Desde que garanta aos contendores o devido processo constitucional e previsibilidade de suas ações, pode excepcionalmente manipular o procedimento. Estas são, grosso modo, as premissas da flexibilidade judicial do procedimento sustentadas neste estudo.<sup>183</sup>

Isso é, é sabido que raríssimos são os casos em que o julgamento ocorre à luz da solução de puras questões de direito, sem depender de produção probatória. Assim, é lógico que, na maioria das vezes, o litigante mais forte possui maior facilidade em obter as provas, evidenciando a necessidade de intervenção do Judiciário para neutralizar a situação.

A partir disso, expõe-se a relação das partes figurantes do processo com a vulnerabilidade.

#### **4.1.1 Relação das partes processuais com a vulnerabilidade**

Como já visto, a lei concede ao magistrado diversas oportunidades de intervir no sentido de atenuar desvantagens relativas à disparidade de armas entre as partes processuais. A lógica utilizada é a de tratar desigualmente os desiguais, como uma forma de alcançar a paridade.

Isso é, como aborda Fernanda Tartuce<sup>184</sup>, com os graves problemas econômicos existentes, dado o abissal distanciamento entre as classes menos e mais favorecidas, verifica-se, no Brasil,

---

<sup>182</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. **Revista de Processo**. Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. ano 27, n. 105. jan./mar. 2002, p. 183.

<sup>183</sup> *Ibidem*, p. 201.

<sup>184</sup> TARTUCE, Fernanda. **Vulnerabilidade como critério legítimo de desequiparação no Processo Civil**. 2011. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. Orientador: Rodolfo

intensa influência das relações pessoais sobre a atuação dos sujeitos e das instituições, interferindo no sistema formal de justiça. Nesse sentido, tem-se que a prestação jurisdicional brasileira não se pauta na origem popular e democrática, mas sim em um ordenamento jurídico caótico e em cidadãos, em grande parcela, desprovidos de educação de qualidade.

Desse modo, entende-se que, no processo, não basta que haja a igualdade formal, sendo fundamental, também, a material. Assim, cabe ao juiz, além de outras funções, como forma de garantir essa igualdade, “incitar as partes a manifestar-se tempestiva e completamente sobre todos os fatos relevantes, suprir deficiências dos dados, indicar provas e formular os pedidos cabíveis”<sup>185</sup>.

Para isso, inclusive, torna-se relevante que o julgador possua certa familiaridade com outros ramos do conhecimento humano, que não apenas o jurídico, como o da sociologia e pedagogia, por exemplo. Dessa forma, eles ficam mais cientes da relevância social de sua função e das consequências que as suas atitudes têm.

Observa-se, em sequência, os motivos pelos quais há uma maior dificuldade de produção da prova nas ações do Direito de Família.

#### 4.1.2 Dificuldade da produção probatória nas ações familiares

Há uma marcante dificuldade probatória nos processos de família.<sup>186</sup> Isso porque, além de existir uma natural ocultação de fatos desfavoráveis por seus causadores, como ocorre em toda lide, há obstáculos no que diz respeito à demonstração do ocorrido – ou seja, nem sempre é possível expor o que efetivamente aconteceu na intimidade do lar. Ademais, ainda que presentes testemunhas, estas tendem a ser impedidas, suspeitas ou incapazes.

Esse é o motivo pelo qual os aplicadores e os jurisdicionados precisam ficar atentos, uma vez que alegar e não provar leva à improcedência do pedido, o que é negativo para o litigante. Inclusive, isso gera uma discussão relativa ao ônus da prova, visto que ao considerar a

---

de Camargo Mancuso. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-16082012-143743/publico/Versao\\_integral\\_Fernanda\\_Tartuce\\_Silva\\_Tese\\_USP.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-16082012-143743/publico/Versao_integral_Fernanda_Tartuce_Silva_Tese_USP.pdf). Acesso em: 20.jul.2020. p. 37-40.

<sup>185</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. **Revista de Processo**. Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. ano 27, n. 105. jan./mar. 2002. p. 190.

<sup>186</sup> TARTUCE, Fernanda. Prova nos processos de Família e no projeto do CPC: ônus da prova, provas ilícitas e ata notarial. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**. nº 2. set./out. 2014. p. 39-40.

distribuição estática deste, pressupõe-se que as partes estão em condição equânime, o que nem sempre é verídico.

Isso é, quando atua uma pessoa vulnerável no processo, a prova pode não ser produzida por questões pessoais, por exemplo. Nessa situação, o descumprimento do ônus da prova não parte de uma opção do litigante, mas sim de questões de força maior, inevitáveis.

Assim, considerando-se que o objetivo primordial é o alcance de um resultado justo e da efetivação do acesso à justiça, devem os julgadores pesarem tais pontos antes de determinar o ônus probatório clássico. Desse modo, como já exposto, o sistema processual deve, em primeiro plano, diminuir as desigualdades existentes entre as partes, também se assegurando de que a distribuição diversa não seja impossível ou excessivamente difícil para o indivíduo contrário.

Nesse sentido, rememora Fernando da Fonseca Gajardoni<sup>187</sup> que é possível que haja uma variação do procedimento adotado, melhor adequando à situação, desde que as partes envolvidas sejam participadas anteriormente das alterações. Com a prévia comunicação e garantia do contraditório, bem como evidenciação da finalidade, pois, a segurança jurídica é assegurada.

Ocorre que, mesmo na hipótese de uma distribuição do dever de produção probatória mais razoável, nem sempre a paridade de armas é consolidada. Nesses casos, a questão não gira em torno da impossibilidade de obtenção da prova, por si só, mas sim da produção desta de forma lícita.

Retomando-se o pensamento de Tartuce<sup>188</sup>, portanto, tem-se que nas instruções das ações de família podem ser necessárias, muitas vezes, a reconstituição de situações que se verificam na privacidade do ambiente caseiro, tais como atos de alienação parental, ou o acesso a dados ocultados deliberadamente por aqueles que os detêm, como quando relacionado à possibilidade financeira do devedor de alimentos. Ademais, frisa-se que esses casos se relacionam diretamente aos direitos fundamentais das crianças.

Por esse motivo, são utilizados diversos mecanismos pelas partes visando a descoberta ou revelação do ocorrido, como a contratação de detetives particulares, instalação de escutas telefônicas e até provocação de flagrantes. Ainda que esses instrumentos sejam ilícitos, como

---

<sup>187</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC**. Coleção Atlas de Processo Civil. CARMONA, Carlos Alberto. (coord) São Paulo: Atlas, 2008, p. 85.

<sup>188</sup> TARTUCE, Fernanda. Prova nos processos de Família e no projeto do CPC: ônus da prova, provas ilícitas e ata notarial. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**. nº 2. set./out. 2014. p. 43.

tem sido demonstrado ao longo do presente TCC, os magistrados, em diversos casos, vêm decidindo pela admissão dessas provas, dada a sensibilidade das demandas familiares e dos seus envolvidos.

