



UNIFEOB  
Centro Universitário da Fundação de Ensino Octávio Bastos  
CURSO DE DIREITO

**PROJETO INTEGRADO**  
**RELATÓRIO TÉCNICO DIAGNÓSTICO**

ISSN 1677-5651

São João da Boa Vista

2024



UNIFEOB  
Centro Universitário da Fundação de Ensino Octávio Bastos  
CURSO DE DIREITO

**PROJETO INTEGRADO**  
**RELATÓRIO TÉCNICO DIAGNÓSTICO**

ISSN 1677-5651

6º Módulo — Turma B — Período Noturno

Professores

Direito Civil: Prof. William Cardozo Silva

Direito Penal: Profa. Daniele A. Cassucci de Lima

Direito Processual Civil: Profa. Ms. Rosana Ribeiro da Silva e Prof. William Cardozo Silva

Direito Processual Penal: Profa. Ms. Juliana Marques Borsari

Elaborador do texto: Prof. Rafael Bragagnole Cambaúva

<b>NOTA FINAL</b>

Estudantes

Ana Julia Araújo de Oliveira Caliari, 22001360

Leticia Nogueira Torres, 22000139

## **PROJETO INTEGRADO 2024.2**

ISSN 1677-5651

### **6º Módulo**

#### **DESCRIÇÃO DA ATIVIDADE**

Os alunos, em trios, devem elaborar um Relatório Técnico Diagnóstico que aborde as unidades de estudos que embasam o caso hipotético apresentado abaixo.

#### **OBJETIVOS**

Auxiliar o aluno a preparar-se para que ele seja:

- competente do ponto de vista técnico, político e ético, plenamente cômico de sua responsabilidade na tomada de decisões;
- preparado para problematizar o processo de trabalho no campo do Direito, explorando suas contradições em favor das demandas legítimas da sociedade brasileira;
- capaz de analisar, interpretar e aplicar os conhecimentos adquiridos no curso, buscando novas respostas aos problemas apresentados, exercitando sua autonomia técnico-intelectual;
- comprometido com a formação permanente, com o diálogo e com a convivência guiada pela ética da solidariedade, preocupado com os problemas de seu tempo e de seu espaço;

- apto a constituir-se referência de qualidade nos serviços por ele prestados, individual, associada ou coletivamente, ensinando e desenvolvendo a cidadania pelo exemplo ativo e atuante;
- competente para identificar necessidades individuais e coletivas, interferindo na alteração do perfil social, econômico e político do país, desenvolvendo formas judiciais e extrajudiciais de prevenção e solução de conflitos;
- dotado de sólida formação humanística, técnica e prática, compreendendo a complexidade do fenômeno jurídico e as transformações sociais, bem como a gênese, fundamentos, evolução e conteúdo do ordenamento jurídico vigente.

#### **INSTRUÇÕES**

- O Relatório Técnico Diagnóstico será elaborado tendo como base o caso hipotético anexo, deverá apresentar as teses defendidas, bem como os fundamentos jurídicos, os possíveis requerimentos compatíveis e tudo mais que for expressamente solicitado no caso hipotético.
- Não haverá orientação **específica** dos docentes para a solução dos questionamentos formulados, todavia, eles **deverão abordar os conteúdos, ainda que superficialmente, em suas aulas**. Espera-se que os estudantes busquem as informações necessárias e complementares em todos os meios disponíveis (material de aula, biblioteca, *sites* jurídicos, entrevistas com profissionais da área, pesquisa de campo, etc), uma vez que o caso não é fácil e a solução não é óbvia.
- Cada grupo deverá entregar um único Relatório Técnico Diagnóstico em formato digital (**arquivo.doc**), enviando o arquivo em formulário próprio a ser disponibilizado no Google Classroom dedicada ao projeto integrado.
- **Prazo de entrega: 18/11/2024**

- O padrão de resposta esperado será divulgado no dia 19/11/2024

**PONTUAÇÃO:**

O valor máximo a ser acrescido na nota P2 de cada um dos professores das unidades presenciais do módulo será o de dois pontos. A pontuação será atribuída pelo professor responsável pelo projeto integrado, da seguinte forma:

- 0,0 (zero), caso não seja entregue o parecer no prazo
- 0,5 (meio), caso o parecer seja considerado ruim
- 1,0 (um) caso o parecer seja considerado regular
- 1,5 (um e meio) caso o parecer seja considerado bom
- 2,0 (dois), nota destinada apenas aos pareceres passíveis de publicação oficial, na opinião do professor.

