

# A PROVA NO PROCESSO DE FAMÍLIA: UM DESAFIO PARA O PODER JUDICIÁRIO

## THE EVIDENCE IN FAMILY PROCESS: A CHALLENGE FOR THE JUDICIARY

Marcelo Negri Soares<sup>1</sup>  
Valéria Julião Silva Medina<sup>2</sup>  
Marcos Eduardo Kauffman<sup>3</sup>

### RESUMO

No processo de família a alta carga emocional e a complexidade dos conflitos exige uma atividade judicial mais cuidadosa com a decisão a ser tomada, o que impõe a realização da prova como elemento essencial para garantir não só a devida fundamentação da decisão liminar ou final, mas, também, para primar pela qualidade do serviço prestado pela atividade jurisdicional. Por esta razão, torna-se imperiosa a nomeação de *experts* qualificados para tal desiderato, que poderão ser selecionados através de instrumentos colaborativos com outros órgãos especializados, ainda que extrajudiciais, públicos ou privados que auxiliarão o juiz nesta árdua tarefa.

**Palavras Chave:** Processo civil; Direito de Família; Provas.

### ABSTRACT

The high emotion burden and complexity of the conflicts in the family process require a more carefully judicial activity with the decision to be taken, which impose the making evidence like essential element to ensure not only the grounds in preliminary or final decisions but also to diligence the quality of the judiciary service. For this reason, it's imperative to appoint qualified experts who may be selected through collaborative tools with other bodies, albeit extrajudicial, public or private that will assist the judge in this arduous task.

**Keywords:** Civil Procedure; Family Law; Evidences.

### Introdução

---

<sup>1</sup> Professor Mestrado e Doutorado. Advogado e contabilista. Professor Visitante Coventry University (UK), no PPG em Direito, Administração e Negócios (2019). Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito UniCesumar, na linha Efetividade da Justiça e Direitos da Personalidade. Pós-Doutorado pela Uninove/SP (2017). Doutor (2013) e Mestre (2005) pela PUC/SP. Graduação em Direito UEM(1997), em PD Unicesumar (1991 - incompleto). Especialista em Direito pela UNIP (1998), Mackenzie (2006), Escola Federal de Direito (2008), Unicesumar (2019). Contabilista IEEM (1989). E-mail: negri@negrisoares.com.br.

<sup>2</sup> Pós-doutoranda e bolsista da CAPES pela UNICESUMAR – PR, Doutora e Mestre em Direito Público pela UNESA – RJ, Professora de Direito Processual Civil e Advogada. Artigo vinculado do PPGCJ do Centro Universitário de Maringá – UNICESUMAR, através da linha de pesquisa de instrumentos de efetivação dos direitos da personalidade. Maringá, PR, Brasil. vjsmedina@gmail.com.

<sup>3</sup> Professor of Faculty Research Centre for Business in Society, Coventry University (UK). kauffmam@coventry.ac.uk.

A sociedade moderna tem exigido mudanças no comportamento daqueles que são responsáveis pela “solução” dos conflitos que, certamente, têm se tornado mais complexos. A prestação judicial deixou de ser uma simples técnica de subsunção da lei ao caso concreto, exigindo do juiz uma atividade mais elaborada, a de um intérprete jurídico, precisamente de um hermeneuta *reconstrutor de sentidos* que “concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto”. (ÁVILA, 2013, p. 37)

Nesta toada, não é demasiado reiterar os ensinamentos de Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2009, p. 75) de que o processo judicial, como um sistema social, deve ser visto como uma sequência de ações, não como um mero ritual, porque seria um automatismo. Na verdade, o que faz um processo caminhar, não são seus rituais, mas as decisões seletivas dos que participam do processo, uma vez que estas decisões vão eliminando alternativas, reduzindo, pois, a complexidade sobre as questões postas.

Essa é a razão da pesquisa em voga, que objetiva destacar a grande dificuldade enfrentada pelo Poder Judiciário de resolver os conflitos familiares, em especial os de grande monta, ora denominados de trágicos, diante das evidentes consequências negativas que as famílias envolvidas se sujeitam.

Para tal desiderato, os magistrados precisam de um suporte metajurídico que os auxiliem nesta empreitada, o que só poderá ocorrer através da realização da prova no processo de família, em especial através da perícia realizada por especialistas.

Assim, serão destacados neste ensaio os instrumentos processuais existentes para a produção da prova no Brasil e em ordenamentos alienígenas, bem como os métodos considerados ideais de realização da prova nestes complexos litígios, inclusive com propostas de solução mais exitosas, já experimentadas, e outras que se encontram em perfeita sintonia com o modelo nacional.

O objetivo de se focar na temática em voga é trazer à baila uma pesquisa que saia do campo exclusivamente teórico do direito, para alcançar uma perspectiva pragmática do processo, seja pela via judicial, culturalmente mais aceita no Brasil, seja pelo viés das soluções extrajudiciais que aos poucos vêm ganhando aceitação da comunidade em geral.

Por fim, é mister esclarecer que se trata de uma pesquisa bibliográfica, através da utilização de método dedutivo, partindo-se de uma realidade genérica experimentada em

todos os órgãos do Poder Judiciário no Brasil, mas que se torna imprescindível tal preocupação para que se justifique um melhor julgamento para os casos concretos.

## **1. A Prova no Ordenamento Jurídico Brasileiro**

A importância da prova para a solução dos litígios submetidos à apreciação jurisdicional é fundamental quando a controvérsia envolve questões fáticas, uma vez que ao magistrado compete sopesar tais circunstâncias da causa para que seja possível aplicar o direito.

Liebman (1984, p. 04) já considerava que o ato de ‘julgar’ consistia na valoração de um fato ocorrido no passado, aplicando-se o direito vigente, a partir da norma concreta que regerà o caso.

