

# A readaptação do direito probatório na era digital nas ações de Direito de Família

## **Carlos Alberto Rohrmann**

Doutor em Direito – University of California, Berkeley. Master of Laws – UCLA. Mestre em Direito Comercial – UFMG. Professor do Mestrado na Faculdade de Direito Milton Campos – FDMC. Titular da Academia Mineira de Letras Jurídicas. Procurador do Estado de Minas Gerais. *E-mail:* crohrmann@mc Campos.br / ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3383-4402>

## **Susan Naiany Diniz Guedes**

Mestranda na Faculdade de Direito Milton Campos – FDMC. Pós-Graduada em Direito de Família e Sucessões pela Faculdade Arnaldo Janssen. Advogada. *E-mail:* susandguedes@yahoo.com.br / ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0872-114X>

## **Viviane Leonel de Souza Barros**

Mestranda na Faculdade de Direito Milton Campos – FDMC. Pós-Graduada em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas. Advogada. *E-mail:* viviane@mbtd.com.br

---

**Resumo:** O presente artigo tem como escopo examinar a utilização das provas digitais pelo direito de família na atualidade. Por meio da pesquisa doutrinária e jurisprudencial, o trabalho analisará os tipos tradicionais de provas, as inovações trazidas pelo Código de Processo Civil em vigor e as provas digitais em geral para que ao final se possa examinar como o Poder Judiciário está lidando com as provas digitais no Direito de Família. Pretende-se demonstrar que o Poder Judiciário está se utilizando destas novas formas de prova para sentenciar ações do escopo familiar.

**Palavras-chave:** Direito de Família. Prova digital. Direito à prova.

**Sumário:** **1** Introdução – **2** Direito à prova, os meios de prova tradicionais e os atípicos – **3** As inovações probatórias no Código de Processo Civil de 2015 – **4** As provas digitais – **5** As provas digitais nas ações de Direito de Família: alimentos e guarda – **6** Conclusão – Referências

---

## **1** Introdução

Existe uma forte e presente constitucionalização de todos os ramos do direito, pois na visão moderna nenhuma lei pode ser interpretada em dissonância com a Constituição Federal. O novo Código de Processo Civil trouxe a concretização do viés constitucional para a lei processual civil. Cada vez mais presentes em

interpretação de leis ou quaisquer atos normativos, os valores e normas previstos na Constituição da República Federativa do Brasil agora compõe expressamente a nova legislação processual civil. Logo em seu Livro I, Título Único, Capítulo I, foram positivadas as normas fundamentais do processo civil que irão orientar a interpretação e aplicação dos dispositivos legais do código.

Embora o direito à produção de prova não esteja previsto expressamente na Constituição Federal de 1988, por meio de uma abordagem moderna do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF/88) é possível encontrar a natureza constitucional do direito à prova. Lado outro, há disposição expressa quanto à necessidade de garantia de diversos direitos e proteção à criança e ao adolescente (art. 227, CF/88).

Por meio da visão constitucional do processo é possível entender que o direito à prova garantirá o efetivo exercício do devido processo legal especialmente quanto ao contraditório. É preciso ressaltar que o novo Código de Processo Civil trouxe inúmeras inovações na seara probatória e conferiu maior autonomia às partes e também o poder de influenciar na condução do processo.

Chamado por muitos doutrinadores de princípio do autorregramento da vontade, as partes ganharam papel relevante na produção da prova e no poder de influenciar a sua utilização. Cite-se, por exemplo, a possibilidade de ocorrer o saneamento compartilhado entre as partes e o magistrado, a distribuição do ônus da prova de maneira dinâmica e também a realização de negócios processuais probatórios com base na cláusula geral de negociação do processo.

Ocorre que, quando se está diante de um contexto familiar, outros valores devem ser considerados para concluir até que ponto é permitida essa autonomia acentuada e utilização de determinadas provas, pois a intimidade e a privacidade são elementos inerentes ao Direito de Família.

Assim, dadas as especificidades da produção da prova e a qualidade das decisões judiciais, que são reflexo do acervo probatório produzido ao longo da instrução processual, propõe-se o enfrentamento do problema em tela: seria ou não adequado permitir uma ampliação da autonomia privada na produção da prova nas ações do direito de família?

A justificativa da relevância desta pesquisa decorre do fato de que, atualmente, há nas ações de direito de família uma tendência de provar fatos, como a possibilidade de prover alimentos e definição de guarda, com provas digitais. Entretanto, as provas digitais podem gerar uma desconfiança enorme do Poder Judiciário, principalmente pelo fato de não haver na legislação processual qualquer menção específica sobre a possibilidade da sua utilização, sendo do magistrado a decisão de considerar o documento digital como meio de prova ou não.

Devido ao amplo campo do direito de família, o presente trabalho irá se restringir a análise da utilização de provas digitais, pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nas ações de alimentos e guarda.

