



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

RAQUEL TEIXEIRA VISNEVSKI

**LIMITES E POSSIBILIDADES DE USO DOS MEIOS ELETRÔNICOS
COMO FONTE DE PROVA NOS PROCESSOS DE FAMÍLIA**

**Salvador
2019**

RAQUEL TEIXEIRA VISNEVSKI

**LIMITES E POSSIBILIDADES DE USO DOS MEIOS ELETRÔNICOS
COMO FONTE DE PROVA NOS PROCESSOS DE FAMÍLIA**

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

Orientador: Prof. Dr. Cristiano Chaves de Farias.

Salvador
2019

TERMO DE APROVAÇÃO

RAQUEL TEIXEIRA VISNEVSKI

LIMITES E POSSIBILIDADES DE USO DOS MEIOS ELETRÔNICOS COMO FONTE DE PROVA NOS PROCESSOS DE FAMÍLIA

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

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2019.

AGRADECIMENTOS

A construção deste trabalho é resultado de todo conhecimento conquistado durante a minha jornada acadêmica e pessoal. Porém, sozinha não seria possível alcançar os meus objetivos. Agradeço, portanto, a toda a minha família por ser a minha base e referência, pelo amor incondicional, pelo estímulo constante e por acreditarem em mim. Principalmente aos meus pais biológicos Claudia e Alexandre e aos afetivos Ivan e Patrícia, ao meu irmão Pedro e aos meus avós Edna, Guilherme, Fátima e Luciano (in memoriam).

A Marco Aurélio Santos Santana por todo o amor, carinho e apoio. Com você ao meu lado a minha jornada se tornou muito mais leve e feliz. Agradeço também a Marco, Suely e Carol Santana por me acolherem tão bem.

Aos meus amigos, especialmente as “Baianetes” que desde o início em 2014 estiveram comigo e foram indispensáveis nesta jornada. Agradeço a Ane, Liliane e Yane, amigas que caminharam comigo desde a escola até o fim da graduação, por buscarem junto comigo realizar este sonho. Fui muito feliz em dividir com vocês mais esta conquista. A Natalia, a minha eterna gratidão por toda a ajuda, carinho, cuidado e demonstração de amizade. A todas as amigas que nos altos e baixos da rotina na Baiana de Direito estiveram por perto me fazendo mais feliz: Lorena, Ana Terra, Gisele, Luiza, Ludmila, Vanessa, Julia, Julyana, Arlinda, Carol P., Roberta. Agradeço também as minhas colegas Bia, Yasmim, Clarita e Vitória pela compreensão e companheirismo neste semestre. Agradeço as “DIVAS”, amigas que ganhei do Colégio Antônio Vieira, em especial a Carolina que esteve ao meu lado desde a infância até hoje. Agradeço também a Larissa S., Larissa C., Carol G., Ana Flávia e Marcelo pois que em que pese não tenham dividido comigo a jornada da graduação, estão ao meu lado na caminhada vida, demonstrando amizade e compreensão neste momento.

Agradeço a Atlética Baiana por ter me proporcionado tantos momentos de diversão e alegrias nos primeiros semestres da faculdade e, sem dúvidas, pelos amigos que cultivei e levarei para sempre.

Agradeço a toda equipe de funcionários da Faculdade Baiana de Direito, a coordenação do curso que proporciona esta educação de excelência e em especial aos meus professores pelos conselhos e pelos conhecimentos jurídicos lecionados.

Agradeço ao MMC&Zarif Advogados Associados pela experiência profissional enriquecedora, em especial à Dr. Francisco Magalhães, Dra. Pérola Carvalho, Dr. Luiz Walter e Dra. Marta Coelho e também a todos que de certa forma me ajudaram a crescer profissionalmente e aprender sobre o Direito e a prática forense.

Ao meu orientador, Prof. Cristiano Chaves de Farias, pela paciência e competência com a qual transmitiu seus conhecimentos, contribuindo muito para o aprimoramento deste trabalho. Não posso deixar de mencionar que a escolha temática pra este estudo adveio da sua incrível didática e impecável oratória ao lecionar a matéria Direito de Família em 2015, quando me encantei para sempre com este ramo do direito.

Por fim, a todos que contribuíram de alguma forma durante este caminho.

“O Direito, mais do que nunca, precisa adequar-se às novas realidades, trazendo recursos válidos e eficazes na luta por um Estado democrático, livre e justo, inclusive no tocante às relações jurídicas que se estabelecem através dos meios eletrônicos”.

Viviane Souza de Araújo (2007)

Dedico este trabalho a minha família, meu
esteio e motivação para continuar
perseguindo o sucesso.

RESUMO

O direito probatório é, indubitavelmente, extremamente importante para a justiça, pois as provas compõem boa parte da base de fundamentação das decisões dos mais diversos conflitos judiciais, nos quais um julgador, por meio da convicção do que seria “justo e de direito”, exerce o poder decisório. Esta convicção se dará, na maioria dos casos, por meio dos fatos apresentados nos autos do processo, acompanhados das provas e da demonstração do direito por meio da legislação, doutrina e jurisprudência. Assim, constituem-se matéria de prova todas as alegações controversas que, apresentadas ao julgador, ensejam o necessário esclarecimento dos fatos afirmados por meio das diversas possibilidades probatórias, sejam elas produzidas pelas partes ou recolhidas pelo juiz. Este trabalho tem por intuito abordar as regras constitucionais e processuais especificamente das provas cíveis, restringindo o seu âmbito de pesquisa às provas eletrônicas, no âmbito do Direito de Família. Acredita-se que não se deve conferir o mesmo tratamento ao Direito de Família que é dado aos demais ramos do direito privado, pois, ainda que a lei e as regras probatórias devam ser, em regra, aplicadas sem distinção ao direito material, a efetividade do princípio da isonomia depende da aplicação de uma igualdade material. Essa problemática se torna ainda mais relevante com o advento da tecnologia. Ante o exposto, o objetivo geral deste estudo foi indicar em que situações as provas eletrônicas consideradas ilegais podem ser utilizadas nos processos de família para auxiliar o julgador a formar sua convicção. Para alcançá-lo, buscou-se: discorrer sobre a prova cível sob uma perspectiva constitucional, abordando-se os conceitos de licitude e legitimidade das provas, analisando o conceito e o papel da prova eletrônica; identificar as peculiaridades da utilização das provas eletrônicas nos processos de família; e, verificar as limitações ao uso dos meios eletrônicos e as suas exceções de aplicação. Os procedimentos metodológicos adotados consistiram no estudo exploratório, baseado na pesquisa bibliográfica, realizada em livros e artigos eletrônicos e da jurisprudência. A pesquisa permitiu concluir que a prova ilícita, nos processos de família, é casuística, e seus limites de uso devem ser definidos a partir da utilização da técnica de ponderação de interesses sobre o bem jurídico que precisa ser protegido e o bem jurídico que deve ser sacrificado objetivando proteger a dignidade da pessoa humana. O Direito de Família enseja maiores possibilidades de exceção de uso de provas ilícitas e ilegítimas, principalmente as provas eletrônicas que estão cada vez mais estão intrínsecas ao dia a dia da família brasileira.

Palavras-chave: provas; direito de família; provas ilícitas; prova eletrônica; ata notarial.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	09
2	UMA VISÃO CONSTITUCIONAL DA PROVA CÍVEL	14
2.1	ARCABOUÇO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL DOS MEIOS DE PROVA.....	16
2.1.1	Provas lícitas / ilícitas	18
2.1.2	Provas legítimas / ilegítimas	21
2.2	A FORMAÇÃO DA CONVICÇÃO E OS DESTINATÁRIOS DA PROVA..	22
3	A PROVA ELETRÔNICA	28
3.1	A FÁCIL MANIPULAÇÃO DOS MEIOS ELETRÔNICOS	32
3.2	MEIOS DE ATRIBUIÇÃO DE CONFIABILIDADE AO DOCUMENTO ELETRÔNICO	37
3.3	A ATA NOTARIAL	40
4	A PECULIAR UTILIZAÇÃO DA PROVA ELETRÔNICA NOS PROCESSOS DAS FAMÍLIAS	44
4.1	O USO DOS MEIOS ELETRÔNICOS NAS AÇÕES DE ALIMENTOS....	47
4.2	O USO DOS MEIOS ELETRÔNICOS NAS AÇÕES DE GUARDA COMPARTILHADA.....	55
4.3	O USO DOS MEIOS ELETRÔNICOS COMO MEIO DE PROVA DA PRÁTICA DE ALIENAÇÃO PARENTAL E DESTITUIÇÃO FAMILIAR....	62
4.4	A EXCEPCIONAL POSSIBILIDADE DE USO DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO DE FAMÍLIA.....	76
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	81
	REFERÊNCIAS	84

1 INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário é um dos três poderes que compõem o estado democrático de direito cuja função se demonstra imprescindível para a ordem e a democracia. Deste modo, o estudo do direito e dos seus institutos está diretamente relacionado à manutenção do Estado.

O direito probatório é, sem dúvida, de importância incontroversa para a justiça. Nos estados democráticos de direito, como o Brasil, a sua importância é notória. Isto porque, as provas compõem boa parte da base de fundamentação das decisões dos mais diversos conflitos judiciais.

Os cidadãos que compõem sociedades complexas normalmente demonstram a necessidade constante em resolver os seus conflitos por intermédio de um membro julgador, representante do Estado, que por meio da convicção do que seria “justo e de direito” possui o poder decisório.

Assim, a convicção se dará, na maioria dos casos, por meio dos fatos apresentados nos autos do processo, acompanhados das provas e da demonstração do direito por meio da legislação, doutrina e jurisprudência.

Apesar de a última década ter sido uma fase historicamente revolucionária no que se refere ao incentivo ao método autocompositivo de resolução dos conflitos interpessoais para o direito pátrio o litígio ainda é cotidiano na justiça brasileira e, portanto, o estudo das provas e da sua aplicabilidade prática segue sendo indispensável ao operador do direito.

Isto não significa dizer que o estudo das provas possua relação exclusiva com a prática litigiosa o que se comprova através, por exemplo, da criação da *Ação Autônoma de Produção de Provas*, fundada pelo Código de Processo Civil de 2015 que trouxe a sua instituição e regulação nos artigos 381 e seguintes.

O surgimento deste novo tipo de ação exemplifica a importância das provas na resolução dos conflitos, visto que surge por meio desta ação a possibilidade de evitar o litígio mediante a produção antecipada do conteúdo probatório necessário ao alcance do esclarecimento dos fatos.

Assim, constituem-se matéria de prova as alegações controversas, as quais ao serem apresentadas ao julgador ensejam o necessário esclarecimento dos fatos afirmados por meio das diversas possibilidades probatórias, sejam elas produzidas

pelas partes ou recolhidas pelo juiz, capazes de fornecer elementos e sanar dúvidas para que o julgador esteja convicto e seguro no momento da decisão.

Este conceito de prova se aplica a todos os ramos do direito processual podendo variar apenas os aspectos relacionados aos procedimentos probatórios, isto é, as regras sobre a produção da prova em juízo.

Nessa perspectiva o presente trabalho tem por intuito abordar as regras constitucionais e processuais especificamente das provas cíveis, restringindo o seu âmbito de pesquisa às provas eletrônicas, no que tange os seus limites e possibilidades de uso para que se possa estudar a sua importância e aplicabilidade nos processos de Família.

O Direito de Família merece especial atenção em razão das peculiaridades e da trama que envolve as relações interpessoais. Em que pese seja possível afirmar que este é o mais privado de todos os espaços do direito civil e que a regra no direito de família deve ser a autonomia privada (para que não haja restrição de liberdade) a proteção aos direitos fundamentais reconhecidos na Constituição Federal, notadamente em se tratando de sujeitos de direito vulneráveis, requer legítima intervenção estatal. Isso demonstra que, em que pese o caráter íntimo deste ramo, os institutos aqui abrigados possuem tamanha força constitucional que há necessária proteção estatal em certas situações¹.

O próprio artigo 226² da Constituição Federal leciona que a família é a base da sociedade e, sendo assim, possui proteção especial do Estado (MADALENO, 2019, p. 35). No presente trabalho, foram escolhidas ações específicas do ramo de família para delimitar a apreciação da dos seus institutos.

No que se refere aos alimentos pode-se perceber o seu caráter fundamental por meio da sua inclusão no rol de direitos sociais do Texto Magno - por meio da da Emenda Constitucional 64/2010 - embasado na dignidade humana³ e na obrigação à prestação solidária⁴.

¹ Nesse sentido, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias (2016, p. 50).

² Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;

⁴ Norteada pelo artigo 3º da Constituição Federal: Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e

Já no que se refere às ações de guarda, muitas vezes relacionadas à prática de alienação parental, a proteção necessária está acostada aos seguintes princípios constitucionais: da convivência familiar⁵, da proteção integral e do melhor interesse da criança⁶, do planejamento familiar e da responsabilidade parental, proteção do idoso⁷ e do jovem⁸.

Desse modo, pelas razões a serem expostas no presente estudo acredita-se que não é possível conferir o mesmo tratamento ao Direito de Família em oposição aos demais ramos do direito privado, como o ramo dos direitos reais, tributário, empresarial, entre outros. Isto porque, em que pese a lei e as regras probatórias devam ser, em regra, aplicadas sem distinção ao direito material, a efetividade do princípio da isonomia depende da aplicação de uma igualdade material⁹.

Essa problemática se torna ainda mais relevante com o advento da tecnologia, posto que é preciso compreender quais os limites de utilização dos meios eletrônicos como elementos probatórios, mas também quais as possibilidades de exceção quando se aplica estas questões ao Direito de Família.

O estudo do tema se demonstra relevante para a parte que precisa “provar”, para os advogados que precisam orientar os seus clientes, para os juristas operadores do judiciário (promotores, juízes, entre outros) e para a sociedade como um todo visto que a segurança jurídica que deve ser proporcionada aos cidadãos é considerada um direito fundamental.

Assim, levanta-se o seguinte problema de pesquisa: Quais os limites de uso das provas eletrônicas nos processos de família? A hipótese admitida por este trabalho é de que, pelas suas peculiaridades, o Direito de Família enseja maiores possibilidades de exceção de uso de provas ilícitas e ilegítimas, principalmente as

regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁵ Previsto no artigo 227 da Carta Magna: Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

⁶ Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

⁷ Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

⁸ EC 65/2010 incluiu os jovens como titulares de direitos especiais previstos no artigo 227. Estatuto da Juventude 12.852/2013.

⁹ Aquela que confere tratamento especial a quem necessita para alcançar a igualdade real.

provas eletrônicas que estão cada vez mais estão intrínsecas ao dia a dia da família brasileira.

Ante o exposto, o objetivo geral deste estudo foi indicar em que situações as provas eletrônicas consideradas ilegais podem ser utilizadas nos processos de família para auxiliar o julgador a formar sua convicção. Para alcançá-lo, foram delineados os seguintes objetivos específicos: discorrer sobre a prova cível sob uma perspectiva constitucional, abordando-se os conceitos de licitude e legitimidade das provas, analisando o conceito e o papel da prova eletrônica; identificar as peculiaridades da utilização das provas eletrônicas nos processos de família; e, verificar as limitações ao uso dos meios eletrônicos e as suas exceções de aplicação.

Os procedimentos metodológicos adotados neste trabalho consistiram no estudo exploratório baseado na pesquisa bibliográfica realizada em livros e artigos eletrônicos, a fim de verificar a opinião de diversos autores sobre o tema em análise. Com isso buscou-se construir um referencial teórico que permitisse responder ao problema da pesquisa. Às informações coletadas, deu-se um tratamento qualitativo, procurando-se comparar as visões dos autores pesquisados e encontrar fundamentos que ajudassem a tecer as considerações finais acerca do assunto abordado.

Assim, com base nos objetivos formulados o texto foi desenvolvido em cinco seções, sendo a primeira esta introdução. Na segunda seção abordou-se a visão constitucional da prova cível, discorrendo-se acerca do arcabouço constitucional e processual dos meios de prova, classificando-se em seguida as provas como lícitas, ilícitas, legítimas e ilegítimas, a fim de se contextualizar o objetivo maior da prova, qual seja, a formação da convicção dos seus destinatários.

Na terceira seção, foi conceituada a prova eletrônica e avaliada a importância do seu estudo. Foram avaliadas as limitações ao uso dos meios eletrônicos, evidenciando-se a fragilidade desses meios no que tange sua manipulação, bem como a possibilidade de se lhe atribuir confiabilidade e, ainda, uma análise acerca do instrumento da ata notarial.

Na quarta seção debateu-se a utilização peculiar da prova eletrônica nos processos de família, discutindo-se o uso particular desse tipo de prova nas ações de alimentos, de guarda compartilhada, de alienação parental e destituição familiar, visando ao fim avaliar a possibilidade de se admitir uma prova ilegal (ilícita e ilegítima) para a formação do convencimento do juiz.

A quinta seção consiste nas considerações finais, espaço destinado à apresentação das constatações às quais se chegou com a pesquisa, verificando-se se todos os objetivos foram alcançados e respondendo-se ao problema de pesquisa, o que permitirá confirmar ou refutar a hipótese inicialmente admitida.

2 UMA VISÃO CONSTITUCIONAL DA PROVA CÍVEL

A doutrina constitucionalista¹⁰ como um todo elenca o direito de acesso à justiça, à segurança jurídica, ao devido processo legal e às garantias ao contraditório e a ampla defesa como alguns dos direitos fundamentais individuais e coletivos. Não é preciso longa análise para perceber que tais direitos constitucionais possuem ligação direta com o direito probatório e deste modo, reafirmar a relevância constitucional da prova.

Nesse sentido, Costa e Rino (2011, p. 9) acreditam que, no âmbito do estado democrático de direito, a teoria geral das provas deve ser vista como a oportunidade de efetivação discursiva dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e da inafastabilidade do controle jurisdicional, uma vez que viabiliza a construção legítima da justiça.

O próprio direito de acesso ao poder judiciário traz implicitamente o direito a prova como uma forma de prestação jurisdicional justa e adequada aos fatos objeto do litígio (ÁVILA, 2007, p. 87).

Ocorre que o motivo principal para o surgimento da problemática que gira em torno do direito probatório é que, por vezes, o exercício deste direito pode vir a colidir com outros direitos constitucionais tais como a intimidade, a privacidade e outros. Assim, a fim de impedir prováveis infrações a direitos constitucionais é que são instituídos limites legislativos à produção de provas que serão apresentadas aos autos de um processo judicial.

Por força da Carta Magna, em função da sua posição hierárquica - como disposto na pirâmide Kelseniana - se demonstra indispensável iniciar o estudo probatório lembrando que qualquer possibilidade de violação à Constituição da República Federativa do Brasil poderá ser objeto de controle de constitucionalidade.

Assim, em se tratando de infração a um direito constitucional, é proporcionado aos três poderes do estado democrático de direito o sistema de controle de constitucionalidade. O Brasil adotou o sistema misto que proporciona ao Supremo

¹⁰ José Afonso da Silva (2001), Celso Ribeiro Bastos (2010), Gilmar Ferreira Mendes (2012), Dirley da Cunha Júnior (2016), entre outros, elencam tais princípios que merecem ser citados visando à compreensão da visão constitucional da prova cível.

Tribunal Federal o controle concentrado e ao sistema judiciário como um todo o poder de exercício do controle difuso.

Isso significa dizer que possíveis questões inconstitucionais, inclusive probatórias, poderão ser controladas tanto pelo Supremo Tribunal Federal, quanto por todos os tribunais do país, o que enseja uma proteção ainda maior aos direitos constitucionais. Contudo, sabe-se que nem mesmo os direitos constitucionais possuem caráter absoluto e, portanto, podem sofrer relativizações. Em certas situações é possível o conflito entre duas normas ou princípios constitucionais, o que ensejará uma ponderação ainda mais complexa.

Desse modo, uma vez que o processo é o meio que o Estado disponibiliza na figura do Poder Judiciário para ser acionado por indivíduos em conflito de interesses visando a sua resolução. É coerente afirmar que este mecanismo seja orientado pelo elemento informador da unidade e da organização estatal, a Constituição (MEDEIROS, 2014, p. 1).

Nesse sentido, ainda com base no pensamento da mencionada autora se os conflitos surgem no mundo dos fatos e são transpostos ao mundo processual por meio da demanda judicial, é função inerente aos demandantes utilizarem meios que sejam capazes de convencer o julgador sobre a legitimidade da correlação que fazem entre os fatos alegados e o direito pretendido.

É fato que o litígio decorre tecnicamente de alegações controversas entre as partes que precisam demonstrar em juízo os esclarecimentos necessários a alcançar a incontroversa do quanto alegado. Esta linha de explicação da necessidade de produção de provas no processo é aquela posta por Carnelutti (1982, p. 15) que vislumbra os acontecimentos controversos como os fatos afirmados por uma ou algumas das partes e não admitidos pela parte contrária. Para o autor, existiria uma zona neutra de ações afirmadas que constituiriam pontos controversos ensejando, na maioria das vezes, a necessidade de produção de provas.

Assim, como cada caso concreto sempre vai possuir determinadas especificidades, as provas acabam sendo, na maioria dos litígios processuais, o elemento determinante para a fundamentação do *decisium*.

2.1 ARCABOUÇO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL DOS MEIOS DE PROVA

É necessário salientar a previsão máxima atribuída ao direito probatório. O artigo 5º da Constituição Federal, conhecido pelas inúmeras garantias conferidas aos cidadãos, reconheceu, dentre outros diversos direitos fundamentais, o direito ao contraditório e à ampla defesa no inciso LV.¹¹

O direito à prova é também previsto em tratados internacionais. Alguns exemplos são a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), por meio do Decreto nº 678/92, no artigo 8º que trata das garantias judiciais (BRASIL, 1992) e o Pacto internacional dos direitos civis e políticos, por meio do Decreto nº 592/92, no seu art. 14, inciso 2 (BRASIL, 1992).

O direito fundamental à prova, por sua vez, possui conteúdo complexo no ordenamento pátrio e se compõe de alguns direitos. O direito à adequada oportunidade de requerer, produzir, participar e manifestar-se acerca da produção da prova assim como o direito ao exame pelo órgão julgador. (DIDIER JÚNIOR; BRAGA, OLIVEIRA, 2016, p. 47).

Além disso, o direito à produção de provas, extraído por meio do elenco axiológico que pode ser esculpido da Lei Maior, “é reconhecido como um direito constitucional implícito”. Este direito estaria encartado “dentre as garantias fundamentais que decorrem das manifestações do devido processo legal” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 664).

“O devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e o contraditório”, sendo aquela o direito que assegura o réu a condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer as suas alegações ou mesmo de omitir-se ou calar-se se entender necessário. Já o contraditório refere-se ao direito de exteriorização da ampla defesa impondo a condução dialética do processo (MORAES, 2012, p. 111).

Apesar da ampla proteção conferida ao direito probatório, não só pela Carta Magna, mas pelo ordenamento como um todo e mais especificamente pelo Código de

¹¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]; 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 (BRASIL, 1988).

Processo Civil “não se pode concluir que este é um direito absoluto e ilimitado” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 666).

Isto porque, outras proteções constitucionais podem entrar em conflito no momento do exercício do direito *probandi*. Mas à título exemplificativo, podem-se elencar os direitos à intimidade, a vida privada, honra e imagem, inviolabilidade domiciliar, sigilo de dados, de correspondência e de comunicação, entre outros.

Nas palavras de Mendes e Branco (2012, p. 499) deve se perceber que “a amplitude do princípio da ampla defesa comporta mitigações, uma vez que o próprio direito se submete às restrições determinadas por outros direitos ou deveres fundamentais que operam nos casos concretos por vezes em sentidos opostos”.

Tavares observa “o direito de defesa como um direito, mas também um ônus, uma vez que a decisão de não apresentar defesa implica no aceite das consequências” (2013, p. 592). Segundo o referido autor o réu não possui uma liberdade de opção, ele sempre se encontrará em posição menos favorecida pois ainda que possa se defender, o autor escolhe entre apresentar a ação ou não com ampla escolha do momento favorável para isto, vinculando o réu a partir desta escolha.

