

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

CENTRO DE PÓS GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO DAS
FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE - SP

AS PROVAS ILÍCITAS NAS DEMANDAS DE DIVÓRCIO

Aracelli Mendonça Daves de Freitas

Presidente Prudente/SP

2012

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

CENTRO DE PÓS GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO DAS
FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE - SP

AS PROVAS ILÍCITAS NAS DEMANDAS DE DIVÓRCIO

Aracelli Mendonça Daves de Freitas

Monografia apresentada como requisito parcial
de Conclusão do Curso de Pós Graduação em
Direito Civil e Direito Processual Civil, sob
orientação do Professor Gilberto Notário Ligerio.

Presidente Prudente/SP

2012

AS PROVAS ILÍCITAS NAS DEMANDAS DE DIVÓRCIO

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial da Pós Graduação em Direito Civil e Processo Civil das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP.

Gilberto Notário Ligerio
Orientador

Examinador

Examinador

Presidente Prudente, 04 de fevereiro de 2012.

AQUELE que habita no
esconderijo do Altíssimo, à
sombra do onipotente
descansará.

SALMO 91

AGRADECIMENTOS

Inicialmente agradeço a Deus, nosso Pai, e a Jesus, por todas as bênçãos que tem me concedido e por ensinar-me a superar os obstáculos da vida.

Agradeço a compreensão e o carinho de meu marido e amigo, Diego Coimbra de Freitas, pelo amor e pelo apoio, entendendo os momentos de ausência para a elaboração deste trabalho. A você, meu amor.

À minha filha, Julia Daves de Freitas, peço perdão por não estar presente em todos os momentos e, mesmo assim, sempre me receber com grande sorriso, braços abertos e amor no coração. Saiba que você é a razão da minha vida e que eu te amo.

Agradeço à minha família que amo muito, em especial aos meus pais, Edna Maria Mendonça Daves e Osvaldo Claro Daves, e ao meu irmão Rafael Mendonça Daves, pelo exemplo de vida, amor e colaboração para que eu pudesse superar mais esta etapa.

Agradeço a todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para a apresentação deste trabalho. Muito obrigada.

Ao meu orientador, Dr. Gilberto Notário Liger, agradeço a oportunidade e a confiança depositada ao me aceitar como sua orientanda.

À minha banca examinadora, minhas considerações e agradecimento pela concordância quando convidados a compô-la.

Ademais, devo reiterar os agradecimentos ao Dr. Gilberto Notário Liger, que me ajudou, mostrando-se dedicado e atencioso, sendo de fundamental importância sua orientação para a conclusão deste trabalho.

RESUMO

Neste trabalho, a autora analisou a possibilidade de utilização das provas consideradas ilícitas nas demandas de divórcio. Para tanto, fez breve explanação acerca dos aspectos gerais do direito de família, vez que as demandas de divórcio pertencem a este ramo; bem como da matéria referente às provas, a fim de apresentar, sucintamente, a teoria geral para melhor compreensão sobre a possibilidade da utilização de provas consideradas ilícitas nas demandas de divórcio. Buscou-se analisar grande parte da doutrina, seus posicionamentos e fundamentos. Quanto à atual Emenda Constitucional n. 66/2010, houve a necessidade de apresentar os argumentos doutrinários em torno da eventual extinção da aferição de culpa nas ações de divórcio. No entanto, observou-se que parte dos doutrinadores defende sua discussão, em especial quando tratar-se do pleito de alimentos entre cônjuges, bem como referente ao uso do nome. Partindo deste ponto, vislumbrou-se que diante da dificuldade da parte em demonstrar suas alegações em ações desta natureza, que envolve situações diárias de um casal, quase sempre sem a presença de testemunhas ou outro meio de prova, é que se defendeu a mitigação da proibição do uso de provas ilícitas prevista no ordenamento. Todos os posicionamentos acerca da eventual possibilidade de serem utilizadas as provas consideradas ilícitas foram apresentados, em especial aqueles que defendem seu abrandamento, pautando-se no princípio da proporcionalidade como fundamento. O que se pretendeu demonstrar não é a mudança radical do que a Constituição prevê, mas seu abrandamento. A aplicação ferrenha da proibição às provas ilícitas causa injustiça às partes, pois impossibilita ao magistrado analisar o caso particular, que lhe é apresentado em juízo. O mesmo ocorre com a total admissibilidade em sua utilização. Que a regra seja a proibição não se discute, mas o que se defendeu foi seu abrandamento em situações necessárias. Portanto, para que haja efetiva justiça ao caso analisado pelo juiz, a mitigação à proibição da utilização de provas ilícitas é fundamental. O magistrado, de acordo com o arcabouço probatório, verificará a conveniência da utilização de tais provas e seu enquadramento dentro do princípio da proporcionalidade, a fim de prolatar uma sentença justa às partes no caso concreto.

Palavras-chave: Divórcio. Provas ilícitas. Princípio da Proporcionalidade.

ABSTRACT

At this work the author analyzed the possibility of having at divorce litigations evidences that are considered illicit. In a brief explanation of the general aspects of family law, since divorce lawsuits are a part of the civil sphere, as well as the subject related to the evidence, in order to present the general theory to better comprehend the possible use of illicit evidences in divorce litigations. A vast study was made throughout the family law doctrine, as well as their position, fundamental and elements. As the current Constitutional Amendment n.66/2010, it was necessary to present the doctrinal arguments concerning a possible extinction of the determination of guilt in divorce lawsuits. However, it was noted that part of the authors defends its discussion as well as the use of name. From this point on, due to the difficulty in demonstrating their claims in lawsuits of this nature, which is a couple's daily routine-often presented without any witnesses or other evidence, is supported the prohibition of the use of any illegal evidence provide. All positions concerning the possibility of illicit evidence being used were presented, especially those which defend the softening based on the Principal of Proportionality. The intention was not to demonstrate the radical change of what the Constitution dictates but its softening. The fierce application of illicit evidence causes injustice to the parties because it makes it impossible for the magistrate to analyze the particular case presented in court. The same occurs with the full admissibility in its use. The prohibition is the rule and that is not in discussion, but what has been defended is its softening when necessity demands it. Therefore, for there is effective justice to the case in court, mitigation to ban the use of illegal evidence is crucial. The magistrate will verify the convenience of use of such evidence and its context within the Principle of Proportionality, in order to issue a fair sentence to both parties in court.

Key words: Divorce. Illicit evidences. Principle of Proportionality

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DO DIREITO DE FAMÍLIA	13
1.1 Breve histórico.....	13
1.2 Conceito de família e conceito de famílias	17
1.3 Previsão constitucional e infraconstitucional	19
1.4 Princípios do direito de família.	21
1.4.1 Da dignidade da pessoa humana.....	22
1.4.2 Da liberdade e da igualdade.....	24
1.4.3 Da solidariedade familiar	27
1.4.4 Do pluralismo das entidades familiares	28
1.4.5 Da proteção integral às crianças, adolescentes, jovens e idosos	29
1.4.6 Da proibição de retrocesso social	30
1.4.7 Da afetividade	31
1.5 Espécies de famílias	32
1.5.1 Matrimonial.....	32
1.5.2 Informal	33
1.5.3 Homoafetiva	34
1.5.4 Anaparental.....	35
1.5.5 Pluriparental	36
1.5.6 Paralela	37
1.5.7 Monoparental	39
1.5.8 Eudemonista	40
1.6 Estatuto das famílias – projeto de lei 2.285/2007, em trâmite pela Câmara dos Deputados.....	41
2 DO DIVÓRCIO	44
2.1 Definição	44
2.2 Previsão constitucional e infraconstitucional	45
2.3 Das causas subjetivas que levam a separação/divórcio	47
2.4 Efeitos do divórcio	50
2.5 Separação e divórcio – EC 66/2010.....	52
2.6 Divórcio extrajudicial e o divórcio judicial	55
3 DAS PROVAS	57
3.1 Breve histórico.....	57
3.2 Conceito e objeto da prova.....	61
3.3 Fundamento constitucional.....	66
3.4 Finalidade e destinatário da prova	68
3.5 Princípios relativos às provas.....	69
3.6 Sistema de valoração das provas	76
3.7 Ônus da prova – sistema de distribuição.....	80
3.8 Espécies de provas	84
3.8.1 Do depoimento pessoal.....	85
3.8.2 Da confissão.....	87

3.8.3 Da exibição de documento ou coisa.....	89
3.8.4 Da prova documental	91
3.8.5 – Da prova testemunhal	95
3.8.6 Da prova pericial	97
3.8.7 Da inspeção judicial	100
4 DAS PROVAS ILÍCITAS.....	102
4.1 Definição	102
4.2 Fundamento constitucional.....	104
4.3 Prova ilegal, prova ilegítima e prova ilícita	107
5 DAS PROVAS ILÍCITAS NAS DEMANDAS DE DIVÓRCIO	109
5.1 A discussão da culpa no divórcio litigioso	109
5.2 Produção de provas no divórcio litigioso	113
5.3 As provas ilícitas	117
5.4 As provas ilícitas no divórcio litigioso	127
5.5 Princípio da proporcionalidade	131
6 CONCLUSÃO	139
BIBLIOGRAFIA	142

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, a lei maior de todo o ordenamento jurídico brasileiro, consagra os princípios constitucionais às pessoas, sendo que eles vieram para consolidar, principalmente, direitos inerentes ao ser humano. Quaisquer outras normas que estipulem em sentido contrário são tidas por inconstitucionais. Sendo assim, apesar do direito à prova não estar expressamente previsto na Lei maior, a mesma trouxe mencionada regra por meio de outros, consagrando-a assim, um direito de todos.

Ocorre que, nenhum direito é absoluto, aplicando-se também ao direito das partes em produzirem provas para comprovarem suas alegações. O direito de produção probatória esbarra no ordenamento no tocante às provas ilícitas, que encontra vedação expressa.

No tocante as questões envolvendo o Direito de família, em especial nas demandas de divórcio, por tratar-se de situações peculiares, colocando em xeque as relações familiares, seus integrantes, a dignidade de cada membro, e ainda que os acontecimentos ocorram no seio do lar, muitas vezes a produção da prova é por demasiado difícil, necessitando que a parte recorra a circunstâncias não admitidas no ordenamento para demonstrar seu direito, ou defender-se de outro.

Observou-se que o magistrado que acompanha estas causas tem dificuldades na busca da verdade, pois os fatos raramente são acompanhados de provas, e quando não, as apresentadas em geral são os depoimentos de testemunhas que, de certa forma, possuem parcialidade no caso, ou mesmo na dificuldade de aquisição de provas, que invade a intimidade do outro como, por exemplo, violando sigilo de correspondência.

Diante da dificuldade na produção probatória nestas questões de divórcio, que em regra recai na infração dos deveres do casamento, vislumbrou-se indispensável a mitigação da proibição das provas ilícitas. Caso seja proibida sua utilização, a parte inocente nestas lides será prejudicada, podendo, por exemplo, o cônjuge inocente ser condenando ao pagamento de alimentos civis (binômio necessidade/possibilidade) em favor daquele culpado, sendo que se comprovada a

culpa do cônjuge na separação, teria no máximo, direito a alimentos necessários (aqueles estritamente necessários à sobrevivência).

A doutrina divide-se em opiniões quanto à eventual admissibilidade de sua utilização. Há aqueles que defendem sua total admissibilidade, sem exceção; aqueles que inadmitem que elas sejam utilizadas, fundamentando-se na proibição da própria Constituição que não prevê qualquer exceção; e há uma corrente intermediária, que reconhece sua proibição, mas defende que, em determinados casos, desde que seja a única prova que possa demonstrar o fato, as provas ilícitas podem ser utilizadas. Utilizam como fundamento o princípio da proporcionalidade, em que serão sopesados os valores em jogo no caso concreto, desde que respeitados os princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ponderação).

Diante disto, indagou-se se as provas obtidas por meio ilícito, como último recurso de se comprovar os fatos alegados, seriam ou não admitidas. As partes têm o direito de provar suas alegações, mas em casos excepcionais, o fato a ser demonstrado esbarra na ilicitude da produção da prova, previsto no ordenamento jurídico.

Vislumbrou-se que o Magistrado, como receptor das provas e na busca de solucionar conflitos, poderia admitir o uso de tais provas a fim de proferir um provimento jurisdicional justo, calcado no princípio da proporcionalidade, e ponderando no caso concreto os princípios a serem efetivamente protegidos.

Diante destas considerações iniciais, tornou-se clarividente a complexidade do tema, objeto deste trabalho, pois estão em jogo direitos e princípios constitucionais que se esbarram no caso concreto. Apesar de muito debatido pela doutrina e jurisprudência, ainda não há entendimento pacificado.

Para melhor esclarecimento sobre o assunto, tornou-se indispensável a este trabalho a apresentação concisa da parte geral do direito de família, a fim de demonstrar a evolução que este organismo social tem sofrido com o passar dos anos, cujo conceito do que vem a ser família foi ampliado, englobando não apenas aquelas composições previstas no ordenamento.

Não bastasse, a evolução da sociedade faz com o próprio direito se modifique, e com a atual EC n. 66/2010, em que houve a extinção da separação judicial e dos prazos para o divórcio, surgiu nova polêmica acerca da discussão da culpa nestas demandas, sendo que a explanação sobre o assunto do presente

trabalho tornou-se ainda mais relevante, tanto na defesa da discussão da culpa quanto na consequente utilização das provas ilícitas em casos excepcionais.

Por sua vez, no tocante à produção probatória, importante a apresentação de suas generalidades e, em especial, da produção das provas ilícitas que muitas vezes são as únicas que levam ao esclarecimento dos fatos. No entanto, a produção de provas consideradas ilícitas esbarram com direitos e princípios consagrados constitucionalmente, e para a solução deste embate demonstrou-se indispensável a observância do princípio da proporcionalidade, em que os valores em jogo serão analisados pelo magistrado, equilibrando-os, a fim de considerar qual deles tem maior relevância no caso específico.

1 DO DIREITO DE FAMÍLIA

1.1 Breve histórico

Toda pessoa pertence a um organismo familiar, conseqüência natural da constituição de uma sociedade. Washington de Barros Monteiro (2011, p. 15) afirma que dentre todas as instituições, a família é a que tem maior importância, pois representa o núcleo fundamental da sociedade.

O direito de família é conceituado por Silvio de Salvo Venosa (2010, p. 10) como sendo um ramo do direito civil com características peculiares, sendo *“integrado pelo conjunto de normas que regulam as relações jurídicas familiares, orientado por elevados interesses morais e bem-estar social”*.

Paulo Lôbo (2011, p. 37) conceitua direito de família como *“um conjunto de regras que disciplinam os direitos pessoais e patrimoniais das relações de família”*.

Por sua vez, diante de tanta evolução e transformações, Maria Berenice Dias (2011, p. 28) esclarece que a expressão “direito das famílias” melhor atende às famílias atuais, sem preconceito e discriminação.

Vislumbramos que o direito de família é um ramo do direito que trata exclusivamente de questões familiares, envolvendo direitos pessoais e patrimoniais, a fim de regular as relações entre as pessoas que as constituem, tratando-as com dignidade e igualdade.

No entanto, as regras correspondentes ao Direito de família nem sempre foram assim. Como todo ordenamento, o direito evolui à medida que a sociedade evolui. Foi o que aconteceu com as regras referentes a esta importante área do direito.

Tratando-se da evolução normativa e organizacional, o Direito canônico, que regulamentou as famílias até o século XVIII, era constituído por normas impostas às pessoas, inspiradas na vontade de Deus ou na vontade do monarca. Para eles, a família era pedra fundamental, ordenada e comandada pelo marido, sendo o casamento perpétuo e indissolúvel, com a finalidade de procriação

e criação dos filhos. Somente após a desvinculação do matrimônio com a Igreja é que abriu caminho para a revisão dessa dogmática. (VENOSA, 2010, p. 10).

Ainda, o mesmo autor (2010, p. 03), citando Friedrich Engels, exclama que em sua obra datada do século XIX, o grupo familiar não se restringia entre marido e mulher, as relações sexuais ocorriam entre todos seus membros, sendo que o pai era desconhecido, sabendo apenas quem era a mãe. Assim, vislumbra-se que inicialmente a família era matriarcal, pois era a mãe quem dava assistência aos filhos. No entanto, vale destacar que esta estrutura familiar não se aplicava a todos os povos indistintamente. Posteriormente, os homens começaram a procurar mulheres fora de seu grupo, caracterizando o fim do incesto (exogamia), e culminando para as relações monogâmicas, apesar de algumas civilizações adotarem a poligamia, como também ocorre atualmente.

Arnoldo Wald (2000, p. 19) dispõe que no Brasil, a lei 20-10-1923 fez com que a legislação portuguesa fosse vigorada em nosso país (consubstanciada nas Ordenações, leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções), até que se organizasse um novo código, no entanto, tais regramentos não seriam revogados ou alterados. Ou melhor, o novo código deveria seguir as regras predefinidas da legislação portuguesa.

Sendo assim, um Decreto de 3-11-1827 determinou a todas as dioceses do Brasil que os párocos recebessem na Igreja todos os noivos que assim desejassem, desde que sejam do mesmo bispado e ao menos um paroquiano, e que não lhes houvesse qualquer impedimento para o casamento. A Igreja passou a aceitar o casamento daqueles que pertencessem a sua religião.

O autor informa que somente em meados do século XIX surgiu legislação específica ao casamento dos acatólicos. Àqueles não católicos, a Lei 1.144 de 11-9-1861 deu efeitos civis ao casamento, desde que devidamente registrados. O decreto de 1863 manteve os impedimentos do direito canônico, mas reconheceu que as autoridades civis tinham competência para reconhecer nulidades ou outras questões referentes ao casamento do acatólico. Apesar da legislação imperial conservar as regras do direito canônico, as idéias liberais fizeram com que surgissem reivindicações para separar Estado e Igreja, o que ocorreu com a Proclamação da República, mas que não surtiu muito efeito.

Paulo Lôbo (2011, p. 41) faz breve assertiva sobre o assunto:

No período religioso, o direito de família é considerado matéria reservada ao controle da Igreja Católica, religião oficial na Colônia quanto no Império. Desde o descobrimento, Portugal impôs à Colônia seu próprio ordenamento jurídico, mediante as Ordenações do Reino (conhecidas como Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, por derivação dos nomes dos reis que as instituíam), que por sua vez remetiam ao direito canônico da Igreja Católica, em matéria de família. Esse modelo normativo, no qual o estado abria mão de regular a vida privada de seus cidadãos em benefício de uma organização religiosa, não se alterou com a proclamação da Independência, apesar de a Constituição de 1824 ser inspirada pelos ideais iluministas e liberais da Revolução Francesa. A determinação de edição de um Código Civil estabelecida na Constituição imperial, que poderia inaugurar o direito de família laico, nunca se consumou, acomodando-se à duplicidade jurídica.

Por fim, a regulamentação do casamento civil foi de autoria de Rui Barbosa, pelo Decreto n. 181, de 24-1-1890, considerando como casamento apenas aquele realizado perante autoridades civis. Assim, a Igreja deixou de regular tais questões, que passou a ser competência apenas do Estado. Mas desde seu reconhecimento, a família, bem como as regras do casamento, sofreu modificações até os dias de hoje.

Um dos primeiros atos da República, proclamada em 1889, foi a subtração da competência do direito canônico sobre as relações familiares, especialmente o matrimônio, que se tornaram seculares ou laicas. O casamento religioso ficou destituído de qualquer efeito civil. A Constituição de 1891 assim o enunciou: “A República só conhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”. (art. 72, § 4º). (LÔBO, 2011, p. 42)

Percebemos que, quando se pensava em família, automaticamente referia-se ao casamento. No entanto, com tantas mudanças que foram ocorrendo na sociedade, bem como na própria estrutura familiar, atualmente a família passou a ser considerada célula fundamental da sociedade, englobando as uniões estáveis e as famílias monoparentais.

Silvio de Salvo Venosa (2010, p. 09) esclarece que durante muitos séculos pensava-se que a família formada por homem e mulher era imutável, entretanto, com o passar dos tempos e com a evolução genética e questões geradas pelo transexualismo e homossexualismo, demonstrou-se o contrário.

Com a Constituição Federal de 1988, as normas destinadas ao direito de família passaram a ser consideradas como das mais avançadas dentre todas as outras constituições, firmando-se o fim das desigualdades jurídicas na família brasileira. Com a atual Constituição, normas revolucionárias tutelaram as entidades

familiares não matrimoniais, a igualdade entre homem e mulher, entre os filhos, dentre outros.

O direito de família, possuindo suas peculiaridades, vem regulado pelo nosso Código Civil de 2002, que compreende um novo conceito do que vem a ser família, a fim de estabelecer igualdade jurídica entre os cônjuges, companheiros e filhos, independente de sua origem.

Neste sentido, Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira (2002, p. 03) afirmam:

Mas a principal mudança, que se pode dizer revolucionária, veio com a Constituição Federal de 1988, alargando o conceito de família e passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros, sejam os partícipes dessa união como também os seus descendentes. Seus pontos essenciais constam do artigo 226 e seus incisos, assim resumidos: a) proteção à família constituída: a) pelo casamento civil, b) pelo casamento religioso com efeitos civis, c) pela união estável entre o homem e a mulher e d) pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes; b) ampliação das formas de dissolução do casamento, ao estabelecer facilidades para o divórcio; c) proclamação da plena igualdade de direitos e deveres do homem e da mulher na vivência conjugal; d) consagração da igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações.

Apesar do Estado intervir nas relações familiares, mencionada intervenção é essencial para dar proteção e preservar direitos, exercendo desta forma sua função social de proteção à família, segundo Silvio de Salvo Venosa (2010, p. 10).

A estrutura hierárquica da família deu espaço a sua democratização, sendo que as relações de igualdade e respeito mútuo prevaleceram. O afeto é que passou a sedimentar as famílias, e não mais como ocorria em Roma, em que havia obrigação da família em cultuar seus antepassados (e para isso era necessário o casamento, a fim de que gerassem filho homem para a perpetuação destes cultos, para não caírem em desgraça).

O Direito é estruturado de acordo com a sociedade. Se a sociedade evolui, o direito necessariamente deve evoluir a fim de regulamentar suas relações, trazendo segurança e tranqüilidade jurídica a todos. Foi o que ocorreu com a família, com os tempos a própria organização familiar sofreu modificações, e o Direito a fim de acompanhar essas transformações também se modificou para tutelar as relações familiares, estrutura base da sociedade.

1.2 Conceito de família e conceito de famílias

Atualmente, trata-se de uma tarefa inglória obter um conceito pronto e acabado sobre família, tendo em vista as manifestações fáticas mais variadas que este fenômeno ocorre na sociedade.

Eduardo de Oliveira Leite (2005, p. 23) dispõe que *“a palavra família, como a entendemos hoje, é de origem romana, ‘famulus’, que significa escravo. O termo se originou, provavelmente, da palavra ‘osca famel’ (servus) que quer dizer escravo”*. Melhor compreendendo, a família era constituída por todos aqueles submetidos sob a autoridade do *“pater famílias”*, representada pelo homem. O autor conclui dizendo que é esta estrutura que vai caracterizar a noção de família, desde a Antiguidade até a Modernidade.

Conforme menciona Maria Berenice Dias (2011, p. 41), pensar em família ainda nos traz à mente a idéia de homem e mulher casados e com filhos. Mas esta realidade mudou. Diante disto, a atual Constituição Federal de 1988 reconheceu em seu art. 226 *“como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”*, inclusive a união estável entre homem e mulher.

Não bastasse, a Constituição, em seu artigo 1º tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, assegurando a todos o direito à igualdade e liberdade. Desta forma, foram abolidas qualquer forma de discriminação injustificada, que nada tem a haver com nossa atual democracia.

O surgimento de famílias monoparentais, constituídas por apenas um dos pais, e famílias homoafetivas, com pessoas do mesmo sexo, torna-se cada vez mais comum. Sendo assim, o conceito de família, bem como sua própria expressão, merece evolução, sendo reformulado a fim de englobar todas as famílias existentes, sem discriminação ou preconceito.

A família, como vimos, é um fenômeno fundado em dados biológicos, psicológicos e sociológicos regulados pelo direito. Na definição do grande Beviláqua há que se acrescentar, hoje, as normas reguladores das uniões sem casamento. É interessante observar que no passado qualquer referência à família tomava por base o casamento. Só mais recentemente a

família foi observada pelos juristas sob o prisma de instituição, abrangendo as uniões sem casamento e até mesmo as chamadas famílias monoparentais. A Constituição de 1988 ampliou, entre nós, o conceito de família, para reconhecer “como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, bem como a união estável entre o homem e a mulher (art. 226). Destarte, a família é um gênero que comporta várias espécies (PEREIRA, 2003, p. 08).

Nestes termos, Maria Berenice Dias (2011, p. 43) acrescenta:

A lei nunca se preocupou em definir a família – limitava-se a identificá-la com o casamento. Esta omissão excluía do âmbito jurídico todo e qualquer vínculo de origem afetiva que leva à comunhão de vidas e embaralhamento de patrimônios. O resultado sempre foi desastroso, pois levou a Justiça a condenar à invisibilidade e negar direitos a quem vivia aos pares, mas sem a chancela estatal. Agora – e pela vez primeira – a lei define à família qualquer relação de afeto (LMP 5º III). Com isso, não mais se pode limitar o conceito de entidade familiar ao rol constitucional. Lei nova alargou seu conceito. E não se diga que este conceito serve tão só para definir a violência como doméstica. Ainda que este seja o seu objetivo, acabou por estabelecer os contornos de seu âmbito de abrangência.

A autora (2011, p. 41) diz que com tais modificações houve um alargamento conceitual, notadamente no significado do que vem a ser família. Com a evolução da própria sociedade, as estruturas familiares bem como seu conceito sofreram modificações, deixando de lado a família única e exclusivamente formada pelo casamento.

O alargamento conceitual das relações interpessoais acabou deitando reflexos na conformação da família, que não possui um significado singular. A mudança da sociedade e a evolução dos costumes levaram a uma verdadeira reconfiguração, quer da conjugalidade, quer da parentalidade. Assim, expressões como ilegítima, espúria, adulterina, informal, impura estão banidas do vocabulário jurídico. Não podem ser utilizadas, nem como referência às relações afetivas, nem aos vínculos parentais. Sejam em relação à família, seja no que diz respeito aos filhos, não mais se admite qualquer adjetivação.

Diante de tantas transformações, a Constituição Federal passou a reconhecer as entidades familiares não apenas formada pelo casamento, mas também pela união estável, famílias monoparentais e, recentemente, a doutrina e jurisprudência passou a reconhecê-la entre pessoas do mesmo sexo, denominada de relações homoafetivas. Sem exceção, todos merecem tutela jurídica, assegurando nossos direitos e deveres.

Neste sentido:

Como o Direito e o legislador agem diretamente sobre os fenômenos derivados da família, é inseparável do Direito qualquer estudo da família. Durante muitos séculos acreditou-se que esses dados biológicos eram imutáveis. No entanto, o século XX demonstrou o contrário, com a evolução da ciência genética, bem como com questões geradas pelo transexualismo etc. (VENOSA, 2010, p. 09)

Os avanços da jurisprudência fizeram o STF (ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Brito, j. 05.05.2011) declarar, com caráter vinculante e eficácia erga omnes que as uniões homoafetivas são uma entidade familiar, o que acaba conduzindo a sociedade à aceitação de todas as formas de convívio que as pessoas encontram para buscar a felicidade. (DIAS, 2011, p. 42).

Hoje em dia o que caracteriza a família é o afeto, que une as pessoas que possuem um propósito comum, e não mais o casamento ou a diferença de sexo. Sendo assim, trazer um conceito de “família” tornou-se difícil, vez que nos dias de hoje há diversas formas de sua constituição, e uma definição poderia não englobar todas elas.

Necessário seria uma visão pluralista da família, buscando o *“elemento que permite enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação”* (DIAS, 2011, p. 43).

Tudo foi modificado, a sociedade se modificou, os pensamentos enraizados do que vinha a ser família, que se concretizava no casamento, sexo e procriação, caiu por terra. Sendo assim, o direito evoluiu concomitantemente com a sociedade e a família, regulando as relações e trazendo segurança jurídica a todos os cidadãos.

1.3 Previsão constitucional e infraconstitucional

Foi com a Constituição Federal de 1988 que houve grande evolução no tocante ao direito de família, eliminando as diferenças e instalando a igualdade entre todos. Homens e mulheres passaram a ter os mesmos direitos e deveres, deixando a esposa de ser submissa ao marido, e taxando a igualdade entre os filhos, etc.

Como antes visto, o Direito de Família sofreu profundas mudanças com o advento da Constituição Federal de 1988, a ponto de ser defendida a prevalência de um Direito de Família Constitucional. No caminho inverso do

Código Civil de 1916, formado no espírito da patrimonialização e matrimonialização das relações familiares, o novo texto civil está fincado no desenvolvimento da pessoa humana, princípio basilar da Carta Política vigente. (...)

Estabelece a Constituição Federal os princípios gerais de proteção da família, com traços fundamentais de proteção na igualdade dos direitos dos filhos, independentemente de sua origem advir do casamento, da união estável, da monoparentalidade ou da adoção. (MADALENO, p. 34, 2011)

Com essa evolução constitucional, muitas regras existentes foram derogadas, pois contrariavam a Constituição. Vislumbrando a nova realidade que se impõe, o legislador ampliou o conceito de família, que não mais é constituída necessariamente através do casamento, e merecendo tutela constitucional, pois é calcada no sentimento, no afeto.

Com o Código Civil em vigor em 2003, apesar do projeto original ser de 1975 e, em razão disto, ter sofrido inúmeras modificações para compatibilizar-se com nossa Constituição de 1988, buscou-se atualizar aspectos do novo direito de família. Entretanto, o atual Código deixou de regulamentar temas importantes (LÔBO, 2011, p. 44).

Diante desta postura em tornar o Código atual e, ao mesmo tempo, negando a regulamentação de assuntos importantes, possibilitou inúmeras interpretações por partes dos estudiosos do direito. Mas, graças à constitucionalização do Direito Civil, qualquer norma jurídica referente ao direito de família exige fundamento constitucional.

Sendo assim, apesar da tentativa do legislador em esgotar toda matéria referente ao direito de família no Código Civil, foi necessária legislação extravagante para regulamentar aquelas não disciplinadas, como exemplo na Lei 5.478, de 25 de julho de 1968, que dispõe sobre a Ação de Alimentos; a Lei 8.009, de 29 de março de 1990, que trata sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre outras importantes legislações na área do Direito de Família.

Na realidade, Maria Berenice Dias (2011, p. 32) assevera que ele “*é um código antigo com um novo texto*”, que no máximo excluiu expressões e conceitos discriminatórios, mas também corrigiu equívoco e incorporou orientações jurisprudenciais, como não determinar compulsoriamente a exclusão do sobrenome do marido do sobrenome da mulher, quando na separação ou divórcio. No entanto, assuntos relevantes, como a guarda compartilhada só veio depois, e alguns até hoje não são disciplinados, como a união homoafetiva.

No entanto, Paulo Lôbo (2011, p. 33) explica que nossa constituição inovou inclusive comparada a países ocidentais, pois reconheceu não apenas a entidade matrimonial como entidade familiar, mas também a união estável e a monoparental. Não bastasse, permitiu interpretação extensiva para o reconhecimento de novas entidades implícitas.

Assim, diante da constitucionalização do Direito Civil, toda e qualquer norma jurídica deve ser interpretada à luz da Constituição, que prima pela liberdade, justiça e solidariedade, objetivos previstos expressamente.

1.4 Princípios do direito de família.

A Constituição Federal de 1988 trouxe como fundamento a dignidade da pessoa humana, bem como outros princípios constitucionais como embasamento a todo ordenamento jurídico, ocasionando mudanças em suas interpretações.

Paulo Lôbo (2011, p. 57) esclarece que a doutrina tradicional concedia aos princípios apenas um efeito simbólico, negando-lhes força constitucional. Com a Constituição de 1988 houve grande avanço: a consagração da força normativa dos princípios constitucionais, com conseqüente intervenção do Estado nas relações privadas. E o autor finaliza: *“sem a mediação concretizadora do Poder Judiciário, os princípios não se realizam nem adquirem a plenitude de sua força normativa”*.

Em conseqüência disto, Maria Berenice Dias (2011, p. 57) lembra que os princípios constitucionais passaram a ter eficácia imediata, na busca do ideal de justiça. Nenhuma norma poderá ser interpretada sem considerá-los, inclusive aquelas referentes ao direito de família.

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2002, p. 81) explicam que, *“os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões”*.

Portanto, não bastem quantos princípios do direito de família serão apresentados, todos eles devem, necessariamente, serem analisados em conformidade com princípios constitucionais existentes. Ademais, os princípios aqui

apresentados não esgotam a matéria, apenas objetiva-se mencionar os mais comentados pela doutrina.

1.4.1 Da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana ou direito fundamental da dignificação da pessoa humana é o fundamento da Constituição Federal de 1988, previsto no inciso III do art. 1º, que estrutura o Estado Democrático de Direito. Sua essência é difícil de ser definida, mas todo o ordenamento jurídico deve estar atrelado a este princípio.

Paulo Lôbo (2011, p. 60) esclarece que *“viola o princípio da dignidade da pessoa humana todo ato, conduta ou atitude que coisifique a pessoa, ou seja, que a equipare a uma coisa disponível, ou a um objeto”*.

A dignidade da pessoa humana é prerrogativa de todo indivíduo, que não deve ser prejudicado em sua existência, devendo ser respeitado como sujeito de direitos e obrigações. Neste sentido, Lourival Serejo (1999, p. 30):

O destaque da dignidade humana, em nossa Constituição, como um dos fins do Estado Democrático de Direito, reflete a idéia de respeito aos direitos fundamentais do cidadão, não só em referência ao estado, mas também em suas relações pessoais, como o direito de ser reconhecido como pessoa humana. A dignidade é, enfim, o respeito que cada um merece do outro.

Por este princípio, todos têm o direito de ter intacta sua dignidade, sendo inata à condição de ser humano, que inicialmente o protege contra atos do próprio Estado ou terceiros, bem como se fundamenta na igualdade de todos, vivendo com dignidade. Alexandre de Moraes (2003, p. 129) assevera:

O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes.

O princípio da dignidade da pessoa humana é o mais universal de todos os princípios, vez que dele desencadeia inúmeros outros, como o direito a liberdade, a igualdade, etc. e se aplica tanto às relações públicas quanto às privadas.

José Afonso da Silva (2000, p. 109) ressalta que *“a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”*. Sendo assim, havendo normas que colidem com esse princípio, elas serão tidas como revogadas ou inconstitucionais.

No tocante ao Direito de Família, nossa Constituição consagra em seu art. 226, § 7º que o planejamento familiar deve se embasar nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Verificamos que há grande preocupação com os integrantes da entidade familiar, em especial, com os filhos.

Maria Berenice Dias (2011, p. 63) exclama que o direito de família está estritamente ligado a este princípio, significando *“igual dignidade para todas as entidades familiares”*. Não há qualquer justificativa para tratamento desigual entre famílias e filhos.