No ordenamento jurídico pátrio, o direito à prova é um dos pressupostos da garantia do ‘processo justo’, eis que é um direito fundamental da pessoa, amparado pelo texto constitucional de 1988. Mas é também na legislação infraconstitucional que este instituto ganha relevo, eis que imprescindível à solução dos litígios no âmbito processual, seja civil ou penal. (SOARES; CARABELLI, 2019, 28)

Neste jaez, é possível registrar que, na qualidade de um direito fundamental, representa uma condição de validade para qualquer processo instaurado em um Estado Democrático de Direito. Seu fundamento está amparado em diversos dispositivos do texto constitucional, sendo certo que bastaria a garantia do devido processo legal, prevista no artigo 5º, LIV.

Não obstante, no inciso LVI, há expressa inadmissão da prova ilícita, além de permitir, no inciso LV, a realização do contraditório e da ampla defesa, com todos os meios e recursos a ele inerentes, hipótese em que inclusa está a produção das provas.

Evidente que os fundamentos constitucionais amparam os previstos na legislação ordinária, mas é relevante citar que um dos principais princípios que sustentam e legitimam o direito processual é o da verdade substancial. (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 31)

Isto porque, na sistemática ultrapassada do processo, havia uma distinção entre verdade formal e verdade substancial, em que aquela se aplicava ao processo civil sob o brocardo ‘o que não está nos autos não está no mundo’, satisfazendo-se com uma ficção

da realidade. Já a verdade substancial aplicava-se ao processo penal, o qual autorizava o Estado na busca da certeza do direito invocado, sob o fundamento de que o bem tutelado nesta seara teria maior valor jurídico.

Evidente que esta diferenciação não pode mais ser admitida no sistema processual hodierno, conquanto se espera que o juiz seja justo e apto a desvendar a essência ‘verdadeira’ do fato ocorrido no passado, há que se reconhecer a falibilidade humana e, conseqüentemente, suas próprias valorações sobre a ‘verdade’ que o cerca. Neste sentido, “a figura mítica do juiz, como alguém capaz de ‘descobrir’ a verdade sobre as coisas e, por isso mesmo, apto a fazer justiça, deve ser desmascarada.”. (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 40)

Na sistemática processual da pós-modernidade, espera-se que o juiz viabilize ferramentas apropriadas para a busca de um resultado que se assemelhe à verdade em todos os processos indistintamente, considerando que todos os bens tutelados em juízo são bens da vida de grande valor.

Nesta mesma tônica justifica-se a redação do artigo 369 do CPC/2015, que determina que “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.”. Neste dispositivo deve-se compreender uma concepção objetiva de que os elementos responsáveis pela extração do resultado produzido pelas provas apresentadas na instrução processual, aptos a formar a convicção do juiz, devem ser obtidos por meio da argumentação das partes.

Objetivando demonstrar a legitimação do princípio da livre produção de provas no ordenamento vigente, torna-se mister registrar que a legislação processual estabelece um rol dos aludidos instrumentos que merecem ser esclarecidos, são eles: ata notarial, depoimento pessoal, confissão, exibição de documento ou coisa, documental, testemunhal, pericial e inspeção judicial.

Destarte, há que se registrar que prova pode ser realizada no curso da demanda, que funcionará como fundamento da sentença judicial, diante da controvérsia fática do conflito, sendo verídico, ainda, que esta produção pode ser dar autonomamente, através do procedimento de produção antecipada de prova, disposto nos artigos 381 a 383 do CPC/2015. É possível destacar que pode ser de jurisdição contenciosa ou voluntária,

servindo, ainda, como instrumento de evasão do Poder Judiciário, uma vez que a prova antecipada pode e deve fomentar medidas consensuais, e não servir apenas como meio para evitar sua perda.

Por fim, é imprescindível registrar que no sistema jurídico pátrio não há divisão de competências entre o juiz do fato e o do mérito, como em outros, o que será esclarecido adiante, hipótese em que o julgador tem o dever de valorar bem as provas produzidas no processo para que possa exercer seu dever de fundamentação da sentença, consubstanciado no princípio da motivação das decisões judiciais insculpido no art. 93, IX da Constituição.

Derradeiramente, é oportuno mencionar que a complexa atividade jurisdicional em voga pode/deve ser compartilhada com outros operadores do direito aptos na colheita da prova, inclusive com a importante participação das partes, através de mecanismos colaborativos, ratificando as premissas da moderna concepção de processo, o que restará melhor abordado adiante.

## **2. A Prova no Ordenamento Jurídico Estrangeiro**

Antes de analisar os respectivos procedimentos responsáveis pela fase de produção de provas nos ordenamentos alienígenas, é conveniente trazer à baila uma divisão histórica acerca dos modelos processuais que se desenvolveram no ocidente ao longo dos últimos séculos, para que seja possível estabelecer uma conexão com a problemática atual, diante de uma sociedade globalizada e complexa como a vertente.

Costumava-se identificar apenas dois modelos de processo, o adversarial, ou dispositivo, consistente na predominância da disputa entre as partes, na iniciativa e produção da prova, diante de um órgão jurisdicional passivo, que tem a função de decidir; e o inquisitorial (não adversarial), de modelo publicista de investigação judicial em que, ao revés, desenvolve-se a partir do órgão judicial, o grande protagonista da causa, que tem o dever de impulso oficial na condução do processo, inclusive no dever de determinação das provas pertinentes. (DIDIER JR., 2011)

No entanto, como nenhum dos modelos apresentavam uma sistemática adequada aos anseios sociais da pós-modernidade, como um processo célere, em que se permita

uma correta aplicação do direito ao caso concreto, sem desrespeitar a autonomia das partes, restaram considerados obsoletos.