Este mesmo autor ainda trata da ampla defesa como “o direito a ser informado da acusação inicial, e de todos os fatos arrolados, assim como do impulso oficial e dos demais atos da outra parte”, o que envolve o direito à publicidade ou, no caso de processo sigiloso, o direito de acesso em razão dos processos que correm em segredo de justiça como na área do direito de família (TAVARES, 2013, p. 614).

Avançando para o arcabouço processual das provas e analisando uma posição processualista, a definição de prova é colocada como “a relação concreta entre a verdade e o espírito humano nas suas especiais determinações de credibilidade, probabilidade e certeza” (MALATESTA, 2004, p. 87).

O processualista Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 47) esclarece também a diferença entre o conceito de fonte de prova e meio de prova, distinção esta indispensável à compreensão do tema em análise, como se vê:

Hoje sabemos que *fontes de prova* são elementos externos ao processo e possivelmente existem até antes dele, sendo representadas por pessoas ou coisas das quais se possam extrair informes úteis ao julgamento; e *meios de prova* são as técnicas destinadas a atuar sobre as fontes e delas efetivamente extrair o conhecimento dos fatos relevantes para a causa.

Interessa também recordar os momentos processuais da prova: requerimento (pelas partes), admissão (juízo de admissibilidade), produção da prova e valoração

(momento da decisão final quando a prova deve ser valorada para efeito da decisão) (AVOLIO, 2003).

Feitos tais esclarecimentos basilares outra classificação processual merece breves esclarecimentos. Trata-se de compreender a diferenciação entre as provas típicas e atípicas, sendo estas as que não possuem regulação expressa na legislação e aquelas as provas textualmente identificadas em lei (MADALENO, 2014). As provas atípicas, ou menos convencionais, surgem indiretamente de diversas passagens da legislação processual que podem servir como elementos de revelação da verdade.

Alguns exemplos genéricos das provas típicas estão no artigo 212 do Código Civil¹² que admite a prova do fato jurídico através da confissão, documentos, testemunhas, presunção ou perícia, enquanto que o artigo 140 do Código de Processo Civil¹³ (BRASIL, 2015) fala sobre a inspeção judicial de pessoas ou coisas como importante elemento de pesquisa. Como exemplo de provas atípicas há a prova emprestada ou a certificação em mandado pelo oficial de justiça de passagem fática que interesse à elucidação de algum fato que diga respeito ao processo (MADALENO, 2014).

As provas atípicas não são estranhas ao ordenamento processual brasileiro pois a lei brasileira aceita todos os meios de prova em direito admitidos. Esta informação decorre da expressa autorização para a produção de provas atípicas conferida pelo Código de Processo Civil nos termos do artigo 369¹⁴.

Desta disposição legal surge “o princípio da liberdade dos meios de prova, que implica a plena admissibilidade dos meios de prova idôneos a formar a convicção do juiz, ainda que não estejam expressamente previstos” (ÁVILA, 2007, p. 90).

Sabendo que as provas atípicas são, portanto, amplamente aceitas no ordenamento jurídico, é necessário avaliar o posicionamento firmado pela doutrina acerca das provas ilícitas e ilegítimas.

2.1.1 Provas lícitas/ ilícitas

¹² Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: I - confissão; II - documento; III - testemunha; IV - presunção; V – perícia.

¹³ Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

¹⁴ Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

O conceito da prova ilícita possui relevância no presente trabalho, posto que a licitude do meio de prova é um dos principais limitadores ao uso das vias probatórias. Desse modo, ainda que brevemente, necessária se faz a sua conceituação e a sua diferenciação do que se entende por prova ilegítima, haja vista que tal divergência auxilia a compreensão conceitual.

No que se refere ao conceito de prova lícita, assim como o conceito de prova típica, este também pode ser extraído do supramencionado artigo 369¹⁵ do Código de Processo Civil, que parece traduzir o caráter ético e sistemático¹⁶ da legislação pátria.

Inicialmente, mister se faz esclarecer a distinção apontada por Bernardo Gonçalves Fernandes (2015, p. 461) quando ele ressalta que o legislador constitucional determinou a proibição de uso da prova obtida por meio ilícito; ou seja, não é a fonte de prova que é ilícita, mas, sim o meio de obtenção da mesma que pode torná-la ilícita.

Boa parte da doutrina¹⁷ afirma que ambas as infrações ensejam a ilegalidade, mas que são melhor divididas conceitualmente da seguinte forma: ilícitas seriam aqueles que infringem o direito material e ilegítimas aquelas que violam o direito processual. Em análise acerca das provas ilícitas, percebe-se que o conceito doutrinário acima exposto é extraído do artigo 5º inciso LVI da Constituição Federal¹⁸.

Seguindo esta lógica, Neves acredita que o momento da verificação acerca da ilegitimidade, que seria no momento da produção da prova no processo, e da prova ilícita, no momento da coleta da prova no mundo exterior ao processo. (2017, p. 751)

Na opinião de Madaleno a prova ilicitamente produzida fere de morte os direitos fundamentais previstos na constituição relativamente ao direito a intimidade, liberdade e dignidade humana, além de outras garantias definidas em normas

¹⁵ Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

¹⁶ Se compreende a forma sistemática de interpretação da lei como aquela que engloba os ensinamentos e determinações jurídicas intrínsecas em todas as codificações, estatutos, decretos e outros, visando se aplicar um só direito.

¹⁷ Esta é também a definição considerada por Farias e Rosenvald (2015, p. 679), segundo os quais é possível dizer que “as provas ilícitas se caracterizam por defender a norma de direito material” (constituição federal ou a norma infraconstitucional de cunho substancial), não se confundindo com as provas ilegítimas, que são aquelas obtidas com desrespeito às normas de direito processual. Bernardo Gonçalves Fernandes (2017, p. 461) também distingue desta maneira.

¹⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

infraconstitucionais, como a integridade física, propriedade, inviolabilidade de domicílio, o sigilo e a comunicação telefônica. (2014)

Moraes ainda complementa as exemplificações com a tortura psíquica, quebra dos sigilos fiscais, bancário e, também, o telefônico, ressaltando a ausência de ordem judicial devidamente fundamentada. (2012, p. 115)

Isso demonstra o motivo pelo qual o assunto acerca da utilização das provas ilícitas se torna amplamente complexo. De uma ótica, a dignidade da pessoa humana é ferida a partir do uso destes meios ilícitos, mas, pode também, como ocorre em muitos casos ser o único meio de proteção de um direito fundamental embasado na garantia da proteção da dignidade da pessoa humana, como por exemplo, interceptação telefônica que demonstre a inocência do acusado.

É o que Cândido Rangel Dinamarco sintetiza ao afirmar que, no sistema probatório, o veto às provas ilícitas significa a limitação do direito à prova, enquanto no sistema constitucional ele é instrumento democrático de resguardo à liberdade e à intimidade (2009, p. 48).

Da jurisprudência também é possível se extrair conceitos práticos em face da sua possibilidade em delinear e aplicar a proibição da prova ilícita nos casos concretos. Desta maneira, inúmeras são as possibilidades de se verificar a ilicitude da prova nos julgados brasileiros, seja pelo motivo mais incidente, qual seja a direta violação à intimidade, privacidade, sigilo de dados ou mesmo pela violação à proteção processual ao segredo de justiça:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. FURTO E QUADRILHA. APARELHO TELEFÔNICO APREENDIDO. VISTORIA REALIZADA PELA POLÍCIA MILITAR SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL OU DO PRÓPRIO INVESTIGADO. VERIFICAÇÃO DE MENSAGENS ARQUIVADAS. VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE. PROVA ILÍCITA. ART. 157 DO CPP. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO. 1. Embora a situação retratada nos autos não esteja protegida pela Lei n. 9.296/1996 nem pela Lei n. 12.965/2014, **haja vista não se tratar de quebra sigilo telefônico por meio de interceptação telefônica, ou seja, embora não se trate violação da garantia de inviolabilidade das comunicações, prevista no art. 5º, inciso XII, da CF, houve sim violação dos dados armazenados no celular do recorrente (mensagens de texto arquivadas - WhatsApp).** **2.** No caso, deveria a autoridade policial, após a apreensão do telefone, ter requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados armazenados, haja vista a garantia, igualmente constitucional, à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, prevista no art. 5º, inciso X, da CF. Dessa forma, a análise dos dados telefônicos constante dos aparelhos dos investigados, sem sua prévia autorização ou de prévia autorização judicial devidamente motivada, revela a ilicitude da prova, nos termos do art. 157 do CPP. Precedentes do STJ. **3.** Recurso em habeas corpus provido, para reconhecer a ilicitude da colheita de dados do aparelho telefônico dos investigados, sem autorização judicial, devendo mencionadas provas, bem

como as derivadas, serem desentranhadas dos autos." **RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 89.981 - MG (2017/0250966-3)** (Grifos).

APELAÇÃO CÍVEL – OFENSA A HONRA – DANO MORAL – VIOLAÇÃO DE SEGREDO DE JUSTIÇA – PROVA ILÍCITA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. Tramitando a ação em segredo de justiça, mostra-se ilícita a prova obtida a partir da violação desse segredo, com entrega de peças restritas à pessoa envolvida no âmbito das relações que interessavam ao julgamento da causa. (Ap 17008/2018, DES. JOÃO FERREIRA FILHO, PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, Julgado em 21/08/2018, Publicado no DJE 27/08/2018) (TJ-MT - APL: 00087368120128110041170082018 MT, Relator: DES. JOÃO FERREIRA FILHO, Data de Julgamento: 21/08/2018, PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, Data de Publicação: 27/08/2018). (Grifos).

Em que pese a definição da prova ilícita como aquela que viola direito material seja muito utilizada, seja para conceituar a prova ilícita, seja para distingui-la da prova ilegítima, a doutrina não é unânime na definição do que vem a ser prova ilícita.

Nilton Luiz de Freitas Baziloni afirma que, quando a Constituição Federal determina a não aceitação de prova obtida por meios ilícitos, é de se compreender que não se admite prova colhida em desacordo com o sistema jurídico como um todo (2009, p. 269-288).

Didier Júnior, Braga e Oliveira (2019, p. 115) coadunam com a ideia de Baziloni (2009, p. 269-288), contudo, com críticas mais severas à classificação doutrinária. Acreditam que a distinção é artificial e que a melhor definição de prova ilícita está elencada no artigo 157 do Código de Processo Penal¹⁹, o qual reputa a prova ilícita como aquela que contraria norma legal ou constitucional.

Para fins didáticos, será adotado pelo presente trabalho ambas as denominações, distinguindo os conceitos quando necessário e restringindo-se a se referir a uma espécie de prova ilegal ou ilícita *latu senso* quando apropriado. Assim, será possível analisar ao final, a excepcional possibilidade de utilização da prova eletrônica obtida por meio ilegal nos processos de família.

2.1.2 Provas legítimas x ilegítimas

Ante o exposto no tópico anterior, as provas ilegítimas são aquelas que ferem o direito processual, sendo este conceito amplamente sustentando por parte da doutrina. Alguns exemplos práticos da prova ilegítima seriam a prova produzida por

¹⁹Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

meio de quebra de sigilo profissional a exemplo do Psicólogo, a prova consistente de depoimento escrito pelo patrono da parte, prova produzida por meio de depoimento das confissões feitas ao padre, que deve guardar segredo religioso; testemunho do parente consanguíneo ou por afinidade (sendo estes exemplos aplicáveis aos processos cíveis em geral).

Daniel Amorim Assumpção Neves julga importante observar que, mais importante que a distinção entre prova ilícita e ilegítima é a gravidade da violação (2017, p. 752). Uma ofensa à norma de direito processual, como por exemplo a testemunha autorizada a entregar depoimento por escrito pode ser considerada inconstitucional do mesmo modo que a ofensa a uma norma de direito material, a exemplo da interceptação de correspondência.

Deste modo, a avaliação quanto a legitimidade da prova vai ocorrer mediante o caso concreto em que se observará se a norma que sofre uma violação é uma norma processual, o que segundo parte da doutrina caracterizará uma prova ilegítima.

A compreensão quanto a distinção do conceito de legitimidade e licitude é básico para o estudo do tema direito probatório e suas limitações. Portanto, feitos estes breves esclarecimentos técnicos, passar-se-á aplica-los no englobamento prático no que se refere ao seu objetivo final, que é a admissão da prova para a formação da convicção dos destinatários da prova.

2.2 A FORMAÇÃO DA CONVICÇÃO E OS DESTINATÁRIOS DA PROVA

A conclusão efetiva da demanda judicial exige a convicção do juiz e, para isso, a utilização dos meios de prova adequados à persuasão do magistrado é indispensável à elucidação dos fatos visando o alcance de uma decisão coerente para cada caso concreto. Para tanto, é necessária, antes de tudo, a admissão do meio probatório utilizado, posto que, uma vez inadmitido poderá sofrer o desentranhado dos autos.²⁰

²⁰ “Procedeu-se a degravação em ata notarial e a postulação de juntada nos autos, o que foi indeferido pelo magistrado, com o conseqüente desentranhamento” AGRADO DE INSTRUMENTO. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL CUMULADA COM GUARDA, ALIMENTOS E PARTILHA DE BENS. GRAVAÇÃO CLANDESTINA. OITIVA DA MENOR. As gravações realizadas na casa da genitora constituem prova clandestina, pois obtidas sem autorização judicial, violando assim o disposto no inciso X do art. 5º da CF/88. Eventuais atos de alienação parental podem ser comprovados por meios lícitos, previstos em lei. Ao juiz é destinada a prova, cabendo-lhe deferir a

Segundo Rogéria Dotti Doria, prova e verdade são conceitos fundamentais no direito processual civil moderno e não seria exagero dizer que a busca pela verdade material é tão importante para o processo civil quanto a luta por uma prestação jurisdicional mais célere e eficaz, frise-se que esta é extremamente vislumbrada (2009, p. 323-328). Ainda segundo a referida autora “é a verdade quem – acima de tudo – garante o respeito às decisões judiciais” (2009, p. 324). A autora destaca também que a verdade no processo civil somente se faz cognoscível por intermédio dos meios de prova e deste modo a busca da verdade deve priorizar e valorizar a produção da prova.

No que se refere a formação de convicção do juiz, assevera Gonçalves (2010, p. 389) que “as provas são meios utilizados para formar o convencimento do juiz a respeito da existência de fatos controvertidos que tenham relevância no processo”.

Para Madaleno a função processual da prova é fornecer ao juiz os elementos e argumentos de sua decisão, afastando suas dúvidas e inquietações para que possa concluir com segurança e convicção (2019, p. 289). Este autor acredita que só há necessidade de produção de prova daquelas alegações contestadas cuja verossimilhança precisa ser comprovada, pois influenciará fundamentalmente a sentença.

Ocorre que seria uma utopia acreditar que as provas sempre levam a real verdade dos fatos. Sobre este ideal jurídico, Costa e Rino esclarecem que as provas em verdade não possuem a finalidade de reconstituir a verdade dos fatos alegados em juízo, mas esclarecer a pretensão deduzida que poderá ou não culminar na reconstituição da veracidade dos acontecimentos. A ideia seria proporcionar condições científicas para a aplicabilidade do princípio da fundamentação nas decisões judiciais e esclarecer o objetivo da pretensão deduzida em juízo (COSTA; RINO, 2011, p. 9-27).

Estas condições científicas seriam aqueles conhecimentos técnicos não atribuídos à função do magistrado como, por exemplo, a necessidade de realização e

realização daquelas que entender necessárias ao deslinde do feito. A oitiva da infante poderá ser realizada, posteriormente, se assim entender cabível o juízo, após a oitiva das testemunhas. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravado de Instrumento Nº 70057151524, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 12/12/2013) (TJ-RS - AI: 70057151524 RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 12/12/2013, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 17/12/2013).

esclarecimento do resultado do exame médico de comparação de DNA muito utilizado nos processos de investigação de paternidade.

De acordo com Madaleno o juiz não deve se restringir à iniciativa probatória dos litigantes, uma vez que sua atuação na demanda vai além da mera expectativa (2014). Ao contrário, ele pode e “deve, de ofício, comandar a busca dos elementos comprobatórios havidos como necessários à instrução do processo, inclusive indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias” conforme estabelece o artigo 130 do Código de Processo Civil²¹.

No que se refere ao princípio do livre convencimento do juiz, o direito brasileiro adota a teoria da persuasão racional, em que o juiz é livre para decidir. Todavia, tem a obrigação de fundamentar sua decisão indicando as razões que o levaram aquela conclusão, ideia esta que pode se extrair dos artigos 131²² e 458²³ do antigo Código de Processo Civil (BRASIL, 1973), recepcionado e ampliado pelo novo código respectivamente nos artigos 371²⁴ e 489²⁵ (BRASIL, 2015).

²¹ Art. 130. É admissível o chamamento ao processo, requerido pelo réu: I - do afiançado, na ação em que o fiador for réu; II - dos demais fiadores, na ação proposta contra um ou alguns deles; III - dos demais devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns o pagamento da dívida comum (BRASIL, 2015).

²² 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 (BRASIL, 1973).

²³ Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a summa do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem (BRASIL, 1973).

²⁴ Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento (BRASIL, 2015).

²⁵ Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a summa do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé (BRASIL, 2015).

Quanto aos artigos 458 e 489, está clara a amplitude que o novo código concedeu à importância dos fundamentos da sentença uma vez que trouxe uma previsão muito mais extensa acerca dos requisitos da validade da decisão visando respeitar amplamente o princípio da decisão motivada e da boa fé processual.

A modificação extensiva legislativa deixa clara a necessidade de ampla fundamentação do *decisium* para que fiquem claro os motivos técnicos e fáticos que o levaram a tomar aquele posicionamento. Além de conhecê-los, é necessário compreender o embasamento jurídico destes meios probatórios. Reconhecer a sua previsão constitucional e processual e, ainda mais importante em termos práticos, as suas limitações. Em reforço, Madaleno (2014, p. 1) assevera que:

Os meios probatórios buscam alcançar a verdade e a partir dela ou o mais próximo possível da realidade realizar a justiça das decisões judiciais, mas não uma justiça a qualquer preço e sem nenhum limite, tendo em conta que certos meios probatórios podem ser vetados, quando afetam direito fundamental considerado mais relevante.

Desse modo, a utopia de se encontrar a verdade dos fatos por meio das provas em todos os casos apresentados ao poder judiciário se esbarra, em alguns momentos, na impossibilidade de reconstrução perfeita da verdade, mas também nos limites impostos ao direito probatório como um direito relativo que sofre delimitações em razão de outras proteções asseguradas constitucionalmente.

A verdade absoluta sobre o fato ocorrido é, contudo, inatingível. Muito é estudado acerca do conceito filosófico de verdade, mas, como já afirmado, é utópica a ideia de encontrá-la com total precisão. Alguns autores acreditam no conceito de verdade formal, ou seja, a busca pela verdade no que está posto nos autos do processo.

Sobre o tema, em coerente abordagem do tema, Didier Júnior, Braga e Oliveira dispõem que é correto asseverar a verdade absoluta como inatingível e que seria uma utopia atingir a verdade real sobre os fatos, pois a verdade está exclusivamente no campo axiológico, ou seja, na valoração que se faz sobre afirmações como sendo verdadeiras ou falsas (2019, p. 59-61). Por outro lado, os referidos autores discordam da diferença conceitual que se faz acerca da verdade fora e dentro do processo, ou a velha dicotomia verdade material x verdade formal, ainda aplicada por alguns autores, uma vez que a verdade, mesmo que buscada em ambiente externo ao processo, é relativa ao contexto em que ela é perseguida.

Num âmbito processual, esses autores defendem a cooperação das partes em busca da verdade para uma resolução justa do conflito, observadas as limitações do devido processo legal, e exemplificam: a proibição da prova ilícita.

Sobre esta afirmação, o presente estudo, com enfoque no Direito de Família, possui opinião diversa, mas concorda com os aludidos autores quando afirmam que a decisão que põe fim ao processo não será justa se estiver embasada numa reconstrução falsa dos fatos. Esta constatação é indiscutivelmente verdadeira posto que a alteração dos fatos jamais poderá ser justificada pela busca de qualquer direito.

Contudo, não são as alterações ilícitas sobre os fatos que impedem algumas provas de serem admitidas, mas sim o caráter axiológico da Carta Magna que protege a intimidade, a privacidade, o sigilo e as regras e princípios processuais como um todo. Não se pretende dizer, também, que estes devem ser banalizados, mas apenas excepcionados.

Ainda sobre o tema verdade formal x verdade real, os processualistas Marinoni, Arenhart e Mitidiero criticam também esta definição (2019, p. 255). Quanto ao conceito de verdade real/absoluta, os autores fazem críticas que se relacionam diretamente com o foco do presente trabalho:

Por se tratar de um conceito absoluto, sua ligação com a atividade probatória é inviável. O processo não tem condições de reconstruí-las e, muitas vezes, renuncia à sua busca. Pense-se, por exemplo, na exclusão das provas ilícitas, nas vedações legais ao emprego de determinados meios de prova em certas circunstâncias ou nas provas tarifadas, eventualmente admitidas.

Ou seja, os autores observam os limites impostos ao direito probatório, inclusive no que tange o resguardo de interesses (como a intimidade e o silêncio), bem como a imposição sobre a eficácia de certos meios probatórios perante a condição de formalidades (como o uso do instrumento público), e questionam como um modelo com tantos obstáculos poderia se comprometer com a chamada verdade “material”, “absoluta” ou “real”.

Quanto aos “reais destinatários das provas”, o Código de Processo Civil de 2015 deixou ainda mais clara a mensagem que os reais destinatários do direito probatório são, em verdade, todas as partes do processo e não apenas aquele que o julga (BRASIL, 2015).

Em que pese não seja uma ideia amplamente difundida, “as partes, assim como o juiz, são destinatários diretos das provas, pois a elucidação dos fatos pode, por exemplo, levar as partes à auto composição” (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 57).

Ademais, Rodolfo Pamplona Filho (2019), em sua exposição no IX Encontro de Direito Civil e Processo Civil acerca do tema “Mídia eletrônica e redes sociais como meio de provas”, expôs a sua opinião acerca do tema e aduziu que “provar é formar convicção” e em que pese o destinatário da prova seja a sociedade como um todo, objetivamente, quem se busca atingir é o poder judiciário na figura do magistrado.

Não se discorda da ideia de que convencer o julgador do que se alega é o principal objetivo do litigante. Porém, a produção de provas possui outros escopos. O convencimento das próprias partes é também de suma importância e demonstra que o convencimento do julgador não é o único objetivo do direito probatório.

Isso porque, como mencionado, é possível evitar a continuação do litígio por meio da comprovação dos fatos alegados quando se demonstra para a parte contrária que, como diz o ditado popular, contra fatos (comprovados diga-se de passagem) não há argumentos. Isto pode em muitos casos ensejar uma resolução amigável, o que é sempre desejável e, inclusive, muitas vezes a melhor solução, por exemplo, para o melhor interesse do menor.

3 A PROVA ELETRÔNICA

A sociedade como um todo vive novos paradigmas e novas problemáticas surgirão a partir disto. Deste modo, o direito como uma ciência mutável precisa se adaptar às mudanças e os profissionais desta área devem estar atentos a esta nova realidade.

O estudo atualizado do direito probatório também sofre mutações em razão da evolução da tecnológica e das alterações no comportamento social. Esta ideia se coaduna com o pensamento de Marcacini (1999, p. 1), que aduz:

O progresso da ciência sempre traz consigo uma mudança nos hábitos e comportamentos das pessoas. E destes novos relacionamentos humanos surgem novas relações jurídicas, ou novos fatos jurídicos a serem objeto de regulação por parte do Direito. Nunca, porém, o avanço da tecnologia se fez tão presente no cotidiano como ocorre nos dias de hoje, com a informática. O fenômeno se destaca não só pela multiplicidade de usos que se pode dar a um computador, mas também pela incrível popularização que esta tecnologia alcançou, alterando sensivelmente o modo de vida em sociedade.