Exemplificando o suscitado, apresenta-se o entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina<sup>189</sup> sobre a quebra de sigilo bancário para obter dados indisponíveis, em um processo no qual eram discutidos alimentos:

Assim, em se tratando de matéria atinente ao direito de família, visando resguardar o direito da criança à percepção de alimentos do pai, pode ser deferido o pedido de requisição das informações bancárias do alimentante que, sendo trabalhador autônomo, não esclarece os seus reais rendimentos e, assim, inviabilizando a mensuração de suas possibilidades econômico-financeiras.

Outro caso, relativo a uma separação, também decidido pelo Tribunal catarinense<sup>190</sup>, teve desfecho similar:

Em se tratando de medida afeta ao direito de família e, pois, de caráter personalíssimo, a garantia referente ao sigilo das operações financeiras, imposto pela Lei Complementar nº 105/01, há que ter o seu rigor mitigado, possibilitando-se a investigação da titularidade e dos saldos em contas e aplicações, cujos valores integram o rol de bens a partilhar em decorrência da separação do casa e, portanto, em defesa do direito de propriedade da meeira.

Corroborando com esses precedentes, então, está o fato de que não se pode perder de vista que, na realidade das famílias, o fim do ciclo conjunto destas pode ser marcado por ofensas, traições, violência e outras situações que demonstram, por exemplo, a inaptidão de um dos genitores para manter a guarda do filho. Assim sendo, nos casos em que a prova ilícita seja essencial à comprovação do alegado, deve haver a sua admissão, considerando os direitos que estão ali discutidos e a dificuldade da produção probatória imparcial no resguardo da intimidade dos familiares<sup>191</sup>.

Superado esse debate, passa-se, nesse momento, à averiguação dos impactos causados no processo por essa admissão probatória.

---

<sup>189</sup> SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Agravo de Instrumento nº 2013.015080-0, Segunda Câmara do Direito Civil. Relator Desembargador: João Batista Góes Ulysséa. Julgado em 03 jul. 2013. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23911152/agravo-de-instrumento-ag-2013015080-sc-2013015080-0-acordao-tjsc>. Acesso em: 10.mai.2020.

<sup>190</sup> SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Agravo de Instrumento nº 2013.010811-7, Segunda Câmara do Direito Civil. Relator Desembargador: José Trindade dos Santos. Julgado em 23 ago. 2013. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24121854/agravo-de-instrumento-ag-20130108117-sc-2013010811-7-acordao-tjsc/inteiro-teor-24121855?ref=juris-tabs>. Acesso em: 10.mai.2020.

<sup>191</sup> TARTUCE, Fernanda. Prova nos processos de Família e no projeto do CPC: ônus da prova, provas ilícitas e ata notarial. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**. nº 2. set./out. 2014. p. 49-51.

## 4.2 OS POSSÍVEIS IMPACTOS NO DIREITO CAUSADOS PELA ADMISSÃO DAS PROVAS ILÍCITAS

É pacífico, atualmente, que o direito à prova, na sua vertente de produção probatória, é reconhecido como indissociável do direito de ação, da inafastabilidade do controle jurisdicional, do contraditório e da ampla defesa. Esse direito, afinal, traduz-se na possibilidade de utilização de diversos meios para a exposição da ocorrência – ou inoocorrência - de determinados fatos, buscando influenciar o convencimento do juiz sobre as alegações e, assim, receber uma decisão mais favorável<sup>192</sup>.

Ademais, este direito também se relaciona ao princípio do devido processo legal, vez que a oportunidade de produzir provas - e contrariar as utilizadas contra si - garante um processo pautado pela segurança e efetividade. Acontece que, como já disposto anteriormente, não há possibilidade de exercício ilimitado desse direito, sendo este condicionado a restrições. Contudo, apesar das previsões contrárias à aceitação da prova ilícita no processo e da corrente extremada que as admite de forma absoluta, surgem os posicionamentos intermediários.

A partir destes, pode-se imaginar, em um primeiro momento, que são abertas as portas para o excessivo arbítrio e considerações casuísticas, desprendidas de qualquer baliza legal<sup>193</sup>. Entretanto, essas preocupações não merecem prosperar, ainda mais por conta da possibilidade de responsabilização do indivíduo que produzir a prova dita ilícita, como será abordado nos tópicos que se seguem, tomando como base situações concretas.

### 4.2.1 Pontuações sobre a prova e o Direito Civil

Previamente à análise dos julgados, válido esclarecer que a prova ilícita também é uma questão que se relaciona, no âmbito civil, aos direitos da personalidade. Isso é, no próprio texto constitucional, art. 5º, existem previsões acerca do sigilo da correspondência, dados e

---

<sup>192</sup> CARVALHO, Caio Augusto Nunes de. Provas ilícitas no Direito brasileiro. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. **Direito probatório**. v. 5. 2017. p. 165-166.

<sup>193</sup> *Ibidem*, p. 185.

comunicações<sup>194</sup>, do domicílio do indivíduo<sup>195</sup>, além dos dispositivos que tratam sobre a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas<sup>196</sup>.

Ainda, sobre a violação da imagem das pessoas, por exemplo, consoante o caput do art. 20 do Código Civil<sup>197</sup>, a menos que haja uma autorização da própria pessoa ou manifesta necessidade à administração da justiça, até para manutenção da ordem pública, não será possível a utilização de sua imagem – imagem, esta, entendida em amplo sentido. Assim, considerando, também, a vedação constitucional<sup>198</sup> existente, faz-se obrigatória a utilização de certos critérios, vez que se configura não meramente a violação de regras processuais civis, mas sim desrespeito a direitos fundamentais ou formação de provas a partir de condutas ilícitas.

Pontua-se, inclusive, que o avanço dos meios tecnológicos impacta diretamente na facilitação de produção probatória, visto que há o uso cada vez mais intenso desses eletrônicos de comunicação pela sociedade. Desse modo, torna-se imprescindível que o ordenamento jurídico estabeleça limites à utilização de determinadas provas no processo, buscando rechaçar essa obtenção ilícita de informações<sup>199</sup>, como no exemplo da Lei 12.737/12<sup>200</sup>, que tipifica criminalmente os delitos informáticos.

---

<sup>194</sup> Art. 5º, 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 Federal**, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 10.mai.2020).

<sup>195</sup> Art. 5º, XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial (BRASIL, **Constituição Federal**, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 10.mai.2020).

<sup>196</sup> Art. 5º, X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (BRASIL, **Constituição Federal**, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 10.mai.2020).

<sup>197</sup> Art. 20 - Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. (BRASIL, **Código Civil**, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 17.mar.2020).

<sup>198</sup> Art. 5º, LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (BRASIL, **Constituição Federal**, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 10.mai.2020).

<sup>199</sup> CORREIA, Têssia Matias. A prova no Processo Civil: reflexões sobre o problema da (in)admissibilidade da prova ilícita. 2015. Dissertação. (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Coimbra, Portugal. Orientador: Prof. Doutor Luís Miguel Andrade Mesquita, p. 98. Disponível em: [https://www.academia.edu/33109903/A\\_Prova\\_no\\_Processo\\_Civil\\_Reflex%C3%B5es\\_sobre\\_o\\_problema\\_da\\_in\\_admissibilidade\\_da\\_prova\\_il%C3%ADcita](https://www.academia.edu/33109903/A_Prova_no_Processo_Civil_Reflex%C3%B5es_sobre_o_problema_da_in_admissibilidade_da_prova_il%C3%ADcita). Acesso em: 27.abr.2020.

