

PROVA NOS PROCESSOS DE FAMÍLIA E NO PROJETO DO CPC: ÔNUS DA PROVA, PROVAS ILÍCITAS E ATA NOTARIAL

Fernanda Tartuce¹

Sumário: 1. Relevância do tema. 2. Ônus da prova no regime clássico (Código de Processo Civil vigente). 3. Carga dinâmica da prova no projeto de Novo CPC. 4. Provas ilícitas em demandas familiares. 5. Ata notarial. 5.1. Regramento atual e no projeto de Novo CPC. 5.3. Uso da ata notarial em processos de família. 6. Conclusões. 7. Referências bibliográficas.

1. RELEVÂNCIA DO TEMA

Se crermos, como Aristóteles, que “a dúvida é o princípio da sabedoria”, poderemos considerar que as demandas familiares constituem fonte importante para o alcance de tão almejada virtude.

Nos processos de família a dificuldade probatória é marcante. Além de haver a natural ocultação de fatos desfavoráveis por seus causadores (como ocorre em toda lide), há ainda mais obstáculos porque nem sempre é possível demonstrar o que ocorreu na intimidade do lar; quando há testemunhas, por exemplo, elas tendem a ser impedidas, suspeitas ou incapazes.

O assunto, portanto, merece atenção por parte dos jurisdicionados e dos aplicadores do Direito, já que alegar e não provar conduz à improcedência do pedido, consequência drasticamente negativa para o litigante.

¹Doutora e Mestre em Direito Processual pela USP. Professora dos cursos de Mestrado e Doutorado da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). Professora e Coordenadora de Processo Civil da Escola Paulista de Direito (EPD). Advogada orientadora do Departamento Jurídico do Centro Acadêmico XI de Agosto. Membro do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família), do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual) e do IASP (Instituto dos Advogados de São Paulo). Presidente do Conselho do CEAPRO (Centro de Estudos Avançados de Processo). Mediadora e autora de obras jurídicas.

2. ÔNUS DA PROVA NO REGIME CLÁSSICO (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL VIGENTE)

Pelo *princípio do ônus da prova*, cada parte deve provar suas afirmações para vencer a causa (ou ao menos não ficar em demasiada desvantagem ao final do processo). A quem alega o fato incumbe prová-lo em juízo, sendo tal premissa a responsável pela distribuição do encargo de provar prevista na regra geral sobre o tema no Código de Processo Civil².

Nessa clássica perspectiva, o ônus da prova sempre foi cotejado considerando-se a liberdade do indivíduo de realizar (ou não) atos previstos na norma jurídica para satisfazer seu próprio interesse³.

Quando se fala em ônus, considera-se que o onerado escolhe entre satisfazê-lo ou não⁴. Caso ele seja omissivo e não faça todo o possível para produzir a prova, deve “suportar os riscos decorrentes de sua inatividade, ainda que, com isso, excepcionalmente, a decisão não corresponda à verdadeira situação substancial”⁵.

Como bem lembra Camilo Zufelato, ao considerar a distribuição estática do ônus da prova “parte-se da premissa de que as partes litigam em condições equânimes de acesso à prova”, sendo “oneradas de modo formalmente equilibrado, sem qualquer compensação substancial, decorrente de uma desigualdade substancial”⁶.

Ocorre, porém, que nem sempre querer é poder: frequentemente o litigante não consegue se desincumbir do ônus de provar por faltarem condições para tanto.

Quando no processo atua um litigante vulnerável, ele pode acabar não produzindo a prova em razão de suas dificuldades pessoais. Nesse caso, não descumpra o ônus por opção, mas por óbices aos quais não deu causa, não decorrendo sua inércia de um ato livre, mas de circunstâncias⁷ inevitáveis.

Nesse cenário, distribuir os encargos de provar a partir dos critérios clássicos não colabora para que se descubra a verdade e se alcance um resultado justo, inviabilizando o acesso da parte à justiça⁸; ao ponto, questiona Susana Cremasco:

²CPC, art. 333. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

³CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 315.

⁴PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 213.

⁵CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*, cit., p. 331.

⁶ZUFELATO, Camilo. Novas tendências sobre o ônus da prova e o Projeto de Novo CPC - parte I. *Jornal Carta Forense*, edição de 03/01/2012. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/novas-tendencias-sobre-o-onus-da-prova-e-o-projeto-de-novo-cpc---parte-i/8117>. Acesso 20 jun. 2014.

⁷TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. RJ: Forense, 2012, p. 318.

⁸CREMASCO, Susana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. São Paulo: GZ, 2009, p. 80.

... o que o jurisdicionado pode esperar de um instrumento que não só não dispõe de mecanismos aptos a revelar a verdade, como não o auxilia e não o socorre nessa função e, ainda, impõe-lhe um resultado desfavorável mesmo quando é ele – e só ele – quem, à luz fatos ocorridos, pode ter razão no conflito ajuizado⁹?

É relevante, assim, considerar um sistema processual em que não haja apenas distribuição clássica do ônus da prova, mas no qual o jurisdicionado possa contar, para a descoberta dos fatos relevantes para a causa, com a contribuição de quem tem melhores condições de comprová-los.

