ADMISSIBILIDADE DA "PROVA ILÍCITA" EM DEMANDAS ENVOLVENDO INTERESSES DE CRIANÇAS

Admissibility of "illegal proof" in demands involving children's interests

Revista de Processo | vol. 303/2020 | p. 259 - 290 | Maio / 2020
DTR\2020\6806

Arlete Inês Aurelli
Doutora e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Professora de Direito Processual Civil nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação stricto sensu da PUC/SP. Professora nos cursos ESA/SP. Membro do IBDP e CEAPRO. Advogada.
Arlete.aurelli@gmail.com

Rita de Cássia Curvo Leite
Doutora em Direitos Difusos e Mestre em Direito Civil Comparado pela PUC/SP. Professora de Direito Civil no Curso de Graduação da PUC/SP. Assistente de Coordenação no Curso de Pós-Graduação lato sensu da COGEAE-PUC/SP em Direito Imobiliário. Professora nos Cursos ESA/SP e na AASP. Advogada. rccleite@pucsp.br

Área do Direito: Civil; Processual

Resumo: Os meios de prova em juízo sofreram influência do fenômeno tecnológico. De fato, a revolução nas comunicações e a Internet facilitaram a obtenção de provas por meio de reproduções fotográficas, cinematográficas, registros fonográficos e, em geral, reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazendo prova plena em Juízo. Entretanto, examinar de que forma a coleta das provas mecânicas ou eletrônicas é realizada, para ser considerada lícita, sem provocar ofensa à privacidade, à intimidade, ao nome e à imagem dos envolvidos é fundamental, até para, a um só tempo, garantir segurança jurídica sem deixar ao desabrigo o interesse infantil. O objetivo do presente ensaio é justamente esse: investigar até que ponto é possível utilizar ditas provas em demandas que envolvam direitos da criança, apoiado no princípio da proporcionalidade, que coloca, de um lado, o direito ao resguardo das relações familiares e, do outro, o da proteção integral da criança.

Palavras-chave: Prova ilícita – Prova mecânica e eletrônica – Admissibilidade – Alienação parental – Direito à proteção integral da criança

Abstract: The evidence in court was influenced by the technological phenomenon. In fact, the revolution in communications and the Internet has made it easier to obtain evidence through photographic reproductions, cinematographic, phonographic records, and, in general, mechanical or electronic reproductions of facts or of things doing full proof in Judgment. However, examining how the collection of mechanic and electronic evidence is conducted to be considered lawful, without provoking offense to privacy, name and image of those involved is fundamental, even to, at the same time, guarantee legal certainty without leave childish interest to the shelter. The purpose of this essay is precisely to investigate the extent to which such evidence can be used in claims involving the rights of the child, supported by the principle of proportionality, which places the right to safeguard family relationships on the one hand and, on the other, the integral protection of the child.

Keywords: Illicit proof – Mechanical and electronic proof – Admissibility – Parental alienation – Right to integral protection of children

Sumário:

1.Introdução - 2.Direito à prova em contraposição ao princípio da proibição da prova ilícita - 3.A admissibilidade da prova ilícita no âmbito do processo civil - 4.A importância da prova nos casos de alienação parental envolvendo crianças - 5.A necessária ponderação principiológica quanto à obtenção e uso da "prova ilícita" em demandas envolvendo interesses de crianças - 6.Conclusão - Referências bibliográficas

1.Introdução

Costuma-se afirmar que entre as demandas judiciais mais estressantes estão aquelas originárias do ambiente familiar, local em que as paixões e os afetos se afloram, tornando os debates acirrados, justamente porque inspirados em tensões, angústias, medos, preocupações, animosidades, insatisfações e inúmeras frustrações.

Diante desse cenário, não raras vezes, as crianças passam a figurar, impropriamente, como "atores principais", não por desempenharem dito papel, mas, sim, porque, servem de escudo para alguns genitores que, servindo-se da comoção desencadeada por aspectos que evidenciam a relação paterno-materno-filial, acabam balizando seus argumentos no descrédito do caráter e no comportamento nocivo do outro, e/ou nos parentes próximos daquele, tudo para o fim de afastar, propositadamente, os filhos de seu convívio.

É o que se experimenta nas causas em que há disputa pela guarda dos filhos menores; também naquelas em que se pretende majorar ou minorar a verba alimentar, ou, ainda, no bojo de muitos divórcios, em que se quer regulamentar as visitas ou estabelecer um regime mínimo de convivência entre os filhos e um dos genitores, ou mesmo entre aqueles e os parentes da linha paterna ou materna.

Fato é que, muitas vezes, há fundamento no assaque ao comportamento do pai, da mãe ou de algum parente próximo, o que pode ser corroborado por meio de provas, em especial, a pericial, absolutamente necessária dentro desse contexto, e, assim, decidir-se pela restrição do convívio, mediante a deliberação de visitas monitoradas, por exemplo; por outro lado, há hipóteses em que inexiste razão para promover dito afastamento, visto que a delonga em concluir a prova pericial pode fragilizar a própria qualidade da relação paterno-materno-filial.

Nessas situações em que há demora em se concluir a perícia – seja para o fim de retirar a criança do ambiente que lhe é prejudicial, seja para ali mantê-la, não havendo justa razão para o afastamento –, coloca-se também em risco a higidez do próprio direito da criança à convivência familiar equilibrada, sobressaindo-se a importância de se recorrer a outros meios probatórios para evitar prejuízos emocionais e psíquicos ainda mais gravosos.

É importante lembrar que a prova é mais do que um meio para se chegar ao convencimento do julgador. Com sua utilização, confere-se à prestação jurisdicional do Estado uma legitimação social. Pela utilização da prova, tanto o juiz como as partes podem ter uma maior tranquilidade, tanto para emitir seu juízo de valor como para compreender a decisão. É por meio das provas produzidas no processo pelas partes, ou determinadas pelo próprio magistrado, que este terá elementos suficientes para decidir qual das partes logrará êxito no feito.

É certo que o direito à prova tem caráter constitucional eis que, embora não tenha previsão expressa no texto da Carta Magna, decorre dos princípios do devido processo legal e da inafastabilidade do controle jurisdicional. Entretanto, o direito de a parte produzir provas não é absoluto, assim como o princípio da proibição da prova ilícita também não o é. Todos os princípios devem sempre ser analisados em conjunto com os demais, dado que caberá ao órgão julgador avaliar e identificar, entre princípios de idêntica envergadura, usando o princípio da proporcionalidade, aquele que possui maior relevância e que deverá ser protegido. Assim, a busca da verdade real, embora essencial, não é o único objetivo do processo, sob pena de, em nome da apuração da verdade, se permitir qualquer espécie de prova, produzida de qualquer forma e em qualquer momento, inclusive, por exemplo, aquela obtida sob tortura. A verdade nada mais é que mero instrumento para a realização da justiça e, assim, devemos ter presente que não é ela um valor absoluto. Não se justifica pretender a obtenção da verdade a qualquer preço, sendo necessário que haja o devido temperamento com o

cotejo dos demais valores a serem tutelados.

Neste contexto, pretende-se analisar se, em alguma medida, quando há interesses de crianças envolvidos, o direito à prova sofre limitações ante o direito fundamental da proibição da prova ilícita, inserto no art. 5º, incisos XXXV, LIV, LV e LVI, da Magna Carta. É certo admitir que garantias constitucionais como a do devido processo legal, a da adequada tutela jurisdicional e a da não admissão da prova ilícita devam conviver e constituem uma espécie de limitador ao livre uso da prova no processo civil. Mas pretendemos analisar se esta limitação aos direitos fundamentais expressos na Carta Magna, poderiam ceder diante dos interesses da criança.

Atualmente, a proibição da prova ilícita está refletida tanto no art. 5º, LVI, da Constituição Federal, como, infraconstitucionalmente, nos artigos 369 do Código de Processo Civil e 157 do Código de Processo Penal. Todas essas normas estampam importante restrição ao livre exercício do direito à prova no processo civil brasileiro.

Assim, embora o sistema probatório brasileiro adote a liberdade dos meios de prova, prevendo que todo e qualquer instrumento de prova pode ser admitido no processo (artigos 155 do Código de Processo Penal e 369 do Código de Processo Civil), os artigos 369 do Código de Processo Civil e 157 do Código de Processo Penal apresentam um grande limitador a essa liberdade probatória, que vem a ser justamente o da proibição ao uso da prova ilícita.

Entretanto, o que se quer investigar é se esses limitadores à busca da verdade cedem perante a presença de demandas que envolvam interesses de crianças, por força do princípio da proteção integral e do tratamento prioritário, insertos no art. 227 e parágrafos da Carta Magna, bem como nos artigos 3º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

2.Direito à prova em contraposição ao princípio da proibição da prova ilícita

O direito à prova está inserido no princípio do devido processo legal[1], previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que estatui que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal", e, portanto, constitui direito fundamental do jurisdicionado. Na cláusula do due process of law, estão incluídos todos os demais direitos e garantias fundamentais, como o acesso à Justiça, contraditório e ampla defesa, fundamentação das decisões judiciais, entre outros, e, inclusive, o direito de produzir provas em juízo. Não somente porque o acesso à ordem jurídica justa determina o direito à tutela jurisdicional qualificada, garantindo o direito de influir eficazmente nas decisões judiciais, mediante alegações e provas, mas também porque as partes têm o direito de provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa.

No entanto, é preciso ter presente que os direitos fundamentais não se constituem valores absolutos, pelo que o direito à prova pode sofrer limitação quando colocado em choque com o princípio da proibição da prova ilícita[2].

Para analisar essa questão, é necessário entender o que exatamente seria uma prova ilícita. Nessa seara, verifica-se, na doutrina, grande divergência sobre o que se deve entender por prova ilícita, divergência essa gerada, em grande parte, pela confusão entre os termos ilegal, ilegítima e ilícita propriamente dita, que aparecem nas normas suprarreferidas. De fato, enquanto a norma constitucional refere-se à prova obtida por meios ilícitos, o artigo 369 do CPC determina que "todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados nesse código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda ação ou a defesa". A confusão aumenta porque o Código de Processo Penal, no artigo 157, reza que prova ilícita é aquela obtida com violação de normas constitucionais ou legais[3].