Adotou-se como marco teórico as ideias de Lenio Luiz Streck acerca das inovações hermenêuticas trazidas pelo Novo Código de Processo Civil e a necessária releitura no âmbito probatório com o abandono da postura protagonista do magistrado. A pesquisa é de natureza teórica, desenvolvida com observância do método hipotético-dedutivo, com utilização de doutrina, jurisprudência e da legislação que tratam tanto de direito de família puro, quanto do direito digital e direito processual.

Após a introdução, nosso artigo, em seu tópico dois, elucidará o conjunto dos meios de prova tradicionais e os atípicos, bem como o direito de fazer a prova no processo civil. O item três traz as inovações do Novo Código de Processo Civil em relação à fase probatória. Já no item quatro, comentou sobre a prova digital, principalmente, no que a consistia e a sua validade como meio de prova no Poder Judiciário. No item cinco, houve a demonstração de situações reais de direito de família que foram solucionadas com base em provas digitais.

Por fim, o artigo concluirá que o desenvolvimento da seara probatória para acompanhar a era digital e admitir a utilização dessas provas no processo judicial é necessário, pois vai ao encontro dos ideais trazidos pelo processo cooperativo e autor-regramento da vontade das partes, previstas no Código de Processo Civil. Além disso, está em consonância com o princípio do melhor interesse do menor nos processos de Direito de Família que, geralmente, envolvem a discussão dos interesses do incapaz.

## 2 Direito à prova, os meios de prova tradicionais e os atípicos

Antes de iniciar a discussão sobre as provas digitais, é necessário conceituar a prova, bem como, os meios de prova tradicionais e os atípicos para que se possa, após, enquadrar as provas digitais no conceito geral. A palavra “prova” deriva do latim *proba*, do verbo *probo*, que significa que marcha *recto, bueno, honesto* (RIBEIRO, 1998, p. 64). Segundo José Frederico Marques é o “elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz, e o meio de que este se serve para averiguar sobre os fatos em que as partes fundamentam suas alegações” (MARQUES, 2000, p. 325). Já nas palavras do mestre Carnelutti (2001, p. 72-73) prova em sentido jurídico significa demonstrar a verdade formal dos fatos discutidos, mediante os meios legais com os procedimentos judiciais estabelecidos.

As partes devem apresentar no primeiro momento processual as provas que pretendem produzir, ou seja, o autor na petição inicial (art. 319, VI do CPC<sup>1</sup>) e o réu

<sup>1</sup> Art. 319. A petição inicial indicará: VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados; (...).

na contestação (art. 336 do CPC<sup>2</sup>). Sobre isto, Luiz Fux escreveu: “as partes não podem guardar trunfos no processo; por isso, devem propor as provas que pretendem produzir na primeira oportunidade que têm para falar nos autos, ou seja, o autor na inicial, e o réu na sua defesa” (FUX, 2001, p. 612). Esta é a regra, entretanto há exceções previstas em leis para fazê-las em outro momento, como no caso das testemunhas referidas ou inspeção judicial, bem como nas ações cautelares próprias.

Após o requerimento, o magistrado irá analisar a admissibilidade ou não das provas pretendidas por ambas as partes, quando se analisará a necessidade e a possibilidade de produzir tais provas, sempre fundamentando suas razões para deferir ou indeferir tais pedidos. Inclusive, é válido ressaltar que o próprio juiz também tem poder de requerer provas que julgar necessárias para proferir seu julgamento (art. 370 do CPC<sup>3</sup>), ou seja, poderá o magistrado “quando os fatos ainda não lhe pareçam esclarecidos, determinar prova de ofício, independentemente de requerimento da parte, ou desta já ter perdido a oportunidade processual para tanto” (MARINONI, 2008, p. 209). Sobre esse tema, Marinoni entende que

impor ao juiz a condição de mero espectador da contenda judicial, atribuindo-se às partes o exclusivo ônus de produzir prova no processo, é quando menos, grave petição de princípios. Ora, se o processo existe para o exercício da jurisdição, e se a jurisdição tem escopos que não se resumem apenas à solução do conflito das partes, deve-se conceder ao magistrado amplos poderes probatórios para que bem possa cumprir a sua tarefa. (MARINONI, 2008, p. 209)

Assim, correto Eduardo Cambi quando destaca que embora o direito à prova não seja absoluto (como nenhum direito pode desta forma ser concebido), “deve ser reconhecido como prioritário para o sistema processual, não podendo ser indevidamente limitado, a ponto de seu exercício ser meramente residual” (CAMBI, 2006, p. 35).

O artigo 369 do Código de Processo Civil apresenta o que se pode utilizar como prova nos procedimentos civis, qual sejam: “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa” (BRASIL, 2015). Logo, o sistema processual civil abarca as provas típicas, aquelas elencadas no Código de Processo Civil, bem como aquelas provas atípicas, ou seja, “meios não previstos expressamente no ordenamento, mas cuja admissibilidade é decorrência do sistema probatório” (LOPES, 2010, p. 389).

<sup>2</sup> Art. 336. Incumbe ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir.