**CASO HIPOTÉTICO**

---

A tela do smartphone acendeu às 05h55, estímulo suficiente para acordar Helena do sono leve de cada dia.

E, para ela levar a vida que levava, as coisas teriam que ser assim. Exigência de Javier, que não admitia qualquer tipo de barulho ou movimentação brusca enquanto estivesse dormindo — e azar de quem, como a esposa, tinha uma rotina mais corrida que a dele.

Eram bastante jovens, cada um com apenas 20 anos de idade, e tinham personalidades bastante diferentes, porém a decisão de morar juntos veio rápida, quase natural, impulsionada pelo encantamento dela pelo charme europeu do amado, vindo da Espanha, com sotaque carregado e promessas de que, juntos, teriam um futuro brilhante.

Palavras vazias. O casal não precisou comer nem um quilo de sal para Helena ter a certeza de que Javier tinha forte vocação para gigolô, e, que, se quisesse progredir na vida, teria de fazer tudo ao seu modo e por seu esforço, sozinha. Mesmo assim, ela aceitou se casar com o rapaz (com separação de bens, já que “nunca se sabe”).

No fim das contas, a vida é feita de escolhas. Helena optou pelo caminho difícil, administrando uma microempresa na cidade de Ribeirão Preto, onde moravam, fazendo faculdade de economia no período da noite, e realizando afazeres domésticos entre uma atividade e outra e aos finais de semana. E o Javier ainda “tava no esquema” instagram, tigrinho, playstation e tiktok.

Mesmo com todo tempo do mundo à sua disposição, o espanhol não auxiliava nem nos cuidados da pequena Alice, filha de dois meses do casal. A menina passava a maior parte do tempo na casa dos pais de Helena, pois ele dizia que não tinha experiência com crianças, e que poderia machucá-la involuntariamente ao dar banho ou trocar as fraldas.

Javier jurava que não estava em gozo de férias eternas, contudo, e que logo iria começar a trabalhar assim que o mercado “estivesse mais favorável”. À esposa, pedia só um pouco mais de tempo, e Helena, sobrecarregada, mantinha-se paciente, mesmo sabendo que estava sendo explorada. Ainda apaixonada pelo marido, estava disposta a dar conta de todas as despesas da família.

No entanto, em uma manhã de domingo, ao organizar as finanças, a jovem percebeu que as despesas familiares estavam começando a apertar. Aluguel, contas de água e de luz, fatura da internet e do seguro saúde, e parcelas do empréstimo que contratou para comprar uma motocicleta CG 125 (com a intenção de que Javier a utilizasse para trabalhar como entregador).

— Amor, quando você vai pôr essa moto pra funcionar e trazer um pouco de dinheiro pra casa? Seria muito importante que você pagasse, pelo menos, o empréstimo que fiz para comprar dela.

— Mas a moto não é tua?

— Eu comprei a moto pra você trabalhar com ela. Sabe bem disso.

— Se eu vou pagar o empréstimo, você tem que transferir pro meu nome. Até melhor, porque se tomar multa não chega pra você.

— Nossa, Javier, você não me ajuda mesmo.

— Não é isso, Helena. Da forma como nós casamos, cada um é dono das suas coisas. Se eu vou pagar, nada mais justo que seja minha.

Sem querer alongar a discussão, Helena aceitou fazer a transferência da motocicleta para o nome do marido, e no dia seguinte entregou a Javier o recibo de transferência assinado por ela.

— Fez a transferência? — perguntou Helena.

— Fiz sim. Já estou com o documento digital novo.

— Agora você começa a trabalhar?

— Eu ainda estou tratando com alguns possíveis clientes.

— Mas você nem sai de casa.

— Claro que não. Faço melhor, e resolvo tudo pela internet.