Hodiernamente a doutrina considera a existência de mais um, o cooperativo, que se caracteriza 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 contraditório volta a ser valorizado como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal que deveria ser observada para que a decisão fosse válida. (DIDIER JR., 2011)

Ademais, sob o ponto de vista ético, o processo pautado pela colaboração é orientado pela busca, tanto quanto possível, da verdade, e que, para além de emprestar relevo à boa-fé subjetiva, também exige de todos os seus participantes a observância da boa-fé objetiva, sendo igualmente seu destinatário o juiz, cujo papel é de um partícipe isonômico na condução do processo e assimétrico apenas quando impõe suas decisões, ou seja, desempenha duplo papel: é paritário no diálogo e assimétrico na decisão. (MITIDIERO, 2011, p. 81)

É preciso reconhecer que essa mudança paradigmática do processo civil moderno refletiu sobremaneira nas reformas que as legislações processuais vêm sofrendo nos últimos anos, bem como na função dos magistrados na condução do processo, em especial das provas, o que será melhor desenvolvido alhures.

Isto porque, o juiz moderno tem solene compromisso com a justiça. Não só tem o dever de conduzir as atividades processuais de forma adequada, consoante os ditames legais, mas, e principalmente, buscando oferecer às partes a solução que mais se enquadre na real concepção do valor 'justo'. Tal enfoque ético da função jurisdicional afasta o processo de uma simples técnica, de modo que passa a ser informado pelos objetivos e ideologias revelados na ciência processual com vista à efetivação do supremo objetivo de pacificar com justiça. (DINAMARCO, 2004, p.60-61)

No que tange às respectivas fases de produção de provas nos diplomas processuais estrangeiros, certamente a processualística estará embebida dos modelos acima expostos, sendo certo que cada vez mais os ditames do processo cooperativo vêm à tona, o que acaba por equiparar as técnicas, alcançando o resultado esperado pelas partes, qual seja, uma solução judicial satisfatória.

Isso se deve ao fato de que os países pertencentes ao sistema *commom law*, em geral, os de origem anglo-saxônica, comumente seguem o modelo adversarial de processo, com primazia da autonomia das partes na apresentação e produção das provas, competindo ao magistrado apenas a valoração e julgamento, ao passo que os países pertencentes ao sistema *civil law*, por possuírem tradição no direito romano, acabaram seguindo o modelo inquisitorial, concentrando no juiz a condução do processo e a determinação das provas, objetivando garantir a “certeza” do direito, o qual terá a função de decidir.

No entanto, com as reformas processuais mais modernas sofridas pelas legislações alienígenas dos mais diversos países, sejam de origem *commom law* ou romano-germânica, percebe-se que houve a opção por um processo de julgamento único (juiz monocrático), com raras exceções, como a França, que permite uma divisão procedimental entre o juiz de instrução e de julgamento, que pode ser um colegiado; e os Estados Unidos da América, em que as causas cíveis, em geral, são levadas ao julgamento do júri.

No Reino Unido, por exemplo, tradicional do sistema *commom law*, ao estabelecer seu primeiro Código de Processo Civil, em vigor desde abril de 1999, optou pelo banimento do júri e pela ampliação dos poderes do juiz, através do *case management*, concentrando maiores poderes de condução e decisão do processo ao magistrado *a quo*. É mister destacar que o juiz não tem permissão de determinar *ex officio* a produção da prova não requerida pelas partes, mas detém a prerrogativa de controlar toda a atividade probatória. (ELLIOT; QUINN, p. 532)

Na França, em aparato sistemático bem diferenciado, nas demandas mais complexas que seguem o procedimento do circuito longo (*Circuit Long*), há uma divisão de competências entre o magistrado único que procede a instrução processual e a colheita de provas (*juge de la mise en état*), do colegiado que prolata a sentença, composto por três juízes: um presidente e dois *assesseurs*.<sup>4</sup> Com a conclusão da instrução, é designada a *audience des plaidoiries* pelo presidente do tribunal ou pelo *juge de la mise en état*, na

---

<sup>4</sup> O Código francês prevê três circuitos diferentes: (a) o *circuit court*, para os casos em que o litígio já está em condições de ser julgado imediatamente; (b) o *circuit moyen*, para os casos em que a causa não está pronta para ser julgada, mas a simples apresentação de documentos e a troca de *conclusions* pelas partes já são capazes de tornar o processo apto ao julgamento; e por fim (c) o *circuit long*, aplicável aos casos mais complexos, em que há necessidade de instrução probatória mais ampla ou intervenção de terceiros. (EZEQUIEL, 2016)

qual este apresentará um relatório oral do processo, expondo o objeto da demanda e os argumentos das partes, além das questões de fato e de direito levantadas ao longo de toda a lide. A demanda será então julgada, em regra, pelo aludido colegiado. (COUCHEZ; LAGARDE, 2011, p. 299-304)

Uma peculiaridade interessante a ser destacada no direito probatório francês, consiste na importância da prova documental, típica de sistema inquisitório em que se enquadra, sendo certo que o magistrado de instrução tem poderes para aplicação de *astreintes* à parte contrária ou ao terceiro que se recusarem ou descumprirem a aludida determinação judicial. (LEONEL, 2010, p. 132)

Percebe-se através das peculiaridades dos procedimentos de cada ordenamento pertencentes à sistemas diversos, seja adversarial ou inquisitorial, que as funções do magistrado no que tange à produção da prova foram ampliadas, de modo que estes passaram a ser fundamentais nesta empreitada, em especial pelo dever de fundamentar suas decisões com base nas provas produzidas, o que acaba por coadunar da tese já aventada, de que exercem, na verdade, uma atividade cooperada.

Essa tem sido uma realidade vislumbrada em grande parte dos ordenamentos jurídicos alienígenas, com exceção dos Estados Unidos da América que segue, a priori, o modelo adversarial típico, em que as partes, através de seus advogados, são responsáveis pela realização da prova, competindo ao magistrado a condução do processo até o veredito que será proclamado pelo júri.

É interessante notar que naquele sistema a simbologia do julgamento pelo júri (*trial by juri*) representa um importante papel democrático, uma vez que estabelece uma legitimação social através da qual o povo participa diretamente da atividade jurisdicional aplicando seus critérios de valoração e, de certa forma, limitando os poderes de atuação do Estado.