Nelson Nery Jr.[4] explica a existência dessa divergência ao esclarecer:

"O que é prova ilícita? Conceituar prova obtida ilicitamente é tarefa da doutrina. Há alguma confusão reinando na literatura a respeito do tema, quando se verifica o tratamento impreciso que se dá aos termos prova ilegítima, prova ilícita, prova ilegitimamente admitida, prova obtida ilegalmente. Utilizando-se a terminologia de prova vedada, sugerida por Nuvolone, tem-se que há prova vedada em sentido absoluto (quando o sistema jurídico proíbe sua produção em qualquer hipótese) e em sentido relativo (há autorização do ordenamento, que prescreve, entretanto, alguns requisitos para a validade da prova). Resumindo a classificação de Nuvolone, verifica-se que a prova será ilegal sempre que houver violação do ordenamento como um todo (leis e princípios gerais), quer sejam de natureza material ou meramente processual. Ao contrário, será ilícita a prova quando sua proibição for de natureza material, vale dizer, quando for obtida ilicitamente. Em outra classificação, a prova pode ser ilícita em sentido material e em sentido formal. A ilicitude material ocorre quando a prova deriva 'a) de um ato contrário ao direito e pelo qual se consegue um dado probatório (invasão domiciliar, violação do sigilo epistolar, quebra de segredo profissional, subtração de documentos, escuta clandestina, constrangimento físico ou moral na obtenção de confissões ou depoimentos testemunhais etc.)'. Há ilicitude formal quando a prova 'decorre de forma ilegítima pela qual ela se produz, muito embora seja lícita a sua origem. A ilicitude material diz respeito ao momento formativo da prova: a ilicitude formal, ao momento introdutório da mesma'."

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery[5] também alertam para a diferença entre prova legal e ilegal. Para eles, prova legal é aquela definida pelo direito material como fonte única de prova (artigos 212 e 232 do CC (LGL\2002\400)). No entanto, esclarecem que prova ilegal não é antônimo de prova legal. Prova ilegal seria aquela que viola o ordenamento jurídico como um todo.

Assim, prova legal é aquela exigida como fonte única de prova, sendo um equívoco, portanto, considerar prova legal como aquela que está prevista em lei. Isto porque no processo civil vigora a teoria da atipicidade dos meios de prova, o que significa que os fatos podem ser provados por qualquer meio, ainda que não previstos expressamente. Portanto, a prova será legal quando admitida pelo ordenamento jurídico, podendo ser típica, quando prevista expressamente na lei, e atípica, quando não prevista expressamente, mas for moralmente legítima, ou seja, estiver de acordo com a moral e os bons costumes. Podemos citar como exemplos a declaração de terceiros, os pareceres e estudos jurídicos e a prova emprestada. Por outro lado, a prova será ilegal sempre que houver violação do ordenamento jurídico como um todo (leis e princípios gerais) quer seja de natureza material ou processual.

Verifica-se que grande parte dos doutrinadores, ao conceituarem prova ilícita, o fazem com base na doutrina de Pietro Nuvolone[6], para quem a prova vedada ou ilegal, seria o gênero, enquanto a prova ilícita e a prova ilegítima seriam subespécies. Quanto a essas, Nuvolone afirma que prova ilícita é aquela que ofende um direito material. Prova ilegítima é aquela que ofende um direito processual.

De fato, João Batista Lopes[7] deixa claro que a doutrina tradicional, calcada nos ensinamentos de Pietro Nuvolone, desenvolve os conceitos de prova vedada e ilegal como gênero e de prova ilícita e ilegítima como subespécies. Assim, para a quase unanimidade dos doutrinadores[8] prova ilícita é aquela que ofende um direito material e prova ilegítima é aquela ofende um direito processual.

Para esses doutrinadores, não será a violação a qualquer norma legal que ocasionará a ilicitude da prova. A violação na obtenção da prova deverá caracterizar lesão a direito material e configurar infração de direito penal, civil ou administrativo. Com efeito, a violação à norma de natureza processual não levará à ilicitude da prova, mas à sua nulidade. Em resumo, entendem que se a prova violar norma de direito processual será considerada processualmente ilegítima; violando norma ou princípio de direito material, notadamente os contidos na Constituição Federal para a proteção das liberdades públicas, a prova será considerada ilícita. Afirmam que a ilegitimidade diz respeito ao

modo pelo qual a prova foi obtida, em situação na qual o meio de prova em si é jurídico e permitido pela lei, mas a forma de produção da prova é viciada, como a colheita de prova testemunhal mediante a ameaça de morte ou qualquer outra espécie de coação, como tortura. Já a ilicitude seria quando o próprio meio de produção da prova é injurídico ou imoral, como ocorre com as interceptações de conversas telefônicas sem a devida autorização judicial.

Entendem que se as normas de direito processual já contemplam dispositivos para excluir do processo as provas que afrontem as regras criadas para regulamentar a sua obtenção e produção, a sanção para o seu descumprimento já se encontra descrita na própria norma processual, que poderá ser, pelo menos em regra, a declaração ou decretação da nulidade da prova. Assim, a transgressão da norma proibitiva ocorrerá no momento da produção probatória no processo.

Entendem, ainda, que se consubstanciam em afronta às liberdades públicas protegidas pela Constituição Federal, como quando a prova é colhida mediante o emprego de tortura, com indevida violação do domicílio, do sigilo das conversações telefônicas, da correspondência, da intimidade etc. Havendo violação dessas normas ou princípios, o direito material estabelece sanções específicas, inclusive de índole penal. Nesse caso, a transgressão ocorre no momento da colheita da prova, antes ou concomitante ao processo, mas externamente a este. A sanção processual para a prova ilícita será sua inadmissibilidade, ou seja, não poderá ser juntada aos autos.

De fato, Alexandre Guimarães Gavião Pinto[9] assim define a prova ilícita:

"De acordo com o artigo 5º, inciso LVI da Constituição da República são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, o que importa no reconhecimento de que todo meio de colheita de prova que vulnere as normas do direito material deve ser combatido, o que configura, indubitavelmente, importante garantia em relação à ação persecutória do Estado. A prova ilícita nada mais é do que uma espécie da denominada prova proibida, que deve ser entendida como toda aquela que não pode ser valorada no processo. Não se pode perder de perspectiva a existência de duas espécies de provas proibidas, que são: as provas ilícitas e as provas ilegítimas. As provas ilícitas são aquelas alcançadas com a violação do direito material, enquanto as provas ilegítimas são as obtidas em desrespeito ao direito processual. A prova ilícita não pode ser considerada idônea para formar o convencimento do Magistrado, devendo ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, o que se justifica diante da necessidade de se formar um processo justo, que respeite os direitos e garantias fundamentais do acusado."

De forma um pouco diferente, Scarance Fernandes, Gomes Filho e Ada Pellegrini Grinover[10] , assim, definiram prova ilícita:

" Por prova ilícita, em sentido estrito, indicaremos, portanto, a prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, frequentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade. Constituem, assim, provas ilícitas as obtidas com violação do domicílio (art. 5º, XI, CF (LGL\1988\3)) ou das comunicações (art. 5º, XII, CF (LGL\1988\3)); as conseguidas mediante tortura ou maus tratos (art. 5º, III, CF (LGL\1988\3)); as colhidas com infringência à intimidade (art. 5º, X, CF (LGL\1988\3)), etc." (sic)

Resumindo-se, entendem que ilícita, em sentido estrito, seria a prova colhida com infringência às normas ou princípios colocados na Constituição e pelas leis, frequentemente, para a proteção de liberdades públicas e especialmente dos direitos de personalidade e mais especificamente do direito à intimidade.

Nesse sentido, o artigo 157, caput, do Código de Processo Penal, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei 11.690, de 9 de junho de 2008 (LGL\2008\2913), define a

prova ilícita como a obtida em violação a normas constitucionais ou legais.

Apesar de respeitarmos o entendimento abalizado da maioria de nossos doutrinadores, que se baseiam nos ensinamos de Nuvolone, entendemos, com base nos ditames da norma constitucional e na redação do artigo 357 do Código de Processo Penal, que qualquer violação das normas relativas às provas, seja de natureza material ou processual, relativa à produção ou origem da prova, levará a sua consideração como ilícita.

Entendemos que quando o artigo 369 fala em meios legais como moralmente ilegítimos está determinando que no nosso sistema vigora o princípio da atipicidade das provas, sendo admitidos meios de prova não previstos expressamente no sistema. Assim, as provas agasalhadas expressamente no sistema serão meios de prova legais. Quando não houver previsão, o meio de prova será aceito desde que seja moralmente legítimo, ou seja, desde que não viole o ordenamento jurídico como um todo.

É certo, que se a prova não se encaixar no artigo 369, ou seja, se não for obtida por meio legal ou moralmente legítimo, será conceituada como meio de prova ilícita proibida pelo artigo 5º, inciso LVI, da CF (LGL\1988\3). Pode-se afirmar, também, que a ilicitude decorre de violação de normas materiais e processuais podendo ocorrer antes ou depois da instauração do processo. Por outro lado, quando a produção – meio empregado – não é moralmente legítimo, a prova também será considerada ilícita.

Em conclusão, no nosso entender, quando a Constituição Federal se refere à proibição das provas ilícitas está vedando qualquer violação do ordenamento jurídico, seja no que tange às normas de direito material ou processuais, seja quando a nulidade diz respeito ao próprio meio de prova ou quando se insere na produção da prova. O entendimento da proibição expressa na norma constitucional deve ser amplo, compreendendo tanto a prova ilegal como moralmente ilegítima, eis que todas devem ser consideradas como provas ilícitas[11].

Pode-se afirmar que são totalmente inadmissíveis no processo civil e penal tanto as provas ilegítimas, proibidas pelas normas de direito processual, quanto as provas ilícitas, obtidas com violação das normas de direito material. Estão assim proibidas as provas obtidas com violação de correspondência, de transmissão telegráfica e de dados, e com captação não autorizada judicialmente das conversas telefônicas (artigo 5º, XII, da Constituição Federal); com violação do domicílio, exceto nas hipóteses de flagrante delito, desastre, para prestar socorro ou determinação judicial (artigo 5º, XI, da CF/88 (LGL\1988\3)); com violação da intimidade, como as fonográficas, de fitas gravadas de contatos em caráter privado e sigiloso (artigo 5º, X, da Carta Constitucional); com abuso de poder, como a tortura, com a prática de outros ilícitos penais, como furto, apropriação indébita, violação de sigilo profissional, etc.

Enfim, pode-se asseverar que a prova, para servir de sustentáculo a uma decisão judicial, há que ser obtida por meios lícitos, que não contrariem a moral e os bons costumes, que esteja dentro dos limites éticos do homem, visto que, em nosso sentir, a exemplo do que determina o Código de Processo Penal, a ilicitude da prova pode ter origem em qualquer tipo de violação ao ordenamento jurídico, seja norma constitucional ou infraconstitucional, de natureza material ou processual.