3. CARGA DINÂMICA DA PROVA

3.1. CONCEITO

Felizmente, importantes avanços sobre a temática da prova vêm marcando a ciência processual ao longo do tempo, merecendo destaque o advento da teoria denominada *cargas probatorias dinâmicas*, desenvolvida por Jorge Peyrano na Argentina; tal teoria

... sustenta a necessidade de definição casuística e pontual de qual parte será onerada, segundo as condições de produzir a prova de cada uma delas e também pela proximidade da prova. Essa teoria é fortemente calcada na ideia de desigualdade das partes, e portanto sugere um sistema que as iguale segundo a dinâmica do caso concreto e das peculiaridades da capacidade probatórias das partes¹⁰.

Pela distribuição dinâmica do ônus da prova, a parte com melhores condições de provar os fatos pertinentes deve aportar a juízo os elementos de que dispõe, colaborando com a Justiça¹¹. Como afirma Camilo Zufelato, um de seus efeitos é que uma das partes deverá apresentar prova de alegação feita pela outra parte, segundo “uma intervenção judicial, pontual e concreta, alterando uma distribuição legal”¹².

⁹Prossegue a autora: “Para o jurisdicionado, o fim natural do processo não pode ser outro senão o alcance da verdade e a obtenção de uma sentença justa, condizente com a realidade dos fatos que ele viveu, jamais um jogo no qual se ganha pela astúcia e se perde pela desídia ou pela dificuldade técnica e probatória do outro litigante” (CREMASCO, Susana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*, cit., p. 80).

¹⁰ZUFELATO, Camilo. Novas tendências sobre o ônus da prova e o Projeto de Novo CPC - parte I. *Jornal Carta Forense*, edição de 03/01/2012. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/novas-tendencias-sobre-o-onus-da-prova-e-o-projeto-de-novo-cpc--parte-i/8117>. Acesso 20 jun. 2014.

¹¹TARTUCE, Fernanda. Igualdade e vulnerabilidade no processo civil. *RJ: Forense*, 2012, p. 207.

¹²Novas tendências sobre o ônus da prova e o Projeto de Novo CPC - parte II (conclusão). *Jornal Carta Forense*, edição de 12/02/2012. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/novas-tendencias-sobre-o-onus-da-prova-e-o-projeto-de-novo-cpc---parte-ii-conclusao/8276>. Acesso 20 jun. 2014.

Evidentemente, referida consideração parte da ideia de um modelo processual publicista e colaborativo, pois a visão liberal do processo repudia a interferência judicial no processo para suprir “problemas” das partes.

Como destaca Eduardo Cambi, facilitar a demonstração da prova com base em argumentos técnicos promove adequadamente a *isonomia* entre os litigantes e realça o princípio da *solidariedade*, presente no dever de colaboração para a *descoberta da verdade*, de litigar de boa-fé e de prevenir/reprimir atos contrários à dignidade da justiça¹³.

Apesar de inexistir previsão legal, a teoria tem se concretizado no Brasil a partir da doutrina e de decisões proferidas em diversas demandas, como as que envolvem responsabilidade de médicos¹⁴, contratos bancários¹⁵ e casos nos quais, a despeito de não se tratar de relação de consumo, é mais fácil para o réu do que para o autor provar o fato constitutivo do direito¹⁶.

Obviamente a distribuição dinâmica do ônus da prova não precisa ficar reduzida às hipóteses indicadas, tendo potencial para colaborar “em outras situações concretas em que a tutela do direito material não pode ser prejudicada pela dificuldade ou impossibilidade de prova, sob pena de valorizar mais o meio (prova) do que o fim (proteção dos direitos)”¹⁷.

3.2. PREVISÃO NO PROJETO DE NOVO CPC

O Novo CPC contempla a repetição da distribuição clássica e estática¹⁸ do ônus da prova. Enseja considerável inovação, contudo, ao trazer regra sobre a possível distribuição diversa do ônus da prova nos seguintes termos:

Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada. Neste caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído¹⁹.

¹³CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*, cit., p. 342.

¹⁴Cf. TJ-RS, Embargos Infringentes n. 70017662487 RS, Quinto Grupo de Câmaras Cíveis, Rel. Odone Sanguiné, j. 31.08.2007.

¹⁵Cf. TJ-SP, Agravo de Instrumento n. 01450042020138260000, 19ª Câmara de Direito Privado, Rel. Mario de Oliveira, j. 16.12.2013.

¹⁶CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*, cit., p. 344.

¹⁷CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*, cit., p. 346.

¹⁸Nos termos do art. 380 do texto projetado, “o ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”; tal regra repete a previsão do artigo 333 do Código vigente.

¹⁹Eis o teor do art. 380, § 1º do Código projetado.

Preocupada com eventuais dificuldades geradas pela aplicação do dispositivo, afirma o § 2º do artigo 380 que a decisão prevista em tal regra “não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”.