— Está usando aplicativos de entregador?

— Jamais. Aquilo é feito pra gente morrer de trabalhar e continuar passando fome. Prefiro arrumar algo melhor e mais rentável, mesmo que demore um pouco mais.

— Espero que não demore tanto... não sei se você sabia, mas as contas não param de chegar.

— Me deixe em paz, Helena. E confia que as coisas vão se ajustar.

Esse tipo de conversa passou a ser cada vez mais frequente entre o casal. Além disso, à medida que a paciência de Helena ia acabando, as discussões também ficavam mais acaloradas, e Javier manifestava sua violência com mais vigor. Depois de uma discussão em que o rapaz arremessou um copo de vidro ao chão, ela inclusive instalou uma câmera escondida para fazer o registro de qualquer nova agressão. A bomba estava armada, e Helena era capaz de senti-la. Só não conseguia evitá-la.

Menos de uma semana depois, mais uma vez por conta de dinheiro, os dois voltaram a discutir e o rapaz a agrediu. O golpe violento no rosto a levou ao chão, e, em seguida, Javier saiu da casa conduzindo a moto CG 125. Atordoada e sentindo dores insuportáveis, Helena chamou seus pais e foi levada por eles ao pronto atendimento, onde os exames revelaram uma fratura na órbita ocular.

— Você não pode aceitar que as coisas fiquem assim — disse a mãe de Helena, na saída do hospital.

— Eu sei que não, mãe. Mas é tudo tão complicado...

— Não tem nada complicado, Helena. Esse sujeitinho te agrediu e você vai fazer a denúncia.

— Problema que ele é pai da minha filha, sabia? Imagina se ele for preso. Vai sobrar tudo pra mim.

— Sobrar mais o quê, criatura? Você já paga todas as contas, e o teu pai é mais pai que avô da Alice. Esse Javier não agrega em nada na tua vida, filha.

Assim, incentivada pela mãe, Helena registrou o boletim de ocorrência da agressão e entregou um pen drive à polícia com a gravação da violência praticada pelo marido. Foi deferida uma medida protetiva, e Javier ficou impedido de retornar para casa.

Na mesma semana, Helena recebeu uma carta requisitando o pagamento de R\$ 3.500,00 pelo procedimento emergencial a que havia se submetido. Sem entender o ocorrido, ligou para a central de atendimento do, quando foi informada que o pagamento da última prestação do seguro saúde contratado estava atrasada há mais de sete dias quando o atendimento foi realizado, circunstância que não autorizou a cobertura do procedimento.

A situação de Javier também não era boa. Após o deferimento da medida protetiva, passou a morar de favor nos fundos da casa de um amigo. E, com o início das investigações da violência doméstica, a polícia civil descobriu que ele estava sendo procurado pela INTERPOL. De acordo com os registros internacionais, o espanhol era acusado de praticar uma tentativa de homicídio na França cerca de dois anos antes, assim que completou 18 anos de idade, e não havia notícia do seu paradeiro. Ao informarem o ocorrido às autoridades estrangeiras, foi protocolado o pedido de sua extradição junto ao Ministério da Justiça.

— Você sabia desse passado do seu marido? — perguntou o Delegado a Helena em depoimento dado sobre a violência doméstica.

— Jamais, doutor. Se soubesse não teria me casado com ele, e nem tido a nossa filha.

Antes de deixar a Delegacia, Helena perguntou como estava a investigação, e se Javier arcaria com as consequências da agressão que ela sofreu. Constrangido, o Delegado disse que Javier ainda seria ouvido, mas que, por um descuido dos investigadores, o lacre do pen drive entregue por ela havia sido violado, e nada poderia ser feito para corrigir aquele problema, de modo que a prova do crime estava perdida caso ele negasse a prática da violência doméstica.

Além disso, como jamais recebeu qualquer valor de Javier para quitar as parcelas do empréstimo, Helena compareceu, sem advogado, ao

cartório do Juizado Especial Cível de Ribeirão Preto para ajuizar ação de cobrança em face dele, cobrando o pagamento das parcelas do empréstimo contratado. Cerca de dois meses depois, ao consultar o andamento processual pela internet, Helena viu que Javier dizia não ser o devedor de quaisquer valores, pois ela teria feito a doação do veículo na constância do casamento.