Dito isso, passaremos a analisar a possibilidade de relativizar a proibição da prova ilícita.

3.A admissibilidade da prova ilícita no âmbito do processo civil

Apesar da vedação constitucional, é possível a identificação de três correntes a respeito do tema, quais sejam: restritiva, liberal e intermediária. Senão, vejamos.

3.1.Corrente restritiva

A teoria restritiva é bastante rígida no trato da prova ilícita, não admitindo em nenhuma

hipótese sua utilização no processo civil, baseada na Constituição Federal e na letra do artigo 369 do CPC (LGL\2015\1656).

Os defensores dessa teoria afirmam que a ausência de ressalva nos textos legais impede qualquer consideração valorativa no caso concreto para que se permita a utilização das provas ilícitas. Num conflito entre a possível verdade que seria atingida pela utilização da prova e sua ilicitude a corrente restritiva prefere privilegiar a segunda, entendendo legítimo o sacrifício da verdade para se preservar direitos que seriam violados com a produção da prova ilícita. Advém dessa teoria a teoria dos frutos da árvore envenenada.

3.1.1.Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada ou Teoria da Prova Ilícita por Derivação

Essa doutrina foi criada pela corte norte-americana, no ano de 1920, quando agentes federais copiaram irregularmente os livros fiscais de empresa para provar fraude.

Por esta teoria, além das provas ilícitas em si mesmas consideradas, também não serão admitidas as provas dela decorrentes ou decorrentes por derivação. Daí, é possível dizer que a prova ilícita por derivação consiste naquela prova que, à primeira vista, parece ser lícita, porém, tem seu surgimento atrelado a uma prova ilícita anterior, ou seja, prova contaminada (derivada) por um meio de ato ilícito ou ilegal de obtenção[12]. Seria o caso de se localizar um documento que comprova um ato ilícito mediante interceptação telefônica, por exemplo.

A fundamentação para a teoria dos frutos da árvore envenenada em nosso sistema está no Código de Processo Penal, especificamente, no artigo 157 do CPP (LGL\1941\8) que prevê, também, no seu § 1º, que essa ilicitude por derivação será excluída quando não houver nexo de causalidade nem derivar de prova originalmente ilícita[13]. No entanto, deve-se ter presente que a teoria dos frutos da árvore envenenada aplica-se igualmente ao processo civil.

Na Alemanha, para que a teoria da prova ilícita por derivação não seja admitida, devem-se observar:

o nexo de causalidade;

a descoberta inevitável (pode-se demonstrar fatos por outro meio);

a limitação da descontaminação (o vício pode ser convalidado mediante acontecimento posterior, como a confissão espontânea da parte).

Assim, uma fonte autônoma de prova, ou seja, aquela que não tenha vinculação causal ou relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita é plenamente admissível porque não estará contaminada pela ilicitude originária[14].

O § 2º do artigo 157 do CPP (LGL\1941\8) prevê também como fonte independente a prova que "por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova". Trata-se, em verdade, da Teoria da Permissão da Descoberta Inevitável (Inevitable Discovery) a qual será aplicada quando se demonstrar que a prova seria produzida de qualquer maneira, independente da prova ilícita. Exige-se, para tanto, a existência de dados concretos que demonstrem a descoberta inevitável, e não apenas meros elementos especulativos. Seria o caso de se ouvir uma testemunha que revela onde está um documento que comprova o ato ilícito; documento esse que anteriormente também havia sido localizado ante interceptação telefônica.

3.2.Corrente liberal – Permissiva

Os defensores dessa teoria amparam-se no irrestrito direito de o juiz conhecer a verdade a respeito dos fatos. Para essa corrente, o direito constitucional à prova é superior a qualquer outro que se busque resguardar com a vedação de sua utilização no

convencimento do juiz. Afirmam que a parte que produziu prova ilícita deve responder por seu ato, mas isto não pode sacrificar a boa qualidade da prestação jurisdicional.

Com efeito, partem da ideia da busca da verdade real, como um interesse público no processo justo, pelo que toda a prova, ainda que ilícita, que venha a permitir a descoberta da verdade não deve ser desprezada. Enfim, consideram a prova um fim em si mesmo.

Assim, admitem o aproveitamento das provas obtidas ilicitamente no processo, tomando como base os seguintes fundamentos: a) condicionamento ao livre convencimento e à verdade real; b) prevalência do interesse da coletividade; e c) eficácia da prova ilícita, mas sem prejuízo das sanções (penais, civis e administrativas) ao responsável pela violação.

3.3.Corrente intermediária

É a corrente majoritária[15] no direito brasileiro e que nega que o direito à prova seja absoluto e, por isso, defende que, dependendo das circunstâncias, pode-se aplicar o princípio da proporcionalidade para tornar possível a utilização da prova ilícita, o que não impedirá a geração de efeitos civis, penais e administrativos em razão da ilicitude.

Nesse sentido, Alexandre de Moraes[16] afirma que:

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

Deve-se salientar que os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto eis que a própria Carta Magna permite que sobre eles incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. Isto porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.

Assim, os direitos e garantias fundamentais admitem relativização a depender de outros direitos colocados em confronto. É preciso ter presente que a relativização de um direito fundamental somente poderia ser praticada em benefício da aplicação de um outro preceito de mesma ordem e/ou para proteger um interesse social, isto é, para garantir a soberania de um bem maior.

Nesse sentido, João Batista Lopes[17] afirma que "[…] pelo princípio da proporcionalidade o juiz, ante o conflito levado aos autos, deve proceder à avaliação dos interesses em jogo e dar prevalência àquele que, segundo a ordem jurídica, ostentar maior relevo e expressão".

Para tanto, alguns requisitos são exigidos:

– gravidade do caso;

– espécie de relação jurídica controvertida;

– dificuldade de demonstrar a verdade de forma lícita;

– prevalência do direito protegido com a utilização da prova ilícita comparado com o direito violado;

– imprescindibilidade da prova na formação do convencimento judicial.

A teoria do princípio da proporcionalidade é originária do direito penal alemão onde não havia uma vedação expressa à admissibilidade de provas produzidas por meios ilícitos, porém, para impedir os abusos que poderiam vir a acontecer, foram admitidos estes tipos de provas apenas nos casos em que estavam em jogo direitos fundamentais à pessoa e o direito à prova, devendo estes ser sopesados.

A teoria da proporcionalidade deve atender a três requisitos fundamentais. Será adequado quando com seu auxílio é possível a obtenção do resultado almejado. Por fim, com a ponderação dos valores em confronto e havendo adequação e exigibilidade dos meios a serem empregados, será possível o sacrifício de um direito ou garantia constitucional em prol de outro de igual ou superior valia. Assim, se o bem tutelado for de maior importância e valia do que a ilicitude da prova, esta deveria ser válida no processo, devendo a parte responder pelo ato ilícito praticado para obtenção desta prova.

Maria Elizabeth de Castro Lopes[18] entende ser difícil a permissão da utilização da prova ilícita nos casos de direitos patrimoniais, mas afirma que seria perfeitamente possível a aplicação do princípio da proporcionalidade para admiti-la no caso de proteção de direitos indisponíveis. Seria o caso, por exemplo, da prova da Alienação Parental. Imagine-se a hipótese de uma mãe que, tencionando tirar o direito de visitas do pai, alega que o ele mesmo praticou abuso contra o filho. Nesse caso, deve-se admitir a interceptação ou a escuta de conversa em que a mãe confessa que, por vingança, inventou tais fatos, apenas para prejudicar o pai. Tal hipótese será melhor analisada nos itens subsequentes.

No mesmo sentido, Elias Marques de Medeiros Neto[19] opina que a certeza de que os valores em jogo permitiriam, via princípio da proporcionalidade, também afastar a regra do inciso LVI do artigo 5º da Magna Carta em ações cujo objeto verse sobre direitos patrimonialmente não disponíveis.

Assim, entendemos ser perfeitamente admissível, com amparo no princípio da proporcionalidade, admitir-se a utilização da prova ilícita, a fim de proteger direitos fundamentais e indisponíveis.

Ainda sobre a questão das provas ilícitas, no âmbito do processo civil, é preciso analisar quais seriam as consequências para o reconhecimento da ilicitude da prova. Nessa seara, tudo dependerá do momento em que a ilicitude da prova é constatada. Assim, se o juiz, de ofício ou a requerimento, reconhece a ilicitude tão logo a parte requer a juntada aos autos, a decisão deverá ser pela inadmissibilidade, devendo a prova ser desentranhada dos autos, sem nenhuma valoração. Veja-se que, por se tratar de matéria de ordem pública, é perfeitamente possível, o reconhecimento de ofício pelo juiz. No entanto, se o reconhecimento da ilicitude se der posteriormente à valoração com consideração judicial, deverá ser decretada a nulidade da decisão. É que a prova ilícita não poderá integrar o conjunto probatório apto a fundamentar o convencimento do órgão julgador. Enfim, se o juiz considerar, para seu convencimento, a valoração da prova ilícita, haverá erro de procedimento, o que tornará a decisão nula. E, nesse sentido, não importa, em nosso sentir, se se trata de violação à norma de direito material ou processual. De outra feita, se a ilicitude for reconhecida somente pelo Tribunal, deve ser por este decretada a nulidade da decisão. Entendemos que haverá erro de procedimento, com decretação de nulidade, tendo em vista que haverá violação de matéria de ordem pública.

3.3.1.A admissão da gravação telefônica no processo civil

Não se pode falar sobre provas ilícitas, no processo civil, sem tratar da questão da admissão das gravações telefônicas como prova.

Antes de mais nada, para uma boa compreensão do tema, é necessário diferenciar os institutos da interceptação telefônica, da escuta telefônica e da gravação clandestina, os quais, em geral, são tratados na doutrina e na jurisprudência como se fossem a mesma coisa, quando é certo que estamos diante de institutos diversos e que apresentam tratamento legal também diferenciado. Senão, vejamos:

Na interceptação telefônica, há a intervenção de uma terceira pessoa, que grava a comunicação telefônica sem o conhecimento dos dois interlocutores.

A escuta também é a captação de conversa telefônica feita por um terceiro, com a diferença de que é realizada com o conhecimento de apenas um dos interlocutores.

Já na gravação telefônica clandestina, não existe a participação de um terceiro; o registro é feito por um dos próprios interlocutores do diálogo, sem o consentimento ou a ciência do outro.