<sup>3</sup> Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

As espécies de provas elencadas no Código de Processo Civil são: o depoimento pessoal, a confissão, a exibição de documento ou coisa, a prova documental, a prova testemunhal, a prova pericial e a inspeção judicial. Em contrapartida, o doutrinador João Batista Lopes dá exemplos das provas atípicas: “a prova emprestada, as declarações de terceiros e as perícias extrajudiciais” (LOPES, 2010, p. 393).

As provas digitais são importantes meios de prova no mundo atual, devido ao avanço científico e tecnológico, o que não pode ser deixado de lado pelo Poder Judiciário ao julgar suas ações, mesmo que ainda não tenha nenhuma regulamentação específica sobre este tipo de prova, estando apenas respaldadas pelos artigos 369<sup>4</sup> e 422<sup>5</sup> do CPC.

Sendo assim, ela se enquadra como prova atípica dentre as quais é possível citar os documentos eletrônicos, as redes sociais e os meios de comunicações virtuais como os mais comuns. Há ainda quem defenda o interrogatório *on-line* e da prova testemunhal via satélite, quando há oitiva dos ouvidos por meio de um computador, visando diminuir os custos e o tempo do processo, bem como possibilitando depoimentos de pessoas que não residem na mesma cidade ou estão impossibilitadas de comparecer em audiência.

É interessante percebermos que hoje, na segunda metade da década de dez, no Brasil, o processo judicial caminha para ser predominantemente eletrônico. O programa de computador que implementa o acesso ao processo judicial eletrônico, baseado na assinatura digital, traz consigo alguma consequência não somente para o acesso do advogado aos autos digitais, como também, defendemos nós, para a valoração da prova em processo civil (ROHRMANN, 2017).

Desta forma, nota-se que apesar da lei processual ser “nova”, já que entrou em vigor em 2015, ela ainda não contemplou todas as formas de prova utilizadas no ordenamento jurídico atual. Entretanto, esta Lei trouxe inovações extremamente importantes na fase probatória.

### 3 As inovações probatórias no Código de Processo Civil de 2015

O Livro I, Título Único, Capítulo I do Código de Processo Civil de 2015 inovou ao prever textualmente as normas fundamentais do processo civil, antes inexistentes na codificação processual anterior. Este fato, por si só, já redireciona toda

<sup>4</sup> Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

<sup>5</sup> Art. 422. Qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, a cinematográfica, a fonográfica ou de outra espécie, tem aptidão para fazer prova dos fatos ou das coisas representadas, se a sua conformidade com o documento original não for impugnada por aquele contra quem foi produzida.

forma de raciocínio e aplicação das normas processuais civis e instaura uma nova era: a do processo cooperativo.

Pautada nos princípios processuais que agora estão explícitos logo nos primeiros artigos do Código de Processo Civil, o modelo de processo cooperativo surge para se contrapor à dualidade até então existente entre os modelos adversarial e inquisitivo.

De acordo com Fredie Didier Jr., “esse modelo caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes”. O citado autor ainda explica que o novo Código de Processo Civil, não por acaso, consagrou o princípio do autorregramento da vontade das partes e reequilibrou as posições dos sujeitos processuais e do magistrado na divisão de tarefas processuais (DIDIER JR., 2017, p. 141).

Há, portanto, uma indissociável conexão entre o modelo de processo cooperativo, que se caracteriza por articular os papéis processuais dos envolvidos no processo (partes, juiz, promotor de justiça, peritos do juízo etc.) com o princípio do respeito ao regramento da vontade no processo, que “visa obter um ambiente processual em que o direito fundamental de autorregular-se possa ser exercido pelas partes sem restrições irrazoáveis ou injustificadas” (DIDIER JR., 2017, p. 151).

Dentre as diversas inovações processuais que demonstram a efetivação desses princípios destaca-se a previsão do saneamento compartilhado, que poderá ser feito em conjunto pelas partes e levado para homologação do juiz (art. 357, §2º do CPC) ou poderá ser feito ainda em audiência para que o saneamento ocorra em cooperação com as partes e o juiz (art. 357, 3º).<sup>6</sup> Destaca-se ainda a cláusula geral de negociação processual, que permite a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos, conforme previsto no artigo 190<sup>7</sup> do CPC, nos quais é possível alterar situações jurídicas processuais, tais como: acordo para aumento ou redução de prazos, limitar número de testemunhas, tornar uma prova ilícita, dentre outros (DIDIER JR., 2017, p. 431).

<sup>6</sup> Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

§2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.

§3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

<sup>7</sup> Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

No campo do direito probatório propriamente dito, que deve ser também interpretado em conformidade com os princípios processuais acima expostos e com o modelo cooperativo vigente, nota-se importante alteração quanto ao poder do magistrado, já que a palavra “livre” foi suprimida do artigo que dispõe sobre o convencimento do juiz.