Não há dúvidas de que a diversidade dos novos meios de comunicação e interação social, trazidos com o avanço tecnológico dos séculos XX e XXI, influenciam diretamente em novos meios possíveis de produção de prova. Estes meios avançam e se intensificam a cada novo ano, o que requer do profissional e dos estudiosos do direito uma avaliação acerca dos impactos da nova era virtual dentro do âmbito do processo, uma vez que os meios comprobatórios estão cada vez mais diversificados e precisam ser conhecidos por aqueles que irão apresentá-los, avaliá-los e julgá-los.

O direito na sua função regulatória do relacionamento entre as pessoas não pode permanecer estático em face do sistema de comunicação de vontade dinâmico e inovador. Os documentos tradicionais em papel, há tempo, vêm sendo superados nas mais diversas áreas de atuação de mercado, seja na economia por meio dos sistemas operacionais bancários informáticos, seja na relação estado-indivíduo, a exemplo das relações tributárias entre o fisco e o contribuinte (THEODORO JÚNIOR, 2019, p. 1017).

As novas tecnologias, os smartphones, os aplicativos, os novos meios de gravação e comunicação e, principalmente, as redes sociais influenciaram a interação humana no século XXI de uma maneira jamais alcançada na história. Avaliar estes “meios” como tecnologias sem mensurar o alcance e o impacto disto na vida de todos os seres humanos é fechar os olhos para uma realidade já sedimentada.

A consideração feita por Garcia e Santos (2013, p. 27) acerca do aspecto cultural no que tange os meios eletrônicos também é extremamente relevante à compreensão da importância do uso dos novos meios tecnológicos no direito probatório:

Não é possível desvincular os conceitos de efetividade e acesso à justiça do atual estágio de evolução da informática e da relação desta com a atividade fim do Poder Judiciário. A forma de se pedir e obter provimentos jurisdicionais vem passando por uma radical alteração de paradigmas na era da informatização, que não tem a ver apenas com a governança eletrônica, mas também com a criação de novas fontes de provas de relações jurídico-sociais das quais se originou a lide.

O rol de provas previsto no Código de Processo Civil não é taxativo, mas alguns meios de prova são vistos com maior frequência e são mais tradicionais nas demandas judiciais. Deste modo, existem vários meios típicos de prova. São eles, principalmente, o documental, o pericial e o testemunhal. Dentre as provas documentais, há o documento eletrônico que é definido por Augusto Tavares Rosa Marcacini (1999, p. 1) do seguinte modo:

O documento eletrônico é, então, uma sequência de bits que, traduzida por meio de um determinado programa de computador, seja representativa de um fato. Da mesma forma que os documentos físicos, o documento eletrônico não se resume em escritos: pode ser um texto escrito, como também pode ser um desenho, uma fotografia digitalizada, sons, vídeos, enfim, tudo que puder representar um fato e que esteja armazenado em um arquivo digital.

Humberto Theodoro Júnior (2019, p. 1017) esclarece que documento é, no mundo da prova judicial, uma coisa que registra ou reproduz um fato e, sendo assim, não são apenas os papéis escritos, pois compreendem, segundo a lei processual, também os desenhos, mapas, fotografias, sons ou imagens gravadas em fitas, filmes, discos, vídeos, etc.

Em tese, os documentos eletrônicos são lícitos e plenamente possíveis como fonte de prova. Porém, com a exorbitante evolução tecnológica que se vive nos tempos atuais, faz-se necessária especial atenção com a maneira de utilização destes meios eletrônicos.

“Objeto de entusiasmo, e de não menor preocupação, o documento eletrônico integrou-se na realidade social contemporânea.” É sob esta ótica e, portanto, em consonância com a motivação do presente estudo, que Araken de Assis (2015) analisa este importante meio probatório. O aludido autor cita a MP 2.200/2001 (regula a assinatura digital) e a lei 11.419/2006 (dispõe sobre a informatização do processo judicial) como norteadores do conceito estrito de documento eletrônico no direito brasileiro.

Humberto Theodoro Júnior (2019, p.1017) também menciona as referidas legislações e acrescenta a Lei 12.686/2012, a qual regula a elaboração e o arquivamento de documentos em meio eletromagnéticos e, ainda, o Código de Processo Civil de 2015 que, nas palavras do autor, reconhece a força de prova documental aos documentos eletrônicos nos artigos 439 a 441²⁶.

No que se refere à MP 2.200/2001, Assis (2015) defende, apesar das opiniões em contrário, que não se pode rejeitar a eficácia probatória dos documentos eletrônicos desacompanhados de certificação digital. Vale o comentário que esta ideia coaduna com a flexibilização processual aplicada ao Direito de Família ora defendida.

No direito de família, os meios de prova sempre foram de grande necessidade e utilidade prática nos processos. Por isso, não há como imaginar novos meios de prova surgindo sem que haja grandes impactos nesta área. A investigação de paternidade, como um breve exemplo, pode se utilizar de diversos meios de prova para sua fundamentação, a fim de demonstrar a existência de relacionamento entre o suposto genitor e a genitora, buscando comprovar a coincidência entre a suposta relação sexual e a concepção do investigante. Pode-se imaginar o impacto do aprimoramento dos testes de DNA para o direito de família.

Ainda assim, outros meios de prova são usualmente utilizados neste tipo de ação judicial. Documentos como certidão de nascimento, declarações, cartas, cartões e bilhetes, sempre foram utilizados nessas ações de investigação de paternidade e hoje com a informatização dos meios de comunicação, a tendência é que cada vez mais os novos meios de provas documentais e eletrônicos sejam utilizados neste e em outros tipos de processos de família (SCORSIN, 2000).

Ocorre que, pelo ciclo natural da evolução tecnológica os meios de comunicação antigos recaem no desuso. Assim, a tendência é que não se utilize, ou que se utilize muito pouco, alguns tipos de documentos tradicionais como as cartas, por exemplo, que claramente estão sendo substituídas pelo mecanismo dos e-mails.

Os meios eletrônicos, hoje intrínsecos ao cotidiano da grande maioria da população, podem ser utilizados como fonte de prova nas mais diversas classes de

²⁶ Art. 439. A utilização de documentos eletrônicos no processo convencional dependerá de sua conversão à forma impressa e da verificação de sua autenticidade, na forma da lei.

Art. 440. O juiz apreciará o valor probante do documento eletrônico não convertido, assegurado às partes o acesso ao seu teor.

Art. 441 - Serão admitidos documentos eletrônicos produzidos e conservados com a observância da legislação específica (BRASIL, 2015).

ações judiciais. Para conceituar a prova eletrônica Câmara (2008, p. 373) acredita que cabe definir, primeiro a prova como “todo elemento que contribui para a formação da convicção do juiz a respeito da existência de determinado fato”. Assim, a prova eletrônica (ou documento eletrônico), é:

[...] a representação decodificada (sequência de *bits*) de um fato e que possa ser traduzida por meio de programas computacionais. Ou seja, tudo que puder representar um fato (seja banco de dados de um sistema, *e-mail*, dentre outros) e que tenha sido produzido ou transmitido por meio eletrônico, ou que esteja armazenado em um arquivo digital será considerado documento eletrônico (SOARES, 2015, p. 101).

Ressalte-se que, pela definição acima, as fotografias digitais são provas eletrônicas, uma vez que são armazenadas na memória de um equipamento eletrônico e descarregadas em um computador para serem arquivadas (guardadas) ou impressas. Isto está em conformidade com o que estabelece o Art. 422 e respectivos parágrafos²⁷ do Código de Processo Civil.

Fotografias, vídeos e demais mídias extraídas da rede mundial de computadores, bem como mensagens eletrônicas, desde que devidamente impressas, não impugnadas por aquele contra quem foram produzidas e em conformidade com o original, estarão aptas a fazer prova dos fatos ou das coisas representadas (SILVA, 2017).

A enumeração dos meios de prova feita pela legislação em geral não tem caráter exaustivo, de modo que é sempre possível aplicar meios de prova não previstos explicitamente pela legislação. Conforme Rocha (2009, p. 232), “a ciência e a tecnologia modernas, associadas às transformações sociais delas decorrentes, estão frequentemente dando origem a novos meios de demonstrar a verdade”.

Portanto, deve-se concordar com o aludido autor quando ele afirma que ao se limitar a prova, impede que os avanços científicos e tecnológicos sejam aplicados à busca da verdade no processo, configurando uma posição obscurantista²⁸ que não se coaduna com a época atual.

²⁷ Art. 422. Qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, a cinematográfica, a fonográfica ou de outra espécie, tem aptidão para fazer prova dos fatos ou das coisas representadas, se a sua conformidade com o documento original não for impugnada por aquele contra quem foi produzida. § 1º As fotografias digitais e as extraídas da rede mundial de computadores fazem prova das imagens que reproduzem, devendo, se impugnadas, ser apresentada a respectiva autenticação eletrônica ou, não sendo possível, realizada perícia. § 2º Se se tratar de fotografia publicada em jornal ou revista, será exigido um exemplar original do periódico, caso impugnada a veracidade pela outra parte. § 3º Aplica-se o disposto neste artigo à forma impressa de mensagem eletrônica (BRASIL, 2015, p. 62).

²⁸ De obscurantismo: Estado de quem vive em total ignorância, ou que, por motivos irracionais, se recusa a aceitar mudanças. Atitude de quem rejeita as descobertas da ciência por seguir ao pé da letra certos textos considerados sagrados. O poder público também pode assumir posições

Demonstrado o conceito de documento eletrônico e a sua importância nos tempos atuais, a sua análise como fonte de prova nas ações de família será o foco do presente trabalho visando avaliar, ao fim, a excepcional utilização da prova eletrônica obtida por meio considerado ilegal (ilícito ou ilegítimo).

3.1 A FÁCIL MANIPULAÇÃO DOS MEIOS ELETRÔNICOS

Didier Júnior, Braga e Oliveira observam que a maior e melhor característica do documento eletrônico, que consiste em sua versatilidade e flexibilidade para o rápido envio à qualquer lugar do mundo, é também a porta para possíveis adulterações, o que infirma a sua integridade e, portanto, a sua eficácia probatória (2019, p. 254). Os referidos autores demonstram preocupação com esta problemática posto que a evolução tecnológica levará a intensificação de utilização desses meios eletrônicos.

Atualmente, os documentos digitais fazem parte do cotidiano das pessoas de tal forma, que estão se tornando tão juridicamente válidos quanto os físicos. Corroborando esse entendimento, o artigo 11 da Lei nº 11.419/2006 prevê que: “os documentos produzidos eletronicamente [...] têm o mesmo valor dos originais, desde que produzidos com a garantia de sua autenticidade²⁹” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 380). A referida lei prevê, ainda, que:

Art. 11. §1º Os extratos digitais e os documentos digitalizados e juntados aos autos pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas autoridades policiais, pelas repartições públicas em geral e por advogados públicos e privados têm a mesma força probante dos originais, **ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização** (BRASIL, 2006, p. 3). (Grifos)

Como se pode perceber, fatores técnicos não impedem que os documentos eletrônicos sejam utilizados e, ainda, permitem que se atribua validade jurídica a este tipo de documento. Contudo, não se pode descuidar da possibilidade de adulteração de tais documentos, haja vista que alguns deles são muito frágeis e facilmente manipuláveis.

obscurantistas, ao impedir inovações ou a propagação de propostas de mudanças na estrutura da sociedade, por considerá-las um perigo para a ordem social ou por achar que estejam em conflito com seus interesses (CAOMIQUE, 2019).

²⁹ Autenticidade é a certeza quanto à autoria, dada à incolumidade do suporte do documento (WAMBIER, 2005, p. 463).

Segundo Barradas (2010), pode-se muito facilmente manipular uma fotografia de forma realista e imperceptível, sendo possível apagar ou acrescentar elementos às imagens, com finalidades que vão desde favorecer determinadas situações até criar embustes e falsificações. De fato, editando-se uma fotografia digital pode-se acrescentar ou deletar elementos e, até mesmo, pessoas, como mostra o aludido autor na Figura 1:

Figura 1 – Edição (esquerda) de foto digital original (direita).



Fonte: Barradas (2010).

Pode-se observar que, uma pessoa que estava na foto à direita não aparece na esquerda, ou seja, foi habilmente apagada, de modo que a alteração é imperceptível para quem não viu a original. Desse modo, é muito fácil apresentar em um processo, uma fotografia editada de modo a incluir ou retirar um personagem importante da cena exibida, ou até mesmo colocar uma arma na mão de uma pessoa que não a portava.

Araújo (2010, p. 1) afirma que a possibilidade cada vez maior de adulterar uma imagem digital conforme a vontade do usuário, “por meio de poucos comandos que permitem a manipulação de seus dados originais, suscita dúvidas na admissão da fotografia digital como prova no processo”.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2019, p. 384) chamam a atenção para a questão da fotografia digital, pelo seu uso cada vez mais frequente, com amparo do artigo 225³⁰ do Código Civil que admite a sua condição de prova plena, desde que a pessoa contra quem os fatos são exibidos não imponha qualquer tipo de impugnação, alegando, por exemplo, que houve montagem.

³⁰ Art. 225. As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão (BRASIL, 2002, p. 18).

Outro meio eletrônico de prova, que também pode ser facilmente alterado, é o aplicativo *Whatsapp*. Segundo Cintra (2018), as mensagens enviadas por este aplicativo podem ser exportadas para um computador. Todavia, as mensagens de determinada cadeia podem ser manipuladas antes de se fazer este registro, distorcendo-se o texto em que algo foi escrito.

Segundo Torres (2017), o perito de informática Javier Rubio divulgou a possibilidade de alterar mensagens do *Whatsapp* no celular, posteriormente ao seu envio/recebimento, confirmando a vulnerabilidade desse aplicativo. Para tanto, basta que o *hacker* atue sobre a base de dados onde os conteúdos estão armazenados, realizando uma invasão que dificilmente deixa rastros que possam ser seguidos. Cabe mencionar que, embora seja difícil, mesmo para especialistas, descobrirem a manipulação, isso pode ser feito por meio da utilização de técnicas de *file carving*³¹, que recupera ficheiros apagados (TORRES, 2017).

Ventura (2018) também relata que a empresa de segurança *Check Point* descobriu que é possível modificar o *WhatsApp* e, por meio do aplicativo hackeado, modificar o conteúdo de uma mensagem já enviada.

Considerando-se que as mensagens de *Whatsapp* podem ser aceitas como prova eletrônica em ações judiciais, a outra parte pode pedir a análise técnica do conteúdo da mensagem manipulada e deve assim proceder caso desconfie de possíveis alterações.

Atento as essa fragilidades do aplicativo *Whatsapp*, o Superior Tribunal de Justiça considerou ilícito o aparelhamento deste aplicativo através do QR CODE no computador para investigar o acusado em ação criminal. Fundamentou que a medida permite acesso tanto as mensagens antigas, quanto à mensagens trocadas desde a interceptação em diante, além de que é possível interfeirir nestas mensagens apagando, por exemplo, mensagens antigas ou enviando novas mensagens. Com isso, se entendeu que a interceptação telefônica não pode ser utilizada para uma espécie de analogia ao espelhamento do *Whatsapp web*. Assim a decisão judicial que havia autorizado a colheita da referida prova fora caçada³² (DIDIER JÚNIOR, BRAGA; OLIVEIRA, 2019, p. 122).

³¹ Uma técnica forense que usa conteúdo de arquivo, em vez de metadados de arquivo, para localizar ou recuperar o arquivo (RODRIGUES, 2018).

³² RHC n.º 99.735/SC, Rel. Min. LAURITA VAZ, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na sessão de julgamento realizada no dia 27/11/2018, declarou a nulidade da decisão judicial proferida no Inquérito Policial n.º 112.2017.00107 que autorizou o espelhamento do *WhatsApp* via QR Code.

Corroborando esse entendimento, Ventura (2018) julga necessário muita cautela com a possível manipulação desse tipo de prova. Para este autor, essa análise deve ser necessariamente casuística, dando-se a oportunidade para que os sujeitos envolvidos no diálogo apresentem suas próprias versões.

Outro meio de prova que já vem sendo comumente utilizado em processos jurídicos é a mensagem de correio eletrônico (e-mail) (STOPANOVSKI, 2015). Até bem pouco tempo, confiava-se no provedor do serviço na mesma proporção de sua reputação.

Renato Marinho (2017), do *Morphus Labs*³³, provou que, não importa quão boa seja a reputação de um provedor, essa lógica da confiança deve ser revista. Realizando experiências com o Gmail e o Yahoo, este pesquisador descobriu que uma mensagem que aparece na caixa de entrada do Gmail de qualquer pessoa, sem qualquer alerta de segurança, originada de um de seus contatos, pode, na verdade ter sido forjada por um fraudador cibercriminal. Ou seja, qualquer um pode receber uma mensagem de e-mail originada de um de seus contatos, com um texto totalmente falso, o que, em determinadas situações, pode ser comprometedor.

Na opinião de Marcelo Stopanovski (2015) não basta salvar um e-mail como PDF e dar *upload* no processo eletrônico, pois não se deve deixar de lado alguns procedimentos mais aprofundados. Para este autor, um e-mail só deverá ser aceito como prova documental, com validade intrínseca, depois de passar por uma perícia que garanta algumas características mínimas de sua validade.

Garattoni (2018) também alerta para a fragilidade dos vídeos postados em sites, blogs, chats e redes sociais que podem ser questionados como provas sem que se tenha certeza de sua validade. Divulgou a existência de um programa, que já vinha circulando na rede havia alguns meses, para inserir o rosto de qualquer pessoa em qualquer vídeo, efetivando um procedimento denominado de *deepfake*. Basta certa quantidade de vídeos reais, permitindo mapear o rosto da pessoa. Como as pessoas comuns, tanto ou mais que as celebridades, costumam postar vídeos de si mesmas nas redes sociais, podem ser facilmente alvos dos *deepfakes*.

Ainda segundo Garattoni (2018), os resultados são muito convincentes, o que é bastante preocupante, na medida em que esta ferramenta permite que se insira

³³ Empresa com *know how* em pesquisas e estudos avançados sobre cibersegurança, análises de vulnerabilidades e ameaças.

pessoas em vídeos pornográficos, ou, ainda, forjar coisas que alguém não disse, de modo que isso possa ser usado em um contexto político ou judicial.

Ademais já existem programas capazes de falsificar vozes em áudios. Gault (2016) relatou que, durante a última *Adobe Max Creativity Conference*, esta empresa lançou o VoCo, um programa de edição de áudio que permite que os usuários simulem as vozes de outras pessoas dizendo o que eles quiserem, após ouvir apenas 20 minutos da amostra com a voz original, não se podendo diferenciar o áudio real do falso. Dvorsky (2017) informou que a *startup* de inteligência artificial Lirebird, de Montreal, desenvolveu um gerador de voz que consegue imitar virtualmente a voz e a entonação de qualquer pessoa, após analisar por apenas dez segundos de um áudio pré-gravado. Segundo Gault (2016), ciente de que seu novo programa pode ser usado para fins criminosos, a Adobe vem pesquisando formas de tornar a falsificação detectável.

Toda essa fragilidade da tecnologia foi bem resumida nas palavras proferidas por Marcos Ehrhardt (informação verbal)³⁴ nos seguintes termos: “A grande dificuldade é que a gente se insere na tecnologia para utiliza-las e só depois descobre os problemas”.

Como se pode perceber, ainda que se admita a utilização do documento eletrônico como meio de prova é prudente que se verifique sua autenticidade a fim de que lhes possa ser atribuída total confiabilidade.

Em que pese se acredite na possibilidade de excepcionar as regras probatórias e materiais sobre os meios eletrônicos nas ações de família, não há possibilidade de exercer a justiça sobre fatos falsos e adulterados, posto que a verdade, ainda que difícil de ser alcançada, deve ser minimamente garantida.

Intrínsecos ao dia a dia de todos, não se pode descartar a possibilidade de utilizá-los em razão da sua fácil manipulação técnica. Para isso, meios de atribuição de confiabilidade aos meios eletrônicos vêm sendo desenvolvidos.

Assim, ainda que aparentemente o estudo destas técnicas seja algo fora do ramo do direito, os meios de atribuição de confiança que vêm sendo criadas para atribuir validade às fontes eletrônicas devem ser estudados por aqueles que operam o direito.

³⁴ Informação fornecida por Marcos Ehrhardt no XI Encontro Nacional de Direito Civil & Processo Civil, Salvador, Bahia. 10 e 11 mai, 2019, acerca do tema Privacidade e proteção dos dados pessoais na LGPD e os desafios de sua implementação.

3.2 MEIOS DE ATRIBUIÇÃO DE CONFIABILIDADE AO DOCUMENTO ELETRÔNICO

De acordo com o artigo 225 do Código Civil de 2002³⁵, as reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou coisas fazem prova plena das coisas ou fatos, desde que a parte contra quem forem exibidos não lhes impugne a exatidão (BRASIL, 2002).

Caso a impugnação ocorra, o procedimento indicado é aquele disposto no artigo 422, §1º, que determina a apresentação da autenticação eletrônica, ou não, sendo possível a realização de perícia.

Como observam Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2019, p. 385) uma vez impressa a fotografia digital, nem sempre o meio físico serve como “garantia absoluta de que a imagem não foi manipulada” pois, como já se comentou, é muito fácil alterar uma imagem digital, sem que reste desta operação qualquer vestígio, ou se houver, quase imperceptível. Além disso, perfeita a crítica feita por estes autores de que a letra de lei é completamente divorciada da realidade e da prática comum, pois não parece ser razoável exigir a autenticação eletrônica de fotografia obtida na rede mundial de computadores.

No caso das mensagens de *Whatsapp*, caso haja impugnação, somente a perícia técnica poderá comprovar a fraude por meio da análise do conteúdo supostamente manipulado.

Quanto às mensagens de e-mails, segundo Stopanovski (2015), só serão consideradas como provas documentais válidas se apresentarem as seguintes características:

- a) Autenticidade – deve ser possível validar a chave geradora com base em uma chave pública;
- b) Confidencialidade – o emissor deve possuir uma chave pessoal e registrada em uma cadeia de autenticação;
- c) Integridade – se qualquer um dos bits da mensagem for alterado, haverá uma incompatibilidade com as chaves;
- d) Irretratibilidade – o e-mail só será uma prova considerável se for assinado eletronicamente, da mesma forma como o magistrado assina um processo eletrônico, conferindo-lhe características de documento eletrônico para o despacho.

³⁵ Art. 225. As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão.

Caso não apresente nenhuma das características mencionadas, será possível periciar as mensagens para que se possam atestar suas características de prova jurídica). Segundo este autor, a perícia deve validar: o arquivo da mensagem em si por meio da verificação da origem, destino, data, hora e conteúdo e a cadeia de custódia da mensagem, a fim de validar a não contaminação do valor jurídico da prova, verificando, particularmente, autorizações e garantia de integridade das informações custodiadas (STOPANOVSKI, 2015).

Os arquivos eletrônicos gravados em áudio ou em vídeo também devem receber uma assinatura digital para terem validade. De acordo com Matheson, Teixeira e Neri (2019, p. 58), “caso sua veracidade seja questionada pela outra parte, ele deve ser analisado por peritos judiciais, com conhecimentos técnicos, indicados pelo juiz”.

Humberto Theodoro Junior (2019, p. 1019) sintetiza brilhantemente o regime da prova por documento eletrônico segundo o Código de Processo Civil das seguintes formas:

- (a) o documento emitido por meio de assinatura digital, acompanhado de certificação nos moldes do ICP-Brasil equivale a documento particular autêntico (art. 439);
- (b) o documento eletrônico formado sem as cautelas da assinatura digital é meio de prova, cuja força do convencimento será avaliada dentro das circunstâncias do caso concreto;
- (c) para a utilização do documento eletrônico no processo convencional deverá ele ser convertido à forma impressa e submeter-se à verificação de autenticidade, na forma da lei (art. 439);
- (d) no processo digital, o documento eletrônico não convertido será avaliado pelo juiz em seu valor probante, assegurado sempre às partes o acesso ao respectivo teor (não poderá, por exemplo, permanecer cifrado) (art. 440);
- (e) a produção e a conservação dos documentos eletrônicos utilizados no processo judicial observará a legislação específica (Lei 11.419/2006, arts. 11 e 12) (art. 441);
- (f) a exibição e o envio de dados e de documentos existentes em cadastros públicos, mantidos por entidades públicas, concessionárias de serviço público ou empresas privadas, e que contenham informações indispensáveis ao exercício da função judicante, poderão ocorrer por meio eletrônico, se o juiz assim determinar (Lei 11.419/2006, art. 13) (art. 425, V); e
- (g) a digitalização de documento físico para uso em processo comum ou eletrônico equivale a cópia reprográfica (xerox), devendo o original ser conservado pela parte, para conferência em juízo, se ocorrer futura impugnação (art. 425, VI e §1º).

