

**UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DA REGIÃO DAS HORTÊNSIAS
ÁREA DO CONHECIMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

MAICON DOUGLAS SCHAEFFER TAVARES

**A UTILIZAÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS E ILEGÍTIMAS EM CASOS DE
ALIENAÇÃO PARENTAL**

CANELA

2021

MAICON DOUGLAS SCHAEFFER TAVARES

**A UTILIZAÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS E ILEGÍTIMAS EM CASOS DE
ALIENAÇÃO PARENTAL.**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao curso de Bacharelado em Direito pela Universidade de Caxias do Sul, Campus Universitário da Região das Hortênsias, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Sob orientação do Profº. Me. Luiz Fernando Castilhos Silveira.

CANELA

2021

MAICON DOUGLAS SCHAEFFER TAVARES

**A UTILIZAÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS E ILEGÍTIMAS EM CASOS DE
ALIENAÇÃO PARENTAL.**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado no curso de Bacharelado em Direito da Universidade de Caxias do Sul, Campus Universitário da Região das Hortênsias, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em _____ / _____ / 2021

Banca Examinadora

Orientador Prof. Me. Luiz Fernando Castilhos Silveira
Universidade de Caxias do Sul – UCS

Professor Convidado:
Universidade de Caxias do Sul – UCS

Professor Convidado:
Universidade de Caxias do Sul – UCS

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, autor e consumidor da vida e por sua graça, sem a qual não nada faria. A minha querida mãe, quem nos breves anos em que compartilhamos convivências, me incentivou muito a estudar e me proporcionou muito afeto. Ao meu Pai, pelo incentivo e apoio ao longo dos anos da graduação e de toda minha vida. A minha esposa Sandi, pelo carinho, apoio, pelo afeto e pela paciência. Foi ela quem mais me ouviu falar deste trabalho. A minha irmã Luana, pelas conversas e risadas, que foi refrigério aos meus dias. Aos meus amigos, que como em tantos outros momentos da minha vida, estiveram ao meu lado me apoiando. Aos membros da Igreja Farol, pelas orações e pela amizade de sempre. Amos todos vocês! Por fim, mas não menos importante, ao Mestre Luiz Fernando Castilhos Silveira que me orientou durante todo o trajeto deste TCC. Obrigado pelos conselhos, pela empatia, e por toda a orientação e tempo disponibilizados para que esse trabalho pudesse acontecer.

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso teve por escopo analisar o uso das provas ilícitas e ilegítimas em processos em que há alegações de alienação parental. Com efeito, buscou averiguar qual a relação do uso destas provas nos processos com os princípios da vedação da prova ilícita, do melhor interesse da criança e da prioridade absoluta. Considerando a análise da proporcionalidade e da ponderação, a presente pesquisa buscou investigar a possibilidade de o magistrado utilizar estas provas, baseando-se de que esta é uma realidade de difícil comprovação, pois a alienação parental ocorre na intimidade do lar, onde há princípios que regulam e protegem a privacidade. Diante destes fatos, nos deparamos com um conflito entre princípios constitucionais que não possuem hierarquia e, portanto, devem ser ambos considerados. Frente ao problema, é necessário analisar o peso destes princípios e o qual o núcleo essencial dos direitos fundamentais para decidir qual a melhor decisão para o caso concreto. Os processos de família buscam proteger a afetividade e a dignidade da pessoa humana e para tanto, um dos princípios que possui maior valor nestes processos, é o do melhor interesse da criança. Este princípio dispõe sobre a necessidade de se priorizar o interesse da criança em relação a de seus pais e juntamente com o princípio da prioridade absoluta visa proteger e priorizar os direitos da criança e do adolescente que são sujeitos de direito em formação. Ao aplicarmos a proporcionalidade sobre estes princípios, podemos perceber que a proteção da criança possui um peso maior para a constituição federal e visa proteger o núcleo essencial dos direitos fundamentais e a integridade física e moral do menor. Assim, podemos entender que nestes casos de difícil comprovação, deve o magistrado ponderar sobre o uso da prova ilícita e utilizá-la como forma de proteger os direitos da criança e do adolescente.

Palavras-chave: Alienação Parental. Prova Ilícita. Proporcionalidade. Proteção Integral do Menor. Prioridade Absoluta.

ABSTRACT

This course conclusion work had as scope to analyze the use of illicit and illegitimate evidences in processes in which there are allegations of parental alienation. Indeed, it had searched to find out what is the relationship between the use of this evidence in the processes with the principles of the prohibition of illegal evidence, in the best interests of the child and of the absolute priority. Considering the analysis of the proportionality and the weighting, this research found out to investigate the possibility of the magistrate uses this evidence, based on the fact that this is a difficult reality, as parental alienation occurs in the intimacy of the home, where there are principles that regulates and protects the privacy. In view of these facts, we come across with a conflict between constitutional principles, that do not have a hierarchy and, therefore, we must consider both. Faced with the problem, it is necessary to analyze the weight of these principles and what is the essential core of fundamental rights, in order to decide which is the best decision for each specific case. The family processes seek to protect the affection and dignity of the human person and, for that, one of the principles that has the greatest value is the best interest of the child. This principle establishes the need to prioritize the interests of the child in relation to their parents and, in accordance with the principle of absolute priority, they aim to protect and prioritize the rights of children and adolescents who are subjects of rights in formation. By applying proportionality these principles, we can see that the protection of children has greater weight to the Federal Constitution and aims to protect the essential core of fundamental rights and the physical and moral integrity of the minor. Thus, we can understand that in these cases of hard proof, the magistrate should consider about the use of an illegal evidence, using it in a way to protect the rights of children and adolescents.

Keywords: Parental Alienation. Illicit Evidence. Proportionality. Integral Protection of Minors. Absolute Priority.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. FAMÍLIA E SEU STATUS JURÍDICO.....	10
2.1 FAMÍLIA, AFETIVIDADE, CONVIVÊNCIA FAMILIAR E O MELHOR INTERESSE DO MENOR	11
2.2 ALIENAÇÃO PARENTAL.....	15
2.3 A IDENTIFICAÇÃO DA ALIENAÇÃO PARENTAL E A SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL.....	18
3. A PROVA NAS AÇÕES DE FAMÍLIA	22
3.1 PROVA ILÍCITA E PROVA ILEGÍTIMA.....	25
3.2 PRINCÍPIOS RELACIONADOS AO TEMA	29
3.3 A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS.....	34
4. CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS	36
4.1 POSSIBILIDADES DE UTILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA.....	40
4.2 PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE X PROIBIÇÃO DA PROVA ILÍCITA.....	44
4.3 A POSSIBILIDADE DE USO DAS PROVAS ILÍCITAS E ILEGÍTIMAS EM PROCESSOS EM QUE HÁ ALEGAÇÃO DE ALIENAÇÃO PARENTAL	47
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
REFERÊNCIAS.....	56

1. INTRODUÇÃO

A sociedade tem evoluído diariamente, de modo que as noções de família também têm sofrido grandes mudanças na atualidade, pois a definição e a ideia de família estão sendo debatidas constantemente. A própria constituição brasileira define a família como base da sociedade e delega a ela uma especial proteção do estado, conferida através de diversos princípios e regras, demonstrando assim, que os aspectos jurídicos da família são de extrema importância ao direito.

Segundo a declaração universal dos direitos do homem, “a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do estado”, portanto, analisar a relação jurídica da família e a proteção dos direitos desta entidade, sempre foram de uma importância ímpar para a sociedade. Os aspectos jurídicos da família, a sua proteção, formação e função devem ser debatidos e estudados como forma de proteger os direitos fundamentais dos indivíduos que a compõe.

Um dos problemas que o direito de família busca solucionar atualmente é o da síndrome da alienação parental. Seus aspectos em relação à família e à convivência familiar chamam a atenção, pois têm relação direta com a vida e o desenvolvimento sadio do indivíduo. Diversas pesquisas realizadas na área psicológica revelam o perigo e os traumas causados pela alienação parental em crianças e adultos. A alienação parental é uma realidade a ser combatida em nossos dias, pois suas consequências podem ser muito prejudiciais para o desenvolvimento da criança ou adolescente.

Por isso, este trabalho busca analisar a possibilidade de utilização das provas ilícitas e ilegítimas no direito de família, em casos em que há alegação de alienação parental, como possibilidade de comprovação dos fatos alegados pelas partes. O trabalho pretende averiguar a relação da utilização destas provas com os princípios da vedação ao uso das provas ilícitas, da proporcionalidade, do melhor interesse do menor e da prioridade absoluta, bem como, analisar se o magistrado poderá considerar provas ilícitas ou ilegítimas como forma de comprovação das alegações em casos de alienação parental onde a produção probatória é difícil de se obter.

A alienação parental é uma situação fática de difícil comprovação, pois ocorre na intimidade do lar, onde muitas vezes os próprios membros da família desconhecem o que aconteceu de fato. Portanto, a utilização destas provas, mesmo com a vedação da constituição federal ao uso das provas ilícitas, deve ser reconhecida, baseando-se no princípio da proporcionalidade, levando em conta os princípios do melhor interesse e a prioridade absoluta, buscando assim, preservar a saúde e integridade da criança ou adolescentes. O método a ser utilizado neste trabalho será o método hipotético dedutivo e se baseará em pesquisas bibliográficas como publicações, lei específica e livros sobre a alienação parental e sobre o direito a convivência familiar. O presente trabalho trata-se de uma pesquisa básica pura. A Pesquisa bibliográfica sobre o tema será realizada por meio de artigos, livros, revistas jurídicas, e normas constitucionais e infraconstitucionais, sendo o método de procedimento específico do trabalho em questão.

A alienação parental é uma realidade que já ocorria muito antes da criação da lei 12.318 de agosto de 2010, e geralmente ocorre dentro do lar, no lugar mais íntimo dos indivíduos e com aqueles que o indivíduo tem mais afeto. Por acontecer nestes locais, a alienação parental é uma realidade de difícil produção probatória e, em muitos casos, é quase impossível comprovar as alegações de alienação parental. A pesquisa sobre o tema buscará identificar os meios de provas possíveis e analisará a relação entre os direitos fundamentais dos indivíduos e a produção de provas nos processos de alienação parental. A pesquisa auxiliará ainda, através de pesquisa bibliográfica, a compreender quais os meios lícitos e ilícitos de prova nos processos de família que envolvam menores e qual a relação dos princípios jurídicos de proteção à criança com a vedação da prova ilícita, buscando compreender quais os limites da provação probatória nos processos que envolvam acusações de alienação parental.

No capítulo 2 deste trabalho analisaremos a família, alguns princípios que a protegem, a evolução e as mudanças que ocorreram na concepção do que é a família. Também estudaremos a alienação parental e a síndrome da alienação parental. No terceiro capítulo iremos explorar a prova nos processos familiares, alguns princípios que se aplicam ao tema e a definição de provas ilícitas. No quarto capítulo analisaremos os conflitos entre princípios e como deve o magistrado agir quando há estes conflitos, principalmente quando este conflito se dá em ações de família e na

conclusão discutiremos sobre a possibilidade do uso das provas ilícitas nos processos onde existem alegações ou suspeitas de alienação parental.

2. FAMÍLIA E SEU STATUS JURÍDICO

Segundo a declaração universal dos direitos do homem, a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do estado. O Art. 226, da constituição federal, afirma que a família é base da sociedade e tem especial proteção do Estado. Para Flávio Tartuce (2021), a família e sua estruturação podem ser divididas em três períodos, o da família “tradicional”, onde sua organização primava pela transmissão de patrimônio, o da família moderna, onde começou a surgir a lógica de afeto e de amor eternizados pelo casamento e ao mesmo tempo ainda valoriza a divisão de funções de homens e mulheres dentro do casamento.

A terceira época da família surge por volta dos anos 1960 e é definida como “Família Contemporânea” e representa a união de indivíduos em busca de relações íntimas e afeto. Nestas últimas décadas, a concepção e a organização da família mudaram consideravelmente. A entrada da mulher no mercado de trabalho, o movimento feminista que lutou pelos direitos das mulheres, os métodos contraceptivos e as mudanças sociais tiveram um grande impacto sobre a estruturação, o conceito e a função social da família. A família deixou de ser estruturada de forma rígida e adquiriu um caráter mais amplo e variável, deixando de ser firmada na autoridade paterna, para ter como alicerce familiar o afeto (LÔBO,2020, p.54).

No contexto do código Civil de 1916 o pai era reconhecido como a figura que mantinha a família em seus eixos, sobre ele estava o “pátrio poder” que dava a ele plenos poderes sobre seus filhos que eram submetidos às suas decisões e imposições. Com a evolução do pensamento e da legislação, a mulher obteve maiores direitos, o pátrio poder foi concedido a ambos os pais e surgiu a noção de “poder parental” que evoluiu e tornou-se um poder/dever de educar e proteger os filhos (MADALENO; MADALENO, 2020 p. 14).

Essas mudanças trouxeram importantes avanços, quebrando antigos paradigmas e mudando entendimentos rígidos e muitas vezes antiquados sobre o que é ou não uma família. Mas, apesar dos avanços, restou uma sensação de incerteza e um sentimento de que não há limites para o que se pode ou não ser família; ou do que se pode ou não acontecer dentro da família. Paulo Lôbo afirma que a família, atualmente fundada em bases aparentemente frágeis, passou a necessitar de

proteção diferenciada do Estado. O Estado por sua vez tem buscado evoluir e vem criando novos mecanismos de proteção da família (LÔBO, 2020, p.55). O direito individual de fazer parte de uma família e de poder constituir família passou a ser resguardado, e as relações familiares passaram a ser regulamentados, como forma de proteger o indivíduo e seus direitos (DIAS, 2017, p.33).

Assim, como todo ramo do direito, o direito de família é regido por normas e princípios que regem seu funcionamento e protegem os indivíduos e a organização familiar. Para Rolf Madaleno, a constituição federal contém diversos princípios que são essenciais à realização da pessoa humana e muitos deles estão ligados ao direito de família (MADALENO, 2020, p.34). Com as evoluções descritas anteriormente na estrutura da família, alguns dos antigos princípios que regiam o Direito de Família foram aniquilados, surgindo outros, dentro dessa proposta de constitucionalização e personalização, remodelando esse ramo jurídico (TARTUCE, 2019).

Vemos, então, que a família possui uma proteção especial para a constituição federal, que reconhece sua importância para a sociedade e concede a ela vários mecanismos de proteção, os quais visam proteger seus indivíduos e as relações de afeto construídas por estes.

2.1 FAMÍLIA, AFETIVIDADE, CONVIVÊNCIA FAMILIAR E O MELHOR INTERESSE DO MENOR

Segundo Ana Carolina Carpes Madaleno e Rolf Madaleno (2020), na família contemporânea, a doutrina e a jurisprudência preveem uma série de princípios e regras que baseiam e protegem a família e o indivíduo. O estado impõe uma série de regras sobre si mesmo e seus cidadãos para regular e proteger as relações e o afeto. A afetividade é um princípio que trata da importância do afeto como valor jurídico a ser protegido e apesar de não constar descrito em nossa legislação expressa, está implícito no texto constitucional, e é citado em diversas outras leis. Segundo Ricardo Calderón (2017, 37), “algumas alterações legislativas processadas nos últimos anos fazem referências ao afeto e à afetividade no próprio texto de lei, o que é um certo avanço de técnica legislativa e indica – além de certa sensibilidade – uma possível tendência”.