<sup>200</sup> BRASIL, **Lei de tipificação criminal de delitos informáticos**. 2012. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12737.htm). Acesso em: 10.mai.2020.

Dentre as formas de aquisição desses dados, existe a interceptação telefônica e a escuta que, quando realizadas sem autorização judicial<sup>201</sup>, tendem a constituir prova ilícita, já que comprometem a tutela da intimidade do indivíduo. Válido indicar, primeiro, que a interceptação se diferencia da escuta, já que esta última vem desacompanhada de gravação da conversa alheia, diferentemente da primeira.

Dito de outro modo, as gravações clandestinas acontecem quando um dos interlocutores grava as suas próprias conversas, limitando-se a documentar fatos já conhecidos; quando há gravação de forma oculta, por um dos interlocutores; ou quando um terceiro faz uso de aparelhos eletrônicos para gravar a conversa de outrem. Ocorre que, nessas hipóteses, como traz Têssia Matias Correia<sup>202</sup>, a doutrina brasileira, que se encontra ainda dividida, e a jurisprudência acabam tendo posicionamentos distintos, no sentido de admitir válido esse meio de prova.

Isso é, consoante o posicionamento de Pontes de Miranda<sup>203</sup>, tal admissão deve ocorrer quando não se tratar de interceptação de conversa telefônica sem despacho autorizando ou de outro meio ilegal ou moralmente ilícito, mas tão somente de reprodução de uma conversa mantida pelas partes e gravada por uma delas. No mesmo sentido, não é tida como ilícita a gravação clandestina quando o indivíduo está em uma conversa própria oculta, em situações excepcionais, em que há evidente violação dos direitos da parte, por exemplo. Aqui, haveria uma equiparação ao regime de legítima defesa, excluindo-se a ilicitude da conduta.

Inclusive, esse raciocínio da legítima defesa pode ser utilizado no que diz respeito à exposição de outros documentos, sejam eles filmagens, fotografias ou mensagens. Por outro lado, porém, Pierobom veda a possibilidade de admissão em ambas as hipóteses, expondo questões relativas à proteção dos direitos fundamentais e à ética jurídica, como se o magistrado, aceitando-as, tivesse a sua credibilidade comprometida, tornando-se cúmplice.<sup>204</sup>

<sup>201</sup> Art. 57 - Não constitui violação de telecomunicação: II - O conhecimento dado: e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste. (BRASIL, **Código Brasileiro de Telecomunicações**, 1962. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L4117.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4117.htm). Acesso em: 10.mai.2020).

<sup>202</sup> CORREIA, Têssia Matias. A prova no Processo Civil: reflexões sobre o problema da (in)admissibilidade da prova ilícita. 2015. Dissertação. (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Coimbra, Portugal. Orientador: Prof. Doutor Luís Miguel Andrade Mesquita, p. 105-106. Disponível em: [https://www.academia.edu/33109903/A\\_Prova\\_no\\_Processo\\_Civil\\_Reflex%C3%B5es\\_sobre\\_o\\_problema\\_da\\_in\\_admissibilidade\\_da\\_prova\\_il%C3%ADcita](https://www.academia.edu/33109903/A_Prova_no_Processo_Civil_Reflex%C3%B5es_sobre_o_problema_da_in_admissibilidade_da_prova_il%C3%ADcita). Acesso em: 27.abr.2020., 2015.

<sup>203</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante *Apud* CORREIA, Têssia Matias. A prova no Processo Civil: reflexões sobre o problema da (in)admissibilidade da prova ilícita. 2015. Dissertação. (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Coimbra, Portugal. Orientador: Prof. Doutor Luís Miguel Andrade Mesquita, p. 106. Disponível em: [https://www.academia.edu/33109903/A\\_Prova\\_no\\_Processo\\_Civil\\_Reflex%C3%B5es\\_sobre\\_o\\_problema\\_da\\_in\\_admissibilidade\\_da\\_prova\\_il%C3%ADcita](https://www.academia.edu/33109903/A_Prova_no_Processo_Civil_Reflex%C3%B5es_sobre_o_problema_da_in_admissibilidade_da_prova_il%C3%ADcita). Acesso em: 27.abr.2020.

<sup>204</sup> ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas Ilícitas e Proporcionalidade**. EDITORA LUMEN JURIS, Rio de Janeiro, 2006. p. 117. Disponível em:



#### 4.2.2 Análise de precedentes

Em um primeiro momento, aborda-se o seguinte caso<sup>205</sup>: um casal que tinha duas filhas menores, sendo que o marido suspeitava que sua esposa tinha um amante. Para checar a veracidade da sua desconfiança, gravou as conversas da mulher e, com isso, descobriu que, quando viajava, para facilitar seu relacionamento com o amante, a esposa ministrava “Lexotan” a suas filhas.

A partir disso, denunciou penalmente a mulher por tóxico. Ocorre que ela, em contrapartida, impetrou um mandado de segurança, pretendendo o desentranhamento da decodificação da fita magnética, ao passo que sustentou ser a prova de teor ilícito, de acordo com seus direitos fundamentais expressos na Constituição. Nesse processo, o Ministro do STJ, Vicente Cernicchiaro, decidiu contra a esposa, vez que, segundo ele, com base na fidelidade conjugal, o comportamento de um dos cônjuges é de interesse do outro. No caso concreto, então, a conduta da esposa não poderia ser interceptada por estranhos, mas sim por seu marido, figurante este como parte diretamente interessada, de modo que não teria sido violado o direito à intimidade da mulher.

Por outro lado, os Ministros Adhemar Maciel, Vicente Leal e William Patterson defenderam que o fato de a gravação ter sido feita pelo esposo em nada altera sua ilegalidade. Essa questão só seria lícita se o marido tivesse participado da conversa, consoante o disposto no inciso XII<sup>206</sup> do art. 5º, CF.

Diante dos argumentos trazidos pelos Ministros, decidiu a Sexta Turma do Supremo Tribunal de Justiça que assistia razão à esposa, sem considerar que, no caso descrito, as maiores interessadas – e lesadas - são as filhas do casal, que estavam sendo medicadas, sem qualquer necessidade, com remédios tarja preta. Não foi considerado o bem-estar das crianças, aqui, que deveria prevalecer.

---

<http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3103/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20%20THIAGO%20ANDR%C3%89%20PIEROBOM%20DE%20%20C3%81VILA-%20Provas%20II%C3%ADcitas.pdf>. Acesso em: 15.nov.2019.

<sup>205</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS 5352 GO 1995/0003246-5) – Relator: Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Brasília, DJ 25.11.1996. p. 46227. LEXSTJ. vol. 93. p. 314. RSTJ. vol. 90. p. 359. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/537960/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-5352-go-1995-0003246-5>. Acesso em: 09.mai.2020.

<sup>206</sup> Art. 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 Federal**, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 10.mai.2020).