A autora, ainda, esclarece que este princípio protege tanto as entidades familiares, bem como o direito de cada integrante de se desvincular dela, razão pela qual a existência do divórcio, pois o que se privilegia é o afeto e a busca a felicidade. Caso estejam ausentes, não há mais razões que justifiquem a manutenção do casamento.

São esses os ensinamentos de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 49):

O que estamos a defender é que o ordenamento jurídico, numa perspectiva e promoção da dignidade da pessoa humana, garanta meios diretos, eficazes e não burocráticos para que, diante da derrocada emocional do matrimônio, os seus partícipes possam libertar-se do vínculo falido, partindo para outros projetos pessoais de felicidade e de vida.

O autor Paulo Lôbo (2011, p. 62) pontua:

A família, tutelada pela Constituição, está funcionalizada ao desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que a integram. A

entidade familiar não é tutelada para si, senão como instrumento de realização existencial de seus membros.

No mesmo sentido são as considerações realizadas por Washington de Barros Monteiro (2011, p. 32) que esclarece que nas relações familiares é tarefa primordial a tutela dos direitos da personalidade, mediante a proteção da dignidade da pessoa humana, pois a família deve ser vista como centro de preservação da pessoa, em sua essência, antes de ser analisada como célula da sociedade.

Rolf Madaleno (2011, p. 42) ensina que com a Constituição de 1988 o Direito de Família sofreu grande reviravolta, passando a prevalecer o respeito à personificação do homem e de sua família, e de cada integrante individualmente.

O que se pode considerar é que com a elevação deste princípio como fundamento da ordem jurídica, destacou-se a pessoa como ser humano e detentores de direitos, devendo o Estado promover a efetivação deste princípio, garantindo o mínimo indispensável a cada indivíduo, para que busquem a felicidade.

1.4.2 Da liberdade e da igualdade

O direito à liberdade é corolário do direito à dignidade da pessoa humana, e um dos primeiros princípios reconhecidos como direito humano fundamental, assim como o direito à igualdade.

Maria Berenice Dias (2011, p. 64) diz que, quanto ao direito de família, tais princípios são pontualmente importantes. Todos têm direito de escolher livremente seus companheiros ou cônjuges, independente de sexo, etnia ou religião, bem como têm ampla liberdade de constituição familiar. Por sua vez, a igualdade entre seus integrantes passou a ser primordial, refletindo na criação e educação dos filhos, pois ambos os genitores têm papéis idênticos na formação de sua prole.

Paulo Lôbo (2011, p. 69) explica o que vem a ser princípio da liberdade nas relações familiares:

O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento

familiar, à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeitadas suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral.

O autor explica que no direito anterior não se admitia a liberdade dos integrantes da entidade familiar. A mulher era dependente do marido, assim como os filhos e, o casamento, indissolúvel. Mas com as transformações sociais causou grande avanço para a democracia familiar.

Entretanto, Rolf Madaleno (2011, p. 89) esclarece que a liberdade também comporta exceções, como exemplo, no âmbito do Direito de Família temos a liberdade do devedor de alimentos em relação à prisão civil, e em contrapartida, o direito à vida do alimentado. Vislumbra-se que o direito à liberdade é direito de todos, mas que também precisa respeitar direitos alheios. Nenhum direito é absoluto.

De outra sorte, nenhum princípio provou tão profunda modificação no direito de família quanto o direito à igualdade entre homem e mulher, e entre os filhos, inclusive entre a multiplicidade de entidades familiares que passaram a se formar com o tempo. Com o direito de igualdade, o direito à liberdade também se destacou.

Falar em liberdade nos remete à igualdade. De uma decorre a outra, pois sem a igualdade não há liberdade, pois predominará a sujeição de um sobre o outro, a dominação (DIAS, 2011, p. 65).

Mencionados princípios aplicam-se, sejam nas relações familiares, aos direitos da criança, adolescente ou idoso. Não bastasse, em nome do princípio da liberdade as pessoas podem constituir entidades familiares, bem como desconstituí-las quando lhes aprouver, dentre outras possibilidades admitidas pelo direito, como a faculdade na alteração no regime de bens.

A Constituição Federal, em seu art. 5º disciplina sobre a igualdade entre todos, mas remete a uma igualdade formal, direcionada ao legislador e ao aplicador do direito (MORAES, 2003, p. 181).

Entretanto, Maria Berenice Dias (2011, p. 65) ressalta que o princípio da igualdade é um dos sustentáculos do Estado Democrático de Direito e, citando Rui Barbosa, lembra da famosa frase: *“tratar a iguais com desigualdade ou aos desiguais com igualdade não é igualdade real, mas flagrante desigualdade”*.

A lei considera todos iguais no art. 5º da Constituição Federal, no entanto, no caso concreto, mencionada igualdade deve ser analisada a fim de não trazer ainda mais desigualdade e conseqüente injustiça. A igualdade formal, prevista no ordenamento, deve ser interpretada pelos operadores do direito para que, ao efetivá-las, concretizem uma verdadeira igualdade substancial (aplicada ao caso concreto).

Neste diapasão, Paulo Lôbo (2011, p. 67):

A igualdade e seus consectários não podem apagar ou desconsiderar as diferenças naturais e culturais que há entre as pessoas e entidades, homem e mulher são diferentes; pais e filhos são diferentes; criança e adulto ou idoso são diferentes; a família matrimonial, a união estável, a família monoparental e as demais entidades familiares são diferentes. Todavia, as diferenças não podem legitimar tratamento jurídico assimétrico ou desigual, no que concernir com a base comum dos direitos e deveres, ou com o núcleo intangível da dignidade de cada membro da família. Não há qualquer fundamentação jurídico-constitucional para distinção de direitos e deveres essenciais entre as entidades familiares, ou para sua hierarquização, mas são todas diferentes, não podendo impor um modelo preferencial sobre as demais, nem exigir da união estável as mesmas características do casamento, dada a natureza de livre constituição da primeira.

Ao direito de família, a Constituição expressamente trouxe previsão de que homens e mulheres são iguais nos direitos e obrigações, bem como não há diferença entre filhos, inadmitindo qualquer discriminação. Também protegeram a liberdade ao planejamento familiar, devendo o Estado propiciar condições para exercerem este direito.

Apesar de todos sermos considerados juridicamente iguais, possuímos particularidades e diferenças, sendo que o tratamento isonômico não tutelaria a necessidade de todos. Em conseqüência disto, devemos pensar em igualdade no sentido de justiça.

Quanto à igualdade no direito de família, também devemos buscar a solidariedade familiar, com deveres recíprocos a cada um dos integrantes, colaborando para a organização familiar. Pais e mães possuem os mesmos direitos e deveres, inclusive relacionados aos filhos, e dentre estes também não há qualquer diferença.

O princípio da igualdade não é destinado apenas ao legislador, mas ao aplicador do direito, que necessariamente deve dar ao caso concreto a tutela merecedora, a fim de equilibrar as diferenças existentes.

1.4.3 Da solidariedade familiar

A solidariedade nos remete à reciprocidade de um para com o outro, na colaboração, na assistência mútua. O princípio da solidariedade também tem previsão constitucional quando menciona em seu preâmbulo sermos uma *“sociedade fraterna”*.

O autor Rolf Madaleno (2011, p. 90) assevera que este princípio é *“oxigênio de todas as relações familiares e afetivas”*, porque um vínculo familiar só se sustenta baseado num ambiente recíproco de compreensão e cooperação. Ainda, o doutrinador ensina que no art. 1.511 do CC, ao dispor que o casamento importa na comunhão plena de vida, faz menção à solidariedade familiar.

O princípio da solidariedade tem sua regra estabelecida no inciso I, do art. 3º, da Constituição Federal. Por sua vez, no tocante ao direito de família, Paulo Lôbo (2011, p. 63) explica que este princípio é ressaltado no *“dever imposto à sociedade, ao Estado e à família (como entidade e na pessoa de cada membro) de proteção ao grupo familiar (art. 226), à criança e ao adolescente (art. 227) e às pessoas idosas (art. 230)”*.

Sobre este princípio, Rodrigo da Cunha Pereira (2010, p. 119) esclarece que *“assim como a união estável e o parentesco, o casamento como uma das fontes de obrigação alimentar advém do dever de mútua assistência assegurado pelo artigo 1.566, III, do Código Civil”*.

O autor (2010, p. 136) doutrina que o princípio da solidariedade é norteador do Direito de Família, traduzindo uma corresponsabilidade entre os cônjuges, inclusive por sentimento moral e social. A solidariedade é dever ético das relações humanas.

Maria Berenice Dias (2011, p. 67) acrescenta:

Assim, deixando um dos parentes de atender com a obrigação parental, não poderá exigí-la daquele a quem se negou a prestar auxílio. Vem a calhar o exemplo do pai que deixa de cumprir com os deveres inerentes ao poder familiar, não provendo a subsistência dos filhos. Tal postura subtrai a possibilidade de ele posteriormente buscar alimentos frente aos filhos, uma vez que desatendeu ao princípio da solidariedade familiar.

E conclui a autora que mencionado princípio é medida utilizada a fim de afastar o dever do Estado em prover todos os direitos constitucionais existentes a cada cidadão, pois primeiramente deve recair aos integrantes familiares garantir tais direitos ao cidadão, depois à sociedade, e por fim, ao Estado.

A solidariedade no direito de família deve ser entendida como uma solidariedade recíproca entre todos seus membros, aos pais cabe serem solidários para com os filhos (art. 229, CC), e vice-versa; um cônjuge também deve ser solidário para com o outro (1511, CC), justificando a obrigação de colaboração mútua, e o dever de prestar alimentos. Dentro do âmbito familiar, todos são credores e devedores de alimentos, expressão máxima do princípio da solidariedade familiar.

1.4.4 Do pluralismo das entidades familiares

Antigamente, somente a relação advinda do matrimônio é que merecia proteção, mas esta idéia foi totalmente modificada com a atual Constituição Federal. Com esta mudança, o conceito de família sofreu modificações, passando a serem reconhecidas inúmeras outras formas de estruturas familiares. Neste sentido:

Até o advento da Constituição Federal de 1988 só através das justas núpcias era possível constituir uma entidade familiar, ficando à margem da lei qualquer outro modelo de formação familiar, notadamente o então denominado concubinato, que tinha conceito diverso daquele conferido pelo artigo 1.727 do Código Civil. (MADALENO, 2011, p. 95)

Paulo Lôbo (2011, p. 79) explica que os brasileiros foram submetidos a uma pesquisa do IBGE “*intitulada Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios (PNAD)*. Os dados dos PNAD têm revelado um perfil das relações familiares *distanciado dos modelos legais (...)*. Referida pesquisa demonstrou uma grande transformação das famílias, principalmente quanto a sua constituição.

Maria Berenice Dias (2011, p. 67) dispõe que, assim como aquelas famílias constituídas pelo matrimônio, tais uniões também são formadas pelo afeto de seus integrantes, bem como pela solidariedade mútua. Negar-lhes a devida tutela

é punir pessoas, muitas vezes de boa-fé, e privilegiar o enriquecimento sem causa, gerando ainda mais injustiça.

Clarividente que, seja através de união extramatrimonial, homoafetiva, bem como união estável paralela (conhecida por concubinato adulterino), apesar do ordenamento não trazer previsão expressa, mencionados arranjos familiares merecem tutela jurídica, em função da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade.

1.4.5 Da proteção integral às crianças, adolescentes, jovens e idosos

No art. 227 da Constituição Federal assegura-se às crianças e adolescentes o direito a uma vida digna e salvo de qualquer forma de discriminação ou violência, sendo dever da sociedade, bem como da família, adotar medidas para que esses direitos sejam efetivados.

Nosso ordenamento adota a doutrina da proteção integral, uma diretriz determinante nas relações envolvendo estas pessoas que merecem proteção, em razão de sua vulnerabilidade e fragilidade (DIAS, 2011, p. 68).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/2009) vem ressaltar tais direitos, obrigando todo o ordenamento a reger-se pelos princípios do melhor interesse, paternidade responsável e proteção integral. Nossa Constituição, em seu art. 227, §6º também dispõe da igualdade das relações paterno-filiais, proibindo discriminação ou classificação entre filhos.

Dessa forma seria inconcebível admitir pudesse qualquer decisão envolvendo os interesses de crianças e adolescentes fazer tabula rasa do princípio dos seus melhores interesses, reputando-se inconstitucional a aplicação circunstancial de qualquer norma ou decisão judicial que desrespeite os interesses prevalentes da criança e do adolescente recepcionados pela Carta Federal. (MADALENO, 2011, p. 97)

Qualquer que seja a atitude adotada, havendo destituição do poder familiar, a modificação da guarda, ou sua entrega à adoção, o que se busca é o melhor interesse do menor, que será analisado no caso concreto. A família não está ligada aos laços de sangue, mas à afetividade.

O princípio do melhor interesse significa que a criança – incluído o adolescente, segundo a Convenção Internacional dos Direitos da Criança – deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade. (LÔBO, 2011, p. 75)

E a mesma proteção é dada ao idoso, no art. 230 da Constituição, ao vedar discriminações em razão da idade, devendo a família e a sociedade assegurar seus direitos e sua efetiva participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem estar.

O Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003) veio consolidar tais direitos às pessoas maiores de 60 anos, aplicando a eles todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.

Todos esses direitos garantidos aos idosos, crianças e adolescentes são garantias fundamentais, devendo ser efetivamente cumpridos, ou seja, imediatamente aplicados, pois são pessoas titulares de direitos juridicamente protegidos.

1.4.6 Da proibição de retrocesso social

Em nosso ordenamento, ao se estabelecer diretrizes à proteção da família, como a igualdade entre filhos, homens e mulheres e a pluralidade das entidades familiares, por ser uma garantia constitucional impede-se que haja um retrocesso social, ou melhor, que tais direitos sejam excluídos.

Maria Berenice Dias (2011, p. 69) diz que se chama de Princípio da proibição de retrocesso social. Os direitos conquistados não mais serão retirados, pois todo o ordenamento, legislação ordinária, deverá considerar como base tais regras de proteção à família, sendo vedadas novas regras que diminuam os direitos conquistados.

O Estado deve necessariamente adotar medidas cuja finalidade é assegurar os direitos consagrados na Constituição, mesmo quando haja omissão,

seja através dos legisladores, seja por meio do Judiciário na interpretação e aplicação das leis.

Desta forma, apesar de não haver previsão legal sobre a união homoafetiva, por exemplo, o Judiciário deve assegurá-los tratamento justo, concedendo a devida prestação jurisdicional caso ingressem em juízo, sob pena de haver retrocesso social e ferir diversos princípios elencados neste capítulo, como o da dignidade da pessoa humana, da igualdade, liberdade, dentre outros previstos constitucionalmente.

1.4.7 Da afetividade

Maria Berenice Dias (2011, p. 70) ensina que o primeiro a assegurar o afeto aos cidadãos é o próprio Estado, elencando na Constituição inúmeros direitos individuais e sociais, a fim de garantir a dignidade de todos. E complementa:

O novo olhar sobre a sexualidade valorizou os vínculos conjugais, sustentando-se no amor e no afeto. Na esteira dessa evolução, o direito das famílias instalou uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo valor jurídico ao afeto. (DIAS, 2011, p. 71).

Paulo Lôbo (2011, p. 73) afirma que a afetividade é o único elo que liga as pessoas, que as mantém unidas nas relações familiares.

Por sua vez, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 48) esclarecem que *“neste diapasão, portanto, decretado o fim do afeto que unia o casal, não havia e não há qualquer sentido em tentar forçar uma relação que não se sustentaria mais”*.

Rolf Madaleno (2011, p. 95) assevera que o afeto é a mola propulsora das relações familiares, movidas pelo sentimento de amor, dando sentido e dignidade à existência humana.

Apesar da lei maior não dispor expressamente a palavra afeto em seu texto (salvo quando regula a guarda – art.1.583, §2º, I), o fato de adotar determinadas medidas e reconhecer direitos, ressalta sua importância. É o que ocorre quando reconhece a união estável como entidade familiar, pois o afeto é que

une as pessoas que a constitui, e não a formalidade do matrimônio. Explicando melhor sobre o assunto, Paulo Lôbo (2011, p. 71):

O princípio da afetividade está implícito na Constituição. Encontram-se na Constituição fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família brasileira, além dos já referidos: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegido (art. 226, § 4º); d) a convivência familiar (e não a origem biológica) é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 227).

Com a elevação do afeto a *status* constitucional, a igualdade entre filiação biológica e socioafetiva foi medida que se impôs, inadmitindo atitudes ou posições contrárias.

Não bastasse, o patrimônio em si deixou de ser importante entre as entidades familiares, abrindo espaço para a afetividade, a felicidade do indivíduo, sua realização, daí surgiu as famílias chamadas eudemonistas. Vislumbramos que, em todo o direito de família, o princípio da afetividade é o que mais se destaca, vez que as entidades familiares são construídas através do amor.

1.5 Espécies de famílias

1.5.1 Matrimonial

Sob forte influência da Igreja Católica, o Estado inicialmente passou a reconhecer somente a união matrimonial, entre homem e mulher. Esta união tinha a finalidade de procriação para a conservação do patrimônio, e a mulher era submissa ao marido e considerada incapaz, pois não poderia trabalhar fora e sequer administrar seus bens.

Desta forma, Maria Berenice Dias (2011, p. 45) explica que o legislador em 1916 formalizou esta família existente: matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, patrimonialista e heterossexual.

Para triunfo do casamento era importante o princípio da monogamia, que não tem texto expresso no ordenamento jurídico brasileiro, mas surgiu no período de transição entre a fase média e a fase superior da barbárie, baseado na predominância do homem e na certeza da paternidade de seus filhos (...). (MADALENO, 2011, p. 8)

A família matrimonial tinha como característica sua indissolubilidade, no entanto, um cônjuge poderia pedir sua anulação por erro essencial quanto à identidade e personalidade do outro; ou o marido pedir a anulação pelo desvirginamento da mulher. Fora disso, caberia o desquite, mas que não romperia o vínculo matrimonial, impedindo novo casamento.

Com a modificação da sociedade, ou melhor, do comportamento das pessoas, passaram a surgir vínculos afetivos alheios ao casamento, formando novas famílias sem a possibilidade de formalização. Sendo assim, houve a necessidade em criar a Lei do Divórcio, possibilitando o rompimento do vínculo matrimonial, com conseqüente mudança do regime de bens da comunhão total para a parcial, e facultando à mulher o uso do nome do marido. Apenas com a Constituição Federal de 1988 é que outras formas de famílias passaram a receber proteção.

1.5.2 Informal

Conforme dito acima, apenas a família constituída pelo casamento é que recebia tutela jurídica, quaisquer outras eram consideradas adúlteras ou concubinárias. E isso refletia inclusive aos filhos gerados fora da união pelo casamento, considerados ilegítimos, bastardos, naturais, espúrios, não possuindo quaisquer direitos, inclusive não poderiam pleitear a paternidade se o pai fosse casado com outra (Maria Berenice Dias, 2011, p. 46).

Sobre o assunto, Rolf Madaleno (2011, p. 8):

A família informal é uma resposta concreta a essa evolução e ela já foi sinônima de família marginal, muito embora figurasse como panacéia de todas as rupturas matrimoniais enquanto ausente o divórcio no Direito brasileiro, ela serviu como válvula de escape para quem, desquitado, não podia casar novamente porque o matrimônio era um vínculo vitalício e indissolúvel. Denominado concubinato, em 1988 foi alçado à condição de

entidade familiar com o advento da vigente Carta Federal, trocando sua identidade civil pela expressão consolidada união estável.

Apesar de toda esta rejeição social e jurídica, não foi o bastante para coibir que esses relacionamentos informais fossem constituídos. Desta forma, apesar do ordenamento não dispor de regras, os juristas a fim de evitar injustiças passaram a criar alternativas a fim de tutelar essas famílias, reconhecendo a expressão “*companheira*”.

No entanto, essas uniões eram consideradas sociedades de fato, apenas para o fim de justificar a divisão patrimonial e evitar o enriquecimento injustificado de um em detrimento do outro.

Com o tempo, essas uniões informais passaram a ser aceitas pela sociedade, recebendo o nome de união estável, inclusive sendo facilitada sua conversão em casamento. Suas regras são praticamente as mesmas à família matrimonial, formada pelo casamento.

1.5.3 Homoafetiva

Apesar da Constituição Federal de 1988 reconhecer apenas como união aquelas formadas entre homem e mulher, atualmente, a nenhum vínculo que se tenha por base o afeto, ainda que entre pessoas do mesmo sexo, pode-se negar tutela e desconsiderar como sendo uma família. Segundo a própria Constituição, seu fundamento é a dignidade da pessoa humana, proibindo qualquer discriminação injustificada.

Maria Berenice Dias (2011, p. 48) esclarece que, em razão de ainda existir preconceito na sociedade, tais uniões eram consideradas juridicamente como sociedade de fato, tratando-os como sócios (com ocorria inicialmente com a união estável). Entretanto, atualmente o posicionamento dos juristas e doutrinadores vem evoluindo, culminando no reconhecimento dessas relações homoafetivas como entidades familiares, e apesar de não possuir regras próprias, cabe analogia às regras da união estável.

Paulo Lôbo (2011, p. 90) corrobora tais informações:

Como a legislação ainda não disciplinou seus efeitos jurídicos, como fez com a união estável, as regras desta podem ser aplicáveis àquelas, por analogia (art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil), em virtude de ser a entidade familiar com maior aproximação de estrutura, nomeadamente quando às relações pessoais, de lealdade, respeito e assistência, alimento, filhos, adoção, regime de bens e impedimentos.

A ausência de lei que regulamente essas uniões não impede que elas existam. Desde que sejam formadas através da afetividade, estabilidade e com finalidade de constituírem família, serão consideradas entidades familiares.

No entanto, os tribunais cada vez mais vêm reconhecendo os direitos dessas pessoas, considerando-as entidades familiares, inclusive concedendo direitos aos seus membros. Paulo Lôbo (2011, p. 94) cita alguns exemplos, como a inclusão de parceiro dependente de plano de assistência médica (3ª turma do STJ – Resp 238.715), inclusive a afirmação de ser a união homossexual uma entidade familiar (REsp 395.904), dentre outros.

Sobre o assunto, segue abaixo enunciado aprovado na I Jornada dos Juízes das Varas de Família de Salvador, evento promovido pela Corregedoria Geral da Justiça, com o apoio da Universidade Corporativa do TJBA e da Escola de Magistrados da Bahia, coordenado pelo Prof. Pablo Stolze, e que contou com a participação de juízes, promotores e defensores.

Editorial 29- Enunciado nº 04 - Segundo a perspectiva eudemonista e socioafetiva do moderno conceito de família, é digno de amparo jurídico o núcleo existencial formado por pessoas do mesmo sexo, aplicando-se-lhe, na falta de lei reguladora específica, as normas atinentes à união estável heterossexual (arts. 1723 a 1727 do CC). (<http://pablostolze.ning.com/page/editoriais-1>)

Vislumbramos que o Judiciário avança positivamente no sentido do reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares, pois são ligadas pelo sentimento de afeto, assim como as diversas espécies de famílias existentes.

1.5.4 Anaparental

A família parental ou também conhecida com anaparental é aquela em que *“a convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósitos, impõe o reconhecimento da existência de entidade familiar”* (DIAS, 2011, p. 48).

Por sua vez, Rolf Madaleno (2011, p. 10) ressalta que o propósito deste núcleo familiar não tem nenhuma conotação sexual, mas tão somente de constituir estável vinculação familiar.

Nada mais justo amparar juridicamente e reconhecer como família pessoas que residem sob o mesmo teto, com esforços comuns, como por exemplo, irmãos que moram juntos. A própria autora exemplifica, esclarecendo que, no caso de falecimento de um dos irmãos, descabida a hipótese de divisão do patrimônio entre todos os outros irmãos existentes.

Rolf Madaleno (2011, p. 10) ensina que esta entidade familiar *“não foi contemplada pelo reconhecimento legal de efeitos jurídicos na ordem sucessória, e até mesmo no âmbito de alimentos”*. No máximo reconhece-se sociedade de fato em relação ao efetivo esforço em conjunto, mas na realidade não há presunção legal deste esforço em comum, o que deverá ser provado no caso concreto.

Maria Berenice Dias (2011, p. 48) afirma que não seria justo reconhecer a família anaparental como sociedade de fato, pois no caso de sucessão, somente metade do patrimônio iria para o sobrevivente, que auxiliou na sua construção. O melhor seria conceder ao irmão a integralidade do patrimônio, pois a convivência caracterizou união de esforços, aplicando por analogia as regras do casamento e união estável.

1.5.5 Pluriparental

A família pluriparental ou mosaico é compreendida como aquela formada por genitores que trazem, de relacionamentos anteriores, filhos comuns ou não ao casal, mas formando uma nova família.

Rolf Madaleno (2011, p. 11) instrui que com os divórcios e dissolução das uniões estáveis, surgiram as figuras do padrasto e da madrasta, dos enteados e enteadas, que ocupam os papéis de pais, mães, filhos e meio-irmãos, que passam a

integrar em nova família, proveniente de vínculos que se formam entre um dos membros do casal e os filhos do outro.

A denominação para esta espécie de família ainda não é consensual, alguns a chamam de reconstruídas, reconstituídas, recompostas e até mesmo, conforme menciona Maria Berenice Dias (2011, p. 49), de *ensambladas* (expressão utilizada na Argentina).

A autora (2011, p. 50) ensina que *“as famílias pluriparentais são caracterizadas pela estrutura complexa decorrente da multiplicidade de vínculos, ambigüidade das funções dos novos casais e forte grau de interdependência”*. Entretanto, esclarece que a tendência é continuar considerando a relação entre o pai/mãe e o filho como monoparental, vez que o novo casamento dos pais não restringe seus direitos e deveres para com os filhos.

Não bastasse, apesar de muitas vezes o padrasto/madrasta e a criança ter forte vínculo um com o outro, a jurisprudência não tem admitido atribuir encargos àquele, como o direito a pensão, mas reconhece o direito à visita, em nome do princípio da afetividade.

No entanto, Paulo Lôbo (2011, p. 96) esclarece que apesar de não haver no ordenamento regras referentes a esta espécie de família, pelo crescente número tem provocado iniciativas legislativas que a considerem entidade familiar. A própria Lei n. 11.924/2009 admitiu que o enteado ou enteada pudesse requerer que em seu registro público constasse o sobrenome do padrasto ou madrasta, desde que ambos concordassem e havendo justo motivo.

Todas as posturas no sentido do reconhecimento de diferentes entidades familiares relaciona-se à convivência saudável entre seus membros, principalmente no melhor interesse da criança e do adolescente.

1.5.6 Paralela

Aquelas relações paralelas a outras ainda não são aceitas de forma pacífica na doutrina como união estável, com o escopo de negar-lhes consequência jurídica. Isso ocorre porque o concubinato (conhecido como adúlterino, espúrio, ou poliamor, dentre outros) é alvo de reprovação social.

O art. 1.723, §1º do CC estabelece que não será reconhecida união estável se ocorrer os impedimentos estabelecidos no art. 1.521, CC. Isso ocorre porque o casamento brasileiro é monogâmico, e a bigamia considerada infração criminal. Uma pessoa poderá se casar novamente, mas para isso deverá ter o vínculo conjugal anterior dissolvido. Já em relação à união estável, basta simples separação de fato ou divórcio, judicial ou extrajudicial, da relação anterior para configurá-la (MADALENO, 2011, p. 15).

No entanto, aquelas uniões coexistentes a um casamento paralelo, cujo cônjuge encontra-se ligado de fato e legalmente, são consideradas uniões adulterinas, não configurando união estável. O art. 1.727, CC assim dispõe: “*as relações não eventuais entre homem e mulher, impedidos de casar, constituem concubinato*”.

Não obstante, não é a repulsa a essas espécies de relacionamentos que o faz desaparecer. Eles existem e merecem tutela jurídica como todos os outros. Diante disto, a jurisprudência vem reconhecendo mencionados relacionamentos como uniões estáveis, dependendo do caso concreto, até pelo fato de evitar enriquecimento indevido de um em desfavor do outro.

E, tem sido cada vez mais freqüente deparar com decisões judiciais reconhecendo direitos às uniões paralelas ao casamento ou correlata a outra união afetiva, perfilhando todos os direitos pertinentes ao casamento, como se fosse possível manter dois casamentos em tempo integral, para conferir com sua ruptura a divisão do patrimônio conjugal entre três pessoas (triação), à razão de um terço dos bens para cada partícipe desse estágio triângulo amoroso, ou ordenar o duplo pagamento de pensão alimentícia. (MADALENO, 2011, p. 16).

Apesar disso, Maria Berenice Dias (2011, p. 50) esclarece que o Código Civil continuou punindo a concubina, não reconhecendo todos os direitos dados à companheira na união estável. Abre-se apenas a exceção, mas com o fim de reconhecer apenas uma sociedade de fato: desde que esteja de boa-fé, ou melhor, na hipótese da concubina negar conhecimento da existência de relação concomitante e anterior à sua.

Entretanto, como esta tarefa de comprovar a boa ou má-fé é totalmente subjetiva e difícil, a autora entende que mencionada união deve, necessariamente, ser considerada entidade familiar. Sua justificativa resume-se no fato destas uniões

gerarem prole, reconhecimento social, merecendo tutela jurídica, e não fadadas à invisibilidade.

Mas juridicamente, ao amante só são reconhecidos alguns direitos se declarar seu desconhecimento quanto à infidelidade do parceiro. Não fosse assim, quem sofreria as conseqüências seria apenas o amante. Não sendo tutelada esta relação, o bígamo sairia ileso, pois não lhe recairia qualquer responsabilidade para com a companheira amante, e ainda permaneceria com a titularidade patrimonial. Em sentido oposto, aquele fiel e leal à companheira, o ordenamento reconhece-lhe a união estável, recaindo sobre ele todas as obrigações decorrentes, inclusive direito a alimentos em favor do companheiro.

Diante disto, Maria Berenice Dias (2011, p. 51) conclui que a justiça está *“favorecendo e incentivando a infidelidade e o adultério”*.

Mas Rolf Madaleno (2011, p. 20) pontua que na relação paralela sempre faltarão ao conjunto afetivo os requisitos da fidelidade e da exclusividade de coabitação. O concubino não é fiel à esposa, e tampouco à concubina, pois continua casado e vivendo com sua esposa sem efetivas intenções de se separar. E esclarece que a relação adúltera poderá até ter reflexos jurídicos no Direito das Obrigações, mas não *“poderá alcançar a categoria de fato jurídico do Direito de Família, no modelo puro de uma entidade familiar”*.

Ainda é um tema que gera muita polêmica, mas colocar uma venda e fingir que relacionamentos como esses não existem é não querer enxergar a realidade. E a conseqüência é privilegiar aquele que menos direitos teria, o bígamo, que estaria enganando sua esposa ou companheira, e muitas vezes, até mesmo a concubina de boa fé, gerando conseqüências desastrosas no âmbito do direito sucessório.

1.5.7 Monoparental

É aquela constituída por apenas um dos pais e os filhos. A família monoparental pode derivar de um ato de vontade, como exemplo num caso de divórcio, ou ato involuntário, quando há gravidez de pessoa solteira, no caso de viuvez, adoção por apenas uma pessoa, etc.

Rolf Madaleno (2011, p. 29) apresenta exemplos de constituições de famílias monoparentais:

A monoparentalidade, no entanto, não decorre exclusivamente da natalidade de mães solteiras e das separações e dissensões conjugais e afetivas, sendo também identificada no processo unilateral de adoção, ou na inseminação artificial de mães carentes de parceiros ou descompromissadas, na separação de fato, na chamada inseminação *post mortem* e no caso de tutela realizada por uma única pessoa.

Paulo Lôbo (2011, p. 89) afirma que, apesar da família monoparental não ter estatuto próprio, as regras do direito de família lhe são aplicáveis. Essa entidade familiar tem cada vez mais expressão na sociedade, ante ao expressivo número existente no país, recebendo devido reconhecimento constitucional.

1.5.8 Eudemonista

Atualmente, a família vem tomando formas, sendo que muitas espécies foram surgindo, não necessariamente em decorrência do matrimônio, mas estão estritamente ligadas pelo sentimento, pelo afeto.

É esta nova estrutura familiar, ligada pelo sentimento de amor, pela busca da felicidade individual e solidariedade de um para com o outro, que passou a receber o nome de família eudemonista.

Maria Berenice Dias (2011, p. 55) esclarece o que é eudemonismo:

É a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere da primeira parte do §8º do art. 226 da CF: o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram.

O doutrinador Rolf Madaleno (2011, p. 25) assim ensina nas atuais questões do direito de família, enfatizando que “*não mais se restringe aos valores destacados de ser e ter, porque ao menos entre nós, desde o advento da Carta Política de 1988 prevalece a busca e o direito pela conquista da felicidade a partir da afetividade*”.

Hoje, a família se identifica pelo sentimento, pela busca da felicidade, são constituídas de relacionamentos que prezam pela igualdade de seus integrantes. O que antigamente ocorria muito eram relacionamentos de “fachada”, o que hoje não mais perdura, pois as pessoas têm liberdade de escolha, que é o encontro da felicidade.

1.6 Estatuto das famílias – projeto de lei 2.285/2007, em trâmite pela Câmara dos Deputados

Conforme mencionado anteriormente, o Código Civil, apesar de novo, tem seu projeto do ano de 1975. Alterações foram realizadas no sentido de torná-lo coerente com a sociedade moderna, em constante evolução, mas não foi o bastante. Em especial com a Constituição Federal de 1988, que alterou significativamente assuntos importantes, tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana e outros princípios como o da igualdade e liberdade.

Diante desta evolução social, com mudanças de valores e da própria estrutura familiar sem que o Código Civil pudesse prever, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) com o escopo de proteger os direitos decorrentes das transformações não previstas pelo novo código, achou por bem trabalhar na construção do Projeto de Lei 2.285/2007, reescrevendo o Direito de Família e criando o Estatuto das Famílias.

Rolf Madaleno (2011, p. 24) explica que, na realidade, referido projeto estabelece uma família eudemonista, baseada no sentimento de felicidade de cada um de seus membros, pois em seu art. 3º define: *“é protegida como família toda comunhão de vida instituída com a finalidade de convivência familiar, em qualquer de suas modalidades”*. Tanto que a exposição de motivos apresentada pela Comissão assim dispõe:

O Estatuto das Famílias, além de incorporar vários projetos de lei específicos que tramitam no Congresso Nacional, busca solução para conflitos e demandas familiares, a partir de novos valores jurídicos como o afeto, o cuidado, a solidariedade e a pluralidade.

O autor esclarece que o Código Civil atual, além de não ter acompanhado a evolução social, encontra-se com diversas controvérsias e interpretações a respeito do Direito de Família, sendo que um Estatuto próprio traduziria os valores em questão, em conformidade com a sociedade atual e a Constituição Federal, que preza valores supremos das variadas constituições de entidades familiares formadas ao longo do tempo.

Com o mesmo entendimento, Paulo Lôbo (2011, p. 163) comenta:

Tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 2.285/2007 (“Estatuto das Famílias”), cuidando de todas as matérias relativas ao direito de famílias, com visão inovadora e contemporânea, apontando para melhor regulamentação dessas matérias, ordenando de modo sistemático o divórcio e suas dimensões.