Pois bem, antes da Constituição de 1988, a captação das comunicações telefônicas era vedada, de modo absoluto, pelo sistema. No entanto, com o advento da Constituição Cidadã, que em seu artigo 5º, inciso XII, passou a determinar que "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal", passou a ser admitida a interceptação telefônica, mas restrita à esfera penal. Assim, foi editada a Lei 9.296/96 (LGL\1996\65), para regulamentar o referido dispositivo constitucional, passando a ser admitida a interceptação telefônica, como meio de prova no processo criminal, desde que existisse prévia autorização judicial.

Portanto, para que a interceptação telefônica seja considerada prova lícita, dependerá de autorização judicial, entretanto, somente o juízo criminal tem essa competência. O juiz do cível não pode determinar escuta telefônica para formar prova direta no cível. Além disso, como o juízo cível não tem competência para autorizar a interceptação telefônica, é certo que, se isso vier a ocorrer, a prova deverá ser considerada ilícita.

No entanto, uma questão que surge seria a possibilidade de admitir, no processo civil, como prova emprestada, a interceptação telefônica, feita com autorização judicial, no juízo criminal. Por prova emprestada, deve-se entender aquela que foi produzida em outro processo, mas que se pretende produza efeitos no processo em que ela será juntada. Para João Batista Lopes[20], a prova emprestada deverá ser admitida desde que: a) tenha sido produzida em processo entre as mesmas partes; b) tenha sido observado o contraditório na sua colheita; e c) não seja possível a reprodução da prova, de outro modo. Assim, entendemos que, observados tais requisitos, é perfeitamente possível a admissão da prova emprestada nesse caso, eis que como a prova foi obtida respeitando os ditames constitucionais e legais, estaremos diante de um caso de prova obtida licitamente e, sendo assim, nada haverá que desabone a sua aceitação pelo juízo cível.

Por outro lado, a jurisprudência admite, como prova lícita, no processo civil, a gravação telefônica clandestina ou ambiental. Para tanto, não se exige prévia autorização judicial, nem que ambos os interlocutores tenham ciência da gravação, mas apenas que um dos interlocutores da conversa seja parte no processo em que será juntada[21].

Entendemos correto esse entendimento uma vez que não há que se falar em violação ao direito de intimidade nem de inviolabilidade ao sigilo, porquanto quem revela conversa da qual participou como interlocutor dispõe, em verdade, do que é seu e, portanto, não subtrai o sigilo à comunicação.

Tercio Sampaio Ferraz Junior[22], nesse sentido, afirma que:

"[...] o que fere a inviolabilidade do sigilo é, pois, entrar na comunicação alheia, fazendo com que o que deve ficar entre sujeitos que se comunicam privadamente passe ilegitimamente ao domínio de um terceiro. Ou seja, a inviolabilidade do sigilo garante, numa sociedade democrática, o cidadão contra a intromissão clandestina ou não autorizada pelas partes na comunicação entre elas... o objeto protegido pelo inc. XI do art. 5º da CF (LGL\1988\3), ao assegurar a inviolabilidade do sigilo, não são os dados em si, mas sua comunicação. A troca de informações (comunicação) é que não pode ser violada pelo sujeito estranho à comunicação."

Portanto, não sendo caso de sigilo, não existe qualquer ilicitude, para o uso como prova, no processo civil, nos casos de gravação clandestina, feita por um dos interlocutores da conversa, já que não há violação dos incisos X, XII e LVI do artigo 5º da CF (LGL\1988\3).

Em todo caso, entendemos que deve-se usar o princípio da proporcionalidade para admitir, como prova emprestada, a gravação telefônica, independentemente de autorização judicial, ainda que considerada ilícita na esfera penal, sempre que, sopesados os interesses em jogo, se verificar que não houve violação à intimidade ou dignidade da pessoa humana e se trata de proteger direitos indisponíveis.

4.A importância da prova nos casos de alienação parental envolvendo crianças

A alienação parental, reconhecida pela Lei 12.318, de 2010 (LGL\2010\1571), inseriu, em nosso sistema, notadamente no âmbito do Direito de Família, um novo modelo de ilícito civil perpetrado contra a criança e o adolescente, consistindo sua prática em verdadeira interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie o outro genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este (ver artigo 2º, caput, da referida lei).

Derivada da Síndrome da Alienação Parental (Parental Alienation Syndrome – PAS)[23], verifica-se que, por meio da Alienação Parental, um dos genitores "programa" o filho menor para rejeitar o outro mediante o emprego de uma campanha desabonadora muitas vezes movido por uma vindita pessoal.

A partir dos estudos realizados por Richard Garner[24], conclui-se que essa "programação" que um dos genitores (ou eventuais parentes próximos do infante) utiliza para desqualificar o outro genitor no relacionamento com a criança não se resume apenas a fatores conscientes, mas subconscientes e inconscientes. A constância desses ataques desqualificadores – que pode ser leve, médio ou severo – induz a criança a repudiar o genitor alienado e, a depender da intensidade da prática, pode levá-la a desenvolver a síndrome (SAP).

Como bem esclarece Gardner, a Síndrome da Alienação Parental corresponde a um verdadeiro distúrbio infantil, causando malefícios à saúde mental e ao pleno desenvolvimento da criança e do adolescente, além de afetar seus genitores e membros da família, tanto que lutava ele pela sua inclusão no rol do DSM-IV (Manual de Diagnóstico e Estatística dos Transtornos Mentais), publicado pela Associação Psiquiátrica Americana, como forma de disseminar e facilitar seu tratamento[25].

O projeto do falecido psiquiatra estadunidense tardou para se tornar realidade. Mais recentemente, o termo "Alienação Parental" ou "Alienação dos Pais" foi registrado na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID -11, QE52.0[26]), da Organização Mundial da Saúde. O CID-11, subcategoria QE52.0, apresentado para adoção dos Estados Membros em maio de 2019 (durante a Assembleia Mundial da Saúde), passou a vigorar em 1º de janeiro de 2022.

Com a inclusão no CID-11, promover-se-á uma facilitação no sentido de dar maior rapidez na avaliação e no encaminhamento para tratamento psiquiátrico e terapêutico (terapias psicológicas, por exemplo). De fato, o acompanhamento precoce pode ser benéfico para minimizar os prejuízos no desenvolvimento infantil.

A fim de prevenir que a Síndrome da Alienação Parental se instale, o ordenamento jurídico pátrio corrobora no combate à sua disseminação, o que fez ao reconhecê-la e defini-la, identificando alguns de seus sintomas, e responsabilizando os agentes alienadores.

Sobre o assunto, discorre Bruna Barbieri Waquim[27]:

"A necessidade de criar uma nomenclatura própria adveio da hipossuficiência dos termos 'lavagem cerebral' e 'programação' para definir esse fenômeno, pois o diferencial da Síndrome da Alienação Parental, que a torna tão sui generis, seria a confluência desses dois fatores: a programação perpetrada por um dos pais somada à interiorização dessa campanha de difamação pela criança, que passa a contribuir autonomamente para agredir e difamar o genitor alienado [...]."

Só o fato de tal prática nociva ter potencial gerador de um distúrbio infantil seria suficiente para acender uma "luz vermelha" no ambiente jurídico, de modo a atribuir-se à hipótese tratamento diferenciado.

É o que tem sido observado nos Tribunais pátrios quando abordam a Síndrome da Alienação Parental como uma doença, reconhecendo algumas decisões que a Alienação Parental afeta sobremaneira o desenvolvimento das crianças submetidas a este tipo de conflito e, por isso mesmo, aplicando medidas de repressão ao alienador[28].

Frise-se que o combate à Alienação Parental tem por objetivo proteger as crianças eventualmente inseridas em relações paterno-materno-filiais patológicas, vale dizer, naquelas em que a criança é manipulada psicologicamente passando a sentir medo ou hostilidade em relação ao pai, à mãe ou a outro parente ou membro da família.

Não são raros os relatos que revelam o mau uso da Alienação Parental, seja banalizando sua prática, como se todo e qualquer gesto dos genitores, em especial, da genitora, correspondesse à verdadeira alienação, seja acobertando atos graves dos genitores, principalmente do genitor, ao subestimar a agressão por ele perpetrada contra o menor.

Esse desalinho tem provocado opiniões divergentes quanto à eficácia da própria Lei 12.318/10 (LGL\2010\1571), tanto assim que sua revogação tem sido alvo de discussões entre os parlamentares (PLS 498/2018, de autoria do ex-Senador Magno Malta).

Somos de opinião de que a referida lei não deva ser revogada, mas, justamente para evitar seu enfraquecimento pela interpretação desordenada e aplicabilidade pífia, conclamamos pela necessidade do fortalecimento na produção das provas hábeis a confirmar a prática cruel da alienação parental.

Nessa toada, inquestionável, portanto, sejam reavaliados os mecanismos probatórios hábeis a dar eficiência à avaliação dos casos envolvendo alienação parental de tal modo a, com celeridade, subsidiar os magistrados com dados que, se confirmados por peritos psiquiatras ou psicólogos, caracterizam a alienação parental ou outro transtorno do neurodesenvolvimento infantil, para, a partir de tal constatação, dar respaldo ao magistrado para o fim de adotar as medidas protetivas do artigo 6º da Lei 12.318/10 (LGL\2010\1571)[29], bem como cumulá-las ou não com quaisquer outros instrumentos processuais previstos em outras normas, desde que aptos a inibir ou atenuar os efeitos nefastos da alienação parental.

Daí por que a importância ímpar não só na coleta como, igualmente, na produção de prova hábil a revelar os sinais da Alienação Parental.

Dir-se-á que, no Direito Pátrio, notadamente no âmbito cível, as provas documentais são as mais robustas ao convencimento do Juízo. Inegavelmente, assim as são.

Entretanto, a disseminação e influência da tecnologia também no cenário probatório possibilitaram que os assim denominados "documentos eletrônicos" fossem igualmente catalogados como meios idôneos de prova em Juízo.

Nesse sentido, aliás, adverte Fabiana Del Padre Tomé[30]:

"O chamado documento eletrônico não apresenta dificuldades quanto à sua caracterização como documento em si. Os problemas envolvendo sua aceitabilidade dizem respeito ao modo de garantir a fidelidade, questão esta que não é exclusiva dessa peculiar modalidade documental, visto que a possibilidade de falsificação é inerente a quaisquer documentos. No âmbito da informática, ao contrário do que se afirma comumente, há meios de controle rígidos e confiáveis. Trata-se de códigos que permitem identificação eficiente e segura, servindo como forma de autenticação que individualiza o autor do ato."