Ademais, traz-se a decisão da 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça Distrito Federal e dos Territórios<sup>207</sup> (TJDFT) que, em grau recursal, manteve decisão de 1ª Instância que determinou o desentranhamento de prova ilícita usada em ação de guarda na Vara de Família de Planaltina. Nesse caso, o órgão julgador se embasou na previsão constitucional, uma vez que considerou que a prova obtida sem consentimento, consistente na gravação de conversa íntima entre um dos litigantes e terceira pessoa, viola os direitos à intimidade e à vida privada.

Na situação descrita, o juiz decidiu a favor da mãe do menor, que alegou que o pai deste teve acesso às suas conversas com outra pessoa valendo-se da senha do filho, com o qual ela compartilhava um tablet. Sustentou que os diálogos privados não podem ser usados como prova na ação de guarda, já que são estranhas ao processo, não se referem ao genitor e não têm a participação dele.

O Relator do agravo, então, suscitou o art. 5º, X, CF, entendendo que houve a violação do direito fundamental à intimidade da parte agravada e quebra de confiança, já que a conduta foi realizada sem qualquer anuência dos envolvidos. Considerou-se, também, que os diálogos foram travados em ambiente totalmente privado e com acesso mediante senha, não havendo como defender a manutenção da prova nos autos de origem.

Ocorre que, ainda que a prova não tenha sido revestida da licitude esperada, deveria ter sido considerado que o pai poderia estar, na realidade, diligenciando a educação de seu filho, averiguando os conteúdos do tablet por ele acessados. Nesse processo, mesmo o pai não estando autorizado a acessar dados privados da mãe, que também se utilizava do aparelho, sem que ela consentisse, deveria ter sido analisado o grau de relevância daquelas informações. Isso é, o magistrado poderia ter fundamentado indicando que o fato descoberto pelo genitor não era importante para os fins de definição da guarda, não se atendo apenas à violação da intimidade, haja vista a magnitude do caso.

Corroborando com esse pensamento, junta-se uma outra notícia<sup>208</sup>, que trata da consideração de prova consistente em gravação produzida por detetive particular, a pedido da mãe do menor, vítima de crime sexual, em telefone de sua residência. O Relator da decisão foi Rogerio Schiatti

---

<sup>207</sup> Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Conversa privada não pode ser usada como prova em ação de guarda de filhos**. 2017. p. 1. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/noticia/13140/Conversa+privada+n%C3%A3o+pode+ser+usada+como+prova+em+a%C3%A7%C3%A3o+de+guarda+de+filhos>. Acesso em: 30.abr.2020.

<sup>208</sup> Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Sexta Turma admite prova gravada pela mãe de menor no telefone da própria casa**. 2014. p. 1. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/noticia/8024/Sexta+Turma+admite+prova+gravada+pela+m%C3%A3e+de+menor+no+telefone+da+pr%C3%B3pria+casa%22>. Acesso em: 30.abr.2020.

Cruz, que deferiu a juntada pela genitora da gravação telefônica, a qual serviu como fundamentação para condenação do réu – decisão à frente do seu tempo, visto que data de 2014, período anterior ao CPC atual.

Evidencia-se, na situação descrita, um conflito entre direitos fundamentais, vez que, como entendido pelo próprio Tribunal de Justiça, a conduta atribuída ao réu também feriu os direitos à liberdade sexual e à dignidade da pessoa humana. Assim, a questão de existir outras provas, como depoimentos de testemunhas, tornou possível a ponderação entre os princípios jurídicos em colisão – no caso, os já citados com o da inviolabilidade do sigilo telefônico. Afastou-se o último, já que se definiu que os outros dois tinham peso superior.

Sobre isso, o Ministro Rogério Schietti Cruz afirmou que a Constituição realmente proíbe as provas obtidas por meios ilícitos. Entretanto, apesar de prevalecer a doutrina da exclusão destas dos autos, a jurisprudência tem construído entendimento que favorece a adoção do princípio da proporcionalidade. Inclusive, o Ministro informou que o próprio STF já aplicou esse princípio para admitir a interceptação de correspondência do condenado por razões de segurança pública.

No caso julgado, portanto, o Relator destacou que a gravação da conversa foi obtida por particular, representante civil do menor, em razão da suspeita de séria violação à liberdade sexual deste, que era um adolescente de 13 anos de idade. Para o julgamento desse crime de natureza hedionda, levou-se em consideração, também, ser a vítima absolutamente incapaz<sup>209</sup>.

Assim, a gravação da conversa não foi configurada prova ilícita, ainda mais que, a rigor, não ocorreu interceptação da comunicação por terceiro, mas tão somente a gravação, com auxílio técnico, pela proprietária do telefone. Demais disso, considerou-se que o intuito, na realidade, era a proteção da liberdade sexual do absolutamente incapaz, no exercício do poder familiar, considerando a necessidade de proteção e vigilância dos filhos menores<sup>210</sup>.

Entender diferente, rejeitando a análise da prova, seria, segundo o Relator, prestigiar a intimidade e a privacidade do acusado em detrimento da própria liberdade sexual da vítima – prestígio, esse, conflitante com toda a vertente estatal de proteção à criança e ao adolescente.

---

<sup>209</sup> Art. 3º - São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. (BRASIL, **Código Civil**, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 17.mar.2020).

<sup>210</sup> Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Sexta Turma admite prova gravada pela mãe de menor no telefone da própria casa**. 2014. p. 1. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/noticia/8024/Sexta+Turma+admite+prova+gravada+pela+m%C3%A3e+de+menor+no+telefone+da+pr%C3%B3pria+casa%22>. Acesso em: 30.abr.2020.

Nesse sentido, contudo, rememora Alexy<sup>211</sup> que a ponderação de princípio deve respeitar três fases: na primeira, é determinada a intensidade da intervenção; a segunda trata da relevância do motivo que leva à intervenção; na terceira, por fim, há a ponderação no sentido próprio e estrito, que corresponde a um procedimento racional. Dito de outra forma, o entendimento é de que a ponderação deve obedecer critérios, não podendo ser realizada de qualquer modo, sem levar em consideração a importância das questões discutidas e dos direitos tutelados. A partir disso, é evidenciado, mais uma vez, a diferença entre a lei das regras e a dos princípios, ao passo que esta última permite um meio-termo, uma flexibilização, enquanto a primeira conhece tão somente as alternativas da validade ou não validade.

Superada essa breve discussão, rememora-se caso parecido ao anterior, mas com desfecho diferente, que foi decidido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul<sup>212</sup>: nesta situação, a parte agravante reconheceu a instalação de um gravador no apartamento da ex-mulher, para monitorar o modo com o qual era conduzida a educação da sua filha. Ocorre que, na sequência, foi surpreendido com diálogos a partir dos quais era praticada alienação parental, incluindo confissão de imputação falsa de conduta criminosa ao ex-marido pela agravada.

Mesmo com a gravidade do processo, houve o indeferimento da prova pelo magistrado, com o consequente desentranhamento, dada a confessada clandestinidade do meio de obtenção. Isso é, o julgador entendeu que, além da violação disposta no art. 5º, X, CF, o procedimento, por ter sido realizado sem qualquer autorização judicial, tornou a prova inadmissível.