Em sentido oposto, Washington de Barros Monteiro (2011, p. 35) critica a criação de um Estatuto das Famílias, afirmando que este projeto oferece graves riscos, em especial a perda do sistema codificado. O autor explica que *“cada livro do Código possui institutos que lhe são próprios, mas dentro de sistema organizado e regulado em regras gerais pela respectiva parte geral”*. Não bastasse, assevera que mencionado projeto está *“eivado de inconstitucionalidades”*. E cita o art. 132 do referido estatuto: *“O juiz pode adotar em casa caso a solução mais conveniente ou oportuna para atender o direito da partes, à luz dos princípio deste Estatuto”*.

O autor entende ser arriscado a ampliação que o art. 132 do mencionado projeto dá ao magistrado, pois estabelece que o juiz poderá deixar de aplicar a lei, caso entenda conveniente e oportuno à solução do caso concreto. Na realidade, as normas legais e normas principiológicas devem ser asseguradas pelo nosso sistema jurídico, não podendo deixar ao livre arbítrio do julgador, além do estatuto referir-se ao princípio da afetividade que, ao entender de Washington de Barros Monteiro, é um sentimento e não um princípio para solução de conflitos jurídicos.

O doutrinador afirma que o mencionado projeto altera dispositivos do próprio Código Civil, tornando aceitável a poligamia, sem qualquer menção à boa-fé; além de não estabelecer a separação de fato de pessoa casada para a caracterização de união estável com outra, dentre outras críticas realizadas em diversos artigos inseridos no projeto.

O afeto é relevante nas questões de família, mas não se pode olvidar que o direito de família tem embasamento em direitos e deveres e não em sentimentos e emoções, que a família brasileira é monogâmica, que não podem ser eliminadas as sanções pelo descumprimento dos deveres e pela violação aos direitos familiares sob pena de tais deveres e direitos serem transformados em meras recomendações, que a união estável merece toda a proteção jurídica, mas que sua natureza na constituição e na dissolução é diversa do casamento, e que o poder familiar dos pais é de extrema relevância na formação dos filhos. (MONTEIRO, 2011, p. 43)

Diante disto, o autor entende que o atual projeto do estatuto da família encontra-se em desacordo com os valores morais e sociais, gerando insegurança jurídica e violando diversos artigos da Constituição, inclusive o art. 226, que protege a família e seus integrantes.

Concordamos que houve grande evolução quanto à formação das entidades familiares e que a afetividade, bem como a solidariedade, passou a ser primordial nestas relações.

Um Estatuto das famílias poderia ser bem aceito, posto que hoje se trate de assunto especializado e que merece relevância, mas sua codificação não poderia ser contrária às normas gerais do próprio Código Civil, que atualmente o incorpora, tampouco da Constituição Federal.

Diante de algumas evidências apresentadas pelo autor Washington de Barros Monteiro, no tocante a quebra de princípios fundamentais e ficando inclusive muitas situações ao arbítrio do magistrado, realmente gerariam mais insegurança jurídica nas pessoas. E não seria essa a finalidade do atual projeto. Desta maneira, como forma de melhor atender os interesses das entidades familiares e de seus membros individualmente, revela-se interessante que o atual projeto seja revisto, a fim de respeitar as diretrizes da constituição e do próprio código civil.

2 DO DIVÓRCIO

2.1 Definição

Considerando o tema do presente trabalho, necessário se faz uma definição do que é o divórcio. Trata-se de conceito até simples, contudo, socorre-se da doutrina para colaborar nessa tarefa.

Inicialmente, cite-se Yussef Said Cahali (2011, p. 905) que diz *“assim como na separação judicial, o divórcio é causa terminativa da sociedade conjugal; porém, este possui efeito mais amplo, pois dissolve o vínculo matrimonial”*. E finaliza: *“o divórcio só dissolve o casamento válido (CC/2002, art. 1.571, §1º), e a sentença que o decreta tem eficácia ex nunc, só para o futuro”*.

Paulo Lôbo (2011, p. 149) lembra que o divórcio é o meio voluntário de dissolução do vínculo matrimonial, sendo que o involuntário é a morte de um ou ambos os cônjuges.

O Divórcio encontra-se regulado no nosso Código Civil em tímidos artigos. É a única modalidade que rompe com o vínculo matrimonial, no qual a separação, independente de qual a modalidade (se de corpos, judicial ou de fato) rompe apenas com a sociedade conjugal.

O doutrinador Rolf Madaleno (2011, p. 195) faz distinção entre a separação judicial e o divórcio, ensinando que a dissolução do vínculo conjugal ocorre com o divórcio, vez que a separação rompe somente a sociedade dos cônjuges, que os impedem de casarem-se novamente.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 26) definem o que vem a ser divórcio:

O divórcio é a medida dissolutória do vínculo matrimonial válido, importando, por consequência, na extinção de deveres conjugais. Trata-se, no vigente ordenamento jurídico brasileiro, de uma forma voluntária de extinção da relação conjugal, sem causa específica, decorrente de simples manifestação de vontade de um ou de ambos os cônjuges, apta a permitir, conseqüentemente, a constituição de novos vínculos matrimoniais.

O ordenamento disciplina no art. 1.571, IV, CPC que o Divórcio também é uma das causas do término da sociedade conjugal. Com a decretação do divórcio há alteração do estado civil dos consortes, que passam a ser divorciados.

Portanto, a separação judicial extingue a sociedade conjugal entre os cônjuges, mas não os liberam para contrair novo matrimônio. Já o divórcio, além de extinguir com a sociedade conjugal, também extingue o vínculo conjugal, podendo as partes contraírem novo matrimônio.

Maria Berenice Dias (2011, p. 323) esclarece que a nova EC 66/2010, declara que para se obter o fim do vínculo conjugal, os cônjuges podem ingressar no Judiciário pleiteando o Divórcio (quando houver discordância entre os mesmos e/ou presente interesse de menores ou incapazes), salvo isso, podem requerer o divórcio sem intervenção judicial, perante um tabelião (art. 1.124, CC).

A doutrinadora, ainda, explica que a sentença que decreta o divórcio é desconstitutiva, produzindo efeitos a partir de seu trânsito em julgado, devendo ser averbada no Registro Civil, conforme art. 10 CC e art. 129, §1º, a, da Lei de Registro Público. Havendo partilha de bens móveis, dever também ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis (art. 167, II, 14, LRP).

Apesar de Washington de Barros Monteiro (2011, p. 330) entender que as diversas espécies de divórcios devem ser mantidas, em razão da necessidade de se discutir culpa em determinados casos, prevalece o entendimento de que a recente EC 66/2010 extinguiu o instituto da separação (salvo posicionamentos contrários), sendo assim, não há mais valia as classificações de divórcio em direito ou por conversão, ante a exclusão de prazos, que eram requisitos para o ingresso em juízo.

2.2 Previsão constitucional e infraconstitucional

Inicialmente, o divórcio, no sentido de dissolução de vínculo conjugal, passou a ser regulamentado pela Emenda Constitucional n. 9 de 1977, que instituiu os parâmetros possíveis para se pleitear o divórcio, considerado indissolúvel pela Constituição de 1967, em seu art. 175, §1º. Referida emenda possibilitava o divórcio

direto, desde que comprovados cinco anos de separação de fato, anterior à promulgação da emenda. (CARVALHO, 2010, p. 2)

Yussef Said Cahali (2011, p. 913) doutrina que a Lei do Divórcio – Lei n. 6.515/1977 - em seu art. 40 tratou de regulá-lo, prevendo como requisito o lapso temporal e a discussão da culpa.

Com a atual Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, §6º, as possibilidades de rompimento do vínculo matrimonial foram ainda mais ampliadas, sendo que o divórcio direto passou a exigir tão somente o prazo superior a dois anos de separação de fato para sua configuração, mantendo-se independente da causa da separação. Ainda, reduziu o prazo da conversão para um ano da separação judicial, e estabeleceu o prazo de dois anos para o divórcio direto, no caso de separação de fato.

Por sua vez, Dimas Messias de Carvalho (2010, p. 4) esclarece que o Código Civil de 2002 voltou a regular a Dissolução da Sociedade Conjugal e do Vínculo Conjugal e a Proteção da Pessoa dos Filhos, nos moldes da Lei do Divórcio, com algumas alterações. Mas, a Lei do Divórcio permanecia em vigor naquilo que o Código Civil não regulamentava, principalmente quanto ao procedimento.

Já a lei 11.441 de 04 de janeiro de 2007 trouxe grande inovação, pois permitiu a separação e o divórcio consensual administrativo ou extrajudicial, por meio de escritura pública, acompanhados de advogado e perante tabelião de notas. Mas, imprescindível que ausente interesses de menores e/ou incapazes.

Por fim, a atual Emenda Constitucional n. 66, promulgada em 13 de julho de 2010, alterou as disposições do §6º do art. 226 da Constituição Federal, sendo que novas disposições referente ao divórcio entraram em vigor, com aplicação imediata, ou melhor, inclusive nos processos que se encontravam em andamento.

Explicando sobre o tema, Rolf Madaleno (2011, p. 387):

A redução de cinco para dois anos de separação de fato decorria do § 6º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, regulamentado pelo artigo 2º da Lei n. 7.841, de 17 de outubro de 1989, e constava do § 2º do art. 1.580 do Código Civil, até a aprovação da Emenda Constitucional n. 66, de 13 de julho de 2010, que suprimiu do sistema jurídico a separação judicial e extrajudicial, dissolvendo o casamento apenas pelo divórcio direto e a qualquer tempo, ficando eliminados os prazos de um ano para a conversão da separação oficial em divórcio e de dois anos de separação de fato para o divórcio direto, que será concedido a qualquer tempo, por requerimento unilateral ou por consenso dos cônjuges.

Resumindo a evolução constitucional do divórcio no Brasil, Paulo Lôbo (2011, p. 151) assim explicita:

- a) com a emenda do divórcio em 1977, a separação judicial era requisito necessário e prévio para o pedido de divórcio, que tinha de aguardar a consumação do prazo de três anos daquela; não havia, portanto, divórcio direto;
- b) com a Constituição de 1988, a separação judicial deixou de ser requisito para o divórcio, passando a ser facultativa, tendo duas finalidades: ser convertida em divórcio (...) e permitir a reconciliação dos separados (...);
- c) com a emenda 66 de 2010 que deu nova redação ao §6º do art. 226 da Constituição, a separação judicial desapareceu, inclusive na modalidade de requisito voluntário para conversão ao divórcio; desapareceu, igualmente, o requisito temporal para o divórcio, que passou a ser exclusivamente direto, tanto por mútuo consentimento dos cônjuges (judicial ou extrajudicial), quanto litigioso.

Dimas Messias de Carvalho (2010, p. 04) explana que a nova emenda *“excluiu a separação jurídica, o divórcio por conversão e a necessidade de prazos para a decretação do divórcio”*, sendo que a única forma dos cônjuges terem seu vínculo matrimonial desfeito passou a ser por meio do divórcio, suprimindo-se qualquer prazo para sua configuração. O autor pontua que a EC n. 66/2010 foi um grande avanço na legislação brasileira.

Assim como todas as regras jurídicas, aquelas referentes ao Divórcio também foram modificadas ao longo dos anos. O que anteriormente era mais difícil, hoje a extinção do vínculo matrimonial foi facilitada quando em vigor a atual EC n. 66/2010. Percebeu-se que não se justifica obrigar as pessoas a permanecerem em uniões já falidas. Busca-se, atualmente, por meio da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, a felicidade de cada integrante, sejam permanecendo em família, ou não.

2.3 Das causas subjetivas que levam à separação/divórcio

Antes de adentrarmos sobre as causas, vale anotar que há grande divergência na doutrina no tocante a EC 66/2010 ter extinguido a separação judicial e sobre a discussão da culpa para o término do vínculo matrimonial.

Há aqueles que entendem não ter a separação judicial sido extinta, pois no divórcio não se pode discutir a culpa pelo término do casamento; e há aqueles que entendem a separação continuar existindo, sendo faculdade dos consortes querer seu ingresso em juízo.

Quanto à culpa, há quem entenda que não cabe sua discussão, seja no divórcio, seja na separação. Já para aqueles que defendem a discussão da culpa, o fazem quando se trata de alimentos entre cônjuges e/ou perda do direito ao sobrenome do cônjuge, a ser realizada na ação de divórcio. Sobre o assunto, faremos breve explanação no capítulo 5 deste trabalho.

Diante da possibilidade de se discutir em juízo de quem é a culpa pelo término da sociedade conjugal, apresentaremos algumas causas subjetivas que podem levar ao término da união. As causas que levam ao divórcio ou separação são inúmeras, pois são situações analisadas *in concreto*, levadas a juízo.

Yussef Said Cahali (2011, p. 525) apresenta a causa legal, ou melhor, quando se enquadra nas hipóteses trazidas pelo art. 1.572, CC, são causas abstratas; por sua vez, a causa jurídica refere-se ao ponto de vista subjetivo de determinada ação, ou seja, os fatos que servem de fundamento para uma determinada demanda proposta.

Para a decretação da separação judicial impunha-se a prova de grave violação dos deveres do casamento (art. 1.566, CC) ou de alguns dos motivos elencados no art. 1.572, CC. O Código Civil assim dispõe:

Art. 1566, CC – São deveres de ambos os cônjuges:

- I – fidelidade recíproca;
- II – Vida em comum, no domicílio conjugal;
- III – Mútua assistência;
- IV – sustento, guarda e educação dos filhos;
- V – respeito e consideração mútuos.

Art. 1.572, CC. Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.

O art. 1.566, CC traz os deveres dos cônjuges, sendo que o art. 1.572, CC abomina sua transgressão. Assim, clarividente que as hipóteses trazidas nos incisos do art. 1.572, CC demonstram clara violação aos deveres dos cônjuges (art. 1.566, CC).

Como exemplo, o adultério fere o dever de fidelidade recíproca de um cônjuge para com o outro, sem contar no respeito e consideração mútuos que também são feridos. Assim declara Rolf Madaleno (2011, p. 270): *“Adultério é a falta do dever de fidelidade e era considerado a mais infamante das causas de separação”*.

Outro exemplo trazido por Yussef Said Cahali (2011, p. 339) é a sevícia, que é o mau tratamento, a ofensa física, que fere o *“dever de respeito à integridade física do outro cônjuge, com a negação do dever de mútua assistência e socorro”*.

Rolf Madaleno (2011, p. 256) explica que as situações culposas que provocam a insuportabilidade da vida em comum trazidas pelo código são apenas exemplificativas. Vejamos:

Esse dispositivo apresenta situações culposas, não exaustivas, mas só exemplificativas de provocação da insuportabilidade do casamento, com ênfase aos fatos mais freqüentes de ruptura litigiosa do casamento, como o adultério, a mais infamante das causas de separação, e, incluída acertadamente no inciso IV do artigo 1.573, a conduta desonrosa, que tinha uma incoerente vida própria na legislação revogada, e era havida como razão autônoma de separação, não obstante se tratasse tão somente de outra falta grave de descumprimento do dever de respeito do casamento, pressuposto, aliás, de qualquer relacionamento social. (MADALENO, 2011, p. 256)

O parágrafo único, do artigo 1.573, CC declara que as situações apresentadas em seus incisos são apenas exemplos, pois o magistrado poderá considerar outros fatores que impossibilitam a manutenção do vínculo conjugal.

Art. 1.573, CC. 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.

As causas trazidas pelo artigo 1.573, CC são situações hipotéticas, modelos de comportamentos negativos. A lei traz apenas exemplos de situações que dão o direito ao outro cônjuge pleitear a dissolução de seu matrimônio.

Yussef Said Cahali (2011, p. 322) pontua que o magistrado analisará concretamente as situações e provas apresentadas nos autos, mas sempre considerando os padrões convencionais da realidade social em que se vive.

Para que seja reconhecido o comportamento negativo, a parte deve provar especificamente, mencionando qual o comportamento, o dia, o horário, e não o fazer de forma genérica, sob pena de não obter sucesso em sua demanda.

2.4 Efeitos do divórcio

Esclarece Paulo Lôbo (2011, p. 159) que o efeito principal do divórcio é a dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, em especial a separação de corpos e a extinção dos deveres conjugais, bem como a extinção do regime de bens e conseqüente partilha.

Rodrigo da Cunha Pereira (2010, p. 42) apresenta dois efeitos decorrentes do fim do casamento (seja pelo divórcio ou separação): efeitos patrimoniais e pessoais. Os efeitos pessoais são aqueles que não possuem caráter econômico, como exemplo a discussão do uso do nome, da guarda e direito à convivência com os filhos, etc. Já os efeitos patrimoniais referem-se ao aspecto econômico, resumindo: pensão alimentícia e partilha de bens.

O doutrinador Paulo Lôbo (2011, p. 162) também faz breve assertiva acerca do assunto:

Entendemos que o ordenamento jurídico brasileiro, suprimindo-se todas as normas relativas à separação judicial, contempla a disciplina necessária ao divórcio e a seus essenciais efeitos: quem o pode promover, como promover, a guarda e proteção dos filhos menores, a obrigação alimentar, a manutenção do nome conjugal, a partilha dos bens comuns. Não há qualquer vazio, pois, principalmente no Código Civil, remanescem normas jurídicas suficientes.

Dimas Messias de Carvalho (2010, p. 64) apresenta alguns efeitos produzidos pelo divórcio. Esclarece que o divórcio extingue por definitivo o vínculo conjugal, segundo art. 1571, §1º, CC. Extingue, também, o vínculo de afinidade na linha colateral, consoante dispõe art. 1595, §§1º e 2º, CC, apesar de manter a

afinidade na linha reta; e põe termo ao regime de bens, aos direitos sucessórios, e aos deveres recíprocos entre os cônjuges.

O autor supra (2010, p. 65) afirma que o divórcio extingue qualquer direito em pleitear alimentos de um em face do outro, pois com o fim do casamento não há mais o dever de mútua assistência. Não obstante, caso sejam fixados alimentos em favor de um dos cônjuges, este somente deixará de recebê-los caso contraia novas núpcias, união estável ou concubinato (art. 1708, caput, CC). De outra sorte, o devedor aos alimentos também se desincumbirá de prestá-los em caso de procedimento indigno do credor em face do devedor (art. 1.708, parágrafo único, CC).

Outro efeito inovado pelo atual Código traz a possibilidade do outro cônjuge continuar usando o nome do outro (1571, §2º, CC).

Após o divórcio, ambos estão liberados a contrair novo casamento, vez que extinto o vínculo conjugal; sendo assim, caso queiram reconciliar-se, somente novo casamento poderá restabelecer o vínculo conjugal.

Yussef Said Cahali (2011, p. 906) também ensina que *“o divórcio só dissolve o casamento válido (CC/2002, art. 1.571, §1º), e a sentença que o decreta tem eficácia ex nunc, só para o futuro”*. E continua:

A morte de qualquer dos cônjuges é causa de extinção do processo de divórcio, ainda que assemelhados os efeitos do evento fatal e da dissolução judicial do vínculo – não tem sentido insistir-se na sentença de desconstituição do matrimônio já desfeito pelo acontecimento natural, tanto mais que a lei não irroga àquela sentença retro-operante. (CAHALI, 2011, p. 908)

Dimas Messias de Carvalho (2010, p. 64) explica que a sentença que homologa (quando consensual) ou decreta (quando litigioso) o divórcio produz efeitos *ex nunc*, ou melhor, após o trânsito em julgado, pois os efeitos decorrentes na vigência do casamento não podem ser atingidos.

Exemplo disto é em caso de morte de um dos cônjuges, sem que tenha havido o trânsito em julgado do divórcio, o estado civil do sobrevivente será de viúvo. Por sua vez, na escritura pública, o divórcio possui efeito somente após a lavratura e assinatura. Para que tenha eficácia contra terceiros, o divórcio precisa estar averbado no registro público, conforme art. 10, I e art. 32 da Lei 6.515/77.

Rolf Madaleno (2011, p. 385) faz considerável comentário sobre o instituto do divórcio:

O divórcio enseja o término da sociedade conjugal e dissolve o casamento válido (CC, art. 1.571, IV e §1º), e não modifica os deveres dos pais em relação aos filhos (art. 1.579), e tampouco o novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos poderá importar em restrições aos direitos e deveres (CC, art. 1.579, parágrafo único), como no tocante aos alimentos devidos pelos pais à sua prole, não sendo causa de redução da pensão alimentícia devidos ao ex-cônjuge, salvo ocorram as hipóteses de extinção desses alimentos, como, por exemplo, o recasamento do credor alimentar.

Inconteste de dúvida que devem ser definidos no divórcio, relativos à filiação, a fixação de guarda e visitas (convivência familiar), bem como alimentos em favor da prole. Percebe-se que com o divórcio, os efeitos produzidos referem-se de um cônjuge para com o outro, nunca refletindo aos filhos, pois os deveres e direitos dos pais não se esgotam com o divórcio (previsão expressa no próprio Código Civil, em seu art. 1579, *caput*).

2.5 Separação e divórcio – EC 66/2010

Apenas através da separação ou do divórcio é que se poderia ter desconstituído o casamento, ou melhor, através do Poder Judiciário mediante sentença judicial com trânsito em julgado. O divórcio dissolve o vínculo conjugal, já a separação não, somente rompia com a sociedade conjugal, havendo necessidade de sua conversão em divórcio após o prazo legal.

Com a recente EC 66/2010, que alterou o §6º, do art. 226 da Constituição Federal, houve o fim da separação judicial, apesar de alguns doutrinadores não admitirem (como Washington de Barros Monteiro, 2011, p. 336). Embora continuar prevista no Código Civil, a única possibilidade de pôr fim ao matrimônio passou a ser através do Divórcio.

Rodrigo da Cunha Pereira (2010, p. 28) faz breve assertiva sobre o assunto:

É possível que haja resistência de alguns em entender que a separação judicial foi extinta de nossa organização jurídica. Mas, para estas possíveis

resistências, basta lembrar os mais elementares preceitos que sustentam a ciência jurídica: a interpretação da norma deve estar contextualizada, inclusive historicamente. O argumento finalístico é que a Constituição da República extirpou totalmente de seu corpo normativo a única referência que se fazia à separação judicial. Portanto, ela não mais apenas retirou os prazos, mas também o requisito obrigatório ou voluntário da prévia separação judicial ao divórcio por conversão. Qual seria o objetivo de se manter vigente a separação judicial se ela não pode mais ser convertida em divórcio? Não há nenhuma razão prática e lógica para a sua manutenção.

Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 55), salutar que tenha ocorrido a extinção da separação, com ela “*dissolvia-se, tão somente, a sociedade conjugal*”, mas o vínculo matrimonial permanecia.

Na I Jornada dos Juízes das Varas de Família de Salvador foram aprovados enunciados, dentre eles referente à atual EC 66/2010 e a discussão sobre a separação judicial, e concluíram:

Editorial 29 - Enunciado n° 21 - Segundo uma interpretação sistemática, histórica e social, e que leve ainda em consideração o superior princípio da afetividade, a aprovação da Emenda Constitucional n. 66, de 13 de julho de 2010, que alterou o § 6º do art. 226 da Constituição Federal, suprimiu a separação judicial do nosso sistema jurídico. (<http://pablostolze.ning.com/page/editoriais-1>)

Sobre o instituto da separação, Paulo Lôbo (2011, p. 164) ensina que depois da EC 66/2010, a única utilidade do instituto é que os casais que se encontram separados tem a possibilidade de restabelecerem sua sociedade conjugal.

Maria Berenice Dias (2011, p. 33) explica que uma saída para aqueles que não pretendem o Divórcio é a Separação de Corpos, que continua existindo. Com esta, há o fim dos deveres matrimoniais e conseqüências patrimoniais, mas mantém a sociedade conjugal intacta. A separação de corpos pode ser consensual ou não, podendo também ser realizada por escritura pública, quando não envolver filhos menores ou incapazes.

A I Jornadas de Juízes das Varas de Família ocorrida em Salvador conclui o seguinte:

Editorial 29 - Enunciado n° 28 - Permanece juridicamente possível a propositura da medida cautelar de separação de corpos, mesmo após a Emenda Constitucional n. 66, de 13 de julho de 2010, que instituiu a nova disciplina do divórcio. (<http://pablostolze.ning.com/page/editoriais-1>)

Neste sentido, são os ensinamentos de Rolf Madaleno:

Qual seja, uma melhor opção para esse casal ainda vinculado pelos sentimentos recíprocos de afeição seria a de lhe facultar a separação de corpos satisfativa, sem necessidade de ingresso da ação de separação e sem precisar promover a dissolução do vínculo nupcial. Dessa forma, se o casal momentaneamente separado de corpos desejar retomar plenamente a convivência conjugal, basta reunirem os corpos e promover a oficial reconciliação. (MADALENO, 2011, p. 196).

Já aquele que se encontra separado judicialmente, anterior à Emenda 66/2010, segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodrigo Pamplona Filho (2011, p. 139), não pode ser considerado divorciado, pois *“a alteração da norma constitucional não teria o condão de modificar uma situação juridicamente consolidada [...]”, “sob pena de gerar perigosa e indesejável insegurança jurídica”*. Essas pessoas devem, necessariamente, solicitarem a decretação do divórcio, a qualquer tempo, pois não se exige mais qualquer prazo legal.

De outra sorte, Maria Berenice Dias (2011, p. 640) entende que todas as ações de Separação Judicial em trâmite, quando da aplicação da nova emenda, precisaram ser suspensas, pois perderam o objeto por impossibilidade jurídica do pedido.

Em razão do princípio da celeridade e economia processual, verifica-se que suspender as ações em andamento não seria a decisão mais acertada. Na realidade Pablo Stolze Gagliano e Rodrigo Pamplona Filho (2011, p. 140) esclarecem que naquelas ações de separação judicial em curso, o magistrado deverá dar oportunidade às partes de se manifestarem para que o pedido seja adaptado ao novo sistema constitucional, convertendo-a em divórcio.

Por sua vez, Rodrigo da Cunha Pereira (2010, p. 162), ilustra que os processos em andamento deverão readequar seu objeto e objetivo conforme as novas regras vigentes.

Já as ações de conversão que se encontram em andamento, quando da EC 66/2010, ou aqueles separados judicialmente com trânsito em julgado, poderiam optar pelo divórcio direto ou pela sua conversão da separação em divórcio, já que a finalidade é única: o divórcio. Mas, diga-se, apenas àqueles que já se encontravam separados antes da EC n. 66/2010; aqueles que ingressarem em juízo posteriormente, poderão requerer somente o divórcio.

2.6 Divórcio extrajudicial e o divórcio judicial

Atualmente, com a modificação constitucional através da EC 66/2010, as pessoas casadas podem, a qualquer tempo, estejam separadas de fato, de corpos ou separadas judicial ou extrajudicialmente, solicitarem o divórcio. A grande novidade é que não é necessário o aguardo do transcurso de tempo para pleitear a tutela, seja de um ano após o casamento ou da separação judicial, seja de dois anos para o divórcio direto.

Com a emenda constitucional 66/2010 o divórcio tornou-se o único meio de dissolução do vínculo conjugal e, ao pleiteá-lo, em regra tornou-se desnecessária justificativa, haja vista invadir a privacidade do casal, podendo até mesmo afrontar a dignidade dos consortes.

Há duas modalidades de divórcio, o judicial e o extrajudicial. Por sua vez, o divórcio judicial poderá ser consensual ou litigioso.

O divórcio judicial litigioso ocorre *“quando a decisão e a iniciativa são unilaterais”* (PEREIRA, 2010, p. 48).

Rolf Madaleno (2011, p. 392) explana que o divórcio judicial litigioso ocorre quando não há acordo entre os cônjuges, seja porque um deles se opõe, seja porque não chegaram a um bom termo com relação às questões da dissolução do casamento.

Já o divórcio judicial consensual é um meio voluntário de dissolução do vínculo matrimonial, podendo ser proposto somente pelos cônjuges, mas em caso de incapacidade poderá o ser pelo curador, ascendente ou irmão, segundo dispõe art. 1.582, CC.

Rodrigo da Cunha Pereira (2010, p. 40) esclarece que apesar da separação ter sido extinta do ordenamento, as regras processuais para o divórcio ainda são as mesmas elencadas para a separação. No divórcio consensual deverá constar o acordo relativo à guarda dos filhos, às visitas (convivência familiar) e à fixação dos alimentos (seja em favor dos filhos e/ou do cônjuge). Não é obrigatório realizar a partilha de bens no divórcio.

São esses os ensinamentos de Washington de Barros Monteiro (2011, p. 336):

A legislação infraconstitucional deve ser aplicada ao divórcio nos moldes da regulamentação que o Código Civil de 2002 realiza sobre a separação judicial, que a seguir será examinada, apenas eliminando-se os pré-requisitos da separação judicial e da separação de fato para a obtenção do divórcio.

No Divórcio Judicial, caso não haja interesse de menores ou incapazes, tornou-se dispensável audiência de conciliação, pois a intervenção do Ministério Público não é obrigatória e o Magistrado não poderá negar o pedido das partes para a decretação do divórcio.

Não havendo interesse de menores ou incapazes, o divórcio consensual pode ser realizado por escritura pública, segundo disposição da Lei n. 11.441/07, bastando a presença dos cônjuges, juntamente com advogado, para a lavratura da escritura perante um tabelião de notas.

Paulo Lôbo (2011, p. 156) doutrina esta afirmação:

O divórcio extrajudicial consensual, introduzido pela Lei n. 11.411, de 2007, é realizado mediante escritura pública lavrada por notário, desde que os cônjuges estejam assistidos por advogado ou defensor público, quando forem cumpridos dois outros requisitos fundamentais: a) inexistência de filhos menores; b) acordo sobre todas as questões essenciais.

Rodrigo da Cunha Pereira, (2010, p. 42) enfatiza o mesmo ensinamento: “(...) o divórcio administrativo, diferentemente do judicial, é de livre escolha das partes e só pode ser feito se for consensual e não tiverem filhos menores ou incapazes”. Ainda, os cônjuges podem ser representados por mandatário especialmente constituído para o divórcio, cujo instrumento público para a realização do divórcio terá validade de trinta dias.

Até mesmo aquele que se encontra separado judicialmente pode, a qualquer tempo, solicitar seu divórcio ou sua conversão, não havendo obrigação em aguardar qualquer prazo, pois a EC 66/2010 excluiu este requisito para requerer a dissolução do casamento.

3 DAS PROVAS

3.1 Breve histórico

O direito, elemento fundamental da vida em sociedade, sofreu inúmeras modificações ao longo dos séculos, o mesmo ocorrendo com o direito à prova, que suportou grande evolução desde seus primórdios.

Eduardo Cambi (2001, p. 157) explica que o direito à prova pode ser entendido como um direito à tutela jurisdicional, de acordo com a interpretação realizada no art. 6º, letra d, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950.

Disciplina que, na realidade, está vinculado ao devido processo legal, que abrange todas as garantias constitucionais como o contraditório e a ampla defesa, e o próprio direito de ação. O nobre autor pontua que o direito de exercer a atividade probatória vem desde o direito romano:

No *corpus iuris civilis* de Justiniano (1,5, 21 par. 3) está estabelecido, por analogia, um direito à prova, descrito com as palavras *ne probationum facultas angustetur* (o direito à prova não deve ser restrito).

João Batista Lopes (2002, p. 19), por sua vez, esclarece que na sua origem, a prova dos autos sofria forte influência da religião, pois se invocava a proteção divina na busca da verdade. Inclusive, dentre os métodos utilizados para a busca da verdade, utilizavam as ordálias (emprego de meios cruéis no indivíduo, e até mortais), o juramento (que se invocavam a divindade como testemunha da verdade) e o duelo XIV, (baseado na assertiva de que Deus não permite a vitória do litigante que não possui razão).

Somente após a abolição e proibição de tais meios de prova, ocorrido no século XIV, foi que a prova testemunhal retornou com grande força. No entanto, a partir do século XVI a prova testemunhal, bem como a documental, pericial, confissão e interrogatório é que passaram a serem admitidos (LOPES, 2002, p. 21).

Luciano Henrique Diniz Ramires (2002, p. 31) fez breve relato sobre o assunto, apresentando algumas provas utilizadas nos séculos passados que,

felizmente, sofreram transformações e não são mais adotadas. São elas: aquelas dos “*períodos religiosos ou das provas divinas e o período laical, profano ou das provas humanas*”.

E continua, citando Moacyr Amaral Santos:

A lei era a própria religião e esta influía decisivamente sobre a conduta dos homens e da própria coletividade, nada mais natural e explicável tivesse a religião atuação imperativa nas decisões dos litígios entre os particulares ou entre eles e a sociedade. (RAMIRES, 2002, p. 31.)

Somente no período laico é que houve um desligamento das provas com a religião, tendo como consequência a maior utilização da prova testemunhal. E conforme mencionado anteriormente, após o século XVI houve uma ampliação dos meios de provas admitidos, que se estendem até os dias atuais.

Como forma de fazer breve explanação acerca da história do direito probatório, enfocaremos os sistemas mais relevantes.

Quanto ao sistema da *common Law*, João Batista Lopes (2002, p. 22) leciona que os países adotantes deste sistema possuem as seguintes características:

- a) a presença de jurados;
- b) a predominância da oralidade;
- c) a admissibilidade do interrogatório cruzado em audiência pública (*cross-examination in open court*), pelo qual as perguntas são feitas diretamente às testemunhas pelos advogados das partes;
- d) celeridade processual, comprovada por estatísticas elaboradas por processualistas insuspeitos;
- e) ausência do Ministério Público no processo civil;
- f) limitação dos recursos.

Ocorre que, apesar do referido sistema haver recebido elogios, João Batista Lopes (2002, p. 22) pontua que o mesmo também recebeu severas críticas, no tocante à admissibilidade do interrogatório cruzado, vez que, citando Pestana de Aguiar, “*o preparo intelectual, a habilidade e destreza na técnica de inquirir conduzem a um resultado nem sempre condizente com a verdade material*”.

No sistema da *common law*, Eduardo Cambi (2001, p. 158) ensina que o “*right of evidence*” decorre do estilo competitivo do processo, em que a iniciativa probatória das parte impera. Nele, “*o direito de ser ouvido em juízo (fair hearing) engloba o direito a apresentar provas e a interrogar as testemunhas trazidas pelo adversário (cross examination)*”.

Neste sistema, o direito à prova decorre de uma construção jurisprudencial, que vislumbrou mencionada necessidade como forma das partes demonstrarem suas alegações para o convencimento do julgador. No entanto, a razoabilidade dos limites à prova é dada pelo próprio magistrado, segundo os ensinamentos de Eduardo Cambi (2001, p. 158) como forma de “evitar que uma regra probatória constitua um pretexto para uma indireta supressão dos direitos substanciais”.

Por outro lado, no sistema da *civil Law*, o direito à prova foi uma conquista recente dos países europeus, decorrente do pós-guerra, cujas garantias processuais sobre os direitos humanos encontravam-se em documentos internacionais, sendo posteriormente constitucionalizados.