O artigo 131 do Código de Processo Civil de 1973 previa que: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”. Noutra giro, o artigo 371 do atual Código de Processo Civil suprimiu a expressão “livre” e foi assim redigido: “Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”. Sobre tal alteração, Lenio Luiz Streck conta que esta foi uma de suas sugestões durante a tramitação do Código e que o Deputado Relator a acolheu com a seguinte justificativa:

Embora historicamente os Códigos Processuais estejam baseados no livre convencimento e na livre apreciação judicial, não é mais possível, em plena democracia, continuar transferindo a resolução dos casos complexos em favor da apreciação subjetiva dos juízes e tribunais. Na medida em que o Projeto passou a adotar o policentrismo e coparticipação no processo, fica evidente que a abordagem da estrutura do Projeto passou a poder ser lida como um sistema não mais centrado na figura do juiz. As partes assumem especial relevância. Eis o casamento perfeito chamado ‘coparticipação’, com pitadas fortes do policentrismo. E o corolário disso é a retirada do ‘livre convencimento’. O livre convencimento se justificava em face da necessidade de superação da prova tarifada. Filosoficamente, o abandono da fórmula do livre convencimento ou da livre apreciação da prova é corolário do paradigma da intersubjetividade, cuja compreensão é indispensável em tempos de democracia e de autonomia do direito. Dessa forma, a invocação do livre convencimento por parte de juízes e tribunais acarretará, a toda evidência, a nulidade da decisão. (STRECK, 2015, p. 35)

Nota-se, portanto, que mais uma vez a autonomia privada e o princípio do autorregramento da vontade das partes prevaleceram nas inovações trazidas pelo Código de Processo Civil. Conforme explicado por Bruno Garcia Redondo:

É absolutamente essencial o rompimento com o anterior sistema, para que as novas premissas em que o Código de 2015 se baseou possam ser observadas e, com isso, os novos institutos possam desfrutar do alcance e da amplitude que efetivamente merecem. O novo Código deve ser lido com novos olhos. Não há como caminhar para frente mirando-se o retrovisor.

Um Estado Democrático de Direito se consolida não com arbítrios e condutas *contra legem*, mas com a aplicação das normas expressamente

positivadas pelo legislador. Ignorar-se a redação dos arts. 190 e 200 do Código de 2015, ou interpretar ditos dispositivos de forma a inviabilizar ou a restringir indevidamente a sua aplicação, será mais do que ilegal e inconstitucional: será antidemocrático. (REDONDO, 2015)

O autor explica ainda que para a correta aplicação desse novo modelo processual é necessário partir-se de uma nova premissa na qual deve-se reconhecer que os titulares de determinadas situações processuais são as próprias partes, e não mais apenas o magistrado e, sendo as partes as titulares, deve ser garantida, às mesmas, liberdade maior no sentido da disposição sobre determinadas situações processuais (REDONDO, 2015).

O campo probatório, portanto, deve refletir e acompanhar as mudanças operadas no sistema processual civil, para que, de fato, as partes passem a ter uma participação cada vez mais ativa e efetiva na condução do processo, que não mais pode ficar restrita ao antigo modelo inquisitivo e centralizador nas mãos do magistrado.

## 4 As provas digitais

O progresso da ciência e tecnologia faz com que ocorra nas pessoas novas configurações, novos comportamentos e novas formas de se fazer cada ato da vida cotidiana. E, com estas novas formas de relacionamento surgem novos fatos jurídicos, relações jurídicas e negócios jurídicos que serão, ou ao menos, deverão, ser objeto de regulamentação por parte do legislador ou por parte do Poder Judiciário com a jurisprudência pátria.

O documento digital tem inúmeras vantagens em relação ao documento tradicional de papel, como o fácil armazenamento, a maior possibilidade de recuperação, uma transmissão mais eficiente e rápida e a capacidade de resistência ao envelhecimento e deterioração. Ademais, com o documento digital as respostas são quase imediatas, aumentando a agilidade na transação e é benéfico ao meio ambiente. Já em relação às desvantagens pode-se elencar: a necessidade de intermediação por meio de um computador, inclusive para a leitura do documento e a insegurança que a sociedade tem em realizar transações pela *internet*.

No meio jurídico, o conceito de documentos digitais é extremamente discutido, principalmente, pelo fato de não ser um assunto puramente jurídico, mas que envolve dados técnicos, além da tecnologia ser mutável e em constante modernização. Assim, o documento também estará sempre em evolução, acompanhando as tecnologias que a ele serão relacionadas. Inclusive, este documento na doutrina pode ser denominado também de documento eletrônico ou documento informático.



Entretanto, o doutrinador Benjamim Silva Rodrigues conceituou: “A prova eletrônico-digital pode definir-se como qualquer tipo de informação, com valor probatório, armazenada ou transmitida, sob a forma binária ou digital” (RODRIGUES, 2009, p. 39). Já Marcacini explicou de uma forma bem educativa:

A assimilação desse conceito de documento eletrônico exige um certo grau de abstração. Trilhando na mesma linha de raciocínio de um dos gurus da informática moderna, Nicholas Negroponte, pode-se dizer que experimentamos hoje um mundo virtual onde, no lugar de átomos, agora temos que nos acostumar com uma realidade de coisas formadas tanto por átomos como por bits. O documento tradicional, em nível microscópico, não é outra coisa senão uma infinidade de átomos que, juntos, formam uma coisa que, captada pelos nossos sentidos, nos transmite uma informação. O documento eletrônico, então, é uma das sequências de bits que, captada pelos nossos sentidos com o uso de um computador e um software específico, nos transmite uma informação. (MARCACINI, 2010)