Para Maria Berenice Dias, o estado criou uma série de mecanismos para proteger as relações humanas. Estes mecanismos são princípios e regras que servem

antes de tudo para garantir a dignidade de todos e assegurar o afeto (DIAS, 2013 p. 72). A afetividade, como norma, não consta na constituição federal e a palavra afeto aparece no código civil apenas uma vez, como critério de auxílio para deferir a guarda para terceiro, mesmo assim, o texto enlaçou sua proteção e reconheceu sua importância através da proteção das relações, como aconteceu com o reconhecimento da união estável e a proteção da igualdade entre irmãos biológicos e adotivos. Para Calderón:

A proteção da afetividade na relação parental resta claramente como um dos objetivos principais da novel legislação, o que está de acordo com o movimento que protege e valora a afetividade nas relações familiares. Com a legislação prevendo até mesmo medidas repressivas para atos que injustificadamente afrontem relações parentais afetivas, resta difícil, neste estágio, sustentar que o ordenamento não acolhe a afetividade, seja como princípio, seja como valor relevante, no trato das relações familiares. (Calderón, 2017, p.85).

Outro princípio que rege as relações familiares é o direito a convivência familiar, que trata da proteção da relação afetiva diária e duradoura dos indivíduos que compõem a família. Este dispositivo nos mostra a evolução do pensamento, a família deixou de ser sustentada pela autoridade do pai, para ter como base o afeto. Para Maria Berenice dias (2017), a convivência familiar é um direito personalíssimo, que expressa a liberdade do indivíduo de escolher e receber as pessoas com quem quer conviver (MADALENO 2020, p. 11; DIAS, 2017, p. 120).

No Brasil, o direito a convivência familiar é protegido pela constituição em seu artigo 227 e pelo Estatuto da Criança do Adolescente em seu artigo 19. A convivência familiar saudável é extremamente importante para o desenvolvimento da criança e do adolescente, por isso, a proteção constitucional busca o fortalecimento dos vínculos familiares e a proteção do lar familiar, principalmente para crianças e adolescentes, pois se trata de pessoas em formação e sua formação como indivíduo carece de proteção máxima (LÔBO,2014).

No direito brasileiro, muitos autores tratam o direito à convivência familiar como direito a visitas, mas esta é uma definição incorreta, pois não se trata de um direito de visitar o filho, ou de ter alguns momentos com ele, mas sim de conviver e manter os laços afetivos. Este direito não pode ser limitado desta forma, pois isso diminuiria sua eficácia, afinal a responsabilidade adquirida com o poder familiar não se limita há tempos esporádicos (DIAS, 2013, p. 64). A ideia de que a convivência

familiar está ligada apenas a visitas, transforma essa garantia em uma obrigação involuntária e, muitas vezes, em um peso para pais e filhos.

Por isso, é preferível o uso do termo Direito a Convivência Familiar, pois é isso o que deve ser protegido e buscado por esta garantia, de modo que não há como proteger este direito, excluindo um dos genitores da convivência natural (DIAS, 2013). O Direito deve buscar proteger o vínculo afetivo sem excluir algum dos genitores, mesmo após o divórcio, da convivência familiar com seu filho. Os filhos têm o direito de conviver com os pais mesmo que estes estejam divorciados, pois quem se separa são os pais e por escolha própria, a criança não escolheu isso e tem o direito de conviver de forma saudável com seus genitores. Apesar da importância do direito à convivência, este ainda pode ser suspenso ou extinto em casos em que houver perigo para a criança ou ao adolescente, uma vez que o direito a dignidade e ao desenvolvimento integral devem ser priorizados nestes casos.

A Dignidade da Pessoa Humana é um dos princípios fundamentais do estado democrático de direito e dele descendem a proteção de vários outros direitos e deveres e até mesmo o reconhecimento e proteção do afeto, outro fundamento da família ocorre em prol da dignidade humana (VENOSA, 2021 p. 31). Para Maria Berenice dias (2013), ele é o princípio maior que fundamenta todo o estado democrático de direito e dele descendem todos os demais princípios. O direito de família não poderia estar baseado em algo diferente da dignidade da pessoa humana, pois as relações de família são antes de tudo relações humanas de afeto e que buscam dignificar os seus entes. Para Maria Berenice dias:

A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe e social proteção independentemente de sua origem, A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares, o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe. (DIAS, 2013, p. 66).

Como podemos ver, o direito deixou de proteger a família apenas como instituição e começou a priorizar a dignidade humana, protegendo o indivíduo e seus direitos. Segundo Carlos Roberto Gonçalves.

A milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos (GONÇALVES, 2019 p.21).

Portanto, o princípio da Dignidade da pessoa humana é o princípio que norteia toda a proteção da família e busca garantir a proteção dos direitos do indivíduo a formar, integrar e até mesmo dissolver a família, tudo como forma de proteger a dignidade individual (MADALENO, 2020, p. 11). A família tutelada pela constituição está organizada para ser um instrumento de realização existencial de seus membros e para prover o desenvolvimento da dignidade das pessoas que envolvem a instituição familiar (LÔBO, 2019, p. 73).

Outro princípio que norteia as relações familiares é o do Melhor Interesse da criança e, segundo Paulo Lôbo, *o interesse superior da criança é tido como uma “consideração primordial”*. Este princípio visa proteger os interesses da criança e do adolescente, considerando-os como prioridade nas relações de família e nas ações que envolvam menores, inclusive divórcios (LÔBO, p. 77, 2019).

A prioridade dos interesses se dá em razão de a Criança e o Adolescente serem sujeitos em desenvolvimento. Em divórcios e questões que envolvam a guarda do menor, este princípio deve nortear as decisões não favorecendo o direito individual de nenhum dos pais, mas sim, o melhor interesse do menor (VENOSA, 2021, p. 204). Neste mesmo sentido, encontramos o princípio da prioridade absoluta, pelo qual entendemos que a criança, por ser sujeito de direito em desenvolvimento, com base no artigo 227 CF, tem prioridade absoluta na proteção de sua dignidade e seus direitos (LÔBO, 2019, p. 159). Maria Berenice Dias nos mostra que este princípio não é uma recomendação, mas uma diretriz que deve determinar todas as relações e processos que envolvam crianças e adolescentes, por tratar-se de sujeitos com maior vulnerabilidade.

Segundo o artigo 227 da Constituição Federal, é dever não apenas da família, mas do estado e de toda a sociedade, garantir com absoluta prioridade os direitos fundamentais da criança e a proteção contra todas as formas de violência e negligência. Este princípio nos mostra que é dever do estado, da sociedade e da família priorizar questões que englobem crianças e adolescentes, se estendendo inclusive para a criação de políticas públicas e destinação de recursos (ZAPATER, 2019, p.73).

2.2 ALIENAÇÃO PARENTAL

Neste contexto da família contemporânea, com o surgimento do “poder familiar”, homens e mulheres dividem os cuidados e deveres para com os filhos e a família se tornou “co-parental”. O fim da sociedade conjugal é um direito que o legislador concedeu ao indivíduo e que têm sido a cada dia mais facilitado, e com isso, a transmissão de autoridade dos pais vêm se tornando cada vez mais problemática, pois, com o aumento dos divórcios e separações, a divisão deste poder se torna complexa e muitas vezes problemática (LÔBO, 2020). Com o fim do casamento, muitas vezes os ânimos ficam alterados, as relações fragilizadas e muitas vezes, os sentimentos de traição, abandono e raiva, dão lugar a práticas que buscam vingança em relação àquele que causou tais sentimentos (DIAS, 2017). Ocorre então que o direito à convivência pode ser comprometido pelas condutas praticadas pelo cônjuge que ficou com a guarda da criança, com o objetivo de forjar no filho sentimento de rejeição ao outro pai. O filho é utilizado como instrumento de vingança (LÔBO 2020 p. 211).

Uma das formas utilizadas para essa “vingança” é convencer a criança de que seu pai, mãe ou avó o abandonou, buscando a separação e a quebra do vínculo entre a criança e sua ascendência. De acordo com Paulo Lôbo, a separação dos cônjuges ou dos companheiros não pode significar a separação de pais e filhos. Em outras palavras, separam-se os pais, mas não estes em relação a seus filhos menores de 18 anos ou incapazes (LÔBO, p. 208.).

Muitas vezes, quando a relação dos cônjuges terminou de forma turbulenta, surge em um ou ambos os genitores um sentimento de raiva ou mágoa em relação ao outro, e, como forma de vingança, tentam distanciá-lo do filho. Quando o cônjuge magoado sente este desejo de vingança, começa um processo de lavagem cerebral que busca denegrir a imagem do outro genitor (DIAS, 2013). Segundo Maria Berenice Dias:

É nessa hora que os filhos tornam-se instrumentos de vingança. São impedidos de conviver com quem destruiu a família. Levados a rejeitar e a odiar quem provocou tanta dor e sofrimento. Ou seja, os filhos são programados para odiar. (DIAS,2017, p.23)

A prática de tais atos é conhecida como alienação parental. Para a maioria dos autores, a alienação parental sempre existiu, mas começou a ser reconhecida e receber a devida atenção há pouco tempo. No Brasil, apenas em 2010, com o

surgimento da lei nº 12.318, a prática passou a ser reconhecida e penalizada (MADALENO, 2020; DIAS, 2017).

A alienação Parental é uma forma de abuso mental que busca o total afastamento dos pais com os filhos e pode ser praticado por ambos os genitores ou até mesmo por outros membros próximos da família, como por exemplo, avós que têm uma relação próxima com o neto. A Lei da alienação parental também protege a convivência entre irmãos, netos e avós (MADALENO, 2020 p. 33).

O alienante busca formas de distanciar a criança do alienado, criando empecilhos variados para atingir o objetivo de distanciamento, como por exemplo a alegação de que o filho está doente, que tem outro compromisso e em alguns casos até mesmo mudanças de cidade ou estado (DIAS, 2017 p. 24). Essas barreiras começam a surgir postas pelo genitor que detêm a guarda da criança que tenta de diversas maneiras diferentes distanciar o genitor que “ficou de fora” de seus próprios filhos. Segundo RODRIGUES e RAMIRES (2011 p. 226) a alienação parental é:

Essa Forma de abuso emocional pode ser praticada tanto pelas mães como pelos pais e reflete um fracasso na elaboração do luto conjugal, sentimentos de abandono, de rejeição e de traição, acompanhados por uma tendência vingativa que utiliza o afastamento entre pai e filhos ou entre mãe e filhos como castigo e punição pela dor e pelas feridas emocionais resultantes do rompimento do vínculo conjugal. (RODRIGUES e RAMIRES, 2011, p. 226)

A ferramenta de alienação mais conhecida e usada com frequência é a denúncia de abusos dos pais variados. O guardião da criança cria narrativas de um acontecimento falso de abuso e convence o menor da existência desse ocorrido e da necessidade da denúncia e do afastamento do falso abusador. A criança, sujeito em desenvolvimento, nem sempre consegue discernir que está sendo manipulada e muitas vezes acredita nas falsas memórias que lhe foram implantadas (DIAS, 2017, p.26).

A lei da alienação parental surgiu como forma de reconhecer e buscar solucionar o problema da alienação parental, definindo quais atos são considerados atos alienantes para as crianças e adolescentes. Ainda há outros atos que não estão na lei, que podem ser considerados alienação parental, mas é preciso lembrar que nem toda conduta de um genitor separado em relação ao outro é considerado alienação parental. Existe a necessidade de comprovação de que o ato cometido pelo ex-cônjuge trouxe ou trará prejuízo à relação afetiva do genitor com seus filhos (LÔBO, 2020, p. 142).

Após o advento da lei 12.318/2010, o genitor prejudicado pode solicitar ao juiz que tome medidas para que cesse o prejuízo causado pela alienação parental o mais rápido o possível. A lei 12.318/2010 descreve algumas medidas provisórias que o juiz poderá tomar. Essas medidas devem ser tomadas o quanto antes, para evitar danos à formação emocional da criança ou do adolescente. O juiz também pode tomar medidas provisórias de urgência e sempre que for possível ou que achar necessário, deverá determinar uma perícia psicologia ou psicossocial (LÔBO, 2014).

Para Maria Berenice Dias:

É imperioso identificar de forma rápida e segura a presença de outros sintomas que permitam reconhecer se está frente a um caso de abuso sexual ou de alienação parental levada a efeito por espírito de vingança para acabar com o relacionamento do filho com um dos genitores. (DIAS, 2017, p. 26)

Para Madaleno (2020, p. 111) e Dias (2017, p. 25), diante da acusação de abuso ou alienação parental o juiz dificilmente encontra soluções que não causem a suspensão de qualquer contato entre os filhos e os genitores – embora, nos pareça, não haja razão para não estender as mesmas medidas com relação a outros membros da família envolvidos. Quando isso ocorre, começam as investigações para saber se é real o que se está sendo alegado (MADALENO, 2020, p. 111; DIAS 2017, p. 25). Essa comprovação é necessária e extremamente difícil de ser realizada, pois os atos que configuram, ou podem configurar alienação, são tidos dentro da intimidade do lar, onde somente podem ser vistos pelos membros íntimos da família ou, em alguns casos, apenas pelo alienante e o alienado (Madaleno, 2020, p. 134).

O juiz precisa dar uma resposta rápida para estas alegações e, infelizmente, na maioria dos casos não vê outra saída além de limitar ou suspender por completo a convivência familiar com um ou ambos os cônjuges (DIAS, 2017, p. 25; SOUZA 2010 p. 45). Durante o período do processo ou da produção de provas, cessa a convivência e, quando isso ocorre, o alienador conseguiu atingir seu objetivo e é fácil protelar o andamento do processo, pois as provas de fatos negativos, a inexistência de situações abusivas e a prova da influência sobre a criança, são muito difíceis de serem provados (DIAS 2017, p. 25).

Uma solução apontada por diversos autores aos problemas causados pela alienação parental é a guarda compartilhada. Ao contrário da guarda unilateral, na qual apenas um dos genitores detém o poder de decisão sobre a vida dos filhos, na guarda compartilhada, ambos os genitores permanecem com o poder de familiar e com direitos e deveres sobre as decisões dos filhos. A guarda compartilhada é o

modelo que visa garantir a corresponsabilidade parental e a permanência do vínculo, embora de forma mais estrita, e a ampla participação na vida dos filhos (DIAS, 2013, p. 454).

Este modelo trouxe muitos avanços para o campo, um dos principais ganhos com a guarda compartilhada, foi que ela instigou o debate sobre a necessidade da preservação do afeto e dos vínculos entre genitores e seus filhos (RODRIGUES; RAMIRES, 2011). Os filhos permanecem sobre a guarda e proteção dos dois pais, reforçando a responsabilidade pela educação, manutenção e respeito às necessidades da criança. É um modelo muito mais benéfico para a criança, principalmente em relação ao direito da convivência familiar, mas ele sozinho não basta para que sejam resolvidos os casos de alienação parental (DIAS 2017, p. 99).