Consagrado está, assim, pois, o uso do documento eletrônico como meio de prova nos processos que tramitam no Judiciário nacional. Mas, afinal, o que pode se inserir dentro do gênero "prova mecânica ou eletrônica"? Há um limite para obtê-la no emaranhado tecnológico de acesso rápido e fácil?

A informática, própria da sociedade digital, pôs em curso uma revolução que ultrapassa as fronteiras do campo meramente técnico. A civilização que conhecemos nos últimos 4.000 anos apoiava-se predominantemente em referenciais de caráter físico para definir valores econômicos e relações jurídicas. A informática e a tecnologia fizeram nascer os bens virtuais e a separação entre meio físico e mensagens que a elas podem estar agregadas.

As repercussões geradas se estendem por todos os campos do direito, não havendo mais segmento da sociedade ou relação jurídica que não sofra, direta ou indiretamente, reflexos da informática e da tecnologia na sua maneira de ser ou de agir.

Mais do que um instrumento criado pelo ser humano para facilitar sua vida, os sistemas de informática estão trazendo a debate questões fundamentais do relacionamento social, pois sua utilização afeta direitos individuais de caráter essencial suscitando perplexidades que atingem temas sobre os quais a sociedade deve se pronunciar[31].

Privacidade, intimidade, liberdade, nome e imagem são alguns dos temas que estão a exigir de todos os que militam no campo do direito uma especial reflexão, notadamente quando podem ser ameaçados pela exposição em processos como meio de prova judicial[32].

Discorrendo sobre o assunto, William Santos Ferreira[33] enfrentou a questão de se provar fatos ocorridos na Internet, por exemplo, capturados por meio da lavratura de atas notariais mediante a transcrição dos conteúdos dos sítios eletrônicos e/ou da degravação de diálogos que consigam, de certa forma, "congelar" a informação. Diz o autor:

"A Internet é um dos instrumentos mais viabilizadores da globalização. Grande parte do 'mundo' está a centímetros dos olhos de um usuário. Basta um 'www.´alguma coisa` ...' ou a utilização de uma ferramenta de busca, para que dezenas, centenas, milhares e até milhões de informações surjam no monitor.

Home pages são utilizadas por empresas públicas e privadas, associações e toda a sorte de organizações ou até pessoas físicas, em páginas pessoais, sites de relacionamento, orkut, facebook, linkedin e tantos outros que diariamente surgem.

Por isso, o processo não fica imune, pois se as pessoas utilizam a 'Internet', em procedimentos judiciais e arbitrais muito vem sendo discutido acerca da comprovação de

fatos (lato sensu) ocorrido em "ambiente virtual". É a divulgação de imagens íntimas, denúncias infundadas, violação do direito de marca, danos morais em geral, venda de produtos falsificados, etc.

Como uma caixa de ressonância da sociedade, o processo, mais especificamente a seara probatória, vem sendo muito exigida, pois como é possível provar fatos ocorridos ou exibidos 'na Internet'?" (sic)

Não é por outra razão que os artigos 225 do Código Civil (LGL\2002\400)[34] e 422, caput e §§ 1º usque 3º, estes do Código de Processo Civil[35], textualmente indicam, como meios probatórios – e provas mecânicas ou eletrônicas –, as reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos, em geral, assim como quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas, de modo que se considera prova toda aquela obtida e/ou veiculada com o auxílio da informática e da tecnologia.

No entanto, se já se tem em linha de conta a possibilidade (e validade) do uso da prova mecânica ou eletrônica em Juízo, o problema está em saber de que forma tais meios de prova devem ser obtidos e em que contexto podem ser utilizados até para saber se houve ou não ofensa ao artigo 5º, LVI, da Constituição Federal[36], cuja vedação remete aos incisos X e XII do mesmo artigo, que tratam da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e imagem e do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas.

Ao analisar o conteúdo dos referidos dispositivos legais, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery[37] ponderam:

"A lei fala que qualquer reprodução mecânica é meio de prova. Não é bem assim. É meio de prova desde que tenha sido obtida por meios lícitos. Do contrário, haveria confronto direto com o que está estatuído na CF (LGL\1988\3) 5º, LVI. O CC (LGL\2002\400) 225 fala em reproduções mecânicas ou eletrônicas, o que parece mais adequado à natureza dos diversos tipos de reprodução."

Realmente, é preciso ter em conta a necessária (e obrigatória) segurança das informações para que não se extrapole o limite da legalidade.

Ocorre que, não raras vezes, é justamente no ambiente das demandas familiares que mais comumente se obtêm documentos a partir de gravações de som e imagem, capturados por sistemas de monitoramento, pela coleta de dados a partir da Internet, em especial, das redes sociais. Seria lícito e, portanto, aceitável, que, em demandas que envolvam questões relacionadas ao interesse das crianças, notadamente naquelas em que há fortes indícios de alienação parental, pudessem ser usadas provas a partir de gravações feitas com o celular, por exemplo, no clamor das discussões, ou, ainda, mediante o uso de fotos nas quais se exponha a imagem do petiz vítima da alienação ou, ainda, finalmente, de mensagens de e-mail ou de WhatsApp digitadas e/ou gravadas pela própria criança em que se lê ou se ouve o diálogo mantido entre o referido menor com o genitor ou o parente alienador?

Imaginando serem aceitáveis ditas provas, que valor jurídico deveria ser a elas atribuído? Haveria um juízo de certeza ou de plausibilidade?

São justamente essas algumas das questões que se propõe enfrentar daqui por diante.

5.A necessária ponderação principiológica quanto à obtenção e uso da "prova ilícita" em demandas envolvendo interesses de crianças

Partindo-se do pressuposto de que a criança merece proteção integral, por ser pessoa em estado de desenvolvimento, sendo reconhecida sua hipervulnerabilidade, cabe ao Estado, à sociedade e às famílias, em regime de responsabilidade compartilhada, envidar esforços no sentido de proporcionar-lhe dignidade, liberdade, educação, saúde, lazer, enfim, vida com qualidade.

Realmente, a doutrina da proteção integral é a base valorativa que fundamenta os direitos da infância e da juventude. Parte do reconhecimento normativo de uma condição especial, ou peculiar, das pessoas desse grupo etário (zero a 18 anos), que devem ser respeitadas enquanto sujeitos de direitos.

Portanto, o que se espera dos adultos, no desempenho de seus papéis sociais, é que devam viabilizar as condições objetivas para que os sujeitos "crianças" e "adolescentes" possam crescer de forma plena, ou seja, desenvolver suas potencialidades. Proteção integral, nesse sentido, nada mais é que a responsabilização dos adultos pelos cuidados e garantia de condições para que crianças e adolescentes possam exercer sua cidadania, com dignidade[38].

Imprescindível reconhecer, também, que é no ambiente familiar que se espera alcançar maior proteção à criança. Isso porque de se presumir serem os genitores, em primeiro lugar, os responsáveis legais aptos a lhes conferir maior zelo e cuidado, unidos que são por laços de imensurável afeto. Justamente por isso, quando dita proteção não é alcançada dentro desse ambiente, cabe ao Estado e à sociedade intervir mais duramente.

Não é por outra razão que os atos de violação aos direitos da criança no bojo familiar causam maior repúdio social e punição legal mais rigorosa, pois é de se acreditar que desse ambiente de confiança mútua devesse partir apenas atos de aproximação nutridos por amor, afeto e cuidado. Quando, porém, ele está contaminado pela ira, pelo rancor e pelo desamor, configurando verdadeira anomalia, de se estranhar e punir com rigor.

Todavia, dita punição nem sempre é possível por falta de provas suficientes e obrigatoriamente necessárias a justificar eventual distanciamento.

Cabe indagar, a essa altura: é imperioso manter a família e as relações familiares em uma redoma impermeável ou, pelo contrário, é sensato ultrapassá-la, sempre que necessário, respeitados os princípios da proteção integral da criança, da prioridade absoluta e de seu melhor interesse na tenaz defesa dos direitos da criança e do adolescente?

A resposta a essa pergunta pode ser direcionada a partir de uma afirmação: "a preservação do melhor interesse da criança e sua obrigatória proteção com prioridade absoluta pressupõe uma desigualdade (um – o adulto – é mais forte do que o outro, a criança)." Nesse passo, ao se reconhecer essa desigualdade entre o adulto e a criança, e sendo evidente a fragilidade desta última, natural que se criem mecanismos para sua proteção.

Desse raciocínio, emerge o cuidado como valor jurídico[39] e vislumbra-se seu aspecto de princípio jurídico que fundamenta a proteção integral.

Como dilucidam Tânia da Silva Pereira e Roberta Tupinambá[40]:

"A abordagem do cuidado como princípio jurídico só se torna viável diante do reconhecimento da importância da aplicação dos princípios na solução de determinados dissídios, que escapam ao alcance da letra fria da lei [...].

Por conseguinte, o cuidado consiste em verdadeiro substrato da dignidade da pessoa humana, integrando o rol dos direitos fundamentais, que os ordenamentos jurídicos mais civilizados buscam assegurar a todos os seus subordinados.

[...] ganha relevância e merece atenção a defesa do cuidado como princípio constitucional implícito no ordenamento jurídico. Trata-se de um dos significados ocultos, uma das dimensões da dignidade da pessoa humana."

No presente ensaio, admite-se, pois, que a proteção integral corresponde a um verdadeiro sobreprincípio, tendo no cuidado o valor jurídico (ou princípio implícito) a

justificar que possa haver uma mitigação ou flexibilização na obtenção e utilização da prova ilícita sempre que, a partir dela, se busque assegurar a dignidade e a preservação do melhor interesse da criança resguardada sua prioridade absoluta.

Conforme assinalou Alexandre Guimarães Gavião Pinto[41]:

"[...] Insta esclarecer que, ao longo dos anos, a doutrina e a jurisprudência passaram a mitigar a proibição das provas ilícitas, na tentativa de afastar eventuais distorções que a rigidez da exclusão poderia gerar, em hipóteses de excepcional gravidade. Tal posicionamento encontra no princípio da proporcionalidade, que autoriza a avaliação das provas ilícitas em casos de extrema gravidade, tendo em vista que nenhuma liberdade pública pode ser considerada de natureza absoluta.

[...]

Logo, se uma prova ilícita ou ilegítima revela-se necessária para evitar uma condenação injusta, deverá ser agasalhada. Nesses casos, se a prova se retrata imprescindível deve ser admitida, por adoção do princípio da proporcionalidade."