Acontece que, ainda com toda a problemática relacionada à forma a partir da qual foi obtida a prova, as acusações trazidas pelo agravante deveriam ter sido levadas em consideração, pela seriedade do caso e, principalmente, por envolver menores. Não decidiu de forma correta o Relator, portanto, visto que poderia ter admitido a prova, mesmo ilícita, e, ainda assim, ter imposto sanção ao ex-marido por ter agido de forma contrária ao que a lei estabelece.

#### **4.2.3 Fundamentos legais para a utilização das provas ilícitas nas ações de família**

---

<sup>211</sup> ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e realizações de Direitos Fundamentais no Estado de Direito democrático. p. 67-80. In: TÁCITO, Caio. (diretor). **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar Ltda. v. 217. jul./set. 1999.

<sup>212</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70057151524. Oitava Câmara do Direito Civil. Relator Desembargador: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 12 dez.2013. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113547031/agravo-de-instrumento-ai-70057151524-rs/inteiro-teor-113547041>. Acesso em: 10.mai.2020.

É válida a lembrança de que a utilização das provas ilícitas foi proibida após a Segunda Guerra Mundial, como uma resposta à época marcada pelo totalitarismo, na qual a produção destas era amplamente admitida com base no mito da neutralidade do julgador e da razão absoluta. Ocorre que a sociedade, com o fim da Guerra, não tolerava mais a admissão de elementos probatórios que ofendiam a sua integridade física e moral – razão pela qual foram vedadas as provas ilícitas na Carta Magna<sup>213</sup>.

Nesse sentido, ainda, relembra-se que na versão original do anteprojeto do processo civil, apresentado pela Comissão de Juristas ao Senado Federal, constava a seguinte redação, no parágrafo único do artigo 257: “A inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito será apreciada pelo juiz à luz da ponderação dos princípios e dos direitos fundamentais envolvidos”.<sup>214</sup> Contudo, a sua manutenção foi considerada inconveniente, já que, como o dispositivo cogitava como solução, ainda que excepcionalmente, a admissão das provas ilícitas, a doutrina entendeu que tal possibilidade poderia ser considerada incompatível com a Constituição Federal, vez que não havia qualquer previsão no art. 5º da Carta Magna acerca dessa flexibilização.

Ainda sobre esse ponto, André Vasconcelos Roque<sup>215</sup> indica que, à época, como forma de defender a alteração do dispositivo transcrito, houve alerta para o risco de que, caso a redação original deste fosse mantida, poderiam ser cometidos abusos, ainda mais considerando que não foram definidos critérios específicos para a admissão dessas provas. Desse modo, poderia ficar configurada, em alguns casos, a insegurança jurídica.

A partir disso, foi proposto o estado de necessidade processual, visando, justamente, discutir as provas ilícitas no processo, mesmo na ausência de disposição expressa na versão final do Código, sem agredir a CF e/ou esquecer o motivo pelo qual a vedação foi imposta constitucionalmente. Inclusive, para configuração deste estado, que corresponde a uma excludente de ilicitude com consequências processuais específicas, podem servir como base a disposição trazida pelo Código Penal brasileiro, desde que com as devidas adaptações ao âmbito cível.<sup>216</sup>

---

<sup>213</sup> ROQUE, André Vasconcelos. As provas ilícitas no novo Código de Processo Civil e o Estado de Necessidade Processual. In: PEIXOTO, Ravi; DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buril de; FREIRE, Alexandre. **Processo de conhecimento – Provas**. v. 3, 2015, p. 419-420.

<sup>214</sup> BRASIL, **Anteprojeto do novo Código De Processo Civil**. 2010. Disponível em: <https://asadip.files.wordpress.com/2010/09/anteprojeto1.pdf>. Acesso em: 20.jul.2020.

<sup>215</sup> ROQUE, André Vasconcelos. *Op. cit.*, 2015, p. 415-416.

<sup>216</sup> Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas

Ademais, expõe-se as três alternativas suscitadas pela doutrina, no que se refere às provas ilícitas: a primeira, já superada no ordenamento brasileiro, trata da admissibilidade sem prejuízo das sanções penais, cíveis e administrativas ao infrator; a segunda consiste na inadmissibilidade de plano, podendo vir a gerar excessos em casos extremos, dada a natureza absolutória; a terceira, por sua vez, traduz o que poderia vir a ser conhecido como inadmissibilidade mitigada, admitindo as provas ilícitas nas situações que envolvam direitos fundamentais, utilizando o princípio da proporcionalidade.

Essa última, parecendo a mais coerente e, conforme já visto, a mais utilizada pela doutrina e jurisprudência que defendem a mitigação, tem como argumento o fato de que o princípio acima indicado também possui embasamento constitucional, sendo uma decorrência do devido processo legal e do Estado Democrático de Direito. Assim, não poderia ser considerada a crítica de que a admissão das provas ilícitas, por ter fundamento da CF, não é passível de qualquer flexibilização.

Além disso, não cabe a argumentação relacionada aos eventuais abusos causados pelo princípio da proporcionalidade, o que tornaria os direitos fundamentais sujeitos a restrições, a depender do caso concreto. Isso porque, quando uma norma que traz uma garantia é instituída, sem prever exceções, é como se o legislador estivesse impedindo o juiz de tomar uma decisão flexibilizando, o que também é perigoso – indo de encontro, inclusive, ao sistema de Livre Convencimento Motivado -, sendo que esta mitigação, a depender da situação vivida no caso concreto, será a mais justa.

Faz-se necessária, portanto, a mediação do intérprete jurídico para dar eficácia ao conteúdo inserido nas normas do texto constitucional, realizando, nesse momento, a ponderação de interesses. Não há como instituir essa proibição das provas ilícitas de forma absoluta, sem considerações alternativas, ainda mais tendo em vista que existem, na Constituição Federal, bens jurídicos igualmente relevantes aos resguardados por essa vedação.

No campo do processo civil, um exemplo excelente de caso excepcional em que seria razoável sustentar a admissibilidade de provas (aparentemente) ilícitas seria uma ação de destituição de poder familiar, em que se alega a prática de abusos contra a criança pelos próprios pais. A única prova desse fato relevante são gravações que foram realizadas clandestinamente. Nesta hipótese, parece que o direito de privacidade dos pais deve ceder à dignidade e ao respeito do ser humano em formação<sup>217</sup>.

---

circunstâncias, não era razoável exigir-se. (BRASIL, **Código de Processo Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 09.mai.2020).

<sup>217</sup> ROQUE, André Vasconcelos. As provas ilícitas no novo Código de Processo Civil e o Estado de Necessidade Processual. In: PEIXOTO, Ravi; DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buril de; FREIRE, Alexandre. **Processo de conhecimento – Provas**. v. 3, 2015, p. 430-431.

Entretanto, Roque<sup>218</sup> atenta para o fato de que, para haver um controle racional do processo, devem ser estabelecidas condições claras, estas sendo firmadas a partir da presença de alguns requisitos, conhecidos como subprincípios da proporcionalidade, quais sejam adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Assim sendo, o ato deve ser adequado aos fins que busca alcançar, da forma menos gravosa possível, respeitando a lógica do custo-benefício – ou seja, deve apresentar mais vantagens que desvantagens.