Segundo Didier Júnior, Braga e Oliveira (2016, p. 243) para que se possa atribuir valor probatório aos documentos eletrônicos é fundamental avaliar o grau de segurança e de certeza que se pode ter, sobretudo quanto à sua autenticidade, que permite identificar a sua autoria e a sua integridade, permitindo garantir a inalterabilidade do seu conteúdo.

Para estes processualistas, somente a certeza quanto a esses dados é que poderia garantir a real eficácia probatória desses documentos, o que coaduna com a ideia do Enunciado 297 das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal³⁶.

Como se pode perceber, ainda que exista a possibilidade de fraudes nas provas eletrônicas, também existem técnicas que vem sendo desenvolvidas para buscar a devida atribuição de segurança e confiabilidade desses documentos.

Didier Júnior, Braga e Oliveira aduzem que entre as técnicas que podem conferir segurança aos documentos eletrônicos, destacam-se a assinatura digitalizada (imagem da assinatura autógrafa, que pode ser lançada no documento para identificar a autoria); as firmas biométricas (permitem reconhecer a autoria da declaração a partir de características físicas do emitente); as senhas pessoais (como as utilizadas em terminais bancários e transações eletrônicas); a esteganografia (espécie de criptografia que transforma o documento em um código e lhe agrega um elemento marcante) (2016, p. 244).

Para os aludidos autores, a técnica mais segura que se conhece atualmente é a criptografia, seja ela simétrica (ou de chave privada, aquela em que o destinatário da mensagem deve ter acesso a chave utilizada pelo remetente), ou assimétrica (utiliza duas chaves geradas pelo computador, uma privada, mantida em sigilo pelo usuário, em seu poder, que pode ser livremente distribuída; as duas chaves se relaciona de modo que uma desfaz o que a outra faz).

Vale mencionar a Medida Provisória nº 2.200-2/2001 que no intuito de garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica dos documentos eletrônicos, (BRASIL, 2001) instituiu a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil), composta por uma autoridade vinculada ao Comitê Gestor por ela criado e pela cadeia de autoridade certificadoras. Tal regulamentação legal veio como mais um meio para tornar ainda mais segura a utilização dos documentos eletrônicos protegidos pela criptografia.

36 “O documento eletrônico tem valor probante, desde que seja apto a conservar a integridade de seu conteúdo e idôneo a apontar sua autoria, independentemente da tecnologia empregada” (CONSULTOR JURÍDICO, 2006, p. 1).

3.3 A ATA NOTARIAL

A ata notarial é o meio escolhido pelo legislador para atribuir fé pública aos inúmeros fatos publicados na internet. Este documento vem se popularizando como meio de prova, em especial em processos em que se faz necessária a comprovação de atos praticados pela internet e que podem sumir tão rapidamente quanto aparecem. Segundo Rodrigues (2015, p. 1):

Ata notarial é um instrumento público por meio do qual o tabelião ou preposto, a pedido de pessoa interessada, constata fielmente os fatos, as coisas, comprova o seu estado, a sua existência e a de pessoas ou situações que lhe constem, com seus próprios sentidos, portando por fé que tudo aquilo presenciado e relatado representa a verdade.

Conforme estabelece o artigo 384 do Código de Processo Civil³⁷, “a existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião”. O parágrafo único deste mesmo artigo proclama que “dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial” (BRASIL, 2015, p. 63).

Marinoni (2019, p. 400) destaca o uso da ata notarial como medida empregada e aceita pela jurisprudência como prova de fatos ocorridos no âmbito da internet especialmente pela falta de eficácia de regulamentação da prova eletrônica por outro meio. Ensina também que ao notário é vedado produzir qualquer juízo de valor sobre o que lhe é apresentado, devendo agir como mero certificador. Para estes autores, a ata é um documento público, cuja finalidade é especificamente servir de meio de prova. O que parece uma concepção correta acerca deste instituto.

Importa compreender, por meio das palavras dos processualistas citados, que quando não for observada a formalidade essencial para a elaboração da ata, o valor probante do ato praticado será o mesmo de qualquer documento particular.³⁸

A partir da citada redação legal, foi afastada da ata notarial sua atipicidade, podendo-se notar que ela é cabível sempre que for possível a uma pessoa, dotada de representação do estado, no caso o tabelião, para atestar a existência ou modo de

³⁷ Art. 384. A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião. Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial.

³⁸ Art. 407. O documento feito por oficial público incompetente ou sem a observância das formalidades legais, sendo subscrito pelas partes, tem a mesma eficácia probatória do documento particular.

ser, independentemente da natureza ou espécie de natureza jurídica de direito material derivada de tais fatos.

Assim, como atesta Rodrigues (2015, p. 1), a ata notarial pode ser usada para pré-constituir prova dos fatos. Ou seja, quando não se tem “como provar uma situação potencialmente perigosa ou danosa”, o tabelião se torna “uma testemunha oficial em cujo ato vai desencadear a fé pública notarial e fazer prova plena perante qualquer juiz ou tribunal”.

Para advogado e mestre em direitos humanos Victor Hugo Pereira Gonçalves (2018) por se tratar de um instrumento público pelo qual tabeliões e prepostos dão credibilidade jurídica e fé pública a fatos ou acontecimentos, a ata notarial deveria ser lavrada com o necessário zelo com a veracidade dos fatos, o que às vezes não ocorre. Gonçalves acredita que a corrente falta de questionamento quanto ao uso desse instrumento no caso de documentos eletrônicos, cuja comprovação da veracidade demanda preparo técnico e infraestrutura inexistentes nos cartórios brasileiros, é algo bastante temerário.

De fato, como afirmam Didier Júnior, Braga e Oliveira (2019, p. 248-249), qualquer pessoa interessada na documentação de determinado fato pode solicitar que um tabelião assim o faça, narrando por escrito aquilo de que tomou ciência ou que ocorreu em sua presença. Pode-se, por exemplo, pedir a um tabelião que documente o conteúdo de um determinado site da internet, a presença de determinada pessoa em um determinado lugar, a opinião caluniosa ou difamatória proferida por alguém em um *site* ou aplicativo de relacionamento, dentre outras coisas.

Nesse sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves (2017, p. 762) observa que a força probatória da ata notarial decorre da fé pública do tabelião, pela qual o juiz poderá presumir o fato descrito como verdadeiro. Só que, naturalmente, se trata de presunção relativa, de forma que, sendo produzida prova em juízo em sentido contrário ao atestado pela ata notarial, sua força probatória será afastada.

Corroborando esse entendimento, Didier Júnior, Braga e Oliveira (2019, p. 251) observam a ata notarial como um excelente meio de documentação de fatos, sobretudo por prescindir da deflagração de um procedimento judicial para alcançar a finalidade que dela se espera.

Todavia, esclarecem que isso não afasta a necessidade de o juiz lhe dar o valor que no caso concreto ela merece, repetindo se for o caso a diligência efetivada pelo

tabelião, a fim de que a parte contra quem foi produzida possa, como lhe é de direito, participar da produção da prova.

Pamplona Filho (informação verbal)³⁹ faz uma interessante relação entre a antiga prática de apresentação ao juiz do processo os negativos das fotografias como meio de conferir autenticidade às imagens e a transformação desta prática ao uso da ata notarial como meio de atribuição de confiabilidade as fotografias digitais. Comenta, contudo, que ao magistrado conferido o poder de aceitar, a depender do caso concreto, o *print screen* de uma fotografia sem que esteja reconhecida por ata notarial.

O magistrado faz críticas pertinentes à dificuldade prática de inclusão de provas eletrônicas por meio dos sistemas de processo eletrônico e ressalta que não se pode cercear a produção de prova – e, portanto, o direito à ampla defesa e a prestação jurisdicional – em razão de o sistema não está pronto para estas novas tecnologias.

Victor Hugo Pereira Gonçalves (2018) comenta que o Código de Processo Civil falhou ao inserir a ata notarial no capítulo das provas ao incluir os arquivos eletrônicos no rol das possibilidades de realização desse documento. Argumento seria o caso do documento digital em que é preciso atentar para requisitos de segurança de informação, de procedimentos de validação e garantia de autenticidade de documentos digitais. O fato da maioria dos cartórios não possuir política de segurança de informação, tampouco os tabeliães poderem dar garantias tecnológicas, ensejaria o questionamento da atribuição de força probante às atas notariais.

Pode ser feita uma última crítica à necessidade de elaboração da ata notarial para atribuição de confiabilidade das provas eletrônicas. O valor das taxas cartorárias para realiza-las pode, em alguns casos, ser significativo para a parte. Não há para o beneficiário da justiça gratuita qualquer tipo de redução das taxas cartorárias. Para lavrar a ata notarial nos dias atuais, o valor custa R\$362,02 (trezentos e sessenta e dois reais e dois centavos) para a emissão de até cinco folhas.⁴⁰

Por fim, fica constatado que a ata notarial é o meio eleito para atribuir confiabilidade e fé pública aos documentos eletrônicos. Contudo, não se pode afirmar que os cartórios possuem amplo conhecimento sobre as técnicas das novas tecnologias, o que pode em alguns casos dificultar a realização da ata. Além disto,

³⁹ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Mídia eletrônica e redes sociais como meio de provas. XI Encontro Nacional e Direito Civil & Processo Civil, Salvador, Bahia. 10 e 11 mai. 2019.

⁴⁰ Informação fornecida pelo Cartório Catizane - Tabelionato 8º Ofício de Notas em 17 de mai. de 2019

este é um requisito simplesmente processual, que no Direito de Família pode ser relativizado face as suas peculiaridades, assim como outros procedimentos por vezes precisam ser flexibilizados.⁴¹

⁴¹ À exemplo, a possibilidade de quebra de sigilo bancário e fiscal para conhecer a possibilidade financeira do alimentante; a possibilidade de testemunhas que possuam relação com a parte; a possibilidade de fixação pelo magistrado de valor a maior ou a menor que pedido à título de alimentos sem que esteja caracterizada sentença *citra* ou *extra* petita.

4 A PECULIAR UTILIZAÇÃO DA PROVA ELETRÔNICA NO PROCESSO DAS FAMÍLIAS

A família é a base da sociedade e sem a sua proteção não há sociedade que sobreviva. Esta afirmativa possui relação direta com o âmago da tese envolvida no presente trabalho, seja acerca da flexibilização processual ou da excepcional possibilidade de uso dos meios ilícitos como fonte de prova no ramo familiarista.

Assim, o direito de família é aquele intimamente ligado à própria vida, posto que “de modo geral as pessoas provêm de um organismo familiar e a ele conservam-se vinculadas durante a sua existência”. Sua base principiológica acompanha a evolução social visando a “preservar a coesão familiar e os valores culturais, conferindo-se a família moderna um tratamento mais consentâneo à realidade” (GONÇALVES, 2011, p. 17-21).

Como exemplo disto tem-se o princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros no que se refere aos seus direitos e deveres, que determina o fim do poder marital e o sistema de encapsulamento da mulher, restrita a tarefas domésticas⁴².

Outros princípios mais tradicionais do direito de família demonstram a sua peculiar ligação com a vida humana e a sua delicada necessidade protetiva. O respeito à dignidade da pessoa humana, o princípio da paternidade responsável e planejamento familiar e a proteção integral aos notadamente vulneráveis (idosos e a criança e o adolescente) são alguns princípios que embasam parte da fundamentação da peculiaridade deste ramo do direito.

As próprias características das normas de família demonstram a sua natureza irrenunciável, intransmissível, inusucapível, inalienável e não sujeita a termo ou condição (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 46). Outra peculiaridade destacada pelos autores citados acerca do direito de família é que este é o mais privado de todos os espaços do direito civil.

Por conseguinte, nos processos de família, é evidente a dificuldade probatória. Além da natural ocultação de fatos desfavoráveis por seus causadores, também existem outros obstáculos, uma vez que nem sempre é possível demonstrar o que

⁴² Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

aconteceu na intimidade do lar; se, por exemplo, houver testemunhas, elas tendem a ser impedidas, suspeitas ou incapazes.

Portanto, o assunto merece atenção por parte dos jurisdicionados e dos aplicadores do Direito, haja vista que alegar e não provar torna o pedido improcedente, consequência muito negativa para o litigante (TARTUCE, 2019). Ainda com base na autora a instrução dos processos de família algumas vezes demanda a reconstituição de situações vividas na intimidade do lar como, por exemplo, atos que caracterizam a Síndrome de Alienação Parental ou que se tenha acesso a dados ocultados deliberadamente por uma das partes, principalmente os que dizem respeito à possibilidade financeira do devedor alimentar.

Embora o processo de divórcio nunca pudesse ter sido palco para discussão e prova de qualquer violação de dever conjugal, existem outros interesses relacionados aos filhos, aos alimentos e à partilha de bens, que muitas vezes reclamam pesquisa da prova de fatos que demonstrem a melhor opção no superior interesse da prole, ou que comprovem existência de bens e recursos desviados para fraudar direito alimentar ou a justa partilha de bens. (MADALENO, 2019, p. 289)

Em muitos casos, para que se possa descobrir e/ou revelar o que realmente aconteceu, tomam-se atitudes como contratar detetive particular, instalar escuta telefônica, provocar flagrantes, entre outras, permitindo questionar-se até que ponto esse tipo de prova pode ser aceito no juízo da família.

É inegável que nas demandas de família considera-se a dignidade como valor maior digno de proteção; por isso, Madaleno (2014, p. 1) admite a "possibilidade de relativização da garantia constitucional de vedação da prova ilícita, quando estiver em risco a supremacia dos direitos da pessoa humana, sua honra e sua dignidade".

Quanto à utilização das provas eletrônicas, na elaboração do Código de Processo Civil de 2015, observando a realidade atual descrita no capítulo anterior, o legislador autorizou que, além dos meios tradicionais de prova, sejam utilizados como instrumentos probatórios novos meios eletrônicos. Assim, por expressa previsão legal, textos, áudios, imagens, fotos ou vídeos postados em *sites*, blogs, chats, redes sociais (*Facebook, LinkedIn, Twitter, Google+*), dispositivos e aplicativos de mensagens ou e-mail, podem servir como provas em processos judiciais, inclusive nas ações de família (SILVA, 2017).

O cerne da peculiaridade dos meios eletrônicos nos processos de família é que, muitas vezes, os direitos violados e questionados em juízo são aqueles infringidos no

âmbito familiar, ou seja, inseridos na intimidade da vida privada das partes. Os dispositivos eletrônicos, por sua vez, utilizados intrinsecamente no dia a dia das partes, se tornam um mecanismo útil para registrar ou compartilhar fatos e cenas que poderão se tornar, posteriormente, uma fonte de prova no processo como nos casos de alienação parental.

O credor trabalhista, por exemplo, ainda que credor de verba alimentar não possui, em regra, relação pessoal íntima com o devedor. Ocorre que é justamente essa proximidade do autor da ação de família com o devedor alimentar que faz com que as provas produzidas adentrem mais facilmente o âmago do ambiente familiar, a intimidade e a privacidade do alimentando, ou mesmo para comprovação da filiação.

São esses embates práticos vistos na vida forense daqueles que se dedicam ao ramo do direito de família que ensejam uma análise dos novos meios probatórios como fonte de prova no direito de família. Alguns exemplos distintos daqueles que serão estudados no capítulo seguinte em que se pode visualizar a utilização de provas eletrônica nos processos de família valem a pena ser mencionados.

Rodolfo Pamplona Filho (2019) comentou a possibilidade de extinção de pensão fixada em favor de viúva que declara no *status* das redes sociais estar em um relacionamento sério, quando este fator for determinante para a extinção do benefício.

Na prova da união estável, em face da alegação de namoro, as mídias sociais também são utilizadas para demonstrar de que forma os namorados se comportavam para se confirmar ou refutar eventual alegação de constituição de união estável e possível partilha de bens.

A prova na aplicação da Maria da Penha que, em que pese adentre a seara criminal, não deixa de possuir íntima ligação com o direito de família. No caso exemplificativo a seguir julgado em 2018, percebe-se um conflito de competência territorial, onde o uso dos meios eletrônicos possibilitou a denúncia em comarca distinta de onde ocorreu prévio o dano por meio das redes de comunicação (*Whatsapp*) e redes sociais (*Facebook*).

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIME DE AMEAÇA PRATICADO POR WHATSAPP E FACEBOOK. ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA. DELITO FORMAL. CONSUMAÇÃO NO LOCAL ONDE A VÍTIMA CONHECE DAS AMEAÇAS. CONFLITO DE COMPETÊNCIA CONHECIDO. DECLARADA A COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. (...) 3. No caso, **a vítima tomou conhecimento das ameaças, proferidas via Whatsapp e pela rede social Facebook, na Comarca de Naviraí**, por meio do seu celular, local de consumação do delito e de onde requereu medidas protetivas. 4. **Independentemente do local em que praticadas as condutas de ameaça e da existência de fato anterior ocorrido na**

Comarca de Curitiba, deve-se compreender a medida protetiva como tutela inibitória que prestigia a sua finalidade de prevenção de riscos para a mulher, frente à possibilidade de violência doméstica e familiar.

5. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo da 1º Vara Criminal da Comarca de Naviraí/MS, ora suscitado. (STJ - CC: 156284 PR 2018/0008775-5, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 28/02/2018, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 06/03/2018). (Grifos).

Inúmeras são as possibilidades de avaliar os benefícios e malefícios do uso das redes sociais aplicadas ao direito de família, principalmente como meio de prova. Mas para fins didáticos, avaliará o presente trabalho as ações de Alimentos, Guarda e Alienação Parental.

4.1 O USO DOS DOCUMENTOS ELETRÔNICOS COMO MEIO DE PROVA NAS AÇÕES DE ALIMENTOS

A obrigação alimentar tem como requisito técnico a existência de um vínculo e a comprovação deste, somada à prova da necessidade do alimentando e a possibilidade do alimentante.

Os alimentos possuem ampla normatização prevista na Lei de Alimentos nº 5.478/68, na Constituição Federal, no Código Civil e no Código de Processo Civil, além de outras leis esparsas⁴³. “O tratamento normativo multifacetado e privilegiado que o legislador ofereceu aos alimentos decorre dos valores que o ordenamento jurídico procura resguardar: vida, dignidade humana e solidariedade” (TARTUCE, 2017, p. 194).

Com base nos artigos 1º, inciso III e 3º da Constituição Federal, supramencionados, a fixação dos alimentos deve obedecer a uma perspectiva solidária balizada pela cooperação, isonomia e justiça social (BRASIL, 1988). Além disso, a relevância dos alimentos para o sistema jurídico é tamanha que a Emenda Constitucional nº 64 incluiu a alimentação expressamente como um direito social, conferindo nova redação ao artigo 6º da Constituição Federal ⁴⁴ (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 698 e ss.).

⁴³ Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso, Lei Maria da Penha, entre outros.

⁴⁴ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015).

Vale destacar também o artigo 227⁴⁵ da Constituição Federal, que traz a responsabilidade para a família, para a sociedade e para o estado, de assegurar à criança o direito, entre outros, à alimentação e à convivência familiar.

Entre os direitos fundamentais da pessoa humana está o de sobrevivência, e “o crédito alimentar é o meio adequado para alcançar os recursos necessários à subsistência” (MADALENO, 2013, p. 908).

“A lei não estabelece critérios para fixação dos alimentos, determinando apenas o atendimento às necessidades de quem recebe e as possibilidades de quem paga” (DIAS, 2017, p. 29). Nesse contexto, a fixação dos alimentos é realizada a partir de três parâmetros dogmáticos necessidade x possibilidade x proporcionalidade. Este trinômio se destrincha na análise da necessidade de quem recebe, da capacidade contributiva de quem deve pagar e sob a observância da proporcionalidade fática.

Esta também é a linha de pensamento de Farias e Rosenvald (2016, p. 702), o princípio vetor constitucional no âmbito alimentício origina a tendência a proporcionar uma vida conforme a dignidade de quem recebe o alimentando, e de quem os presta, o alimentante, posto que “nenhuma delas deve ser superior ou inferior”. Isto significa que fixar o quantum alimentar aquém do mínimo imprescindível à sobrevivência do alimentando, ou além das possibilidades econômico-financeiras do devedor ofende, de maneira direta, o princípio da dignidade humana.

Figueiredo (informação verbal)⁴⁶ acredita que o dever de prover alimentos tem a sua origem na obrigação assistencial ou por filiação e trabalha com a tese do binômio alimentar necessidade x possibilidade, diferente da maior parte dos familiaristas que acreditam no trinômio necessidade x possibilidade x proporcionalidade. Comentário pertinente do especialista acerca da dificuldade que o direito ainda possui em encontrar uma saída exata para a aplicação deste binômio, o que se confirma na vida prática forense.

Ocorre que, se o juiz deve fixar o *quantum* alimentício com base na capacidade de quem presta, na necessidade de quem recebe e na proporcionalidade, nos casos concretos se vislumbra a desproporcionalidade quando um dos alimentandos (à

⁴⁵ Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

⁴⁶ Informação fornecida por Luciano Figueiredo no XI Encontro Nacional de Direito Civil & Processo Civil, Salvador, Bahia. 10 e 11 mai, 2019 sobre o tema “Novos paradigmas do direito a alimentos”.

exemplo da genitora) terá de passar necessidades para prover ao alimentado as necessidades mínimas, enquanto o outro alimentando possui vida luxuosa.

A problemática surge quando inexistente “prova segura acerca dos ganhos do alimentante, o que torna a difícil a fixação da verba” (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 785).

A possibilidade de fixação de alimentos com base na teoria da aparência (sinais externos de riqueza) se torna ainda mais relevante quando o devedor demonstra documentalmente um módico ganho salarial ou mesmo não apresenta renda física alegando que está desempregado, que é autônomo, empresário ou liberal, que não tem meio de renda conhecido, e pior, quando tem, procura esconder outras fontes de receita além da espontaneamente informada.

Sobre o tema, Maria Berenice Dias (2015, p. 606) aduz que quando o alimentante é profissional liberal, autônomo ou empresário, enorme é a dificuldade em descobrir os seus reais ganhos. Por isso é prática comum o juiz solicitar à Receita Federal cópia da declaração de renda ou determinar a quebra de sigilo fiscal e bancário.

Contudo, com o surgimento de novas possibilidades de constituição de sociedades em que as pessoas dos sócios retem invisíveis, recebendo os seus integrantes singelos valores a título de pró-labore, vem ganhando cada vez mais espaço o uso da teoria da desconsideração invertida da personalidade jurídica sob a qual se esconde o alimentante. Essa possibilidade não confronta os princípios constitucionais da privacidade e intimidade pois se sobreleva o direito à vida do alimentando.

A respeitada doutrinadora familista segue seu pensamento acerca do tema alegando que como é difícil ao credor provar os ganhos do pai e não trazendo o alimentante informações sobre seus rendimentos, deve fixar a pensão por indícios que evidenciem seu padrão de vida (CPC 334 e 335). “Nada mais do que atentar aos sinais exteriores de riqueza, pelo princípio da aparência” encerra a autora.

Assim, sob uma análise prudente do juiz, é possível fixar o valor dos alimentos com base nos sinais exteriores que indicam a capacidade financeira do alimentante, ou seja, sinais que evidenciem o seu patrimônio ou o modo de vida que revele seu verdadeiro poder aquisitivo.