Ademais, uma grande questão levantada pela doutrina é a validade destes documentos como meio de prova. Para César Viterbo Santolim a validade será possível se tiver alguns requisitos:

Para que a manifestação de vontade seja levada a efeito por um meio eletrônico, é fundamental que estejam atendidos dois requisitos de validade, sem os quais tal procedimento será inadmissível: a) o meio utilizado não deve ser adulterável sem deixar vestígios, e b) deve ser possível a identificação do(s) emitente(s) da(s) vontade(s) registrada(s). (SANTOLIM, 1995, p. 33)

Outra posição sobre os requisitos da validade dos documentos eletrônicos foi estabelecida pelos autores João Agnaldo Gandini, Diana Paola Salomão e Cristiane Jacob, no artigo “A validade jurídica dos documentos digitais”:

Num primeiro plano temos de analisar se esse documento possui integridade, evitando, assim, que haja adulterações não detectáveis. Posteriormente, deve ser um documento autêntico; isso significa que devem necessariamente estar presentes mecanismos aptos a identificar seu autor e sua proveniência, para que, dessa forma, garanta o seu não repúdio. Por último, a data atribuída aos documentos eletrônicos é de suma importância, pois é assim que saberemos se há tempestividade, possibilitando sobremaneira a almejada segurança. (GANDINI; SALOMÃO; JACOB, 2001)

Desta forma, nota-se que os documentos digitais ainda não têm uma lei que estabelece as regras para sua validade, bem como ainda há uma insegurança da sociedade em geral e do Direito com eles. Assim, conforme explica Davi Monteiro

Diniz (1999, p. 41), o ilustre julgador quando da composição da lide, poderá atribuir o arquivo digital efeitos probatórios, caso a lei não exija outros requisitos formais para tanto.

Vale ressaltar, entretanto, que o Novo Código de Processo Civil traz uma breve observação acerca do arquivo eletrônico e a sua opção pela ICP-Brasil, na seção que trata da prática eletrônica dos atos processuais:

Art. 195. O registro de ato processual eletrônico deverá ser feito em padrões abertos, que atenderão aos requisitos de autenticidade, integridade, temporalidade, não repúdio, conservação e, nos casos que tramitem em segredo de justiça, confidencialidade, *observada a infraestrutura de chaves públicas unificada nacionalmente, nos termos da lei.*

Lado outro, nota-se uma segunda e breve regulamentação quando a lei processual vigente refere-se à ata notarial, amplamente utilizada no Direito de Família, que pode ser usada para documentar um fato e que o NCPC permite que dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos podem dela constar:

Art. 384. A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião.

Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial.

Além disso, o uso do documento originariamente físico e que foi digitalizado é regido pelo art. 425 do NCPC, inciso IV, que lhe confere o mesmo valor probante que o original, sendo que o seu detentor deve preservar os originais até o final do prazo da rescisória, por óbvio para o caso de haver uma impugnação (que será analisada ao final deste tópico) da autenticidade ou até mesmo de falsidade:

Art. 425. Fazem a mesma prova que os originais:

(...)

VI – *as reproduções digitalizadas de qualquer documento público ou particular*, quando juntadas aos autos pelos órgãos da justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pela Defensoria Pública e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas repartições públicas em geral e por advogados, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração.

§1º Os originais dos documentos digitalizados mencionados no inciso VI deverão ser preservados pelo seu detentor até o final do prazo para propositura de ação rescisória.

A prova documental eletrônica é tratada pelo NCPD que, a partir do seu art. 439, rege o documento eletrônico:

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

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

Art. 441. Serão admitidos documentos eletrônicos produzidos e conservados com a observância da legislação específica.

O art. 440 do NCPD acima reproduzido confere ao juiz a apreciação do valor probante do documento eletrônico, todavia o art. 441 remete à observância da legislação específica, sendo que temos o §1º do art. 10 da MP nº 2.200-2/2001 que regulamenta os efeitos dos documentos eletrônicos produzidos dentro da ICP-Brasil, conferindo-se lhes presunção (*iuris tantum*, por óbvio) de veracidade em relação aos signatários. Portanto, nos termos do art. 440, o juiz terá uma presunção relativa de veracidade dos documentos digitais produzidos dentro da ICP-Brasil.

Logo, o documento digital é capaz de ser utilizado como meio de prova, tendo ele as características necessárias para aquela prova específica, ou, seja imprescindível para a solução da lide. Nesta situação, caberá ao juiz a decisão de conferir a veracidade em relação aos signatários e qualificar se este documento será ou não entendido como meio de prova.

Por fim, como as provas digitais estão cada vez mais no cotidiano da população, nota-se a sua ampla e crescente utilização para solucionar conflitos de direito de família, principalmente, no que tange à definição da guarda e na fixação do *quantum* dos alimentos devidos no contexto familiar.