2.3 A IDENTIFICAÇÃO DA ALIENAÇÃO PARENTAL E A SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL

A síndrome da alienação parental, por sua vez, não se trata da alienação praticada e descrita na lei 12.318/2010, mas se trata de um comportamento identificado na criança, que começa uma “campanha de rejeição e de degradação” de sua figura afetiva, evitando contato com o genitor ou tendo comportamentos que busquem o distanciamento da pessoa que está sendo denegrida para a criança (DIAS, 2017, p. 23).

A síndrome da alienação parental foi identificada primeiramente pelo psiquiatra americano Richard Gardner, em 1980, quando este alegou a existência de uma síndrome que afetava crianças expostas à disputas judiciais. O termo SAP (Síndrome da Alienação Parental) foi criado por Gardner em 1991 e, segundo ele, se tratava de distúrbio infantil que surge em crianças que são conduzidas por um dos genitores a se afastar e a odiar o outro (SOUZA, 2010, p. 101).

De maneira prática, a síndrome da alienação parental, trata-se dos efeitos psicológicos causados pela manipulação do genitor alienador no psiquismo da criança ou adolescente (DIAS, 2017, p. 27). A definição “Síndrome” não está prevista no CID-10 (Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde) e no DSM-V (Manual Diagnóstico e Estatístico de Doenças Mentais), porque esta expressão significa um distúrbio mental e muitos estudiosos da

psiquiatria e psicologia não entendem que se trate de uma síndrome (DIAS, 2017, p.24, MADALENO 2020, p. 35; SOUZA, 2010, p. 98).

A lei brasileira não adota o termo síndrome, pois este termo não consta na Classificação Internacional das Doenças (CID) e no Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM) em se tratando dos sintomas provocados nas crianças e adolescentes pelos atos de alienação parental (MADALENO, 2020, p. 31). Apesar de haver opiniões divergentes quanto à síndrome da alienação parental preencher critérios ou não de uma síndrome psicológica, poucos profissionais têm negado a existência do fenômeno alienação parental e, independente da nomenclatura utilizada, seja síndrome da alienação parental ou alienação parental, há consenso de que muitos filhos são usados como objeto de vingança e agressão entre os cônjuges, ou membros da família (REICHERT, 2017, p. 87-88).

Não é fácil identificar a alienação parental e quanto mais tempo ela acontece, mais difícil se torna distinguir a realidade dos fatos inventados, pois a criança, e as vezes até mesmo o alienador, já não conseguem dizer o que é real e o que foi inventado (DIAS, 2017, p. 25). Quando isso ocorre, as falsas memórias já foram instauradas na criança e diante das alegações mentirosas o juiz precisa tomar providências urgentes que muitas vezes dificultam ainda mais a comprovação do fato, visto que acaba distanciando a criança do cônjuge alienado (DIAS, 2017, p. 25-26).

Não há outra saída senão buscar identificar a presença de outros sintomas que permitam reconhecer que se está diante de um caso de alienação parental e que a denúncia do abuso foi levada a efeito por espírito de vingança, como instrumento para acabar com o relacionamento do filho com o genitor. Para essa identificação, indispensável não só a participação de psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais, com seus laudos, estudos e testes, mas também que o juiz se capacite para poder distinguir o sentimento de ódio exacerbado que leva ao desejo de vingança a ponto de programar o filho para reproduzir falsas denúncias com o só intuito de afastá-lo do genitor. (SILVA, 2014, p. 86)

Com o processo instaurado, e diante das alegações de abuso sexual ou físico, o juiz necessita de apoio especializado para poder ouvir as partes e diferenciar a realidade dos fatos inventados (DIAS, 2017, p. 25-26). Diante das alegações de alienação parental o Juiz também necessita recorrer a quem tem conhecimento técnico para lhe esclarecer as questões de maior dificuldade para ele, inclusive, fazendo-se acompanhar de um especialista no depoimento do incapaz, de acordo com o art. 699 do CPC, (MADALENO, 2020, p. 121). Para Lôbo (2021), Sempre que

possível, o juiz determinará perícia psicológica ou biopsicossocial para identificar se o caso se trata de alienação parental ou de um caso real de agressão.

Com a prova pericial, o juiz confia às pessoas técnicas o ofício de examinarem uma questão de fato que exige conhecimentos especiais, para deles obter um parecer juramentado. Não se trata de uma delegação do juiz ao perito, porque a autoridade de decidir não pode ser repassada, até porque o perito não julga e nem o juiz está obrigado a acreditar inquestionavelmente na perícia realizada, mas revela-se importante subsídio judicial. (MADALENO, 2020, p. 121)

Segundo Marcia Amaral Montezuma, a própria perícia médica encontra muitas dificuldades para identificar a alienação parental, pois não há consenso sobre o fato desta ser ou não uma síndrome e pelo fato dela não constar em nenhum manual de diagnósticos. Por isso, ocorre que, infelizmente, muitas vezes o resultado das avaliações, testes e entrevistas realizadas pelos peritos e pelo juiz demora anos e tem resultado inconclusivo, não servindo para resolver a questão inicial deixando nas mãos do magistrado a dura tarefa de sentenciar o afastamento ou não de uma criança de seus afetos (DIAS, 2017, p. 26).

A lei 12318/2010, conhecida como lei da alienação parental, tem por objetivo prevenir atos de alienação parental a fim de diminuir os danos sofridos pelas crianças e evitar que se instaure a síndrome da alienação parental. Para tanto, ela enumera uma série de práticas que podem ser consideradas como alienação (MADALENO e MADALENO, 2020, p. 32). Para Ana Carolina Carpes Madaleno e Rolf Madaleno, os sinais da instalação completa da síndrome da alienação parental se dá quando o menor absorve a campanha do genitor alienante contra o outro e passa ele próprio a assumir o papel de atacar o pai alienado (MADALENO e MADALENO, 2020, p. 33).

A parte que está sendo prejudicada pela alienação pode alegar estes fatos ao juiz e solicitar a instauração de um processo para apurar as alegações de alienação parental, com acompanhamento do Ministério Público (LÔBO, 2021). O magistrado, por sua vez, diante das alegações poderá decretar medidas no sentido de preservar a integridade psicológica da criança e o direito de convivência ao outro genitor (LÔBO, 2021).

Na maioria dos processos, as partes envolvidas fazem incontáveis declarações e alegações e tentam convencer o magistrado destas. Cabe então ao magistrado decidir qual destas entende por verdadeira ou não. Para Alexandre Freitas Câmara, a prova é todo elemento trazido ao processo para contribuir com a formação

do convencimento do juiz a respeito da veracidade das alegações concernentes aos fatos da causa (CÂMARA, 2020, p. 221).

3. A PROVA NAS AÇÕES DE FAMÍLIA

Segundo Leonardo Greco (2015), a ação, como um direito cívico, corresponde ao direito de dirigir-se ao Poder Judiciário e dele obter um pronunciamento a respeito de qualquer postulação. A ação é um direito que o cidadão possui de reivindicar ao estado que este exerça a sua jurisdição e examine as demandas que são levadas até ele. Para o mesmo autor, as ações podem ser classificadas por conta da natureza do direito que compõe cada demanda e por isso são classificadas em ações de direito real e ações de direito pessoal. As ações de direito pessoal são ações em que o fundamento jurídico engloba um direito obrigacional, um direito de família ou um direito de personalidade (GRECO,2015, p.202).

Para Maria Berenice Dias (2013), as ações de família possuem uma dinâmica diferente, pois possuem um caráter mais sensível e muitas vezes são necessárias avaliações psicológicas, estudos sociais e intervenções que possibilitem um exercer mais humano da jurisdição do estado. Tem legitimidade para propor as ações de família todos aqueles que sejam interessados nas relações que são objeto da demanda. Após instaurado o processo, no outro polo figurará aquele que tem seu patrimônio jurídico atingido pela ação, como o outro cônjuge, filhos e pais (SÁ, 2021).

Ações de família envolvem relações de afeto, crianças e adolescentes e por isso necessitam desta sensibilidade diferenciada. O Novo Código de Processo Civil, reconhecendo essa diferença nas ações familiares, criou dispositivos que buscam a prioridade dos meios alternativos de solução de conflitos, buscando preservar as relações, inclusive com a participação de profissionais de áreas distintas ao direito, para que possam auxiliar na resolução destes conflitos, como é o caso de psicólogos e assistentes sociais.

Mesmo com estes mecanismos e com a busca de novos meios alternativos para a solução de conflitos, na maioria das vezes as ações são resolvidas de forma litigiosa e a parte lesada acaba tendo que recorrer aos meios comuns para solucionar seus problemas. No procedimento ordinário brasileiro há uma fase para a produção e coleta de provas que consiste nos depoimentos pessoais das partes, audiências para ouvir testemunhas, prova pericial, dentro outros. A fase de instrução da ação não corresponde a um momento exato do procedimento, visto que, muitas vezes o autor

tem a obrigação de juntar os documentos ao instruir a inicial, outras vezes o réu tem o ônus de especificar as provas que deseja produzir, e há vezes onde não há necessidade de produção de provas, pois a matéria trata apenas de uma questão de direito propriamente dito (MADALENO, 2020, p. 304).

Para Humberto Teodoro Júnior (2021), a prova é todo e qualquer elemento material dirigido ao juiz da causa para esclarecer o que foi alegado por escrito pelas partes, especialmente circunstâncias fáticas”. O mesmo autor narra que o objetivo principal dos processos de conhecimento é a produção de provas e por isso a prova, para o processo, não é apenas um objeto, mas o meio que estabelece a existência ou a não existência de um fato. Sobre a importância do estudo da prova, Haroldo Lourenço Argumenta:

O estudo da prova sempre se mostrou de extrema importância, bastando recordar que, entre os povos da antiguidade, dada a ausência de critérios técnicos e racionais para demonstração de acontecimentos que repercutiam no Direito, a prova era influenciada pela religião, invocando-se “proteção divina na busca da verdade”. (LOURENÇO, 2015, p.33)

Com a evolução do direito, o estudo da prova também evoluiu, mas sua importância continua sendo amplamente reconhecida dentro do processo. Para Rolf Madaleno, no processo existem afirmações e alegações diversas de ambas as partes e acontecimentos controversos que necessitam de esclarecimentos e comprovações. O papel da prova no processo é buscar o esclarecimento dos fatos e solucionar impasses entre alegações contraditórias, fornecendo ao juiz elementos que afastem suas dúvidas e o levem para mais próximo da verdade dos fatos (MADALENO, 2016 p. 8).

Segundo o Artigo 369 do Código de processo Civil de 2015, as partes podem empregar todos os meios legais ou moralmente legítimos para provar a verdade dos fatos que alegam e assim conseguir o convencimento do juiz. Ainda, segundo parte da doutrina (CÂMARA 2020), existe uma “verdade processual”, pois é difícil pensar que o processo obtenha sempre a verdade absoluta, mas na realidade o que se consegue é, através das alegações e comprovações, um convencimento do magistrado, o que é entendido como verdade (CÂMARA, 2020, p. 221). Seguindo esse pensamento, poderíamos entender que a prova serve para convencer o juiz do mais próximo da verdade, para que no processo, ele possa decidir de maneira mais justa (MADALENO, 2020, p. 304).

Para Renato Montans de Sá (2021), a verdade também é um bem jurídico impossível de alcançar no processo e por isso a verdade extraída através das provas é uma verdade possível e não a verdade real. Portanto, através das provas o magistrado deve procurar a convicção de que está decidindo da melhor forma, pois há formas de utilizar meios de prova aceitos para comprovar fatos que não aconteceram.

A prova nos processos que envolvem família é ainda mais importante, pois, como visto anteriormente, as ações que envolvem famílias possuem um caráter mais sensível e devem buscar a preservação do vínculo afetivo. As provas, de alguma forma, servirão para definir a veracidade das afirmações das partes e por isso se faz necessário que haja produção de provas suficientes para que ocorra o convencimento do juiz. Segundo Humberto Teodoro Júnior:

Não é raro a parte produzir um grande volume de instrumentos probatórios (documentos, perícia, testemunhas etc.) e mesmo assim a sentença julgar improcedente o seu pedido “por falta de prova”. De fato, quando o litigante não convence o juiz da veracidade dos fatos alegados, prova não houve, em sentido jurídico; houve apenas apresentação de elementos com que se pretendia provar, sem, entretanto, atingir a verdadeira meta da prova – o convencimento do juiz. (THEODORO JR, 2020, p.843)

Para Alexandra Ullmann, (2017 p. 138), as formas para comprovação de fatos dentro de processos de família são diversas, como por exemplo, laudos periciais, depoimentos de amigos ou familiares, fotografias, vídeos, dentre outras. Provar é demonstrar, pois o juiz não conhece os fatos e não pode decidir apenas com base em alegações, por isso a prova tem o objetivo de reconstruir a situação fática alegada, levando o magistrado a conhecê-los. Portanto, o destinatário da prova é o magistrado, ele deve ser convencido por meio dela e elas devem ser pertinentes ao processo, relevantes e adequadas. Para Sá (2021), a pertinência está relacionada ao fato de que a prova deve servir para convencer acerca do fato alegado no processo, ou seja, necessita ter relação com as alegações processuais. A relevância significa dizer que o fato necessita ser um fato relevante juridicamente, pois fatos secundários somente atrapalham o andamento processual. A adequação significa que a prova possui previsão legal, ou que não possui proibição.

Os meios legais são provas textualmente identificadas na legislação. São conhecidas como provas típicas. Outra classificação existente é a das provas atípicas, que são os meios moralmente legítimos, que não estão descritos ou expressamente

regulamentados em lei, porém não são vedados pela legislação (MADALENO, 2020, p.305; CÂMARA, 2020, p. 185).

As provas, visando a busca pelo convencimento e o encontro da verdade processual, não podem ser produzidas de qualquer forma, ou ainda por meio desrespeitoso a quaisquer outros direitos, portanto, as provas típicas ou atípicas devem ser lícitas, sendo que, de acordo com constituição federal, são inadmissíveis no processo, provas obtidas por meios ilícitos. Neste sentido, Alexandre Freitas Câmara argumenta:

Típica ou atípica, a prova será admitida se for lícita. É que, por força do disposto no art. 5º, LVI, da Constituição da República, “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Assim, por exemplo, confissões obtidas mediante tortura, correspondência obtida mediante invasão de caixas de correio eletrônico, gravações clandestinas de conversas, entre outras, são inadmissíveis no processo em razão da ilicitude de sua obtenção. (CÂMARA, 2020, p. 235)

Percebe-se assim que as provas, ainda que típicas ou atípicas, em via de regra, só poderão ser utilizadas no processo se forem colhidas de forma correta, sem o uso de meios ilegais. Esses meios ilegais violam lei material ou processual e são divididos entre ilícitos e ilegítimos.