Em vista do ocorrido, Helena, então, decide procurar um escritório de advocacia para formular os seguintes questionamentos:

1. O seguro saúde poderia negar a cobertura pelo atendimento médico realizado, tendo em vista o atraso no pagamento da última parcela?
2. Em caso de condenação criminal de Javier pelos atos decorrentes da violência doméstica, quais são os elementos capazes de influir na elevação ou na redução da sua pena?
3. O juiz, na ação de cobrança, poderá inverter o ônus da prova, a fim de que Javier, e não Helena, comprove a realização da doação? Sob qual fundamento?
4. O rompimento do lacre implica a perda da prova, conforme disse o Delegado?

Na condição de advogados de Helena, formulem um relatório técnico diagnóstico que responda aos questionamentos apresentados de maneira fundamentada.

## PARECER

---

### 1. Preâmbulo

**Cliente(s):** Helena

**Processo n:** 0000000-00.0000.0.00.0000

**Ementa:** Resilição Unilateral, Boa-fé Objetiva, Teoria do Adimplemento Substancial, Inversão do Ônus da Prova, Vulnerabilidade, Procedimento Trifásico, Agravantes e Atenuantes, Lei Maria da Penha, Prova Pericial, Pacote Anticrime, Violação de Evidência.

No presente relatório serão analisadas questões multidisciplinares trazidas por Helena em relação ao caso de violência doméstica sofrida, na qual está sendo apurada pelo Inquérito Policial de nº 1234567.

Irã abranger questões penais ligadas a agressão e as lesões sofridas pela vítima nas quais foram documentadas através de câmeras de segurança contidas na residência do casal; e questões cíveis nas quais tratarão sobre a resilição unilateral de um contrato e a inversão do ônus da prova em uma ação de cobrança na qual foi imposta.

Sendo assim, o relatório possui o intuito de fundamentar uma análise completa do caso descrito conscientizando Helena de seus direitos em ambas esferas, tanto a civil, quanto a criminal.

### 2. Síntese

Helena e Javier, um jovem casal de 20 anos de idade, após se conhecerem e se apaixonarem, decidiram morar juntos e um tempo depois já se casaram sob o regime de separação de bens. Porém, pouco tempo depois, a diferença de personalidade do casal ficou evidente.

Enquanto Helena administrava uma microempresa na cidade onde moravam, cuidava da casa e fazia faculdade no período da noite, Javier não se mostrava interessado em ajudá-la, nem sequer em trabalhar.

Ao organizar as finanças familiares, Helena percebeu que as despesas estavam se tornando cada vez mais apertadas, incluindo o aluguel, as contas de água, luz, a fatura da internet, o seguro de saúde e as parcelas do empréstimo contraído para a compra de uma motocicleta CG 125, que seria utilizada por Javier para trabalhar como entregador, ajudando, assim, nas despesas da família. No entanto, ao conversar com Javier, este a convenceu a transferir a motocicleta para o seu nome.

Com o tempo, Helena e Javier passaram a ter discussões constantes pelo fato de sua falta de interesse em procurar um emprego.

Helena, ao perceber que seu marido, Javier, tornava-se progressivamente mais violento a cada discussão, e, em especial, após ele arremessar um copo ao chão durante o último confronto, temendo por sua integridade física e psicológica, decidiu instalar uma câmera escondida com o intuito de registrar eventuais novas agressões.

Ela relata que, como todas as outras vezes, Javier sem paciência começou a manifestar sua violência, e dessa vez, acabou a agredindo fortemente no rosto e saindo de casa com a motocicleta CG 125 que ela havia comprado como incentivo para que ele começasse a trabalhar. A consulente se dirigiu ao pronto atendimento por estar sentindo fortes dores, onde após a realização de exames descobriu uma fratura em sua órbita ocular por resultado da violência sofrida.

A consulente Helena relatou, que após ser agredida fisicamente pelo marido durante uma discussão foi levada pelos seus pais ao pronto atendimento para a realização de exames pois estava sentindo fortes dores. Com o resultado em mãos, foi revelado uma fratura na órbita ocular.