## 5 As provas digitais nas ações de Direito de Família: alimentos e guarda

A ocorrência da separação ou divórcio entre genitores é sempre algo delicado para todos os membros da família, em especial para os filhos menores, pois são seres em desenvolvimento, vulneráveis, que estão passando pela fase de construção da sua personalidade. Uma ruptura, muitas vezes drástica e repentina do modelo familiar até então experimentado, pode gerar inúmeros reflexos negativos quando não ocorre o acompanhamento dessa situação de maneira devida.

Se não houver consenso quanto às atribuições de cada um dos genitores, um processo de guarda e fixação de convivência e alimentos, por si só, gera grande desgaste na vida de cada um dos envolvidos.

Diante desse contexto, nota-se a importância da produção da prova no direito de família, pois é com base na instrução do feito que o julgador irá decidir sobre os alimentos necessários à subsistência e vida social do menor, guarda, poder familiar, alienação parental, convivência, dentre outros.

E, considerando a subjetividade inerente a qualquer ser humano, verifica-se que a produção da prova envolvendo esse tipo de conflito precisa ser acompanhada de perto e deve ter contornos bem delineados para que os direitos fundamentais da criança não sejam violados.

Partindo da premissa de que o Código de Processo Civil de 2015 inaugurou uma era de cooperação entre os sujeitos processuais, na busca de um procedimento mais justo e democrático, é possível observar que os avanços tecnológicos também contribuíram para esse cenário. Antes, as provas tradicionalmente previstas nos códigos, estavam restritas a formalidades legais e, na sua grande maioria, exigiam diversos requisitos para que pudessem ser produzidas.

Com o avanço tecnológico as partes adquirem um papel de verdadeiros produtores das provas, já que agora os celulares estão equipados com câmeras que podem colher provas a todo momento e há redes sociais em que as próprias pessoas podem produzir provas que serão usadas num processo judicial. Enfim, é preciso que o direito acompanhe as evoluções tecnológicas para que se permita uma influência maior das partes na condução do processo, na produção da prova.

Dentro desse contexto, o princípio da cooperação e do autorregramento da vontade das partes são pontos centrais de acesso à utilização das provas produzidas pelas partes com o intuito de comprovar efetivamente suas alegações.

O contexto familiar das ações de direito de família que envolvem, por exemplo, questões de guarda ou de alimentos, sofrem diretamente com essa problemática, pois muitas situações ocorrem em âmbito restrito à família e apenas aquela prova colhida pela própria parte conseguiria comprovar uma situação, por exemplo, de violência praticada contra o filho ou da alienação parental.

Portanto, a produção de provas, nesse ramo do Direito, revela-se plena de conflitos quanto aos interesses e valores que devem ser preservados na busca mais próxima possível da realidade dos fatos, finalidade primordial da prova no direito comum. O direito à prova nas ações de direito de família parece viver num conflito aparente de normas, pois podem parecer contraditórias, mas aparentemente, pois o magistrado, na análise do caso concreto, conseguirá resolver através da correta valoração da prova naquele caso específico.

Partindo-se ainda do pressuposto que as ações de direito de família geralmente envolvem menores, aos quais devem ser direcionadas toda proteção e privilégio, o presente trabalho defende a ampla utilização das provas produzidas em meios digitais para que se busque, cada vez mais, a proximidade com o que realmente

aconteceu, sem formalismos exagerados e desnecessários, já que a produção da prova introduzida pela tecnologia propiciou uma produção ampla por todos os sujeitos, que em não deve ser tolhida.

Ao que tudo indica, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sempre pioneiro nas inovações jurisprudenciais, vem aceitando a utilização de *prints* de conversas pelo *WhatsApp* ou até mesmo fotos publicadas no *Facebook* nas ações de direito de família.

Devido ao amplo campo do direito de família, o presente trabalho irá se restringir à análise da utilização de provas digitais pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nas ações de alimentos e guarda, sempre norteadas pelo princípio do maior interesse do menor, assim explicado por Guilherme Gonçalves Strenger:

O interesse do menor é princípio básico e determinante de todas as avaliações que refletem as relações de filiação. O interesse do menor, pode-se dizer sem receio, é hoje verdadeira instituição no tratamento da matéria que ponha em questão esse direito. Tanto na família legítima como na natural e suas derivações, o interesse do menor é princípio superior. Em cada situação cumpre ao juiz apreciar o interesse do menor e tomar medidas que o preservem e a apreciação do caso deve ser procedida segundo dados de fato que estejam sob análise. (STRENGER, 1991, p. 64)

Quanto à ação de alimentos é preciso lembrar que tanto a doutrina quanto a jurisprudência sempre se ampararam na chamada Teoria da Aparência, amplamente utilizada em casos em que há certa dificuldade de aferir a real capacidade do alimentante ou quando houver um desajuste entre a capacidade comprovada e o que se ostenta socialmente e que autoriza ao julgador utilizar como parâmetro para a fixação do encargo alimentar quaisquer sinais que denotem a existência de capacidade econômica.