Nessa perspectiva, para auxiliar no justo arbitramento do valor da pensão alimentícia, podem ser utilizados imagens, fotos ou vídeos que revelem sinais

exteriores de riqueza (viagens, carros, ostentações, baladas, hábitos de consumo requintados, roupas de grife, constantes idas a bares, boates e restaurantes, etc.) da genitora, do genitor ou do responsável legal a fornecer alimentos (SILVA, 2017).⁴⁷

Ressaltam Farias e Rosenvald (2016, p. 785) que há inúmeros precedentes demonstrando simpatia pela tese esposada, reconhecendo a possibilidade de uso desta teoria para fixar alimentos sempre que existir dificuldade em averiguar a capacidade contributiva do devedor ou quando houver notório descompasso entre a capacidade comprovada e o que se ostenta socialmente:

[...] para fixar alimentos o juiz pode se valer da *teoria da aparência*, considerando em condições de alimentar aquele que, embora prova ganhar pouco, tem um padrão de vida elevado (TJ/RS, AC. 8ª Câm.Cív., ApCív. 596161034 - comarca de Esteio, rel. Des. João Adalberto Medeiros Fernandes, j. 17.10.96)

Ao longo dos anos este precedente foi utilizado em inúmeros julgados que aplicaram a teoria da aparência com base na doutrina. A exemplo do seguinte caso em que, entre outros doutrinadores, fora citado Dimas Messias de Carvalho em prudente análise sobre o tema:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE FIXOU ALIMENTOS PROVISÓRIOS EM 5 SALÁRIOS-MÍNIMOS MENSAIS. INCONFORMISMO. PEDIDO DE REDUÇÃO. VERBA ALIMENTAR ARBITRADA DE ACORDO COM O BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Pelo que consta dos autos, reúne condições de suportar a verba alimentar.

Dimas Messias de Carvalho discorre: Muitas vezes o devedor procura furtar-se em demonstrar suas reais possibilidades, trabalhando na

⁴⁷ Há outra possibilidade de utilização da teoria dos sinais de riqueza através, por exemplo, das mídias sociais, qual seja, a aplicação de medidas atípicas para executar a dívida alimentar. No XI Encontro Nacional de Direito Civil e Processo Civil, Daniel Amorim Assumpção Neves tratando do tema “Execução de alimentos - Medidas típicas e atípicas” ressaltou que a prisão civil, indiscutivelmente aplicada apenas para a execução de alimentos, é uma medida extrema e muito severa que depende de pedido expresso do credor. Porém, não requerer a prisão civil não significa que o credor não precise ou não queria os alimentos. Como dito pelo palestrante, o credor as vezes não deseja a prisão civil, mas também não está satisfeito com as medidas tipicamente previstas – a exemplo da penhora. As medidas atípicas são a retenção de passaporte, CNH e impedimento de utilização do cartão de crédito – sendo que o Superior Tribunal de Justiça já tem precedente da 3ª e 4ª turma neste sentido. Há ADI sobre o tema interposta pelo Partido dos Trabalhadores, mas hoje o Superior Tribunal de Justiça entende que para aplicar essas medidas atípicas são necessários três requisitos: (i) esgotamento infrutífero das vias comuns. A parte deve demonstrar que pelas vias regulares não será possível alcançar o devedor de alimentos; (ii) o devedor tem que mostrar indícios de ter patrocínio – porque se não tiver indícios serão sancionatórias o que não se deve admitir. (iii) Juízo de proporcionalidade. Se fizer uma análise proporcional na execução de alimentos estamos falando de que se pode prender, pode confiscar um passaporte. O IBDFAM propôs um projeto de lei para incluir isso nas legislações essas medidas atípicas para a execução de alimentos. Na opinião do palestrante aparentemente o único requisito que parece cabível as medidas atípicas de execução alimentar é provar que o devedor parece ter patrimônio (caso em que será necessário avaliar os sinais de riqueza do devedor). Para o palestrante se o credor acha que não vale a pena a prisão esta é uma decisão de valores e necessidades pessoais mas devem ser proporcionadas as medidas atípicas. Nestes casos o devedor comumente possui blindagem patrimonial mas ostenta uma vida falsa para a sociedade.

economia informal, usando o nome de outras pessoas nos negócios ou, até mesmo, solicitando ao empregador a anotação de salário inferior no contrato de trabalho. Nestes casos, a aparência do devedor, ostentando capacidade superior a que alega possuir, deve ser arguida pelo credor para provar a possibilidade. Se o alimentante não conseguir carrear aos autos prova documental robusta, não pode passar despercebido o exame inquestionável da aparência deste em relação ao contexto social das partes, por ocasião da fixação dos alimentos pelo juiz, aplicando-se a *teoria da aparência para demonstrar a possibilidade do alimentante*”(Direito de Família . 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 403 e 404).

(TJ-SC - AG: 20120072338 SC 2012.007233-8 (Acórdão), Relator: Victor Ferreira, Data de Julgamento: 26/09/2012, Quarta Câmara de Direito Civil Julgado). (Grifos).

A crescente aplicação prática da teoria dos sinais de riqueza é um mecanismo que demonstra em termos práticos como as redes sociais, encontradas nos meios eletrônicos, estão impactando os processos judiciais. Isto por que, apesar de existente há muitos anos, a exposição nas redes sociais e o compartilhamento de informações pessoais na internet é, sem dúvidas, um fator que enseja uma maior e mais frequente aplicabilidade desta teoria.

O seguinte julgado do presente ano (2019) comprova a hipótese de que tal teoria tem ganhado força com o uso cotidiano das redes:

SINAIS EXTERIORES DE RIQUEZA. REDUÇÃO DO VALOR FIXADO. INVIABILIDADE. 1. Para a fixação dos alimentos devem ser sopesadas as necessidades do alimentando e as possibilidades do alimentante, nos termos do art. 1.694, § 1º, do Código Civil. 2. O apelante não demonstrou a alegada impossibilidade de arcar com o pagamento dos alimentos no valor fixado. O **apelante apresenta nas páginas sociais uma vida não condizente com a alegação de hipossuficiência financeira, ostenta em postagens de festas nas redes sociais padrão de vida elevado, o que implica afirmar os sinais exteriores de riqueza que permitem identificar gozar o apelante de patamar financeiro superior ao alegado. 3. Diante das necessidades da menor e do valor fixado a título de alimentos a ser pagos pelo genitor, está evidente que a genitora arca com a maior parte das despesas da filha. Não se pode perder de vista que a capacidade contributiva de um genitor não pode ser alegada para justificar o pedido de redução do valor da contribuição do outro. Imperioso a demonstração de uma eventual situação de desequilíbrio. 4. As provas a respeito da capacidade financeira do apelante que demonstram ser incompatíveis com a renda declarada, bem como os sinais exteriores de riqueza ostentados, sendo ele conhecedor de suas reais possibilidades, não pode, em flagrante postura contraditória e incoerente com as provas colhidas, pleitear a redução da pensão alimentícia sob a alegação de impossibilidade financeira. 5. Apelação desprovida. (Grifos).**

É inadmissível que o julgador permita a concretização da desproporcionalidade do trinômio alimentar em razão da dificuldade em obter conteúdo probatório típico, legítimo e lícito. Em que pese a atipicidade já seja admitida no ordenamento, fato é que, de acordo com a legislação vigente, as mídias sociais como fonte de prova são lícitas; porém, questiona-se se o meio de obtenção sempre será legítimo, o que para

o direito processual ensejaria uma limitação, quando, por exemplo, não houver o manto da fé pública sobre tal documento.

Em outras palavras, a ausência de ata notarial sobre uma imagem obtida por meios eletrônicos e a admissibilidade apenas do “*print screen*”, na prática, acaba por estar adstrito à discricionariedade do julgador que, em tese, não está vinculado à sua admissibilidade face ao requisito técnico da ata, além de que a teoria da aparência, decorrente da criação doutrinária e jurisprudencial não vincula o magistrado a aplicá-la. Seria esta uma atitude imprudente do juiz que não admite a prova apresentada aos autos como fonte de prova para demonstrar a possibilidade financeira do alimentante, em razão da prova não estar coberta pelo manto dos meios processuais de atribuição de confiabilidade, a rigor a ata notarial?

A urgência é intrínseca aos alimentos, portanto, os alimentos não podem esperar. Nesse sentido merece lembrança o brocardo latino "a barriga não admite demora" (*venter non patitur dilatonionem*) de sorte que se a prestação alimentícia não for tempestivamente fornecida o credor de alimentos poderá perecer (TARTUCE, 2012, p. 164)

Na opinião de Farias e Rosenvald (2016, p. 802) “excepcionalmente, pode a prova ilícita ser admitida em sede alimentícia, a partir da aplicação da proporcionalidade, se o bem jurídico a ser protegido superar a privacidade, justificando o sacrifício desta”, pois o bem jurídico tutelado nestes casos enseja a prevalência axiológica na aplicação da ponderação de princípios. Não se pode perder de vista a aplicação sempre prudente do princípio da proporcionalidade.

Assim, estes autores entendem que “de fato, nas demandas relativas à prestação alimentícia não é difícil detectar a existência de interesses cuja prevalência axiológica supera a privacidade no que tange à concretização da dignidade do homem”.

Sob esta ótica e fazendo uma relação entre a gravação ou filmagem feita por terceiro, considerada clandestina, no caso de contas privadas em redes sociais, seria um abuso à privacidade e à liberdade de expressão obter as imagens disponíveis por meio de um terceiro? Faz sentido que se considere a extração das redes sociais do devedor de alimentos por terceiro estranho ao processo e fornecido ao autor da ação uma prova ilícita ou ilegítima. Porém, os sinais exteriores de riqueza são um mecanismo de salvação para aquele credor de alimentos que não consegue atingir o patrimônio do devedor em razão de blindagem patrimonial, por exemplo, e

esta prova deve, então, ser admitida para a fixação de alimentos provisórios, ao que se segue a procura por meios de verificar a real possibilidade do devedor.

No que se refere à interceptação telefônica para encontrar o devedor de alimentos desaparecido ou foragido, pode-se averiguar divergência jurisprudencial como se observa a seguir.

Neste primeiro julgado do TJ-RS, em 2012, percebe-se que foi devidamente aplicada a proporcionalidade e razoabilidade em conjunto com a proteção constitucional ao direito à vida e à sobrevivência digna de crianças e adolescentes, para determinar a quebra de sigilo telefônico do devedor de alimentos em ação alimentícia, que já se estendia por doze (12) anos, o que passa longe de uma prestação jurisdicional adequada. O relator, seguido pelos demais votos, observou esta aberração jurídica e permitiu a interceptação telefônica.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITOS INFRINGENTES. FAMÍLIA. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. **INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. POSSIBILIDADE. DIREITO À SOBREVIVÊNCIA DIGNA DAS ALIMENTANDAS QUE SE SOBREPÕE AO DIREITO À INTIMIDADE DO DEVEDOR. EXECUÇÃO QUE TRAMITA HÁ MAIS DE 12 ANOS, SEM ÊXITO NA LOCALIZAÇÃO DO EXECUTADO NOS ENDEREÇOS DECLINADOS (MAIS DE OITO LOCAIS).** EMBARGOS ACOLHIDOS. EFEITO INFRINGENTE CONFERIDO PARA ALTERAR O JULGADO EMBARGADO, DANDO PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70047240999. (Embargos de Declaração Nº 70050246891, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator:...

“Como já referi no voto do Agravo de Instrumento nº 70047240999, ora embargado, a Constituição Federal no artigo 5º, inciso XII, disciplina acerca da inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, dentre outras, ressaltando casos de investigação criminal e instrução processual penal, quando houve ordem judicial, nos termos da legislação infraconstitucional. Assim, **resta claro que a quebra do sigilo telefônico, via de regra, poderá ser autorizada em casos de investigações criminais, não podendo ser indiscriminadamente autorizada em casos extra-penais. Entretanto, no caso, por se tratar de execução de alimentos devidos a menores de idade (ambas filhas do executado), cuja demanda foi ajuizada no ano de 2000, portanto há mais de 10 anos, pode-se cogitar da referida determinação, uma vez que se está a proteger, com prioridade absoluta, o direito à vida e à sobrevivência digna de crianças e adolescentes, cujos direitos também estão amparados e garantidos constitucionalmente.** A referência constitucional à “absoluta prioridade”, inserta no artigo 227 da CF, eleva tais direitos à categoria prevalente ao direito à intimidade, também garantido constitucionalmente, uma vez que trazem em seu bojo a garantia de uma sobrevivência adequada aos infantes, o que não pode ser relegado” (TJ-RS - ED: 70050246891 RS, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Data de Julgamento: 08/08/2012, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 10/08/2012). (Grifos).

Nesse caso, se observa a concretização da ideia que a proporcionalidade será aplicada para justificar o uso de prova ilícita em situações excepcionais, quando seja esta a única maneira de salvaguardar a dignidade das pessoas envolvidas.

A interceptação se torna lícita quando autorizada pelo juiz, porém, isto é amplamente aceito apenas no processo penal⁴⁸. Assim explicam Didier Júnior, Braga e Oliveira (2019, p.120-121):

A lei n. 9.296/1996 regulamenta a interceptação telefônica apenas para fins de investigação criminal e de instrução processual penal. Caso se entenda possível a interceptação telefônica no âmbito cível, poderia ela ser aplicada por analogia. A autorização judicial para a quebra do sigilo deve ser prévia, embora venha se admitindo, excepcionalmente, a autorização posterior (convalidação).

No julgado a ser analisado a seguir, o relator considerou a proteção constitucional ao sigilo das comunicações telefônicas inviolável, ainda que no caso em que o devedor de alimentos esteja foragido. Neste caso concreto, os alimentos eram devidos à quatro menores.

O Ministério Público sustentou que a situação apresentada nos autos, embora diversa daquela prevista pela Lei n. 9.269/96, que autoriza a interceptação telefônica, por ordem judicial, para fins de investigação criminal e instrução penal, merece proteção estatal, visto que o princípio da proteção integral a crianças e adolescentes sobrepõe-se à proteção ao direito à intimidade conferido ao cidadão. Esclareceu que a presente medida tem como finalidade precípua possibilitar a localização do réu, devedor de alimentos às filhas menores, que se encontra foragido há mais de 1 (um) ano, tornando eficaz a ordem de prisão expedida em seu desfavor. Destacou a renitência da desídia do réu no pagamento dos alimentos, uma vez que possui ele um histórico de atitudes e ações no sentido de inviabilizar a sua localização, inclusive para intimações dos processos em andamento.

O *parquet* perfeitamente adequado infelizmente fora derrotado pelo voto do Relator que negou provimento ao recurso, entre outros argumentos, pela alegação que no processo civil não há falar em produção de prova por meio de interceptação telefônica, pois este meio de prova somente é permitido nos casos expressamente previstos em lei, para fins de investigação criminal e instrução processual penal,

⁴⁸ “ACÓRDÃO: PROCESSUAL PENAL . APELAÇÃO CRIMINAL . ART. 214 C/C ART. 224 DO CP. **PROVA ILÍCITA. ADMISSIBILIDADE. POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE.** 1 - Existindo outros elementos probatórios como os depoimentos testemunhais que justifiquem a condenação do Apelante, cuja conduta delituosa tenha ferido direitos fundamentais, é aplicável o Postulado da Proporcionalidade em sentido estrito, que autoriza a ponderação entre princípios jurídicos. 2 - **Com base na ponderação de princípios constitucionais em colisão, o princípio da inviolabilidade do sigilo telefônico pode ser afastado se sua aplicação resultar na violação de outro princípio constitucional com peso superior, como por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana.** 3 - Recurso desprovido. (TJ-ES - APL: 00047654620008080024, Relator: SAMUEL MEIRA BRASIL JUNIOR, Data de Julgamento: 27/09/2006, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 08/11/2006)” (Grifos)

respeitadas as formalidades e os requisitos impostos normativamente, sob pena de afronta ao direito fundamental à intimidade.

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CAUTELAR INCIDENTAL - AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA INTERCEPTAR COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA - MEDIDA POSTULADA NO AFÃ DE LOCALIZAR DEVEDOR DE ALIMENTOS FORAGIDO - IMPOSSIBILIDADE - DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE - GARANTIA CONSTITUCIONAL AO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS - CLÁUSULA PÉTREA - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. O sigilo das comunicações telefônicas, erigido à cláusula pétrea pela Constituição Federal, encontra ressalva apenas e tão somente para fins de investigação criminal e instrução processual penal, razão pela qual não há permitir que na esfera cível, em face da ausência de interesse público, possibilite-se a quebra de sigilo telefônico com a finalidade exclusiva de descobrir paradeiro de devedor de pensão alimentícia.

(TJ-SC - AC: 245041 SC 2009.024504-1, Relator: Fernando Carioni, Data de Julgamento: 13/08/2009, Terceira Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação Cível n. , da Capital)

Sob a ótica de todos os estudos realizados para o presente trabalho, não se pode compreender como a aplicação dos princípios constitucionais à vida, aos alimentos, à dignidade, a proteção da criança e do adolescente, entre outros, podem ser violados, posto que quatro menores tiverem o seu direito de alimentos dificultado por uma proibição à quebra de sigilo de comunicação.

O alimento não pode esperar, a prova deve ser admitida *a priori* e os alimentos provisórios concedidos. Devem-se buscar novos meios a partir de então, enquanto os alimentos estiverem sendo fornecidos. Mas em face da urgência de um pedido de alimentos provisórios, seria prudente a flexibilização do formalismo processual face ao perigo do dano eminente, qual seja, o risco de não se ter o mínimo existencial.

4.2 O USO DOS MEIOS ELETRÔNICOS NAS AÇÕES DE GUARDA COMPARTILHADA

A ratificação da Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989 conferiu ao melhor interesse da criança proteção constitucional⁴⁹ e garantiu o direito à coparentalidade às crianças brasileiras através do artigo 18 desta Convenção.

49 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

O Código Civil destinou um capítulo à proteção da pessoa dos filhos em seus artigos 1.583 a 1.590. Nestes artigos estão expressamente previstos os regimes de guarda unilateral e compartilhada. A inserção da guarda compartilhada no Código Civil ocorreu apenas em 2008, por meio da Lei 11.698. Nos ensinamentos de Rosa (2019) foi, então, que houve uma quebra ideológica da guarda unilateral como única *ratio*, o que coaduna com o princípio constitucional da convivência familiar supramencionado.

O especialista ressalta que visando efetivar a guarda compartilhada no território brasileiro, houve em 2014, por meio da Lei 13.058, uma nova alteração do Código Civil Brasileiro nos artigos 1.583 e 1.584, para que a regra nas dissoluções de relacionamentos afetivos, mesmo quando os pais estejam em litígio, seja a guarda compartilhada. Além disso, mesmo se os pais passem a residir em cidades diferentes, o Código Civil permite o compartilhamento.⁵⁰

No que se refere à distância física, e observando a ausência de impedimento legal, o uso das novas tecnologias possibilita a aplicação da guarda compartilhada até mesmo quando os pais residam em países diferentes, uma vez que a distância física não significa distância afetiva. Isto porque, de maneira brilhante ressalta Rosa (2019): “Não há como retroceder: vivemos uma era de comunicação instantânea, *full time* e que modificou, para sempre, a história da sociedade contemporânea.” O uso dos meios eletrônicos, portanto, se torna ainda mais intrínseco ao âmbito familiar.

A era da comunicação integral e instantânea deve auxiliar a proximidade. Distância física não é distância afetiva e o compartilhamento de decisões pode e deve ocorrer independentemente do local de residência dos genitores. Qualquer pensamento em contrário representaria um retrocesso a todos os avanços que, paulatinamente, foram construídos nos últimos anos.

Rosa (2013, p.70) reafirma na sua interessante e didática obra “*Ifamily*” que vivenciamos uma nova era da comunicação, novas formas de relacionamentos e, também, de distanciamentos. Isso porque a modernidade fez com que o longe ficasse

⁵⁰ Ressalte-se que em 2016 houve decisão em contrário: Em decisão unânime, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu ser inviável a implementação de guarda compartilhada em caso de pais que moram em cidades diferentes. Para o colegiado, a dificuldade geográfica impede a realização do princípio do melhor interesse dos menores às filhas do casal. Ou seja, para os julgadores que decidiram a questão, sob a relatoria do Ministro Villas Bôas Cueva, não há como aplicar a guarda compartilhada quando os genitores residirem em cidades diferentes. Rodrigo da Cunha Pereira, assim como o Conrado Paulino Rosa acreditam que a decisão não levou em conta as alterações da Lei 13.058/14 que modificou a redação do artigo 1.583 § 3º para permitir a guarda compartilhada em situações como essa em que os pais moram em cidades distintas.

perto, uma vez que as ferramentas de comunicação de vídeo por skype, por exemplo, nos permitem comunicação em tempo real e gratuitamente mesmo que a outra pessoa esteja em outro continente. O autor relembra que há anos ter uma linha telefônica fixa era objeto de luxo e, também, que “uma ligação internacional tinha o preço proporcional à distância em quilômetros da pessoa com quem gostaríamos de falar” e conclui que:

A constituição da família virtual pode se dar em quaisquer formas de família expressas ou implicitamente previstas na legislação (e abordadas no capítulo anterior) em caráter provisório ou permanente. Em caráter provisório, poderíamos referir a relação de pais e filhos em que estes vão para cidades, estados ou países distantes para atender compromissos acadêmicos ou profissionais. É comum, quando isso ocorre, a ligação afetiva entre a prole e os genitores se tornar até mais intensa, vez que, com a quebra da convivência física diária – e também, muitas vezes, dos confortos –, diminuem os conflitos decorrentes das diferenças geracionais (ROSA, 2013, p. 72).

À exemplo deste novo modelo de família, o nosso ordenamento jurídico já admite de certa forma tal constituição familiar quando, por meio da Súmula 382 do Superior Tribunal de Justiça é pacificada de que a união estável não prescinde da convivência física sob o mesmo teto para sua constituição. Isto por quê as necessidades do mercado de trabalho ou, até mesmo, familiares muitas vezes fazem com que os companheiros necessitem morar em localidades diferentes. Outro fator a ser levado em conta são as escolhas pessoais dos conviventes, principalmente quando estão em segunda união ou iniciam o relacionamento com idade avançada e constroem o relacionamento de forma sadia, mas sem coabitação. Nada disso traz a impossibilidade de que os Tribunais possam enquadrar tal situação como família (ROSA, 2013, p. 72)

O mesmo se aplica a parentalidade. As ferramentas para o seu pleno exercício já existem na era da informação, e a inaplicabilidade da guarda compartilhada quando os genitores não residem na mesma cidade seria pressupor que as pessoas ainda se comunicam por sinais de fumaça (ROSA, 2019).

Fotos, vídeos, imagens, mensagens, áudios, ligação de vídeo, entre outras tecnologias cada vez mais acessíveis à população são viáveis para promover a convivência afetuosa entre genitores e sua prole à distância.

Há de se imaginar aqui, a situação do genitor que ao fim do relacionamento deseja ou precisa se mudar para outra cidade com a sua nova família e, no passado, muito comum nestes casos era o abandono afetivo, assistencial e físico do filho.

Hoje, com estas ferramentas, é possível estar distante tão somente fisicamente, mas presente afetivamente por meio do carinho e da atenção passíveis de demonstração à distância. Poderá, então, o genitor requerer a guarda compartilhada mesmo em outra cidade⁵¹, ou mesmo reconhecer a guarda unilateral da genitora, porém, requerer o direito de visita virtual.⁵²

Frise-se que a guarda unilateral é a forma residual, afinal, de acordo com o artigo 1.584 § 2º⁵³ da codificação civil brasileira somente pode ser aplicada quando um dos pais não desejar exercer a guarda compartilhada ou não tiver condições para o exercício do poder familiar (ROSA, 2019).

Como bem observa Barreto (2003, p. 1), o instituto da guarda compartilhada tem por escopo tutelar, não somente o direito do filho a convivência assídua com o pai, assegurando àquele o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social completo, mas também a referência masculino-paterna, analisando o papel do pai “como meio de permanência dos laços afetivos e familiares”. Neste sentido, conclui-se que na guarda compartilhada, busca-se a total preservação do melhor interesse da criança, na medida em que se trata de um compartilhamento de direitos e deveres entre os pais separados, com a finalidade de que ambos dividam a responsabilidade e as principais decisões relativas aos filhos (PEREIRA, 2008, p. 1).

Nessa modalidade de guarda, os pais compartilham das decisões gerais para com os filhos, incluídos cuidados médicos, educacionais, de lazer entre outros, permitindo a conservação dos direitos e deveres a eles imputados, pois a guarda envolve um complexo de atributos do poder familiar inerente aos genitores.