É de se admitir, assim, pois, que as provas mecânicas ou eletrônicas obtidas por meio de gravações de áudio por meio de aparelhos celulares, secretárias eletrônicas ou sistemas de monitoramento; as filmagens e postagens de conteúdos em redes sociais; a troca de e-mails e de textos escritos em chats eletrônicos, inclusive WhatsApp e assemelhados possam ser utilizados em Juízo sempre que sirvam para resguardar o sublime direito da criança de ver preservada sua higidez física e mental e assegurados sua proteção integral e melhor interesse em prioridade absoluta. O fio da balança que se coloca entre a privacidade das relações familiares e a proteção integral da criança deve pender em prol desta última, especialmente nas hipóteses de grave violação aos direitos infantojuvenis como os que se destacam da prática da alienação parental. Não se nega que a privacidade, a intimidade, a honra, a imagem e o sigilo de correspondência sejam direitos fundamentais. Todavia, não podem ser ilimitados. De fato, dentro da teoria da colisão de direitos e do princípio da cedência recíproca[42], nada impede que o absolutismo da garantia à privacidade, intimidade, honra e imagem ceda o passo à razoabilidade em prol da preservação do direito da criança à saúde física e mental e a uma convivência familiar íntegra e cuidadosa.

A partir dessa premissa – ou seja, de que à criança se deve reconhecer e garantir proteção integral –, alguns dos princípios (ou normas-valor ou valores jurídicos) que balizarão o tratamento peculiar que merecem justificam o uso de reproduções fotográficas, cinematográficas, registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas que façam prova plena em Juízo.

De fato, a doutrina da proteção integral estabelece uma nova pedagogia das garantias infantojuvenis. Por meio dela, as crianças e os adolescentes são reconhecidos como sujeitos portadores de direitos e, portanto, as provas que pretendam garantir-lhe respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento e que merece especial atenção e prioridade não podem ser refutadas ao argumento de que obtidas de forma ilícita.

Nesse aspecto – e para que não haja repúdio formal a ditas provas –, importante ouvir algumas decisões pretorianas que, de algum tempo a esta parte, já admitem, por exemplo, a gravação telefônica e a informação captada a partir de dados armazenados em computadores como meio de prova em demandas envolvendo interesses de crianças.

Vejamos:

"Penal e processual penal. Agravo Regimental. Recurso Especial. Estupro de vulnerável. Ofensa a dispositivos da CF/88 (LGL\1988\3). Incompetência do STJ. Gravação de conversa pela genitora. Poder-dever de proteção da filha menor. Prova lícita. Produção probatória defensiva. Pleito extemporâneo. Indeferimento. Discricionariedade motivada.

Absolvição. Impossibilidade. Reexame de provas. Súmula n. 7 do STJ.

I – A esta Corte Superior de Justiça cabe a interpretação e uniformização do direito infraconstitucional federal, não cabendo análise de violação de dispositivo constitucional, sob pena de usurpar a competência do Pretório Excelso, a quem compete decidir sobre matéria constitucional, nos termos do art. 102, III, a, da Constituição Federal, não havendo o que se retratar, bem como prover tal pleito, pelo que mantém a decisão.

II – A gravação de conversa, in casu, não configura prova ilícita, visto que não ocorreu, a rigor, interceptação por terceiro, mas uma mera gravação pela genitora utilizando-se do próprio celular, objetivando a proteção da liberdade sexual de absolutamente incapaz, sua filha, na perspectiva do poder familiar, vale dizer, do poder-dever de que são investidos os pais em relação aos filhos menores, de proteção e vigilância.

III – Lado outro, 'o indeferimento fundamentado de pedido de produção de prova não caracteriza constrangimento ilegal, pois cabe ao juiz, na esfera de sua discricionariedade, negar motivadamente a realização das diligências que considerar desnecessárias ou protelatórias'." (HC 198.386/MG, 5ª T., rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 02.02.2015.)

"Recurso Especial. Artigo 214 c/c o art. 224, 'a', do CP (LGL\1940\2) (antiga redação). Art. 619 do CPP (LGL\1941\8). 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.

1. Não existe a violação ao artigo 619 do Código de Processo Penal quando o acórdão recorrido decidiu a controvérsia de forma fundamentada, sem incorrer em qualquer omissão.

2. A teor do disposto no artigo 157 do Código Penal são inadmissíveis as provas ilícitas, assim consideradas as que violam direito material do réu, devendo ser desentranhadas do processo, de modo a conferir efetividade ao princípio do devido processo legal e a tutelar os direitos constitucionais de qualquer acusado no processo penal. 3. No caso concreto, a genitora da vítima solicitou auxílio técnico a terceiro para a gravação de conversas realizadas através de terminal telefônico de sua residência, na qualidade de representante civil do menor impúbere e investida no poder-dever de proteção e vigilância do filho, não havendo ilicitude na gravação. Dada a absoluta incapacidade da vítima para os atos da vida civil – e ante a notícia de que estava sendo vítima de crime de natureza hedionda – a iniciativa da genitora de registrar conversa feita pelo filho com o autor da conjecturada prática criminosa se assemelha à gravação de conversa telefônica feita com a autorização de um dos interlocutores, sem ciência do outro, quando há cometimento de delito por este último, hipótese já reconhecida como válida pelo Supremo Tribunal Federal.

[...]

8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido. Habeascorpus concedido de ofício para determinar que o Tribunal de Justiça avalie a possibilidade de fixar o regime inicial diverso do fechado, consoante as diretrizes do artigo 33 do Código Penal." (REsp 1.026.605/ES, 6ª T., rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe 13.06/2014.)

"Habeas corpus substitutivo. Inadmissibilidade. Estupro de vulnerável. Menor de 14 anos de idade. Ilicitude da prova. Apreensão do computador e telefone da vítima, a partir de dados captados pela irmã da menor, que os entregou à mãe. Desnecessidade do consentimento da vítima. Poder-dever de proteção à criança e ao adolescente, especialmente pela família. Precedentes. Execução provisória. Liminar concedida pelo

STF. Questão a ser decidida, definitivamente, pelo STF. Habeas corpus não conhecido, mas com manutenção da liberdade concedida pelo STF, até pronunciamento da Corte Suprema sobre o tema.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeascorpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. Consoante o art. 3°, I, do Código Civil (LGL\2002\400), os menores de 16 anos são absolutamente incapazes, não podendo praticar ato algum por si, sendo representados por seus pais. Assim, não há que se falar em quebra de sigilo da intimidade da menor, ou da necessidade do seu consentimento para que a família impedisse o prolongamento da agressão sexual, como pretende a defesa, sobretudo diante da proteção integral da criança e do adolescente, garantida pela Constituição Federal, que engloba, por óbvio, a proteção contra abusos de natureza sexual.

3. Chegando ao conhecimento da mãe, que sua filha, menor impúbere, de apenas 13 anos de idade à época dos fatos, estava em situação de vulnerabilidade, sendo vítima de crime de natureza hedionda, na qualidade de representante legal daquela, não só tinha o poder, como o dever de procurar as autoridades para relatar os fatos. Despiciendo o fato de ter sido a irmã, menor de 18 anos, a portadora da notícia, a qual aparentemente conseguiu captar outros dados do computador da vítima e entregá-los à mãe. Precedentes: REsp 1.026.605/RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 12/6/2014 e AREsp 980.428/PR, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe 28/6/2017.

[...]

7. Habeas Corpus não conhecido, mantendo-se a liberdade provisória do paciente, em virtude da liminar concedida pelo STF, a quem compete decidir definitivamente sobre o tema." (HC 392.158/RO, 5ª T., rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 31.08.2017.)[43]

Resta analisar, finalmente, se, ao se admitir ditas provas para o fim aferir se há ou não ofensa a direito da criança, deve o Judiciário simplesmente acatá-las e fundamentar sua decisão a partir delas ou, na falta de certeza, buscar, ainda, outros meios suficientes a confirmar ou refutar seu convencimento. Primeiramente, é preciso asseverar que, ainda que se trate de prova ilícita, caso uma tal ilicitude seja relativizada em prol dos interesses da criança, a prova será admitida e valorada como qualquer outra prova. E, nesse aspecto, acredita-se que ditas provas como quaisquer outras devam passar pelo crivo jurisdicional exigindo análise cuidadosa e, em algumas situações, confirmação que pode, especialmente nesses casos, ser obtida pela prova pericial. Em outras palavras, haverá um juízo de plausibilidade e probabilidade a partir de tais meios probatórios que, claro, corroborados com outros tantos, poderão levar o Magistrado a decidir, por exemplo, pela existência da alienação parental ou, ao contrário, negá-la.

Advertem, nesse sentido, aliás, Luis Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart[44]:

"O emprego da prova eletrônica, em especial do documento telemático não certificado, exige análise semelhante àquela utilizada pelo magistrado para a avaliação da confiabilidade da prova indiciária. É necessário cotejar vários elementos do documento, a fim de ponderar sua aceitabilidade. Devem ser consideradas, entre outras coisas, a maior ou menor certeza quanto à sua origem; a maior ou menor dificuldade na alteração de seu conteúdo; os elementos que indicam a possiblidade de sua conferência etc."

Logo, de se aplicar a regra do sopesamento das provas mecânicas e eletrônicas também nas demandas que coloquem em xeque direitos da criança tudo para o fim de bem servir ao convencimento do Juízo sem olvidar de lhes prestar proteção integral.

6.Conclusão

Ao final desse ensaio, pode-se concluir pela admissão do uso da prova ilícita em demandas que envolvam interesses infantis, o que se justifica com apoio nos princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança e reconhecida sua situação de prioridade absoluta fundada na hipervulnerabilidade do petiz.

De outra banda, pouco importa seccionar a ilicitude da obtenção da prova na clássica divisão entre provas ilegais, ilícitas, admitidas por meio ilícitos ou ilegítimas. Fato é que sempre que houver violação ao ordenamento jurídico a prova será caracterizada como ilícita (assim, por exemplo, será o documento físico que maliciosa e de forma sub-reptícia tenha sido alcançado como na situação em que se pede ao filho menor que busque nos arquivos de um de seus genitores fotografias comprometedoras de sua índole; extratos bancários e até cópia da declaração de imposto de renda). Da mesma forma, será igualmente ilícita aquela que foi copiada de arquivos mantidos em computadores ou pen drives.

No entanto, é preciso ter presente, como visto alhures, que os direitos fundamentais podem ser relativizados dependendo da ponderação com outros princípios. De fato, muitas vezes, precisamos colocar em confronto princípios constitucionais da mesma envergadura e hierarquia, e, sopesando-se a ponderação, mitigar um em detrimento do outro. Desta forma e dentro de certos limites, o princípio da proibição da prova ilícita admite relativização. Justamente por isso, entendemos que, quando estiver em jogo os interesses da criança e desde que presentes um dos requisitos já destacados, como (i) gravidade do caso; (ii) dificuldade de demonstrar a verdade de forma lícita; (iii) imprescindibilidade da prova na formação do convencimento judicial, deve-se flexibilizar a admissibilidade da prova ilícita, como forma de garantir à criança proteção integral e tratamento prioritário.