João Batista Lopes (2002, p. 21) ressalta que o procedimento adotado pelos países europeus, até a Revolução Francesa, espelhava-se no direito canônico-germânico, citando algumas características:

- a) Predominância do elemento escrito (*quod non est in actis, non est in mundo*). Esse princípio se consolidou a partir do decreto de 1216 do Papa Inocêncio III, que eliminou quase totalmente o contato entre o juiz e as partes (imediatidade);
- b) Ausência da publicidade, que se evidenciava pelo caráter secreto da prova, só abolido na Revolução Francesa;
- c) Fragmentação do processo decorrente de grande número de fases ou estágios preclusivos que implicavam morosidade da prestação jurisdicional;
- d) Papel secundário do juiz na relação processual, cuja marcha ficava à mercê da vontade das partes;
- e) Excesso de recursos e de incidentes processuais;
- f) Prevalência das “provas legais”, isto é, provas cujo valor era prefixado pelo legislador, sem possibilidade de alteração pelo juiz, cuja atuação era meramente formal e mecânica.

O nobre julgador explica que, com a Revolução Francesa tudo foi modificado. Os países que utilizavam o sistema da *civil law* passaram a adotar a chamada “oralidade no processo”, o que significava que a prova testemunhal não tinha mais caráter secreto. Com isso, as provas consideradas pelos magistrados eram tão somente aquelas produzidas em audiência; sendo todos os atos públicos e a valoração das provas era submetida ao livre convencimento do magistrado, decaindo assim as “provas legais”.

Tais modificações ocorreram “*pela preocupação com a celeridade processual, com o acesso à justiça (especificamente dos menos favorecidos) e com os chamados direitos difusos*”. (LOPES, 2002, p. 22)

Eduardo Cambi (2001, p. 159) cita o exemplo da Alemanha, em que o direito à prova provém do direito do indivíduo em obter justiça, bem como da proibição de fazer justiça pelas próprias mãos. Na Alemanha Federal, o direito à prova não se restringia em ver suas alegações em juízo, mas de serem admitidas as provas propostas.

Na Suíça, inicialmente, o direito à prova era considerado direito privado, com base no art. 8º do CC, sendo posteriormente reconhecido como direito público no art. 4º da Constituição Federal suíça: “*os suíços são iguais perante a lei. Na suíça não existe submissão de qualquer tipo, nem privilégio de lugar, de nascimento, de família ou de pessoa*”. Desta regra, apesar de amplitude, a doutrina e jurisprudência retiraram vários outros direitos, como o “*direito de ser escutado*”, bem como o direito do indivíduo exprimir-se. Daí adveio o direito à prova.

Na Espanha, Eduardo Cambi (2001, P. 160) relembra que o mencionado direito encontra-se previsto no art. 24, n. 2 da Constituição. No entanto, mesmo antes desta previsão, o direito à prova poderia ter sido construído por meio do devido processo legal, do juiz natural ou legal e da ampla defesa, conforme observa Joan Pico i Junoy, citado por Eduardo Cambi (2001, p. 160).

Já na Itália, o direito à prova proveio de interpretação jurisprudencial e doutrinária do art. 247 da Constituição italiana. Eduardo Cambi (2001, p. 161) explica:

A Corte Constitucional italiana, em 23.07.1974, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 247 do Códice di Procedura Civile, o qual proibia que os cônjuges, ainda que separados, os parentes ou afins, em linha reta, e aqueles que são ligados a uma das partes por vínculo de filiação depusessem em juízo, salvo nas causas que versarem sobre questões de estado, separação ou relações de direito de família.

A partir daí foi que a doutrina italiana passou a admitir o direito à prova, como pressuposto das garantias processuais.

Já no Brasil, a consagração do direito à prova é recente, pois nosso sistema foi muito influenciado pelo sistema Europeu, que como relatamos, tiveram reconhecido o direito à prova após a Segunda Guerra Mundial.

Luciano Henrique Diniz Ramires (2002, p. 32) lembra que no Brasil, desde as Ordenações Filipinas, inúmeros foram os avanços na prestação jurisdicional, influenciando nos meios probatórios utilizados nos poderes instrutórios do juiz, a fim de buscar provimentos jurisdicionais mais eficientes.

Eduardo Cambi (2001, p. 162) explica que no Brasil, tanto a doutrina como a jurisprudência já vinham reconhecendo o direito à prova, antes mesmo da Constituição Federal de 1988, que apenas o fortaleceu, porque o art. 5º, LV, assegurou o contraditório e a ampla defesa, bem como os meios e recursos a ela inerentes. E conclui:

Além dessas garantias poderem ser aplicadas, expressamente, ao processo civil, a Constituição de 1988 também consagrou a cláusula do *due process of Law* (art. 5), que, no contexto da tradição anglo-saxã, é um processo justo, compreendendo o direito de as partes valerem-se de todos os meios idôneos para influenciar no convencimento do juiz (*right of evidence*). Ademais, o art. 5, §2, da CF/88 prevê a fórmula dos direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, bem como de tratados internacionais em que o Brasil seja parte, tais como a Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), recepcionada pelo Decreto 678, de 06.11.1992, que também consagra o direito à prova (art. 8, §2, letra f).

Diante de tais informações, percebe-se que o direito à prova no Brasil teve seu reconhecimento facilitado em comparação a outros países, e com um diferenciador: possui um conjunto expressivo e analítico de garantias processuais. O direito à prova no Brasil teve influência do sistema da *common Law*, vez que o Brasil assimilou a cláusula do *due process of Law* e a dos direitos fundamentais implícitos. Mas também teve influência no sistema da *civil Law*, que constitucionalizou as garantias processuais após a Segunda Guerra. No entanto, foi além ao assegurar expressamente o direito de ação, da ampla defesa e do contraditório no processo civil.

E, finalizando, Eduardo Cambi (2001, p. 163) afirma que os operadores do direito em geral têm à disposição vários dispositivos para incorporar o direito à prova no rol dos direitos e garantias fundamentais, previstos no art. 5º da Constituição Federal.

3.2 Conceito e objeto da prova

Numa relação jurídica, em que as partes apresentam alegações com o intuito de receber provimento jurisdicional a seu favor, indispensável provarem suas alegações, para que o juiz, analisando tais argumentos de acordo com a prova produzida, profira sua decisão.

Neste sentido, os ensinamentos de José Frederico Marques (2003, p. 183), em obra atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval:

Os fatos afirmados pelas partes precisam ser demonstrados para que sobre eles forme o juiz a sua convicção. E a prova constitui o meio e modo de que usam os litigantes para convencer o juiz da verdade da afirmação de um fato, bem como o meio e o modo de que se serve o juiz para formar sua convicção sobre os fatos que constituem a base empírica da lide.

Em nosso ordenamento, em regra, as partes é que apresentam suas alegações, para depois, em fase própria, apresentarem suas provas – a chamada fase instrutória. Entretanto, o magistrado poderá determinar de ofício a realização de provas, caso julgue necessário, conforme art. 130 do estatuto processual civil.

Moacyr Amaral Santos (1995, p. 03) dispõe o seguinte:

Provar é convencer o espírito da verdade respeitante a alguma coisa. (...). Quem propõe a provar terá que valer-se de meios adequados, que variam conforme o objeto da prova. Outrossim, deverá utilizar-se dos meios apropriados segundo determinados métodos, que também variam conforme o objeto e, até mesmo, conforme o destinatário da prova.

Humberto Theodoro Júnior (2009, p. 411) ensina que prova pode ser definida em dois sentidos: objetivo e subjetivo.

- a) um objetivo, isto é, como o instrumento ou o meio hábil, para demonstrar a existência de um fato (os documentos, as testemunhas, a perícia etc.);
- b) e outro subjetivo, que é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado.

Por sua vez, o conceito de prova é reconhecido, por Eduardo Cambi (2001, p. 47), como um vocábulo “*plurissignificante*”, possuindo vários sentidos. Dentre estes, destaca a noção tripartida, que possui três conceitos distintos do que vem a ser prova: *atividade* (como sendo os atos realizados pelas partes e pelo juiz,

para a reconstrução dos fatos), *meio* (instrumento utilizado para que a prova seja introduzida no processo para a convicção do julgador), e *resultado* (no sentido de valoração, associado à persuasão do juiz).

Fredie Didier Junior (2010, p. 43) diz que, num sentido comum, “*prova é a demonstração da verdade de uma proposição*”. E concorda com Eduardo Cambi ao mencionar que, no sentido jurídico, são três as acepções que a palavra prova possui. E continua:

Quando se utiliza o vocábulo para designar atividade probatória ou os meios com que ela se desenvolve, diz-se que se está falando de prova num sentido objetivo. Quando ele é utilizado para designar a convicção que as provas produzidas no processo geram no íntimo do julgador, isto é, o resultado que a atividade e os meios probatórios induzem no espírito do juiz, diz-se que se está usando aí o termo prova num sentido subjetivo.

Prova pode ter sua denominação tanto no conceito objetivo quanto no subjetivo. No tocante ao conceito objetivo, o ordenamento jurídico, em seu artigo 332 do atual Código de Processo Civil dispõe: “*Todos os meios legais, bem como os moralmente hábeis para provar a verdade dos fatos (...)*”.

No entanto, mencionado conceito confunde-se com o ‘*meio de prova*’, ou seja, a forma, o instrumento pelo qual a parte demonstrará a ocorrência de determinado fato.

O Professor William Santos Ferreira (2009, s.p.), em aula ministrada na Pós-Graduação em Direito Civil e Processo Civil nas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente-SP, em março de 2009, esclareceu que o destino da prova é o processo, mas seu destinatário principal é o juiz, sendo destinatários secundários as partes e a sociedade, que buscam provimento jurisdicional.

Desta forma, conforme leciona o Professor Murilo Sechieri (2010, s.p.), em aula ministrada no curso anual para concursos no Complexo Damásio de Jesus, a finalidade da prova é o convencimento do Juiz. E concluiu que, “*não se busca uma certeza absoluta sobre o fato, mas sim uma certeza relativa que implica o convencimento do Juiz*”.

Da junção entre esses dois conceitos, pode-se afirmar que, em Direito Processual Civil, prova é a soma de fatores produzidos no processo que levam à convicção do julgador. O Juiz somente poderá formar sua convicção com base

naquilo que foi demonstrado no processo, não podendo utilizar o seu conhecimento específico para proferir a sentença.

Neste sentido, Aclibes Burgarelli (2000, p. 53):

No direito processual, provar resume-se na realização de uma tarefa necessária e obrigatória, para constituir estado de convencimento no espírito do juiz, este na condição de órgão julgador, a respeito de um fato alegado e sua efetiva ocorrência, tal como foi descrito. Prova, assim, é meio, é instrumento utilizado para a demonstração de veracidade entre o fato alegado e sua direta relação com o mundo da realidade material, de modo a criar, no espírito humano, convencimento de adequação.

João Batista Lopes (2002, p. 26) explica que “o vocábulo *prova* provém do Latim (*probatio*), com o significado de verificação, exame, inspeção”.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2009, p. 55), lembrando acima Humberto Theodoro Júnior e Eduardo Cambi, também lecionam sobre o assunto, esclarecendo que o conceito da palavra prova dependerá da vertente a ser analisada: poderá significar os instrumentos utilizados para a comprovação de um fato, como exemplo a prova testemunhal; representar o procedimento adotado para a formação de tais instrumentos – chamada produção da prova; analisando por outro ângulo, prova pode estar relacionada à “atividade lógica” realizada pelo juiz, para a conclusão dos fatos; e também, pode ser o resultado desta atividade realizada pelo magistrado. Analisando alguns aspectos, os ilustres autores concluíram pela definição do que vem a ser prova:

A prova, em direito processual, é todo meio retórico, regulado pela lei, e dirigido, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo. (MARINONI e ARENHART, 2009, p. 57)

As sábias palavras de Humberto Theodoro Júnior (2009, p. 412) deixam clara a definição de prova ao mencionar que, por muitas vezes, a parte apresenta inúmeras ‘provas’ para demonstrar suas alegações, no entanto, o magistrado julga improcedente seu pedido por ‘falta de provas’. Esse fato esclarece que, caso a parte não consiga convencer o juiz de suas alegações com as provas apresentadas, na verdade, “*prova não houve, em sentido jurídico*”.

João Batista Lopes (2002, p. 25) inicia sua explanação sobre o conceito de prova salientando que, num processo, o que deve ser provado são OS FATOS, vez que se as questões apresentadas pelas partes versarem sobre

“interpretação da lei, aplicação de súmulas, princípios gerais de direito etc”, o magistrado deve resolvê-las de pronto. No mesmo sentido são os ensinamentos de Eduardo Arruda Alvim (2008, p. 459).

Melhor explicando sobre o objeto da prova, José Frederico Marques (2003, p. 186) diz que *“o objeto em abstrato da prova é tudo aquilo que a lei processual admite que deva ou possa ser demonstrado na instrução; e objeto em concreto da prova é aquilo que deva ser demonstrado no curso de determinado processo.”*

Bem lembra José Frederico Marques (2003, p. 186) que nosso Código de Processo Civil, em seu artigo 334, dispõe de algumas hipóteses em que os fatos não dependerão de provas. É exceção à regra:

Art. 334. Não dependem de prova os fatos:
I – Notórios;
II – Afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;
III – Admitidos, no processo, como incontroversos;
IV – em cujo favor limita presunção legal de existência de veracidade.

O autor (2003, p. 186) enfatiza que fato notório é aquele evidente, indiscutível, como os acontecimentos históricos. Tais fatos somente dependerão de provas quando previstos legalmente. Já o fato incontroverso é aquele não impugnado pela parte, dentro do processo, por exemplo, quando ocorre revelia, ou quando não impugnados na contestação. Por fim, esclarece que o fato irrelevante também não merece ser objeto de prova, pois nada aproveitará ao processo.

Entretanto, o mestre e doutor Fredie Didier Júnior (2010, p. 43) observa que a doutrina moderna não concorda que os fatos da causa sejam o objeto da prova, mas sim as alegações de cada parte no processo. A explicação: os fatos existem ou não existem, mas são as alegações é que podem ser verdadeiras ou não, objeto de prova.

Conclui-se que para a doutrina tradicional o objeto da prova são os FATOS que as partes devem demonstrar. Fatos estes divergentes entre as partes, sendo imprescindível sua comprovação para que o julgador possa vislumbrar, dentro do processo, qual a alegação que possui maior fundamento. Por sua vez, a doutrina moderna ensina que as ALEGAÇÕES das partes é que são objeto de prova, pois elas é que podem ser verdadeiras ou mentirosas, e não os fatos.

Vislumbra-se que em nosso sistema brasileiro, de acordo com o conceito objetivo, a palavra prova possui três variações: ação (verbo provar), meio (qual o meio de prova utilizado) e resultado (a comprovação do fato).

Mas, sob o prisma do conceito subjetivo, a prova *é a certeza quanto à existência de um fato alegado*, fato este controverso entre as partes. E, refere-se à eficácia da prova que é feita sob o prisma do julgador, que analisará conforme o caso concreto se as alegações das partes têm relação com as provas produzidas no processo, a fim de prolatar sua decisão.

3.3 Fundamento constitucional

Nosso ordenamento consagrou inúmeras garantias fundamentais, tanto implícita quanto explicitamente. Dentre estes se encontram *“a garantia de acesso à ordem jurídica justa (art. 5, XXXV), a garantia do devido processo legal (art. 5, LIV) e as garantias da ampla defesa e do contraditório (art. 5, LV)”* (Fredie Didier Júnior, 2010, p. 165).

Eduardo Arruda Alvim (2008, p. 455) leciona no mesmo sentido:

O direito à prova decorre do princípio do devido processo legal (CF, art. 5, LVI), sendo também implicação do direito de ação (CF, art. 5, XXXV), bem como do direito ao contraditório e à ampla defesa (CF, art. 5, LV). Vem previsto, ainda, no Pacto de San José da Costa Rica (art. 8, 2, f), incorporado ao direito interno pelo Decreto 678/92, bem como no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (art. 9), incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 592/92.

Conforme Eduardo Cambi (2001, p. 165), nossa Constituição em seu art. 5º, §2, adotou os *“direitos fundamentais implícitos”*:

Art. 5º §2, CF Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Desta sorte, todos os direitos e garantias previstos em tratados internacionais, como a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, pelos

quais o Brasil adotou é incorporado ao nosso sistema, após trâmite devido, como direitos fundamentais. É o que acontece com o direito probatório. Sem esquecer-se da Declaração Nacional dos Direitos Humanos, proclamada pela Organização das Nações Unidas, em seu art. 10.

Esse conjunto de garantias, previstas nesses tratados internacionais, as quais foram incorporadas ao ordenamento jurídico interno, por força do art. 5, §2, da CF, também integra o catálogo dos direitos fundamentais da Constituição brasileira, trazendo novos dados normativos que auxiliam no reconhecimento do direito à prova. (CAMBI, 2001, p. 167)

O autor finaliza asseverando que, apesar de tais regras referirem-se ao processo penal, aplicam-se também ao processo civil, pois neste tipo de processo poderá ocorrer violação de direitos fundamentais (CAMBI, 2001, p. 168).

Fredie Didier Júnior (2010, p. 18) explica que o direito probatório é considerado um direito fundamental, tanto por se apresentar implícita quanto explicitamente na Constituição Federal. Além de estar previsto em tratados internacionais adotados pelo nosso ordenamento, deriva dos direitos fundamentais do contraditório e do acesso à justiça, previstos expressamente:

Por um lado, a partir da leitura sistemática e teleológica das máximas e valores constitucionais, encontramos a ela intrínscico o direito fundamental à prova, emanando, mais especificamente, “como um desdobramento da garantia constitucional do devido processo legal ou um aspecto fundamental das garantias processuais da ação, da defesa e do contraditório”. Por outro lado, podemos ainda identificá-lo com um direito constitucional implícito, mas externo à Constituição. Sim, vez que é expressamente previsto em 02 (dois) tratados internacionais recepcionados pelo nosso sistema: (i) a Convenção Americana de Direitos Humanos (pacto de São José da Costa Rica), incorporado pelo Decreto n. 678/69, no seu art. 8; (ii) o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, incorporado pelo Decreto n. 592/92, no seu art. 14.1, alínea e”. (DIDIER JR., 2010, p. 18)

Eduardo Cambi (2001, p. 169) conclui com sucesso, asseverando que o direito à prova tornou-se um direito positivo, vez que faz parte dos direitos fundamentais, “e deve ser interpretada com a finalidade de assegurar a máxima realização da justa tutela jurisdicional”.

Os meios de prova utilizados para a demonstração de um fato são todos aqueles admitidos no direito, a fim de formar o convencimento do magistrado e, consoante Eduardo Cambi (2001, p. 169), “o que se pretende assegurar é o direito ao processo justo”.

Clarividente que o direito à prova é um direito fundamental, previsto na Constituição Federal de forma implícita, por meios dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, pois todos têm direito de provarem suas alegações, e de se defenderem daquelas formuladas contra si.

Apesar do direito probatório ser imprescindível para que as partes demonstrem suas alegações quanto aos fatos apresentados, com o escopo de obter provimento jurisdicional em seu favor, como todo direito fundamental, ele não é um direito absoluto.

3.4 Finalidade e destinatário da prova

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2009, p. 51) explicam que a prova não tem a finalidade de reproduzir os fatos que se pretende esclarecer mas, de acordo com a teoria do conhecimento, a prova tem a função de se *“prestar como peça de argumentação no diálogo judicial, elemento de convencimento do Estado-jurisdição sobre qual das partes deverá ser beneficiada com a proteção jurídica do órgão estatal”*.

E enfatizam que, a decisão judicial prolatada é legitimada em razão dos procedimentos precedentes à produção das provas, sendo que as partes envolvidas participam desta produção e do convencimento judicial por meio de *alegações* e *comprovações*, tornando-a ainda mais legítima.

Concluem que a prova é um elemento de argumentação, cujo destinatário final é o magistrado, a fim de convencê-lo de que suas alegações correspondem à realidade. Para tanto, traçam alguns pontos, cuja intenção é delinear suas características.

Primeiramente, os Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2009, p. 52) estabelecem que a prova trata-se de meio retórico, vez que estabelece o diálogo entre as partes e o Estado-juiz, a fim de fixar os “pontos controvertidos”; no entanto, imprescindível que sua formação e produção respeitem as prescrições legais, tornando-se uma “prova legal” e, finalmente, assumindo a função de convencimento do magistrado quanto à sua validade ou verossimilhança. E finalizam:

Assim se explica o porquê, diante de dois processos idênticos, em que foram produzidas as mesmas alegações e as mesmas provas, de dois juízes distintos poderem chegar a duas conclusões completamente antagônicas: é que a prova não se presta à reconstrução da verdade – caso em que as conclusões judiciais, como exercício de mero silogismo, deveriam ser, inexoravelmente, as mesmas-, mas a apoiar a argumentação retórica das partes (e também do magistrado) sobre a controvérsia exposta.

Por sua vez, Eduardo Cambi (2001, p. 57) ensina que as provas possuem duas funções no processo: a cognição, função interna referente à reconstrução dos fatos, para que o magistrado possa prolatar sua decisão; e a função externa, *“estando voltada a legitimação social do exercício do poder jurisdicional”*. No entanto, ressalta a necessidade da *“busca da verdade à realização da justiça da decisão”* para que seu fim seja alcançado.

Fredie Didier Júnior (2010, p. 74) esclarece que a finalidade da prova *“é permitir a formação da convicção quanto à existência dos fatos da causa”*. Explica que *“o objetivo da prova judicial é dar ao juiz suporte suficiente para que possa convencer-se dos fatos discutidos no processo, proferindo a sua decisão a partir da crença de tê-la alcançado”*

Ainda, diante das sábias palavras, o mestre Didier conclui que, se a finalidade da prova é o convencimento do magistrado, clarividente que ele é seu destinatário.

Dentre tais ensinamentos, observamos que a função da prova é a apresentação das proposições, para que as partes convençam o magistrado de suas pretensões. No entanto, imprescindível que as provas incidam sobre fatos, ou melhor, a prova deve incidir nas alegações divergentes entre as partes. Como citado anteriormente por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, as provas servem para embasar o magistrado numa futura decisão, sendo a reconstrução dos fatos mero procedimento, a fim de confrontá-las com as alegações apresentadas pelas partes.

3.5 Princípios relativos às provas

A Constituição Federal consagrou no seu art. 5º, inciso LIV um princípio primordial, também previsto na Declaração Universal dos Direitos dos Homens, que é o *devido processo legal*, através do qual decorrem outros dois princípios, a *ampla defesa* e o *contraditório*.

LIV. ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

LV. aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Alexandre de Moraes (2008, p. 105) explica:

O devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, conforme o texto constitucional expresso (art. 5, LV).

Pelos dizeres de Alexandre de Moraes é através da ampla defesa que o réu possui condições de trazer ao processo todos os elementos necessários para comprovar suas alegações. Já no contraditório, é o que efetivamente ocorre no processo, ou seja, o indivíduo tem o direito de resposta em relação às alegações ou provas produzidas contra si.

Rossana Teresa Curioni Mergulhão (2010, p. 73) sabiamente dispõe: “*relembra-se que dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa decorrem o próprio direito à prova*”. No mesmo sentido são as lições de Eduardo Arruda Alvim (2008, p. 455).

Mencionados princípios estabelecem que o magistrado confira ampla oportunidade às partes para que possam fazer valer, em juízo, as suas pretensões. O juiz deve dar oportunidade às partes para que demonstrem nos autos suas alegações, conforme determina o inciso LV, do artigo 5º, da Constituição Federal, bem como se defendam daquelas apresentadas em seu desfavor.

Outro princípio indispensável ao direito à prova é o *da oralidade*, disciplinando que as provas devam ser realizadas oralmente na audiência de instrução e julgamento. Isso ocorre, porque as audiências são dirigidas pelo magistrado, sendo que as provas ali produzidas valorizam o *princípio da imediatidade*, ou melhor, a proximidade das provas com seu destinatário, segundo

inciso II, do artigo 446, do Código de Processo Civil e artigo 336, do mesmo estatuto processual.

Art. 336. Salvo disposição especial em contrário, as provas devem ser produzidas em audiência.

Art. 446. Compete ao juiz em especial: dirigir os trabalhos em Audiência; proceder direta e pessoalmente à colheita das provas (...).

Arruda Alvim (2003, p. 475) ensina que, na realidade, há o predomínio do princípio da oralidade sobre o princípio da escrita. Vejamos:

(...) atualmente não há exemplo algum de adoção pura, seja do sistema oral, seja do escrito, em nenhum ordenamento. Por isso, o mais correto é falar-se em adoção do princípio da oralidade no sentido do seu predomínio sobre o princípio da forma escrita. Razão essa de falar-se, usualmente, em processo misto, com predomínio da oralidade.

Por sua vez, Rossana Teresa Curioni Mergulhão (2010, p. 73) complementa asseverando que *“o contato direto do juiz com a prova (...) influenciará no julgamento, mas também o resultado subjetivo, já que a análise fisionômica pode indicar o uso da verdade ou não, durante um depoimento”*.

No mesmo sentido, Eduardo Arruda Alvim (2008, p. 467) assevera que *“um dos princípios mais importantes do processo, relativamente à atividade probatória, é o princípio da oralidade”*.

Indispensável que a colheita das provas se faça na presença do magistrado, até porque é quem irá analisá-las para prolatar a sentença. Quanto mais contato o julgador tem com as provas produzidas, mais justa será sua decisão.

Decorrem deste princípio da oralidade outros dois não menos importantes: princípio da identidade física do juiz e o da concentração dos atos processuais (ALVIM, 2008, p. 467).

O *princípio da identidade física do Juiz*, insculpido no artigo 132 do Código de Processo Civil, determina que o Juiz que concluir a audiência de instrução fica vinculado ao processo, devendo proferir sua sentença.

No entanto, Rossana Teresa Curioni Mergulhão (2010, p. 74) leciona que *“somente haverá a vinculação se houver produção de prova oral na audiência de instrução e julgamento, caso contrário outro juiz poderá sentenciar o processo”*.

O objetivo deste princípio é de que o destinatário da prova, qual seja, o juiz que teve o contato direto com as provas, analisando-as pessoalmente, em regra, é quem possui melhores condições de julgamento do litígio para um justo provimento judicial.

Ao decidir, o magistrado tem liberdade para formar sua convicção, ou seja, apreciará livremente as provas, porém deverá necessariamente fundamentar suas decisões. Também denominado *princípio da persuasão racional*, está disposto no artigo 131 do diploma processual civil.

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Rossana Teresa Curioni Mergulhão (2010, p. 78) esclarece que “*neste sistema, o juiz tem o dever de fundamentar a decisão, embasada nas provas apresentadas, demonstrando as razões de seu convencimento*”.

João Batista Lopes (2002, p. 57) assevera:

O acolhimento pelo legislador do critério da persuasão racional não implica, porém, conferir ao juiz plena liberdade na apreciação das provas. É que, por definição, o critério da persuasão racional significa justamente sujeição às normas jurídicas e de experiência, certo que o juiz, como foi exposto, não goza de liberdade absoluta nesse campo.

Por sua vez, Eduardo Arruda Alvim (2008, p. 457) ensina que no atual ordenamento, o magistrado atribui à prova o valor e o grau que bem entender, entretanto, deverá fundamentar sua escolha, salvo exceções legais em que o juiz deve receber a prova, bem como sua força probatória, como manda a lei – como ocorre nos instrumentos públicos (art. 366, CPC). E continua:

Isso significa que, como regra, não existe uma prova à qual o juiz deva atribuir maior valor que a outra. Essa afirmação é reflexo do princípio do livre convencimento motivado, também conhecido como princípio da persuasão racional, estampado no art. 131.

Não há hierarquia entre as provas, mas o juiz tem o dever de indicar os motivos pelo qual atribuiu determinado valor a cada uma delas, justificando o

provimento prolatado, sob pena de nulidade (art. 93, inciso IX, CF e art. 458, inciso II, CPC).

O indeferimento injustificado de alguma prova requerida pelas partes acarretará cerceamento de defesa. A prova somente poderá ser indeferida quando for inútil, meramente protelatória (artigo 130 do Código de Processo Civil), ou ainda quando for ilícita, salvo exceções.

Fredie Didier Júnior (2010, p. 41) enfatiza que na realidade, nosso sistema é temperado, pois apesar do Código de Processo Civil adotar o sistema da persuasão racional, há situações em que, tanto o CPC quanto o CC, trazem regras legais de apreciação da prova, e normalmente acontecem quando o ordenamento trata da admissibilidade ou da valoração das provas. Isso acontece a fim de combater eventual arbitrariedade judicial.

Outro princípio importante é o *princípio da aquisição processual, ou da comunhão da prova, ou princípio probatório*, ou ainda *princípio do ônus objetivo*, significando que a prova é adquirida pelo processo, sendo irrelevante saber quem a produziu, podendo ser utilizada, inclusive, contra a própria parte que a produziu (MERGULHÃO, 2010, p. 78).

A prova, uma vez produzida, desgarra-se daquele que a produziu e é incorporada ao processo – não podendo ser dele extraída ou desentranhada, salvo exceções (§§ 1º e 2º do art. 1.215 do CPC). A prova adere ao processo, sendo irrelevante saber quem a trouxe. O que importa é sua existência e, não, sua proveniência (origem). (DIDIER JR., 2010, p. 27).

Todos têm o dever de colaborar para o esclarecimento dos fatos em litígio, sob pena de ser considerado verdadeiro o fato alegado pela parte contrária. No entanto, César Dário Mariano da Silva (2010, p. 56) reforça que o direito à prova, como qualquer outro, não é absoluto:

Hoje é pacífico que o direito à prova não é absoluto. Ele deve obediência à natural restrição do princípio da livre convivência das liberdades públicas, na medida em que um direito não pode ser exercido de modo a colocar em risco outros valores tão importantes.

Fredie Didier Júnior (2010, p. 20) vem na mesma direção, asseverando que o direito à prova, apesar de um direito fundamental, não é absoluto. Encerra afirmando que, caso haja colisão de direitos, o melhor caminho ao magistrado é recorrer ao princípio da proporcionalidade, analisando o caso concreto.

O art. 229 do Código Civil prevê o que os processualistas chamam de regras de privilégios. São situações em que as partes ou um terceiro pode se recusar a responder o que foi perguntado em audiência. São os fatos relacionados com o dever de sigilo profissional, dentre outras hipóteses legais, como a proibição da prova obtida ilicitamente, prevista no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, que será estudado oportunamente.

De outra sorte, devemos ponderar outros princípios que consideram basicamente o papel das partes e do magistrado em relação à atividade probatória. De acordo com o que foi explanado na parte histórica, o direito probatório possui basicamente dois modelos, o regido pelo princípio dispositivo (*common law*), em que cabe às partes a iniciativa probatória, e o regido pelo princípio inquisitivo (*civil law*), cabendo ao juiz maiores poderes quanto à instrução.

Fredie Didier Júnior (2010, p. 23) ensina que, atualmente, conforme disciplina o art. 130 do Código de Processo Civil, predomina uma maior atuação do magistrado na produção da prova. Vejamos: *“art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”*.

Poucos são aqueles que pensam em sentido contrário, fazendo-o em razão de suposta ofensa aos princípios do dispositivo, da isonomia ou do juiz natural. Entretanto, Fredie Didier Júnior (2010, p. 23) finaliza: *“mas as apontadas ofensas não existem (...)”*.

No ordenamento jurídico brasileiro, nada obstante ainda se perceba, na doutrina e na jurisprudência, certa resistência à iniciativa probatória do magistrado –fruto de reminiscência histórica de um tempo em que se tinha uma visão eminentemente privatista do direito processual –pode-se dizer que hoje, com o desenvolvimento de uma visão oposta, que enxerga o processo civil sob um ângulo mais publicista, a tendência é de conferir ao Estado-juiz amplos poderes instrutórios. Segue-se a tendência inquisitorial system observada nos países latino-americanos, conferindo maior relevância à iniciativa probatória oficial. (DIDIER JR., 2010, p. 23)

No mesmo sentido:

Em razão da crescente publicização do processo, da defesa de concepções instrumentalistas e dos estudos em torno da efetividade do processo, verificou-se forte reação contra as teorias tradicionais, de que resultou movimento no sentido do fortalecimento dos poderes do juiz. (LOPES, 2002, p.73)

Eduardo Cambi (2001, p. 173) explica que houve uma modificação no princípio dispositivo, deixando que a produção das provas não ficasse restrita ao campo privativo das partes. Isso se deve em razão da constitucionalização do processo civil, *“que fortaleceu os poderes do juiz na direção e na instrução do processo”*.

Em linhas gerais, quanto ao princípio dispositivo, ao magistrado cabe somente zelar pela regularidade dos atos praticados no processo, segundo Fredie Didier Júnior (2010, p. 24), sendo que às partes é dada a faculdade de praticar atos de disposição de vontade, como a renúncia, transação etc, sem que o magistrado interfira nesta escolha no sentido de proibi-la. Já no princípio inquisitivo o magistrado possui poder de iniciativa probatória *“para a determinação dos fatos postos pela parte como fundamento de sua demanda”*.

Fredie Didier Júnior, ainda, tem o cuidado em explicar os motivos pelos quais alguns doutrinadores acreditam que a iniciativa probatória por parte do juiz fere princípios como do dispositivo, da isonomia e do juiz natural.

A ofensa ao princípio do dispositivo se daria em razão da *“plena disponibilidade das provas pelas partes”*. Ocorre que, atualmente, nenhum princípio pode ser entendido como absoluto. Sendo assim, priorizar referido princípio geraria uma ofensa à igualdade substancial, já que nem sempre as partes têm as mesmas possibilidades em produzir a prova dos fatos. Didier conclui que uma atuação do magistrado poderia favorecer a busca da igualdade substancial no processo, equilibrando efetivamente a situação jurídica das partes.

Em segundo, pelo princípio do juiz natural, alguns dizem que a iniciativa probatória dada ao juiz causaria sua imparcialidade. Entretanto, Fredie Didier Júnior ressalta que causaria uma *“apuração mais profunda e completa dos fatos que lhe são postos para análise”*.

A fim de retirar qualquer dúvida quanto à imparcialidade do juiz, José Roberto dos Santos Bedaque (2011, p. 104) assevera que toda e qualquer prova produzida deve ser submetida ao contraditório das partes, sem mencionar a fundamentação dada pelo magistrado quanto à sua decisão.

Por fim, João Batista Lopes (2002, p. 75) anota que o ordenamento atual não afastou o princípio dispositivo, apenas fortaleceu os poderes do magistrado para requerer diligências pertinentes ou indeferir aquelas consideradas inúteis. Ocorre que tais poderes não são absolutos:

Interpretação atrelada ao teor literal do art. 130 do CPC pode, porém, levar à conclusão equivocada de conferir ao juiz o poder de substituir as partes na instrução probatória, isto é, de converter-se em investigador de fatos ou juiz instrutor. Tal orientação mostra-se inaceitável, especialmente em se tratando de direitos disponíveis. (...)

Em conclusão, acompanhando embora as tendências modernas no sentido do fortalecimento dos poderes do juiz, não devemos superestimar o comando do art. 130 do CPC para converter o magistrado em investigador de fatos ou juiz de instrução. Não se afigura adequado, pois, permitir que o juiz substitua as partes na tarefa que lhes é atribuída, premiando sua omissão e descaso. Mas também não se deve subestimar a força do preceito, que se insere nas modernas tendências do processo civil, presentes a função social do processo e os ideais de justiça. Em suma, o princípio dispositivo não foi abandonado, mas possui, agora, nova configuração. (LOPES, 2002, p. 75-76).