Diante dessa situação, incentivada por seus pais, Helena registrou um Boletim de Ocorrência de agressão, com enquadramento nos dispositivos da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006). Ela também entregou um pen drive contendo a gravação da violência praticada, o qual foi apreendido e devidamente lacrado pelas autoridades. Em consequência do fato, foi deferida uma medida protetiva, impedindo Javier de retornar à residência conjugal.

Contudo, após o início das investigações de violência doméstica a polícia descobriu que o espanhol era procurado pela INTERPOL pela acusação de uma tentativa de homicídio na França.

Na mesma semana do atendimento, Helena alega ter recebido uma carta na qual requisitava um pagamento no valor de R\$ 3.500,00, como resultado do procedimento no qual havia sido submetida no dia da agressão.

Diz que, ao entrar em contato com a central de atendimento do seu plano de saúde, foi informado que o valor foi cobrado pelo fato do pagamento da fatura estar atrasado há mais de sete dias na data do atendimento, não deixando que a cobertura fosse aplicada.

Posteriormente, ao comparecer à delegacia para prestar declarações, Helena aproveitou para indagar o delegado acerca do andamento das investigações. O delegado informou que, devido a um descuido na central de polícia, o lacre do pen drive havia sido violado, o que, segundo ele, comprometeria a validade da prova do crime.

Em relação à motocicleta levada por Javier, como nunca havia recebido qualquer auxílio de Javier para o pagamento das parcelas do empréstimo, Helena compareceu, sem advogado, ao cartório do Juizado Especial Cível de Ribeirão Preto para ajuizar uma ação contra ele, cobrando o pagamento integral das parcelas do empréstimo contratado. Após dois meses, ao consultar o andamento do processo pela internet, Helena constatou que Javier alegava não ser responsável por qualquer débito, uma vez que, segundo ele, a motocicleta havia sido doada por Helena durante a constância do casamento.

### **3. Fundamentação**

#### **3.1 Direito Civil**

Considerando os fatos descritos, podemos levar em consideração que os contratos feitos pelos planos de saúde são considerados contratos sinalagmáticos, ou seja, aquele em que ambas as partes possuem obrigações, sendo o prestador obrigado a prestar serviço ao contratante mediante remuneração.

Primeiro, é importante saber que todo contrato é profundamente influenciado pelos princípios que os regem, os quais têm como função fazer com que os direitos sejam exercidos, e de que ambas as partes cumpram suas obrigações.

Um dos princípios de maior importância na regência de um negócios jurídicos, é o que chamamos de princípio da boa-fé objetiva, descrito no artigo 422 do CDC, no qual deve estar presente em todas as fases contratuais.

“Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Este princípio tem como fundamento que ambas as partes possuam uma conduta leal e ética com o que foi acordado no negócio jurídico, cooperando reciprocamente entre si.

A doutrinadora maria Helena Diniz conceitua a boa-fé objetiva como algo “intimamente ligado não só à interpretação do contrato, mas também ao interesse social de segurança das relações jurídicas, uma vez que as partes deverão agir com lealdade, honestidade, honradez, probidade (integridade de caráter), denodo e confiança recíprocas, isto é, proceder com boa-fé, esclarecendo os fatos e o conteúdo das cláusulas, procurando o equilíbrio nas prestações, respeitando o outro contratante, não traindo a confiança depositada, procurando cooperar, evitando o enriquecimento indevido, não divulgando informações sigilosas etc. Trata-se, portanto, da boa-fé objetiva. Daí sua íntima relação com o princípio da probidade, que requer honestidade no procedimento dos contratantes e no cumprimento das obrigações contratuais.” (DINIZ, Maria H., 2022, p.169)

Caso haja a violação de tais deveres que vêm anexos a boa-fé, pode-se dizer que ocorreu a violação positiva do contrato, entendido pelas doutrinas e jurisprudências como um inadimplemento contratual, que pode estar relacionado a falta de assistência, de cooperação, informação ou lealdade.