Segundo Taruffo (2012, p. 215), o julgamento pelo júri é a causa de importantes limitações na produção das provas, pois acabam sendo excluídas informações importantes no material probatório das demandas, que poderiam ser determinantes para a apuração da verdade. E conclui que é prejudicial para a própria democracia, considerando que tais decisões são formadas em uma espécie de '*black box*' em que acontecem coisas e se fazem escolhas que ninguém conhece, pela razão fundamental de que o veredito do júri nunca é motivado.



Não obstante, é mister registrar que a atividade probatória se torna essencial em demandas de grande complexidade, como as de família, considerando que a análise fática é relevante para a decisão final da causa, o que torna a função jurisdicional mais perspicaz.

### **3. A Prova no Processo de Família**

A preocupação desenvolvida na presente pesquisa acerca da grande dificuldade de solução dos conflitos de família pelo Poder Judiciário, no Brasil, consiste no fato de que a cultura desta sociedade é beligerante, em geral, quando se trata destes conflitos de alta complexidade.

Apesar das grandes diferenças culturais e sociais das regionalizações vislumbradas no Brasil, no que tange aos meios de solução de conflitos de família, a comunidade acaba procurando a via judicial adjudicatória de forma imediata, ainda que nesta seara possa entabular acordos ou encontrar outras formas de solução destes impasses.

É imperioso destacar que as peculiaridades dos litígios, embebidas de grande caráter fático, obrigam o magistrado a determinar a produção da prova para que possa decidir, ainda que em sede de tutela de urgência.

Entretanto, a realização da prova no processo de família é medida que se apresenta de grande dificuldade, considerando a ausência de regras processuais específicas para tal desiderato. É relevante mencionar a preocupação destacada por Medina (2017, p.39-41) de que no Brasil a legislação vigente, que é o código de processo civil de 2015 - CPC/2015, não se mostra adequada à solução de conflitos de família em razão da grande complexidade e dos direitos existenciais envolvidos. Por esta razão, a fase de produção de provas se torna uma problemática em razão dos custos e da demora na prestação jurisdicional, agravando a decepção das partes e a não realização a contento das provas, o que certamente influenciará a decisão final.

Por este motivo, pretende-se enfrentar esta problemática de forma direta, com fundamentos de caráter pragmático, objetivando deixar um discurso acadêmico do '*dever ser*', para se tentar alcançar critérios objetivos de funcionalidade do sistema processual de família no Brasil, garantindo, assim, sua aplicabilidade para o mundo do '*ser*'.

### **3.1. A complexidade das relações humanas familiares e a dificuldade na produção da prova**

Com a solidificação dos direitos fundamentais do homem no mundo contemporâneo, acrescido da constante globalização das pessoas, a sociedade moderna tornou-se complexa e cada vez mais líquida, na brilhante acepção cunhada por Bauman<sup>5</sup>, em que cada um dos integrantes da família, inclusive aqueles que não tinham direitos consagrados, como a mulher, as crianças, os idosos, passaram a ter seus direitos tutelados de forma garantista, considerando as inequívocas vulnerabilidades.

No entanto, efeitos reflexos desta multiproteção surgiram, em especial, através da potencialização dos conflitos interpessoais. Com a saída da mulher para ocupar o mercado de trabalho e a maior oferta de conhecimento de direitos para todas as pessoas, os conflitos familiares se intensificaram e se tornaram mais complexos de serem solucionados.

Por esta razão, a solução destes conflitos por meio da adjudicação judicial acaba sendo desafiador, tornando-se premente uma intercessão entre o órgão judicial e outros profissionais *experts* em problemas de família, como psicólogos, médicos, assistentes sociais, mediadores etc, na condução da colheita destas provas, seja por intermédio de processo colaborativo, seja de forma autônoma, o que restará demonstrado.

Em grande parte da Europa, América do Norte e Austrália, houve um esforço conjunto nas últimas duas décadas para introduzir a colaboração interinstitucional no âmbito dos serviços humanos, em especial mediante fomento do trabalho conjunto entre os serviços de saúde e assistência social. Há estudos que evidenciam que a colaboração interinstitucional pode transformar serviços humanos fragmentados em um sistema que atenda às múltiplas necessidades de crianças e famílias de uma maneira mais abrangente e eficiente. (PIETSCH; SHORT, 1998)

No entanto, apesar do resultado do trabalho colaborativo ser produtivo em alguns conflitos familiares, uma pesquisa constatou que o maior problema para se obter solução

---

<sup>5</sup> Sociólogo e filósofo polonês, professor emérito de sociologia das universidades de Leeds e Varsóvia e autor de diversas obras, dentre elas *'modernidade líquida'* e *'amor líquido'*.

é quando há grande incerteza sobre a possível doença mental dos pais ou as necessidades de proteção da criança.<sup>6</sup> (DARLINGTON; FEENEY; RIXON, 2004)

Nestas situações, as quais podem ser denominadas de trágicas, percebe-se uma inequívoca dificuldade de solução pacífica dos litígios, considerando os problemas clínicos envolvidos, hipótese em que a solução adjudicatória é praticamente exclusiva e desafiadora, o que restará melhor analisado.

É relevante mencionar que no Brasil há diversas técnicas consensuais que estão sendo implementadas nas varas de família com o objetivo de conscientizar as partes envolvidas e fomentar soluções de autocomposição, o que acaba funcionando bem em alguns conflitos.

No entanto, os casos mais difíceis de serem solucionados podem ser identificados quando as partes não possuem e/ou não querem o diálogo, hipótese em que a solução adjudicatória é a única a ser tomada, permitindo que alguns destes litígios possam se tornar trágicos.

Neste jaez, cumpre mencionar alguns casos trágicos comumente vislumbrados no cotidiano forense, de modo que seja possível perceber o desafio para o Poder Judiciário na fase de produção de provas, o que justifica a problemática em voga, senão vejamos.

O primeiro caso trágico que se pode citar é a alienação parental, consistente na interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este, segundo o disposto no artigo 2º da lei nº 12.318/2010.