De acordo com os princípios mencionados, verificamos que para o magistrado prolatar uma sentença, deve embasar suas conclusões nas provas produzidas nos autos, sempre as fundamentando.

Quanto à possibilidade do magistrado em ter iniciativa probatória, vislumbramos que é o melhor caminho, além dos motivos expostos anteriormente pelos doutrinadores, também se justifica pelo princípio da aquisição processual, em que a prova pertence ao processo independente de quem a produziu.

No entanto, o magistrado possui limites na sua atuação, devendo respeitar alguns critérios como a imparcialidade, sempre fundamentando suas decisões, respeitando direitos disponíveis das partes e não julgando de acordo com seu foro íntimo, mas de acordo com as provas nos autos. O que se busca é a tutela jurisdicional para a solução do caso concreto, não importando de quem foi a iniciativa probatória.

3.6 Sistema de valoração das provas

Como as provas servem para a demonstração de um fato para formar o convencimento do julgador, diga-se que um fato somente será tido por verdadeiro se o magistrado admiti-lo como tal. Todavia, para a formação da opinião do juiz, o mesmo deve se pautar em regras existentes no ordenamento jurídico e pela doutrina.

Sendo assim, João Batista Lopes (2002, p. 53) ensina que são três os critérios adotados pela doutrina para resolver a questão sobre a valoração das provas: critério das provas legais; critério do livre convencimento; e critério da persuasão racional ou livre convencimento motivado.

O critério legal, segundo Humberto Theodoro Júnior (2009, p. 415), era o *“sistema do direito romano primitivo e do direito medieval, ao tempo em que prevaleciam as ordálias ou juízos de Deus, os juramentos”*. Com o rigor existente em relação ao valor das provas, o sistema do critério legal trazia no máximo uma verdade formal, geralmente sem vínculo com a realidade. Neste sentido:

Há o tarifamento das provas, uma vez que cada prova tem como tabelado o seu valor, do qual não há como o magistrado fugir. O juiz não passa de mero aplicador da norma, preso ao formalismo e ao valor tarifado das provas. (DIDIER JR., 2010, p. 39)

Mencionado sistema foi superado, vez que atribuía à prova um valor predeterminado, não possibilitando ao magistrado qualquer interpretação. No entanto, nosso CPC trouxe resquícios deste critério, quando impõe no art. 366 o instrumento público como prova de determinados fatos, não admitindo prova diversa.

Por sua vez, o critério do livre convencimento é o oposto do primeiro critério, mas também não foi o adotado pelo nosso ordenamento, salvo nos julgamentos de júri popular. Por este, o magistrado tem plena liberdade na apreciação das provas, inclusive podendo decidir de acordo com suas convicções pessoais. O magistrado não estava adstrito a coisa alguma, o que acabava levando ao arbítrio e a decisões injustas.

O juiz é soberanamente livre quanto à indagação da verdade e apreciação das provas. A consciência do juiz não está vinculada a qualquer regra legal, quer no tocante à espécie de prova, quer no tocante à sua avaliação. (DIDIER JR., 2010, p. 40)

Humberto Theodoro Júnior (2009, p. 415) explica que mencionado sistema vai ao extremo, permitindo o convencimento do magistrado extra-autos e contrário às provas. Referido critério encontrou defensores entre os povos germânicos.

No terceiro critério, da persuasão racional, desenvolvido sob influência das idéias iluministas do século XVII, o juiz deve julgar segundo os elementos, as

provas dos autos, não conforme suas impressões pessoais, e sempre fundamentando suas decisões. Este é o critério adotado pelo nosso ordenamento.

Art. 131 CPC O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Vislumbra-se que o magistrado, em regra, não está vinculado a critérios prefixados pelo legislador quanto à valoração das provas, obviamente excepcionando algumas situações em que seja da substância do ato, como no art. 366 do CPC mencionado anteriormente. Mas deve necessariamente motivar sua decisão, como forma de evitar decisões arbitrárias.

O sistema da persuasão racional é fruto da mais atualizada compreensão da atividade jurisdicional. Mereceu consagração nos Códigos napoleônicos e prevalece entre nós, como orientação doutrinária e legislativa. (...) embora seja livre o exame das provas, não há arbitrariedade, porque a conclusão deve ligar-se logicamente à apreciação daquilo que restou demonstrado nos autos. (THEODORO JR., 2009, p. 417)

Eduardo Arruda Alvim (2008, p. 457) assevera que no atual sistema, “o juiz atribui à prova produzida o valor e o grau que entenda ter para convencê-lo, devendo justificar o porquê de sua convicção”. O autor excepciona essa regra, explicando que nos casos das provas legais o magistrado deve aceitá-las de pronto, bem como sua força probatória.

As provas não têm hierarquia entre si, conforme art. 131 do CPC, mas apesar do critério adotado pelo ordenamento ser o da persuasão racional, o magistrado não tem a plena liberdade de apreciação das provas.

João Batista Lopes (2002, p. 56) explica que o “o critério da persuasão racional significa justamente sujeição às normas jurídicas e de experiência, certo que o juiz, como foi exposto, não goza de liberdade absoluta nesse campo”.

Fredie Didier Júnior (2010, p. 40) complementa:

A liberdade na apreciação das provas está sujeita a certas regras quanto à convicção, que fica condicionada (e porque é condicionada, há de ser sempre motivada): a) aos fatos nos quais se funda a relação jurídica; b) às provas destes fatos colhidas no processo; c) às regras legais de prova e às máximas de experiência. O livre convencimento motivado também fica limitado pela racionalidade, não sendo admitida a apreciação das provas de acordo com critérios irracionais, por mais respeitáveis que sejam; não pode

o magistrado, em um Estado laico, decidir com base em questões de fé, por exemplo.

Um exemplo é a prova testemunhal, que em alguns casos não serve como meio de prova, como ocorre nos artigos 366, 400 e 401, todos do CPC.

Art. 366 Quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta.

Art. 400 A prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso. O juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos:
I – já provados por documento ou confissão da parte;
II – que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados.

Art. 401 A prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados.

Essas são exceções ao princípio geral de que as provas têm valor relativo, devendo o magistrado necessariamente respeitar o ordenamento. No entanto, dependendo do caso concreto, em que a prova testemunhal seja a única forma do juiz formar sua convicção, poderá aceitá-la para prolatar sua decisão.

Eduardo Arruda Alvim (2008, p. 457) sintetiza o assunto explicando que, em regra, a atividade do juiz encontra embasamento no art. 131 do CPC. Não obstante, deverá ter em mente a regra do art. 126 CPC, qual seja, as fontes do direito como as leis, analogia, costumes e princípios gerais do direito, bem como a norma do art. 335, cabendo ao mesmo, na falta de norma, aplicar as regras de experiência comum e as de experiência técnica, sem esquecer-se das hipóteses legais em que o magistrado deverá necessariamente respeitá-las, como nos exemplos citados anteriormente.

Deve, pois, em nosso sistema de julgamento, verificar se o juiz se existe uma norma jurídica sobre a prova produzida. Se houver, será ela aplicada. Na sua falta, formulará o juízo, segundo o livre convencimento, mas com observância das regras de experiência. (THEODORO JR., 2009, p. 416)

Na realidade, segundo ensinamentos de Fredie Didier Júnior (2010, p. 41), nosso sistema é temperado, com prevalência do sistema do livre convencimento motivado.

Clarividente que o magistrado possui certa liberdade na apreciação das provas, a fim de formar sua convicção sobre o fato apresentado pelas partes, mas deve pautar-se nos limites estabelecidos pelo ordenamento, motivando sua decisão a fim de prolatar uma tutela justa às partes e privilegiar a segurança jurídica a todos.

3.7 Ônus da prova – sistema de distribuição

Inicialmente, vale esclarecer que no processo as partes, para obterem provimento jurisdicional em seu favor, devem provar suas alegações sobre fatos relevantes ao processo, sob pena de tornarem-se sucumbentes, ou seja, não terem reconhecidos seus direitos. José Frederico Marques (2003, p. 193) citando Wilhelm Kisch, afirma que desta necessidade de provar para ver reconhecido juridicamente seu direito dá-se o nome de ônus da prova.

João Batista Lopes (2002, p. 39) esclarece que no ônus não há a idéia de obrigação, ou melhor, a parte que tem o ônus de provar tem o interesse em fazê-lo para lhe possibilitar um provimento jurisdicional favorável, no entanto, caso não o faça, não necessariamente será prejudicado, pois o magistrado irá analisar todos os elementos coligidos nos autos para a decisão. E exemplifica:

Intimado a comparecer a sobredito interrogatório, não tem a parte o dever ou obrigação de fazê-lo, nem sofrerá a pena de confissão, reservada para o não comparecimento ao depoimento pessoal, a teor do art. 343, § 2, do CPC. Mas é claro que existe o ônus processual de comparecer perante o juiz, de modo que a ausência da parte será levada em consideração por ocasião do julgamento da lide. (LOPES, 2002, p. 39)

No mesmo sentido, Eduardo Cambi (2001, p. 42) leciona:

A ótica da relação entre as partes e a prova, pela noção de ônus, é, pois, negativa, na medida em que, tendo o litigante o encargo de provar, se não o faz, são a ele atribuídos os riscos decorrentes da incerteza quanto à falta de provas.

José Frederico Marques (2003, p. 193) ensina que o ônus da prova surge quando ausente ou precária as provas produzidas pelas partes. Melhor explicando, quando as provas apresentadas demonstram as alegações das partes,

possibilitando ao magistrado decidir a lide, não há necessidade em discutir o ônus da prova.

Na realidade, João Batista Lopes (2002, p. 41) assevera que o ônus da prova é precedido do ônus da alegação, devendo o juiz primeiramente fixar os pontos controvertidos (fatos alegados por uma parte e impugnados pela outra), para então resolver a questão do ônus da prova.

O ônus da prova tem dupla função, servir de *regra de conduta* (ônus da prova em sentido subjetivo) às partes, estabelecendo quais as provas cada um deve produzir; e servir como *regra de julgamento* (ônus da prova em sentido objetivo), apresentando às partes as conseqüências da não demonstração de suas alegações, bem como regra de julgamento ao juiz, quando as provas não forem suficientes para a formação de seu convencimento (CAMBI, 2001, p. 40).

Aquelas situações em que as partes não conseguem demonstrar suas alegações, o juiz passa a decidir de acordo com o ônus da prova. Na realidade, o ônus da prova serve para o magistrado, no momento de decidir a lide, proferir sua decisão em desfavor daquele que tinha o ônus probatório e não o fez. E é no sistema de distribuição do ônus da prova que se encontram diversas discussões.

Conforme observa os incisos do artigo 333 do Código de Processo Civil, foram considerados três fatores, assevera Fredie Didier Júnior (2010, p. 79), no tocante a distribuição do ônus da prova, adotando a teoria estática (clássica):

a) a posição da parte na causa (se autor, se réu); b) a natureza dos fatos em que funda sua pretensão/exceção (constitutivo, extintivo, impeditivo ou modificativo do direito deduzido); c) e o interesse em provar o fato. Assim, ao autor cabe o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito e ao réu a prova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo deste mesmo direito (art. 333, CPC).

O autor esclarece que quando da elaboração do CPC adotou-se a teoria estática do ônus da prova, não considerando as peculiaridades do caso concreto, levando à insatisfação do sistema. Diante disto, vem ganhando força a teoria dinâmica do ônus da prova.

Eduardo Arruda Alvim (2008, p. 472) leciona sobre mencionada teoria, informando que “o ônus probatório deve recair sobre aquele que tem melhores condições de produzi-la.”

João Batista Lopes (2002, p. 43) explica que as hipóteses previstas no art. 333 do CPC mostram-se suficiente para resolver grande número de casos, mas insuficiente em hipóteses complexas.

De outra sorte, nem sempre as partes têm condições de provarem os fatos impostos no art. 333 do CPC. Muitas vezes estão frente à chamada prova diabólica, aquela difícil de ser produzida e, o magistrado, verificando esta situação, deve distribuir o ônus probatório dinamicamente. Fredie Didier Júnior (2010, p. 92) faz breve explanação acerca do assunto:

A prova diabólica é aquela que é impossível, senão muito difícil de ser produzida. (...) A jurisprudência usa a expressão prova diabólica, outrossim, para designar a prova de algo que não ocorreu, ou seja, a prova de fato negativo. Sucede que nem toda prova diabólica se refere a fato negativo – basta pensar, por exemplo, que nem sempre o autor terá acesso à documentação que corrobora a existência de um vínculo contratual (fato positivo), em sede de uma ação revisional. E nem todo fato negativo é impossível de ser provado, demandando prova diabólica. (...) Quando se está diante de uma prova diabólica deste viés, insusceptível de ser produzida por aquele que deveria fazê-lo, de acordo com a lei, mas apta a ser realizada pelo outro, o ônus probatório deverá ser distribuído dinamicamente, caso a caso, na fase de saneamento ou instrutória – em tempo do onerado dele desincumbir-se.

O magistrado, diante de uma situação como esta, deverá analisar qual das partes assumiu “o risco de *inesclarecibilidade*”, submetendo-se a uma decisão desfavorável, e conclui Fredie Didier Júnior (2010, p. 93) que o magistrado definirá “*caso a caso, qual deve ser a regra de julgamento aplicável e sobre qual das partes deve pesar o resultado negativo imposto pelo malogro probatório*”.

Neste sentido, Eduardo Arruda Alvim (2008, p. 472):

Por esta teoria, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, pode o magistrado afastar o rigor do disposto no art. 333 e determinar a produção da prova, necessária à solução do litígio a quem tenha melhor possibilidade de produzi-la, uma vez que a teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova, apesar de não estar expressamente prevista no CPC brasileiro, vem sendo admitida pela doutrina e pelos Tribunais, na busca de um processo efetivo e de um resultado justo.

Mencionada distribuição do ônus da prova não nega validade da teoria adotada pelo nosso código, que constitui a regra. No entanto, há casos em que a regra não se apresenta satisfatória, causando julgamentos injustos caso fosse aplicada, daí a importância da distribuição dinâmica do ônus da prova.

O sistema de partilha do ônus da prova previsto no art. 333 é estático e rígido. Na experiência da vida, entretanto, constata-se que as causas disputadas em juízo nem sempre permitem uma satisfatória separação de fatos constitutivos e fatos extintivos de direito em compartimentos estanques. Não poucas vezes o acesso à verdade real por parte do juiz fica comprometido ou prejudicado se mantiver o esquema de apreciação do litígio rigorosamente imposto no momento de concluir a instrução processual, e de enfrentar o julgamento do mérito segundo a fria aplicação das presunções que haveriam de defluir da literalidade do art. 333. (THEODORO JR., 2009, p. 422)

Fredie Didier Júnior (2010, p. 96) apresenta um resumo desta teoria, esclarecendo que para a teoria da distribuição dinâmica, “*prova quem pode*”.

De acordo com essa teoria: i) o encargo não deve ser repartido prévia e abstratamente, mas, sim, casuisticamente; ii) sua distribuição não pode ser estática e inflexível, mas, sim, dinâmica; iii) pouco importa, na sua subdivisão, a posição assumida pela parte na causa (se autor ou réu); iv) não é relevante a natureza do fato probando – se constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo do direito – ou o interesse em prová-lo, mas sim, quem tem mais possibilidades de fazer a prova.

Nosso ordenamento adotou expressamente a mencionada teoria no Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, inciso VIII, em favor do consumidor, mas o juiz é quem faz esta distribuição de acordo com o preenchimento de certos requisitos (verossimilhança e hipossuficiência), quando o fornecedor tem melhores condições que o consumidor.

Deve-se tratar, pois, de alegação verossímil, ou de consumidor hipossuficiente (e, ainda, aqui, há de apresentar verossimilhança), para que se possa cogitar da inversão do ônus da prova nos termos do CDC). (ALVIM, 2008, p. 470).

Fredie Didier Júnior (2010, p. 97) ainda, explica que o Código de Processo Civil, apesar de não adotá-la expressamente, acolheu mencionada teoria em decorrência dos princípios da igualdade, da lealdade, boa-fé e veracidade, princípio da solidariedade, do devido processo legal, do acesso à justiça, e da adaptabilidade do procedimento, que devem ser analisados juntamente com o art. 333 do CPC.

E pontua que essa repartição do ônus probatório deve ser feita pelo magistrado antes da fase instrutória, para que a parte onerada tenha condições de realizar a prova, sob pena de comprometimento da segurança jurídica das partes e o seu direito fundamental à prova.

Partindo deste pensamento, Eduardo Arruda Alvim (2008, p. 472) enaltece que, caso o magistrado não determine de forma clara e inequívoca a inversão do ônus da prova na fase instrutória, impossível fazê-lo posteriormente, pois causaria surpresa à parte, ferindo princípios da segurança jurídica e do devido processo legal.

Verificamos que, apesar do nosso código adotar a teoria estática para a inversão do ônus probatório, imprescindível abrir exceção a casos mais complexos, cuja teoria torna-se ineficaz. Daí falar-se em inversão dinâmica do ônus da prova, pois o magistrado é quem o fará, de acordo com o caso concreto, vislumbrando que uma parte tem mais condições de prova em face da outra, mas desde que o faça antes da fase instrutória, para não gerar surpresa àquele investido a produzir a prova.

3.8 Espécies de provas

O legislador abordou algumas possíveis espécies de provas no nosso ordenamento, mas não esgotou a matéria, pois impossível enumerá-las. Ocorre que o magistrado precisa de meios idôneos para a formação de seu convencimento e, consoante Humberto Theodoro Júnior (2009, p. 425), de “*provas juridicamente admissíveis*”. São os ensinamentos de João Batista Lopes (2002, p. 94):

O vigente Código de Processo Civil preferiu não indicar taxativamente os meios de prova admissíveis no processo certamente porque o avanço tecnológico pode trazer, como tem trazido, novidades na captação e reprodução dos fatos.

Mencionado rol não é prioridade do Código de Processo Civil, mas conforme dispõe o art. 332, “*todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa*”.

Desta feita, as partes podem se valer de quaisquer espécies de provas para demonstrarem suas alegações, desde que moralmente legítimas, ainda que não previstas legalmente.

Faremos uma breve explanação acerca das espécies trazidas em nosso ordenamento, que prevê as seguintes possibilidades:

- I – Depoimento pessoal da parte;
- II – Confissão;
- III – Exibição de documento ou coisa;
- IV – Prova documental;
- V – Prova testemunhal;
- VI – Prova pericial;
- VII – Inspeção Judicial.

3.8.1 Do depoimento pessoal

No Depoimento Pessoal, clarividente que a parte que irá prestar os esclarecimentos tem nítido interesse na demanda. Sendo assim, suas declarações não fazem prova em seu favor, mas podem fornecer valiosas informações ao magistrado, para o deslinde da causa. Previsto no art. 343, CPC, dispõe: *“Quando o juiz não determinar de ofício, compete a cada parte requerer o depoimento pessoal da outra, a fim de interrogá-la na audiência de instrução e julgamento”*.

Esta espécie de prova, em geral, é solicitada pela parte contrária, que pode ser beneficiada por eventual confissão do depoente, mas poderá também ser requerida pelo próprio juiz, para melhor elucidação dos fatos (daí recebe o nome de interrogatório).

Humberto Theodoro Júnior (2009, p. 429) esclarece que o depoimento pessoal *“aplica-se tanto ao autor como ao réu, pois ambos se submetem ao ônus de comparecer em juízo e responder ao que lhe for interrogado pelo juiz (art. 340, I)”*.

Quando solicitada pela parte e o depoente não comparecer para o ato sem motivo justificado, ou se recusar a depor, a lei comina-lhe a pena de confissão, prevista no art. 343, §2º, presumindo confessados os fatos alegados contra ele, desde que a parte tenha sido intimada pessoalmente desta consequência.

O ônus da parte não é somente o de depor, mas o de responder a todas as perguntas formuladas pelo juiz, com clareza e lealdade. Dessa forma, “quando a parte, sem motivo justificado, deixar de responder ao que lhe for

perguntado, ou empregar evasivas, o juiz, apreciando as demais circunstâncias e elementos de prova, declarará, na sentença, se houve recusa de depor” (art. 345)”. (THEODORO JR., 2009, p. 429)

Não bastasse, o depoimento pessoal em regra deve ser realizado na audiência de instrução e julgamento, no entanto, havendo necessidade, poderá o ser por precatória ou em eventual produção antecipada de prova, por exemplo (LOPES, 2002, p. 104).

Como a própria denominação, o depoimento pessoal é pessoal, não podendo ser prestado por procurador. Mas há aqueles que defendem, em casos excepcionais, a possibilidade de procurador para realizar tal ato, desde que não trate de bens e de direitos indisponíveis. Neste sentido:

Segundo o art. 346, princípio, “a parte responderá pessoalmente sobre os fatos articulados”. Não se admite, pois, que as respostas sejam dadas através do procurador da parte, ou de pessoa estranha ao processo; se, porém, a parte for incapaz, prestará depoimento o representante, sem que fique afastada a possibilidade de, em casos especiais, inquirir-se o próprio incapaz. (MOREIRA, 2010, p. 57)

Na doutrina existem pensamentos diversos:

Discute-se, bastante, se o depoimento da parte é ato personalíssimo ou se pode ser praticado por representante. Não é possível o depoimento pessoal do representante do incapaz, que, se depuser, o fará na condição de testemunha. (DIDIER JR., 2010, p. 110)

A parte deve comparecer em juízo e prestar pessoalmente o depoimento, como se vê, de forma clara, dos arts. 342 e 343. Trata-se de ato personalíssimo, de modo que nem procurador com poderes expressos pode prestá-lo em nome da parte. (THEODORO JR., 2009, p. 430).

Fredie Didier Júnior (2010, p. 111) pontua que, caso fosse permitido o depoimento ser prestado por procurador, este deveria necessariamente ter conhecimento dos fatos, sob pena de tornar inviável o procedimento probatório e sequer justificaria a aplicação da pena de confissão nas perguntas não respondidas.

Cite-se que o art. 346 do CPC não permite que o depoente leve as respostas preparadas por escrito, mas o possibilita consultar apontamentos ou lembretes úteis, como no exemplo dado por João Batista Lopes (2002, p. 105), como anotações sobre dados numéricos ou datas. Cabe ao magistrado analisar tais

apontamentos e verificar se estão dentro dos limites permitidos, caso contrário o depoimento perderia todo seu sentido de espontaneidade.

José Carlos Barbosa Moreira (2010, p. 57) lembra, ainda, que há exceções quanto ao dever de depor: àqueles que têm o dever de guardar sigilo (art. 347, CPC), bem como quando *“tratar-se de fatos criminosos ou torpes, imputados à parte”* interrogada. Também não se aplica nas ações de filiação, divórcio e de anulação (ou nulidade) de casamento.

3.8.2 Da confissão

A Confissão, por sua vez, é o reconhecimento de alegações apresentadas pela parte contrária, que culmina em sua possível sucumbência dentro do processo. Não obstante, mesmo que o confitente admita os fatos apresentados pela outra parte, o magistrado deverá analisá-lo de acordo com o arcabouço probatório.

Fredie Didier Júnior (2010, p. 122) explica:

Não é qualquer fato que pode ser objeto da confissão. Para que a confissão exista, é preciso que se trate de fato desfavorável ao confitente e favorável ao adversário; além disso, é pressuposto da confissão que o fato seja próprio e pessoal do confitente, e não de terceiro, quando então haveria testemunho e não confissão.

João Batista Lopes (2002, p. 100) assevera que *“é possível que o juiz despreze a confissão se ela mostrar em conflito aberto com o conjunto de provas (v.g., o réu, por engano, confessa a mora, mas o pagamento é demonstrado por documento anexado aos autos)”*.

Eduardo Arruda Alvim (2008, p. 496) tem o mesmo entendimento:

No caso de confissão, como observado, ela não necessariamente conduz à procedência do pedido contra aquele que confessa, pois a confissão há de ser analisada de acordo com as demais provas que tenham sido produzidas (art. 131, que alberga o princípio do livre convencimento motivado).

João Batista Lopes (2002, p. 99) lembra que, antigamente, a confissão era considerada a “*rainha das provas*”, o que não permanece atualmente, e apresenta requisitos para que a confissão seja eficaz:

- a) renunciabilidade do direito a que se refere o fato (por exemplo será ineficaz a confissão que implicar renúncia de alimentos, ao uso do nome, ao estado civil etc.);
- b) inexigibilidade de forma especial para prova do fato (v.g., será ineficaz a confissão da compra e venda de um imóvel);
- c) capacidade civil do confitente.

Verificamos que, para a eficácia da confissão, imprescindível que recaia somente sobre direitos disponíveis, segundo art. 351, CPC, e desde que o ordenamento não exija forma especial para provar o fato, bem como o confitente tenha capacidade civil. Ainda, ela é irretratável, salvo em caso de dolo, erro, coação ou fraude, cabendo ação anulatória (se pendente o processo) ou rescisória (após trânsito em julgado) (LOPES, 2002, p. 100).

O confitente poderá o fazer espontaneamente ou de forma provocada. A espontânea é aquela realizada a qualquer tempo, lavrando termo nos autos, e a provocada poderá ser realizada quando do depoimento pessoal prestado pela parte.

A confissão, ainda, poderá ser realizada por mandatário ou procurador, mas seja um ou outro, devem ter poderes especiais para tanto, a simples procuração para foro em geral não autoriza seja realizada a confissão (art. 38, CPC). O representante pode fazer somente a confissão espontânea:

Só é possível a confissão espontânea feita por representante. Quem confessa é o representado; o representante apresentará a confissão espontânea ao magistrado: o representante é “mero condutor da manifestação de vontade declarada pelo real confitente”. (DIDIER JR., 2010, p. 131)

Outra forma de confissão é a extrajudicial (art. 353, CPC), aquela realizada por escrito à parte contrária. Esta tem a mesma força da confissão judicial, mas caso seja feita a terceiro, ou em testamento, o magistrado apreciará livremente seu valor.

Há situações em que a confissão se torna ineficaz, nos casos de litisconsorte unitário, em que o resultado do processo atingirá a todos, de maneira uniforme, no tocante ao plano material. Outro exemplo é o parágrafo único, do art.

350, CPC, ou melhor, nas ações sobre bens imóveis, a confissão de um cônjuge não valerá sem a do outro.

Por fim, Eduardo Arruda Alvim (2008, p. 499) informa que a confissão, em regra, é indivisível, não sendo possível aproveitá-la em parte, salvo quando o confitente apresentar fatos novos aos confessados (art. 354, CPC).

Estatui o art. 354 que a confissão, como regra, é indivisível, não sendo lícito à parte a quem esta beneficie (e que, pois, pretende invocá-la como prova) aproveitá-la em parte, rejeitando-a no que lhe for desfavorável. Se esta é a normalidade das coisas, na hipótese de confissão qualificada, quando se contraponham outros fatos ao fato confessado, estatui a parte final de referido dispositivo que é possível, quanto a estes cindir os efeitos da confissão. (Alvim, 2008, p. 499)

Vislumbramos que a confissão, apesar da parte estar reconhecendo fato favorável à contrária, deve ser analisada com cuidado pelo magistrado. A confissão pode não corresponder à realidade, por isso deverá ser analisada de acordo com as provas produzidas nos autos, como qualquer outro meio de prova e respeitando o princípio do livre convencimento motivado.

3.8.3 Da exibição de documento ou coisa

A Exibição de documento ou coisa, previsto no art. 355, CPC, disciplina que *“o juiz pode ordenar que a parte exhiba documento ou coisa, que se ache em seu poder”*.

Fredie Didier Júnior (2010, p. 190) explica que, apesar da exibição de documento ou coisa ser considerado um meio de prova, pode ser considerado *“um meio de obtenção de elementos de prova documental”*. Não pode a parte ser prejudicada em razão de determinada prova estar em poder de outrem.

O artigo 356, CPC disciplina quais as informações deverão constar no pedido da exibição de documento ou coisa, vez que deve versar sobre objeto determinado. José Carlos Barbosa Moreira (2010, p. 60) ensina que:

Sendo a exibição requerida por uma das partes, deve esta, no requerimento, individualar, tão completamente quanto possível, o documento ou a coisa; esclarecer a finalidade da exibição, indicando os fatos cuja verificação entende depender do exame do documento ou da coisa; expor

os motivos pelos quais afirma que o documento ou coisa existe e se acha em poder da parte contrária (art. 356).

A exibição pode ser solicitada pela parte no curso do processo, antes do ajuizamento da causa (mas por meio de ação própria – ação exhibitória), ou ainda exigida pelo Magistrado, quando houver suspeita de que o documento ou coisa estiver em poder de outrem, desde que imprescindível para a instrução do processo.

Humberto Theodoro Júnior (2009, p. 437) tem a seguinte explicação:

A medida não é arbitrária, de modo que o requerente há de demonstrar interesse jurídico na exibição, e o juiz só poderá denegá-la se concluir que o documento ou coisa visada pelo requerente não guarda conexão com objeto da lide ou não terá nenhuma influência no julgamento da causa.

Eduardo Arruda Alvim (2008, p. 538) assevera que esta modalidade pode ser em face de qualquer das partes no processo, bem como contra terceiros. Neste sentido:

A depender do documento ou coisa estar em mãos da parte adversária ou de terceiro particular, o procedimento a ser seguido será distinto, porque distinta será a natureza jurídica do instituto em casa caso: contra a parte adversária, ter-se-á um incidente processual; contra o terceiro particular, um verdadeiro processo incidente. (DIDIER JR., 2010, p. 191)

A diferença encontra-se no procedimento adotado e as conseqüências geradas. O procedimento da exibição em face da parte encontra-se nos arts. 355 a 359 do CPC, que possui o ônus de exhibir o documento ou coisa, sob pena de sofrer as conseqüências do art. 359, CPC:

Art. 359, CPC Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar:
I – se o requerido não efetuar a exibição, nem fizer qualquer declaração no prazo do art. 357 (cinco dias);
II – se a recusa for havida por ilegítima.

O Código de Processo Civil, em seu art. 363, elenca um rol exemplificativo de recusa da parte, considerado legítimo, eximindo-a a apresentar o documento ou coisa. O magistrado, nestes casos, deverá ponderar os interesses em jogo, utilizando o princípio da proporcionalidade.

Entretanto, o art. 358, CPC disciplina as hipóteses em que não se admite recusa na não exibição pela parte, sob pena de presumir como verdadeiros os fatos que se pretendia provar com o documento ou coisa (art. 359, CPC)

Por sua vez, o terceiro tem o dever de exibição e, não o fazendo, será expedido mandado de apreensão (art. 362, CPC), “*sem prejuízo da sanção penal correspondente (em princípio, crime de desobediência)*” (ALVIM, 2008, p. 539).

O terceiro também poderá invocar as dispensas do art. 363, CPC, devendo o magistrado utilizar o princípio da proporcionalidade. Eventual recusa pelo terceiro que não se enquadre neste rol acarretará busca e apreensão do objeto.

Humberto Theodoro Junior (2009, p. 436) acrescenta que esse meio de prova decorre do “*dever que incumbe às partes e aos terceiros de colaborar com o Poder Judiciário ‘para o descobrimento da verdade’*”. E continua:

O documento ou coisa a ser exibida terá, obviamente, que manter algum nexos com a causa, para justificar o ônus imposto à parte ou ao terceiro possuidor. Caso contrário, a exibição deverá ser denegada por falta de interesse da parte em postulá-la. (THEODORO JR., 2009, p. 436)

Clarividente que a exibição de documento ou coisa torna-se fundamental para o esclarecimento de fatos e alegações apresentadas no processo, vez que estando em poder de qualquer das partes ou de terceiro, pode o magistrado, a parte, ou até mesmo terceiro interveniente, ingressar com o pedido, pois a todos é imposto o dever de colaboração para com o Judiciário.

3.8.4 Da prova documental

Grande parte das provas utilizadas no processo é documental, em razão da complexidade dos casos diários que exigem das pessoas maior preocupação com a segurança jurídica.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2009, p. 147) explicam que a prova documental tem grande importância pela estabilidade que proporciona, representando um fato “*de modo permanente e duradouro, sem se perder nas armadilhas do tempo*”.

Eduardo Arruda Alvim (2008, p. 519) tem a mesma doutrina:

A crescente importância da prova documental é característica de nossos tempos, sintonia clara da atual complexidade das relações sociais. Em que pese a relevância da prova documental, é bem de se ver que a regra geral no processo civil é a de que inexistente hierarquia entre os meios de prova, de modo que o juiz poderá valorá-los livremente, desde que fundamentada a decisão (art. 131).

Apesar do código de processo civil estabelecer que os meios probatórios possuam o mesmo valor, quanto à prova documental, o próprio ordenamento estabelece alguns critérios de valoração a várias espécies de documentos. Clarividente que o magistrado, de acordo com o princípio da persuasão racional, poderá afastar tais critérios que são relativos, desde que fundamente o motivo.

O ordenamento exige em certos casos a forma escrita para o negócio, como no art. 366, CPC, em que a escritura pública na compra e venda de imóvel é imprescindível. Nestas situações em que o legislador elenca o meio de prova para a demonstração de algo, a doutrina chamada de prova legal ou tarifada.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2009, p. 527) ensinam quanto à prova documental, que *“o respeito e a confiabilidade que se dão a esse meio de prova advêm de sua própria essência, de prova pré-constituída, cuja função é eternizar os atos e fatos jurídicos”*.

Por outro lado, o autor explica que muitas pessoas não têm a instrução necessária para documentar seus atos, seja em razão do custo ou da burocracia. Desta feita, não seria justo exigir em todo e qualquer negócio a apresentação de documento comprovando certo direito, pois inviabilizaria determinadas demandas, como àqueles que residem em favelas não possuem escritura do imóvel onde residem.

Não bastasse, a atualização dos meios de comunicação, como a internet e telefone, decorrente de nossa evolução, criam novos meios de relações sociais. Algumas negociações quase não possuem documentos comprovando a transação realizada, o que vem modificar a valoração documental dos negócios. E, conforme afirmam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2009, p. 528), *“evidentemente, as novas possibilidades permitem e exigem adaptações no regime da prova, que deve se informar por essa nova realidade.”*

Sendo assim, importante frisar pela relativização do valor da prova documental, que atualmente vem sofrendo transformações, pois com a modernização tem aumentado as negociações eletrônicas, com conseqüente diminuição das provas tradicionais. Não obstante, e-mails, fotografias digitais, gravações ambientais, informações contidas em redes sociais, dentre outras, são a realidade atual e que devemos nos familiarizar, pois em determinados casos podem servir como meio de prova, mas devem ser utilizadas com cuidado. A dificuldade nestes meios é definir quem foi o responsável pelas informações introduzidas nestes documentos, e se realmente são verídicas.

O uso, cada vez mais freqüente, do computador, do fac-símile, da internet e de outros recursos semelhantes acarreta necessariamente a imperiosa preocupação do direito no concernente à eficácia que se pode emprestar a tais novos meios de registro de informações. (MARINONI e ARENHART, 2009, p. 542).