Outro fator de extrema importância e que está diretamente ligado ao princípio da boa-fé objetiva é a teoria do adimplemento substancial. Essa teoria diz que em contratos duradouros, quando o inadimplemento de um dos contratantes for pequeno e insignificante, a resolução contratual não será admitida, devendo-se então preservar a relação jurídica, sendo dever do prejudicado buscar outros meios de receber o que é devido. Em resumo, seu objetivo consiste em impedir que o credor resolva a relação contratual por motivo ínfimo.

Carlos Roberto Gonçalves entende que:

“Em face da evolução doutrinária e jurisprudencial a respeito de descumprimento integral ou parcial do contrato, especialmente em matéria de construção civil, mostra-se aplicável à hipótese a teoria do adimplemento substancial, na qual se sustenta que a solução de resolução contratual por inadimplemento haverá de ceder diante do

pressuposto do atendimento quase integral das obrigações pactuadas, ou seja, do incumprimento insignificante da avença, não se afigurando razoável a sua extinção como resposta jurídica à preservação e à função social do contrato.” (Carlos Roberto Gonçalves, 2024).

Com isso, entende-se que um pequeno atraso de Helena na última parcela de seu plano de saúde não implica no total inadimplemento de sua obrigação, não podendo o atendimento ser cobrado da paciente. De acordo com os entendimentos da Terceira Turma, no julgamento REsp 293.722, da ministra relatora Nancy Adrighi, diz a respeito do assunto que:

“O simples atraso no pagamento de uma das parcelas do prêmio não se equipara ao inadimplemento total da obrigação do segurado; assim, não confere à seguradora o direito de descumprir sua obrigação principal, que, no seguro-saúde, é indenizar pelos gastos despendidos com o tratamento do paciente”.

Com tudo, o TJSP reconhece que em casos como esse a seguradora teria o direito de receber a indenização pelo período em que a seguradora suspendeu a cobertura do atendimento pelo atraso no pagamento.

Deve ser observado o artigo 13 da lei nº 9.656 de 1988 inciso II dos planos de saúde, que diz:

“Art. 13. Os contratos de produtos de que tratam o inciso I e o parágrafo 1º desta Lei têm renovação automática a partir do vencimento do prazo inicial da vigência I, não cabendo cobranças de taxas ou qualquer outro valor no ato da renovação.

II. a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não-pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência”.

Conforme previsto na legislação supra, antes do cancelamento dos benefícios o segurado deve ser avisado, com antecedência, de que consta uma inadimplência em seu nome, para que esteja ciente das consequências aplicáveis caso não a acerte.

Para esclarecer as nuances da rescisão unilateral dos contratos, Sílvio de Salvo Venosa considera que:

“A regra geral é no sentido de que nos contratos por prazo indeterminado ou naqueles que se converterem em tal, após o decurso

de um prazo estabelecido, basta a vontade unilateral de um contratante para resili-lo.” (Sílvio de Salvo Venosa, 2023).

Conforme previsto na legislação e no trecho doutrinário supramencionado, antes do cancelamento dos benefícios o segurado deve ser avisado, com antecedência e dentro do prazo estabelecido, de que consta uma inadimplência em seu nome, para que esteja ciente das consequências aplicáveis caso regularize a situação.

No presente caso o atraso no pagamento do plano foi de 7 dias, não excedendo o prazo legal, que estabelece que a suspensão unilateral pode ser feita caso o inadimplemento ultrapasse o período de 60 dias.

Sendo assim, pelo fato da resolução unilateral do contrato ter sido feita sem justa causa, a parte que resiliu o contrato, poderá ser obrigada a pagar uma indenização a outra parte pelos prejuízos sofridos. Conseqüentemente, o plano de atendimento deverá pagar a Helena o valor que foi cobrado a ela após o seu atendimento, fazendo o ressarcimento dos gastos por ela obtidos.

Contudo, as jurisprudências do TJSP retratadas abaixo, sobre a rescisão unilateral do contrato, entendem que:

APELAÇÃO. RESCISÃO DE CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. Inadimplência. Irregularidade da notificação do consumidor. Sentença integralmente mantida nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal. Apelação da parte autora visando a condenação da parte adversa ao pagamento de indenização por danos morais. Parte que deixou de proceder ao recolhimento do preparo recursal. Recurso não conhecido. Recurso do plano de saúde visando o reconhecimento da regularidade da rescisão unilateral. Desacolhimento. Notificação que não observa os termos do art. 13, parágrafo único, II da Lei 9.656/98. Recurso dos Autores não conhecido. Recurso da Ré desprovido.