Como demonstramos, os números das demandas envolvendo hipóteses de alienação parental cresceram nas últimas décadas, boa parte das quais, contudo, têm sido sobrevalorizadas ou subvalorizadas especialmente tendo em vista a precariedade ou a dificuldade na obtenção e manejo probatórios.

Entre outras hipóteses, trouxemos, a título de exemplo, uma em que se constata ser extremamente difícil a obtenção da prova, que é justamente a dos casos em que um dos genitores imputa ao outro o cometimento de graves atos violadores dos interesses da criança de forma falaciosa, como quando impinge a prática de abuso sexual (implantação de falsas memórias), apenas com o objetivo de impedi-lo de ter acesso ao filho como forma de vingança ou retaliação.

Nessas situações limítrofes em que pode estar em risco a relação paterno-materno-filial, a ponto de fulminá-la com tal intensidade que quase sempre torna-se irrecuperável, entendemos que, se a única prova robusta para demonstrar a verdade dos fatos foi obtida de forma ilícita, deverá ela ser relativizada possibilitando sua admissão em Juízo.

Estamos certos, inclusive, de que a sobrevivência fundamental da própria lei regulamentadora da alienação parental dependa de um melhor aparelhamento probatório, muitas vezes, fundado na prova ilícita (tal como a consideramos nesse ensaio), embasado, sobretudo, no princípio da cedência recíproca.

Caberá, é claro, sempre ao Juiz valorar a prova pelas regras processuais comuns, ou seja, se ele a admitiu, como meio de prova, ela terá o valor probante que o ordenamento jurídico determinar.

Assim, se estivermos diante uma prova eletrônica (i. e., ou obtida por meio eletrônico), acaso impugnada, será preciso, para que tenha o valor probante desejado, que se busque corroborá-la com a competente ata notarial, sem olvidar, outrossim, do importante papel da perícia técnica que, especialmente nos casos de alienação parental,

é sobremaneira relevante a consubstanciar as decisões judiciais que confirmem ou rejeitem a perversa prática alienadora.

Referências bibliográficas

AURELLI, Arlete Inês. A prova ilícita no processo civil. In: FREIRE, Alexandre; DELFINO, Lúcio; OLIVEIRA, Pedro Miranda de; RIBEIRO, Sérgio Luis de Almeida (Orgs.). Oprocesso civil nas tradições brasileira e iberoamericana. 1. ed. São José/SC: Conceito, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. Ed. Lisboa: Almedina, 2003.

COSTA, Ana Paula Motta. Os Adolescentes e seus Direitos Fundamentais – Da Invisibilidade à Indiferença. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

ECHANDÍA, Hernando Devis. Pruebas ilícitas. In: Revista de Processo, São Paulo, ano VIII, v. 32, p. 83, 1983.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Sigilo das operações de instituições financeiras. In: Revista do IASP, n. 9, p. 62.

FERREIRA, William Santos. Princípios Fundamentais da Prova Cível. São Paulo: Ed. RT, 2013.

GARDNER, Richard A. Parental Alienation Syndrome vs. Parental Alienation: Which Diagnosis Should Evaluators use in Child-Custody Disputes. In: The American Journal of Family Therapy, 30-93-115, 2002. Texto igualmente disponível em: [http://pdfs.semanticscholar.org/7803/d426a7a3f86b47c70ec180042cb44a0c8c5d.pdf].

GOZAINI, Osvaldo A. Garantías, principios y reglas del proceso civil. Buenos Aires: Eudeba, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As Nulidades no Processo Penal. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000.

LEITE, Rita de Cássia Curvo. Direito à Prevenção Especial da Criança na Classificação Indicativa. Tese de Doutorado apresentada perante a PUC/SP disponibilizada na Biblioteca Virtual sistema TEDE, 2016.

LOPES, João Batista. A prova no direito processual civil. São Paulo: Ed. RT, 2006.

LOPES, João Batista. Princípio da proporcionalidade e efetividade do processo civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). Estudos de direito processual civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Ed. RT, 2006.

LOPES, João Batista. Contraditório e abuso do direito de defesa na execução. Processo e Constituição – Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. Luiz Fux; Nelson Nery Jr.; Teresa Arruda Alvim Wambier (Coords.). São Paulo: Ed. RT, 2006.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. O juiz e o princípio dispositivo. São Paulo: Ed. RT, 2006.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. Síndrome da Alienação Parental: importância da detecção – aspectos legais e processuais. 4. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2011.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Prova Emprestada, prova ilícita e princípio da proporcionalidade. A prova no direito processual civil – Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes. Olavo de Oliveira Neto; Elias Marques de Medeiros Neto;

Ricardo Augusto de Castro Lopes (Coords.). São Paulo: Editora Verbatim, 2013.

MEDINA, José Miguel Garcia. Provas obtidas por meios ilícitos. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-abr-05/provas-obtidas-meios-ilicitos-leitura-partir-cf].

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2018.

NERY JUNIOR, Nelson. Os princípios do processo civil na Constituição Federal. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2010.

NUVOLONE, Pietro. Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino. In: Rivistadi diritto processuale, Padova, v. XXI, p. 442-475 (II Série), 1966.

PEREIRA, Tânia da Silva; TUPINAMBÁ, Roberta. O direito fundamental ao cuidado no âmbito das famílias, infância e juventude. In: Revista do Advogado, n. 101, ano XXVIII, p. 108-115, dez. 2008.

PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito Digital. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. A relativização dos direitos fundamentais na perspectiva do direito material e processual penal. Disponível em: [www.conteudojuridico.com.br/adireitos-fundamentais-na-perspestivas-do-direito-material-e-processua

TOMÉ, Fabiana Del Padre. A Prova no Direito Tributário. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2011/2012.

WAQUIM, Bruna Barbieri. Alienação Parental Induzida: aprofundando o estudo da Alienação Parental. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2018.

---

1 Nesse sentido, LOPES, João Batista. A prova no direito processual civil. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 166-168 e GOZAINI, Osvaldo A. Garantías, principios y reglas del proceso civil. Buenos Aires: Eudeba, 2015. p. 92.

2 Nesse sentido, ECHANDÍA, Hernando Devis. Pruebas ilícitas. Revista de Processo, São Paulo, ano VIII, v. 32, p. 83, 1983.

3 O art. 157 do Código de Processo Penal apresenta uma definição de prova ilícita, a qual seria aquela que viola disposições legais e/ou constitucionais:

"Art. 157.São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei n. 11.690, de 2008)."

4 NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 269-270.

5 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 18. Ed. São Paulo: Ed. RT, 2018. p.1138-1139.

6 NUVOLONE, Pietro. Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino. In: Rivista di dirittoprocessuale, Padova, v. XXI (II Serie), p. 442-475, 1966.

7 LOPES, João Batista. Contraditório e abuso do direito de defesa na execução. Processo e constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. Luiz

Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (Coords.). São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 96.

8 Por todos, além do próprio João Batista Lopes também entendem assim, Nelson Nery Jr. e Rosa M. A. Nery. In: Código de Processo Civil Comentado. 16. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016. p.1068-1069 e FERREIRA, William Santos. Princípios Fundamentais da Prova Cível. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 96.

9 PINTO, Alexandre Guimarães Gavião, A relativização dos direitos fundamentais na perspectiva do direito material e processual penal. Disponível em: [www.conteudojuridico.com.br/adireitos-fundamentais-na-perspectiva-do-direito-material-e-processual- Acesso em: 28.06.2019.

10 GRINOVER, Ada Pellegrini, SCARANCE FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As Nulidades no Processo Penal. 6. ed. São Paulo: Ed. RT. p. 113.

11 Nesse sentido, AURELLI, Arlete Inês. A prova ilícita no processo civil. In: FREIRE, Alexandre; DELFINO, Lúcio; OLIVEIRA, Pedro Miranda de; RIBEIRO, Sérgio Luis de Almeida (Orgs.). O processo civil nas tradições brasileira e iberoamericana. 1. ed. São José/SC: Conceito, 2014. p. 104-110.

12 MEDINA, José Miguel Garcia explica que, por esta teoria, "considera-se inadmissível não apenas a prova obtida por meio ilícito, mas, também, por derivação, as provas decorrentes do meio de prova obtido ilicitamente: 'Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação [...]. A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos 'frutos da árvore envenenada') repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal". (STF, RHC 90.376/RJ, j. 03.04.2007, rel. Min. Celso de Mello). O princípio é previsto no artigo 157, caput, do Código de Processo Penal: "São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais". (Provas obtidas por meios ilícitos. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-abr-05/provas-obtidas-meios-ilicitos-leitura-partir-cf]. Acesso em: 10.07.2019.)

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

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

14 Embora, como regra, sejam inadmissíveis as provas ilícitas e as provas delas derivadas, consideram-se admissíveis as provas derivadas quando "puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras" (artigo 157, § 1º, 2ª parte, do CPP). A respeito, o STF decidiu, em julgado antes referido, que se "o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova — que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal —, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária". (STF, RHC 90.376/RJ, j. 03.04.2007, rel. Min. Celso de Mello.) Neste caso, percebe-se que inexiste nexo causal, sequer podendo-se falar em ilicitude por derivação. Em outro julgado, decidiu o STF: "encontro fortuito de prova da prática de crime punido com detenção. [...] O Supremo Tribunal Federal, como intérprete maior da Constituição da República, considerou compatível com o art. 5º, XII

e LVI, o uso de prova obtida fortuitamente através de interceptação telefônica licitamente conduzida, ainda que o crime descoberto, conexo ao que foi objeto da interceptação, seja punido com detenção." (STF, AI 626.214-AgRg, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª T., j. 21.09.2010.). Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-abr-05/provas-obtidas-meios-ilicitos-leitura-partir-cf]. Acesso em: 10.07.2019.

15 Por todos, ver FERREIRA, William Santos. Princípios Fundamentais da Prova Cível. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 98-102.

16 MORAES, Alexandre de. 6. ed. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2000. p. 120.

17 LOPES, João Batista. Princípio da proporcionalidade e efetividade do processo civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). Estudos de direito processual civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 140.

18 LOPES, Maria Elizabeth de Castro. O juiz e o princípio dispositivo. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 4.