Como bem pontua Camilo Zufelato, o processo civil encontra-se em um momento de expansão dos poderes do juiz na condução do processo, seguindo tendência observada em países como a Inglaterra. No caso do dispositivo, observamos exatamente uma concessão de poder ao juiz para definição caso a caso do ônus da prova; tal poder não se revela excessivo porque busca promover o equilíbrio de forças entre os litigantes²⁰.

Por outro lado, cuidados processuais devem cercar a aplicação da teoria e, felizmente, eles foram previstos pelo dispositivo. É necessário que haja uma decisão fundamentada sobre a distribuição do ônus com a indicação de motivos concretos e precisos para que ela se opere a fim de cumprir a exigência constitucional da fundamentação e ainda possibilitar que a pessoa incumbida de prova possa questionar esse dever em grau recursal. Temos, assim, uma regra de procedimento, e não apenas de julgamento, que observa o respeito ao contraditório e à ampla defesa²¹.

3.3. APLICAÇÃO DA CARGA DINÂMICA EM DEMANDAS FAMILIARES

Em demandas familiares pode haver a aplicação diferenciada do ônus de prova em diversas situações.

Caetano Lagrasta aponta a relevância da distribuição dinâmica da prova em demandas familiares quando constatada a hipossuficiência econômica ou técnica de algum dos litigantes com vistas a concretizar a isonomia entre eles²².

O autor aponta como exemplos de circunstâncias em que enorme dificuldade probatória pode se verificar as demandas sobre apuração da paternidade (em que há limitada atuação das partes para a descoberta da verdade), de alimentos em face de genitores com renda desconhecida (como profissionais liberais e trabalhadores autônomos) e de litigantes pobres que necessitam de alimentos provisórios para propor e sustentar a demanda²³.

²⁰Novas tendências sobre o ônus da prova e o Projeto de Novo CPC - parte II (conclusão). *Jornal Carta Forense*, edição de 12/02/2012. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/novas-tendencias-sobre-o-onus-da-prova-e-o-projeto-de-novo-cpc---parte-ii-conclusao/8276>. Acesso 20 jun. 2014.

²¹Novas tendências sobre o ônus da prova e o Projeto de Novo CPC - parte II (conclusão). *Jornal Carta Forense*, edição de 12/02/2012. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/novas-tendencias-sobre-o-onus-da-prova-e-o-projeto-de-novo-cpc---parte-ii-conclusao/8276>. Acesso 20 jun. 2014.

²²LAGRASTA NETO, Caetano. Diálogos de um juiz. In: LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 283.

²³LAGRASTA NETO, Caetano. Diálogos de um juiz, p. 284-288, passim.

Merecem destaque alguns precedentes sobre ações de alimentos em que o magistrado sensibilizou-se ante a dificuldade probatória, reconheceu a dificuldade insuperável do litigante e aplicou diferenciadamente a distribuição do encargo instrutório.

Como bem consta em julgado relatado por Raduan Miguel Filho, “as necessidades do filho menor de idade são presumidas, competindo aos genitores lhes prestar assistência”, constituindo “encargo do alimentante provar que não reúne as condições de prestar os alimentos no percentual fixado²⁴”.

Na mesma linha assim restou decidido em acórdão do Tribunal mineiro,

O alimentando não pode ficar à mercê da disposição do réu em contribuir com a comprovação das suas reais possibilidades, havendo o Julgador, nesses casos, de se orientar pelos elementos existentes nos autos, e com base em seu prudente critério, equalizar a pensão no valor que melhor se compatibilizar com a realidade das partes²⁵.

Por fim, merece apontamento a iniciativa do Tribunal de Justiça gaúcho que se posicionou de forma mais ampla elaborando, como uma das conclusões de seu Centro de Estudos, o enunciado de n. 37: “em ação de alimentos é do réu o ônus da prova acerca de sua impossibilidade de prestar o valor postulado”.

4. PROVAS ILÍCITAS EM DEMANDAS FAMILIARES

À luz do sistema processual, são vedadas no processo civil as provas obtidas por meios ilícitos e moralmente ilegítimos. A previsão infraconstitucional é coerente com a Constituição Federal que cria restrições à atividade probatória para proteger a privacidade, a intimidade e o devido processo legal²⁶.

Acontece, porém, que na instrução dos processos de família pode ser necessário reconstituir situações que se verificaram na intimidade do lar (como atos de alienação parental) ou ter acesso a dados ocultados deliberadamente por seus detentores (como aqueles ligados à possibilidade financeira do devedor alimentar).

²⁴TJRO, APL 0008471-30.2011.8.22.0002; Rel. Des. Raduan Miguel Filho; Julg. 28/08/2012; DJERO 06/09/2012; Pág. 74.

²⁵TJMG, 1.0433.12.003241-5/001, Rel. Des. Eduardo Andrade, 1ª Câmara Cível, pub. 28/02/2013.

²⁶TARTUCE, Fernanda. *Processo civil aplicado ao Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 95.

Para descobrir e/ou revelar o que efetivamente aconteceu, há iniciativas como a contratação de detetive particular, a instalação de escuta telefônica, a provocação de flagrantes... tais ocorrências ensejam questionamento relevante: até que ponto essas provas podem ser aceitas no juízo da família?