A prova documental não é necessariamente escrita, ela deve demonstrar um fato, podendo ser através de fotografias, sons, dentre outros, que não se enquadram na prova escrita, mas em documental. Fredie Didier Júnior (2010, p. 140/141) diz que prova documental é “o registro de um fato” por “obra da atividade humana”, e continua:

Considera-se como documento, por exemplo, (i) o instrumento escrito que alguém manifesta a sua vontade ou declara ter conhecimento de algo, (ii) a fita de VHS ou o DVD que contém uma gravação sonora ou fonografia. (iv) o CD-Rom ou o disquete em que são compilados arquivos eletrônicos de computador, (v) a fotografia impressa, revelada ou gravada num meio eletrônico. (vi) o correio eletrônico (e-mail), dentre tantos outros (DIDIER JR., 2010, p. 1452).

Neste mesmo sentido:

O documento escrito toma forma no papel em que é lançado. Pode haver documento, no entanto, em que a palavra escrita esteja formada em outra coisa, como por exemplo, a madeira, a pedra, a cera, e assim por diante. Por outro lado, no papel pode haver documento não escrito, com a reprodução de fatos ou coisas constantes de desenhos, mapas ou símbolos. (MARQUES, 2003, p. 213)

Clarividente que uma prova documental não se restringe a documento escrito. Como dito anteriormente, aqueles meios tecnológicos que possibilitam

fornecer e guardar dados podem servir como meios de prova, a questão é saber se correspondem à realidade e quem foi o responsável.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2009, 543) pontuam que as informações contidas em rede informatizada de comunicação, ou seja, pela internet, não podem ser disciplinadas pela regra do art. 347, CPC, vez que sua origem, autenticidade e a íntegra da mensagem transmitida podem ser contestadas, e nem sempre condizem com a realidade. Obviamente que existem exceções, como nos casos em que há assinatura eletrônica.

A questão sobre os documentos eletrônicos serem considerados documentos para fins de prova processual é a dúvida quando à sua autenticidade e sobre as informações nele contido, ou melhor, quando à sua confiabilidade. Vez que se apresentados como meio de prova, e contestado pela parte contrária, muitas vezes devem ser acompanhados de novas provas para que seja provada sua veracidade.

Ressalta-se que nem todo documento é uma prova documental. O depoimento colhido da parte ou o testemunho, da testemunha, quando reduzidos a termo, continuam com suas próprias características, pois o que ocorre é a simples materialização de fatos pretéritos, sendo chamado de prova documentada.

Já na prova documental, a materialização é de fatos que ocorrem simultaneamente à sua documentação, podendo ser considerado meio de prova todas as coisas que reproduzem fatos realizados pela atividade humana, como fotografias, gravações, ou documentos escritos, conforme estabelece o art. 383, CPC.

A prova fotográfica é tratada no artigo 385, CPC, no entanto, encontra-se em desacordo com a atualidade. Uma fotografia utilizada como meio de prova deverá ser juntada com o negativo para devido exame pericial, caso a parte prejudicada a impugne.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2009, p. 532) asseveram que *“prova documental é, assim, somente aquela através da qual se tem a representação imediata do fato a ser construído”*. Os autores ensinam que o documento possui dois elementos, um intrínseco, que é o conteúdo, a idéia contida no documento, e a outra que é a estrutura física do documento, sua exteriorização. Os estudiosos apresentam diversas classificações ao documento, podendo ser

público ou privado, escrito ou gráfico, solene e não solene, dentre outros, cada qual com suas características.

No entanto, importante elucidar que o documento público, por ser elaborado por funcionário competente, tem mais força que o documento particular, ou melhor, o documento público (art. 364, CPC) faz prova não só da formação, mas dos fatos que o funcionário público ou tabelião declarar que ocorreram na sua presença. Por sua vez, no documento particular, as informações presumem-se verdadeiras ao seu signatário (que assinou ou escreveu o documento), mas não se prova que ocorreu o fato em si, mas apenas a declaração realizada (art. 368, CPC).

Um documento é prova pré-constituída, sendo produzida para fazer prova futuramente, caso as partes necessitem. Muitas vezes, o documento, seja escrito ou por imagens, é o único meio de ser provar determinado fato, devendo a parte contrária impugnar sua autenticidade, se for o caso. O magistrado poderá prolatar a sentença fundamentando sua decisão apenas com os documentos juntados nos autos, mas também poderá requerer outros meios de prova, associando-os para chegar numa conclusão. Dependerá do caso específico.

3.8.5 – Da prova testemunhal

Prova testemunhal é o meio de prova pelo qual se obtém o depoimento oral de testemunhas sobre os fatos litigiosos. A testemunha esclarecerá os fatos de acordo com suas próprias percepções.

Qualquer pessoa pode ser arrolada como testemunha. Há exceções àqueles que se enquadram no art. 405, caput, CPC, quais sejam, as incapazes, impedidas ou suspeitas. No entanto, o magistrado poderá ouvi-la como informante, não prestando ela o compromisso de dizer a verdade, bem como não se enquadrando no crime de falso testemunho.

José Frederico Marques (2003, p. 242) lembra que o artigo 409, CPC possibilita até mesmo ao juiz da causa ser arrolado como testemunha, mas para que exerça esse papel deverá declarar-se impedido como juiz da causa, ou se nada souber, mandará excluir seu nome do rol de testemunhas.

O art. 412 CPC prevê que a testemunha tem a obrigação de comparecer em juízo para prestar seu depoimento, sob pena de ser conduzida coercitivamente, além de responder pelas despesas que causou pelo retardamento na colheita de seu testemunho. Há a possibilidade de a parte comprometer-se em levar a testemunha, independente de intimação, mas caso não compareça, o juiz presumirá a desistência da parte em ouvi-la.

Comparecendo à audiência, conforme já mencionado, a testemunha deverá dizer a verdade prestando compromisso para tanto, sob pena de cometer crime de falso testemunho, segundo artigo 415, CPC e 342 do Código Penal.

O depoimento das testemunhas é realizado oralmente, mas deve ser reduzida a termo para devida documentação. Em regra é realizado em audiência, mas poderá ser inquirida: antecipadamente, por meio de carta, ou por motivo de doença esteja impossibilitada de comparecer. Neste último caso, o juiz marcará dia, hora e lugar para inquiri-la (art. 336, parágrafo único, CPC). Há outras exceções dispostas no artigo 411 do CPC, quando tratar-se de "*peçoas gradas e autoridades públicas*" (MARQUES, 2003, p. 245)

Ainda, o art. 151 e incisos menciona que, quando prestado por aqueles que não conheçam o idioma nacional, ou em caso de surdo-mudo que não saibam escrever, necessário será um intérprete.

As partes fazem o pedido de prova testemunhal na inicial e na contestação, arrolando no máximo dez testemunhas (parágrafo único, art. 407, CPC), que será ou não deferido pelo magistrado quando sanear o processo (art. 331, §2). Em regra, serão ouvidas em audiência, cujo rol é depositado dez dias antes, especificando nome, profissão e endereço para devida intimação.

Uma parte poderá contraditar a testemunha apresentada pela outra, quando presente qualquer hipótese do art. 405, CPC (incapacidade, impedimento, suspeição), caso isso ocorra e a contradita seja verdadeira, a testemunha não prestará o compromisso de dizer a verdade. São as considerações de José Frederico Marques (2003, p. 246):

De notar que o Código, ainda que procedente a contradita, permite ao juiz ouvir a testemunha, embora sem compromissá-la, desde que haja necessidade de assim proceder. Mas a permissão é apenas para a testemunha impedida e suspeita, e não para aquelas denominadas incapazes (arts. 405, § 4 e 414, §1).

Dispõe o art. 416 que as partes poderão interrogar a testemunha como forma de esclarecer ou complementar o depoimento, cabendo primeiro a parte que arrolou a testemunha, e depois a parte contrária.

Por fim, o magistrado poderá requerer a inquirição de testemunhas referidas, bem como a acareação entre testemunhas que tiverem declarações divergentes (art. 418 e incisos).

3.8.6 Da prova pericial

Prova pericial, por sua vez, é a prova que tem por objetivo demonstrar ao magistrado aquilo que ele não tem capacidade técnica para conhecer. A prova pericial constitui um título extrajudicial.

Às vezes, porém, a prova documental e a oral se mostram insuficientes para o perfeito esclarecimento das alegações formuladas pelas partes. Tal se dá quando a apuração dos fatos envolve matéria técnica que refoge ao conhecimento do homem comum, a exigir o concurso de profissionais especializados ou pessoas experimentadas. (LOPES, 2002, p. 130).

Fredie Didier Júnior (2010, p. 225) explica o que vem a ser prova pericial:

A prova pericial é aquela pela qual a elucidação do fato se dá com o auxílio de um perito, especialista em determinado campo do saber, devidamente nomeado pelo juiz, que deve registrar sua opinião técnica e científica no chamado laudo pericial – que poderá ser objeto de discussão pelas partes e seus assistentes técnicos.

Por vezes, no processo a prova testemunhal e documental não bastam para esclarecer as alegações das partes, sendo imprescindível conhecimento técnico para solucionar a questão.

José Frederico Marques (2003, p. 230) ensina que a *“perícia é a prova destinada a levar ao juiz elementos instrutórios sobre algum fato que dependa de conhecimento especiais de ordem técnica.*

O papel desempenhado pelo perito é o de órgão auxiliar no judiciário, exercendo função pública no processo. Deve ser pessoa de confiança do juiz (art.

421, CPC), e que de preferência integre o quadro de profissionais de órgãos oficiais da administração, como os membros do Instituto Médico Legal, Instituto de Criminalística, etc.

Quando o exame tiver por objeto a autenticidade ou a falsidade de documento, ou for de natureza médico-legal, o perito será escolhido, de preferência, entre os técnicos dos estabelecimentos oficiais especializados. O juiz autorizará a remessa dos autos (que deverão já conter os quesitos das partes), bem como do material sujeito a exame, ao direto do estabelecimento (art. 434, caput) (MARQUES, 2003, p. 235).

Não obstante, caso não haja profissionais na localidade em que a perícia deva ser realizada, segundo dispõe art. 145, §1º, os peritos deverão ser escolhidos segundo livre nomeação pelo juiz (ALVIM, 2008, p. 514).

O instrumento que constará as informações da perícia e seu resultado recebe o nome de *laudo*. O perito que prestar informações inverídicas responderá pelos prejuízos causados, bem como ficará inabilitado por dois anos a realizar perícia, sem prejuízo de sanção penal.

O perito que, por dolo ou culpa, prestar informações inverídicas, responderá pelos prejuízos que causar à parte, ficará inabilitado por dois anos a funcionar em outras perícias e incorrerá na sanção penal que a lei estabelecer (art. 147). (MARQUES, 2003, p. 233)

O perito, assim que nomeado, poderá se eximir de realizar a perícia desde que tenha recusa justificável, que deverá ocorrer no prazo de 05 dias a contar da nomeação (art. 146 e parágrafo único, CPC). As partes podem recusar o perito nomeado quando for impedido ou suspeito (arts. 138, inciso III e 423 do CPC).

São três as espécies de perícia existentes (art. 420, CPC):

I - Exames: quando o objeto da perícia for uma pessoa, documentos ou coisa móvel;

II - Vistoria: tem como objeto uma coisa imóvel;

III - Avaliação: atribuição de valor em dinheiro a bens ou obrigações. José Frederico Marques (2003, p. 230) acrescenta que esta espécie também é conhecida como *arbitramento*, quando compreender cálculo sobre indenizações ou valor de alguma obrigação. Por outro lado, João Batista Lopes entende que o arbitramento seja uma quarta espécie de perícia (2002, p. 131).

O magistrado somente deferirá a produção de prova pericial quando indispensável ao esclarecimento das questões do litígio (parágrafo único do art. 420, CPC – hipóteses de indeferimento), pois mencionada prova implica em despesas para as partes. Mas deverá necessariamente fundamentar seu indeferimento

Apesar de nomeado pelo magistrado, a parte sucumbente é quem paga os honorários e despesas periciais, que serão fixados na sentença. O valor a ser pago é fixado pelo magistrado, mas o perito pode indicar um valor, como mera sugestão. Os honorários podem ser provisórios, quando fixados antes da sentença, ou definitivos, quando fixados depois de realizada a perícia (DIDIER JR., 2010, p. 256).

O adiantamento dos valores referente à perícia é daquele que pleiteou a prova, ou do autor, quando requerida por ambos (autor e réu) ou quando determinada de ofício pelo juiz (art. 33, CPC). A inversão do ônus não altera as regras sobre adiantamento dos honorários, mesmo que seja possível ou que já tenha sido realizada. Caso não haja depósito dos honorários do perito, o magistrado conclui pela desistência da parte na realização da prova pericial.

Neste sentido:

Discute-se, também, sobre as conseqüências do desatendimento, pelo autor, da determinação de depósito dos salários periciais. (...) Com efeito, duas são as hipóteses possíveis: a) o autor não deposita os salários provisórios, isto é, arbitrados na partes da apresentação do laudo; b) o autor não deposita os salários definitivos. Na primeira hipótese, bastará que o juiz dispense a prova requerida pelo autor, que, assim, sofrerá as conseqüências de sua desídia. Na segunda hipótese, encontrando-se, nos autos, o laudo, não há razão também para extinção do processo, cabendo ao perito cobrar os salários pela via própria. (LOPES, 2002, p. 139)

Sendo o responsável pelo pagamento beneficiário da assistência judiciária gratuita, ou a perícia sendo realizada em estabelecimento público, cabe ao Estado o pagamento dos honorários periciais.

As partes litigantes podem indicar assistentes técnicos e formulação dos quesitos no prazo de cinco dias, mas cada qual arcará com suas despesas e honorários.

O juiz não é obrigado a seguir as conclusões do perito constantes no laudo pericial. O próprio ordenamento, no art. 436, CPC estabelece essa regra. Eduardo Arruda Alvim (2008, p. 504) assevera que *“o juiz de modo algum fica*

adstrito ao resultado do laudo pericial (art. 436), regra que é até despicienda ante ao princípio da indeclinabilidade da função jurisdicional”.

Como qualquer meio de prova, o magistrado tem o livre convencimento acerca dos fatos e alegações demonstrados pelas partes, mas desde que motive sua decisão (art. 131, CPC). Portanto, o magistrado, de acordo com o arcabouço probatório, poderá decidir em sentido contrário do que concluiu o laudo pericial.

3.8.7 Da inspeção judicial

Inspeção Judicial é a prova que consiste no exame direto pelo juiz sobre coisas, pessoas ou lugares relacionados com o litígio. Assim disciplina o art. 440, CPC: *“O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa”.*

Quando recair sobre as partes, elas têm o ônus de se submeter, sob pena do fato se considerar provado (art. 17, IV, CPC). Os terceiros têm mera faculdade de se submeterem a esta prova (art. 341, CPC) (DIDIER JR., 2010, p. 261).

João Batista Lopes (2002, p. 159) explica que a finalidade da inspeção é *“o esclarecimento de pontos duvidosos da causa, isto é, questões de fato que, tendo sido objeto de prova, não ficaram perfeitamente esclarecidas”.*

O juiz não tem o dever de realizar a inspeção, mas mera discricionariedade. Avaliará a conveniência e oportunidade da inspeção, ressalvada a hipótese da lei estabelecer procedimento especial prevendo obrigatoriamente a realização da inspeção, como exemplo na Interdição. Neste caso não será discricionariedade, mas sim dever de realizá-la.

Não se reconhece à parte o direito de exigir a inspeção judicial. Cabe apenas ao juiz deliberar sobre a conveniência, ou não, de realizá-la, de sorte que seu indeferimento não configura cerceamento de defesa. (THEODORO JR., 2009, p. 480).

João Batista Lopes (2002, p. 160) ressalta que a inspeção judicial poderá ser utilizada como prova somente se as partes forem intimadas, e desde que lavrado auto circunstanciado da diligência. A inspeção judicial em segredo fere o princípio do contraditório.

Em regra, a inspeção judicial deverá ser realizada em audiência, mas caso seja necessário, de acordo com as hipóteses do art. 442, CPC, o magistrado poderá direcionar-se ao local onde se encontra a pessoa ou coisa, e realizá-la.

O instrumento utilizado pelo magistrado, onde constará sua inspeção fora da sede do juízo, é chamado de *auto*. Caso seja realizado dentro da sede de juízo haverá lavratura de *ata*.

Humberto Theodoro Júnior (2009, p. 481) esclarece que as partes têm a faculdade em acompanhar o juiz na realização da inspeção, podendo inclusive contratar técnico, mas não terão a mesma função que o assistente técnico na prova pericial. Neste caso, o técnico poderá tão somente dar parecer particular à parte, não integrando ao processo.

Vale ressaltar que o único obstáculo existente para a realização deste meio de prova é o acúmulo e grande volume de serviço que sobrecarregam os magistrados, impedindo-o de se ausentar do gabinete para a inspeção.

4 DAS PROVAS ILÍCITAS

4.1 Definição

Vale informar que não existe um conceito exato sobre o que vem a ser prova ilícita, ou obtida por meio ilícito, os doutrinadores divergem inclusive nas expressões.

César Dario Mariano da Silva (2010, p. 13) apresenta as expressões mais utilizadas como sinônimo de prova ilícita: “*prova proibida, prova ilegal, prova ilegalmente obtida, prova ilícita, prova ilicitamente obtida etc*”.

Desta forma, Fredie Didier Júnior (2010, p. 33) ensina que o conceito de prova ilícita é amplo, contemplando aquelas provas que contrariam o ordenamento, seja constitucional ou infraconstitucional, aos bons costumes e princípios gerais do direito. E cita alguns exemplos:

Assim, são exemplos de provas ilícitas a confissão obtida sob tortura, o depoimento de testemunhas sob coação moral, a interceptação telefônica clandestina, a obtenção de prova documental mediante furto, a obtenção de prova mediante invasão de domicílio etc. São também exemplos de provas ilícitas aquela colhida sem observância da participação em contraditório, o documento material ou ideologicamente falso, ou qualquer outra prova que se mostre em desconformidade com o ordenamento jurídico, pouco importando a natureza da norma violada. (Didier Júnior, 2010, p. 33)

Para uma prova ser considerada ilícita poderá o ser com violação ao direito material, bem como ao direito processual. Por violação ao direito material, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2009, p. 242) explicam que ocorre quando há obtenção “*ilegal da prova pré-constituída ou dos conhecimentos necessários para a declaração testemunhal*”, por exemplo. Os autores acrescentam que há hipóteses de ilicitude: na formação da prova; na sua produção; e no uso de algo que sirva como prova. Vejamos:

Além disso, não há como esquecer de separar as hipóteses em que a ilicitude está na formação da prova daquelas em que a ilicitude está na sua produção. Exemplos do primeiro caso acontecem quando alguém é coagido a fazer uma declaração por escrito, a posar para uma fotografia ou a prestar um depoimento gravado. Mas quando a testemunha é coagida a depor (no

processo), a ilicitude está na produção da prova (...). Além dos casos de formação, produção e obtenção de provas de modo ilícito, há situações em que a ilicitude decorre do uso de um documento como prova, assim como acontece com a utilização de um diário íntimo no processo. Trata-se de situação em que a ilicitude está na exposição do conteúdo do documento. (MARINONI e ARENHART, 2009, p. 242)

Importante esclarecer que, conforme lecionam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2009, p. 243), há provas que somente existem em razão da ilicitude, ou seja, violação de direitos materiais resguardados pelo ordenamento; e outras que, apesar de consideradas ilícitas, adquiriram esta qualidade por uma ilicitude processual (do processo). As primeiras estão intimamente ligadas à ilicitude, mas as segundas não estão, pois a existência da prova não é conseqüência da ilicitude, sendo assim chamadas de provas ilegítimas.

Melhor entendendo, uma prova ilícita no sentido material, como exemplo uma interceptação telefônica não autorizada judicialmente, sempre foi considerada ilícita desde sua produção. Já uma prova ilícita processualmente, como no exemplo da utilização de diário íntimo da parte, inicialmente não há ilicitude, mas a partir do momento em se expõe a intimidade da pessoa, passa a ser considerada ilícita, ou melhor, ilegítima

Sendo assim, concluem Marinoni e Arenhart que, se a prova obtida mediante violação de direito material está intimamente ligada ao ilícito, seria mais grave do que aquela produzida mediante violação de direito processual. Isto se explicaria pelo simples fato da violação do direito material ser irremediável (apesar de haver casos de violação a direito processual fundamental que também o são). Já quando a ilicitude processual, utilizando ainda o exemplo acima, se a proprietária do diário autorizar a exposição de seu conteúdo, a prova passará a ser legítima.

Em resumo, ao explicar especificamente sobre a discussão quanto à admissibilidade da utilização de provas ilícitas, César Dário Mariano da Silva (2010, p. 12) ensina que não é qualquer violação a norma legal que implica na ilicitude da prova, a violação deverá recair a provas de direito material. Caso seja violação a um direito processual não haverá ilicitude da prova, mas sua nulidade. E conclui:

Entender que a violação a qualquer norma legal resultará em sua inadmissibilidade processual levaria à inexistência de nulidade processual, já que toda e qualquer violação a norma legal caracterizaria ilicitude probatória. Deixaria, portanto, de existir nulidade e haveria apenas ilicitude, o que não nos parece razoável e muito menos de ser essa a intenção da lei. (SILVA, 2010, p. 13)

Por sua vez, Rodrigo Pereira de Mello (2000, p. 67), citando Ada Pellegrini Grinover, esclarece que as provas, tanto ilícitas quanto ilegítimas (ou obtidas por atos ou meios ilícitos ou ilegítimos), pertencem ao gênero *“provas vedadas (...) contrária, em sentido absoluto ou relativo, a uma específica norma legal, ou a um princípio do direito positivo”*.

Portanto, verifica-se que as provas consideradas ilícitas são aquelas que infringem direitos materiais, como a violação ao direito de intimidade, ao sigilo de correspondência, tortura, caracterizando, em regra, um ilícito penal. Já relacionado às provas com violação a direito processual são chamadas de provas ilegítimas.

No entanto, o César Dario Mariano da Silva (2010, p. 13) citando Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Gomes Filho, assevera que independe qual o direito violado, a Constituição considera a prova materialmente ilícita também processualmente ilegítima, inadmitindo sua utilização no processo. Se uma prova é ilícita materialmente, em regra não pode ser utilizada no processo; assim como se a prova for lícita no aspecto material, mas processualmente apresentar alguma irregularidade.

Na prática, não existe uma regra, tampouco consequência automática em caso da utilização de provas ilícitas. Tudo será analisado conforme o caso concreto, devendo o magistrado verificar as consequências advindas de cada ilicitude, sopesando os direitos fundamentais violados e decidindo qual deverá prevalecer em face do outro, buscando a melhor forma de tutelar os interesses das partes envolvidas.

4.2 Fundamento constitucional

Inconteste o direito que a parte tem em provar suas alegações apresentadas em juízo, no entanto, este direito não é absoluto, vez que há limitações aos meios e instrumentos utilizados, bem como há inúmeros outros direitos de igual importância que freiam todo e qualquer meio de prova que se possa apresentar.

Rossana Teresa Curioni Mergulhão (2010, p. 176) faz breve comentário acerca do assunto:

No entanto, apesar de tudo, surgiu a necessidade de se limitar a admissibilidade dos meios de provas, com a finalidade de resguardar as liberdades individuais e, em razão da consagração de inúmeros valores hierarquicamente idênticos, na Constituição, impõe-se a adoção de um método interpretativo capaz de amenizar as antinomias decorrentes do sistema.

A autora assevera que nenhum direito pode ser considerado absoluto, pois contrapostos a outros de mesmo valor, bem como não podem *“causar dano à ordem pública e às demais liberdades alheias”* (MERGULHÃO, 2010, p. 177).

Neste sentido, César Dario Mariano da Silva (2010, p. 10):

É que os homens, embora possuam direitos de índole constitucional à produção da prova (direito de ação, de ampla defesa e do contraditório), tais direitos têm de conviver harmonicamente com outros direitos também de ordem constitucional, de modo que nenhum deles seja irregularmente exercido e venha a colocar em risco a ordem pública e direitos de outrem.

Sendo assim, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVI, dispõe que *“são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”*. Por sua vez, no Código de Processo Civil há a seguinte previsão: *“todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”*.

Rossana Teresa Curioni Mergulhão (2010, p. 173) destaca que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) disciplina, em seu art. 9º, o seguinte: *“Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação”*.

Ainda, a autora lembra que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, dispõe: *“Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação”*.

Desta forma, os legisladores priorizaram os direitos fundamentais, proibindo a violação dos direitos à intimidade, dentre outros, admitindo como prova

somente aquelas autorizadas pelo ordenamento, ou seja, que não violem os direitos ali inseridos.

João Batista Lopes (2002, p. 97) adverte que o sistema brasileiro adota como regra a proibição das provas ilícitas, mas admitindo exceções, como por exemplo, para combater o crime organizado. No entanto, quanto à relativização da proibição ao uso de prova obtidas por meio ilícito há grande divergência na doutrina.

Acerca do tema, Fredie Didier Júnior (2010, p. 32) complementa dizendo que *“trata-se de direito fundamental do jurisdicionado: o direito de não ver produzida contra si uma prova ilícita ou obtida ilicitamente”*. E assevera que referido posicionamento é adotado pela doutrina e jurisprudência desde antes da Constituição Federal de 1988.

Conforme Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2009, p. 246) lecionam: *“a prova que resulta em violação de direito material não pode ser sanada e produzir qualquer efeito no processo”*. Na realidade, o dispositivo constitucional vedou a eficácia desta prova no processo, tida por ilícita, pois sua consequência é a violação de outros direitos, como ao direito à inviolabilidade da imagem.

A Constituição colocou freios à busca da verdade no tocante à produção e utilização das provas, caso assim não fosse, inúmeros direitos seriam violados para a busca da ‘verdade’ pela parte interessada.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2009, p. 247) enaltecem que alguns estudiosos questionam a possibilidade do magistrado, ao analisar um caso concreto, ponderar qual o direito tem maior relevância naquela situação, *“entre o direito que se pretende fazer por meio da prova ilícita e o direito material violado”*.

Devemos considerar que, muitas vezes, o direito que se pretende demonstrar é muito mais importante ao caso concreto, do que o direito violado para se obter a prova desejada – tida por ilícita. O ordenamento jurídico proibiu a violação de direitos para a comprovação de outro, no entanto, silenciou-se naqueles casos em que há a efetiva necessidade de utilização de prova ilícita para a busca da verdade.

Ocorre que, nenhum direito é absoluto, assim não fosse, o uso irrestrito dos direitos garantidos pela Constituição causariam grandes injustiças. Para tanto, indispensáveis as lições de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2009,

p. 249), citando Luis Gálvez Muñoz: “Cabe lembrar que quase todos os países que acolheram a proibição da prova ilícita foram obrigados a admitir exceções a fim de preservarem determinados bens e valores dignos de proteção”.

Rossana Teresa Curioni Mergulhão (2010, p. 182) explica que esta corrente mais flexível, conhecida como do “*interesse predominante*” admite a utilização das provas ilícitas ou ilegais dependendo do caso analisado pelo magistrado. Ainda neste pensamento, César Dario Mariano da Silva (2010, p. 11) afirma:

Não deve ser esquecido de que não existem direitos ou garantias constitucionais absolutas. É possível, respeitados certos parâmetros, o sacrifício de um direito legítimo em prol do outro da mesma ou superior magnitude.

Desta feita, a proibição das provas obtidas por meio ilícito foi mitigada. Aqueles que defendem a possibilidade da utilização das provas ilícitas reconhecem esta corrente como a ideal, cujo fundamento seria a utilização do princípio da proporcionalidade, ponderando os meios empregados e a finalidade desejada, pois nenhum direito pode ser absoluto, sendo essencial o equilíbrio para que seja feita justiça no caso concreto.

4.3 Prova ilegal, prova ilegítima e prova ilícita

Maria Cecília Pontes Carnaúba (2000, p. 77) apresenta como espécies, do gênero provas ilegais, as provas ilícitas propriamente ditas e as provas ilegítimas.

Explica que as provas ilegítimas são aquelas que contrariam lei processual, sob pena de que seja decretada sua nulidade; por sua vez, as provas ilícitas propriamente ditas violam direitos materiais, pois a ilicitude recai na forma como a prova foi obtida. Sendo reconhecida sua ilicitude, a prova será desentranhada dos autos, mas o processo terá seu curso normal.

Apenas a prova considerada ilícita será excluída dos autos, mas o processo segue o curso normal se houver provas aptas a abalizar sentença condenatória. Reconhecida judicialmente a ilicitude da prova, a regra é o seu desentranhamento do processo, mas, ainda que a prova considerada

ilícita não tenha sido desentranhada dos autos, também não há nulidade da decisão, se ela não foi o elemento angular para a condenação; nesse sentido também já se manifestou o STF (Decisão da 1T, do STF, publicada no DJ em 2 fev. 1996, p. 851, ement. v. 1814-01, p. 67). (CARNAÚBA, 2000, p. 80)

Os mesmos ensinamentos decorrem das explicações de Rodrigo Pereira de Mello (2000, p. 67): *“ilegítima é a prova quando a vedação à sua obtenção for de natureza processual e ilícita quando a proibição for de natureza material”*.

A fim de diferenciar suas conseqüências, César Dario Mariano da Silva (2010, p. 12) certifica que, no caso de provas ilegítimas, a sanção encontra-se no próprio ordenamento processual, que será a declaração ou decretação da nulidade da prova. Por sua vez, em casos de provas ilícitas, que necessariamente afrontam direitos constitucionais, além de ser considerada inexistente ao processo, a legislação prevê para cada caso uma conseqüência, inclusive no âmbito penal, como nos crimes de tortura, violação de domicílio, ou violação do sigilo das conversas telefônicas, dentre outros.

É claro que aquela pessoa que obtiver uma prova de maneira ilícita deverá ser punida, caso a sua conduta seja criminosa. Uma coisa é a utilização dessa prova judicialmente, outra é a apuração da prática delitiva devido à sua obtenção. (SILVA, 2010, p. 21)

Em síntese, se a prova é materialmente ilícita, também será ilegítima processualmente, de qualquer forma sendo vedada sua utilização no processo. Não obstante, se uma prova é processualmente ilegítima, ela não necessariamente será ilícita, salvo se ferir mandamento constitucional.

5 DAS PROVAS ILÍCITAS NAS DEMANDAS DE DIVÓRCIO

5.1 A discussão da culpa no divórcio litigioso

A discussão da culpa, seja no divórcio ou na separação judicial, sempre foi tema de polêmica perante a doutrina e jurisprudência. O ordenamento jurídico trazia previsão legal, apesar de alguns doutrinadores sustentarem a desnecessidade de aferição da culpa nestes casos.

Com a recente EC n. 66/2010 a discussão foi ampliada, pois grande parte da doutrina entende que, com o fim da separação, houve também o fim da discussão da culpa no divórcio. Vale destacar que, quanto ao fim da própria separação também há divergência entre os estudiosos. Sobre o assunto, Yussef Said Cahali (2011, p. 320):

Enquanto a separação consensual, que em razão das inovações constitucionais e legais, tende a ser um instituto em desuso, a separação litigiosa, diferentemente, conserva particular importância do ponto de vista prático.

Com efeito, tendo a Emenda Constitucional 66/2010 possibilitado a dissolução da sociedade conjugal a qualquer tempo, só remanesce o instituto do divórcio-remédio, que prescinde da discussão da causa.

Em condições tais, para que o cônjuge infrator dos deveres conjugais possa sujeitar-se às sanções legais (perda do direito ao sobrenome e de alimentos civis), ao cônjuge inocente só resta a via da separação com causa culposa, sem prejuízo de um possível divórcio, sem causa e sem efeitos diversos.

Mas, em geral, os estudiosos defendem que o instituto da separação realmente não existe mais, pois com a nova emenda o único modo de dissolver o casamento é através do divórcio. Assim, as disposições que regulamentavam a separação serão aplicadas ao divórcio, por analogia.

Voltando à aferição da culpa, aqueles que entendem pela desnecessidade de se provar a culpa do outro pelo divórcio, o fazem em razão do moderno Direito de Família estar calcado na afetividade, sendo que quando acaba a relação afetiva, falido está o casamento, culminando no divórcio do casal. Além do mais, a discussão da culpa feriria a *“privacidade e dignidade dos cônjuges”* (CARVALHO, 2010, p. 28).

Rodrigo da Cunha Pereira (2010, p. 48) entende pela desnecessidade de aferição da culpa no divórcio:

Se o espírito e o propósito da Emenda Constitucional n. 66/2010 é a simplificação, facilitação, menor intervenção estatal, liberdade e maior autonomia privada, agora, além de não se discutir a culpa, não há mais prazos como requisitos para decretação do divórcio.

Neste sentido, Pablo Stolze Gagliano e Rodrigo Pamplona Filho (2011, p. 96):

Afirma-se, porém, desde já, que, como vimos, o único fundamento para a decretação do divórcio no Brasil passou a ser o fim do afeto, não se exigindo mais causa específica alguma ou tempo mínimo de separação de fato para deferimento do pedido.

Apesar disto, Pablo Stolze Gagliano e Rodrigo Pamplona Filho (2010, p. 92) esclarecem que parcela firme da jurisprudência brasileira defende a necessidade de discussão da culpa com a finalidade de se fixarem efeitos colaterais decorrentes do casamento: fixação dos alimentos e uso do nome.

Importante esclarecer que, aqueles que defendem a desnecessidade de se provar a culpa do divórcio, também entendem pela sua desnecessidade para fixação de alimentos em favor do outro cônjuge e pela mudança do nome de casado.

No que se referem ao uso do nome de casado, alguns estudiosos elucidam que não se discute culpa pelo fim do casamento, mesmo que o cônjuge considerado inocente requeira a perda do direito do outro em utilizar seu nome. Tal se justifica porque o nome, *“à luz da psicanálise, retrata não só a identidade social, mas, principalmente, a subjetiva, permitindo que nos reconheçamos enquanto sujeitos e nos identifiquemos jurídica e socialmente”* (PEREIRA, 2010, p. 56).

O ordenamento sempre possibilitou sua manutenção quando enquadrado nas hipóteses do art. 1.578 do Código Civil, mesmo que houvesse aferição de culpa ao cônjuge, cujo nome do outro lhe foi incorporado. No entanto, ausente tais motivos, pode ser de grande valia a discussão da culpa, quando o cônjuge *“culpado”* requer que lhe seja mantido ao seu, o nome do *“inocente”*, e por outro, o *“inocente”* que não aceita seja seu nome mantido ao outro, considerado *“culpado”*.

Sobre o assunto, Washington de Barros Monteiro (2011, p. 349) defende a discussão da culpa:

Com a modificação operada pela EC n. 66/2010, o disposto no 1.578, I a III, deve ser aplicável também ao divórcio, de modo que a perda do sobrenome conjugal somente ocorrerá se decretada a culpa e desde que não estejam presentes as exceções ali estipuladas, que são evidente prejuízo para a identificação da mulher pela alteração do nome, manifesta distinção entre seu nome de família e dos filhos havidos da união dissolvida e dano grave reconhecido em decisão judicial.