Nesse sentido, as provas colhidas em redes sociais, tais como *Facebook*, *Instagram*, *Twitter*, *e-mails*, *blogs* e *WhatsApp*, contribuem, e muito, na fixação dos alimentos em favor da criança, merecedora de proteção integral. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem admitido a utilização dessas provas nas ações de alimentos.

No julgamento da Apelação Cível nº 70080846926, em 25 de abril de 2019, pela Oitava Câmara Cível, cujo Relator foi o Desembargador José Antônio Daltoe Cezar, utilizou-se como prova para fixar a verba alimentar os elementos obtidos junto à rede social *Facebook* em que pese não tenha sido juntado aos autos qualquer confirmação sobre os ganhos atuais.

Já no julgamento do Agravo de Instrumento nº 70076575331, julgado em 26 de abril de 2018, a Oitava Câmara Cível exonerou a obrigação alimentar no pai, pois no *blog* da filha de 19 anos, a mesma afirmou ser mãe e, já que a mesma tinha

obrigação de sustentar o filho, não era mais necessitada de recebimento da pensão de seu genitor.

No julgamento do Agravo de Instrumento nº 70078723384, em 06 de dezembro de 2018, a Oitava Câmara Cível fixou alimentos gravídicos com base em documentos comprobatórios da gestação, em especial conversas entre as partes no aplicativo *WhatsApp* em que havia a indicação de paternidade. Do mesmo modo, no Agravo de Instrumento nº 70077445856, julgado em 31 de outubro de 2018 pela Sétima Câmara Cível do mesmo Tribunal de Justiça, foram fixados alimentos gravídicos com base na admissão da paternidade pelo alimentante no aplicativo do *WhatsApp*.

Já nas ações de guarda e fixação de convivência dos menores, nota-se que também deve prevalecer total foco no princípio da proteção integral e melhor interesse da criança e adolescente. Nesse sentido, a jurisprudência do Rio Grande do Sul tem caminhado na admissão das provas produzidas por meios digitais para fundamentar suas decisões.

Exemplo disso é o julgamento do Agravo de Instrumento nº 70080567712, julgado em 16 de maio de 2019, em que a Oitava Câmara fixou a guarda paterna, pois haviam *prints* de diálogos no *WhatsApp* que demonstraram que a adolescente estava residindo com o genitor e por vontade própria.

No julgamento do Agravo de Instrumento nº 70058861659, julgado de 08 de maio de 2014, a Oitava Câmara Cível considerou que os *e-mails* juntados pelo genitor para demonstrar que a mãe não tinha tempo para ficar com os filhos não eram contemporâneos ao julgamento da ação e que os elogios feitos pela genitora no *Facebook* também eram de períodos anteriores e, portanto, concluiu-se que deveria ser realizada a instrução do feito em primeira instância antes de decidir sobre o pedido de reversão de guarda.

Diante dessas constatações é possível perceber um início de mudança da jurisprudência quanto à utilização de provas obtidas por meios digitais, pelas próprias partes, em consonância com a nova ordem processual inaugurada pelo Código de Processo Civil de 2015 que deu início ao processo cooperativo e tentou desburocratizar e democratizar diversos aspectos na condução do processo.

As ações de família constituem apenas um âmbito do direito civil em que também é possível perceber essa mudança. Defende-se no presente trabalho a ampla utilização de provas digitais nas ações de direito de família para que o bem maior buscado nestas ações, qual seja, o bem-estar do menor, seja alcançado e que as provas sejam cada vez mais fidedignas com a realidade dos fatos.

## 6 Conclusão

Com o avanço da tecnologia e com o advento do novo Código de Processo Civil a releitura da instrução probatória num processo judicial é necessária. Antes,

quando pairava o modelo inquisitorial, ainda que já no Estado Democrático de Direito inaugurado pela Constituição Federal de 1988, os magistrados deveriam se ater a provas típicas, formalmente previstas em lei, cuja produção era dotada de regras para que pudesse ser admitida como meio de prova.

Nesta nova leitura, advinda pela reorientação na condução do processo, inaugurada pelo Código de Processo Civil, nota-se que o princípio do autorregramento da vontade das partes ganhou enorme destaque e que a cooperação entre os sujeitos processuais deu lugar à antiga hierarquia juiz x partes.

Aliada a esta recente alteração procedimental, a era digital e tecnológica propiciou a participação mais efetiva das partes na condução do processo, já que agora são elas mesmas que podem produzir muitas provas através das redes sociais e dos seus aplicativos nos *smartphones*.

Embora a prova digital não tenha um conceito unívoco, é fato que as provas produzidas digitalmente existem, são utilizadas, e o Judiciário, ainda que sem regulamentação legal acerca da sua viabilidade e admissão como meio de prova num processo judicial, acaba tendo que enfrentar a questão e proferir uma decisão.