Não há como negar que nas demandas de família a dignidade desponta como valor maior digno de proteção; por essa razão, Rolf Madaleno consigna a “possibilidade de relativização da garantia constitucional de vedação da prova ilícita, quando estiver em risco a supremacia dos direitos da pessoa humana, sua honra e sua dignidade²⁷”.

Ao abordar a dura temática do uso da prova ilícita no direito de família, para alguns doutrinadores, principalmente em caso de guarda, seria admissível o excepcional uso de meios usualmente rechaçados por envolver a demanda questão de “alta carga de valores²⁸”.

Assim, em diversos casos da prática processual familiar os magistrados têm permitido o uso de meios de prova reputados vedados porque “antes de mais nada cuidam, de fato, de buscar a necessária verdade, valendo-se, enfim, da compreensível relativização da proibição constitucional de uso da prova dita ilícita, especialmente no juízo familiarista, sempre que se mostrarem relevantes para a justa solução da demanda²⁹”.

Para exemplificar tal tipo de situação, vale a pena considerar a polêmica situação de quebra do sigilo bancário para obter dados indisponíveis a uma das partes a partir de decisões sobre o tema.

Em demanda sobre alimentos, decidiu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina não ser absoluta a inviolabilidade dos dados bancários, cabendo sua flexibilização em casos excepcionais:

Assim, em se tratando de matéria atinente ao direito de família, visando resguardar o direito da criança à percepção de alimentos do pai, pode ser deferido o pedido de requisição das informações bancárias do alimentante que, sendo trabalhador autônomo, não esclarece os seus reais rendimentos e, assim, inviabilizando a mensuração de suas possibilidades econômico-financeiras³⁰.

²⁷MADALENO, Rolf. A prova ilícita no direito de família e o conflito de valores. Disponível em: < <http://www.tex.pro.br/home/artigos/263-artigos-mai-2014/6546-a-prova-ilcita-no-direito-de-familia-e-o-conflito-de-valores>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

²⁸TARTUCE, Fernanda. *Processo civil aplicado ao Direito de Família*, p. 95.

²⁹MADALENO, Rolf. A prova ilícita no direito de família e o conflito de valores. Disponível em: < <http://www.tex.pro.br/home/artigos/263-artigos-mai-2014/6546-a-prova-ilcita-no-direito-de-familia-e-o-conflito-de-valores>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

³⁰TJSC; AI 2013.015080-0; São José; Segunda Câmara de Direito Civil; Rel. Des. João Batista Góes Ulysséa; Julg. 08/07/2013; DJSC 16/07/2013; Pág. 243.

A excepcionalidade da medida também foi destacada em precedente do Tribunal goiano: por força do direito fundamental à privacidade, “a ampliação da quebra do sigilo bancário e do sigilo fiscal, por ser medida extrema, somente é autorizada quando inexistem elementos de convicção passíveis de demonstrar a situação econômica da parte”³¹.

Vale destacar que tal tipo de medida pode ser encontrada não só em demandas alimentares como também em ações sobre o fim de entidades familiares.

Assim decidiu o Tribunal de Santa Catarina em caso de separação:

Em se tratando de medida afeta ao direito de família e, pois, de caráter personalíssimo, a garantia referente ao sigilo das operações financeiras, imposto pela Lei Complementar nº 105/2001, há que ter o seu rigor mitigado, possibilitando-se a investigação da titularidade e dos saldos em contas e aplicações, cujos valores integram o rol de bens a partilhar em decorrência da separação do casal e, portanto, em defesa do direito de propriedade da meeira³².

Em causa sobre a dissolução de união estável (com pedidos também de partilha e alimentos), o Tribunal de Justiça mineiro decidiu ser legítima a pretensão da parte autora de ver quebrado o sigilo fiscal e bancário do companheiro por ser esta a via que possibilitava resguardar seu direito a partilha³³.

Outro questionamento relevante diz respeito às gravações clandestinas, gravações telefônicas promovidas por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, diferentes das interceptações telefônicas que são promovidas por terceiro sem o conhecimento de nenhum dos interlocutores: elas podem ser admitidas como fontes de prova nas demandas familiares?

Atualmente predomina a posição de ser tal gravação possível (especialmente para o resguardo de direitos), inclusive no âmbito do STF³⁴, considerando-se que não há violação de intimidade quando um dos interlocutores é que promove a gravação.

Mais polêmica, contudo, é a gravação realizada por um interessado de conversas ou situações das quais ele não participa. A diferença entre as duas figuras reside, basicamente, na presença ou não no ato comunicativo de

³¹TJGO, AI 0184606-89.2013.8.09.0000; Goiânia; Quarta Câmara Cível; Rel.^g Des.^g Elizabeth Maria da Silva; DJGO 09/09/2013; Pág. 244.

³²TJSC; AI 2013.010811-7; São José; Segunda Câmara de Direito Civil; Rel. Des. José Trindade dos Santos; Julg. 23/08/2013; DJSC 04/09/2013; Pág. 124.