3.1 PROVA ILÍCITA E PROVA ILEGÍTIMA

Como podemos perceber no capítulo anterior, nem todas as provas podem ser utilizadas no processo, pois existem as provas consideradas proibidas ou vedadas, que são as provas ilegais, que são divididas em ilícitas e ilegítimas. Para Rolf Madaleno (2021) as provas ilegítimas são produzidas em afronta à lei e violam direitos processuais, já as provas ilícitas são obtidas através de meios ilícitos, violando a lei material. A prova ilícita é a prova que é produzida por meios ilícitos, ferindo direitos fundamentais, como por exemplo a violação da correspondência de alguém, enquanto a prova ilegítima é a prova que contraria leis processuais, como no caso do depoimento do impedido de depor (MADALENO, 2020, p.307). Para alguns autores não importa se a violação se trata de direito material ou processual, ambas são tratadas como provas ilícitas, como é o caso de Sarlet, Mitidiero e Marinoni:

Não são admissíveis no processo provas ilícitas. Prova ilícita é toda aquela obtida de forma contrária ao direito. Pouco importa se a violação concerne ao direito material ou ao direito processual – em ambos os casos a prova deve ser considerada ilícita. Como assevera o art. 157 do CPP, em proposição de caráter geral, “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo,

as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. (SARLET; MITIDIERO; MARINONI, 2021. P. 386)

O uso da prova ilícita é vedado pelo princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, previsto no artigo 5º da constituição federal, ou seja, segundo este princípio, para que a prova venha a ser admitida no processo, a obtenção desta prova deve se dar de acordo com o direito e sem infringência às regras jurídicas (MONNERAT, 2019, p. 187). Para Fabio Monnerat (2019), “não é dado ao legislador infraconstitucional, nem muito menos ao juiz, no caso concreto, decidir sobre a admissibilidade da prova ilícita só pesando os prós e contras desta admissão”, e para Rolf Madaleno, “a prova ilicitamente obtida fere de morte os direitos fundamentais previstos pela Constituição Federal”.

As provas ilícitas e ilegítimas estão dentro do grupo das provas ilegais e apesar de serem, por conta do artigo art. 5º, LVI da Constituição Federal, inadmissíveis no processo, os legisladores e doutrinadores têm admitido sua utilização em casos específicos (MAZZA, 2019, p.165). Segundo Alexandre Mazza:

Saliente-se, porém, 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. Esta 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. (MAZZA, 2019, p.166)

As provas ilícitas e ilegítimas são vedadas pela constituição e seu uso é defeso ao juiz, mas como podemos perceber pela afirmação de Alexandre Mazza (2019), há magistrados e doutrinadores que admitem a sua utilização por conta do princípio da proporcionalidade, em situações em que há conflitos de princípios. Segundo Rolf Madaleno o processo é uma ciência autônoma e é regido por princípios e regras que veremos a seguir.

A constituição federal veda o uso das provas obtidas por meios ilícitos e para Mazza, se existe o direito fundamental à prova, certamente esse direito tem como pressuposto que essa prova, ou meio para sua obtenção, sejam legítimos. O art. 5º, LVI, da Constituição Federal nos mostra que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, mas a constituição não define quais são estes meios de prova considerados ilícitos ou ilegítimos (SÁ, 2021, p. 312).

Agra, Bonavides e Miranda, ao tratar da prova ilícita, defendem que a “prova ilícita, obtida de forma ilícita, escusaria dizê-lo, não é prova; é não prova”. Segundo eles, o direito de produzir provas se trata de buscar meios de prova legais, sem descuidar do direito e do devido processo legal. Trata-se de buscar a prova, sem descuidar do direito, e do devido processo legal, que para este tem na proibição da prova ilícita “uma de suas projeções concretizadoras mais expressivas”, pois busca garantir que ninguém seja julgado com base em provas produzidas fora dos limites do ordenamento jurídico (AGRA; BONAVIDES; MIRANDA, 2009, p.221).

A prova ilegal é aquela obtida por meio de violação de normas legais ou de princípios, de natureza material ou processual e é dividida entre prova ilegítima e prova ilícita (MADALENO, 2020). Para Sá (2021), a prova ilegítima é aquela que viola norma de direito processual. No momento da produção da prova, o meio utilizado para sua produção é válido, mas a forma como ela foi colhida viola princípios e regras. A doutrina dá diversos exemplos sobre estas provas, as mais comuns são o testemunho sob coação, obtenção de documento mediante furto e prova obtida mediante mandado judicial falso.

A prova ilícita viola uma norma material, portanto, a violação ocorre no momento da produção da prova. A doutrina classifica a prova ilícita em originária, que é aquela que é ilícita por si mesmo, e derivada onde a ilicitude da prova ocorre por contaminação indireta, ou seja, sua obtenção decorre daquela obtida a partir da prova ilícita. A teoria da ilicitude derivada é denominada como teoria dos frutos da árvore envenenada e não está estabelecida na constituição federal, mas é aceita em jurisprudências e por parte da doutrina (MADALENO, 2020 p. 270).

Para Rolf Madaleno, existem três situações em que a produção das provas ilícitas ou ilegítimas devem ser aceitas. A primeira situação ocorre quando há uma prova derivada de uma prova ilícita, mas não há nexo de causalidade dentre elas de modo que ela pode ser considerada uma prova independente. No segundo caso, a descoberta da prova seria inevitável, ou seja, mesmo que houvesse a ilicitude, este não foi o fato gerador da prova, pois ela seria descoberta de qualquer forma.

O terceiro caso trata da admissão destas provas através do princípio da proporcionalidade. Neste terceiro caso, o magistrado, em casos excepcionais, deve decidir pela possibilidade de utilizar a prova obtida por meio ilícito buscando uma decisão mais justa. Para Rolf Madaleno (2021), o princípio da proporcionalidade

devidamente aplicado, balanceando os valores que estão em jogo, é a única forma de se obter a certificação de que a prova ilícita pode ou não ser produzida

Ainda, segundo Rolf Madaleno, a prevalência ou não da produção de uma prova obtida por meio ilícito ou ilegítimo dependerá da importância da matéria, da relevância da prova e de outras circunstâncias do caso concreto. A aceitação da prova ilícita ou ilegítima dependerá do juiz e do quanto este entende que a prova será útil para o processo e para o caso real. Rafael Montans de Sá (2021) cita o seguinte caso:

Marido traído interceptou conversa telefônica entre a mulher e o amante (prova ilícita). Contudo, na ligação foi revelado que a mãe daria o medicamento lexotan para os filhos menores dormirem enquanto se encontrava com o amante. Nesse caso, em decorrência dos reflexos penais (tráfico de entorpecentes) e familiares (divórcio e guarda dos filhos para o pai), o magistrado deve sopesar a permissibilidade de aceitação da prova obtida por meio ilícito em resguardo aos menores (integridade física e psicológica) e à ordem jurídica. (SÁ, 2021, p 312)

Como podemos perceber no exemplo dado por Rafael Montans de Sá (2021), o juiz deverá pesar o uso da prova ilícita com os direitos e princípios feridos no caso concreto. O uso das provas vai depender, como vimos anteriormente da importância dos direitos protegidos no caso concreto, neste caso narrado, a proteção da criança e do adolescente e o risco que elas corriam, deve pesar mais do que a vedação ao uso da prova ilícita.

Outros autores também defendem o uso da prova ilícita no processo em alguns casos específicos. Sarlet, Mitidiero e Marinoni defendem que a prova ilícita jamais deverá ser utilizada para corroborar alegações da acusação e, portanto, no processo penal ela possui proibição absoluta quando se trata de provas utilizadas pela acusação, mas admitem que em alguns casos ela pode ser utilizada em favor da defesa. No processo civil, os mesmos autores entendem que as provas ilícitas podem ser utilizadas em casos excepcionais sempre levando em conta o caso concreto e a ponderação.

É que, ao negar eficácia às provas ilícitas no processo, nossa Constituição realizou inequívoca ponderação entre a efetividade da proteção do direito material e o direito à descoberta da verdade no processo. Cumpre observar, contudo, que quase todos os ordenamentos jurídicos que acolheram a proibição da utilização da prova ilícita no processo foram obrigados a admitir exceções à regra geral a fim de realizarem igualmente outros valores dignos de proteção. (SARLET, MITIDIERO e MARINONI, 2021. p.387)

Podemos perceber que mesmo que a constituição vede o uso de provas ilícitas no processo, grande parte da doutrina defende o seu uso em casos especiais,

visando sempre a proteção de outros princípios e o descobrimento da verdade. Como visto no capítulo 2, a família também possui diversos princípios de proteção e por isso, os processos que envolvem questões de família, principalmente os que envolvem menores, devem levar em conta diversos princípios para a resolução dos problemas.

3.2 PRINCÍPIOS RELACIONADOS AO TEMA

Para Rolf Madaleno, “a função atual do Direito é estimular o desenvolvimento social da ação humana”. Como dito anteriormente, para assegurar a dignidade da pessoa humana, foram criadas regras e princípios que servem como base de sustentação de todo o sistema legal brasileiro. Todo o procedimento das ações de família também é regido por regras e princípios que servem como pilares fundamentais de sua estrutura e direção.

A diferenciação de regras e princípios é alvo de grande discussão e não há pleno consenso entre os doutrinadores, mas para parte da doutrina, segundo Moura, Bonavides e Miranda (2009), “uma diferença importante entre princípios e regras é o fato de que as regras regulam uma situação específica, enquanto os princípios regulam diversas situações”. Vemos assim que não há possibilidade de duas regras distintas regulamentarem um ato de formas diferente, pois uma delas desaparecerá, mas os princípios podem proteger simultaneamente várias situações e sem que ocorra a exclusão de um dos princípios a menos que ocorra no caso concreto um conflito entre eles e um deles deva ser afastado (AGRA, BONAVIDES, MIRANDA, 2009, p. 8-9).

A doutrina, há muito tempo reconhece a importância dos princípios jurídicos, principalmente os princípios contidos dentro da constituição e que servem como base para a tomada de decisões e para ordenar as demais regras. José Sérgio da Silva Cristóvam (2006, p. 112) argumenta que “os princípios jurídicos não são apenas parâmetros explicativos do direito, mas também e, sobretudo, pautas de justificação do discurso jurídico e da decisão judicial”. Assim, podemos ver que os princípios não servem apenas para comparação, mas devem, na prática, ajudar e guiar decisões judiciais e argumentações jurídicas. No mesmo sentido, argumentam Moura, Bonavides e Miranda:

Importante lembrar que princípios são normas jurídicas de observância obrigatória e que devem ser interpretados diante dos casos concretos para ganharem densidade e se desdobrarem em regras para o caso que permitam

resolver conflitos e garantir os direitos das pessoas. Devemos nos lembrar que, quando buscamos regras aplicáveis a uma situação específica, estas regras devem ser interpretadas para a construção da norma, juntamente com os princípios. (MOURA, BONAVIDES, MIRANDA, 2009, p 8)

Como dito anteriormente, a prova é um elemento essencial do processo, envolva ele ações de família ou não, e, por isso, sua produção está protegida pelo princípio da ampla produção de provas. Para que o processo ocorra de maneira justa, é necessário que haja a produção de provas, pois sem elas as partes não teriam garantia de que seus direitos estão sendo protegidos e de que o processo está ocorrendo com contraditório e ampla defesa.

Diversos autores defendem o direito fundamental à prova, segundo Sarlet, Mitidiero e Marinoni, “uma prova é admissível quando a alegação de fato é controversa, pertinente e relevante” e esta prova “trata-se de elemento essencial à conformação do direito ao processo justo”. Desta forma, podemos perceber que os autores citados defendem que este direito a produção de provas está relacionado com o direito de produção de provas lícitas e admissíveis, pois sua ideia é encontrar a veracidade dos fatos sem atrapalhar o andamento do processo.

As partes têm direito à produção de prova admissível. Em geral, a produção da prova ocorre durante o processo que visa à prestação da tutela do direito. Pode acontecer, contudo, de ser necessário acautelar a produção da prova ou produzi-la de forma imediata independentemente da existência de processo tendente à prestação de tutela jurisdicional sobre as alegações de fato a provar. Compõe o direito fundamental à prova o direito à sua assecuração e à sua produção imediata – seja fundada na urgência, seja no simples interesse da produção da prova em si. (SARLET, MITIDIERO, MARINONI, 2021, p. 385).

Mesmo que o direito de produzir provas não esteja descrito na constituição, de diversas formas, ela nos mostra que o direito de produzir provas é um direito fundamental protegido por ela, como ocorre ao nos dizer que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito e que aos acusados em geral serão assegurados o contraditório e ampla defesa (THEODORO JR., 2021, p. 764).

Sendo o processo judiciário uma ciência autônoma, a prova está dotada de princípios próprios, considerados verdadeiros enunciados, muitos deles com assento na Constituição Federal, como “do contraditório, da ampla defesa, da oralidade, da imediatidade física do juiz, da concentração, da publicidade, da verdade real, do livre convencimento motivado, da comunhão, da imaculação”, ou da proibição de prova obtida por meios ilícitos (CF, art. 5º, incs. XII e LVI). (MADALENO, 2020, p.186)

Portanto, o direito à produção de provas trata-se de um princípio que está ligado a diversos outros princípios que regulam e limitam a produção de provas dentro

do processo. Todos estes princípios buscam encontrar a verdade dos fatos alegados e tornar o processo justo.

Outro princípio importante para os processos que envolvem famílias e crianças é o da inviolabilidade da intimidade, que se trata de um princípio que busca proteger não apenas a intimidade das relações familiares, mas a intimidade do indivíduo dentro da sociedade. Para Guilherme Peña de Moraes (2020), o direito à intimidade está ligado ao modo de ser da pessoa, que consiste na exclusão do conhecimento, de outros, de tudo a que ele se refira.

Segundo a constituição Federal, “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Para Manoel Ferreira Filho, o reconhecimento destes direitos à integridade moral demonstra uma inovação e retira quaisquer dúvidas quanto a sua importância e proteção, inclusive da garantia de indenização quando forem violados. (FILHO, 2020, p. 267)

Ainda, segundo o mesmo autor, o sigilo sobre as contas, correspondência, sigilo fiscal ou telefônico do indivíduo representam proteções à intimidade e a quebra destes sigilos está condicionada à decisão fundamentada de autoridade judicial competente e só deve ser decretada em caráter de excepcionalidade, quando existirem elementos suficientes e indícios idôneos de possível autoria de prática delituosa por parte daquele que sofrerá a investigação.

Vinculado ao direito à intimidade, está o direito à privacidade que se trata da proteção da privacidade em meio aos outros. A intimidade trata da parte mais íntima do ser humano e a privacidade trata de situações em que mesmo se tratando de algo íntimo do ser humano, a comunicação é inevitável, mas, em princípio, nestas comunicações são excluídos terceiros (FILHO, 2020, p.121).

Dentro destes direitos de proteção à integridade moral, se encontra a inviolabilidade do domicílio que é um direito relativo à segurança pessoal e da residência do indivíduo. Essa inviolabilidade do domicílio está ligada à vedação da entrada, a quem quer que seja, sem a devida autorização do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, e para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial (FILHO, 2020, p. 267-268).

Conforme Humberto Teodoro Júnior (2020), a proteção do domicílio diz respeito ao espaço delimitado e autônomo que está reservado para a vida íntima ou

profissional do indivíduo, local que deve ser protegido e resguardado e que mesmo a autoridade policial depende do consentimento do morador ou de mandado judicial para acessá-lo. O mandado judicial é dispensado em alguns casos de extrema urgência, mas sempre respeitando os direitos do morador.