Isto porque, os efeitos concretos da prática da alienação parental em crianças e adolescentes são irreversíveis, causando prejuízos potenciais na formação psíquica destas pessoas. Mas não é só.

Segundo pesquisa empírica realizada por psicólogas da PUC-RS acerca de processos judiciais em que se suspeitava da prática de alienação parental, restou concluído que ainda não há consenso entre critérios e indicadores da prática de alienação parental

---

<sup>6</sup> O estudo foi realizado em Queensland, na Austrália, em junho e julho de 2002, onde a proteção da criança e a saúde mental de adultos são de responsabilidade de departamentos separados do governo estadual - o Departamento de Famílias e a Saúde de Queensland, respectivamente. (DARLINGTON; FEENEY; RIXON, 2004)

entre os profissionais envolvidos no diagnóstico do caso; que nenhum dos oito laudos analisados, elaborados por psicólogos judiciais, estava de acordo com as exigências do Conselho Federal de Psicologia sobre a elaboração de documentos; e, por fim, juízes e psicólogos posicionaram-se da mesma forma em quatro casos, dois considerando a existência de alienação parental e dois a ausência, pelo que se pode concluir pela inexistência de um padrão para avaliação para a prova, pelos psicólogos em perícias, justificando a sugestão da premente necessidade de maior capacitação profissional para atuação na área. (FERMANN, Ilana Luiz; *et al.*, 2017, p. 35-47)

Diante da gravidade da conclusão apontada, as próprias pesquisadoras sugerem que as perícias tenham caráter multidisciplinar, através da elaboração de avaliações conjuntas de outros profissionais como assistentes sociais e médicos, nas demandas envolvendo suspeita de alienação parental. (FERMANN, Ilana Luiz; *et al.*, *idem*)

Outro caso trágico vislumbrado com muita frequência no cotidiano das varas de família é o ‘divórcio destrutivo’, consistente em uma separação conjugal que envolve grandes disputas e expressões de violência, que têm cada vez mais abarrotado os tribunais com processos que se estendem por anos, com audiências que não se esgotam, com pedidos e mais pedidos de revisão de procedimentos e a contratação de psicólogos exteriores ao tribunal (assistentes técnicos) na tentativa de apresentar argumentos técnicos que levem a novas decisões judiciais. É mister diferenciá-los do ‘divórcio no ciclo de vida’ que representa uma postura atual em considerar a separação conjugal como uma etapa do processo de vida que inclui novos arranjos conjugais e familiares. Registre-se que as circunstâncias que levam a uma ou outra modalidade de divórcio são bastante complexas e podem envolver disputas atuais e motivações que transcendem a várias gerações. (COSTA, 2009, p. 233-241)

Não se pode olvidar acerca da violência doméstica que, não raras vezes, é verificada no rompimento de laços familiares. Apesar da divisão de competências estabelecida pelo sistema processual pátrio<sup>7</sup>, o que merece críticas, tratam-se de fatos de complexa resolução que, por certo, podem gerar efeitos trágicos.

---

<sup>7</sup> Os conflitos de família são solucionados nas varas de família, enquanto os de violência doméstica perante os Juizados de Violência Doméstica e Familiar, correspondente a juízos de competências absolutas diferenciados, ambos de jurisdição estadual.

Outra situação a ser considerada de grande gravidade em se tratando de conflitos familiares consiste na identificação de problemas mentais em membro(s) da unidade familiar em conflito.

Para Bill Eddy (2012, p.5-6), co-fundador e Presidente do Instituto de Altos Conflitos situado nos Estados Unidos da América, o grande desafio para as Cortes de família da atualidade consiste em saber como conduzir o processo em casos de problemas de saúde mental em um ou mais membros de um núcleo familiar, não sendo, por conseguinte, um problema jurídico, mas um inequívoco caso complexo ou trágico a ser resolvido pelo Poder Judiciário.

Todas as situações apresentadas, merecem uma análise especial por parte do Poder Judiciário, objetivando garantir o cuidado com as pessoas envolvidas, de modo que medidas judiciais de urgência são imperiosas para evitar o agravamento da tragédia, quando já instalada.

Todavia, há que ser considerada a dificuldade da produção da prova para fundamentar a decisão judicial, seja a provisória ou a final, sendo certo que esta é a ferramenta essencial para a tomada de decisão, o que merece análise em apartado.

### **3.2. Meios de prova mais indicados aos conflitos familiares**

A principal questão a ser analisada diante da complexidade de questões que envolvem os conflitos na seara de família é, exatamente, como realizar as provas de modo que o juiz possa chegar à decisão correta.

Consoante já esclarecido alhures, no Brasil, são permitidas todas as provas lícitas, colhidas através de ata notarial, depoimento pessoal, confissão, exibição de documento ou coisa, documental, testemunhal, pericial e inspeção judicial, assim definidas no vigente código de processo civil, aplicável também às demandas de família.

Apesar da possibilidade de utilização da prova documental, inclusive ata notarial e testemunhal que comumente são mais utilizadas nas controvérsias cíveis em geral, no âmbito de família a situação se inverte, considerando as peculiaridades dos conflitos e a dificuldade de produzi-las.

Isto porque, a utilização da prova documental, na grande maioria das vezes, quando existente, acaba envolvendo as partes, na qualidade de casal, o que inibe sua

utilização para evitar agravamento de problemas financeiros e/ou pessoais que podem gerar mágoas ou humilhações recíprocas, o que deve ser considerado. Já a prova testemunhal, por resultar no envolvimento de pessoas próximas, acaba sendo refutada, objetivando minimizar os impactos negativos que aquele rompimento familiar resulta. Isto sem contar o fato de que tais testemunhas, em juízo, não podem prestar o compromisso de dizer a verdade, diante da relação íntima ou de afeto que possui com as partes, o que reduz a qualidade e força da prova.

Neste sentido, a prova pericial é, sem dúvida, uma das mais importantes e úteis para ser realizada nestes complexos conflitos, considerando o alto grau de litigiosidade e a imperiosa necessidade do julgador de encontrar elementos que possam solidificar a devida fundamentação da sentença final.