³³TJMG, AGIN 1.0702.08.520833-9/001; Rel. Des. Edgard Penna Amorim; Julg. 04/07/2013; DJEMG 15/07/2013.

³⁴Além de posicionamentos doutrinários consistentes nesse sentido, também o STF vem assim entendendo, conforme demonstra o seguinte julgado: Alegação de existência de prova ilícita, porquanto a interceptação telefônica teria sido realizada sem autorização judicial. Não há interceptação telefônica quando a conversa é gravada por um dos interlocutores, ainda que com a ajuda de um repórter. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.” (RE 453562 AgR/SP, Ag.Reg. no recu rso extraordinário, 2.^a Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 23.09.2008).

pessoa que sabe e promove a gravação (seja ela ambiental telefônica ou por qualquer outro meio).

Em caso interessante, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul deixou de admitir como prova da alienação parental gravações feitas por gravador instalado pelo pai na residência na mãe da criança:

O agravante reconhece, na inicial deste recurso, que instalou um gravador no apartamento da agravada para monitorar o modo como ela conduzia a educação da filha e, na sequência, segundo refere, foi surpreendido com diálogos contendo atos de alienação parental, confissão de imputação falsa de conduta criminosa ao agravante pela agravada (fl. 04). Obtidas tais informações, procedeu-se a degravação em ata notarial e a postulação de juntada nos autos, o que foi indeferido pelo magistrado, com o consequente desentranhamento.

Ora, efetivamente, a gravação trazida pelo genitor da menor foi obtida de forma clandestina, tendo em vista que ele mesmo confessa que, deliberadamente, colocou o gravador na casa da ex-companheira para obter informações de como ela educava a filha. Além da violação contida no art. 5º, inc. X da Constituição Federal, o procedimento realizado pelo agravante o foi sem qualquer autorização judicial, o que torna a prova inadmissível³⁵.

Não obstante o julgado acima, há outros pronunciamentos judiciais que ponderam os valores em jogo e admitem, em casos excepcionais, a gravação feita por pessoa que não participa da comunicação, inclusive na modalidade de interceptação telefônica.

O jurista Barbosa Moreira, atuando como desembargador, consignou em julgado que a prova obtida por meio de interceptação e gravação de conversas telefônicas não é ilegal “e pode ser moralmente legítima, se as circunstâncias do caso justificam a adoção, pelo outro cônjuge, de medidas especiais de vigilância e fiscalização³⁶..

Discussão travada no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul disse respeito à possibilidade de interceptação telefônica para localização do devedor de alimentos, quando já esgotados outros meios que restaram infrutíferos.

A corrente capitaneada por Maria Berenice Dias entende que se deve ponderar entre as garantias constitucionais da intimidade e da proteção

³⁵TJ-RJ, Agravo de Instrumento n. 0439779-33.2013.8.21.7000, 8ª Câmara Cível, Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 12.12.2013.

³⁶TJ-RJ, Ag-7.111, in RBDP 43/137.

integral a crianças e adolescentes, prevalecendo a segunda de forma a permitir a interceptação telefônica³⁷.

Em sentido contrário, o Tribunal de Santa Catarina já entendeu pela impossibilidade de tal medida, por ser o sigilo das comunicações cláusula pétrea que encontra ressalva apenas para fins de investigação criminal e instrução processual penal³⁸.

Revela-se mais consistente no atual cenário submeter a admissão de tais provas a um exercício de ponderação dos valores em jogo - o que, sabe-se, vale não apenas para questões de admissão de prova, mas para todos os casos em que valores constitucionais entrem em conflito.

Vale anotar que a versão inicial do Projeto do Código de Processo Civil previam que a inadmissão de provas obtidas por meio ilícito seria apreciada pelo juiz à luz da ponderação dos princípios e dos direitos fundamentais envolvidos³⁹. Contudo, na versão aprovada pela Câmara neste ano de 2014, tal redação foi suprimida, mantendo-se o *caput* do artigo renumerado para 376, que prevê que “as partes têm direito de empregar todos os meios legais bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”,

A ausência de previsão no novo Código de Processo Civil – cenário, aliás, que já temos hoje - não tem força para evitar que a admissão de provas ilícitas seja apreciada pelo juiz, sendo a técnica de ponderações e o juízo de proporcionalidade princípios constitucionais implícitos e amplamente reconhecidos.

³⁷O precedente que rompeu o paradigma limitador foi proferido por Maria Berenice Dias (TJ-RS, Agravo de Instrumento n. 70018683508, 7ª Câmara Cível, Rel. Maria Berenice Dias, j. 28.03.2007). Posteriormente o mesmo Tribunal aplicou tal entendimento, como se depreende do julgado que recebeu a seguinte ementa: “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITOS INFRINGENTES. FAMÍLIA. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. POSSIBILIDADE. DIREITO À SOBREVIVÊNCIA DIGNA DAS ALIMENTANDAS QUE SE SOBREPÕE AO DIREITO À INTIMIDADE DO DEVEDOR. EXECUÇÃO QUE TRAMITA HÁ MAIS DE 12 ANOS, SEM ÊXITO NA LOCALIZAÇÃO DO EXECUTADO NOS ENDEREÇOS DECLINADOS (MAIS DE OITO LOCAIS). EMBARGOS ACOLHIDOS. EFEITO INFRINGENTE CONFERIDO PARA ALTERAR O JULGADO EMBARGADO, DANDO PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70047240999 (TJ-RS - ED: 70050246891 RS , Relator: Roberto Carvalho Fraga, Data de Julgamento: 08/08/2012, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 10/08/2012)”..