A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente público e de nulidade dos atos praticados, sendo evidente que as conceituações de “dia” e “noite” podem ser determinadas pelo critério sociológico, no qual a noite compreende o período de repouso noturno, critério astronômico, no qual a noite consiste no período entre a aurora e crepúsculo, e critério legal, no qual a noite contempla o período das dezoito às seis horas, e o dia, ao contrário, das seis às dezoito horas, como exsurge do art. 240, § 1º, do CPP.120. (MORAES, 2021, p. 121)

Ainda sobre estes direitos de proteção à integridade moral, o autor fala acerca da segurança das comunicações pessoais, que define como é tutela do processo de transmissão de mensagens entre interlocutores, emissores e receptores, por intermédio de qualquer meio técnico (MORAES, 2020, p. 190).

As comunicações íntimas dos sujeitos devem ser protegidas e respeitadas, principalmente quando estão ligadas à relacionamentos familiares e afetivos. Para Filho (2020), as comunicações são suscetíveis de interceptação por ordem judicial para a finalidade de prova de investigação na qual há suspeita ou prova sobre os fatos alegados.

A comunicação também pode sofrer perda do sigilo quando é autorizada uma interceptação telefônica ou quando há a gravação clandestina na qual há registro de conversação com terceiros, ou em casos de quebra de registro de conta telefônica, mas sempre em casos especiais e que não haja outras formas de se comprovar o fato. Para Alexandre Mazza, o princípio da proporcionalidade é o princípio da proibição dos exageros, ou seja, o administrador público, legislador ou o juiz, devem evitar excessos na aplicação da lei ao caso concreto (MAZZA, 2019, p.159).

Outro importante princípio é o da proporcionalidade, que trata da garantia de não haver proteção excessiva ou valoração excessiva de um princípio ou direito em detrimento de outro, ou seja, através do princípio da proporcionalidade podemos garantir a correta aplicação de outros princípios e regras de direito brasileiros, sem que haja uma valoração injusta de uma regra sobre a outra (CÂMARA, 2020, pg. 250). Para Rolf Madaleno (2020 p. 67), o princípio da proporcionalidade, também conhecido como princípio da razoabilidade, “é um princípio de ponderação,

que busca encontrar o caminho do equilíbrio entre dois ou mais valores que entram em rota de colisão”.

Para Guilherme Pena de Moraes (2020) o princípio da proporcionalidade é também chamado de princípio da concordância prática, proibição dos excessos e da razoabilidade e para sua correta aplicação devem ser considerados três preceitos: idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Segundo a idoneidade, entende-se que deve existir uma correlação entre meios e fins, ou seja, para que um fim determinado possa acontecer, devem ser providos meios específicos. Este princípio serve para proteger direitos, zelar para que os bens protegidos pela constituição sejam respeitados e para controlar ações do estado que possam restringir direitos. Neste sentido, Sarlet, Mitidiero e Marinoni escrevem:

Deveres de proteção podem ser e são violados quando o titular do dever nada faz para proteger determinado direito fundamental ou, ao fazer algo, falha por atuar de modo insuficiente. Daí se falar, tal como já se fez também no Brasil, de uma *dupla face* do princípio da proporcionalidade, que passa a atuar como critério de controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas de direitos (do âmbito de proteção dos direitos fundamentais), bem como para o controle da omissão ou atuação insuficiente do Estado no cumprimento de seus deveres de proteção. (SARLET; MITIDIERO; MARINONI, 2021. p. 99)

A necessidade trata da não existência de meios menos gravosos para se conseguir o fim determinado, e a proporcionalidade em sentido estrito versa sobre não haver medidas desproporcionais ou exageradas para conseguir os fins almejados (MORAES, 2020, p. 155). Segundo José Sérgio da Silva Cristóvan (2006) a proporcionalidade é um “instituto implícito e positivado em nosso ordenamento constitucional,” e “um parâmetro valorativo que permite aferir a idoneidade de uma dada medida legislativa, administrativa ou judicial” (CRISTÓVAN, 2006, p. 157).

A proporcionalidade é aplicada em situações em que há dois elementos distintos, dois princípios conflitantes, quando é necessário reconhecer e distinguir a importância entre os elementos. Segundo Humberto Ávila (2009), é necessário que haja três exames fundamentais para o reconhecimento da proporcionalidade, o da adequação, da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação trata da relação entre o meio e o fim, ou seja, o juiz ou administrador público deve utilizar um meio que leve ao fim almejado. Segundo a análise da adequação feita por Humberto Ávila, a adequação deve analisar o que é um meio adequado a realização daquele fim específico. Não é necessário que a administração pública escolha o meio mais intenso, mais seguro ou o melhor, mas que utilize um meio que promova o fim, pois nem sempre está claro qual o melhor

caminho, mas é necessário que o meio escolhido realmente possa levar ao fim específico desejado (ÁVILA, 2009, p. 116).

A necessidade envolve a análise dos meios utilizados e o conhecimento da existência de meios que sejam alternativos e que possam promover igualmente o fim sem ferir ou lesar os direitos afetados da mesma forma que o meio inicialmente utilizado. O exame da necessidade deve ser feito em duas etapas, primeiro analisando a igualdade dos meios alternativos, ou seja, se os meios alternativos promoverão o fim da mesma forma, pois há a possibilidade de que ainda que o meio possa causar um fim igual, este fim possa ser alcançado mais rápido, com maior segurança ou com menos gastos. A segunda etapa examina que se deve levar em conta o meio menos restritivo, ou seja, se os meios alternativos restringem ou afetam da mesma forma os direitos afetados pelo meio inicial (ÁVILA, 2009, p. 122).

A última análise dada por Ávila, trata da proporcionalidade em sentido estrito e este exame trata da comparação entre a importância da realização do fim almejado com a intensidade da restrição dos direitos. Segundo Ávila, a pergunta que deve ser feita neste exame é “o grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais?”. (ÁVILA, 2009, p. 124). Neste mesmo sentido, podemos pensar sobre dois princípios que colidem. Ao examinar a importância destes no caso concreto o legislador deve examinar a importância dos direitos protegidos e dos que serão de certa forma deixados de lado.

3.3 A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS

Segundo Barroso, “um dos critérios comumente utilizados para evitar as antinomias, solucionando o conflito entre normas, é o critério hierárquico: a norma superior prevalece sobre a inferior”. O problema para os princípios é que não há ordem hierárquica dentro de suas classificações. Não há um princípio que prevalece sobre o outro simplesmente pela hierarquia imposta (BARROSO, 2008, p. 9). Para a aplicação dos princípios é necessário que tenhamos em mente não apenas o que ocorre em situações de conflito, mas como podemos realizar a valoração da importância de um princípio para o caso concreto e como se dá a aplicação destes princípios. Humberto Ávila define os princípios da seguinte forma:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de

coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária. (ÁVILA, 2004, p. 70)

Os princípios são normas que estabelecem um fim a ser atingido e, para Humberto Ávila, este fim trata de um estado ideal das coisas. A função do princípio, então, é buscar um estado ideal a ser atingido por meios que podem ser denominados por condições ou comportamentos. Para que um princípio seja seguido e aplicado é necessário que ocorra a adoção dos comportamentos necessários à sua realização, ou seja, o princípio mostra um ideal a ser atingido e com base neste “fim” devem ser tomadas as ações que determinam o meio.

Princípios não criam apenas referenciais teóricos que devem basear as ações, mas instituem deveres de adotar comportamentos que busquem a realização do fim almejado pelo princípio (ÁVILA, 2004, p. 72). No caso do princípio da proteção integral da criança, a finalidade é atingir a total proteção dos direitos da criança e do adolescente e garantir a sua saúde, educação e integridade física e moral. Para que este princípio seja corretamente aplicado, é necessário que quem esteja no poder de aplicá-lo, seja magistrado, administrador ou legislador, através de seus atos, crie meios para que estes objetivos sejam cumpridos e estes direitos sejam resguardados.

Conforme dito anteriormente, o princípio se distingue das regras em parte pela sua aplicação que tem um caráter mais amplo e alcança um número maior de situações. Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho “estes princípios necessitam ser “densificados”, para a sua aplicação, isto significa que a norma generalíssima deve ser reduzida a regras, evidentemente de abrangência mais restrita”. Segundo o mesmo autor, “num Estado Democrático de Direito, no sentido que dá à expressão o art. 1º, caput, da Lei Magna em vigor, organizado segundo a separação dos poderes, é indiscutível que essa densificação” compete primeiramente ao legislador” (FILHO, 2020, p. 319. Quando isso ocorre o próprio legislador o meio pelo qual o estado ideal das coisas deve ser alcançado.

Ocorre que muitas vezes não existem regras de aplicação mais restritas para estes princípios e neste momento cabe aos administradores e magistrados a aplicação dos princípios através de decisões e atos que visem a concretização do estado ideal das coisas que foi almejado pelo legislador ao reconhecer o princípio. Nestes casos, Ávila defende que a aplicação do princípio se dá no caso concreto, pois ao aplicador do direito caberá a incumbência de criar meios capazes de atingir os fins determinados pelos princípios (ÁVILA, 2004, p. 29).

4. CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS

Segundo Humberto Ávila, quando ocorre a colisão entre princípios, a solução não se dá de forma simples e rápida através da determinação de um princípio sobre outro, mas é necessário que seja estabelecida uma ponderação entre os princípios conflitantes e nesta ponderação, analisando as circunstâncias concretas, será decidido qual deve receber a prevalência (2004, p. 29). Segundo Sarlet, Mitidiero e Marinoni (2021), no âmbito do processo civil, quando o juiz se depara com princípios conflitantes ele deve utilizar da ponderação para analisar o direito afirmado em juízo pelo autor e o direito violado. Para os mesmos autores, as noções de “ponderação são utilizadas sempre que surge a necessidade de encontrar o direito para resolver casos de tensão entre bens juridicamente protegidos”. No mesmo sentido, Rolf Madaleno argumenta:

O caminho a ser encontrado é o do equilíbrio entre dois valores que entram em colisão, considerando ser esta a orientação constitucional, cujo objetivo não é outro senão o de proteger os direitos fundamentais da pessoa. De lembrar, contudo, que a constituinte brasileiro contemplou extenso rol aberto de direitos fundamentais explícitos e outros não previstos expressamente, encontrando-se dentre eles a ponderação de princípios. (MADALENO, 2021, p.305)

Ávila (2004) argumenta ainda que “a ponderação se trata de um método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam” e necessita ser estruturada com critérios para que seja plenamente utilizada e para que possa estabelecer valores diferenciados a elementos que à primeira vista têm valores idênticos. O mesmo autor argumenta que a ponderação “surge da coexistência de valores que apontam total ou parcialmente para sentidos contrários”, ou seja, a ponderação surge para auxiliar no equilíbrio entre os princípios constitucionais, entre os valores e direitos protegidos e que muitas vezes, no caso concreto, têm interesses e finalidades opostas (ÁVILA, 2004, p. 96). Ainda sobre a ponderação, Sarlet, Mitidiero e Marinoni argumentam:

A ponderação não corresponde a um mero capricho dos cultores do direito constitucional decorre, de acordo com a explicação de Gomes Canotilho, de pelo menos três fatores: (a) a inexistência de uma ordenação hierarquizada e abstrata de bens constitucionais; (b) a estrutura de princípio de muitas normas constitucionais, que, por sua vez, implica a refutação de uma lógica do “tudo ou nada” e, portanto, exige a otimização e harmonização de tais princípios, especialmente nos casos de conflito; (c) a possibilidade de uma diversidade de leituras dos conflitos de bens constitucionais em face de uma ausência de unidade de valores no âmbito da comunidade política, impondo cuidadosa análise dos bens em causa e uma rigorosa fundamentação no âmbito da resolução dos conflitos. (SARLET, MITIDIERO E MARINONI, 2021 p. 98)

A função da ponderação no processo é buscar o equilíbrio e a ordenação de bens ou princípios jurídicos em conflito dentro de cada caso concreto. Ela auxilia na resolução dos conflitos e por isso pode ser utilizada para auxiliar nas questões onde há princípios que estejam conflitando. Há vezes em que a própria constituição estabelece regras de prevalência dos princípios, ela mesmo exige que seja dada preferência a determinado princípio e, portanto, a função da ponderação neste caso é observar para que o princípio receba a devida prevalência. (SARLET, MITIDIERO E MARINONI 2021. p. 112).

Ávila defende que a ponderação deve ser realizada em três etapas, que são a preparação da ponderação, a realização da ponderação e a reconstrução da ponderação. O autor ainda vincula a ponderação a concordância prática, que deve direcionar a ponderação e com a proibição dos excessos que é para ele uma das facetas da ponderação e deve ser utilizada sempre que houver limitação ou restrição de um direito (ÁVILA, 2004, p.96-97). Para Sarlet, Mitidiero e Marinoni, a prática da ponderação está ligada aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, como podemos perceber na citação abaixo:

Proporcionalidade e razoabilidade são noções que assumiram um papel de destaque no direito constitucional contemporâneo. Sua relação com os princípios da concordância prática e da ponderação é notória. Com efeito, proporcionalidade e razoabilidade guardam uma forte relação com as noções de justiça, equidade, isonomia, moderação, prudência, além de traduzirem a ideia de que o Estado de Direito é o Estado do não arbítrio. Por outro lado, apenas na aplicação desses princípios (e critérios) é que se logra obter a construção de seu significado, legitimação e alcance, pois a cada situação solucionada amplia-se o âmbito de sua incidência. (SARLET, MITIDIERO e MARINONI, 2021 p.98)

O já descrito princípio da proporcionalidade aparece para os autores de modo que se “impõe como instrumento de solução de conflitos” entre direitos e princípios que se chocam. A proporcionalidade deve ser aplicada, nos termos descritos anteriormente, para apontar um caminho para que o magistrado possa equilibrar os valores e interesses entre princípios contrapostos. Com isso, o juiz poderá harmonizar os diferentes valores constitucionais e ponderar qual a melhor forma de decidir o caso (SARLET, MITIDIERO e MARINONI, 2021).

Para José Sérgio da Silva Cristóvam (2006), o conflito entre princípios não encontra solução no campo da validade, mas sim no âmbito do valor, pois, se em uma situação em que há princípios que conflitam em relação a proibição ou não de uma prática, não se fala da validade ou não de um dos princípios, mas sim da prevalência

do princípio que possui um valor maior. Não podemos dizer que um princípio reconhecido pela constituição se tornou inválido em determinada situação, mas sim que existe um princípio que tem uma relevância maior para o caso concreto; neste momento, entram em campo a ponderação e a proporcionalidade.