A discussão da culpa para a manutenção ou não do sobrenome do cônjuge não é pacífica na doutrina, mas entendemos que, caso não haja enquadramento do cônjuge culpado nas hipóteses previstas no ordenamento, poderá abrir oportunidade de se discutir a culpa da falência do casamento, pois como o nome pertence a cônjuge inocente, e ao culpado não lhe é garantida a permanência do sobrenome do outro por não se enquadrar nos requisitos legais, clarividente que o culpado deve ter retirado o sobrenome do outro, pois em sua grande maioria o culpado traz ao inocente constrangimento perante e a sociedade e a si mesmo, não fazendo jus em permanecer com sobrenome alheio.

Por sua vez, no tocante aos alimentos fixados entre cônjuges, a doutrina que defende a extinção da culpa entende que para a fixação deve obedecer somente ao binômio necessidade/possibilidade, sendo que, mesmo o cônjuge culpado tem direito de viver dignamente e receber alimentos do inocente, em função do dever de assistência mútua.

Rodrigo da Cunha Pereira (2010, p. 120) explica que *“em relação à aplicação, ou não, da teoria da culpa pelo fim do casamento, embora o CCB/2002 não tenha abolido totalmente essa discussão”*, o artigo 1.704, em seu parágrafo único garantiu ao culpado o indispensável para sua sobrevivência.

Mas, por outro lado, este artigo deixa clara a distinção entre alimentos naturais (indispensáveis à sobrevivência) e alimentos civis (para manter o padrão e qualidade de vida, com base no binômio necessidade/possibilidade). É garantido ao cônjuge, mesmo que culpado, os alimentos indispensáveis à sua sobrevivência, desde que não haja pessoas em sua família que possam lhe auxiliar e/ou o próprio beneficiário não tenha condições de se sustentar.

Sobre essa distinção:

Quando se pretende como alimentos aquilo que é estritamente necessário para a manutenção da vida de uma pessoa, compreendendo tão somente a alimentação, a cura, o vestuário, a habitação, nos limites do *necessarium vitae*, diz-se que são alimentos naturais; todavia, se abrangentes de outras necessidades, intelectuais e morais, inclusive de recreação do beneficiário, compreendendo assim o *necessarium personae* e fixados segundo as condições do alimentado e os deveres da pessoa obrigada, diz-se que são alimentos civis. (CAHALI, 2011, p. 786)

Sendo assim, clarividente que a discussão em torno da culpa, para se estabelecer quais dos alimentos o cônjuge teria direito (se naturais ou civis), seria imprescindível, pois há grande diferença entre ambas as prestações. Se condenado ao pagamento a alimentos naturais, o cônjuge inocente arcaria com valor inferior do que se condenado ao pagamento a alimentos civis.

Diante disto, a discussão da culpa no divórcio, com a recente EC n. 66/2010, não se encontra pacificada. Verificamos que o magistrado, analisando o caso concreto e de acordo com a tutela pretendida pelas partes, deverá analisar a possibilidade de discussão da culpa.

Dimas Messias de Carvalho (2010, p. 79) assevera que a culpa nas relações conjugais “*não está excluída do ordenamento, sob pena de tornar letra morta os deveres do casamento e os princípios que regulam o direito de família*”. Enfatiza que não se discute culpa pelo fim do casamento, mas cabe sua aferição para responsabilizar o cônjuge pelo descumprimento injustificado dos deveres conjugais.

O autor, citando José Fernando Simão (2010, p. 80) afirma que o debate em torno da culpa para a dissolução do vínculo matrimonial foi abolida, mas “*remanesce a possibilidade de discussão de culpa nas ações de alimentos (art. 1.704, parágrafo único, CC) e nas ações indenizatórias*”. E finaliza:

Inequívoca que cabe discussão de culpa na fixação de alimentos, já tendo a doutrina manifestado que o artigo 1.704, parágrafo único, do Código Civil, não foi revogado ou alterado pela nova norma constitucional. Aplica-se na ação de alimentos ao cônjuge que descumpra seus deveres conjugais uma sanção, que consiste na perda dos alimentos ou recebendo alimentos mínimos à sua manutenção se não puder prover seu sustento, nem tiver familiares que possam provê-lo, a culpa, entretanto, será debatida nos alimentos e não no divórcio, que será decretado independente de culpa. (SIMÃO, 2010, p. 84)

Não será em todo e qualquer processo de divórcio que a culpa será discutida, mas somente naqueles em que o magistrado entender necessário, por

exemplo, quando haja pedido de alimentos de um em face do outro, e o eventual alimentante suscite a aferição da culpa, como forma de se estipular se alimentos civis ou naturais, consequência importante na situação financeira de qualquer indivíduo.

Nos casos em que ambos desejam o fim do vínculo matrimonial e tais questões não estejam envolvidas, desnecessário a aferição de culpa, que somente causaria constrangimento entre as partes envolvidas, sem ensejar nenhuma consequência importante para o processo.

Percebe-se que a discussão da culpa não se mostra imprescindível para a concessão do divórcio em si, mas a seus efeitos como ao direito a alimentos entre cônjuges ou ao uso do nome. Concordamos com a doutrina que esclarece que com o fim da afetividade o magistrado não pode ser negar em conceder o divórcio às partes, mas caso haja necessidade, a culpa deverá ser discutida, pois influencia ferrenhamente nos efeitos que irradiará.

5.2 Produção de provas no divórcio litigioso

Em uma ação de divórcio litigioso (ou separação judicial, dependendo da corrente adotada), em regra, o pedido de dissolução do vínculo matrimonial não é a única tutela pretendida, vez que há outras matérias de grande relevância a serem discutidas. Exemplos são as regulamentações de visitas (convivência familiar), pedido de guarda, alimentos, dentre outros. Desta forma, as partes devem produzir provas com o escopo de demonstrar as alegações apresentadas na inicial, ou na contestação.

Yussef Said Cahali (2011, p. 555) ensina que, em regra, cabe ao autor o ônus da prova quanto aos fatos constitutivos do seu direito, e ao réu a prova dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito pleiteado pelo autor, segundo art. 333, CPC.

O autor supra (2011, p. 551) esclarece que, *“tem-se admitido que a instrução probatória da separação judicial norteia-se segundo o princípio da admissibilidade de todos os meios de prova em direito permitidos”*. Não obstante, apresenta alguns meios de prova geralmente utilizados em matérias como essa.

Inicialmente, a confissão, um meio de prova legítimo, não poderia ser aceito irrestritamente, pois deveria ser analisada de acordo com o arcabouço probatório apresentado pelas partes.

Reclama-se tão somente que a confissão, como meio hábil para demonstrar a existência do fato constitutivo do direito à separação judicial, se revista de sinceridade e espontaneidade e seja livre de toda e qualquer forma de coação; ou pelo menos não tenha sido concertada, mediante conluio das partes, no sentido de tangenciamento de norma de ordem pública. (CAHALI, 2011, p. 552)

A confissão, desta forma, não poderia contrariar o restante das provas coligidas, sob pena de causar dúvida quanto à sua veracidade. O mesmo ocorreria em caso de confissão ficta ou presumida (em que a parte se mantém inerte, em silêncio). Defendiam este posicionamento em razão da indisponibilidade do direito em litígio. Em casos como este o magistrado deveria redobrar a atenção, não podendo decretar desde já a revelia, devendo analisar a verossimilhança das provas no caso concreto, podendo o juiz descartá-la se em conflito com os demais elementos probatório.

Em sentido contrário, Yussef Said Cahali (2011, p. 557) esclarece que surgiu jurisprudência no sentido de acolhimento da revelia, inclusive admitindo julgamento antecipado da lide. Sua razão repousa na possibilidade das partes, consensualmente, requererem a separação, justificando a possibilidade do réu em concordar com o pedido do autor em tais demandas. Tais direitos seriam disponíveis, ou melhor, o demandado poderia dispor de seu direito de dissolução do matrimônio. Desta forma, a jurisprudência predominante é no sentido de acolhimento da revelia, fundada na relatividade da disponibilidade de seu direito, apesar de recomendado o mínimo de verossimilhança e de prova.

Ronaldo Frigino, citado por Yussef Said Cahali (2011, p. 561) conclui sabiamente:

Em face das posições tomadas pela jurisprudência, vê-se que melhor será adotar a corrente que permite a disponibilidade relativa dos direitos, por decorrência dos efeitos da revelia, não se admitindo julgamento antecipado da separação judicial quando, dada a existência de filhos, os autos não forneçam, de antemão, elementos suficientes para se decidir sobre a guarda dos filhos em favor de quem ajuizou a demanda.

No entanto, resta clarividente que esta discussão quanto à disponibilidade do direito refere-se à dissolução do vínculo conjugal, e como já disposto anteriormente, vislumbra-se que a discussão da culpa pela simples ruptura do vínculo conjugal não merece prevalecer, devendo o magistrado decretá-la, pois uma união tem como princípio a afetividade, sendo que quando ausente, o casamento termina.

Mas, quanto às outras questões oriundas ao divórcio (ou separação), relativos ao pedido de guarda, convivência familiar, alimentos, bem como aos alimentos entre cônjuges e ao uso nome, referente a questões de direitos indisponíveis, não se aceita a confissão ficta e julgamento antecipado da lide sem análise das provas apresentadas nos autos.

Importante que o magistrado analise todo o litígio, a fim de observar se há em jogo direito disponível ou indisponível, para que acolha ou não a confissão, seja ela ficta, seja real.

Em contrapartida, quanto à prova testemunhal apresentada pelas partes, meio de prova mais comum nestas demandas, a questão recai na admissibilidade do testemunho de parentes próximos de qualquer das partes. Após muito se discutir, a jurisprudência reconheceu sua admissibilidade, por muitas vezes serem as únicas pessoas e o único meio de prova existente a comprovar as alegações das partes nos autos.

Aqueles que presenciam o dia a dia de um casal, testemunham acontecimentos diários e que podem, por vezes, esclarecer situações nebulosas no processo não raras vezes são pessoas íntimas às partes, sejam parentes ou funcionários.

Rolf Madaleno (2011, p. 282) cometa a respeito:

De qualquer modo, não há, efetivamente, como desprezar com a natural moderação, o depoimento de parentes e empregados domésticos, quando geralmente são eles que podem prestar os esclarecimentos dos fatos ocorridos na vida familiar.

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

Foi um grande avanço reconhecer como lícitos seus depoimentos, apesar de tais pessoas serem legalmente proibidas de depor em razão de seu grau de parentesco (art. 405, §2º, I, CPC). De igual sorte é a possibilidade do depoimento de filhos do casal nestas demandas. Em qualquer caso, o magistrado analisará a conveniência destes testemunhos, agindo com prudência principalmente quando envolver filhos, em especial filhos menores (CAHALI, 2011, p. 571).

Clarividente que houve um abrandamento na proibição legal quanto ao testemunho destas pessoas, utilizando-se evidentemente o princípio da proporcionalidade, e demonstrando claramente que a proibição legal foi mitigada.

Por sua vez, a prova documental é sempre admitida. Nestas demandas de divórcio, em especial, provar a infidelidade do companheiro não é tarefa fácil, sendo que muitas vezes um cônjuge se valha de cartas e bilhetes para essa demonstração.

Ocorre que a questão a ser discutida repousa na inviolabilidade da correspondência e quebra do caráter confidencial de tais correspondências. Imagine que um terceiro (no caso o amante) envie correspondência ao seu cônjuge, sendo que você a intercepta ou viola e, desta forma, consegue provar através do conteúdo desta correspondência a violação aos deveres do casamento, defendendo-se no processo de acusações inverídicas.

Mencionada prova não seria admitida, pois ilegítima processualmente e, inclusive, violaria direitos constitucionais como da inviolabilidade de correspondência. Entretanto, sabiamente a jurisprudência tem aceitado este meio de prova em função da busca da verdade substancial. Diante disto, revela-se claramente a relatividade da proibição quanto a proibição de utilização de provas ilícitas, inclusive, dos princípios constitucionais da inviolabilidade de correspondência, pois nenhum direito é absoluto.

Outro meio de prova normalmente utilizada em ações de divórcio é a técnica ou pericial. Yussef Said Cahali (2011, p. 584) menciona o exemplo da esposa engravidar na ausência do marido; bem como a realização de exame constatando mal venéreo no cônjuge. Outro exemplo é que, com o avanço tecnológico, tem se admitido exame pericial em aparelhos eletrônicos, como computadores, podendo-se comprovar quebra dos deveres matrimoniais.

Outro ponto fundamental quanto ao meio de prova pericial direciona-se no exame corporal. Yussef Said Cahali (2011, p. 584) esclarece que nem mesmo o

interesse de ordem pública poderá obrigar um indivíduo a se submeter a exame médico, mas as conseqüências de sua recusa virão de qualquer maneira. Mesmo que não tenha valor de confissão, o magistrado poderá utilizar sua recusa ao fundamentar sua decisão.

Por fim, gravações telefônicas, sonoras e cênicas também são meio de provas utilizados por cônjuges que pretendem provar a quebra dos deveres conjugais pelo outro. Ocorre que, dentre os meios de provas, estes são os mais discutidos na doutrina e na jurisprudência, pois muitos entendem que esses meios são inadmissíveis por serem considerados ilícitos. Outros pugnam pela sua admissibilidade, asseverando que o magistrado deve considerar o princípio da proporcionalidade, sopesando os interesses em jogo no caso concreto.

Sobre esta discussão das provas ilícitas e sua admissibilidade no divórcio, referentes às questões do direito de família, apresentaremos, a seguir, posicionamentos com respectivos fundamentos.

5.3 As provas ilícitas

O juiz deve analisar detalhadamente todas as provas juntadas aos autos, solucionando todas suas dúvidas e questionamentos para concluir com convicção qual das partes terá seu direito tutelado. Somente assim pode-se falar em justiça.

Essas são as lições de Rolf Madaleno (2011, p. 276), asseverando que *“a função da prova processual é fornecer ao juiz os elementos e argumentos de sua decisão, afastando suas dúvidas e inquietações, para que possa concluir com convicção e segurança”*.

Mas os aspectos que merecem ser analisados pelo magistrado são aqueles em que há divergência entre as partes, conhecidos como pontos controvertidos, sendo através das provas juntadas pelas partes que concluirá por um ou outro direito.

No entanto, o julgador não fica restrito à iniciativa probatória das partes, podendo ele mesmo buscar elementos que esclareçam melhor o conflito de interesses, conforme estabelece o próprio ordenamento no art. 130, CPC.

O juiz não é mero aplicador da lei; deve ele buscar a verdade dos fatos e aplicar a lei com ideal de justiça e dentro dos princípios da moralidade. Não pode o Juiz simplesmente negar a verdade e prolatar uma sentença injusta e imoral apenas porque a prova pode ter sido colhida com infração a normas legais. (SILVA, 2010, p. 81)

César Dário Mariano da Silva (2010, p. 08) explica que *“todos os meios de prova existentes são aptos a demonstrar a ocorrência de algum fato, desde que legais e morais”*. Neste mesmo diapasão, Tourinho Filho (2003, p. 222):

Assim, não há, em princípio, nenhuma restrição aos meios de prova, com ressalva, apenas e tão somente, daqueles que repugnam a moralidade ou atentam contra a dignidade da pessoa humana. E porque não são admissíveis? Em face de limitações impostas por princípios constitucionais e até mesmo de Direito Material.

Rossana Teresa Curioni Mergulhão (2010, p. 75) leciona no sentido de que *“qualquer meio de prova é admitido no plano processual, desde que não violem valores superiores, protegidos pela ordem constitucional, de forma expressa ou implícita”*.

Nossa Constituição, em seu art. 5º, inciso LVI, disciplina sobre a vedação à prova ilícita ao dispor que são admitidos apenas os meios de prova legais e os moralmente legítimos, mesmo que não previstos em lei.

César Dario Mariano da Silva (2010, p. 80) define meio legal como sendo aquele previsto em lei, observado os meios processuais probatórios para sua produção. Por meio moralmente legítimo, o autor esclarece que é aquele que não viola a moralidade média da sociedade, é algo socialmente adequado, mesmo que não previsto no ordenamento.

Não obstante, essa questão relacionada à prova obtida ilicitamente, que viola direitos fundamentais previstos no ordenamento, é controvertida na doutrina no tocante à sua aceitação ou à sua recusa. Apesar de prevalecer o entendimento de que tais provas não devem ser utilizadas no processo, há aqueles que afirmam que essa regra não pode ser absoluta, devendo ser analisada e conciliada com outras garantias constitucionais.

Nelson Nery Júnior (1999, 79) afirma que devem ser afastados os extremos, ou seja, a negativa absoluta e a aceitação pura e simples. Para isso, estabelece um princípio denominado *“princípio da proporcionalidade”* e explica:

Deve ser analisado o interesse juridicamente tutelado, então pretendido na ação e, de outro lado, o mal relacionado à prova obtida ilicitamente, visto que, às vezes, não há outra forma de demonstrar o fato, o que levaria ao julgamento improcedente do pedido. (NERY JR., 1999, p. 79)

Rolf Madaleno (2011, p. 281), citando Alcides de Mendonça Lima, afirma que o juiz não pode deixar de conhecer o fato e julgá-lo porque foi considerada prova ilícita, principalmente se a parte dispuser apenas daquela prova, sob pena de desencadear uma sentença injusta. O autor conclui que a proibição das provas ilícitas não pode proteger aquele que somente levanta a imoralidade ou a ilicitude do meio, devendo ser aplicado o juízo de ponderação ao caso concreto.

Diante de tais considerações, há entendimento de que as provas ilícitas devem ser consideradas, mas excepcionalmente, com o escopo de proteger direitos proporcionalmente mais valiosos, pois o que se busca é o equilíbrio entre dois valores em jogo (BEDAQUE, 2011, p. 149).

O autor (2011, p. 150) pontua que *“não se pode, todavia, concordar com a absoluta desconsideração das provas ilícitas”*. E questiona o fato do juiz ter o conhecimento de determinada prova que esclareça os fatos, mas não pode determinar sua produção; ou se elas encontram-se nos autos, devendo ignorá-la e julgar contra sua própria convicção, por estar proibido de considerar tais provas.

O mesmo ocorre com a chamada teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), em que as provas em si são lícitas, mas por derivarem de prova ilícita, também são consideradas ilícitas, em regra não sendo aceita como meio de prova.

A doutrina, jurisprudência e o próprio STF (julgamento do HC 73.351/SP) posicionaram-se no sentido da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação.

A doutrina e a jurisprudência também repelem as chamadas provas ilícitas por derivação, que são aquelas em si mesmas lícitas, mas produzidas a partir de outra ilegalmente obtida: documento encontrado após invasão de domicílio, interceptação telefônica autorizada pelo juiz com base em documento falso etc. A teoria dos frutos da árvore envenenada prega que o vício da planta se transmite a todos os seus frutos (tem origem na jurisprudência americana). (DIDIER JR., 2010, p. 37)

Nesta teoria toda prova que derivar daquela obtida mediante meio ilícito também estará maculada, ou seja, também é ilícita. A jurisprudência dominante é pela sua não aceitação, a fim de desestimular a produção de provas utilizando-se métodos ilegais.

César Dario Mariano da Silva (2010, p. 22) citou julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal quanto a este tema. O Tribunal rejeitou esta teoria, admitindo as provas derivadas das ilícitas (HC 69.912-0-RS). Neste julgamento, alguns desembargadores postularam pela não aceitação, visto que esta teoria "é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita".

Por outro lado, alguns entenderam que não poderiam desprezar provas lícitas e legítimas, pelo simples fato de serem derivadas das ilícitas, mas sempre levando em conta o princípio da proporcionalidade, com base no caso concreto. Entretanto, com o julgamento do HC 72.588/PB, prevaleceu a tese da inadmissibilidade das provas derivadas das ilícitas, cujo relator era o Ministro Maurício Correa, corroborado posteriormente no HC 73.351/SP.

Luiz Guilherme Marinoni E Sérgio Cruz Arenhart (2009, p. 255/256) doutrinam que há duas exceções a esta teoria. Explicam que é necessário saber quando uma prova pode ser considerada contaminada: assim, indaga-se se a prova derivada "*teria sido produzida ainda que a prova ilícita não tivesse sido obtida*". Para isso, esclarecem que "*não mais importa se há relação natural entre a segunda prova e a ilícita, mas sim se a segunda prova pode, pela ruptura do nexo de antijuridicidade, ser considerada juridicamente independente*".

Não obstante, a prova que não derivar da prova ilícita, não será considerado como tal. Portanto, mencionada teoria tem sentido apenas se houver nexo de causalidade entre a prova ilícita e a nova prova produzida. Caso não haja esse nexo, o julgamento será válido, não havendo que se falar em nulidade da decisão.

Ademais, mesmo que haja julgamento que se fundou em várias provas, inclusive na ilícita, se houver outros meios de provas, a sentença continuará válida, pois não depende única e exclusivamente da prova ilícita. Não poderia ser negada eficácia a uma prova da qual decorre uma evidência ao processo, que inevitavelmente seria trazida por outra (descobrimto inevitável). Outra exceção à

teoria é a hipótese do descobrimento provavelmente independente, em que se nega a própria relação causal com a prova ilícita, ou melhor, não é propriamente uma exceção, vez que não possui qualquer ligação com a prova ilícita

Sendo assim, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2009, p. 256) conclui que “seria possível dizer que nem todos os frutos da árvore venenosa são proibidos, pois alguns podem ser aproveitados”.

No entanto, César Dario Mariano da Silva (2010, p. 25) entende que tais provas poderão ser empregadas no processo, desde que respeitando o princípio da proporcionalidade, vez que *“nenhuma liberdade pública tem caráter absoluto”*. Conclui, no sentido de que *“se é possível até o aproveitamento da prova ilícita, em casos excepcionais e graves, observado o princípio da proporcionalidade, certamente será admissível a derivação daquela”*.

Vislumbramos que apesar da regra no nosso ordenamento ser a proibição da utilização das provas obtidas por meio ilícito, clarividente que para uma melhor eficácia das decisões prolatadas, por medida de justiça e de direito, impõe-se a mitigação desta proibição. Suas exceções devem ser avaliadas pelo magistrado que, analisado o caso concreto de acordo com o princípio da proporcionalidade, considerará os litígios em conflito e os direitos postulados, sopesando-os e decidindo qual deles deve prevalecer no caso concreto. A escolha entre um ou outro direito refere-se àquele que menos prejuízo traria caso fosse violado. E é a melhor maneira que o magistrado encontra para a tutela desses direitos.

José Roberto dos Santos Bedaque (2011, p. 151) vislumbra que o que se deve fazer é conciliar os valores do caso concreto, pois muitas vezes com a vedação total das provas obtidas irregularmente o julgador poderá ficar sem elementos para proferir uma decisão justa. E conclui: *“tal decisão injusta, além de negar o fim da atividade jurisdicional, certamente produzirá seus efeitos sobre a esfera jurídica de pessoas que nada tiveram com a ilicitude cometida quando da obtenção da prova”*. (BEDAQUE, 2011, p. 151)

Vale repetir que nenhum princípio é absoluto, mesmo que previsto na Constituição, pois pode esbarrar com outro de igual importância, cabendo ao julgador analisar qual deve prevalecer no caso concreto.

É inquestionável que a regra é a inadmissibilidade da prova ilícita no processo civil, como ocorre no processo penal. Porém, essa garantia constitucional como qualquer outra, é relativa e deve ser analisada caso a

caso. Ora, nem o direito à vida, que é o maior consagrado na Constituição, é absoluto; o que se dirá então de uma garantia processual. (SILVA, 2010, p. 82)

Cabe ao intérprete compará-los e escolher um deles, em detrimento de outro. A solução deve levar em conta a necessidade de proteção do valor mais relevante, segundo critérios ditados pelo interesse social. Trata-se do denominado princípio da proporcionalidade. (BEDAQUE, 2011, p. 152)

O simples fato de admitir, em algumas hipóteses, de que seja utilizada prova obtida por meio ilícito não significa que não se está reconhecendo seu caráter ilícito. Ocorre que, quando as partes ingressam em juízo a fim de um provimento jurisdicional, esperam que o mesmo seja justo, mas para isso o julgador precisa utilizar todos os meios necessários para a descoberta da verdade.

José Roberto dos Santos Bedaque (2011, p. 153) discorda severamente daqueles que aceitam as provas ilícitas como meio de prova no processo penal, mas não a aceitam no processo civil. O autor esclarece que a dita “*verdade formal*” que alguns acreditam ser do processo civil é uma verdadeira “*mentira formal*”, pois a verdade formal é aquela aceita pelo legislador, sem qualquer correspondência com o a realidade, cuja decisão acaba gerando injustiça. Já no processo penal alguns defendem que o que se busca é a verdade real, que seria a “*verdade verdadeira*”.

Na realidade, esta diferença de verdades foi superada, pois a verdade é uma só e deve ser alcançada tanto no processo civil quanto no processo penal. César Dario Mariano da Silva (2010, p. 82) assevera que no processo civil podem ocorrer situações tão graves quanto no processo penal, que legitimem a utilização de provas ilícitas. Vejamos:

Ora, podemos ter situações tão graves quanto às ocorridas no processo penal que legitimem a utilização de uma prova obtida ilicitamente quando inexistir outra prova para a demonstração de um direito. Como fazer se a parte não puder provar um fato de outra forma e isso implicar a perda da guarda de um filho ou a destituição do poder familiar? Será que o juiz, sabedor da verdade, não poderá utilizar essa prova para alcançar a justiça? É correto prolatar uma sentença injusta e beneficiar alguém indevidamente porque a parte contrária somente poderia demonstrar a verdade com aquela prova? (SILVA, 2010, p. 82)

Para o autor, o princípio da proporcionalidade é analisado à luz do processo penal e do processo civil de maneiras diversas. No tocante ao processo penal, César Dario Mariano da Silva (2010, p. 18) dispõe que a proibição da

utilização de prova ilícita é uma garantia que o particular tem contra o próprio Estado. Em situação contrária, a prova ilícita não poderia ser considerada contra o particular, posto que o direito a liberdade do indivíduo é mais importante que o direito punitivo do Estado. Sendo possível ao acusado demonstrar sua inocência, mesmo que através de provas ilícitas, elas serão aceitas em razão do princípio da proporcionalidade em benefício do acusado.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2009, p. 250) asseveram que, embora muitos admitirem exceções às provas ilícitas, aqueles que se posicionam contra, fundamentam alegando que a Constituição já fez sua ponderação no processo penal entre a tutela do direito material – direito de liberdade do indivíduo - e o direito à descoberta da verdade. Mas no tocante ao processo civil, o autor afirma que é importante que se refaça esta ponderação, segundo o caso concreto analisado pelo magistrado, pois inúmeros são os direitos tutelados.

A única ponderação realizada pela norma constitucional foi entre o direito à descoberta da verdade e a proteção do direito material contra a prova ilícita. Não foram realizadas outras ponderações que esgotassem a matéria, deixando que o magistrado o fizesse ao analisar o caso concreto.

A ponderação realizada no processo penal foi que o direito a liberdade se sobrepõe a pretensão punitiva do Estado, esgotando qualquer outra a ser realizada pelo magistrado. Por sua vez, no processo civil, segundo Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2009, p. 252) a situação é totalmente diferente:

Contudo, no processo civil a realidade é totalmente diversa, pois se pode afirmar, em um pólo ou outro do processo, desde simples créditos pecuniários, passando-se por direitos não suscetíveis de transformação em dinheiro e direitos não patrimoniais, até direitos absolutamente fundamentais para a dignidade humana. No processo civil, assim, não há segunda ponderação normativa, demonstrando a prevalência de um direito sobre o outro.

No processo civil torna-se necessária a ponderação entre o direito violado pela prova ilícita e o direito que se pretende tutelar. Nesta, não está em jogo o direito da descoberta da verdade e a liberdade do indivíduo, mas em jogo os direitos materiais do caso concreto, dois direitos que merecem iguais tutelas, mas apenas uma deverá prevalecer. Em caso como este, o uso da proporcionalidade é medida que se impõe, vez que há colisão entre direitos de mesma monta, devendo o magistrado fazer a devida avaliação.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2009, p. 254) asseveram que no processo civil a prova ilícita poderá ser admitida quando não houver outra capaz de demonstrar a alegação, na qual recai o direito que se pretende tutelar.

Portanto, os fundamentos utilizados para a admissão das provas ilícitas em relação ao princípio da proporcionalidade no processo penal e no processo civil são diversos. Não bastasse, no processo penal a ponderação realizada deixou evidente a preferência ao direito de liberdade do indivíduo, vez que em regra, é este o direito que se tutela nas ações penais. Já no processo civil, inúmeras são as tutelas pretendidas, sendo quase que impossível ponderar todas as situações existentes, justificando a importância da proporcionalidade aplicada pelo magistrado ao caso concreto.

José Roberto dos Santos Bedaque (2011, p. 153) também critica aqueles que defendem a total admissibilidade da prova ilícita, pois beneficiaria aquele que agiu ilicitamente, e ninguém deve ter acolhida sua pretensão alegando a própria torpeza.

São as lições de César Dario Mariano da Silva (2010, p. 83):

Sabemos que a vedação à admissibilidade da prova ilícita tem o escopo de coibir e desestimular a violação de normas e garantias constitucionais para que a democracia possa subsistir. Porém, em certos casos excepcionais e graves, pode-se sacrificar um direito ou garantia constitucional em face de outro direito ou garantia constitucional de igual ou maior valia, mesmo no âmbito do processo civil, que também lida com direitos indisponíveis, como guarda de filhos, casamento, poder familiar etc.

Rossana Teresa Curioni Mergulhão (2010, p. 182) expõe que há várias correntes quanto à admissibilidade das provas ilícitas. Aqueles que entendem pela inadmissibilidade absoluta o fazem em razão dos princípios constitucionais e aceitar as provas ilícitas seria uma violação aos direitos e garantias constitucionais. É chamada de corrente proibitiva ou obstativa. Neste sentido: RTJ 84/609, 100/78; RT 185/156, 187/666, RTJ 110/798.

Na segunda corrente, mais flexível, a autora esclarece que se vale do princípio da proporcionalidade, conhecida como corrente do interesse predominante, que admite a prova ilícita ou obtida por meio ilícito dependendo dos valores em questão ao caso concreto. Informa que esta corrente admite a prova ilícita quando não seja o único fundamento nem o principal para fundamentar o provimento judicial.

Não obstante, seguindo esta posição, há aqueles que defendem a validade das provas ilícitas, sem restrição, pois a finalidade do processo é a verdade, sem prejuízo de a parte responder pelos atos cometidos.

Rossana Teresa Curioni Mergulhão (2010, p. 184) afirma: *“os limites deste estudo impedem uma análise mais profunda sobre o tema. Todavia, não se pode concordar com a absoluta desconsideração das provas ilícitas, conforme vem entendendo a doutrina (...)”*.

Por fim, a autora informa que há uma terceira corrente que admite as provas ilícitas, mas sempre devendo ser analisada de acordo com o caso concreto, sopesando os valores em jogo. Há situações que merecem tutela, mesmo que embasadas em provas ilícitas, pois ao aplicar o princípio da proporcionalidade, verificar-se-á no caso concreto qual dos direitos em jogo merece tutela. Essa corrente busca evitar uma maior violação de direitos no caso de sua não utilização.

Na realidade, a proibição na utilização de provas obtidas por meio ilícito vieram para frear atos arbitrários do Estado em face dos particulares, na produção de provas. Neste diapasão:

O Estado, sem limites para os modos de obtenção de provas, fatalmente ofenderá os cidadãos em seus direitos de pessoas humanas. Os cidadãos, por sua vez, sem limites para a obtenção de provas, perderão o respeito recíproco, o que será um grande estímulo ao crescimento da violência no seio social, e a impunidade decorrente do uso abusivo do direito à privacidade obstaculizará a materialização dos fins do Estado. Portanto, é imperativo fixar marcos firmes e eficazes para os meios de produção de provas. (CARNAÚBA, 2000, p. 86)

Antigamente, era admitida a prova ilícita, desde que outras provas a corroborassem. César Dario Mariano da Silva (2010, p. 22) dispõe que o STF, *“em julgado de 11/11/77, determinou o desentranhamento de fitas do marido ouvindo a conversa da mulher, que instruía processo de separação judicial (RT 84/609)*. Já em 28/6/84, adotaram a mesma decisão, em caso envolvendo interceptação clandestina de conversa telefônica (RTJ 110/798). *“Já em 18 de dezembro de 1986, a mesma corte determinou o trancamento de inquérito policial instruído com interceptação telefônica feita por particulares (RTJ 122/47)”*. E cita alguns julgados:

Prova criminal – Interceptação Telefônica – Inviolabilidade do sigilo que não tem caráter absoluto – Aplicação do princípio da proporcionalidade – Hipótese em que a polícia tendo suspeita razoável sobre o envolvimento no comércio de drogas, obteve autorização judicial – Recurso provido.

Havendo conflitância entre o direito à intimidade e o direito à prova (due process Law), deve prevalecer o que atenda ao interesse maior, vale dizer ao interesse da sociedade. (julgado do TJ/SP, anterior à lei 9.296/96 – ApCrim n. 185.901-3 – Indaiatuba – 3 Câmara Criminal – Relator Segurado Braz – 30/10/95 – v.u.)

Constitucional e Processo Penal. Habeas Corpus. Escuta Telefônica com ordem judicial. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso LVI do art. 5 da Constituição, que fala 'são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito', não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal Brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da 'atualização constitucional' (verfassungsaktualisierung), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranqüila. Sempre é invocável o princípio da 'Razoabilidade' (Reasonableness). O 'princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas' (Exclusionary Rule) também lá pede temperamentos. Ordem denegada. ((Acórdão da 6 Turma do Superior Tribunal de Justiça, publ. no DJU de 26/2/96, p. 4.084, rel. Adhemar Maciel, autos HC n. 3982/RJ, v.u.)

José Roberto dos Santos Bedaque (2011, p. 148) menciona que o Supremo Tribunal Federal, em acórdão relatado pelo Min. Celso de Mello, considera a proibição genérica das provas ilícitas um verdadeiro dogma constitucional. (RHC 86082/RS, 2 T., DJ 01.08.2008).

O autor (2011, p. 149) doutrina que a dificuldade é encontrar o equilíbrio entre dois valores contrapostos: "*a tutela da norma violada com a obtenção da prova ilícita e a utilização dos meios necessários ao alcance do escopo da atividade jurisdicional*". Razão pela qual surgiu uma terceira corrente, que está entre aquela da rejeição e a da total admissibilidade das provas ilícitas. Afastar sob nenhuma hipótese a aceitação das provas ilícitas seria aceitar decisões judiciais que, provavelmente, não correspondem à realidade fática e relevantes para a causa.