³⁸TJSC, Terceira Câmara de Direito Civil, Relator(a): Fernando Carioni, Processo: AC 245041 SC 2009.024504-1, Julgamento: 13/08/2009.

³⁹PL n. 166/2010: A inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito será apreciada pelo juiz à luz da ponderação dos princípios e dos direitos fundamentais envolvidos.

5. ATA NOTARIAL

5.1 REGRAMENTO ATUAL E NO PROJETO DO NOVO CPC

O termo desjudicialização, em sentido amplo, é empregado para classificar a iniciativa de adotar procedimentos fora do âmbito do Poder Judiciário. Não obstante a amplitude do termo, o vocábulo “desjudicialização” tem sido empregado para se referir aos procedimentos que podem ser abarcados pelos serviços extrajudiciais, serventias registrais ou tabelionato de notas⁴⁰.

Segundo Leonardo Brandelli, ata notarial é

“o instrumento público mediante o qual o notário capta, por seus sentidos, uma determinada situação, um determinado fato, e o traslada para seus livros de notas ou para outro documento. É a apreensão de um ato ou fato, pelo notário, e a transcrição dessa percepção em documento próprio”⁴¹.

Ante a efemeridade de dados e o crescente uso de comunicações eletrônicas, é de suma relevância registrar elementos de prova colhidos no suporte digital como vídeos, mensagens e imagens postadas na internet. Nesse cenário, registrar a ocorrência do fato pela ata notarial é um eficiente meio de perenizar informações que podem desaparecer⁴².

Por meio da ata notarial, o notário certifica ocorrências e acontecimentos com imparcialidade e autenticidade, pré-constituindo prova sobre páginas eletrônicas, *sites* ou outros documentos eletrônicos (como e-mails ou mensagens de celular), fixando um fato. Por esse meio também é possível provar fatos caluniosos, injúrias e difamações⁴³.

Como se percebe, trata-se de uma forma interessante de registro - sobretudo porque é robustecida pela fé pública com que é constituída. Sua eficácia *juris tantum* tem o condão de transferir o ônus da prova àquele que pretender provar o equívoco contido no documento público; tal inversão do

⁴⁰TARTUCE, Fernanda. BARBOSA E SILVA, Erica. *Previsões sobre a via extrajudicial no Novo CPC*. In: Alexandre Freire; Bruno Dantas; Dierle Nunes; Fredie Didier Jr.; José Medina; Luiz Fux; Luiz Volpe; Pedro Miranda. (Org.). *Novas Tendências do Processo Civil - Estudos sobre o Projeto do Novo CPC - v.2*. Salvador: Juspodivm, 2014, v. 1, p. 429-446. Disponível em www.fermandatartuce.com.br/artigosdaprofessora. Acesso 20 jun. 2014.

⁴¹*Teoria geral do direito notarial*. SP: Saraiva, 2011, p. 249. Também para Paulo Roberto Gaiger Ferreira e Felipe Leonardo Rodrigues, “a ata notarial é o instrumento público pelo qual o tabelião, ou preposto autorizado, a pedido de pessoa interessada, constata fielmente os fatos as coisas, pessoas ou situações para comprovar sua existência, ou o seu estado” (*Ata notarial - doutrina, prática e teoria*, São Paulo, Quatier Latin, 2010, p. 98).

⁴²TARTUCE, Fernanda. BARBOSA E SILVA, Erica. *Previsões sobre a via extrajudicial no Novo CPC*, cit.

⁴³TARTUCE, Fernanda. BARBOSA E SILVA, Erica. *Previsões sobre a via extrajudicial no Novo CPC*, cit.

ônus probatório, por si só, é causa suficiente para tirar dos cobiçosos o desejo de, na esperança de sucesso, deduzirem demandas infundadas⁴⁴.

O legislador que projeta o Novo CPC percebeu a relevância de tal instrumento.

No capítulo das Provas há uma seção⁴⁵ específica para contemplar a Ata notarial; tal previsão representa avanço, já que a ata notarial, por sua natureza, é um valioso instrumento probatório para conferir autenticidade aos fatos que o notário afirma terem ocorrido em sua presença⁴⁶.

Há quem diga que a previsão não chega a tipificar a ata notarial como meio probatório no ordenamento porque ela já tinha previsão na Lei n.º 8.935/94; de todo modo, o dispositivo projetado serve para indicar o conteúdo da ata notarial⁴⁷. De todo modo, mesmo sem haver ainda norma expressa a jurisprudência começa a reconhecer a validade do uso da ata notarial para a comprovação de certas ofensas perpetradas no meio eletrônico, como se depreende do seguinte julgado:

DIVULGAÇÃO DE MENSAGEM COM CONTEÚDO OFENSIVO EM PÁGINA PESSOAL DE REDE SOCIAL (FACEBOOK). COMPROVAÇÃO DAS ALEGAÇÕES EM ATA NOTARIAL. (...) Com o avanço da tecnologia e dos meios de investigação, é possível identificar de qual computador a mensagem teria sido postada, somado a todos os meios legítimos de prova admitidos em direito, em especial a prova testemunhal⁴⁸.