Seria indispensável, por exemplo, que a prova fosse determinante para a decisão do juiz e consequente resultado do processo, não meramente capaz de influenciar o julgamento do magistrado. Além disso, aquela deve ser a única forma pela qual se teria conhecimento do fato, de modo que, havendo outro meio de prova lícito, este será admitido em detrimento do ilícito.

Pontua-se, também, que não serão aceitas as evidências probatórias ilícitas disponibilizadas por indivíduo que, por si só, impossibilitou a produção de provas lícitas, além de que a prova deverá resguardar um bem jurídico de alta relevância, como usualmente acontece nos casos das ações de família.

Ou seja, como amplamente discutido, os processos familiares merecem um tratamento especial, tanto por conta das suas relações serem as que mais sofrem os efeitos das alterações da sociedade, quanto pelo fato de os litígios envolverem relações afetivas e parentais, que são de grande importância. Além do mais, rememora-se a marcante dificuldade de produção probatória nas ações de família, considerando não só a natural ocultação de fatos desfavoráveis pelos causadores, como acontece em todo litígio, como também os óbices relativos à demonstração do ocorrido.

Observa-se, ainda, que nem sempre há possibilidade de expor o que efetivamente ocorreu na intimidade do lar, mesmo que presentes testemunhas, dada a situação de impedimento, suspeição ou incapacidade atrelada, na maioria dos casos. Portanto, resta ao julgador avaliar o caso concreto, considerando as partes envolvidas e as suas condições de estarem no processo, e estabelecendo flexibilizações na admissão probatória, quando necessário for.

Reunidos esses pontos, então, também com base nos fundamentos legais suscitados, tem-se que decidir pela inadmissão das provas ilícitas no processo, de forma absoluta, violaria o direito constitucional à prova, vez que estas, em razão do estado de necessidade processual, perdem o

---

<sup>218</sup> Exemplificando esse último requisito, tem-se a situação da parte que deixa de produzir a prova no momento oportuno. Nesse caso, há a incidência do princípio da boa-fé processual (art. 5º, CPC), de modo que não será possível a admissão da prova ilícita.

seu caráter de ilicitude, principalmente quando em situações específicas, tais quais as comumente presenciadas nas ações familiares.



## 5 CONCLUSÃO

Como desenvolvido ao longo do presente Trabalho de Conclusão de Curso, a sociedade passa por diversas mudanças ao longo do tempo, inclusive no que diz respeito ao conceito de família e a sua composição. A partir disso, o direito, como sendo um resultado social, precisa se adequar, para melhor atender à coletividade.

Isso é, dito de outro modo, o direito, além de ser fruto da sociedade, também objetiva servi-la, fazendo surgir a necessidade de alterações das normas quando as antigas não alcançam mais o resultado almejado, seja pela evolução social e/ou cultural. Assim, essa possibilidade de mudança normativa acaba servindo como uma garantia da segurança jurídica, na verdade, embora não se possa perder de vista que, para essas alterações ocorrerem, devem ser seguidos todos os trâmites legais.

Dando uma atenção especial ao impacto gerado pela sociedade na formação do direito e à dinamicidade inerente às relações familiares, evidencia-se a complexidade do Direito de Família e a necessidade de análise minuciosa dos processos a ele atrelados. Inclusive, não facilita o fato de que, em diversos casos, figuram como parte processual incapazes ou, até mesmo, são discutidos os direitos destes.

Como se não bastasse a vulnerabilidade dos indivíduos ali envolvidos, ainda há a indiscutível dificuldade de produção probatória no ambiente familiar. Somado a isso, existe a vedação legal à admissão de provas ilícitas nos autos, que é interpretada, por alguns juristas, de forma absoluta.

Rememora-se, sobre esse ponto, que a vedação tratada se dá não apenas no âmbito do CPC, como também da Constituição Federal. Fatos, esses, que acabam servindo como argumento para boa parte da doutrina e jurisprudência que defende a impossibilidade de admissão.

Ocorre que, assim como já exemplificado neste projeto de pesquisa, são muitas as situações concretas em que há uma colisão de princípios, em um cenário no qual a parte tem a seu favor, apenas, provas obtidas de modo ilícito, como única alternativa de comprovar as suas alegações. Por essa razão, são cada vez mais comuns os debates em relação ao conceito do direito e ao seu dever de facilitar a vida das pessoas, ainda mais daquelas que não possuem paridade de armas.

Desse modo, defende-se que o magistrado, ao se deparar com o caso, deve analisar os diversos fatores influenciadores, incluindo as partes litigantes e as suas condições. Válido informar que isso tudo é condizente com o sistema adotado no Brasil, qual seja o do Livre Convencimento

Motivado, que permite ao juiz participar de forma mais ativa, desde que a sua conduta seja pautada em decisão fundamentada e sejam respeitados os demais limites normativos.

Não se pode esquecer, também, que, de certo modo, corrobora com essa posição o próprio Código de Processo Civil, quando assume a nova configuração do Direito de Família contemporâneo, promovendo abordagens substanciais no que se refere aos trâmites dos conflitos e estabelecendo procedimentos especiais para as ações familiares. Essa atualização demonstra a evolução dos ritos procedimentais adotados pelas codificações ao longo dos anos, além de evidenciar a preocupação existente com as soluções processuais mais céleres e satisfatórias.

Por tudo exposto, portanto, conclui-se pela possibilidade da flexibilização na admissão de provas ilícitas nos casos em que se envolvam outros direitos fundamentais violados, como ocorre na grande parte das ações de Direito de Família. Ou seja, tal conduta jurídica não atentaria contra a Carta Magna, trazendo o *status* de inconstitucional, haja vista que outros direitos, igualmente relevantes, seriam colocados em risco. Isso é, não seria desconsiderado o texto da CF, mas tão somente realizada ponderação casuística.

Pontua-se, ainda, que não haveria prejuízo do princípio da segurança jurídica, uma vez que a inadmissibilidade da prova ilícita seria a regra, apenas aceita em casos excepcionais. Além disso, afirma-se que não seriam suprimidos o contraditório e a ampla defesa da parte contrária e que o julgador seria o responsável pela análise acerca da necessidade de flexibilização, a partir do caso concreto.

Por fim, tendo em vista tudo estudado, observa-se que, na realidade, o que o Poder Judiciário visa é descobrir a verdade material – ou, pelo menos, o mais próximo dela. Portanto, a excepcional admissão das provas ilícitas, a partir da necessidade, seria uma forma de alcançar essa verdade, visto que uma decisão judicial, quanto mais próxima da realidade fática, mais justa é, melhor atendendo aos interesses do Estado e da sociedade.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e realizações de Direitos Fundamentais no Estado de Direito democrático. p. 67-80. In: TÁCITO, Caio. (diretor). **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar Ltda. v. 217. jul./set. 1999.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. [s.l.]: Malheiros Editores, 2008. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Disponível em: [https://www.academia.edu/36864983/Alexy\\_robert\\_teorias\\_dos\\_direitos\\_fundamentais](https://www.academia.edu/36864983/Alexy_robert_teorias_dos_direitos_fundamentais). Acesso em: 21.jun.2020.