Fredie Didier Júnior (2010, p. 34) explica que a posição mais correta e a que prevalece na doutrina é pela aplicação do princípio da proporcionalidade para solucionar o conflito, quando em jogo uma única prova para demonstrar o fato, mas obtida por meio ilícito. Sabiamente, o autor critica sua total admissibilidade e sua total negação. Vejamos:

Quando se está diante de um conflito de normas jusfundamentais (direito à prova versus vedação da prova ilícita), a solução deve ser dada sempre casuisticamente, à luz da ponderação concreta dos interesses em jogo, isto

é, à luz do princípio da proporcionalidade. Os que admitem sempre a prova ilícita, ou não a admitem nunca, pecam por considerar de modo absoluto e apriorístico os direitos fundamentais em jogo. Aqueles que entendem que a prova ilícita somente é admissível excepcionalmente, e apenas no processo penal, pecam por dois motivos: primeiro, por entender que sempre, no processo penal, há discussão em torno do direito à liberdade, o que é falso, pois nem todas as penas envolvem privação da liberdade; segundo, por entender que nenhum outro direito fundamental, a não ser o direito à liberdade, pode ser mais relevante que o direito fundamental à vedação da prova ilícita, o que também é indefensável à luz da teoria dos direitos fundamentais. (DIDIER JR., 2010, p. 34)

Em suma, a utilização das provas ilícitas como meio de prova deve ser utilizada com prudência pelo legislador, cabendo a ele analisar a necessidade e conveniência de sua utilização, e ponderando os valores em questão. Sua total admissibilidade ou total rejeição somente traria mais injustiças àqueles que buscam solução para seu caso, que vão a socorro do Judiciário. Por isso, a aplicação do princípio da proporcionalidade é medida que se impõe.

5.4 As provas ilícitas no divórcio litigioso

Nas matérias referentes ao direito de família, a utilização das provas ilícitas é demasiada complexa, pois os fatos normalmente ocorrem dentro da residência do casal, ou em ambiente privado ou fechado, dificilmente há testemunhas presenciais, e documentos praticamente inexistem. Pergunta-se: como fazer prova de tais fatos?

Normalmente, a única maneira é através de provas que, de uma forma ou de outra, fere algum princípio ou direito do outro. Mas não seria justo deixar ileso aquele cônjuge que tanto fez ou faz em face do outro, desrespeitando os deveres inerentes ao casamento, inclusive lhe causando constrangimentos. Ainda, o cônjuge culpado, além de tudo que causou, poderá ingressar em juízo pleiteando alimentos ao inocente, exigindo que lhe dê boa vida, pois o que se busca sempre em sede de alimentos são os alimentos civis, ou seja, aqueles que proporcionam uma vida com mais qualidade, e não o necessário à subsistência.

Desta forma, grande parte da doutrina concorda que, aplicando o princípio da proporcionalidade ao caso concreto, a vedação quanto à utilização das provas ilícitas deve ser mitigada.

Um dos meios de prova em que há discussão refere-se à admissibilidade do testemunho de parentes próximos e pessoas que cercam o casal, pois em regras são impedidos de testemunharem, conforme estabelece art. 405, §2º, I, CPC.

Rolf Madaleno (2011, p. 282) faz sábio comentário sobre o assunto:

A própria natureza das questões processuais debatidas no âmbito do Direito de Família é peculiar e deve ser vista com um evidente e indissociável juízo de ponderação. Prova de aplicação desse juízo de ponderação consiste na possibilidade de serem ouvidas no juízo familista as pessoas que são impedidas de depor, como por exemplo, o cônjuge, ascendente, descendente e colaterais até o terceiro grau (CPC, art. 405, §2º, inc. I), a não ser se assim o exigir o interesse público, ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não houver outro modo de obter a prova. Mesmo no caso de depoimento de criados e serviçais com liames de dependência, por cujos vínculos não poderiam depor, salvo quando estritamente necessário (CPC, art. 405, §4º), e usualmente serão testemunhos necessários pela proximidade que têm com os fatos e a intimidade verificada na privacidade do domicílio familiar.

Yussef Said Cahali (2011, p. 569) ensina que a jurisprudência é cediça em admitir o testemunho de parentes próximos, em face da natureza especialíssima da lide do direito de família. Explica que se abranda a proibição da lei porque essas pessoas têm contato com as partes e mais condições de conhecer os fatos, além de serem muitas vezes as únicas testemunhas existentes da vida de um casal.

Não se pode deixar de considerar o depoimento dessas pessoas por serem, em regra, impedidas de depor, pois são elas que geralmente esclarecem pontos obscuros do processo, muitas vezes são elas que têm conhecimento amplo dos fatos daquele ambiente familiar. Inicialmente tais provas deveriam ser proibidas, mas cabe ao magistrado analisar sua conveniência.

O mesmo ocorre quanto aos *“serviçais, criados e domésticos”* (CAHALI, 2011, p. 573), pois a doutrina e jurisprudência também aceitam seus testemunhos em ações desta natureza pelos mesmos motivos expostos acima.

Este abrandamento da doutrina e da jurisprudência reflete a conseqüente exceção quanto à proibição da utilização de provas obtidas por meios ilícitos, com fundamento nas próprias questões discutidas no direito de família, que tem significativa importância.

A produção de provas comprovando a violação dos deveres do casamento ou de algumas situações previstas no art. 1.566, CC, como o adultério, é

por demasiado difícil. Seus autores se cercam de todos os meios possíveis para não serem flagrados, sendo praticamente impossível encontrar provas que os comprometam.

Documentos e cartas podem, às vezes, servir como prova em processos do divórcio. No entanto, discute-se sua utilização quando a carta é dirigida a terceiro, e não entre os cônjuges, pois feriria o caráter confidencial e a inviolabilidade de correspondência.

Segundo as lições de Yussef Said Cahali (2011, p. 581), apesar de inexistir regra específica sobre o assunto, admite-se essa modalidade de prova, sendo irrelevante saber se a carta teria sido obtida por meio ilícito ou desleal, ou se interceptada por mera causalidade do cônjuge. O mesmo ocorre com a modernização e o avanço tecnológico, em que há informações contidas em arquivos eletrônicos, também considerados meios de prova.

Apesar de alguns estudiosos não aceitá-las quando houver interceptação da correspondência por um dos consortes, como Alexandre Rosa, citado por Rolf Madaleno (2011, p. 284) que defende ser inadmissível um cônjuge ingressar em arquivos do companheiro sem seu consentimento, sob pena de violação do sigilo de comunicação; aqueles que defendem sua utilização, como Yussef Said Cahali (2011, p. 581) esclarece que o que importa é se a prova obtida tem condições de dar certeza e condições de convicção ao julgador, não importando se a prova foi obtida ilicitamente.

Yussef Said Cahali (2011, p. 584) explica que o TJSP admitiu exame pericial em notebook que pertencia à esposa, para comprovar suposta homossexualidade como causa de separação do casal (TJSP, 3ª Câmara, 11.11.2008, RT 881/227).

Por sua vez, quanto à utilização de prova colhida no campo telefônico, desde que se demonstre a autenticidade da voz e da gravação, sem cortes, sem inserção ou subtração maliciosa de trechos, ou seja, sem desvirtuar o real sentido do contexto da gravação, Yussef Said Cahali (2011, p. 587) defende sua utilização.

Sobre o assunto, César Dario Mariano da Silva (2010, p. 82) afirma que *“em ações do direito de família é corriqueira a discussão sobre a licitude das gravações telefônicas”*. O autor esclarece que apesar do juiz não poder determinar a realização de interceptação telefônica no processo civil (pois é permitido somente no processo penal), caso a parte realize por conta própria gravação clandestina (seja

ambiental ou telefônica), o magistrado deve considerá-la para a formação de seu convencimento. O mesmo ocorre com prova fotográfica.

Maria Cecília Pontes Carnaúba (2000, p. 87) evidencia que, na maioria das vezes, não há como provar o ocorrido senão por meio de gravações ou filmagens clandestinas, por exemplo. Sendo tais procedimentos absolutamente inadmissíveis, a impunidade estará assegurada, com conseqüente estímulo ao cometimento de outros crimes semelhantes. A inadmissibilidade incondicional da prova ilícita desencadeia violência, pois legaliza arbitrariedades dos indivíduos, ou até do Estado, em face de direitos constitucionais em favor de todos.

Em geral, esses meios de prova passam por um exame pericial para reconhecer a autenticidade das gravações e documentos.

Segue abaixo transcrição da notícia do site do Superior Tribunal de Justiça:

Em situações excepcionais, é possível interceptação telefônica em investigação de natureza civil. É possível a interceptação telefônica no âmbito civil em situação de extrema excepcionalidade, quando não houver outra medida que resguarde direitos ameaçados e o caso envolver indícios de conduta considerada criminosa. A decisão é da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao julgar habeas corpus preventivo em que o responsável pela execução da quebra de sigilo em uma empresa telefônica se recusou a cumprir determinação judicial para apurar incidente de natureza civil.

O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (TJMS) julgou correta a decisão do juízo de direito de uma vara de família, que expediu ofício para investigar o paradeiro de criança levada por um familiar contra determinação judicial. O gerente se negou a cumprir a ordem porque a Constituição, regulamentada neste ponto pela Lei 9.296/96, permite apenas a interceptação para investigação criminal ou instrução processual penal.

O TJMS considerou que é possível a interceptação na esfera civil quando nenhuma outra diligência puder ser adotada, como no caso julgado, em que foram expedidas, sem êxito, diversas cartas precatórias para busca e apreensão da criança. O órgão assinalou que o caso põe em confronto, de um lado, o direito à intimidade de quem terá o sigilo quebrado e, de outro, vários direitos fundamentais do menor, como educação, alimentação, lazer, dignidade e convivência familiar.

Para o tribunal local, as conseqüências do cumprimento da decisão judicial em questão são infinitamente menos graves do que as que ocorreriam caso o estado permanecesse inerte. Segundo o relator no STJ, ministro Sidnei Beneti, a situação inspira cuidado e não se trata pura e simplesmente de discussão de aplicação do preceito constitucional que garante o sigilo.

Embora a ordem tenha partido de juízo civil, a situação envolve também a necessidade de apurar a suposta prática do delito previsto pelo artigo 237 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA): "Subtrair criança ou adolescente ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou ordem judicial, com o fim de colocação em lar substituto."

O ministro destacou que o responsável pela quebra do sigilo não demonstrou haver limitação na sua liberdade de ir e vir e não há informação no habeas corpus sobre o início de processo contra ele, nem sobre ordem

de prisão cautelar. “Não toca ao paciente, embora inspirado por razões nobres, discutir a ordem judicial alegando direito fundamental que não é seu, mas da parte”, ressaltou o ministro.

“Possibilitar que o destinatário da ordem judicial exponha razões para não cumpri-la é inviabilizar a própria atividade jurisdicional, com prejuízo para o Estado Democrático de Direito”, afirmou o ministro. Tendo em vista não haver razões para o receio de prisão iminente, a Terceira Turma não conheceu do pedido de habeas corpus impetrado pela defesa”.

(http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103043)

Um direito não pode servir para encobrir uma injustiça cometida, sendo função do juiz, dar valor ao conteúdo da prova e não ao modo como ela foi obtida, ainda que violado algum direito registrado em lei. (MADALENO, 2011, p. 285).

Óbvio que qualquer prova deve ser confiável, muito mais razão de ser deverão ser as ilícitas. Assim, José Roberto dos Santos Bedaque (2011, p. 150) assevera que *“provas obtidas mediante tortura ou a utilização de drogas devem ser rejeitas, visto que inidôneas quanto ao resultado”*.

De qualquer maneira, o entendimento que prevalece é que aquele que produziu a prova ilícita deve responder pelo ato praticado, independente se a prova produzida for utilizada ao processo. Outro ponto crucial para eventual utilização de prova ilícita é a sua confiabilidade. Apesar de ser ilícita, a prova deve ser confiável, pois não serão admitidas provas cujo conteúdo seja falso.

Não bastasse, as decisões tomadas pelo julgador devem ser fundamentadas, pois o magistrado, interpretando a lei e analisando o caso concreto, forma sua convicção baseado nas provas dos autos, a fim de chegar num provimento justo ao caso, e em caso de discordância, cabe à parte recorrer da decisão.

5.5 Princípio da proporcionalidade

Apesar de nossa Constituição Federal não prever de forma expressa, o fato de regulamentar no § 2º, de seu art. 5º que os direitos e garantias previstos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais que nosso país seja parte, torna incontestado

de dúvidas que um direito não exclui o outro, não existindo direito absoluto em nosso ordenamento.

Marcelo Novelino (2010, p. 181) explica que o princípio da proporcionalidade encontra-se implícito em nosso sistema constitucional. No mesmo diapasão, Maria Cecília Pontes Carnaúba (2000, p. 104) ensina:

(...) Esse entendimento decorre da hierarquia lógica de valores constitucionalmente tutelados, tomando por base o princípio da proporcionalidade utilizado pela doutrina alemã, que é aplicável a Constituição brasileira tanto em função da citada hierarquia lógica dos valores constitucionalmente tutelados quanto pelo disposto no § 2º do art. 5º, e, finalmente, porque, num Estado Democrático de Direito como é o Brasil, nenhum direito pode ser considerado absoluto. (CARNAÚBA, 2000, p. 104).

O Princípio da Proporcionalidade no âmbito probatório foi inicialmente aplicado pelos alemães, ao admitirem, excepcionalmente, prova obtida com violação ao mandamento constitucional, mas desde que fosse a única prova possível para a proteção de outros valores fundamentais considerados mais urgentes, segundo avaliação dos julgadores (MADALENO, 2011, p. 286).

A doutrina brasileira, ao adotar o princípio da proporcionalidade, admitindo exceções à proibição das provas ilícitas, baseou-se no direito alemão, a fim de que sejam solucionadas questões envolvendo normas constitucionais de igual importância.

A dificuldade da questão das restrições não expressamente autorizadas aos direitos fundamentais se liga ao problema de resolução das colisões entre os direitos fundamentais e outros bens dignos de proteção. Daí a importância da regra da proporcionalidade ou de um método de balanceamento de bens no caso concreto. (MARINONI e ARENHART, 2010, p. 249)

César Dario Mariano da Silva (2010, p. 17) explica o que vem a ser o princípio da proporcionalidade:

Preconiza o princípio da proporcionalidade a possibilidade do sacrifício de um direito ou garantia constitucional em prol de outro de igual ou superior valia, notadamente quando está em jogo interesse público relevante.

O autor esclarece que mencionado princípio é o sacrifício de um direito em favor de outro, e que ele desdobra-se em outros três, quais sejam, o da

necessidade ou exigibilidade, o da adequação e o da proporcionalidade em sentido estrito.

Por necessidade, entende-se que o meio empregado é o necessário, quando não houver outro menos lesivo aos direitos fundamentais. Pela adequação conclui-se que somente com sua utilização seja possível chegar ao resultado almejado. Por fim, com a ponderação dos valores em jogo e, havendo necessidade e adequação, pode ser aceito o sacrifício de um direito ou garantia constitucional em prol de outro de igual ou superior importância.

Sylvia Marlene de Castro Figueiredo (2005, p. 189) discorre sobre os subprincípios inerentes ao da proporcionalidade. Ensina que por adequação entende-se que *“o meio deve ser apropriado ao fim desejado”*; pela necessidade *“o meio eleito deve ser, simultaneamente, eficaz e menos desvantajoso, ou melhor, mais suave para os cidadãos”* e, por fim, que a proporcionalidade em sentido estrito permite ao *“intérprete-aplicador do Direito efetue um balanceamento dos princípios constitucionais em colisão, buscando a solução mais justa para o caso concreto, que se dará segundo a observância dos objetivos traçados no Texto Fundamental”*.

Neste mesmo sentido são as lições de Maria Cecília Pontes Carnáuba (2000, p. 94):

(...) estruturando-se sobre três subprincípios, quais sejam: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Necessidade traduz-se numa situação em que não poderiam ser adotados outros métodos, igualmente eficazes, mas que não limitassem ou limitassem de maneira menos gravosa o direito fundamental. Adequação significa que os meios adotados sejam idôneos para o alcance do objetivo perseguido, e, finalmente, a proporcionalidade em sentido estrito, que, segundo Suzana de Toledo Barros, é havida como o critério empregado para aferir se o meio necessário e adequado que utilizaram encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido, evitando uma sobrecarga ao atingido, que não se coaduna com a idéia de medida justa.

Vislumbramos que a proporcionalidade é subdividida em três subprincípios, e para sua aplicação, indispensável que sejam observados no caso concreto.

Wilson Antônio Steinmetz (2001, p. 149) é preciso ao afirmar que o princípio da proporcionalidade faz com que o fim que se pretende almejar tenha uma relação com o meio utilizado, sendo proporcional, racional, não excessivo e não

arbitrário. Ou seja, “*entre meio e fim deve haver uma relação adequada, necessária e racional ou proporcional*”.

Nesta mesma seara, Marcelo Novelino (2010, p. 181) explica que Robert Alexy dispôs que se deve analisar se suas *máximas parciais* foram preenchidas, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, sob pena de evidente inconstitucionalidade.

Vejamos as palavras de Luis Roberto Barroso, citado por Marcelo Novelino (2010, p. 182), sobre esses requisitos:

A adequação entre meios e fins impõe que as medidas adotadas, para serem consideradas proporcionais, sejam aptas para se alcançarem os objetivos almejados.

A necessidade (exigibilidade ou princípio da menor ingerência possível) exige que o meio utilizado para atingir um determinado fim seja o menos oneroso possível. Uma medida deve ser considerada inconstitucional quando for constatada, de forma inequívoca, a existência de outra menos onerosa ou lesiva.

A proporcionalidade em sentido estrito está vinculada à verificação do custo-benefício da medida, aferida por meio de uma ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos. A interferência na esfera dos direitos dos cidadãos só será justificável se o benefício alcançado for maior que o ônus imposto. Nesse caso, meio e fim são equacionados mediante um juízo de ponderação, para que sejam pesadas as “desvantagens do meio em relação às vantagens do fim”.

Em resumo, para a aplicação do princípio da proporcionalidade indispensável que se preencham três requisitos, sendo que o primeiro é a adequação (ou princípio da idoneidade ou da conformidade), significando que a medida adotada deve ser adequada para o fim que se pretende buscar; por exigível (ou princípio da necessidade, da indispensabilidade, da menor ingerência possível, da intervenção mínima) entende-se a medida utilizada seja a melhor alternativa, e a que trará menos prejuízo; e, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito significa que a conduta adotada trará mais vantagens em relação à outra. Mas, importante ressaltar que tudo será analisado pelo magistrado no caso concreto.

Não obstante, vale reforçar que o princípio da proporcionalidade é utilizado quando em conflito tutelas de igual valor ou de valor superior. Vislumbramos que na própria Constituição há alguns princípios mais relevantes em relação a outros, como exemplo o direito à vida. Todavia, dependendo do caso concreto, ele também poderá ser mitigado, como ocorre com a legítima defesa. Desta forma, fica claro que em nosso ordenamento não existe direito absoluto.

Destarte, em nosso ordenamento jurídico nenhum direito ou garantia constitucional é absoluto. Assim, sempre será possível o sacrifício de um direito em prol de outro de igual ou superior valia, dada a relatividade dos direitos e garantias constitucionais. (SILVA, 2010, p. 18)

Maria Cecília Pontes Carnaúba (2000, p. 99) faz importante observação sobre o princípio da proporcionalidade. A autora enaltece que mencionado princípio é fundamento lógico de qualquer sistema, *“negá-lo é fazer antiética toda a estrutura legislativa”*. Esclarece que o princípio da proporcionalidade se aplica, acima de tudo, ao direito constitucional, pois o Estado tem seus poderes limitados pela lei, mas deve haver um contrapeso entre a restrição à liberdade individual e a finalidade estatal que se pretende almejar.

Citando Érico Bergman, Maria Cecília Pontes Carnaúba (2000, p. 99) reproduz que *“a proporcionalidade é ínsita a todos os ordenamentos jurídicos e visa um equilíbrio entre valores fundamentais conflitantes, pois a sua inobservância propicia ‘resultados desproporcionais, injustos ou repugnantes’*

Por sua vez, Maria Berenice Dias (2011, p. 59) assevera que quando em confronto dois princípios, devem ser considerados o peso relativo de cada um, ponderando-os, e não optando por um em detrimento do outro. Quando em confronto dois princípios de igual importância, considerar aquele em favor da dignidade da pessoa humana.

Clarividente a indispensabilidade do princípio da proporcionalidade em nosso sistema jurídico, pois o magistrado poderá verificar, de acordo com os requisitos adequação, necessidade, e ponderação (proporcionalidade em sentido estrito), qual a melhor tutela para o caso concreto.

Explicando sobre procedimento de aplicação do princípio da proporcionalidade, Wilson Antônio Steinmetz (2001, p. 153) estabelece que, em primeiro, verifica-se se há colisão entre direitos fundamentais e, se a finalidade que se pretende almejar é para a realização ou proteção deste direito protegido constitucionalmente, ou melhor, se tem legitimidade constitucional. Em segundo, analisa-se a situação em conflito, identificando as circunstâncias relevantes do caso. Após a consideração destas duas etapas preliminares, serão analisados os subprincípios (ou princípios parciais) adequação, necessidade, e proporcionalidade

em sentido estrito. Entre esses princípios parciais há uma progressão de tipo lógico, o subsequente somente será analisado se o anterior estiver satisfeito.

Não obstante a explicação referente ao princípio da proporcionalidade, importante esclarecer que a lei da ponderação é uma importante técnica de decisão, quando em conflito dois princípios. Marcelo Novelino (2010, p. 145) doutrina que *“por meio da ponderação de interesses opostos é estabelecida uma relação de preferência condicionada que diz sob quais condições um princípio precede o outro”*.

E para isso, citando Robert Alexy, Marcelo Novelino declara que para a aplicação da lei da ponderação, necessário sejam preenchidas três etapas: a) identificação das normas e seu agrupamento; b) circunstâncias do caso concreto; c) peso relativo aos elementos e a intensidade da preferência (é a ponderação propriamente dita). E fazendo referência ao princípio da proporcionalidade, ensina:

Ao propor a utilização da teoria dos princípios como a melhor forma de solucionar as colisões de direitos fundamentais, ALEXY esclarece que o postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma lei de ponderação, com o seguinte enunciado: “quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção”. (Novelino, 2010, p. 145)

Melhor explicando, Wilson Antônio Steinmetz (2001, p. 139) esclarece que há colisão de direitos fundamentais quando, no caso concreto, o exercício de um direito fundamental por um, restringe o exercício de um direito fundamental do outro. Importante esclarecer que a colisão de direitos poderá ser colisão horizontal (entre indivíduos) ou colisão vertical (Estado e indivíduo).

Diante de tais conflitos, surgiu a chamada ponderação de bens, que segundo o autor supra, citando Juan Carlos Gavara de Cara, é definida como um método que *“consiste em adotar uma decisão de preferência entre os direitos ou bens em conflito; o método que determinará qual o direito ou bem, e em que medida, prevalecerá, solucionando a colisão”*.

E, para a realização da ponderação, torna-se necessário sejam satisfeitos pressupostos básicos, citados por Wilson Antônio Steinmetz (2001, p. 142):

(1) a colisão de direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos, na qual a realização ou otimização de um implica a afetação, a restrição ou até mesmo a não realização do outro; (2) a inexistência de uma

hierarquia abstrata, a priori, entre os direitos em colisão; isto é, a impossibilidade de construção de uma regra de prevalência definitiva ex ante, prescindindo das circunstâncias do caso concreto.

Verificamos através de tais pressupostos que a ponderação de bens deve ser realizada em concreto, no entanto, para que seja operacionalizada, prescinde do princípio da proporcionalidade. A aplicação do princípio da proporcionalidade pressupõe a ponderação, pois um dos critérios que se deve preencher para a aplicação da proporcionalidade em sentido amplo é a ponderação, ou seja, proporcionalidade em sentido estrito.

Quanto às suas diferenciações, Wilson Antônio Steinmetz (2001, p. 144) afirma que esta questão tem pouca relevância, pois não há como separar uma da outra, e conclui:

Considera-se que a ponderação concreta de bens, na colisão de direitos fundamentais, realiza-se mediante o controle de constitucionalidade em sentido amplo, de modo especial ou propriamente dito por meio do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, o terceiro subprincípio constitutivo do princípio da proporcionalidade em sentido amplo. Assim, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo compreende a ponderação de bens. (STEINMETZ, 2001, p. 145).

Sobre o assunto, Gisele Santos Fernandes Góes (2004, p. 78) discorre que a ponderação não é um princípio, como a proporcionalidade, mas um critério de interpretação constitucional. A proporcionalidade é fracionada em três critérios, sendo que um deles, o da proporcionalidade em sentido estrito, é a conhecida lei da ponderação. Assim, a proporcionalidade é o gênero, e a ponderação uma espécie. A proporcionalidade é materializada através da ponderação.

São as lições de Sylvia Marlene de Castro Figueiredo (2005, p. 234):

Critica-se o princípio da proporcionalidade, sob o argumento de que, ao se dar primazia a uma decisão material justa ao caso concreto, é possível que se acarrete um relativismo da aplicação da lei, maculando o princípio da segurança jurídica.

Ocorre que o princípio da proporcionalidade visa averiguar indevidas ingerências do Estado em posições jurídicas protegidas, objetiva os cidadãos contra o arbítrio estatal, mas não gerar injustiças.

A aplicação automática e indiscriminada da lei pode conduzir a injustiças, por malferir o princípio da segurança jurídica.

Assim, o ato estatal impugnado será apreciado pelo Poder Judiciário, com prudência e parcimônia, nas três dimensões do princípio da proporcionalidade e será objeto de motivação, exigência constitucional estampada no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, o que resguarda

o direito dos jurisdicionados contra eventuais abusos ou iniquidades, preservando-se, assim, a segurança jurídica das decisões judiciais. Em face do exposto, reputamos que a objeção sob análise, que enseja crítica ao princípio da proporcionalidade, também não merece guarida.

Não bastasse, conforme os ensinamentos de Wilson Antônio Stienmetz (2001, p. 198), a aplicação do princípio da proporcionalidade não viola os princípios da igualdade e da segurança jurídica. Primeiro porque nem sempre a diferença de tratamento significa discriminação, pois devemos tratar os iguais, igualmente, e os desiguais, desigualmente. E por fim, certeza jurídica não significa saber previamente qual será a decisão do juiz em determinado caso, mas saber que o juiz está vinculado à lei e a procedimentos prévios para tomar sua decisão.

Desta feita, nossa Constituição Federal, que privilegia o Estado Democrático de Direito, dispondo em seu art. 1º, inciso III a dignidade da pessoa humana, não pode aceitar que a proibição às provas ilícitas seja uma regra, que inadmita exceções. Caso isso ocorra, implicaria na exclusão de direitos que todos possuem como o direito a uma tutela jurisdicional justa.

Maria Cecília Pontes Carnaúba (2000, p. 103) afirma que a análise realizada pelo juiz para a aplicação do princípio da proporcionalidade deve ser feita de acordo com o corpo unitário da Constituição, harmonizando todo o conjunto de normas nela inserida.

Segundo Eduardo Cambi (2001, p. 170), o princípio da proporcionalidade é utilizado para harmonizar os diversos direitos, bens ou valores, cabendo ao magistrado ponderar sobre a necessidade e conveniência da utilização de uma prova ilícita.

Rolf Madaleno (2011, p. 286) explica que o princípio da proporcionalidade reconhece a ilicitude da prova, mas possibilita ao magistrado que verifique no caso concreto os valores em conflito, escolhendo qual o melhor caminho na aplicação da justiça. O autor explica que nas causas envolvendo juízo de família, caso se revele imprescindível, o julgador tem deferido a utilização de provas ilícitas, pois o que se pretende é a efetiva busca da verdade para a solução da lide.

Em suma, pela proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, pela ponderação, o meio utilizado e o fim que se pretende alcançar devem ser proporcionais, ou melhor, a vantagem que se pretende obter deve ser maior que o prejuízo causado em razão da limitação do outro interesse que estava em jogo.

6 CONCLUSÃO

A Constituição Federal, apesar de não prever o direito à prova expressamente, trouxe seu reconhecimento por meio de alguns princípios, conforme estabelece artigo 5º, inciso LVI. No entanto, o Código de Processo Civil, antes mesmo da norma constitucional, trazia em seu artigo 332 previsão acerca do assunto.

As provas não têm hierarquia entre si, mas são analisadas pelo magistrado de acordo com o caso concreto, devendo fundamentar sua decisão, especificando os motivos que o levaram a prolatar determinada decisão.

Os litigantes têm direito de provar suas alegações, seja demonstrando-as, seja defendendo-se daquelas apresentadas pela parte contrária, ou simplesmente participando de sua produção. No entanto, o direito à prova encontra alguns limites, ou seja, na produção das provas ilícitas.

Partindo desta questão, nas causas relativas ao direito de família, em especial nas demandas de divórcio, em que as partes envolvidas possuem ou possuíam vínculo afetivo, a produção de provas acaba por invadindo a intimidade e a privacidade das pessoas. Pela própria natureza do Direito de família, que deve necessariamente correr em segredo de justiça, a produção da prova muitas vezes esbarra no ordenamento, pois alguns fatos são difíceis de serem comprovados.

Daí resulta a discussão em torno da possibilidade da utilização das provas ilícitas previstas no ordenamento. As provas são utilizadas no processo como forma de convicção do julgador, que deve, em cada caso, analisar a conveniência e a gravidade dos fatos, a fim de considerar ou não determinada produção de prova para um justo provimento jurisdicional.

A doutrina divide-se nos posicionamentos. Ocorre que, negar ou aceitar a utilização das provas ilícitas de forma absoluta não seria a maneira mais acertada de fazer justiça. Pelo contrário, traria ainda mais insegurança jurídica às pessoas, pois os magistrados seriam compelidos a proferir julgamentos contrários à realidade fática.

Diante disto, o uso da proporcionalidade nestes casos de utilização das provas ilícitas evidencia a maneira mais sensata de se fazer justiça no caso

concreto. Quando as partes se socorrem do judiciário é porque confiam no provimento judicial, que será imparcial, prudente e justo.

Às vezes, a prova tida por ilícita é o único meio que a parte tem em demonstrar seu direito, provar suas alegações. Desta forma, sopesando os valores em jogo, o magistrado verificará qual o direito merece tutela, pois ele não pode desconsiderar uma prova por ser ilícita, se é exatamente ela que esclarece os fatos discutidos no processo.

Caso isso ocorra, não raro seria o julgador compelido a negar tutela àquele que teria direito, e em consequência beneficiar a outra parte, que razão nenhuma teria. Assim sendo, diante de sua omissão estaria aceitando a imoralidade e a ilicitude da conduta do outro.

O princípio da proporcionalidade é inerente a todos os princípios existentes no ordenamento. Vale esclarecer que um princípio não invalida o outro, eles coexistem, e se colidirem interesses em que estão em jogo mais de um princípio, um deles deve prevalecer. Mas não significa que o outro deixará de ter validade. E essa análise deve ser feita no caso concreto, pois os valores do caso concreto serão equilibrados para se saber qual deles tem mais relevância em determinada situação.

A aplicação deste princípio não gera insegurança jurídica às pessoas, pelo contrário, sua aplicação possibilita proteger ainda mais os cidadãos contra atos do próprio Estado. Não devemos nem podemos deixar de utilizar a proporcionalidade quando em conflito direitos que merecem a mesma proteção, pois a simples subsunção à norma é que poderá levar à injustiça, pois não possibilita análise do caso concreto.

Atualmente, embora o ordenamento brasileiro, bem como parte dos julgados, adote o entendimento pela proibição das provas obtidas ilicitamente, percebe-se que a adoção da corrente intermediária que utiliza o princípio da proporcionalidade vem ganhando espaço. Mas, importante destacar que aquele que violou princípios constitucionais para a produção de provas deverá responder por seus atos, seja na esfera cível ou criminal.

Inquestionável que o melhor entendimento é a mitigação da proibição da utilização das provas ilícitas, utilizando o princípio da proporcionalidade, em especial nas causas de divórcio, bem como no direito de família como um todo, por

estar em jogo interesses de grande relevância, pois envolve os integrantes de uma família, estrutura fundamental da sociedade.

Nas ações de divórcio não se discute tão somente a extinção do vínculo matrimonial, mas assuntos como pensão alimentícia aos filhos ou ao cônjuge, uso do nome, convivência familiar, guarda, divisão patrimonial, etc., assuntos que envolvem direitos fundamentais, como a obrigação que pode recair a um cônjuge de prestar alimentos ao outro; a discussão de qual dos pais tem mais condições de cuidar dos filhos, dentre outros.

O que se busca é uma justa tutela de direitos, contrabalanceando-os na medida em que um trará menos violação em relação ao outro, ao ordenamento, e ao caso concreto. No entanto, não podemos esquecer que o magistrado é que deverá fazer esta avaliação, sempre fundamentando sua decisão e, acima de tudo, considerando a dignidade da pessoa humana como alicerce.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. **Código Civil, Código de Processo Civil**. Org. Yussef Said Cahali. 12^a ed. rev., ampl., e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito processual civil**. 2. ed. ref., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BURGARELLI, Aclibes. **Tratado das provas cíveis**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2000.

CAHALI, Yussef Said. **Separações conjugais e divórcio**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

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

CARVALHO, Dimas Messias de. **Divórcio: judicial e administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de família e o novo código civil**. 2. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte : Del Rey, 2002.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael; ZANETTI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**. 5. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2010. v. 2.

FERREIRA, William Santos. **Nota de aula da disciplina de direito processual civil I**. Presidente Prudente/SP: Curso de pós graduação em direito civil e processo civil nas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente-SP, 2009.

FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. **A interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade**. São Paulo: RCS, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O novo divórcio**: conforme a recente emenda constitucional 66/2010. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **I Jornada dos Juízes das Varas de Família de Salvador**. Disponível em: <<http://pablostolze.ning.com/page/editoriais-1>>. Acesso em: 30 de jan. de 2012.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da proporcionalidade no processo civil**: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça. São Paulo: Saraiva, 2004.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 5.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Gen, Forense, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. 9. ed. Campinas: Millennium, 2003.

MELLO, Rodrigo Pereira de. **Provas ilícitas e sua interpretação constitucional**. Porto Alegre: Fabris, 2000.

MERGULHÃO, Rossana Teresa Curioni. **A produção da prova no direito processual: o alcance e os limites do direito processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 41. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento**. 28. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10 ed. rev. ampl. e atual. Até 1 de outubro de 2007. 1 reimp. São Paulo: RT, 2008.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 18. ed., rev e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio: teoria e prática: de acordo com a emenda constitucional n. 66 de 13.07.2010**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.

RAMIRES, Luciano Henrique Diniz. **As provas como instrumentos de efetividade no processo civil**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 17^a Edição. São Paulo: Saraiva, 1995.

SECHIERI, Murilo. **Nota de aula da disciplina direito civil do curso telepresencial anual para concursos realizado nas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente/SP**. São Paulo: Complexo Damásio de Jesus, 2010.

SEREJO, Lourival. **Direito constitucional da família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SILVA, César Dario Mariano da. **Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, comissão parlamentar de inquérito (CPI) e sigilo**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

SIMÃO, José Fernando. 2010. **Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Alvaro Villaça Azevedo**. São Paulo: Atlas, 2010.

STEINMETZ, Wilson. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Em situações excepcionais, é possível interceptação telefônica em investigação de natureza civil**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103043>. Acesso em: 30 de jan. de 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de processo civil anotado**. 13. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 13. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.