Objetiva-se, com isso, assegurar o melhor interesse da criança não se esquivando da responsabilidade que os pais e o Estado têm sobre ela, privilégio este sancionado na guarda compartilhada em decorrência das diferenças quando há separação conjugal.

O comprometimento com as obrigações não só financeiras, mas em sentido amplo com o filho, evita que no futuro o menor tenha sentimento de injustiça e até de revolta contra os genitores, evitando também que o mesmo sobrecarregue a um só

⁵¹ Com base na lei Lei 13.058/14 que modificou a redação do artigo 1.583 § 3º.

⁵² Se der tempo colocar aqui direito de visita virtual.

⁵³ Artigo 1.584, § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

dos responsáveis. A guarda compartilhada traz essa igualdade e, conseqüentemente, a responsabilidade para ambos das despesas.

Além desse aspecto, a guarda conjunta estimula a convivência entre os pais de forma cooperada, e isso só tende a beneficiar o filho, já que evita os conflitos por questões financeiras e o pai fica satisfeito por sentir que participou da vida do seu descendente, pois o maior objetivo é fazer com que todos, principalmente o menor, tenha uma vida tranquila, sem conflitos, além de que os pais possam ter uma relação com seus filhos, como teriam se ainda estivessem casados.

Todavia, em algumas situações, a litigiosidade entre os genitores, bem como a intransigência de um ou de outro, dificulta a fixação da guarda compartilhada. Existem casos em que, sob falsas acusações um tenta impedir que a guarda compartilhada seja fixada, para tirar do outro o direito de permanecer mais tempo com o filho. Ocorre que, segundo Andrichi (2016, p. 1), “para que o pedido de guarda compartilhada seja negado, é necessária a demonstração cabal de que um dos pais não é apto para exercer o poder familiar”.

Em suma, há duas possibilidades de produção de provas nas ações de guarda. No caso em que o objeto da ação, a sua causa de pedir é a mudança da guarda compartilhada para a unilateral por motivos como: viagens excessivas a trabalho de um dos genitores, trabalho em dois expedientes, problemas psicológicos ou com álcool e drogas será necessária a produção de provas. Ou por motivos como casos de agressões, em que pode ocorrer do genitor, por exemplo, estar legalmente impedido de se comunicar com a genitora por medidas protetivas.

Nesses casos haverá sempre o direito de visita, mas em que pese a guarda compartilhada seja a melhor opção, há casos como os mencionados em que a guarda unilateral pode ser, como via de exceção, a opção mais compatível com o melhor interesse da criança e do adolescente.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS CUMULADA COM PEDIDO DE GUARDA DE MENOR E VISITAS. GUARDA DEFERIDA EM FAVOR DA GENITORA. GARANTIDO O DIREITO DE VISITAS AO PAI, COM PERNOITE. ACUSAÇÃO DE ABUSO SEXUAL PELO ATUAL PADRASTO. ESTADO DE FLAGRANTE BELIGERÂNCIA ENTRE AS PARTES. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA QUE ADVERTIU A GENITORA QUANTO AOS CUIDADOS DA MENOR EM RELAÇÃO AO COMPANHEIRO E PUBLICAÇÕES NAS REDES SOCIAIS. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70065255374, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 19/06/2015). (TJ-RS - AI: 70065255374 RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Data de Julgamento: 19/06/2015, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 24/06/2015).(Grifos)

No julgado acima, o agravante sustenta ter denunciado ao juízo de piso a suspeita de abuso sexual contra a sua filha de três anos. O crime estaria sendo praticado pelo atual e recente companheiro da genitora da criança e o genitor teria tomado providências junto ao Conselho Tutelar, onde foi orientado a não devolver a filha, lavrando ocorrência de estupro de vulnerável.

O genitor alegou, com total razão, que “a Julgadora reconheceu a situação de risco da criança, pois advertiu a agravada que a menor não deveria ficar sozinha com o Sr. Wagner, advertindo-a também que o Sr. Wagner deveria abster-se de efetivar publicações inapropriadas em redes sociais envolvendo a menor”, mas manteve o convívio sob o mesmo teto do suspeito de abuso sexual.

Assim, nota-se que assiste razão ao agravante quando alega que “a mera advertência de que o padrasto não poderá ficar sozinho com a menor é inócua e de difícil fiscalização. O agravante ainda relata que a filha narrou a avó paterna que seus genitais foram manipulados pelo “papai Wag”, que não é possível desconsiderar que a agravada e seu companheiro postam fotos inapropriadas da criança nas redes sociais e que a menina apresentou mudança de comportamento nos últimos tempos, conforme o parecer pedagógico juntado. Percebe-se aqui as redes sociais da genitora como uma fonte de indícios indispensável à análise do processo.

Nesse íntere o agravante requer a concessão do efeito suspensivo, a fim de que lhe seja concedida a guarda provisória, o que não geraria nenhum transtorno à criança que é perfeitamente familiarizada com o pai, tios, prima, avó e bisavó. Pedindo alternativamente que seja determinado o afastamento do suposto abusador do lar da agravada, com a ampliação das visitas semanais para o agravante.

Lamentavelmente a decisão agravada manteve a guarda provisória da infante com a genitora. A relatora entendeu que a guarda é instituto que visa a proteção dos interesses dos menores. Argumenta que no caso de guarda dos filhos, salvo situações em que demonstrado evidente prejuízo aos infantes, é aconselhável mantê-los com quem já a detém, a fim de não promover mudanças na sua vida cotidiana que possam acarretar prejuízos de toda a ordem pois as crianças necessitam de um referencial seguro para viver e se desenvolver e completa: “O seu bem-estar deve se sobrepor, como um valor maior, a qualquer interesse outro.”

Aqui não se pode deixar de comentar que é incompreensível o entendimento de que não há evidente prejuízo a infante ao permanecer sob a guarda da genitora. Além de que o seu bem-estar não deve se sobrepor à sua segurança. Uma infante de

três anos não possui capacidade para proteger-se e o poder judiciário deveria, sob a ajuda do genitor, cumprir este papel o que ao que parece não ocorreu.

Apesar das acusações e indícios trazidos aos autos pelo genitor, a relatora entendeu que seria necessária a manutenção da decisão agravada até que realizada a avaliação social determinada pelo Juízo, visando a evitar sucessivas alterações de guarda e, conseqüentemente, na rotina da menor, as quais não serão benéficas à infante por mais que esteja perfeitamente integrada à família paterna.

A relatora acreditou que foi suficiente a determinação da juíza de piso ao advertir a genitora, ora agravada, quanto aos cuidados a serem dispensados à menor em relação ao seu novo companheiro e à publicidade da intimidade da filha nas redes sociais⁵⁴, razão pela qual manteve a decisão recorrida por seus próprios fundamentos, inclusive no que respeita à ampliação das visitas, estabelecidas em finais de semana alternados e às quartas-feiras, com pernoite, até a realização de estudo social.

Ocorre que, situações de perigo de dano como esta não podem aguardar “realização de estudo social”, até lá a integridade da menor estaria aparentemente em risco, o que não deveria ser admitido.

A relatora ressaltou que a guarda também poderá ser revista a qualquer tempo, uma vez comprovado risco à integridade física e/ou psicológica da menina. Ou seja, está claro no caso em análise que o órgão julgador percebe o risco à criança, à sua imagem e à sua proteção física, moral e sexual.

É inconcebível que ambas as decisões ignorem os indícios e provas acostados aos autos. Não se pode compreender que a mudança de residência e concessão da guarda unilateral seja menos benéfica para a criança do que mantê-la num ambiente de perigo à sua dignidade. Traumas como estes alteram toda a jornada do ser humano.

No caso em análise não houve produção de prova ilícita, contudo, as redes sociais foram indispensáveis para que o pai da criança suspeitasse dos abusos, o que pode ter evitado maiores prejuízos futuros para a menor. Não há que se discutir a

⁵⁴ Aqui chama-se a atenção o outro lado da moeda. Em que pese os meios eletrônicos representem, muitas vezes, um facilitador, é preciso observar que o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), em seu artigo 100 parágrafo único, inciso V, o qual rege a aplicação das medidas de promoção de direitos e proteção da criança, ressalta a proteção à privacidade e o respeito à intimidade, imagem e reserva da vida privada do menor. Esta ideia coaduna com fato do segredo de justiça ser regra na área familiarista.

licitude ou legitimidade da forma como fora obtida as fotos inapropriadas das redes sociais da genitora, ou mesmo se esta observou ou não a “necessária” utilização da ata notarial.

As limitações impostas as fontes de prova, incluindo os meios eletrônicos, nestes casos em que a disputa pela guarda envolve perigo para a criança, podem por em risco a possibilidade do genitor de salvar a prole de situações que afetam para sempre a vida deste ser. Portanto, supondo que neste caso concreto fosse necessária a produção de prova ilícita para comprovar o abuso sexual, não seria compreensível inadmitir esta prova.

A aplicação de tal entendimento nos casos concretos julgados pelo poder judiciário é importante para a sociedade e para que em situações como esta o genitor saiba que não terá que deixar a sua filha sofrer ainda mais por impossibilidade de utilizar-se de provas eletrônicas obtidas ilegalmente. Sempre, por óbvio, utilizando o bom senso, a proporcionalidade e a razoabilidade, tanto as partes quanto os operadores do direito.

Este é um caso em que, excepcionalmente, a guarda provisória unilateral do genitor com direito a visita para a mãe seria compreensível e ao se comprovar, posteriormente, por meios sólidos como perícia e estudos sociais a prática do abuso, a guarda definitiva ao genitor até que fosse comprovado que não há qualquer tipo de risco à criança.

Deve-se ressaltar que são exceções os casos em que a guarda unilateral será a melhor possibilidade para a criança. A guarda compartilhada pode ser um mecanismo importante para a prevenção de casos de alienação parental ou de perigo à criança. No que se refere aos limites e possibilidades de uso das provas eletrônicas nas ações de guarda, a sua utilização deverá ser analisada no caso concreto.

4.3 O USO DOS MEIOS ELETRÔNICOS COMO MEIO DE PROVA DA PRÁTICA DE ALIENAÇÃO PARENTAL

A alienação parental se caracteriza pelo artigo 6º da Lei 12.318 de 2010 que visa coibir a prática deste ato. Para tanto foi necessária a elaboração de um rol do que se visualiza como atos de alienação, ainda que este não seja considerado taxativo. O caráter exemplificativo do rol do referido artigo é reafirmado por Roberto Gonçalves (2019, p. 297) e por Newton Teixeira Carvalho (2017, p. 1).

Esse tema esteve por muitos anos longe de ser tratado como um verdadeiro mal e, conseqüentemente, de ser punido. Porém, este fenômeno começa a despertar a atenção do Direito de Família e do Judiciário, que já reconhece a Alienação Parental como uma verdadeira ferida nas relações familiares, não podendo mais passar despercebida, sendo de extrema necessidade que medidas sejam tomadas para resguardar os interesses do menor sem ferir os direitos concernentes aos pais.

Antes “os papéis parentais eram bem divididos, quando da separação, os filhos ficavam sob a guarda materna e ao pai cabia um encargo de pagar alimentos e visitá-los quinzenalmente” (DIAS, 2015, p. 455).

A nova concepção de família, por outro lado, valoriza mais a afetividade e reconhece o prejuízo causado aos filhos pela falta do convívio paterno. Todavia, diante do litígio conjugal nem sempre os ex-cônjuges distinguem os aspectos que lhes dizem respeito e os que dizem respeito às suas relações com os filhos, ou seja, nem sempre fazem a necessária distinção entre parentalidade e conjugalidade.

Com isso, acabam experimentando um embate como um meio de evitar e disfarçar o vazio da perda e esse embate, muitas vezes, inclui a tentativa de um dos cônjuges de afastar dos filhos o seu convívio, incutindo nesses últimos, ideias nocivas e equivocadas contra seu genitor, levando-os à rejeição. Muitas vezes, os pais costumam perceber que seus filhos estão sendo objeto de vingança, e que estão sendo vítimas da Síndrome da Alienação Parental, a qual será explicada adiante.

O primeiro autor a descrever essa síndrome foi Richard Gardner, professor de Psiquiatria infantil da Universidade de Columbia (EUA), que se tornou conhecido ao cunhar, em meados dos anos 1980, uma síndrome que ocorreria especialmente em crianças expostas a disputas judiciais entre seus pais (RAND, 1997). Informa este autor, que no início dos anos 1980, Gardner observou que crescia o número de crianças que exibiam rejeição e hostilidade exacerbada por um dos pais, antes querido.

Originalmente, Gardner (1991) pensou se tratar de uma manifestação de “lavagem cerebral”, denominado pelo autor de *brainwashing*, termo que serve para designar que um genitor de forma sistemática e consciente influencia a criança para denegrir o outro responsável. Todavia, posteriormente, ele concluiu que não seria simplesmente uma lavagem cerebral, fazendo uso então do termo Síndrome da Alienação Parental para designar o fenômeno que observava.

A Síndrome da Alienação Parental foi descrita por Gardner (1991) como sendo um distúrbio infantil, que surge, principalmente, em contextos de disputa pela posse e guarda de filhos. Manifesta-se por meio de uma campanha de difamação que a criança realiza contra um dos genitores, sem que haja justificativa para isso. Essa síndrome, segundo este psiquiatra, resulta da programação da criança, por parte de um dos pais, para que rejeite e odeie o outro, somada à colaboração da própria criança — tal colaboração é assinalada como fundamental para que se configure a síndrome (GARDNER, 2001).

Quanto às manifestações da síndrome, Gardner (1999) assevera que elas apareceriam primeiro em crianças mais velhas, seguidas dos irmãos mais novos. As primeiras se mostram engajadas em difamar, desrespeitar e importunar o pai durante as visitas, induzindo os irmãos mais novos a fazê-lo também. Dessa forma, continua este autor, as crianças mais velhas são colaboradoras ativas no processo de programação de seus irmãos.

No Brasil a prática de alienação parental, definida pelo artigo 2º da lei de alienação parental, atinge diversos direitos fundamentais da criança e do adolescente. Isto fica claro quando se considera que “direitos fundamentais são aqueles considerados indispensáveis à pessoa humana, sendo essenciais para uma existência digna, livre e igualitária” (MADALENO; MADALENO, 2018, p. 121).

Guilherme Calmon Nogueira da Gama (apud MADALENO; MADALENO, 2018) aponta que é preciso observar que a Carta de 88, o Código Civil de 2002 e o Estatuto da Criança e do Adolescente resguardam o princípio dos melhores interesses das crianças e dos adolescentes, posto que são considerados vulneráveis e titulares de direitos fundamentais, especialmente no âmbito dos direitos de família.

O artigo 227 da Constituição Federal e o art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõem acerca do dever da família, da sociedade e do Estado em prover para a criança e para o adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária e ainda os coloca a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Visto isso, qualquer lesão causada pelos pais ou por qualquer pessoa que usa de sua ascendência, proximidade ou influência para privar menor vulnerável da sua liberdade, do seu direito essencial à convivência familiar, ferindo de morte a dignidade

dessa criança ou adolescente, estará atuando de maneira cruel e violenta que sem sobra de duvida será identificada como um ato de alienação parental conforme o disposto no artigo 3º da Lei de 12.318/2010 (MADALENO; MADALENO, 2018, p. 122).

A demonstração dos direitos acima pontuados se dá pela necessária compreensão acerca da necessidade de tratamento peculiar e especial perante os menores. Tal ideia está diretamente ligada a tese ora defendida, de que o direito de família não pode ser visto como as demais áreas cíveis em que a limitação probatória é fielmente aplicada. No tema em análise, não se pode imaginar um ato de alienação parental possuir sua comprovação dificultada ou quase impossível face uma limitação probatória, seja pela ilicitude ou pela ilegitimidade. Contudo, não se pode negar que a cooperação e o respeito mútuo entre os pais é, e sempre será, a melhor opção para evitar ou mesmo acabar com atos de alienação.

Diante dessas considerações, mais uma vez, fica evidente o quanto é importante haver entre os ex-cônjuges o entendimento mútuo de que o bem estar dos filhos deve vir antes do deles próprios e de que é importante para sua prole a convivência com ambos os genitores, pois cada um tem a sua parcela de importância no desenvolvimento dos filhos e o dever de lhes dar amor e proteção na mesma medida.

Acredita-se que diagnosticar a Síndrome de Alienação Parental e punir o responsável pode não ser a melhor solução, uma vez que qualquer medida tomada contra os pais implica consequências aos filhos, o que seria uma forma de violência contra estes últimos. Portanto, o melhor seria a prevenção, aplicando-se tão cedo quanto possível o instituto da guarda compartilhada.

Carla Barreiro (2010) vê a guarda compartilhada como um meio plenamente eficaz de inibir a prática da alienação parental, uma vez que é de extrema importância que a criança viva sob a tutela de ambos os pais, coibindo a prática do possível genitor alienante, pelo fato de o outro genitor estar totalmente entrosado na vida do filho, tanto em companhia, como nas atividades corriqueiras da criança. Nesse sentido, a autora afirma que:

Filho precisa de pai e mãe para estruturar a sua personalidade dignamente e a guarda compartilhada é o mecanismo mais eficaz para inibir a alienação parental no seio de um núcleo familiar, quando da ocorrência da ruptura conjugal, com má elaboração da nova situação por parte de um dos cônjuges / conviventes. Desta forma, a possibilidade de convívio com o filho para os pais separados, deixará de ser arma de vingança, pois ambos terão igualdade de contato e vivência, com a aplicação da guarda compartilhada, fato que

impedirá que o acesso ao filho seja moeda de troca ou de desforra (BARREIRO, 2010, p. 1).

Com base no exposto, ambos os genitores devem refletir sobre o que é melhor para os filhos, buscando uma opção para minorar os traumas causados pela separação. No que tange a situação dos pais separados, eles podem estar muito mais envolvidos com seus filhos vendo-os regularmente. Desse modo, nenhum dos pais estará carregando todo o peso da criação dos filhos, considerando o outro como ausente. É preciso que os filhos sintam que têm duas casas, duas bases estáveis onde podem estar seguros e, acima de tudo, que eles continuam a ter uma vida em família, com ambos os pais, o que os fará sentir mais amados.

Infelizmente esta não é a realidade global, como dito no capítulo introdutório deste estudo, os cidadãos, por vezes, e por defeitos inerentes à vida humana, não são capazes de administrar dificuldades interpessoais e levam à máquina estatal os mais diversos assuntos.

Contudo, como vem se defendendo neste estudo, a área familiarista não deve ser tratada como os demais ramos de direito. Deste modo, a legislação, assim como a interpretação legislativa, são imprescindíveis para uma eficaz aplicação do direito.

Apesar do exposto e do artigo 6º da Lei de Alienação Parental estipular diversos tipos de sanções (penas, castigos) que devem ser aplicadas ao alienador com rigor, para coibir suas atitudes, não se nota uma diminuição da prática.

A Síndrome de Alienação Parental é um mal enfrentado pelos foros judiciais mundiais e não seria diferente num país tão extenso em população e complexo culturalmente como o Brasil. Madaleno e Madaleno (2018, p. 103) faz uma crítica pertinente acerca da lamentável situação em que se encontra a vítima da alienação parental perante uma suposta proteção estatal “eficiente” após a edição da lei de 2010:

A vítima da alienação parental não vem encontrando a necessária eficácia judicial no menor tempo possível e com o menor dispêndio possível de energia, merecendo reflexão o alerta de José Roberto dos Santos Bedaque ao afirmar não serem suficientes as alterações legislativas se o aplicador das regras processuais mantiver-se apegado ao formalismo exarcebado e inútil (MADALENO; MADALENO, 2018, p. 103).

A crítica feita por Bedaque (*apud*. Madaleno; Madaleno. 2010) e reforçada por Madaleno e Madaleno (2018) é pelo fato que os genitores alienados têm se sentido processualmente frustrados ao denunciar a prática abusiva da alienação parental, mesmo diante do rito moderno e supostamente eficiente da lei de alienação parental, levando a uma sensação de que o alienador acaba sendo até mesmo favorecido pelos

resultados frustrantes obtidos pelo genitor alienado quando este busca o poder judiciário.

Por este motivo, é de vital importância a atuação e postura séria, rígida e severa do Estado juntamente com o genitor-alienado contra a Alienação Parental. É necessário que se lute incansavelmente para abolir integralmente esta prática. Assim, é preciso que o genitor-alienado denuncie, que procure ajuda e aconselhamento jurídico para entender a situação por qual está passando e como pode resolvê-la, por fim, processando o genitor-alienador ou alienante. Assim, declarada a prática de alienação parental:

[...] o genitor vitimado terá legitimidade ativa para a propositura de uma ação autônoma para a discussão e a reparação do mal causado pela alienação parental promovida. [...] Nada obsta, no entanto, que a caracterização da alienação parental venha a ocorrer no curso da ação em que se busque a fixação da guarda e do direito de visitas [...] (FIGUEIREDO; ALEXANDRIDIS, 2014, p. 96).

De acordo com Carvalho (2017), na ação declaratória de alienação parental pode-se formular pedido simples (se houve uma prática), cumulado (se houve mais de uma prática) ou sucessivo (se as provas não forem cabais).

Esse mesmo autor acrescenta que também se pode ofertar reconvenção, especialmente se for o autor da ação que estiver praticando ato de alienação parental, propondo a demanda como forma de tentar transformar os fatos irreais em reais, uma vez que não pensa mais em prol do filho, mas somente em continuar falsificando a realidade dos fatos.

Por outro lado, o alienado, com a certeza de que está ocorrendo a alienação parental, e para assegurar seu direito de convivência com o filho, precisa buscar a justiça, seja para provar que está sendo vítima dessa síndrome, ou que as acusações que lhe são imputadas são falsas. Nesse sentido, conforme orienta Silva (2017, p. 1):

Para comprovar a prática de atos de alienação parental, podem ser utilizados áudios, imagens, vídeos, mensagens ou fotos que contenham tentativas de desqualificação ou ridicularização da conduta de um dos genitores no exercício da paternidade ou maternidade, bem como que revelem indícios de difamação, de falsas denúncias contra genitor, contra familiares deste — incluído atual namorado(a), companheiro(a) ou cônjuge — ou contra avós, bem como os que busquem denegrir a imagem destes, no intuito de obstar ou dificultar a convivência com a criança ou adolescente, tal qual retirar ou esvaziar a autoridade paterna ou materna em relação ao filho comum.

No mesmo sentido, Carvalho (2017) afirma que todos os meios de prova são admitidos numa ação autônoma ou incidental de declaração de alienação parental, cuja tramitação ocorrerá pelo procedimento comum, não podendo ocorrer dispensa da tentativa de conciliação ou mediação, haja vista que o foco da discussão é o

interesse do menor, e mediante a conciliação ou a mediação se poderá resolver ou pelo menos sustar, imediatamente, a prática de atos de alienação parental.

Ora se o meio mais célere de produção de prova da alienação ocorre por um meio tecnicamente e formalmente ilegítimo ou ilícito não restam dúvidas que o melhor caminho é a avaliação da possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade para aproveitar a prova produzida, desde que a sua utilização não atinja a dignidade da pessoa humana daquele que sofre os efeitos do uso do meio ilícito em um grau de prejuízo maior ao daquele que foi vítima da alienação.

Este tipo de análise deverá ser realizada no caso concreto, sem dúvidas, pois os direitos possivelmente feridos podem ser os mais diversos. Contudo, o que se defende no presente trabalho é a possibilidade de uma aplicação da teoria, ou seja, que busca a utilização da prova antes de considerá-la prontamente inadmissível por ser considerada tecnicamente ilegal (*latu senso*).

Afinal, como resultado da alienação parental, a criança pode passar, injustificadamente, a repudiar o outro genitor, tendendo a desenvolver problemas de saúde física e mental, que seriam uma forma inconsciente de fugir de uma realidade com a qual não sabe lidar. Entre tais problemas encontram-se distúrbios alimentares, distúrbios psicológicos, timidez excessiva, baixa autoestima, problemas para se comunicar, dificuldade para manter uma relação estável na vida adulta, uso de drogas e álcool (RAMOS, 2019).