No Direito de Família propriamente dito, as provas digitais são muito usadas para comprovar a possibilidade do alimentante e assim fixar os alimentos para os filhos com base na Teoria da Aparência, principalmente utilizando as imagens e informações contidas nas redes sociais. Além disso, quanto à guarda, as provas produzidas por meios digitais podem auxiliar o magistrado a tentar descobrir quem seria o melhor guardião ou qual dos genitores se revela mais apto a manter o domicílio do menor, pois mensagens de *WhatsApp* ou de redes sociais podem auxiliar na averiguação da rotina das partes e conseqüentemente a busca do melhor interesse do incapaz.

Exemplo do uso desses tipos de prova no direito de família foi demonstrado na pesquisa jurisprudencial realizada neste trabalho. Constatou-se que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de fato, tem se deparado com a utilização de provas colhidas nos meios digitais e as tem admitido nas ações de direito de família que envolvem guarda e alimentos. Isto demonstra que a justiça brasileira já está se utilizando destas provas para decidir causas familiares, mesmo não tendo qualquer disposição específica na legislação sobre este tipo de provas. Ao se basear nas informações da rede social, imagens ou outro arquivo digital, o juiz tem provas mais atuais e verossímeis para determinar o futuro dos reais interessados nas ações de famílias, ou seja, os menores.

Portanto, nota-se que este Tribunal de Justiça está em consonância com o que foi defendido neste trabalho, ou seja, em conferir uma maior autonomia às partes na produção da prova judicial, tendo em vista que nas ações de direito de família, muitas vezes, estão em jogo direitos de crianças e adolescentes, que não podem correr o risco de ser prejudicados por meros formalismos processuais.

### The readaptation of the rules of evidence in the digital age in Family Law Actions

**Abstract:** The scope of this article is to examine the use of digital evidence in family lawsuits. Through doctrinal and jurisprudential research, the work will analyze the traditional types of evidence, the innovations brought by the Civil Procedure Code and the digital evidence in general so that, at the end, this articles analyzes how the judiciary is dealing with digital evidence in family law. It is intended to demonstrate that the judiciary is using these new forms of evidence in decisions regarding family lawsuits.

**Keywords:** Family law. Digital evidence. Right to produce evidence.

---

## Referências

- BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. *Lei nº 113.105, de 16 de março de 2015*. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 mar. 2015.
- BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 1973.
- CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Tradução: Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2001.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- DINIZ, Davi Monteiro. *Documentos eletrônicos, assinaturas digitais: da qualificação jurídica dos arquivos digitais como documentos*. São Paulo: LTr, 1999.
- FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GANDINI, João Agnaldo Donizeti; JACOB, Cristiane; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. *A validade jurídica dos documentos digitais*. 2001. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/265820751\\_A\\_Validade\\_juridica\\_dos\\_documentos\\_digitais](https://www.researchgate.net/publication/265820751_A_Validade_juridica_dos_documentos_digitais). Acesso em: 07 jul. 2019.
- LOPES, João Batista. Provas atípicas e efetividade do processo. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 5, n. 5, p. 389-402, 2010, ISSN 1982-7636, Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23097/16450>. Acesso em: 07 jul. 2019.
- MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *O documento eletrônico como meio de prova*. Disponível em: <http://augustomarcacini.net/index.php/DireitoInformatica/DocumentoEletronico>. Acesso em: 07 jul. 2019.
- MARINONI, Luiz G.; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 2.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. vol. II. 2. ed., rev. e atual. por Eduardo Reale Ferrari. Campinas: Millenium, 2000.
- REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, n. 149, ago. 2015, p. 09-16.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas Atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.



RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 0080846926*, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. José Antônio Daltoe Cezar, j. 25.04.2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento nº 70076575331*, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 26.04.2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento nº 70078723384*, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. 06.12.2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento nº 70080567712*, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 16.05.2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento nº 70077445856*, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 31.10.2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento nº 70058861659*, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Rui Portanova, j. 08.05.2014.

ROHRMANN, Carlos Alberto. O regime das provas digitais no novo código de processo civil brasileiro. In: *XXVI Encontro Nacional do Conpedi – Brasília, 2017, Brasília*. Processo, jurisdição e efetividade da justiça IV. Florianópolis: Conpedi, 2017. p. 65-84.

ROHRMANN, Carlos Alberto. The role of the dogmatic function of law in cyberspace. *International Journal of Liability and Scientific Enquiry*, v. 1, p. 85, 2007.

RODRIGUES, Benjamim Silva. *Direito Penal*. Parte Especial, I, “Direito Penal Informático-Digital”. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

SANTOLIM, César Viterbo Matos. *Formação e eficácia probatória dos contratos por computador*. São Paulo: Saraiva, 1995.

STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. *Revista de informação legislativa*, v. 52, n. 206, p. 33-51, abr./jun. 2015.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de Filhos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

Recebido em: 08.05.2020

Aprovado em: 29.06.2020

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ROHRMANN, Carlos Alberto; GUEDES, Susan Naiany Diniz; BARROS, Viviane Leonel de Souza. A readaptação do direito probatório na era digital nas ações de Direito de Família. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 29, n. 114, p. 53-69, abr./jun. 2021.

---