Para Alexandre Antônio Bruno da Silva e Wheny Hawlysson Araújo Silveira (2014), segundo o pensamento de Robert Alexy, “a ponderação é elemento constitutivo da proporcionalidade e corresponde à proporcionalidade em sentido estrito”. Para compreendê-la devemos analisar junto o caminho dado pelos outros dois elementos que constituem a já descrita análise da proporcionalidade, que são a adequação e necessidade. Para os autores, segundo o pensamento de Alexy:

Enquanto para muitos doutrinadores a ponderação é um princípio, Alexy inova sua classificação. Segundo ele, a ponderação não se submete ao regime dos princípios, pois ela mesma jamais é ponderada frente a outro princípio com base em seus próprios subprincípios. Em um conflito entre princípios, onde não se sabe qual vai prevalecer em maior intensidade, a proporcionalidade operará em pleno, mas não estará sujeita à restrição por outro princípio. No mesmo sentido, os elementos parciais deverão ser aplicados sequencialmente e todos eles deverão ser satisfeitos. (ARAÚJO SILVEIRA, BRUNO SILVA, 2014, p. 124)

Como vimos anteriormente, a idoneidade, também chamada de adequação, entende que deve existir uma correlação entre meios e fins, ou seja, segundo sua aplicação, é necessário que haja uma aptidão para realizar determinado fim. Vimos também que a necessidade faz um juízo comparativo entre os direitos fundamentais em conflito. Segundo Alexandre Antônio Bruno da Silva e Wheny Hawlysson Araújo Silveira, “este elemento exige que, quando o meio escolhido para determinada realização restrinja outro direito fundamental, outro meio alternativo deve ser consultado para que não o atinjam”. Mas nem sempre haverá esta possibilidade, pois em determinados momento não há meios distintos daquele que se pretende utilizar ou se utilizou.

Quando isso ocorre, Alexandre Antônio Bruno da Silva e Wheny Hawlysson Araújo Silveira defendem que é necessário utilizar-se da proporcionalidade em sentido estrito para resolver a questão. Vimos que a proporcionalidade em sentido estrito trata de uma comparação entre a importância da realização do fim almejado com a intensidade da restrição dos direitos,

Para Alexy, este elemento corresponde ao mandado de ponderação. Através dele, verifica-se se o princípio fomentado pelo meio escolhido é suficientemente importante para justificar a restrição no princípio oposto. Assim, será incompatível a intervenção que atinja determinado princípio em maior escala que a importância do princípio contraposto. O objetivo da

proporcionalidade na colisão entre princípios de Alexy reside na solução ótima. Decisão em que uma posição não pode ser melhorada sem que outra piore e que não há possibilidade para melhorar ambas, simultaneamente. (ARAÚJO SILVEIRA, BRUNO SILVA, 2014, p. 126)

Ainda segundo os autores Alexandre Antônio Bruno da Silva e Whenny Hawlysson Araújo Silveira, nos sistemas jurídicos existem limitações que buscam combater decisões ou atos que possam denegrir ou limitar direitos e garantias fundamentais e um deles é conhecido como núcleo essencial dos direitos fundamentais. Para os autores, este núcleo só pode ser alcançado através da ponderação e se trata do “limite dos limites” pois “se encontra em um patamar inviolável. Mesmo que precise fomentar outro princípio, o intérprete não pode violar este núcleo, por guardar dentro dele, as mais intocáveis concepções e garantias concernentes ao ser humano”. (ARAÚJO SILVEIRA, BRUNO SILVA, 2014. p. 126)

Luíz Roberto Barroso, argumenta no mesmo sentido:

Em um ordenamento jurídico pluralista e dialético, princípios podem entrar em rota de colisão. Em tais situações, o intérprete, à luz dos elementos do caso concreto, da proporcionalidade e da preservação do núcleo fundamental de cada princípio e dos direitos fundamentais, procede a uma ponderação de interesses. Sua decisão deverá levar em conta a norma e os fatos, em uma interação não formalista, apta a produzir a solução justa para o caso concreto, por fundamentos acolhidos pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral. (BARROSO, 2008, p 340)

A questão deste núcleo essencial não é pacífica para a doutrina e este trabalho não busca resolver esta questão, mas os autores abordados reconhecem que os princípios possuem este “núcleo essencial” e que alguns princípios detêm valores a serem priorizados. Sobre este assunto Sarlet, Marinoni e Mitidiero argumentam:

Há de se levar em conta, neste contexto, que resta enfrentar o problema de até que ponto medidas adequadas e necessárias podem, ainda assim, resultar em compressão excessiva do bem afetado pela restrição, sendo questionável se a categoria do núcleo essencial por si só pode dar conta do problema. Além disso, a aceitação de que os direitos fundamentais possuem um núcleo essencial remete novamente ao problema de saber se este núcleo é o que resulta do processo de ponderação, a exemplo do que, em linhas gerais, preconiza Alexy e, entre nós, Virgílio Afonso da Silva. Cuida-se, sem dúvida, de debate a ser aprofundado, revelando que também a dogmática constitucional brasileira está engajada em avançar quanto a este ponto, de tal sorte que aqui nos limitamos a referir a controvérsia, dada a sua relevância, visto que o que se busca é aprimorar os mecanismos de controle das restrições e reduzir os níveis de subjetivismo e irracionalidade na aplicação da proporcionalidade. (SARLET, MITIDIERO, MARINONI, 2021, p. 173)

Assim, percebemos que a ponderação e a proporcionalidade têm grande importância para o direito atual, mesmo que não haja completa pacificação quanto à sua aplicação, pois pode auxiliar a nortear legisladores, administradores e

magistrados. O tema do núcleo essencial dos princípios necessita de mais estudo, mas é nítido que quando há conflito entre direitos, bens jurídicos e princípios, o magistrado deverá proteger valores essenciais e se utilizar da ponderação para aplicar corretamente o direito, sempre levando em conta a proporcionalidade e a razoabilidade para que assim consiga tomar decisões de forma mais assertiva e proteger os direitos resguardados pela constituição federal.

4.1 POSSIBILIDADES DE UTILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA

No capítulo anterior, vimos que a prova possui um lugar importante dentro do processo e que o direito fundamental a prova trata do direito de produção de provas lícitas. Vimos também que a prova como um elemento essencial à conformação do direito ao processo justo, deve obedecer a legalidade para a sua utilização, mas que em algumas ocasiões estas provas consideradas ilícitas devem ser utilizadas, pois só assim, o magistrado poderá alcançar uma decisão mais justa. Neste sentido, Agra, Bonavides e Miranda escrevem:

Ocorre que há situações em que as provas ilícitas se tornam lícitas pela conjunção de elementos fáticos e sociais que cercam o caso. Ainda que a afirmação seja contestável sob a ótica teórica, dois casos, como exemplos, devem ser expostos. O primeiro, se refere ao caso em que “[...] uma correspondência furtada pode servir de prova absolutória. Sua não utilização poderia levar alguém a responder por anos e anos de cadeia, nada obstante o fato de estar-se diante de um elemento material, absolutamente controlador da inocência do acusado”. Nesse caso, a prova é tornada lícita ao se confrontar com outros princípios, mediante a utilização da máxima da proporcionalidade, em que o princípio da liberdade deve preponderar ao da estrita observância da lei penal, dependendo do caso concreto. (AGRA, BONAVIDES, MIRANDA, 2009, p. 221)

Segundo Sarlet, Mitidiero e Marinoni (2021), quanto ao uso das provas ilícitas no processo civil, é necessário que o magistrado use da ponderação e analise dois critérios que o auxiliarão na decisão sobre o uso da prova ilícita. O primeiro critério trata da identificação e explicitação dos valores e princípios que devem ser ponderados no caso concreto. Em segundo lugar, é necessário que o juiz identifique se havia outro meio de prova a disposição para comprovar o fato alegado. Os mesmos autores ainda argumentam que “é imprescindível a análise da necessidade da prova ilícita para formação do convencimento judicial para saber se ela pode ou não ser

aproveitada em juízo”, ou seja, não basta apenas recusá-la, é necessário que o juiz justifique o porquê de não utilizar a prova. Neste mesmo sentido, Rolf Madaleno argumenta:

O aproveitamento das provas obtidas com infringência às normas de direito material têm sido alvo de calorosas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, prevalecendo o entendimento de que o juiz não deve considerá-las. Muito embora, e já de longo tempo, pois é texto escrito ainda sob a égide da Constituição Federal de 1967, Alcides de Mendonça Lima dizia não poder o juiz abstrair-se de conhecer o fato e julgá-lo apenas porque a prova foi considerada ilícita ou imoral. Especialmente se a parte dispuser somente daquela prova, por cuja natureza, não ensaia, normalmente outro meio, pois sua repulsa irá ensejar uma sentença injusta e para o juiz importa é fazer justiça. (MADALENO, 2021, p. 187)

O aproveitamento das provas ilícitas no processo civil para estes autores está ligado à ponderação, aos princípios que estão em jogo e a possibilidade de utilização de outros meios de comprovação para o fato. Como dito anteriormente, quando falávamos da alienação parental, a prova da realização ou não dos atos de alienação parental são extremamente difíceis, pois são atos praticados em ambientes fechados e de acesso restrito, ou ainda, muitas vezes é necessário a prova de fato negativo.

Fredie Didier Junior (2018) reconhece a dificuldade de comprovação destes fatos e denomina a prova de tais fatos como “prova diabólica”, que segundo sua descrição “são aquelas cuja produção é considerada como impossível ou muito difícil”. Estas provas são daquelas onde os meios de prova não são capazes de provar as alegações ou são extremamente difíceis de comprovar.

Um bom exemplo de prova diabólica é a do autor da ação de usucapião especial, que teria de fazer prova do fato de não ser proprietário de nenhum outro imóvel (pressuposto para essa espécie de usucapião). É prova impossível de ser feita, pois o autor teria de juntar certidões negativas de todos os cartórios de registro de imóvel do mundo. Outro exemplo de prova diabólica são os “factos que ocorrem em ambiente fechado ou de acesso restrito”. (DIDIER JR., 2018, p. 221)

Segundo Rolf Madaleno (2021), “no caso da testemunha com dever profissional de sigilo, que tem a obrigação de se recusar a depor, ou na hipótese do testemunho de parente consanguíneo ou por afinidade defende”, o depoimento destas testemunhas se torna nulo e, portanto, não deve ser utilizado no processo a menos que esta “prova ilícita” seja extremamente determinante para o processo. (Madanelo,2021. O autor reconhece que o uso das provas ilícitas está ligado ao caso concreto, pois alega que elas devem ser utilizadas quando forem determinantes para o processo.

Ao tomar a decisão, o magistrado deve se basear na importância da prova e também utilizar da ponderação para pesar os direitos ali colocados em jogo. Os direitos fundamentais que buscam proteger a intimidade do indivíduo e a dignidade recebem uma atenção especial nas causas familistas, assim como os direitos de proteção à criança e ao adolescente e proteção do vínculo familiar. Rolf Madaleno (2021) afirma o seguinte sobre o tema:

A própria natureza das questões processuais debatidas no âmbito do Direito de Família é peculiar e deve ser vista com um evidente e indissociável juízo de ponderação. Prova de aplicação deste juízo de ponderação, consiste na possibilidade de serem auscultadas no juízo familista as pessoas que são impedidas de depor, como o cônjuge, ascendentes, descendentes e colaterais até o terceiro grau (art.405, § 2º, inc. I do CPC), salvo se assim o exigir o interesse público, ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não houver outro modo de obter a prova. Mesmo no caso de depoimento de criados e serviçais com liames de dependência, por cujos vínculos não poderiam depor, salvo quando estritamente necessário (§ 4º, art. 405), e usualmente serão testemunhos necessários pela proximidade que têm com os fatos e a intimidade verificada na privacidade do domicílio familiar. (MADALENO, 2021, p. 322)

Como vimos anteriormente, Rolf Madaleno considera que a prova ilícita “fere de morte os direitos fundamentais previstos pela Constituição Federal e atinentes à intimidade, à liberdade e à dignidade humana” (2021, p. 307). Por isso, na hora de pesar a utilização destas provas, estes direitos devem ser pesados e levados em conta juntamente com os outros direitos que zelam pela integridade moral do indivíduo.

Segundo Rolf Madaleno, mesmo que estes direitos recebam proteção especial, quando são confrontados pela proteção de um valor maior, como por exemplo quando se busca preservar a integridade psíquica dos filhos ou a subsistência quando ocorre dependência alimentar, eles podem ser deixados de lado, permitindo a quebra do sigilo e o uso de provas ilícitas pelo uso da ponderação e da proporcionalidade. (MADALENO, 2021, p. 308-309)

A garantia dos direitos à integridade moral que, como vimos anteriormente, trata da intimidade e da privacidade, deve sempre ser levada em conta na hora da tomada de decisão de uso da prova. Para Guilherme Penã de Moraes (2020), a “regra imposta pela constituição é a da cautela e da prudência na determinação da ruptura da esfera de intimidade”, pois, como vimos anteriormente, o direito fundamental à prova se trata de um direito de produzir provas lícitas e de acordo com o direito. Portanto, na hora de decidir sobre o uso da prova ilícita no processo, o juiz deverá levar em conta a admissibilidade e a necessidade da prova. Para Sarlet, Mitidiero e Marinoni:

O problema está, portanto, em individualizar quais são os requisitos que determinam a admissão da prova. Uma prova é *admissível* quando a alegação de fato é *controversa*, *pertinente* e *relevante*. A alegação é *controversa* quando pendem nos autos duas ou mais versões a seu respeito. É *pertinente* quando diz respeito ao mérito da causa. E é *relevante* quando o seu esclarecimento é capaz de levar à verdade. Reunindo a alegação de fato todas essas *qualidades objetivas*, o juiz tem o dever de admitir a produção da prova. (SARLET, MITIDIERO, MARINONI, 2021, p. 174)

Percebe-se assim que, no âmbito do processo familiar, ao se deparar com provas ilícitas, o magistrado deve usar da ponderação e examinar a necessidade e a admissibilidade da prova para poder então levar em conta a sua produção. Isso não exclui a necessidade do uso da proporcionalidade para pesar o conflito entre os princípios, mas é interessante que o magistrado, primeiro pondere sobre a necessidade e a admissibilidade da prova, para depois ponderar sobre seu uso em relação aos outros princípios. Para Sarlet, Marinoni e Mitidiero “a ponderação deve ser realizada em concreto pelo juiz para cotejar a relevância dos valores e dos interesses em jogo a fim de aquilatar a proporcionalidade do emprego da prova para proteção do direito afirmado em juízo “. (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2021, p. 98-99)

Rolf Madaleno, ao falar sobre o uso das provas ilícitas do processo, exemplifica: “são admitidos os depoimentos de empregados domésticos nas ações de família, não somente porque estas pessoas conhecem os fatos ocorridos no recesso do lar, mas porque muitas vezes elas mantêm vínculos com ambos os litigantes”. Segundo ele, este vínculo não é levado em conta nas alterações de guarda ou de regulamentação de visitas em virtude dos depoimentos se tratarem de uma importante ferramenta para o descobrimento da verdade, pois os empregados domésticos e parentes podem esclarecer fatos ocorridos na vida particular. (MADALENO, 2021 p. 310) Este recurso deve ser utilizado com muita cautela e moderação, pois, como visto até aqui, o descobrimento da verdade não pode dar lugar à prática de quaisquer atos e não justifica a anulação de direitos fundamentais de forma tão simples. Rolf Madaleno (2021) ainda alega que nestes casos:

o próprio legislador tratou de estabelecer os mecanismos de razoabilidade na utilização da prova que, em princípio seria vetada, contudo, considerando razoável a coleta desta prova em situações preestabelecidas, pertinentes ao interesse público ou ao estado das pessoas”. (MADALENO, 2021 p. 310-311)

Segundo Sarlet, Marinoni e Mitidiero, “a valoração da prova é livre pelo juiz, isso não quer dizer, contudo, que a formação de seu convencimento não deva

obedecer a modelos compatíveis com o direito material debatido no processo”. Logo, podemos entender que o juiz pode utilizar as provas da melhor forma, a fim de formar seu convencimento sobre os fatos alegados, mas não pode decidir quais provas usar e de que maneira usar baseado em sua própria motivação, ele deve cumprir as exigências do direito material de cada caso que está posto diante dele. O juiz deve justificar seu convencimento e o uso das provas de forma coerente para comprovar a sua motivação na hora de expor a decisão (SARLET, MITIDIERO, MARINONI, 2021, p 388).