Embora tal decisão tenha sido proferida em um litígio da seara eleitoral, nada impede que suas conclusões sejam consideradas em uma demanda familiar.

⁴⁴TARTUCE, Fernanda. BARBOSA E SILVA, Erica. *Previsões sobre a via extrajudicial no Novo CPC*, cit.

⁴⁵Seção III - Da ata notarial. Art. 391. A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião. Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial.

⁴⁶TARTUCE, Fernanda. BARBOSA E SILVA, Erica. *Previsões sobre a via extrajudicial no Novo CPC*, cit.

⁴⁷MOREIRA, Alberto Caminã. Ata notarial. In: LOPES, João Batista; MEDEIROS NETO, Elias Marques; LOPES, Ricardo Augusto de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo (coord.). *A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 15.

⁴⁸TRE-ES; RE 256-48.2012.6.08.0047; Ac. 169; Rel. Juiz Gustavo César de Mello Calmon Holliday; Julg. 03/04/2013; DJe-TREES 12/04/2013; Pág. 16.

5.3. USO DA ATA NOTARIAL EM PROCESSOS DE FAMÍLIA

A realidade das famílias, especialmente no fim do ciclo conjunto, pode acabar marcada por ofensas, traições e fatos que demonstram a inaptidão de um dos genitores para manter a guarda do filho.

A ata notarial pode vir em socorro daqueles que, ante a fragilidade probatória, pensam em desistir de reconhecer situações de vantagens a que fazem jus, situação que afronta a efetividade do direito⁴⁹.

Nesse ponto, a ata notarial pode ser útil para gerar prova pré-constituída com boa qualidade sem a parte precisar ir a juízo mover uma demanda cautelar de produção antecipada de provas⁵⁰.

Em ações de alimentos, a ata notarial pode ser importante porque muitas vezes o cenário econômico exposto pelo alimentante é inveridicamente revelado; havendo atos de ostentação patrimonial difíceis de provar *a posteriori* mas exibidos no plano digital (que podem ser passíveis de modificação a qualquer momento) a ata notarial será útil.

Para tanto, poderá a parte requerer uma ata de constatação em meio eletrônico; por tal “ata da internet”, será possível comprovar a integridade e a veracidade de fatos em meio digital⁵¹.

Configura outro exemplo de ata notarial útil o atestado de recebimento de uma mensagem eletrônica; para tanto, será lavrada “ata de verificação de mensagem eletrônica” (email) com vistas a que o tabelião confirme que a mensagem existia em certo disco rígido em determinada data e com certos caracteres⁵².

Em um caso interessante de regulamentação de visitas a ata notarial foi crucial: embora a mãe acusasse o pai de abusos à enteada, pelo teor das mensagens trocadas entre o (ex) casal e registradas na ata percebeu-se que sempre abordavam a relação amorosa frustrada, não havendo qualquer menção a abusos (que apenas “surgiram” no processo judicial); aliando-se tal ata ao estudo social formou-se um robusto conjunto probatório, assegurando-se o direito do pai e da filha à convivência familiar⁵³.

A ata notarial também pode servir para registrar o teor do diálogo telefônico em sistema de viva voz⁵⁴; tal conduta será muito importante para

⁴⁹PINTO DE CASTRO, Mário. *Ata Notarial como meio de prova no Direito de Família*. Revista de Direito Notarial. São Paulo, Quartier Latin, dezembro de 2013, ano 5, v. 5, p. 45.

⁵⁰SILVA, João Teodoro. *Ata notarial*. Disponível em http://www.6oficiobh.com.br/ata_notarial.pdf. Acesso em 23 jun.2014.

⁵¹FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. *Ata notarial - doutrina, prática e teoria*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 163.

⁵² FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. *Ata notarial - doutrina, prática e teoria*, p. 166.

⁵³PINTO DE CASTRO, Mário. *Ata Notarial como meio de prova no Direito de Família*. Revista de Direito Notarial. São Paulo, Quartier Latin, dezembro de 2013, ano 5, v. 5, p. 51.

⁵⁴FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. *Ata notarial - doutrina, prática e teoria*, p.

registrar situações em que um dos genitores perpetre atos de alienação parental (por exemplo, ameaçando fugir com o filho do casal).

Há muitos outros fatos que foram e poderão ser objeto de ata notarial, como a constatação de mensagem de texto em telefone móvel celular e a existência de mensagens em programa de comunicação pessoal na internet⁵⁵.

A inventividade dos advogados foi e sempre será essencial para imaginar e concretizar novas possibilidades de uso da ata notarial em prol do direito de seus clientes e da concretização dos princípios do Direito de Família.