Nesses casos o mais comum é a prova técnica por meio de perito, porém, a prova eletrônica muitas vezes pode servir de alerta, haja vista que os aparelhos eletrônicos fazem parte do cotidiano dos genitores e da própria criança, estando à disposição, inclusive, para comunicarem-se. Todavia, avaliam-se quais devem ser os limites e possibilidades de uso da prova eletrônica, cabendo observar que, diante de uma falsa denúncia, o mais grave é que, além do prejuízo para toda a família e, principalmente, para a própria criança, dificilmente se comprovará se o fato abusivo denunciado realmente ocorreu (CANABARRO, 2018). Conforme esta autora, a maior parte das falsas acusações ocorre no âmbito familiar, em situações que envolvem divórcios litigiosos e brigas pela guarda dos filhos.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL CUMULADA COM **GUARDA, ALIMENTOS E PARTILHA DE BENS. GRAVAÇÃO CLANDESTINA.** OITIVA DA MENOR. As gravações realizadas na casa da genitora constituem prova clandestina, pois obtidas sem autorização judicial, violando assim o disposto no inciso X do art. 5º da CF/88. Eventuais atos de alienação parental podem ser comprovados por

meios lícitos, previstos em lei. Ao juiz é destinada a prova, cabendo-lhe deferir a realização daquelas que entender necessárias ao deslinde do feito. A oitiva da infante poderá ser realizada, posteriormente, se assim entender cabível o juízo, após a oitiva das testemunhas. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravo de Instrumento Nº 70057151524, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 12/12/2013). (TJ-RS - AI: 70057151524 RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 12/12/2013, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 17/12/2013).

O Agravo de Instrumento a ser analisado foi interposto contra decisão proferida nos autos de ação de reconhecimento de união estável, cumulada com guarda, alimentos e partilha de bens, em que a magistrada determinou o desentranhamento de ata notarial sob a alegação de prova ilícita e indeferiu a oitiva da menor. As razões do agravante foram as seguintes:

(1) o intuito das gravações era ver como a agravada conduzia a educação da filha do casal, sendo surpreendido com diálogos contendo atos de alienação parental e confissão de imputação falsa de conduta criminosa atribuída ao agravante; (2) a agravada tinha por objetivo evadir-se da cidade sem a permissão do genitor; (3) a decisão ora vergastada prejudica o direito constitucional à ampla defesa; (4) **o feito já tramita há aproximadamente três anos e não se procedeu a oitiva da infante, já tendo ela manifestado seu desejo de permanecer residindo com o genitor;** (5) em episódio recente (13.10.13), quando veio visitar o agravante, a menor não quis retornar ao convívio materno, tendo se desesperado pedindo ao pai que não a devolvesse.

Ainda que não se possa considerar como fato aquilo alegado pela parte no processo, certas arguições merecem especial atenção e cautela pelo órgão julgador. É o caso de uma denúncia de alienação parental.

O Agravante pugnou pela concessão de antecipação de tutela recursal para deferimento da juntada da ata notarial com o conteúdo da gravação, bem como pela oitiva da menor. Em despacho de recebimento, foi indeferido o pleito liminar.

O agravante reconheceu que instalou gravador no apartamento da agravada para monitorar o modo como ela conduzia a educação da filha e, na sequência, segundo refere, foi surpreendido com diálogos contendo atos de alienação parental e confissão de imputação falsa de conduta criminosa ao agravante pela agravada.

Obtidas tais informações, procedeu-se a degravação em ata notarial e a postulação de juntada nos autos, o que foi indeferido pelo magistrado, com o consequente desentranhamento.

O relator Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos negou provimento ao recurso e a votação foi unânime sob o fundamento de que, efetivamente, a gravação trazida pelo genitor da menor foi obtida de forma clandestina, tendo em vista que ele mesmo confessa que deliberadamente colocou o gravador na casa da ex-companheira para obter informações de como a mesma educava a menor.

O relator considerou que além da violação contida no art. 5º, inciso X da Constituição Federal, o procedimento realizado pelo agravante ocorreu sem autorização judicial, o que tornou a prova inadmissível.

Além disto, o relator inadmitiu a possibilidade de justificar tal atitude diante do confronto de princípios constitucionais (privacidade x melhor interesse da criança), pois, a ser assim “relativizar-se-ia a proteção da privacidade, abrindo-se perigoso precedente para tudo justificar”.

Ademais, o relator alega que o agravante dispõe de meios lícitos, conforme prevê a Lei 12.318/2010, para comprovar que a agravada pratica atos de alienação parental em relação à filha prejudiciais ao seu vínculo afetivo. Sobre este argumento, cabe aqui a crítica acerca da morosidade processual como meio de ineficácia da norma. Como disposto pelo Agravante, o processo já se arrastaria por três anos. Este tempo para a menor é infinitamente maior do que para um adulto e pior, tempo suficiente para causar estragos irreversíveis. Ciente disto é que provavelmente, em ato de desespero, o genitor procedeu com a gravação clandestina que deveria neste caso ter sido admitida face a gravidade da situação.

Quanto à oitiva da menor considerou-se correta a decisão agravada por indeferir o pedido de manifestação da infante com o objetivo de protegê-la de possível exposição ante seus genitores no dramático cenário que costuma ser uma sala de audiências, sobretudo quando se discutem assuntos relacionados ao Direito de Família. Sobre este ponto, parece correto o entendimento de que a oitiva da infante poderá ser procedida, se assim entender o juízo, após a colheita das demais provas, quais sejam, os depoimentos e testemunhos, mas seria prudente, face a seriedade da prática de alienação, a admissão da prova ilícita para proceder com alguma das medidas de urgência proporcionadas pela lei de Alienação Parental.

Sob a ótica deste caso concreto, firma-se o entendimento final de que deve ser possível a excepcional admissão de prova eletrônica obtida por meios ilícitos para casos de risco eminente de Alienação Parental, sempre à luz da razoabilidade e proporcionalidade do caso concreto.

4.4 A EXEPCIONAL POSSIBILIDADE DE USO DE PROVA ILÍCITA NO PROCESSO DE FAMÍLIA

Por tudo quanto exposto nos tópicos anteriores uma tese pode ser firmada: deve existir a possibilidade excepcional de uso da prova considerada ilegal em determinadas demandas que tramitam no juízo de família, principalmente as eletrônicas em razão da sua crescente e indissociável presença na vida humana. Ressaltando-se que as provas que ferem o processo, chamadas por alguns autores como ilegítimas, devem possuir restrição mais branda, sempre se observando a proporcionalidade e a razoabilidade.

A justificativa, entre outras, está na dificuldade *probandi* do ramo familista. Conforme observa Tartuce (2019, p. 1), “nos processos de família a dificuldade probatória é marcante” pois, além dos causadores do dano naturalmente buscarem ocultar os fatos que lhes são desfavoráveis, nem sempre se pode demonstrar o que realmente aconteceu na intimidade do lar.

A autora afirma que este assunto merece muita atenção por parte dos jurisdicionados e dos aplicadores do Direito, haja vista que tudo que for alegado deve estar alicerçado sobre uma prova, sob a pena de ter o pedido julgado improcedente, o que fere o interesse do litigante.

Em muitas circunstâncias não há outra forma de solucionar o litígio sem que se reconstituam os fatos ocorridos na intimidade do lar ou sem que se descubram as informações que foram deliberadamente ocultadas. Assim, muitos litigantes recorrem com frequência ao serviço de detetives particulares, instalam escutas telefônicas, provocam situações de flagrantes, dentre outras ações que levam a questionar se tais provas podem ou não ser admitidas nos processos de família.

Na opinião de Madaleno (2014), o valor que mais merece proteção nos processos de família é a dignidade da pessoa humana. Aqui, ressalte-se a peculiaridade deste ramo de direito, que opera diretamente com a pessoa física, a quem é inerente a dignidade, e não com a pessoa física.

Assim, para o referido autor deve se admitir a relativização da garantia constitucional de vedação da prova ilícita, caso estejam “em risco a supremacia dos direitos da pessoa humana, sua honra e sua dignidade”.

Ainda segundo Madaleno (2014), a natureza das questões processuais discutidas no âmbito do Direito de Família é peculiar e, por isso é que a análise dessas questões não pode ser dissociada do juízo de ponderação. O autor encontra reforço

para sua afirmação no artigo 447, §2º, inciso I e § 4º do CPC⁵⁵ que refletindo a aplicação desse juízo de ponderação, consigna a possibilidade de que cônjuge, ascendentes, descendentes e colaterais até o terceiro grau, pessoas impedidas de depor no juízo familista, possam ser auscultadas, caso assim exija o interesse público, ou caso se trate de um processo relativo ao estado da pessoa, e não haja outra forma de se obter a prova.

Sérgio Gilberto Porto aduz que o fato de muitos empregados domésticos partilharem da intimidade das pessoas da casa onde trabalham e, portanto, de ambos os litigantes, permite que estes tenham conhecimento de tudo o que se passa nesse ambiente. Por isso, seus depoimentos são admitidos nas ações de família, o que parece muito lógico, haja vista que em muitos casos são estes, bem como alguns parentes, os únicos capazes de prestar esclarecimentos sobre os fatos ocorridos no recesso do lar (1987, p. 124).

Todavia, não se deve olvidar que somente o juiz poderá avaliar se esses depoimentos de pessoas impedidas são necessários ou convenientes, do mesmo modo que apenas ele poderá validar esses testemunhos, naturalmente carregados de parcialidade. Cabe, assim, ao magistrado, filtrar esta prova.

Madaleno (2014) afirma que, não obstante a proibição da prova ilícita tenha como uma das suas principais bases a necessidade de proteção à privacidade e à intimidade - que já se demonstram muito fragilizadas em razão da alta exposição que a tecnologia trouxe para a vida privada das pessoas - tais direitos estão, constantemente, em conflito com outros direitos intrínsecos a sobrevivência e a dignidade da pessoa humana. Corroborando este entendimento, veja-se o seguinte julgado:

AÇÃO PAULIANA. GRAVAÇÃO DE CONVERSA ENTRE MARIDO E MULHER. PEDIDO DE JUNTADA PELA ÚLTIMA. PROVA DE DEFRAUDAÇÃO DO PATRIMÔNIO COMUM. DECISÃO QUE CONSIDERA A PROVA COMO ILÍCITA. OFENSA AO DIREITO DA INTIMIDADE.

⁵⁵ Art. 447. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.

[...]

§ 2º São impedidos:

I - o cônjuge, o companheiro, o ascendente e o descendente em qualquer grau e o colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito;

[...]

§ 4º Sendo necessário, pode o juiz admitir o depoimento das testemunhas menores, impedidas ou suspeitas.

DESCABIMENTO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. PONDERAÇÃO DO DIREITO À PROVA. LIMITAÇÃO QUE CEDE À PROVA RELEVANTE. INTERESSES DA BUSCA DA VERDADE E DA SEGURANÇA JURÍDICA QUE SACRIFICAM, NO CASO CONCRETO, A TUTELA DA INTIMIDADE. RESTRIÇÃO CONSTITUCIONAL SUPERADA PELA ORIGINALIDADE DA PROVA PARA A DESCOBERTA DA VERDADE. Assim, é razoável a utilização de gravação de conversa entre marido e mulher, mesmo que um dos interlocutores desconheça a impressão sônica feita pelo outro. A preservação da garantia constitucional da privacidade, [...], não pode servir para cometimento de injustiça, nem obstáculo invencível que venha a favorecer quem violou o direito material que alicerça a pretensão contraposta, cabendo ao juiz dar valor ao conteúdo da prova, independente do meio com que foi obtida, ainda que com superação de certos direitos consignados na Lei Magna ou na legislação ordinária. [...] O direito à intimidade, como qualquer outro, não pode sobrepor-se de maneira absoluta a outros dignos da tutela judiciária, podendo submeter-se ao direito à prova, também constitucionalmente assegurado, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, aqui se ponderando favoravelmente os interesses ligados à reta administração da justiça e sacrificando-se a privacidade. [...] Assim, o objeto do direito à prova é o direito da parte à prova relevante, que cede aos direitos fundamentais, desde que ela não detenha outra forma de comprovação. Desta forma, prevalecem os interesses da verdade e da segurança jurídica, restando à coletividade assegurar-se contra a obtenção ilícita com o manejo da responsabilidade civil ou penal para o autor que malferiu a moral. É razoável a produção de prova oriunda de gravação de conversa entre marido e mulher, em que se utilizaram meios comuns, mesmo que um deles desconheça a existência da impressão sônica, uma vez que não há quebra da privacidade. Agravo provido, para autorizar a produção do clichê sônico (Agravo de Instrumento nº 70005183561 da 7ª CC do TJRS, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. e 12/03/2003). (Grifos).

Cabe comentar que, até o advento da Constituição Federal, a doutrina brasileira apresentava duas correntes sobre a admissibilidade processual das provas ilícitas. Porém, segundo Avolio (2003), a preponderância recaía sobre a teoria da admissibilidade, especialmente no direito de família.

Toda e qualquer proibição jurídica decorre, inevitavelmente, da proteção de um direito. No caso da proibição das provas ilícitas, algumas proteções são comumente suscitadas como o direito fundamental à proteção da intimidade e da privacidade. Assim, a inadmissibilidade da prova ilícita é constitucional e a previsão da sua vedação pelo código de processo civil se origina deste fato.

Não obstante, Neves (2017, p. 752) alega que, como praticamente todos os princípios da ordem jurídica, o direito à proteção da intimidade e da privacidade admite limitações e flexibilizações. Ainda que o artigo 5º, LVI da Constituição Federal⁵⁶ vede expressamente a utilização de prova ilícita pelo juiz na formação do seu conhecimento, podem-se identificar na doutrina três correntes a respeito do tema, demonstrando, portanto, que existem opiniões discordantes acerca do tema.

⁵⁶ Artigo 5º, LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (BRASIL, 1988).

Em que pese hajam diversas possibilidades típicas de flexibilização dos ditames processuais no direito de família, quando se trata do rigor sobre o uso de provas obtidas por meios ilícitos, é menos discutido e mais divergente a sua possibilidade.

Diferente é o âmbito penal onde se discute muito com muito maior frequência o presente tema da admissibilidade de utilização da prova ilícita no processo penal. Observe-se o comentário feito pelo Ministro Rogério Schietti Cruz acerca do posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade para mitigar a vedação à prova ilícita:

“Em alguns julgados, o Supremo Tribunal Federal já explicitou a impertinência de utilização do princípio da proporcionalidade para mitigar a vedação constitucional à prova ilícita (Neste sentido o HC 80949/RJ, 1T, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 14.12.2001). Contudo, já aplicou o princípio para admitir a interceptação da correspondência de condenado, com razões de segurança pública (HC 70.814/SP, 1T, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 24.6.1994) e também reconheceu a possibilidade de ponderação de interesses *pro societate* quanto ocorre abuso de garantias constitucionais, como no caso de captação de conversa pelo próprio interlocutor, vítima de concussão (RE 212081, Relator Min. Octavio Gallotti, 1T, DJ de 27.3.1998), hipótese, todavia, que mais se ajusta à ideia de reação legítima a uma injusta agressão.”⁵⁷

O mais comum é a defesa pela teoria do uso excepcional da prova ilícita quando a liberdade do réu está de um lado e a possibilidade do uso da prova ilícita está do outro. Muitos autores, como o constitucionalista Tavares (2013, p. 616), acreditam que apenas no processo penal, independente do critério da proporcionalidade, algumas provas ilegais podem ser admitidas em razão de valores como o da liberdade e da dignidade, mas que jamais poderia flexibilizar na seara cível.

A prova ilícita, conforme Hamilton (2001, p. 56), quando *pro reo*, vem sendo admitida na doutrina e na jurisprudência, homenageando o direito de defesa e o princípio do *favor rei*⁵⁸.

⁵⁷ RECURSO ESPECIAL. ARTIGO 214 C/C O ART. 224, A, DO CP (ANTIGA REDAÇÃO). ART. 619 DO CPP. VIOLAÇÃO NÃO CARACTERIZADA. GRAVAÇÃO DE CONVERSA EM TERMINAL TELEFÔNICO PRÓPRIO, COM AUXÍLIO DE TERCEIRO. PODER-DEVER DE PROTEÇÃO DO FILHO MENOR. PROVA LÍCITA. ADMISSIBILIDADE. PALAVRA DA VÍTIMA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. FALTA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO FEDERAL. SÚMULA 284/STF. REGIME PRISIONAL INICIAL. MATÉRIA NÃO PREQUESTIONADA. SÚMULA 211/STJ. RECONHECIMENTO DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. (STJ - REsp: 1026605 ES 2008/0019794-6, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 13/05/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/06/2014)”

⁵⁸ O princípio do favor rei é também conhecido como princípio do *favor innocentiae*, *favor libertatis*, ou *in dubio pro reo*. Pode-se dizer que decorre do princípio da presunção de inocência. Baseia-se na predominância do direito de liberdade do acusado quando colocado em confronto com o direito de punir do Estado, ou seja, na dúvida, sempre prevalece o interesse do réu (GOMES, 2019).

Segundo este autor, tal posição atenua o rigor da inadmissão absoluta das provas ilícitas e, nesses casos, o sujeito dependeria do uso de prova ilícita para defender sua liberdade, por estar em situação de verdadeiro estado de necessidade, causa excludente da antijuridicidade.

Na Alemanha, assim como no Brasil, é mais comum debater-se sobre esta possibilidade no processo penal. A moderna doutrina alemã do direito processual civil tem se pronunciado no sentido de que não mais vige em toda sua inteireza o princípio da busca pela verdade real, de modo a justificar que devem ser impostas algumas restrições à obtenção da prova a fim de que sejam respeitados os direitos personalíssimos e os direitos fundamentais.

Contudo, fala-se na incidência do princípio da proporcionalidade no procedimento probatório, de sorte a abrandar o princípio da proibição da prova obtida ilícitamente. Este princípio é também chamado de “lei da ponderação” pelos alemães, na interpretação de determinada norma jurídica, constitucional ou infraconstitucional, devem ser sopesados os interesses e direitos em jogo de modo a dar-se a solução concreta mais justa. (NERY JÚNIOR, 2010, p. 266 e 267).

No processo civil os direitos a serem protegidos variam de caso a caso, diferente do âmbito penal, no qual, na maioria das vezes, a penalidade é a restrição de liberdade. O Direito de Família é matéria cível que merece especial atenção. Se diferencia das demais, inclusive, pela matéria alimentar que, inclusive, é a única capaz de ensejar a prisão civil.

Esta hipótese é confirmada por Madaleno (2014) quando mostra que a proibição da prova ilícita abrange toda matéria submetida ao processo civil; contudo, a natureza processual no direito das famílias é como um todo flexibilizado em diversos momentos, o que se pode perceber por diversas vezes, por exemplo, na lei de alimentos.

Um exemplo de flexibilização processual na ação de alimentos é aquela lembrada pela respeitada doutrinadora do direito de família, Maria Berenice Dias. A fixação do valor à título de alimentos não está adstrito ao *quantum* apresentado pelas partes, sendo prerrogativa do juiz estipular montante superior ou inferior, sem que isso ultrapasse os limites da demanda. Assim, não há que se falar em decisão *citra* ou *ultra petita*. Isto por que os alimentos podem ser revistos e determinados *ex-officio* (2015, p. 606-607).

Ou seja, o magistrado não se sujeita ao princípio da congruência que restringe a decisão judicial ao limite dos pedidos das partes, com base nos artigos 2º⁵⁹, 141⁶⁰ e 492⁶¹ do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

Com base em Hoffman e Motresol (2011, p. 59), o aludido princípio firma a necessidade de haver uma combinação harmônica entre o pedido e a causa de pedir, e a sentença. Em outras palavras, “não podem ser proferidas sentenças *além* do pedido (sentença *ultra petita*), *aquém* do pedido (sentença *citra* ou *infra petita*) ou *fora* do pedido (sentença *extra petita*)”.

Tartuce (2017) leciona, que a ideia de flexibilização processual, ligada 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.

Outro exemplo de flexibilização típica, já no âmbito probatório, é a possibilidade supramencionada de serem auscultadas no juízo pessoas que são impedidas de depor, como o cônjuge, ascendentes, descendentes e colaterais até o terceiro grau como disposto no art. 447, § 2º, I do Código de Processo Civil.⁶²

Ademais, os direitos fundamentais vinculados a intimidade e a dignidade da pessoa encontram larga proteção nas demandas cíveis, notadamente na área de família, que são confrontados na suposição de um valor maior, quando buscam preservar a intimidade dos cônjuges, a integridade psíquica dos filhos e a garantia da subsistência onde houver dependência alimentar, permitindo a quebra de sigilo e o uso de provas ilícitas, mas ponderáveis pelo princípio da proporcionalidade (MADALENO, 2014).

A aplicação do juízo de proporcionalidade e razoabilidade utilizada no judiciário pode se resumir sucintamente a ponderação dos valores constitucionais, visando o que mais se aproxima do conceito de dignidade da pessoa humana.

⁵⁹ Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei (BRASIL, 2015).

⁶⁰ Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte (BRASIL, 2015).

⁶¹ Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado (BRASIL, 2015).

⁶² Art. 447. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas:

[...]

§ 2º São impedidos:

I - o cônjuge, o companheiro, o ascendente e o descendente em qualquer grau e o colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito (BRASIL, 2015).

De acordo com Costa e Rino (2011, p. 26), a utilização das provas ilícitas no processo civil deve ser objeto de reflexão, pois, ao ser acompanhada de outras provas, por mais frágeis que sejam, poderão justificar a formação da convicção do juiz ainda que estas venham a ser retiradas do processo. Ainda segundo estes autores:

No direito de família sempre que o bem tutelado envolver menores impúberes a manutenção alimentícia a manutenção da integridade física pela separação de corpos a guarda de filhos menores etc, possibilitam a utilização destas provas ilícitas quando estas sejam as únicas capazes de retratar a verdade dos fatos conforme preconizado pela escola instrumentalista (COSTA; RINO, 2011, p. 26).

De fato, é fácil detectar, no direito de família, inúmeros casos em que a existência de interesse de prevalência axiológica supera a privacidade no que tange a concretização da dignidade humana, sendo, portanto, razoável a teoria da excepcional possibilidade de uso da prova ilícita no processo civil das famílias.

No que se refere as provas eletrônicas, percebe-se que as provas ilícitas ganham contornos mais nítidos no mundo pós-moderno, diante das tecnologias estudadas, capazes de obtenção de dados e informações, em detrimento de alguns casos de direitos da personalidade.

Para Didier Júnior, Braga e Oliveira (2017, p. 13), o direito fundamental a vedação da prova ilícita e o direito fundamental à prova são direitos que não se contradizem. Contudo, no caso concreto, é possível que esses direitos fundamentais entrem em rota de colisão. É o que ocorre nos casos em que o único meio de prova de que a parte dispõe foi obtido ilicitamente.

Nesses casos há posições doutrinárias variáveis. Há quem não admita em hipótese alguma a prova ilícita. Há quem a admita sempre. Há quem a admita apenas no processo penal e em favor do acusado e há, por fim, quem defenda a aplicação da máxima da proporcionalidade para a solução do conflito. Esta última posição é a que prevalece e para os autores mencionados é a que parece mais correta. Eles aduzem que:

[...] 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, a lista da proporcionalidade (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 113).

Para os citados autores, aqueles que nunca admitem ou sempre admitem a prova ilícita pecam por considerar de modo absoluto os direitos fundamentais por vez defendidos. Aparentemente, Dinamarco (2009, p. 49) defende que o reflexo da

ilicitude na obtenção das fontes de prova é a absoluta ineficácia da prova realizada através delas, seguindo *in literis* o disposto no artigo 5º, LVI da Constituição Federal⁶³.

Já os que aceitam excepcionalmente, porém, apenas no processo penal, pecam por dois motivos: por entender que sempre a discussão no processo penal será em torno da liberdade, o que não é verdadeiro, e por entender que nenhum outro direito fundamental, a não ser a liberdade, poderá ser mais relevante que o direito fundamental à vedação da prova ilícita, o que é indefensável à luz da teoria dos direitos fundamentais.