É fundamental registrar que o laudo pericial, na qualidade de prova judicial e, portanto, elemento apto a formar a convicção do juiz, é embebido por uma certa “vontade de verdade”, resultado da característica da instituição jurídica somada à subjetividade do perito que, como coadjuvante da cena processual, atribui um sentido possível ao conflito configurado no processo. (ORTIZ, 2012, p. 907)

Ratifica-se que não se pode conceber hodiernamente, a existência de uma verdade substancial em um processo judicial, ainda que envolva conflito de família do qual os direitos envolvidos são, em regra, existenciais, portanto, indisponíveis. É por esta razão que a aludida prova pode e deve ser determinada de ofício, sem que haja ofensa ao princípio do livre convencimento motivado. Isto porque, esta prova não se destina à descoberta da verdade, pelas razões já expostas, mas sim um meio de promover a devida fundamentação da decisão judicial.

Não é demasiado registrar que essa atuação do magistrado é bem-vinda, mas não pode ser vista como um remédio milagroso, considerando, em especial, que esta prova de ofício só é bem aproveitada em casos muito específicos, como nas de alto conflito de família, em que a existência de outras provas, como documentos ou testemunhas não possam servir para esclarecer os fatos. (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 100)

Outra situação muito delicada é a realização da prova quando envolve interesse de menor, como demandas de guarda, visitação, alienação parental e até mesmo alimentos, nas varas de família e/ou violência doméstica, de competência especializada,

em que o depoimento da criança ou adolescente são de extrema importância para a decisão judicial.

A lei nº 13.431 de 2017 determina a implementação de medidas especiais de oitiva do depoimento de crianças e adolescentes vítimas de violência, objetivando garantir sua incolumidade física e psíquica quando necessitarem de prestação jurisdicional, dentre outras medidas. Neste diapasão, é determinado nos artigos 7º a 12, um procedimento especial de escuta e colheita de depoimento pessoal destes, de acordo com a dignidade humana, consistente na minimização do sofrimento que já foram sujeitas.

Dentre as medidas determinadas encontram-se a realização de escuta especializada feita por *expert* auxiliar do Poder Judiciário, como psicólogos, assistentes sociais, médicos etc, mediante emprego de meios eletrônicos que evitem a repetição deste depoimento e, conseqüente, reiteração do sofrimento destes infantes.

Trata-se de verdadeira atividade colaborativa que merece ser difundida de modo a dinamizar e qualificar a produção da prova diante de casos complexos como os de família, em especial quando envolve interesses de menores, o que merece destaque.

### **3.3. Como produzir/conduzir a prova no processo de família**

É inequívoco que a prova no processo de família é de difícil produção, o que já restou exaustivamente exposto. Mas como é possível produzir esta prova de modo que seja útil para o julgamento da demanda? A resposta a esta indagação é que representa o grande desafio para o órgão julgador.

Partindo desta premissa, é possível sugerir dois caminhos para que a produção deste ato processual complexo possa ser realizado de forma eficaz, alcançado sua importância para o processo.

Uma é a colaboração processual a ser incentivada pelos participantes do processo, como magistrados, membros do *Parquet* e advogados ou defensores, consistente na conscientização das partes de que soluções obtidas por meio de autocomposição é sempre mais favorável.

Como já mencionado na pesquisa supra, realizada na Austrália, em muitos casos a atuação de forma colaborativa entre as partes e, quiçá, com outros participantes, como

assistentes sociais, psicólogos, médicos, mediadores etc, pode, sim, gerar resultados positivos para a solução a contento da demanda.

É importante ressaltar que, ainda que o êxito seja obtido apenas na produção da prova, em caso de inexistência de consenso entre as partes sobre o mérito, já seria um grande avanço, diante da possibilidade de se chegar mais próximo da verdade real, competindo ao magistrado o julgamento da causa com mais elementos de convicção.

Não é demasiado registrar que as partes, por possuírem interesses conflitantes em juízo, não têm obrigação de colaborar entre si, mas passam a ter o dever de colaborar com o processo, a partir de uma atividade estruturada para tal mister, como determinam os artigos 378 a 380 do CPC/2015. Assim, compete aos órgãos competentes e responsáveis pela condução do processo, em especial ao juiz, na fase de produção da prova, a estruturação da colaboração a ser exercida na hipótese concreta, a partir da previsão de regras que devem ser observadas por todos os participantes.

A outra forma eficaz de produção da prova em juízo é através da cisão do procedimento de modo que seja realizada em órgão qualificado para tal desiderato, ainda que desvinculado do Poder Judiciário.

É relevante esclarecer tal argumento, pelo fato de que é costumeiro na prática forense brasileira considerar como válida a prova pericial obtida com exclusividade pelos servidores do Poder Judiciário que são nomeados, em regra, como *experts* do juízo em caso de conflitos de alta complexidade, como os já mencionados.

Ocorre, porém, que outros auxiliares podem e devem atuar em conjunto à atividade jurisdicional, por se tratar de interesse público a busca da verdade e a consequente solução pacífica dos conflitos. Assim, é possível citar a possibilidade de determinação da prova, pelo magistrado, seja para tomada de decisão provisória, seja definitiva, na sua realização por outros órgãos com total competência para tal mister, podendo ser públicos, privados, cooperativados ou até mesmo criados em parcerias público-privadas<sup>8</sup>.

Objetivando registrar o caráter pragmático da tese em voga, é possível sugerir a realização da prova de complexos conflitos familiares perante órgãos públicos ou privados de referência, ainda que extrajudiciais, como hospitais, centros de pesquisa universitária, clínicas comunitárias ou voluntárias e outros; isso sem contar as

---

<sup>8</sup> Trata-se de meio de contratação com a administração pública, regulamentada pela Lei nº 11.079/2004.



cooperativas e outros órgãos destinados a esta atividade, a serem custeados exclusivamente pelas partes, pelo próprio poder público, mediante convênio ou outro método cooperativo ou, ainda, misto, em que todos participariam no rateio das despesas do serviço prestado.