19 MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Prova Emprestada, prova ilícita e princípio da proporcionalidade. A prova no direito processual civil – Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes. Olavo de Oliveira Neto; Elias Marques de Medeiros Neto; Ricardo Augusto de Castro Lopes (Coords). São Paulo: Verbatim, 2013. p. 167.

20 LOPES, João Batista. A prova no direito processual civil. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 65-66.

21 Nesse sentido, a jurisprudência de nossos tribunais: Direito de vizinhança. Ação de indenização. Provas. Gravação de conversa. Indeferimento sob a assertiva de que se trata de prova produzida sem o consentimento da parte contrária. Licitude reconhecida. Constatação, entretanto, de problemas em seu conteúdo, o que impossibilita a sua adoção como base de convencimento. Recurso improvido. Reputa-se ilegal a interceptação de conversa telefônica, não a gravação da conversa por um de seus interlocutores, daí porque nenhum obstáculo existe à admissão dessa prova. Entretanto, no caso, impugnado o conteúdo, constatasse que a gravação apresenta cortes e se mostra inaudível em diversas partes, o que impossibilita o seu aproveitamento como base de convicção. (sic) (Ap. 0071112-06.2012.8.26.0100, 31ª Câm. de Dir. Priv., TJSP, rel. Des. Antônio Rigolin, j. 11.04.2017.)

Apelação – Embargos à execução – Sentença de improcedência – Prestação de serviço advocatício consistente na propositura de ação acidentária – Alegação de alternatividade no pagamento de honorários – Insurgência contra cláusula ad exitum – Débito que se encontra regularmente previsto no contrato celebrado entre as partes – Gravações telefônicas evidenciaram ciência dos valores contratados pelo embargante – Afastamento da alegação de ilicitude de prova produzida sem o consentimento da outra – Precedentes do STF – Sentença mantida – Recurso desprovido. (Ap. 1000271-56.2018.8.26.0003, 28ª Câm. de Dir. Priv., TJSP, rel. Des. Cesar Luiz de Almeida, j. 15.10.2018.

22 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Sigilo das operações de instituições financeiras. In: Revista do IASP, n. 9, p. 62.

23 A Síndrome da Alienação Parental (SAP) tem sido estudada desde a década de 70, e foi analisada, inicialmente, pelo falecido médico norte-americano, Richard Alan Gardner, Professor Clínico de Psiquiatria na Divisão de Psiquiatria Infantil e Adolescente da Faculdade de Medicina da Universidade de Columbia. Gardner pesquisou o fenômeno (PAS – Parental Alienation Syndrome) mediante a observação pessoal em seu

consultório particular para explicar o que ele considerava ser uma epidemia de falsas acusações de abuso sexual infantil. Percebeu Gardner que em muitos casos de divórcio o genitor guardião (em especial, nas hipóteses em que se exerce a guarda unilateral) propositadamente aliena a criança a partir do "não poder parental", danificando ou rompendo a relação da criança com o genitor que se vê privado desse convívio mais assíduo. Disponível em: [https://invinciblemichaelmimijak.wordpress.com/2015/04/29/richard-gardner-especialista-em-pedofilia- Acesso em: 22.06.2019.

24 GARDNER, Richard A. Parental Alienation Syndrome vs. Parental Alienation: Which Diagnosis Should Evaluators use in Child-Custody Disputes. In: The American Journal of Family Therapy, 30-93-115, 2002. Texto completo original igualmente disponível em: [https://pdfs.semanticscholar.org/7803/d426a7a3f86b47c70ec180042cb44a0c8c5d.pdf]. Acesso em: 25.06.2019.

25 MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. Síndrome da Alienação Parental: importância da detecção – aspectos legais e processuais. 4. Ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 50.

26 A indicação "QE52.0", subcategoria associada ao CID-11, indica problemas associados com as interações interpessoais na infância.

27 WAQUIM, Bruna Barbieri. Alienação Parental Induzida: aprofundando o estudo da Alienação Parental. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2018. p. 28.

28 Agravo de instrumento. Suspensão de visitas. Manutenção. Melhor interesse da criança. Princípio do bem-estar do menor. Preservação do status quo. Diante da gravidade da situação que levou a suspensão das visitas e dos indícios de alienação parental, e considerando ainda o tempo transcorrido em que não há convivência entre mãe e filha, em prol do bem-estar e proteção da menor é mais adequado aguardar a realização do estudo social a fim de se regulamentar a visitação. Recurso desprovido. (AI 70081331662, 7ª Câm. Cív., TJRS, rel. Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro, j. 26.06.2019.)

Ação declaratória de alienação parental cumulada com guarda compartilhada de criança e regulamentação de convivência familiar. Regulamentação de visitas. Interesse da criança. Conveniência dos genitores. Visita acompanhada. 1. A regulamentação de visitas materializa o direito do filho de conviver com o genitor não-guardião, assegurando o desenvolvimento de um vínculo afetivo saudável entre ambos, mas sem que isso afaste o pai da rotina de vida da infante, pois deve ser resguardado sempre o melhor interesse da criança, que está acima da conveniência dos genitores. 2. Se a visitação deve ser com acompanhamento, é preciso que seja observada uma rotina, sendo recomendável que o acompanhando seja feito por pessoa da família, tal como vinha ocorrendo antes, e não por uma babá. Recurso provido. (AI 70080071665, 7ª Câm. Cív., TJRS, rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 26.06.2019.)

Apelação. Ação indenizatória. Danos morais. Alienação parental. Denunciação caluniosa. Falsa acusação de estupro de vulnerável. Autor que afirma ter sido ofendido em sua honra pela ré ao lhe ser imputada a prática de crime de estupro contra a filha comum das partes. Lavratura de boletim de ocorrência que deu origem à medida protetiva de afastamento do autor do convício com a menor e ação civil para destituição do poder familiar. Ausência de abuso de direito. Inexistência de provas de que a ré agiu com o intuito de prejudicar o autor. Fatos descritos à autoridade policial que tinha amparo em relatório médico psiquiátrico com forte suspeita de que o réu tivesse abusado de sua filha. A falta de provas para a denúncia penal ou para a procedência da ação civil não torna a conduta da ré ilícita. Mãe que agiu na defesa da integridade física e emocional da filha de apenas três anos de idade diante da suspeita de um crime que tem como cenário preponderante o ambiente familiar. Dano moral não reconhecido. Condenação afastada. Honorários advocatícios sucumbenciais recursais. Redistribuição segundo o resultado do

julgamento. Sentença reformada. Recurso provido. (AC 1037984- 91.2016.8.26.0114, 19ª Câm. Dir. Priv. do TJSP, rel. Des. Hamid Bdine, j. 10.06.2019.)

29 Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

I – declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;

II – ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

III – estipular multa ao alienador;

IV – determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

V – determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

VI – determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

VII – declarar a suspensão da autoridade parental.

30 TOMÉ, Fabiana Del Padre. A Prova no Direito Tributário. 3. Ed. São Paulo: Noeses, 2011/2012. p. 134-5.

31 Sobre a influência do direito digital no âmbito jurídico, PINHEIRO, Patrícia Peck. In: Direito Digital. 2. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

32 Nesse aspecto, de se chamar a atenção para a LGDP (Lei 13.709/18) que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoal natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

33 FERREIRA, William Santos. Princípios Fundamentais da Prova Cível. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 83-4.

34 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.

35 Art. 422. Qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, a cinematográfica, a fonográfica ou de outras espécies, 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.

36 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;[...]

37 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2018, nota 2 ao artigo 422. p. 1206.

38 COSTA, Ana Paula Motta. Os Adolescentes e seus Direitos Fundamentais – Da Invisibilidade à Indiferença. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 130-131.

39 O cuidado como valor encontra no descuido o seu desvalor. A criança que sofre maus-tratos ou descuido deve ser amparada e socorrida. Como bem esclarece Fabiana Del Padre Tomé, a possibilidade de gradação hierárquica é característica inerente aos valores, isso porque, ao escolher este ou aquele valor para pautar as atitudes humanas, acaba-se por indicar certas preferências e, ao assim proceder, opera-se uma natural gradação hierárquica. Essa conclusão, permite que se afirme, também, que a hierarquia valorativa é variável, muito embora, por questões fulcradas na historicidade e na cultura dos povos imanentes a sustentar a carga valorativa, seja possível admitir que certas pessoas (ou grupos de pessoas, ou cidadãos, ou povos) haverão de atribuir a mesma carga valorativa a situações isonômicas enquanto outras pessoas (ou grupos de pessoas, ou cidadãos, ou povos) diante das mesmas situações atribuam-lhes cargas valorativas diversas. Realmente, os valores estão ordenados em relações de subordinação e de coordenação. Ao escolher esse ou aquele valor, acaba-se por posicioná-los em uma relação de subordinação, na medida em que valoramos, preferencialmente, um em detrimento do outro. Mas, em muitas situações, os valores estão em relações de coordenação (TOMÉ, Fabiana Del Padre. A Prova no Direito Tributário. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2011/2012. p. 293-295).

40 PEREIRA, Tânia da Silva; TUBINAMBÁ, Roberta. O direito fundamental ao cuidado no âmbito das famílias, infância e juventude. In: Revista do Advogado, n. 101, ano XXVIII, p. 108-115, dez. 2008 (publicada pela Associação dos Advogados de São Paulo, p. 108-115).

41 PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. A relativização dos direitos fundamentais na perspectiva do direito material e processual penal. Disponível em: [www.conteudojuridico.com.br/adireitos-fundamentais-na-perspectiva-do-direito-material-e-processual- Acesso em: 28.06.2019.

42 Sendo a Constituição um sistema, não apresenta ela disposições aleatórias e desconexas, de modo que quando é desencadeada uma aparente colisão entre interesses opostos, o próprio sistema proporciona meios para resolvê-los. Nessas hipóteses, deve-se recorrer a um dos principais instrumentos de solução desses conflitos: a adoção do princípio da razoabilidade por meio do qual se alcança o equilíbrio sem que nenhuma das normas constitucionais igualmente valiosas sejam desrespeitadas. Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, "as idéias de ponderação (Abwägung) ou de balanceamento (balancing) surgem em todo o lado onde haja necessidade de 'encontrar o Direito' para resolver 'casos de tensão' (Ossenbühl) entre bens juridicamente protegidos". (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003. p. 1109.)

43 AgInt no REsp 1.712.718 (2017/0308395-7), rel. Min. Felix Fischer DJe 30.04.2018. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp]. Acesso em: 24.07.2019.

44 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. 2. ed. rev. e atual. São

Paulo: Ed. RT, 2011. p. 569.