Farias e Rosenvald também fazem análise sobre o tema e apresentam também estas quatro correntes (2016, p. 166):

- (i) a que não admite em nenhuma hipótese prova ilícita por afrontar a privacidade;
- (ii) que tolera sempre a prova ilícita prestigiando a descoberta da verdade;
- (iii) a que somente permite em caráter excepcional a prova ilícita em favor do seu do processo penal;
- (iv) a que aceita a prova ilícita a depender do caso, através do uso da proporcionalidade, ponderados os valores em conflito de modo a descortinar qual deles merece prestígio** (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 166). (Grifos).

Conclui-se pela maior coerência adotada pela última tese, uma vez que o direito de família lida em sua essência, como já mencionado, com pessoas físicas, ou melhor, seres humanos e, na maioria dos casos, ensejará a necessária flexibilização das formalidades processuais em prol da sua dignidade. Esta tese é aparentemente defendida por alguns familiaristas como Rolf Madaleno⁶⁴ e Maria Berenice Dias⁶⁵.

Ávila (2007, p. 93) diverge e comenta que apesar de vários países terem tratamento oscilante sobre o tema das provas ilícitas e poucos terem elevado seu regramento em nível constitucional, a Constituição Brasileira previu expressamente

⁶³ Art. 5º LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

⁶⁴ “Os direitos fundamentais vinculados à intimidade e à dignidade da pessoa encontram larga proteção nas demandas cíveis, muito especialmente nas causas familistas, que são confrontadas na suposição de proteção de um valor maior, quando buscam preservar a intimidade dos cônjuges, a integridade psíquica dos filhos e a garantia da subsistência onde houver dependência alimentar, permitindo quebrar o sigilo e o uso de provas ilícitas, mas ponderáveis pelo princípio da proporcionalidade.” (2019, p. 293)

⁶⁵ “Na seara do direito das famílias, travam-se grandes embates sobre a utilização de provas ilícitas, principalmente diante dos avanços no campo da informática. A tendência é não admiti-las. A preservação da intimidade de cada um, da dignidade e do sigilo das comunicações torna as relações familiares imunes ao uso de provas obtidas por meios ilícitos. Mas, ainda que o processo seja um instrumento ético, o que recomenda ponderação na análise da prova ilícita, há que se atentar ao princípio da proporcionalidade, podendo algumas provas ser admitidas, quando relevante para o deslinde da causa e evidenciado como a única maneira de a parte provar sua pretensão. Principalmente nas demandas envolvendo o interesse de crianças e adolescentes, possível a relativização da proibição constitucional do uso da prova ilícita.” (2015, p. 73)

tal proibição, ainda que alguns autores nacionais defendam a tese da admissibilidade da eficácia jurídica da prova ilícita.

Conclui-se que as provas são de notória importância para o direito, para a manutenção da ordem jurídica e para a efetiva busca do poder judiciário, mas em que pese todo o arcabouço constitucional e processual que envolve o direito probatório, o direito brasileiro sobrepõe a dignidade da pessoa humana e lhe garante uma proteção ainda maior, por meio de todos os seus meios jurídicos.

Ademais, importa mencionar Dias (2017, p. 190), cuja opinião é de que, quando existe interesse de crianças e adolescentes, por exemplo, a interceptação telefônica pode ser aceita. A ideia de Dias coaduna com a ideia defendida por Madaleno, de que o legislador constituinte conferiu prioridade aos direitos da criança e do adolescente ressaltando os seus direitos em primeira linha de interesse, por se tratar de pessoas indefesas e em importante fase de crescimento e de desenvolvimento de sua personalidade.

Seria, portanto, inconcebível admitir qualquer decisão envolvendo os interesses de crianças e adolescentes fazer tábula 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. (2019, p. 102)

Nas palavras de Farias e Rosenvald (2019, p. 171), isto se aplicará notadamente naquelas situações em que se discutem interesses existenciais de criança e adolescente ou de idoso, como a única maneira de ver resguardado o interesse em pauta. Isto porque a função atual do direito é estimular o desenvolvimento social da ação humana, no pertinente ao valor supremo da dignidade pessoal, e em seu nome são criadas as regras jurídicas a serem aplicadas pelo juiz.

Conforme Madaleno, na dinâmica da vida e dos interesses sociais nem sempre o Direito possui seu sistema de regras inteiramente contextualizadas. Assim não raro é possível se deparar com lacunas e antinomias, ou simplesmente não encontrar respostas para o caso concreto e não previsto em lei (2019, p. 290). É o caso do choque de princípios que enseja a aplicabilidade da tese da proporcionalidade.

A realidade não é estática e o Direito como uma ciência humana precisa contemplar novos parâmetros sociais, o que tem sido obtido com o uso da jurisprudência, ao promover o harmonioso encontro do Direito com os novos padrões

de conduta, sintonizados com a felicidade e a realização da pessoa humana. (MADALENO, 2019, p. 290 e 291).

Conclui-se, assim, que o valor maior a ser protegido é o da dignidade da pessoa humana, o que, portanto, proporciona consignar a possibilidade de relativização da garantia constitucional de vedação da prova ilícita, quando estiver em risco a supremacia dos direitos da pessoa humana, sua honra e sua dignidade, principalmente no âmbito do Direito de Família.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Iniciou-se este trabalho com o objetivo de indicar em que situações as provas eletrônicas consideradas ilegais podem ser utilizadas nos processos de família para auxiliar o julgador a formar sua convicção.

Para alcançá-lo, discorreu-se sobre a prova cível sob uma perspectiva constitucional, abordando-se os conceitos de licitude e legitimidade das provas, analisando o conceito e o papel da prova eletrônica. Constatou-se que a distinção do conceito de prova ilícita e ilegítima é útil para fins didáticos de estudo. Mas concordou-se com o termo ilegal ou ilícita *latu senso* para tratar de ambas as modalidades. Assim se utilizou das duas formas para tratar no decorrer do texto.

Sobre a prova eletrônica, evidenciou-se que, em face de sua importância e intensidade de utilização nos processos, trata-se de tema que precisa ser cada vez mais estudado pelos operadores de direito. Isto porque a sua presença no cotidiano da família brasileira é inegável. Por se admitir no Brasil a prova atípica, abriu-se espaço para todas as tecnologias possíveis adentrarem ao estudo do direito probatório e, portanto, da justiça, pois ambas se conectam. Desse modo, não há como fugir do estudo da fragilidade desses meios de prova, do modo de atribuição de confiabilidade como, por exemplo, a certificação digital e a ata notarial.

Assim, buscou-se identificar as peculiaridades da utilização das provas eletrônicas nos processos de família, pois se acredita que este ramo do direito possui proteção constitucional e infraconstitucional especial, pois possui inegáveis peculiaridades.

Evidenciou-se neste trabalho que as mídias sociais e as tecnologias de informação, comunicação, compartilhamento, interação e captação vão estar cada vez mais presentes no âmbito familiar, e, portanto, surgirão inúmeras situações em que o poder judiciário terá de avaliar a possibilidade do seu uso como prova.

Isto não significa que por ser eletrônico, o meio de prova deve ser utilizado de qualquer maneira, ilegítima ou ilicitamente. Não se admitindo por exemplo a alteração intencional dos fatos por meio da fragilidade dos meios eletrônicos.

Porém, como o seu uso constante pode solucionar situações emblemáticas e até mesmo proteger aqueles seres tidos como vulneráveis de situações de dano eminente, fica clara a importância de que não só o processo penal merece especial

atenção, mas também as ações de família que protegem os institutos constitucionalmente resguardados.

Ao analisar as ações delimitadas no capítulo 4, verificou-se que não é possível aceitar a presunção absoluta de impossibilidade de admissão da prova eletrônica quando é exatamente esta que possui o poder de mostrar ao magistrado onde o devedor de alimentos foragido se encontra, ou, de se inadmitir a gravação clandestina quando apenas esta comprova a alienação parental. Quanto a ação de guarda, esta deve ser muito bem avaliada, pois a segurança da criança pode estar em risco. A guarda compartilhada é, sem dúvidas, a melhor aplicação dos princípios que protegem a criança e o adolescente e o instituto família. Porém, a via de exceção deve ser aplicada nos casos de risco à criança ou de impossibilidade do genitor(a) de exercer a guarda.

Os meios eletrônicos devem ser vistos, menos como vilões que vieram para adentrar ilícita ou ilegitimamente no processo, e mais como meios para serem utilizados como modo de solucionar situações emblemáticas desde que utilizados da maneira mais adequadas. Frise-se que, antigamente, certas situações seriam impossíveis de se solucionar posto que inúmeras formas de comunicação sequer existiam.

Cabe, portanto, aos operadores do direito - que nada mais são do que peregrinos da justiça - estudar estes meios para proporcionar a sociedade o provimento jurisdicional adequado e humano.

Tem-se aqui o exemplo do julgado colacionado na subseção 4.2, em que o genitor denunciou a genitora da menor em relação ao companheiro e publicações nas redes sociais. Neste caso além de ser impossível impedir a perpetuação da violação da imagem da menor, foi possível perceber indícios do alegado abuso sexual.

Inobstante, quando não for possível utilizar este tipo da maneira tida como processualmente confiável, deve-se aceitá-las sempre que a sua utilização vise salvaguardar o direito à vida, à dignidade e à proteção do menor.

Isso não significa dizer que a frágil manipulação dos meios eletrônicos pode ser um caminho para alteração da verdade. Deve ser realizada perícia para averiguar casos em que a parte danificada recorra e alegue a sua falsidade. Comprovada a sua alteração, devem ser desentranhadas dos autos.

Porém, a falta de certificação digital ou a ausência de ata notarial, por exemplo sobre imagens digitais, não devem ser motivação para inadmitir os meios eletrônicos

como fonte de prova nos processos de família. À exemplo disto a possibilidade de, através da teoria da aparência e os sinais de riqueza, comprovar que o devedor alimentar, apesar de blindar seu patrimônio ou esconder por meios lícitos ou ilícitos os seus reais ganhos, expõe nas redes sociais alta possibilidade financeira de fornecimento dos alimentos.

Tudo isso remete ao problema de pesquisa: Quais os limites de uso das provas eletrônicas nos processos de família? Responde-se afirmando que a solução sobre admitir ou não a prova eletrônica obtida de maneira ilegal nos processos de família é casuística. Assim, sua excepcional utilização será definida a partir da técnica de ponderação entre o bem jurídico que precisa ser protegido e o bem jurídico que haverá de ser sacrificado, presando sempre pela dignidade da pessoa humana.

Em suma, conclui-se que a solução sobre o cabimento excepcional da prova ilícita no Direito das Famílias, é casuística, porém certamente possível mesmo quando se trate de eletrônica. Para tanto, indispensável os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Logo, a hipótese admitida por este trabalho de que, pelas suas peculiaridades, o Direito de Família enseja maiores possibilidades de exceção de uso de provas ilícitas e ilegítimas, principalmente as provas eletrônicas que estão cada vez mais estão intrínsecas ao dia a dia da família brasileira, alicerçando-se na opinião de diversos autores mencionados ao longo deste trabalho, pode ser confirmada.

REFERÊNCIAS

- ANDRIGHI, Nancy. **Guarda compartilhada só pode ser negada com prova cabal contra pai**. Consultor Jurídico, 28 set. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-28/guarda-compartilhada-negada-prova-pai>>. Acesso em: 20 mar. 2019.
- ARAÚJO, Viviane Souza de. **A validade jurídica dos documentos eletrônicos como meio de prova no processo civil**. Artigo, 05 nov. 2007. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/validade_juridica_dos_doc_eletronicos.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2019.
- ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 17. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.
- ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.
- BARRADAS, José. **12 fotografias manipuladas mais conhecidas da história**. Fotografia Total, 27 dez. 2010. Disponível em: <<https://fotografiatotal.com/12-das-fotografias-manipuladas-mais-conhecidas-da-historia>>. Acesso em: 22 abr. 2019.
- BARREIRO, Carla Alonso. **Guarda Compartilhada: um caminho para inibir a alienação parental**. 06 jan. 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=574>>. Acesso em: 24 mar. 2019.
- BARRETO, Lucas Hayne Dantas. Considerações sobre a guarda compartilhada. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 108, 19 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4352>>. Acesso em: 20 mar. 2019.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BAZILONI, Nilton Luiz de Freitas. Prova ilícita e o princípio da proporcionalidade. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Coord.). **Provas: aspectos atuais do direito probatório**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 set. 2018.
- _____. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 02 mai. 2019.
- _____. **Decreto nº 678**, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1992/decreto-678-6-novembro-1992-449028-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 06 nov. 2018.

_____. **Decreto nº 592**, de 6 de julho de 1992a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso: 06 nov. 2018.

_____. **Código de Processo Civil**. Brasília – DF. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm >. Acesso em: 15 set. 2018.

_____. **Código de Processo Civil**. Brasília – DF. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

_. **Medida Provisória nº 2.200-2**, de 24 de agosto de 2001. Institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, transforma o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas_2001/2200-2.htm>. Acesso em: 09 mai. 2019.

_____. **Código Civil**. Brasília – DF. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 set. 2018.

_____. **Lei nº 12.318**, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

_____. **Lei nº 12.965**, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 10 abr. 2019.

_____. **Código de Processo Penal**. Brasília – DF. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm >. Acesso em: 15 mai. 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CANABARRO, Vanessa Delfin. **A comprovação da síndrome de alienação parental no processo judicial**. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2018. Disponível em: <http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/vanessa_canabarro.pdf>. Acesso em: 02 mai. 2019.

CAOMIQUE, Policarpo Gomes. **Dicionário básico de Sociologia**. Obscurantismo. Unilab, 2019. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/23872938/dicionario-basico-de-sociologia>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

CARNELUTTI, Francesco. **La Prueba Civil**. 2 ed. Buenos Aires: Depalma 1982. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.tamaulipas.gob.mx/archivos/descargas/fc8de4ebf8484a7e14f6f44c08faa0b5e8e03ed6.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2018.

CARVALHO, Newton Teixeira. **Ação declaratória de alienação parental (parte dois)**. Dom Total. 2017. Disponível em: <<http://domtotal.com/artigo/6936/12/09/acao-declaratoria-de-alienacao-parental-parte-dois/>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

CINTRA, Lia Carolina Batista. **WhatsApp pode ser usado como prova?** Universo da Leis, 06 set. 2018. Disponível em: <<https://universodasleis.com/whatsapp-pode-ser-usado-como-prova/>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

CONSULTOR JURÍDICO. **Conselho da Justiça Federal disponibiliza mais 125 enunciados**. 2006. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2006-nov-12/cjf_disponibiliza_125_enunciados_jornada?pagina=3>. Acesso em: 09 mai. 2019.

COSTA, Fabrício Veiga; RINO, Plauto Pompeu. (Im)possibilidade Jurídica de Utilização de Provas Ilícitas no Processo Civil. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 94, 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DANTAS, Rodrigo Tourinho. **A fotografia digital como meio de prova no processo civil e trabalhista**. Jus.com, março de 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9642/a-fotografia-digital-como-meio-de-prova-no-processo-civil-e-trabalhista/2>>. Acesso em: 09 mai. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Alimentos: direito, ação, eficácia e execução**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. 11 ed. V. 2. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

_____. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Volume III, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DORIA, Rogéria Dotti. O direito à prova e a busca da verdade material. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Coord.). **Provas: aspectos atuais do direito probatório**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

DVORSKY, George. **Este gerador de fala consegue falsificar a voz de qualquer um**. Gizmodo, 03 mai. 2017. Disponível em: <<https://gizmodo.uol.com.br/gerador-de-fala-falsificacao-voz/>>. Acesso em: 01 mai. 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Parte geral, v. 1. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Curso de Direito Civil: famílias**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. _____. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação Parental**. 2. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014.

GARATTONI, Bruno. **App cria vídeo falso -e quase perfeito- de Barack Obama**. Super Interessante. 2018. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/blog/bruno-garattoni/app-cria-video-falso-e-quase-perfeito-de-barack-obama/>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

GARDNER, Richard Alan. Enfoques jurídicos e psicoterapêuticos para os três tipos de síndrome de alienação parental. Quando a Psiquiatria e a lei unem forças. In: **Tribunal Revisional**, v. 28, n. 1, 1991, p. 14-21. Disponível em: <<http://translate.google.com.br/?hl=pt-br&tab=wT#>>. Acesso em: 24 mar. 2019.

_____. Terapia familiar da Síndrome da Alienação Parental do tipo moderada. **Jornal Americano da Terapia Familiar**, v. 27, 1999, p. 195-212. Disponível em: <<http://www.fact.on.ca/Info/pas/gard99m.htm>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

_____. **Fatos básicos sobre a síndrome da alienação parental**. 2001. Disponível em: <<http://www.nscfc.com/Basic%20Facts%20About%20Parental%20Alienation.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2019.

GAULT, Matthew. **Este novo programa da Adobe pode imitar a voz de qualquer pessoa**. Trad. Ananda Pieratti. Motherboard, 08 nov. 2016. Disponível em: <https://motherboard.vice.com/pt_br/article/78wzdb/este-novo-programa-da-adobe-pode-imitar-a-voz-de-qualquer-pessoa>. Acesso em: 01 mai. 2019.

GOMES, Luiz Flávio. **Em que consiste o Princípio do Favor Rei?** Jusbrasil, 2019. Disponível em: <<https://fg.jusbrasil.com.br/noticias/1037860/em-que-consiste-o-principio-do-favor-rei-leandro-vilela-brambilla>>. Acesso em: 10 mai. 2019.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral e Processo de Conhecimento**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 389

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 8. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Victor Hugo Pereira. **O temerário uso da ata notarial para a formação de provas digitais**. Consultor Jurídico, 25 jan. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-25/victor-goncalves-temerario-uso-ata-notarial-provas-digitais>>. Acesso em: 09 mai. 2019.

HAMILTON, Sérgio Demoro. As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 6, fev.-mar. 2001, p. 53-65. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDP_06_53.pdf> Acesso em: 06 nov. 2018.

HOFFMAN, Glauci Aline; MOTRESOL, Deise. O pedido e a causa de pedir, princípio da fungibilidade, princípio da congruência e o projeto do novo Código de Processo Civil. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da Unipar**, v. 14, n. 1, jan-jun. 2011. Disponível em: <<http://revistas.unipar.br/index.php/juridica/article/view/4130/2575>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. **Direito de família**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. **A prova ilícita no Direito de Família e o conflito de valores**. Páginas de Direito, 14 mai. 2014. Disponível em: <<https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/263-artigos-mai-2014/6546-a-prova-ilicita-no-direito-de-familia-e-o-conflito-de-valores>>. Acesso em: 17 out. 2018.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental**: importância da detecção. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Trad. Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 2004.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **O documento eletrônico como meio de prova**. Nov. 1999. Disponível em: <<http://augustomarcacini.net/index.php/DireitoInformatica/DocumentoEletronico>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

MARINHO, Renato. **Falsificação de mensagens no Gmail?** Morphus Labs, 12 jul. 2017. Disponível em: <<https://morphuslabs.com/falsifica%C3%A7%C3%A3o-de-mensagens-no-gmail-922d3581ff27>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017. V. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2019. V. 2.

MATHESON, Kelly; TEIXEIRA, Pedro; NERI, Priscila. **Vídeo como prova jurídica**: para defesa dos direitos humanos no Brasil. Conjur, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/estudo-video-prova-juridica.pdf>>. Acesso em: 09 mai. 2019.

MEDEIROS, Luciana Maria de. Direito probatório: a constituição e as provas no processo civil. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 121, fev. 2014. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14449>. Acesso em: 23 abr. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas 2012.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Editora Revista dos Tribunais. 2010. P. 266 - 268.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

PEREIRA, Clóvis Brasil. **A guarda compartilhada, o novo instrumento legal para enriquecer e estreitar a relação entre pais e filhos**. Prolegis, 19 out. 2008. Disponível em: <<http://www.prolegis.com.br/guarda-compartilhada-o-novo->

instrumento-legal-para-enriquecer-e-estretar-a-rela%C3%A7%C3%A3o-entre-pais-e-filhos/ >. Acesso em: 20 mar. 2019.

PORTO, Sérgio Gilberto. Prova: generalidades da teoria e particularidades do Direito de Família. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, n. 39. Porto Alegre: Ajuris, mar. 1987.

RAMOS, Jorge Hernandez. **Alienação Parental**: o que é, como provar, denunciar e quais as consequências? *Gestação Bebê*, 2019. Disponível em: <<https://www.gestacaobebe.com.br/alienacao-parental/>>. Acesso em: 02 mai. 2019.

RAND, Deirdre Conway. O espectro da síndrome da alienação parental. In: **Jornal Americano de Psicologia Forense**, v. 15, n. 3. 1997. Disponível em: <<http://www.fact.on.ca/Info/pas/rand01.htm>>. Acesso em: 22 mar. 2019.

RESENDE, Sarah Mota. **Áudio atribuído a Jair Bolsonaro no hospital é falso**. Folha de São Paulo, 21 set. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/09/audio-atribuido-a-jair-bolsonaro-no-hospital-e-falso.shtml>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

RODRIGUES, Felipe Leonardo. **Ata Notarial**: Prova de conteúdo no mundo eletrônico. *Crypto ID*, 29 mar. 2015. Disponível em: <<https://cryptoid.com.br/banco-de-noticias/ata-notarial-prova-de-conteudo-no-mundo-eletronico/>>. Acesso em: 09 mai. 2019.

RODRIGUES, André. **Escultura de arquivo (File Carving)**. Portal GSTI, nov. 2018. Disponível em: <<https://www.portalgsti.com.br/2018/11/escultura-de-arquivo-file-carving.html>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

ROSA, Alexandre. **Amante virtual, (in)consequências no Direito de Família e Penal**. Florianópolis: Habitus, 2001.

ROSA, Conrado Paulino da. **IFamily: um novo conceito de família?** São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **“Já Acabou, Jéssica?!”:Um Ano da Nova Lei da Guarda Compartilhada**. 2019 Disponível em: <<https://www.conradopaulinoadv.com.br/artigos>>. Acesso em: 13 mai. 2019.

SCORSIN, Débora Regina Alborta. **A análise em DNA na investigação de paternidade**. 2000. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/172.pdf. Acesso em: 04 nov. 2018.

SILVA, Fernando Salzer e. **Liberadas pelo CPC, provas eletrônicas ampliam arsenal nas ações de família**. *Consultor Jurídico*, 26 nov. 2017. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-26/fernando-salzer-cpc-amplia-arsenal-provas-acoes-familia#_edn3>. Acesso em: 20 jan. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOARES, Lilian Sandra. A utilização do documento eletrônico como meio de prova. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho**, 3ª Região, v. 60, n. 91. Belo Horizonte: jan./jun. 2015, p. 99-112.

STOPANOVSKI, Marcelo. **E-mails exigem cuidados específicos para que sirvam como prova**. Consultor Jurídico, 02 set. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-02/suporte-litigios-servir-prova-aco-es-mail-passar-pericia>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

TARTUCE, Fernanda. Processos judiciais e administrativos em direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Tratado de Direito das Famílias**. 2. ed. Belo Horizonte. IBDFAM. 2016.

_____. **Processo Civil no Direito de Família: teoria e prática**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método 2017.

_____. **Processo civil aplicado ao direito de família**. Rio de Janeiro: Forense; São paulo: Método, 2012.

_____. **Prova nos processos de família e no Projeto do CPC: ônus da prova, provas ilícitas e ata notarial**. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_26526423_PROVA_NOS_PROCESSOS_DE_FAMILIA_E_NO_PROJETO_DO_CPC_ONUS_DA_PROVA_PROVAS_ILICITAS_E_ATA_NOTARIAL.aspx>. Acesso em: 30 abr. 2019.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. **Curso de Direito Processual Civil**. vol I, teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum. 60 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019.

TORRES, Elvira. **WhatsApp: ¿podemos falsificar su contenido?** 11 dez. 2017. Vídeo. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=hx7-3ZKdIPw>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

VENTURA, Felipe. **WhatsApp permite alterar mensagens usando recurso Responder**. Tecnoblog. 2018. Disponível em: <<https://tecnoblog.net/254950/whatsapp-alterar-mensagens-responder/>>. Acesso em: 22 abr. 2019.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de direito processual civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.