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. **A prova como direito humano e direito fundamental das partes do processo judicial**. Belo Horizonte. 2011. Disponível: [https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-8MRF8/1/cleber\\_almeida\\_27.04.11.pdf](https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-8MRF8/1/cleber_almeida_27.04.11.pdf). Acesso em: 16.nov.2019.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas Ilícitas e Proporcionalidade**. EDITORA LUMEN JURIS, Rio de Janeiro, 2006; Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3103/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20%20THIAGO%20ANDR%C3%89%20PIEROBOM%20DE%20%20C3%81VILA-%20Provas%20Il%C3%ADcitas.pdf>. Acesso em: 15.nov.2019.

AZEREDO, Caroline Machado de Oliveira; MOURA, Cíntia da Silva. Ações de família no novo CPC. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 25, nº 98, abr./jun.2017, p. 95-112.

BACHA, Ahmad Jamal Ahmad El; MAEKAVA, Georgia Sonoe. O procedimento especial das ações de família de acordo com o CPC/2015. **Revista de Processo**, v. 280. Jun. 2018. p. 463–484.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. Fundamentação das decisões judiciais – Mudanças no Judiciário face o CPC 2015. In: JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata Christiana Vieira Maia; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; LANNA, Helena (Coord.). **Inovações e modificações do Código de Processo Civil. Avanços, desafios e perspectivas**. Belo Horizonte: DelRey Editora, 2017, p. 47-63.

BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro; MAIA, Maurilio Casas. **Isonomia dinâmica e vulnerabilidade no Direito Processual Civil**. Revista de Processo. São Paulo, v. 230, p. 349-365, abr. 2014. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/por-uma-isonomia-dinamica-no-processo-civil-breves-linhas-sobre-o-fator-vulnerabilidade-processual>. Acesso em: 06.jul.2020.

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. 14. ed. **Curso de Direito Processual Civil. Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, v.2.

BRASIL, **Anteprojeto do novo Código De Processo Civil**. 2010. Disponível em: <https://asadip.files.wordpress.com/2010/09/anteprojeto1.pdf>. Acesso em: 20.jul.2020.

BRASIL, **Código Brasileiro de Telecomunicações**, 1962. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L4117.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4117.htm). Acesso em: 10.mai.2020.

BRASIL, **Código Civil**, 2002. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 17.mar.2020.

BRASIL, **Código de Processo Civil**, 2015. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm). Acesso em:  
09.set.19;

BRASIL, **Código de Processo Penal**. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em:  
12.set.19.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. V Jornada de Direito Civil. Coord. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Enunciado nº 514. Disponível em:  
<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/583>. Acesso em: 23.jul.2020.

BRASIL, **Constituição Federal**, 1998. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em:  
09.set.19;

BRASIL, **Estatuto da Criança e do Adolescente**, 1990. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm). Acesso em: 15.jul.20

BRASIL, **Lei de tipificação criminal de delitos informáticos**. 2012. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12737.htm). Acesso em:  
10.mai.2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.318.322 RS (2010/0105396-0). Min. Nancy Andrighi. DJ 13-04-2011. Disponível em:  
<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19125942/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-1318322-rs-2010-0105396-0/inteiro-teor-19125943>. Acesso em:  
17.mar.2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1247098 - MS (2011/0074787-0). Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti. Brasília, DJ 14.03.2017. Disponível em:  
<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/465739324/recurso-especial-resp-1247098-ms-2011-0074787-0/inteiro-teor-465739334>. Acesso em: 23.jul.2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS 5352 GO 1995/0003246-5) – Relator: Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Brasília, DJ 25.11.1996. p. 46227. LEXSTJ. vol. 93. p. 314. RSTJ. vol. 90. p. 359. Disponível em:  
<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/537960/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-5352-go-1995-0003246-5>. Acesso em: 09.mai.2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 69912 RS, Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília. DJ 26-11-1993. 30.jun.93. Disponível em:  
<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/749530/habeas-corpus-hc-69912-rs>. Acesso em:  
17.nov.2019.

CABRAL, Antônio. Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos Processos Civil e Penal. In: DIDIER JR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coordenadores). **Teoria do Processo – Panorama doutrinário mundial**. Editora Juspodium, 2008, p. 114-115.

CARVALHO, Caio Augusto Nunes de. Provas ilícitas no Direito brasileiro. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. **Direito probatório**. v. 5. 2017. p. 165-200.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Filiação jurídica. Biológica e socioafetiva**, 2009. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/artigos/512/Filia> Acesso em 24.mar.2020.

CARVALHO FILHO, Líbero Penello de. Exceção à limitação das provas ilícitas – legalismo versus verdade. In: ZAKAREWICZ, Adriana (editora-chefe). **Revista Síntese Direito de Família, Parte geral**. nº 78, Zakarewicz Editora, jun./jul.2013, p. 23.

CHAVES, Adalgisa Wiedemann. **A Guarda dos Filhos na Separação**, 2008. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/455/novosite> Acesso em: 24.mar.2020.

CORREIA, Téssia Matias. **A prova no Processo Civil: reflexões sobre o problema da (in)admissibilidade da prova ilícita**. 2015. Dissertação. (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Coimbra, Portugal. Orientador: Prof. Doutor Luís Miguel Andrade Mesquita.

CORTEZ, Renato José das Neves. **A (in)admissibilidade das provas ilícitas frente ao princípio da segurança jurídica**. 2015. Dissertação. (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Eurípedes de Marília (UNIVEM). São Paulo, Brasil. Orientador: Prof. Nelson Finotti Silva. Disponível em: [https://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/1633/DISSERTA%c3%87%c3%83O\\_Renato%20Cortez.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/1633/DISSERTA%c3%87%c3%83O_Renato%20Cortez.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 28.abr.2020.

DAMO COMEL, Denise. **A mitigação do Processo Civil no Direito de Família**. 2017. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/mitigacao-do-processo-civil-no-direito-de-familia/>. Acesso em: 17.nov.2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 11.ed.rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm. 2019.

FILPO, Klever Paulo Leal; ALMEIDA, Marcelo Pereira de. Ações contenciosas de família na Lei nº 13.105/2015: lógica do consenso x lógica do contraditório. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**. Belo Horizonte, ano 25, nº 98, abr./jun.2017, p. 155-171.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC**. Coleção Atlas de Processo Civil. CARMONA, Carlos Alberto. (coord) São Paulo: Atlas, 2008.

GIL, Ana Rita. A convivência familiar nos casos de regulação e exercício das responsabilidades parentais à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. **Revista do Ministério Público** nº 153. jan./mar.2018. p. 35-65.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Parte Geral.** 17.ed. Salvador: Editora Saraiva(jur). 2019, v.1.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família.** 16.ed. Salvador: Editora Saraiva (jur). 2019, v.6

HATEM, Daniela Soares. A evolução dos conceitos de família. **Revista de Direito Privado.** v. 61. jan./mar.2015. p. 293-319.

Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Conversa privada não pode ser usada como prova em ação de guarda de filhos.** 2017. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/noticia/13140/Conversa+privada+n%C3%A3o+pode+ser+usada+como+prova+em+a%C3%A7%C3%A3o+de+guarda+de+filhos>

Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Sexta Turma admite prova gravada pela mãe de menor no telefone da própria casa.** 2014. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/noticia/8024/Sexta+Turma+admite+prova+gravada+pela+m%C3%A3e+de+menor+no+telefone+da+pr%C3%B3pria+casa%22>. Acesso em: 30.abr.2020.

LEITE, Eduardo de Oliveira. As ações de família no novo Código de Processo Civil. **Revista de Direito de Família e das Sucessões.** v. 6. jul-set. 2018. p. 83-102.

LESSA NETO, João Luiz. **O procedimento especial das ações de família no novo CPC e a mediação.** Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/o-procedimento-especial-das-acoes-de-familia-no-novo-cpc-e-mediacao/>. Acesso em: 17.nov.2019.

LÔBO, Paulo. **Divórcio e os modelos de separação entre o Código Civil e o Código de Processo Civil de 2015.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/245.pdf>. Acesso em: 15.mar.2020.

LOPES, João Batista. Provas atípicas e efetividade do processo. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Vol. V. Rio de Janeiro: Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Disponível em: 14.jun.2020. Acesso em: [www.e-publicacoes.uerj.br](http://www.e-publicacoes.uerj.br).

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+ilícita+no+Direito+de+Fam>. Acesso em: 16.nov.2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil. Teoria do Processo Civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015, v.1.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil. Tutela dos Direitos mediante procedimento comum.** 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2019, v.2.

MERCEDES, Rafaella. Mudanças no novo CPC no tocante às ações de família. In: BASAGLIA, Cristiano (coordenador editorial). **Revista Síntese Direito de Família, Parte Geral**. nº 101. abr./maio.2017, p. 459.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. As presunções e a prova. In: **Temas de Direito Processual**. São Paulo. Saraiva. 1977. Disponível em: [edisciplinas.usp.br](http://edisciplinas.usp.br). Acesso em: 23.jun.2020. p. 1-10.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. **Revista do Ministério Público. Edição Comemorativa**. Rio de Janeiro: nº 1, v.1. jan/jun. 2015. p. 175-185.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. **Revista de Processo**. Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. ano 27, n. 105. jan./mar. 2002. p. 181-190.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 11.ed. São Paulo: Editora Método. 2019, v. único.

NOGUEIRA, Rafael Fecury. **Pronúncia: valoração da prova e limites à motivação**. 2012. Tese (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP, São Paulo. Orientador: Prof. Maurício Zanoite de Moraes. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-20032013-143351/publico/Dissertacao\\_versao\\_simplificada\\_Rafael\\_Fecury\\_Nogueira.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-20032013-143351/publico/Dissertacao_versao_simplificada_Rafael_Fecury_Nogueira.pdf). Acesso em: 18.nov.2019

PIMENTEL, Alexandre Freire. **O procedimento das ações de família (de jurisdição contenciosa e voluntária) no CPC/2015**. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_informativo/bibli\\_inf\\_2006/Rev-AJURIS\\_141.03.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-AJURIS_141.03.pdf). Acesso em: 23.jul.2020.

RANGEL, Rafael Calmon. **Breves notas sobre a sentença que reconhece a união estável**. Disponível em: [http://www.ibdfam.org.br/\\_img/artigos/Breves%20notas%20uni%C3%A3o%20est%C3%A1vel%2004\\_01\\_2011.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Breves%20notas%20uni%C3%A3o%20est%C3%A1vel%2004_01_2011.pdf). Acesso em: 16.mar.2020

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70057151524. Oitava Câmara do Direito Civil. Relator Desembargador: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 12 dez.2013. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113547031/agravo-de-instrumento-ai-70057151524-rs/inteiro-teor-113547041>. Acesso em: 10.mai.2020.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Guarda compartilhada: discricionariedade, situação jurídico-física do menor, alimentos e modificação do regime de guarda pela alteração do Código Civil. In: DELGADO, Mário; COLTRO, Mathias (coord.). **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009. p. 281-296.

ROQUE, André Vasconcelos. As provas ilícitas no novo Código de Processo Civil e o Estado de Necessidade Processual. In: PEIXOTO, Ravi; DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buril de; FREIRE, Alexandre. **Processo de conhecimento – Provas**. v. 3, 2015, p. 415-435.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Agravo de Instrumento nº 2013.015080-0, Segunda Câmara do Direito Civil. Relator: João Batista Góes Ulysséa. Julgado em 03 jul. 2013. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23911152/agravo-de-instrumento-ag-20130150800-sc-2013015080-0-acordao-tjsc>. Acesso em: 10.mai.2020.

SCARPINELLA BUENO, Cássio. **Manual de Direito Processual Civil**. v. único. 2.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. Disponível em: <https://hernandofernandes.com.br/wp-content/uploads/2018/11/785-Manual-de-Direito-Processual-Civil-Cassio-Scarpinella-Bueno-2-Ed-Editora-Saraiva-2016.pdf>. Acesso em: 06.jul.2020.

SILVA, José Afonso da. Os princípios constitucionais fundamentais. **Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região**. Brasília: v. 6, n. 4. out./dez. 1994. Disponível em: [files.camolinaro.net/200000095-a6856a703c/principios\\_constitucionais\\_fundamentais.pdf](files.camolinaro.net/200000095-a6856a703c/principios_constitucionais_fundamentais.pdf). Acesso em: 23.jun.2020. p. 17-22.

TARTUCE, Fernanda. **Ações de Família**, 2018. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/169/edicao-1/acoes-de-familia>. Acesso em: 17.mar.2020.

TARTUCE, Fernanda. Prova nos processos de Família e no projeto do CPC: ônus da prova, provas ilícitas e ata notarial. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**. nº 2. set./out. 2014. p. 38-53.

TARTUCE, Fernanda. **Vulnerabilidade como critério legítimo de desequiparação no Processo Civil**. 2011. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. Orientador: Rodolfo de Camargo Mancuso. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-16082012-143743/publico/Versao\\_integral\\_Fernanda\\_Tartuce\\_Silva\\_Tese\\_USP.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-16082012-143743/publico/Versao_integral_Fernanda_Tartuce_Silva_Tese_USP.pdf). Acesso em: 20.jul.2020.

TEIXEIRA CARVALHO, Newton. Os impactos do Código de Processo Civil nas Ações de Família. In: JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata Christiana Vieira Maia; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; LANNA, Helena (Coord.). **Inovações e modificações do Código de Processo Civil. Avanços, desafios e perspectivas**. Belo Horizonte: DelRey Editora, 2017, p. 348-365.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do Direito Processual Civil, processo de conhecimento, procedimento comum**. 60.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019, v.1.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez. (Coord.). **Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2012. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Multiportas.pdf>. Acesso em: 07.jul.2020. p. 87-94.



WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e solução pacífica dos conflitos de interesses. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça multiportas**. 2018. v.9. p. 833-841.