Sarlet, Mitidiero e Marinoni (2021), também relatam o problema do uso da prova ilícita por derivação no processo civil, que a princípio se trata de uma prova igualmente ilícita pela teoria da árvore dos frutos envenenados. Os autores entendem que, quando a prova ilícita por derivação pode ser considerada autônoma, ou seja, quando ela, mesmo sendo derivada, foi descoberta por fonte autônoma, ou quando sua descoberta era inevitável, deve ser aceita a sua eficácia, pois não há razão para vinculá-la a prova ilícita. Sobre isso, os autores escrevem:

Nesse caso, quebra-se a relação de antijuridicidade entre as provas. Se o descobrimento da prova era provavelmente independente da prova ilícita, então não há por que entendê-la como derivada da primeira, devendo ser tratada como uma prova provavelmente independente e, assim, sem qualquer nexos com a prova ilícita. Rompe-se, assim, o nexos causal entre as provas. (SARLET, MITIDIERO e MARINONI, 2021, p.314)

Podemos perceber assim que a vedação ao uso da prova ilícita no direito civil possui algumas limitações e que estas provas podem e muitas vezes devem ser aproveitadas no processo, sempre com a máxima cautela, utilizando-se da proporcionalidade, da razoabilidade e analisando cada caso concreto para que assim, o magistrado possa dar uma sentença de forma assertiva e justificada. Esta decisão também precisa se valer da proporcionalidade para averiguar a valoração dos princípios e diminuir os rios e excessos da sentença.

4.2 PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE X PROIBIÇÃO DA PROVA ILÍCITA

Como vimos anteriormente, ao decidir sobre a possibilidade de aproveitamento das provas ilícitas, o magistrado deve ponderar a importância da prova, a necessidade dela para o descobrimento da verdade e os princípios conflitantes no caso concreto. Nas ações familistas, muitas vezes os processos lidam

com situações que envolvem a guarda ou o interesse de crianças e adolescentes. Estas situações são regidas por princípios de proteção da criança e do adolescente, que já foram explicados no capítulo 2 deste trabalho.

Os processos de família são processos que lidam com situações extremamente sensíveis, principalmente quando lidam com crianças, que são seres humanos em desenvolvimento e possuem maior vulnerabilidade. Por isso, há diversos princípios que norteiam estas ações e que visam proteger cada indivíduo que faz parte da família. Dentro destas ações, o juiz muitas vezes se depara com princípios conflitantes e com situações em que deve decidir qual bem jurídico protegido pela constituição deverá prevalecer contra outro. Quando ocorrem estes conflitos entre os princípios, o magistrado deve realizar a ponderação e pensar em qual princípio possui um valor maior no caso concreto.

Uma das situações em que pode ocorrer o conflito entre princípios é quando de um lado temos o princípio do melhor interesse da criança e da proteção integral da criança e do outro lado a vedação ao uso da prova ilícita. A doutrina apresenta diversos exemplos de ocasiões em que este conflito ocorre, como quando há a necessidade de se provar a renda do alimentante, ou em casos de suspeita de abuso sexual.

Nestes casos, como visto anteriormente, o magistrado deverá se utilizar da ponderação e da proporcionalidade para resolver esta questão. Segundo Rolf Madaleno (2021, p. 54), “O princípio da proporcionalidade reconhece a ilicitude da prova, entretanto, permite que o juiz coteje os valores postos em entreechoque, no propósito de escolher e decidir pelo melhor caminho na aplicação da justiça”. O juiz deve utilizar da proporcionalidade, levando em conta os bens jurídicos protegidos no caso concreto para ceder nas hipóteses em que observância daquele princípio levaria à lesão de outro princípio ainda mais valorado (MADALENO, 2021).

Temos assim, de um lado o princípio da vedação da prova ilícita, que defende o não uso de provas produzidas de forma contrária ao ordenamento jurídico brasileiro e que segundo alguns autores fere os direitos fundamentais, pois viola os direitos à intimidade, à privacidade e a inviolabilidade do lar. Do outro lado temos os princípios de proteção à criança, que tratam da primazia do interesse do menor e da proteção integral da criança no ordenamento brasileiro.

Rolf Madaleno (2021), segundo o pensamento de pontes de Miranda, afirma que o direito ao sigilo e de resguardo da personalidade devem ser considerados secundários quando confrontado com direitos de “maior importância” para a constituição, como no caso de princípios e direitos que visam a proteção física e a honra do indivíduo. Podemos incluir neste rol de princípios maiores os que versam sobre a proteção da criança e do adolescente, pois como vimos no capítulo 2, o interesse superior da criança é tido como uma “consideração primordial” para a constituição federal (LÔBO, 2019, p. 77). Portanto, pelo princípio da ponderação, deve o magistrado ceder, quanto ao uso das provas ilícitas, buscando a proteção de direitos maiores, como os já mencionados princípios da afetividade e do melhor interesse do menor. Neste mesmo sentido, Rolf Madaleno escreve:

Em todos os exemplos trazidos da prática processual do juízo de família, o próprio julgador tem deferido a utilização destes que são considerados meios proibidos de prova e constitucionalmente protegidos, mas que antes de tudo, 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 familista, sempre que se mostrarem relevantes para a justa solução da demanda. (MADALENO, 2021, p. 56)

Vimos que um princípio não deve ser invalidado quando ocorre o conflito com outro, mas o que deve ocorrer é que nestes casos deve ser ponderado sobre qual possui um valor maior. A proteção da intimidade e a vedação da prova ilícita em momento algum podem ser invalidados, mas diante de princípios que têm uma relevância maior para o caso, eles recuam frente ao maior peso e importância para outro princípio reconhecido pela constituição federal (CRINSTOVAM, 2006, p. 232). Especialmente em processos familiares, a proteção da criança deve ter uma relevância maior para o caso concreto, pois se tratam de processos que precisam de um tratamento especial, e que lidam com menores que são sujeitos que precisam de tratamento primordial. Neste mesmo sentido, Rolf Madaleno Argumenta:

Como não admitir, na ponderação de valores em entrecabo, a coleta clandestina de gravações de vídeo ou de voz, de cenas de maus-tratos físicos ou psicológicos à criança, ou de abusos sexuais, para, no melhor interesse do menor, embasar a troca de sua custódia legal. O magistrado não deixa de ponderar valores probatórios quando decide sobre a exumação de um cadáver para a realização de prova científica em DNA em investigatória de paternidade, pois tratará de atribuir maior valor à identidade da pessoa do investigante em detrimento da preservação do cadáver exumado. (MADALENO, 2021 p. 56)

Para Rolf Madaleno, a decisão do magistrado, que nestes casos está correta, pois decidir em prol do vínculo familiar e da integridade física da criança significa proteger da melhor maneira possível a dignidade da pessoa e os direitos da

criança, pois a “família é o primeiro e mais fundamental, o mais específico, mais real e concreto encontro humano do homem, razão pela qual, tudo nela é fundamental, pois é a família a base de toda a sociedade” (MADALENO 2021, p. 173).

Podemos perceber assim, que para uma parte da doutrina a vedação dada pela constituição federal ao uso das provas ilícitas pode “ceder” diante de princípios que detém uma maior relevância no caso concreto. Neste momento, o magistrado deve entender qual princípio possui um “valor” maior para o caso e decidir com base neste princípio. Nas ações familiares, como visto anteriormente, os princípios da proteção à criança e da afetividade possuem um peso maior do que o da vedação da prova ilícita.

4.3 A POSSIBILIDADE DE USO DAS PROVAS ILÍCITAS E ILEGÍTIMAS EM PROCESSOS EM QUE HÁ ALEGAÇÃO DE ALIENAÇÃO PARENTAL

Os capítulos anteriores buscam demonstrar a importância da família, da prova e da proteção integral da criança e do adolescente no processo civil e para a constituição brasileira. Como vimos até aqui, os processos familistas são regidos por uma série de princípios que visam proteger os indivíduos que fazem parte da família e que algumas vezes, dentro do caso concreto, estes princípios podem entrar em conflito. Quando isso ocorre é necessário que o magistrado use da ponderação e da proporcionalidade para resolver este embate e tomar a melhor decisão para o caso.

Podemos perceber que esta decisão deve se basear na valoração dos princípios, pois o magistrado deve pesar qual princípio possui um valor maior para o problema em questão. Vimos ainda que diversos autores defendem que o uso das provas ilícitas e ilegítimas no processo civil pelo uso da proporcionalidade, usando da ponderação e analisando o valor da prova para o caso e dos princípios que no caso estão em desacordo. Iremos analisar agora a relação da prova ilícita com a proteção da criança e do adolescente em casos em que há alegações ou suspeita de alienação parental.

Vimos ainda que no processo civil, para Rolf Madaleno, existem três situações em que as provas ilícitas devem ser aceitas, quando há uma prova derivada de uma prova ilícita, mas não há nexos de causalidade, e através do princípio da proporcionalidade. Neste último caso ocorre o conflito entre os princípios e a prevalência ou não da prova obtida ilícita dependerá da análise feita pelo magistrado.

Os princípios de proteção da criança são de extrema importância para a constituição federal e para a sociedade atual e como visto anteriormente, incorporam a doutrina da proteção integral da criança e não são apenas recomendações éticas, mas diretrizes determinantes para o tratamento de crianças e adolescentes pela família, sociedade e estado. O princípio da Prioridade Absoluta resguarda o direito à vida, à dignidade, à alimentação, à educação à liberdade e à convivência familiar (DIAS, 2019, p.70-71). A proteção da criança deve ter prioridade absoluta e seus direitos devem ser resguardados com máximo zelo pelo magistrado, sendo um princípio que nas relações familiares, deve ser valorado de forma máxima.

Diante disso, podemos entender que os princípios da proteção integral do menor e da prioridade absoluta devem ser considerados de maior valor do que o da vedação da prova ilícita nos processos de família que envolvem algum tipo de risco ou prejuízo para os direitos de crianças e adolescentes. Quanto a necessidade do uso das provas ilícitas em processo civil, Rolf Madaleno acrescenta:

Não age de forma distinta quando autoriza a quebra do sigilo bancário para apurar a capacidade econômico-financeira do devedor de alimentos de um profissional liberal, ou de um empresário ou trabalhador autônomo e cuja quebra de sigilo seria o único meio de prova, senão o mais relevante, já que demonstraria de forma direta, a exata exteriorização de riqueza do alimentante. (MADALENO, 2021, p. 170)

Ao falarmos sobre a alienação parental vimos que se trata de uma campanha de degradação de um dos familiares em relação a outro familiar realizada com o intuito de afastar a criança deste familiar. A doutrina reconhece inúmeros prejuízos para a criança e principalmente para o vínculo familiar nestes casos. Segundo Ana Carolina Carpes Madaleno e Rolf Madaleno “a consequência mais evidente é a quebra da relação com um dos genitores. A criança cresce com o sentimento de ausência, vazio e ainda perde as interações de aprendizagem”. A alienação parental busca denegrir um dos cônjuges ou familiares, mas acaba por destruir a relação familiar e prejudicar a saúde psíquica e emocional da criança ou adolescente alienado.

O vínculo familiar e a afetividade sofrem um grande ataque com a alienação parental, pois ela visa ao distanciamento da criança com parte de sua família. A afetividade atualmente é reconhecida como parte do vínculo familiar e se trata do laço que envolve os integrantes de uma família com o intuito de garantir a felicidade de seus membros. Para Maria Berenice Dias, a afetividade é o princípio

norteador do direito das famílias (DIAS, 2013 p. 73). O direito à convivência familiar busca assegurar a criação e manutenção dos vínculos afetivos entre os membros da família, principalmente a proximidade física entre genitores e filhos. Sobre a proteção deste vínculo, Sandra Inês Feitor alega:

Tratando-se de, portanto, de matéria de interesse público, impondo o dever do estado, por intermédio dos tribunais de salvaguardar o superior interesse da criança e direitos fundamentais, quer protegendo a sua infância e juventude, seus direitos de personalidade a uma convivência familiar ampla e saudável, quer fazendo cumprir e aplicar a lei e as decisões jurisdicionais. (DIAS, 2017, p. 98)

Segundo Paulo Lôbo, “o princípio do melhor interesse da criança trouxe-a ao centro da tutela jurídica, prevalecendo sobre os interesses dos pais em conflito”, ou seja, no entendimento atual, a criança é vista como uma pessoa em formação e que merece que seus direitos sejam tratados como prioridade nas relações jurídicas e familiares, por força do princípio da prioridade absoluta. Assim, sua dignidade, seu respeito e sua convivência familiar não podem ficar comprometidos, mesmo que haja a separação dos pais. Os direitos das crianças nas relações familiares e em processos familistas deve ser priorizado em relação ao direito dos pais (LÔBO, 2021, p. 87).

Consequentemente, a centralidade da tutela jurídico-familiar na pessoa das crianças importa compreensão abrangente do conceito de proteção dos filhos. Quando os pais não chegarem a mútuo acordo, após a separação, acerca do modo de convivência que cada um entretecerá com os filhos comuns, deve o juiz assegurar a estes o direito de contato permanente com aqueles. (LÔBO, 2021, p. 88)

Buscamos assim, demonstrar que quando a criança ou adolescente é utilizado como instrumento de vingança de um parente contra o outro, em casos de “alienação parental”, o direito deve buscar acima de tudo, fazer com que o prejuízo aos direitos da criança seja cessado e que a dignidade e a integridade física e emocional da criança sejam protegidas de forma urgente. Neste sentido, Sandra Inês Feitor justifica a decisão do tribunal de justiça do RS:

O Tribunal de justiça do RS, em decisão de 16.03.2016, pronunciou-se no sentido de que “a alteração de guarda reclama a máxima cautela por ser fato em si mesmo traumático, somente se justificando quando provada situação de risco atual ou iminente, o que ocorre na espécie. Considera-se que a infante estava em situação de risco com sua genitora, quando demonstrado que ela vinha praticando alienação parental em relação ao genitor, o que justifica a alteração de guarda” [...] A guarda deve atender, primordialmente ao interesse do menor. (FEITOR, 2017, p. 97)

Podemos imaginar que em determinado caso em que a criança esteja sofrendo alienação e não há provas que possam comprovar o fato, além da prova ilegal, essa prova deve ser aceita pelo magistrado pois atende todos os requisitos

descritos anteriormente para o seu aproveitamento e valoração. O juiz não apenas pode aceitar a prova com deve aceitá-la, pois se trata de fato determinante para o processo e de um risco eminente para a saúde do menor. Portanto, ao deparar-se com tal situação, o magistrado deve reconhecer que o princípio da vedação da prova ilícita perde força em relação à proteção da criança e justificar o uso das provas através da ponderação e da proporcionalidade.