A produção da prova por órgãos especializados reduziria significativamente o duplo problema vislumbrado hodiernamente, a demora na sua produção e, conseqüente, da decisão judicial; e a qualificação dos resultados, uma vez que seriam realizadas por profissionais especializados neste serviço, que teriam o dever de aperfeiçoamento, sob pena de substituição, o que, em regra, não é possível em se tratando de servidor público.

Destarte, tal medida é adotada em ordenamentos alienígenas, consistente na existência de órgãos auxiliares ao Poder Judiciário, quando o conflito envolve interesses de menores, como nos países do *commom law*, o que restará demonstrado.

No Reino Unido, por exemplo, o magistrado determina a participação de um membro do *CAFCASS - Children and Family Court Advisory Support Service*<sup>9</sup>, nos conflitos judiciais que envolvem interesses de menores, independente da demanda em curso, um divórcio, uma ação de guarda, de alimentos, dentre outras. Consoante a lei processual inglesa, o juiz designará este serviço de apoio oficial às famílias, cuja função é auxiliá-las nos problemas familiares que enfrentam, objetivando salvaguardar e promover o bem-estar das crianças que passam pelo sistema de justiça familiar, de modo que as decisões possam ser tomadas levando em consideração o princípio do melhor interesse destas.

Uma vez solicitado o serviço, este oficial pode recomendar ao magistrado diversas medidas a serem aplicadas ao caso concreto, como a condução coercitiva dos genitores para realização de cursos de curta duração, os ‘*SPIP – Short Course for Separated Parents*’, por exemplo; ou indicar a realização de prova pericial com a participação de assistentes sociais ou peritos. A priori, a decisão final deve ser tomada após a realização de todas estas oitivas, inclusive após uma audiência final.

Nos Estados Unidos da América, os casais que consideram estar em um grave conflito na fase de divórcio podem solicitar a atuação de coordenadores parentais, cuja finalidade é criar elementos para condução do melhor convívio possível entre estes,

---

<sup>9</sup> Disponível em: [www.cafcass.gov.uk](http://www.cafcass.gov.uk). Acesso 19 jul 2019.

quando o rompimento ocorrer com filhos pequenos, que são, indubitavelmente, os mais prejudicados neste processo.

Coordenadores parentais são profissionais treinados e designados em casos de custódia em conflito para ajudar os pais a tomar decisões conjuntas. A nomeação judicial de um coordenador de parentalidade decorre de uma tendência contemporânea de que o deslocamento familiar costuma gerar uma taxa mais alta de conflito parental durante períodos mais longos de desenvolvimento infantil. Isto porque, nos processos de divórcio dos pais quando os filhos ainda são pequenos, geralmente gera uma dificuldade de lidar uns com os outros regularmente por vários anos no futuro, para decidir sobre a visitação, a disciplina, a escolaridade e as decisões cotidianas até que o filho atinja a idade adulta. Quanto mais tempo os pais divorciados tiverem que interagir uns com os outros, maior a chance de conflitos intensos e longas batalhas prolongadas. Tais litígios de longo prazo, incluindo disputas sobre questões de custódia e visitação, podem ter efeitos negativos duradouros sobre as crianças. Muitas vezes, os efeitos do tempo do processo nos filhos são piores que os efeitos do próprio divórcio. Do ponto de vista psicológico, um infante pode sofrer ansiedade, depressão e outros traumas como resultado de um conflito crônico. Uma das intervenções de crescimento mais rápido para estes casos é o uso de coordenadores parentais para ajudar a aliviar os efeitos do divórcio nas crianças e evitar batalhas de longo prazo entre os pais. (KRUSE, 2008)

O que é interessante notar é que naquele país, os juízes podem determinar a submissão das partes ao auxílio destes coordenadores, caso venham a perceber a complexidade do litígio e a vulnerabilidade das crianças, cabendo a estes remeter ao magistrado uma recomendação para que possa decidir melhor sobre as nuances do conflito e da família, ou até determinar medidas autoexecutáveis. (EDDY, 2012. p. 57-58)

E não é só. Estudos comprovaram que pais que frequentaram programas de educação em atividades colaborativas durante um processo de divórcio, relataram níveis mais baixos de conflitos parentais do que as crianças cujos pais não compareceram ao programa, o que representa uma hipótese relevante para a solução dos conflitos de família. (BECK, Connie J. A.; *et al.*, 2009, p. 453)

É verdade que no processo de tomada de decisão é imprescindível a análise da peculiaridade do caso e as provas produzidas, considerando que nos processos de família,

em geral, proliferam questões fáticas em detrimento de questões exclusivamente jurídicas. No entanto, a realização da prova mediante órgãos com qualificação técnica e especialização nestes conflitos, por certo que tornarão estes resultados mais céleres, fornecendo ao juiz elementos de convicção mais próximos da verdade, o que justificarão decisões mais justas e humanas.

## **Conclusão**

É notório que os complexos litígios familiares impõem ao julgador a realização da prova, no curso do processo, de modo que possa devidamente fundamentar a sentença, quando a opção das partes é a atividade adjudicatória, o qual representa uma primeira opção por parte dos jurisdicionados brasileiros.

É, certo, entretanto, que podem encontrar meios de autocomposição, como a mediação, conciliação ou outros, que possibilitam a solução consensual da lide, destacando que a realização da prova é um grande facilitador deste desiderato, que pode, inclusive, ser produzida antes da instauração da lide, através do procedimento de produção antecipada de prova, trazido pelo CPC/2015 em novo formato, com esta finalidade.

Não se pode olvidar que determinados conflitos, podem ser considerados trágicos, como a ocorrência de alienação parental, divórcios de alto grau de beligerância, dentre outros, muitos com envolvimento de violência doméstica, o que impõe uma solução judicial, seja para a tomada de decisões em tutelas de urgência, seja para prolatar sentenças finais. Nestes casos, a realização da prova se torna medida imprescindível!