6. CONCLUSÕES

As demandas envolvendo Direito de Família sempre foram espinhosas quanto à atividade probatória por força das dificuldades que permeiam a obtenção de provas imparciais, o resguardo da intimidade e a perenização de informações no âmbito das relações familiares.

As regras tradicionais sobre direito probatório positivadas no atual CPC nem sempre são suficientes para a efetiva reconstituição do que efetivamente ocorreu no âmbito familiar. Não obstante a jurisprudência já ter desenvolvido entendimentos que viabilizem uma produção probatória mais eficaz, o Projeto do Código de Processo Civil é feliz em trazer previsões expressas sobre algumas situações.

A primeira delas é a positivação da distribuição dinâmica do ônus da prova, que vem para superar as dificuldades da distribuição tradicional (ou estática) prevista no atual CPC. Sem revogar a previsão da distribuição clássica, o projeto do CPC prevê a possibilidade de afastá-la sempre que as peculiaridades do caso apontem para a necessidade de uma parte fazer prova de um fato que a princípio não lhe incumbiria, por se encontrar em situação de melhor facilidade do que a parte que alegou tal fato.

O projeto também acerta ao prever que distribuição diversa do ônus da prova deve ser determinada por decisão fundamentada, constituindo regra de procedimento, de forma a assegurar o contraditório da parte que passa a suportar o ônus.

Quanto à admissão de provas ilícitas, o projeto nada mais prevê, haja vista a supressão de redação anterior que propunha que tal prática fosse submetida a um juízo de ponderação.

⁵⁵FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. *Ata notarial - doutrina, prática e teoria*, p. 166.

Como é notória a dificuldade de obtenção de provas sobre fatos que ocorrem na intimidade familiar, a jurisprudência tem relativizado, em alguns casos, a proteção à intimidade quando cotejada com outros valores igualmente ou mais importantes, admitindo, assim, provas como gravações unilaterais sem o conhecimento da outra parte e, em alguns casos, até mesmo interceptações telefônicas. Tal juízo configura uma prática salutar, desde que feito com seriedade; afinal, decorre diretamente de princípios implícitos em nossa Constituição, sendo a forma atualmente aceita de interpretação constitucional.

Por fim, avança também o projeto ao prever expressamente a ata notarial como meio de prova admissível no processo civil, o que se afigura muito importante nas demandas familiares por ensejar a oportunidade de perenizar informações que seriam efêmeras (como aquelas constantes da *internet* ou em dados de telefones celulares) e cujos fatos a que se referem não poderiam ser provados *a posteriori*.

REFERÊNCIAS

BRANDELLI, Leonardo. *Teoria geral do direito notarial*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CREMASCO, Susana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. São Paulo: GZ, 2009.

FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. *Ata notarial - doutrina, prática e teoria*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

LAGRASTA NETO, Caetano. Diálogos de um juiz. In: LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos*. São Paulo: Atlas, 2011.

MADALENO, Rolf. A prova ilícita no direito de família e o conflito de valores. Disponível em: < <http://www.tex.pro.br/home/artigos/263-artigos-mai-2014/6546-a-prova-ilicita-no-direito-de-familia-e-o-conflito-de-valores>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

MOREIRA, Alberto Caminã. *Ata notarial*. In: LOPES, João Batista; MEDEIROS NETO, Elias Marques; LOPES, Ricardo Augusto de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo (Coord.). *A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 15-26.

PINTO DE CASTRO, Mário. *Ata Notarial como meio de prova no Direito de Família*. Revista de Direito Notarial. São Paulo, Quartier Latin, dezembro de 2013, ano 5, v. 5, p. 41-53.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SILVA, João Teodoro. Ata notarial. Disponível em http://www.6oficiobh.com.br/ata_notarial.pdf. Acesso em 23 jun.2014.

TARTUCE, Fernanda. TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. *Processo civil aplicado ao Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TARTUCE, Fernanda. BARBOSA E SILVA, Erica. *Previsões sobre a via extrajudicial no Novo CPC*. In: Alexandre Freire; Bruno Dantas; Dierle Nunes; Fredie Didier Jr.; José Medina; Luiz Fux; Luiz Volpe; Pedro Miranda. (Org.). *Novas Tendências do Processo Civil - Estudos sobre o Projeto do Novo CPC - v.2*. 1ed.Salvador: Juspodivm, 2014, v. 1, p. 429-446. Disponível em www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora. Acesso 20 jun. 2014.

ZUFELATO, Camilo. *Novas tendências sobre o ônus da prova e o Projeto de Novo CPC - parte I*. *Jornal Carta Forense*, edição de 03/01/2012. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/novas-tendencias-sobre-o-onus-da-prova-e-o-projeto-de-novo-cpc---parte-i/8117>. Acesso 20 jun. 2014.

_____. *Novas tendências sobre o ônus da prova e o Projeto de Novo CPC - parte II (conclusão)*. *Jornal Carta Forense*, edição de 12/02/2012. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/novas-tendencias-sobre-o-onus-da-prova-e-o-projeto-de-novo-cpc---parte-ii-conclusao/8276>. Acesso 20 jun. 2014.