Ávila (2004) nos mostra que, ao nos depararmos com o conflito entre princípios, não basta que o juiz realize uma avaliação de forma simples e rápida para decidir qual princípio deve sobrepujar o outro, mas é necessária a aplicação da proporcionalidade para que através dela seja reconhecido e descoberto se o ato ou decisão se trata de um “meio” justo para o processo. Como vimos anteriormente o exame da proporcionalidade deve analisar se a medida tomada leva a realização de uma finalidade determinada, se haveria outros meios menos restritivos para atingir a finalidade e se a finalidade é tão valorosa a ponto de justificar a decisão ou restrição imposta (AVILA, 2004, p. 113-114).

Faz-se necessário que o juiz realize a aplicação dos princípios ao caso concreto para que veja qual deles cumpre o final idealizado. O princípio de vedação da prova ilícita tem como objetivo impedir que injustiças sejam feitas garantindo um processo justo e que a dignidade da pessoa humana seja resguardada. Ocorre que muitas vezes o uso das provas ilícitas é o único meio de comprovar um fato e garantir um processo justo para ambas as partes. Assim, para o caso concreto, vimos que o não reconhecimento das provas ilícitas não serve para atingir o estado ideal de coisas inicialmente proposto com a criação deste princípio. Portanto, como citado anteriormente, “ocorre que há situações em que as provas ilícitas se tornam lícitas pela conjunção de elementos fáticos e sociais que cercam o caso”, (AGRA, BONAVIDES, MIRANDA, 2009, p. 221), ou seja, a ilicitude da prova é deixada de lado para atingir o estado ideal de coisas que foi proposto pela constituição federal.

Assim, na situação pensada anteriormente onde a criança esteja sofrendo atos de alienação parental, o juiz deve encontrar meios para que este ato seja interrompido. Ao deparar-se com uma prova da alienação parental que foi obtida por meio ilícito ou ilegítimo, visando a proteção da criança, o magistrado pode aproveitar a prova, baseando-se na proporcionalidade e analisando todas as etapas necessárias na hora da valoração da prova e da decisão. Outro fato que justifica o uso

e a necessidade de utilização das provas ilícitas em processos em que há suspeita ou alegação de alienação parental é a dificuldade de comprovação dos fatos alegados.

Muitas vezes, as partes que sofrem com a alienação parental precisam comprovar que não praticaram atos que estão sendo alegados pela parte contrária ou que ocorreram no interior do lar e, portanto, violam princípios da intimidade e da inviolabilidade do lar. Como vimos anteriormente, estas provas as vezes são chamadas de “provas diabólicas” por sua complexidade e dificuldade. A própria perícia médica e psicológica muitas vezes não dá conta de comprovar a alienação parental, pois os laudos podem ser inconclusivos, deixando o juiz com dúvidas quando a decisão que deve ser tomada (DIAS, 2017, p. 31).

Como citado anteriormente, Rolf Madaleno defende o uso da prova ilícita em processos civis e argumenta que “o magistrado deve sopesar a permissibilidade de aceitação da prova obtida por meio ilícito em resguardo aos menores (integridade física e psicológica) e à ordem jurídica”. Os direitos e a proteção da criança devem sobrepor o direito de seus pais quando colocados em choque e quando representarem algum tipo de ameaça a saúde física ou emocional da criança. Sobre a gravidade dos atos de alienação parental Maria Berenice Dias alega:

O alienador nem atenta ao mal que ocasiona ao filho, tão perverso quanto se o abuso tivesse ocorrido. Aliás, é preciso se ter presente que esta também é uma forma de abuso que põe em risco a saúde emocional da criança, a qual acaba passando por uma crise de lealdade[...] o que gera doloroso sentimento de culpa quando vier a constatar que foi cúmplice de uma grande mentira. (DIAS, 2017, p. 25)

Ao tomar a decisão, o magistrado deverá levar em conta a proteção da criança e a realidade da situação de abuso. Obviamente a situação não é tão simples, pois ainda há outros princípios a serem analisados, como o da inviolabilidade da intimidade que, como narrado anteriormente, busca proteger a intimidade das relações familiares e a intimidade do indivíduo. O juiz não deve utilizar a prova ilícita sob qualquer preço, mesmo que seja para proteção de direitos, a análise da proporcionalidade deve ser realizada para entender se os meios utilizados (aproveitamento da prova ilícita) atendem à finalidade proposta, são adequados e proporcionais. A intimidade está ligada ao modo de ser da pessoa e não deve ser desconsiderada, pois nenhum princípio pode ser anulado no processo.

A privacidade e inviolabilidade do domicílio também devem participar desta análise, pois tratam do íntimo do ser humano e da segurança pessoal e da

residência do indivíduo. Vimos que a alienação parental ocorre geralmente em locais privados, íntimos, dentro do lar que detém esta inviolabilidade e, portanto, merece proteção. A questão não trata de anulação destes importantes princípios, mas do peso que a proteção da criança e da prioridade absoluta dentro de processos familistas, principalmente em situações de alienação parental. Sarlet, Marinoni e Mitidiero reconhecem:

O que se percebe, é que o STF tem mantido e mesmo aperfeiçoado a sua orientação já consolidada de zelar pela efetividade do marco normativo que consagra a doutrina da proteção integral da criança (como também se verifica no caso dos adolescentes) e do princípio/dever de privilegiar o seu melhor interesse e sua posição prioritária em termos de proteção (SARLET, MITIDIERO, MARINONI, 2021, p. 311)

Percebemos assim que grande parte da doutrina reconhece o peso que a proteção integral da criança tem dentro do juízo familista e que esta proteção pode sobrepor outros princípios dentro de processos de alienação parental, visando à integridade da criança e à manutenção de sua saúde e direito. Não significa que o magistrado deve aceitar as provas ilícitas de qualquer forma, aceitando-a sempre que houver alegação de alienação parental, pois o magistrado deve sempre buscar justiça e a proteção da dignidade de todos dentro do processo familista, que são processos regidos pelo princípio da afetividade e buscam denegrir o menos possível as relações afetivas. O magistrado, através da razoabilidade e da análise da proporcionalidade, pode pesar o uso destas provas no caso concreto para decidir se seu aproveitamento é útil ou não e se atende todos os requisitos do exame da proporcionalidade, para então aproveitá-las dentro do processo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como foi possível observar ao longo das discussões referidas neste trabalho, a família é tida como base da sociedade e merece um papel de destaque dentro da proteção dada pela constituição federal. Diante da análise dos princípios que visam proteger esta importante instituição, podemos perceber que os princípios que tratam da afetividade da proteção do menor ganham maior destaque e importância dentro da sociedade atual.

Analisamos ainda que os princípios buscam a criação de um estado ideal de coisas e que nos princípios de proteção da família, estes buscam a proteção do vínculo familiar e da dignidade de seus membros. Para proteger este fim, o aplicador do direito deve sustentar meios que atendam corretamente o fim, buscando aplicar os princípios da melhor forma possível. Ocorre que muitas vezes, ao aplicar o princípio ao caso concreto, nos deparamos com outros princípios que devem ser analisados e pesados dentro de tal situação para que o magistrado possa tomar a decisão mais correta possível.

Quando ocorre este conflito entre princípios que detêm o mesmo peso hierárquico, é necessário que o magistrado realize uma ponderação entre eles e, através do exame da proporcionalidade, decida qual princípio merece ter sua aplicação favorecida em relação a outro princípio. O princípio não perde força, pois não se trata de invalidar um princípio, mas de recuar a sua eficácia e aplicação diante de outro princípio que detém uma maior relevância e valor no caso analisado. Vimos ainda, que o magistrado, nestes casos, deve procurar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, para que assim possa averiguar qual o princípio que deve ser protegido no caso concreto

Vimos que dentro da família ocorrem situações de conflitos e que uma destas situações é a da alienação parental que está ligada ao afastamento de um dos genitores (ou outro membro da família) da criança ou adolescente por meio de invenções que foram criadas com o intuito de conseguir este afastamento. Estes casos são de extrema complexidade para o magistrado, pois tratam de casos em que a produção de provas é extremamente difícil. A função da prova é muito importante para o processo, pois busca esclarecer os fatos alegados pelas partes e convencer o magistrado de como deve decidir a demanda.

Muitas vezes, a única prova possível para a comprovação da alienação parental, ou comprovação de fato negativo, só pode ser obtida por meio ilícito, pois são fatos que ocorrem na intimidade do lar, onde apenas os membros da família e amigos mais chegados têm permissão para acessar. Temos assim o choque entre princípios que buscam proteger a intimidade do lar, a vedação da prova ilícita com os princípios da afetividade, da proteção integral do menor e da prioridade absoluta.

Ao analisar sobre o uso das provas ilícitas em processos em que há alegações e suspeitas de alienação parental, o magistrado deverá pesar qual destes princípios narrados deverá se sobrepor em relação aos demais e como deverá fundamentar sua decisão. Segundo os autores pesquisados, os princípios de proteção da criança tratam de um valor primordial para a constituição brasileira e para a família. A criança é um sujeito de direito em formação e detém a prioridade absoluta para o direito.

Os direitos e a sua proteção devem sobrepor o direito de seus pais quando colocados em choque e quando representarem algum tipo de ameaça a saúde física ou emocional da criança. Esta análise não pode ser feita de maneira simplista, mas deve levar em conta quais os princípios e garantias estão sendo mais agredidos em cada caso. É necessário que o magistrado entenda qual o núcleo essencial e que considere qual o princípio que possui mais valor para o caso concreto. Muitos autores defendem que o núcleo essencial se confunde com a dignidade da pessoa humana, pois trata da proteção mais íntima do ser. O magistrado então deverá decidir sobre o aproveitamento ou não das provas ilícitas em processos que contenham alegação ou suspeita de alienação parental com base nos princípios que regulamentam a família e protegem a criança e a dignidade do indivíduo.

Em muitos casos de alienação parental, esta prova é extremamente necessária, pois para a maior parte da doutrina a prova destes fatos é quase impossível ou de extrema dificuldade. A alienação parental ocorre na intimidade do lar, entre sujeitos íntimos e em relações privadas, portanto a comprovação dela choca-se diretamente com os princípios da privacidade e da inviolabilidade do lar. É preciso, portanto, entender que este local, por se tratar de um local de proteção e de intimidade, merece ser resguardado, mas não sob o custo da degradação do vínculo afetivo do menor e de sua integridade emocional.

A constituição federal reconhece a importância da formação psicológica e emocional da criança e destina a prioridade absoluta aos seus direitos e da dignidade da criança. É dever da família, da sociedade e do magistrado criar meios para que este fim de proteção da criança seja plenamente realizado. Por isso, em casos de suspeita ou alegação de alienação parental em que não há outros meios de prova, ou em casos em que os outros meios de prova são de extrema dificuldade, deve o magistrado optar pelo aproveitamento das provas ilícitas, visando a proteger a saúde, a integridade da criança e sua dignidade enquanto sujeito de direito em formação

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO SILVEIRA, Whenry Hawlysson; BRUNO DA SILVA, Alexandre Antônio. **O Epílogo da Teoria dos Direitos Fundamentais em Robert Alexy**. 2014.
- BARROSO, Luís. R. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7ª edição. Editora Saraiva, 2008. 9788502075313. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502075313/>. Acesso em: 11 nov. 2021.
- CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 2ª edição. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987961/> , Grupo GEN, 2017. Acesso em: nov. 2021.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 6ª ed. São Paulo, Editorial Atlas, 2020.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais**. Editora Juruá, Curitiba, 2006.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- DIAS, Maria Berenice. **Incesto e alienação parental**. Porto Alegre, Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2017.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Grupo GEN, 2020. 9788530991845. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991845/>. Acesso em: 23 out. 2021.
- FEITOR, Maria Inês. **INVISIBILIDADES JURÍDICAS: NOVOS RUMOS DA ALIENAÇÃO PARENTAL SOB UM OLLHAR DE DIREITO COMPARADO**, In Dias, Maria Berenice, INCESTO E ALIENAÇÃO PARENTAL, 4 edição, São Paulo, Revista dos tribunais, 2017.
- GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil - Introdução ao Direito Processual Civil - Vol. I, 5ª edição**. Grupo GEN, 2015. 978-85-309-6417-7. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6417-7/>. Acesso em: 08 out. 2021.
- RODRIGUES, Maria Alice; RAMIRES, Vera Regina Rohnelt. **Psicologia Jurídica: alienação parental e a lei—judicialização das relações familiares**. In: BOECKEL, Fabrício Dani; ROSA, Karin Regina Rick. **Direito de família em perspectiva interdisciplinar**, Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2011.
- LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- LÔBO, Paulo. **DIREITO CIVIL: FAMÍLIAS: VOLUME**. V. 5. Disponível em: Minha Biblioteca, (11th edição). Editora Saraiva, 2021.
- MADALENO, Ana Carolina carpes, MADALENO, Rolf. **Alienação parental – Importância da detecção – Aspectos legais e processuais**. 7ª ed. Porto Alegre, Editora Forense, 2020.
- MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. 3 ed. Rio de Janeiro, Editora Forence Grupo GEN, 2020.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2021. 9786559640515. Disponível em:

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 10ª ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2019. 9788553617135.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. Grupo Gen, 2020.

MONNERAT, Fabio. **Introdução ao Estudo do Direito Processo Civil**. Editora Saraiva, 2019.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2020. 9788597025156. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597025156/>. Acesso em: 25 out. 2021

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2021. 9788597027648.

NETO, Edgard. Audomar.et. A. **A Distribuição Legal, Jurisdicional e Convencional do Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. In DIDIER, Marx Fredie. Org. **Processo Civil Contemporâneo-Homenagem aos 80 anos do Prof. Humberto Theodoro Júnior**. Grupo GEN, 2018.

SARLET, Ingo. W.; MITIDIERO, Daniel.; MARINONI, Luiz. G. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. Editora Saraiva, 2021. 9786555593402.

SILVA, Alan Minas Ribeiro D. **A morte inventada : alienação parental em ensaios e vozes**. Disponível em: Minha Biblioteca, Editora Saraiva, 2014.

SOUZA, Analicia Martins De. **Síndrome da alienação parental - Um novo tema nos juízos de família**. São Paulo: Cortez Editora, 2010.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil - Direito de Família**. Vol. 5. Grupo GEN, 2021. 9788530993818. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993818/>. Acesso em: 09 nov. 2021.

TARTUCE, Fernanda; **T. Processo Civil no Direito de Família - Teoria e Prática**, 4ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forence, 2019.

THEODORO Jr., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. Disponível em: Minha Biblioteca, (62nd edição). Grupo GEN, 2021.