Assim sendo, o grande desafio para o órgão julgador é saber como conduzir a produção da prova, garantindo sua qualidade, dentro de um prazo razoável, objetivando evitar ou não permitir o agravamento o conflito.

Partindo desta premissa, é possível sugerir dois caminhos para que a produção deste ato processual complexo possa ser realizado de forma eficaz, alcançado sua importância para o processo.

Uma é a colaboração processual a ser incentivada pelos participantes do processo, como magistrados, membros do *Parquet* e advogados ou defensores, consistente na

conscientização das partes de que soluções obtidas por meio de autocomposição é sempre mais favorável.

Pesquisas comprovaram que em muitos casos a atuação de forma colaborativa entre as partes e, quiçá, com outros participantes, como assistentes sociais, psicólogos, médicos, mediadores etc, pode, sim, gerar resultados positivos para a solução a contento da demanda, ainda que o êxito seja obtivo apenas na produção da prova, em caso de inexistência de consenso entre as partes sobre o mérito, diante da possibilidade de se chegar mais próximo da verdade real, competindo ao magistrado o julgamento da causa com mais elementos de convicção.

A outra forma eficaz de produção da prova em juízo é através da cisão do procedimento de modo que seja realizada a perícia por órgão qualificado para tal desiderato, ainda que desvinculado do Poder Judiciário, merecendo destaque ao fato de que poderão ser entidades públicas, privadas, cooperativadas ou até mesmo criadas em parcerias público-privadas, desde que possuam aptidão para atuar de forma exitosa nestes complexos conflitos.

Restou demonstrado que em outros ordenamentos jurídicos, o juiz pode determinar que esses entes que atuam em parcerias com o Poder Judiciário, emitam não só laudos, como determinações casuísticas, submissão das partes a cursos, dentre outras medidas, com a intenção de reduzir o grau de litigiosidade e, quiçá, garantir a proteção dos filhos menores, geralmente os mais sacrificados com essas lides.

Assim sendo, objetivando registrar o caráter pragmático da tese em voga, restaram sugeridas a realização da prova de complexos conflitos familiares perante órgãos públicos ou privados de referência, ainda que extrajudiciais, como hospitais, centros de pesquisa universitária, clínicas comunitárias ou voluntárias e outros; isso sem contar as cooperativas e outros órgãos destinados a esta atividade, a serem custeados exclusivamente pelas partes, pelo próprio poder público, mediante convênio ou outro método cooperativo ou, ainda, misto, em que todos participariam no rateio das despesas do serviço prestado.

Isso porque, a produção da prova por órgãos especializados reduziria significativamente o duplo problema vislumbrado hodiernamente, a demora na sua produção e, conseqüente, decisão judicial; e a qualificação dos resultados, uma vez que seriam realizadas por profissionais especializados neste serviço.

## Referências

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BECK, Connie J. A.; *et al.* **Collaboration between judges and social science researchers in family law**. Family Court Review, July, Vol.47(3), 2009.

COSTA, Liana Fortunato; *et al.* **As competências da Psicologia Jurídica na avaliação psicossocial de famílias em conflito**. Psicologia & Sociedade; v. 21, n. 02, 2009.

COUCHEZ, Gérard; LAGARDE, Xavier. **Procédure Civile**. 16.ed. Paris: Éditions Dalloz, 2011.

DARLINGTON, Yvonne; FEENEY, Judith A.; RIXON, Kylie. **Complexity, conflict and uncertainty: Issues in collaboration between child protection and mental health services**. Children and Youth Services Review: Elsevier, Vol. 26, Issue 12, 2004.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I, 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol.I, 4.ed, São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. **Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo**. Revista de processo, vol. 36, n. 198, 2011, p. 213-225.

EDDY, Bill. **The Future of Family Court: structure, skills and Less Stress**. Scottsdale: HCI Press, 2012.

ELLIOT, Catherine; QUINN, Frances. **English Legal System**. 13.ed. London: Pearson, 2012/2013.

EZEQUIEL, Caroline Dal Poz. **Os *circuits* do direito processual francês e a possibilidade de sua adoção pelo ordenamento jurídico brasileiro**. Revista de Direito Processual (REPRO), Vol.255. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio 2016.

FERMANN, Ilana Luiz; **Perícias psicológicas em processos judiciais envolvendo suspeita de Alienação Parental**. Psicologia: ciência e profissão, v.37, n.01, 2017.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito: Reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

KRUSE, Elizabeth. **ADR, Technology, and New Court Rules – Family Law Trends for the Twenty-First Century**. *In: Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, v. 21, 2008.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LEONEL, Ricardo de Barros. Direito Processual Civil Francês. *In: Direito Processual civil Europeu Contemporâneo*. TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). São Paulo: Lex editora, 2010.

MARINONI; Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção: de acordo com o CPC de 2015**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, Valéria Julião Silva. **Processo de Família e o Novo CPC: prática processual versus direito material**. Curitiba: Juruá, 2017.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

ORTIZ, Marta Cristina Meirelles. **A Constituição do perito psicólogo em varas de família à luz da análise institucional de discurso**. *Psicologia: ciência e profissão*, v.32, n.04, 2012.

PIETSCH, J.; SHORT, L. **Working together: Families in which a parent has a mental illness: Developing 'best practice' for service provision and interagency collaboration**. Mental Health Research Institute. Melbourne: Australia, 1998.

SOARES, Marcos Antônio Striquer; VANZELLA, Pedro Guilherme Kreling. **O papel do juiz hermeneuta e parcialmente positivo**. *Revista do Direito Público*. Londrina, v.10, n.2, p.111-126, mai./ago. 2015.

SOARES, Marcelo Negri; CARABELLI, Thais Andressa. **Constituição, devido processo legal e coisa julgada no processo civil**. São Paulo: Blucher, 2019.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Madri: Marcial Pons, 2012.