(TJSP; Apelação Cível 1029811-92.2023.8.26.0224; Relator (a): Vitor Frederico Kümpel; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de Guarulhos - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/10/2024; Data de Registro: 27/10/2024)

DIREITO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. RESTABELECIMENTO DE CONTRATO DE PLANO DE

SAÚDE. INADIMPLÊNCIA DO CONSUMIDOR. FALTA DE NOTIFICAÇÃO NOS TERMOS DA LEI Nº 9.656/98. DESPROVIMENTO. I. CASO EM EXAME 1. Apelação interposta contra sentença que julgou parcialmente procedente ação de obrigação de fazer e condenou a apelante a restabelecer o contrato mantido com o autor, nas condições estabelecidas por ocasião da celebração do contrato. II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO 2. A questão em discussão consiste em saber se o cancelamento unilateral do contrato de plano de saúde por inadimplência, sem a devida notificação, foi legal, nos termos do art. 13 da Lei nº 9.656/1998. III. RAZÕES DE DECIDIR 3. A rescisão de contrato de plano de saúde por inadimplência exige a notificação prévia do consumidor, o que não foi observado pela requerida 4. A ausência de notificação torna ilegal o cancelamento unilateral do contrato, devendo ser mantida a sentença que determinou o restabelecimento do plano. IV. DISPOSITIVO E TESE 5. Apelação conhecida e desprovida. Tese de julgamento: "A rescisão unilateral de contrato de plano de saúde por inadimplência, sem a prévia notificação do consumidor, é ilegal nos termos da Lei nº 9.656/1998." Dispositivos relevantes citados: CF, art. 5º, XXXII; Lei nº 9.656/1998, art. 13. Jurisprudência relevante citada: n/a

(TJSP; Apelação Cível 1007975-29.2024.8.26.0224; Relator (a): Pastorelo Kfourri; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Guarulhos - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 23/10/2024; Data de Registro: 23/10/2024)

Ação cominatória c/c indenização por danos materiais e morais. Restabelecimento de plano de saúde coletivo empresarial. Resilição unilateral. Admissibilidade, uma vez que o artigo 13 da Lei 9.656/98 não se aplica aos contratos coletivos. Contudo, Ré que não comprovou a adequada notificação da Autora, conforme determina o artigo 13, II, da Lei nº 9.656/98. Plano que foi cancelado sob o argumento de existir inadimplência da Autora. Pagamento que foi realizado com atraso, contudo pagamentos posteriores realizados, sendo que o beneficiário acreditava estar adimplente quando buscou atendimento.

Contrato cancelado em fevereiro/2024, antes mesmo de transcorrido o prazo de 60 dias, conforme determina a lei. Conduta adotada pela Ré que é abusiva, ante a negativa de atendimento ocorrida, mesmo estando pagas as mensalidades posteriores a janeiro de 2024. Dano moral não configurado. Dever de indenizar afastado, assim como o dano material.

Sucumbência

considerada como recíproca. Recurso provido em parte.

(TUSP: Apelação Cível 1087994-06.2024.8.26.0100; Relator (a): João Pazine Neto; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado;

Foro Central Cível - 16ª Vara Cível; Data do Julgamento: 08/11/2024; Data de Registro: 08/11/2024)

Sobre a mesma situação o STF demonstra o mesmo entendimento, dispondo que:

EMENTA DIREITO DO CONSUMIDOR. EMPRESA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. RESILIÇÃO UNILATERAL DE CONTRATO. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE AFRONTA DIRETA AO ART. 5º, CAPUT, V E X, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 30.8.2012. As razões do agravo não são aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada, mormente no que se refere ao âmbito infraconstitucional do debate, a inviabilizar o trânsito do recurso extraordinário. Agravo regimental conhecido e não provido.

(ARE 748656 AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 11-06-2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-121 DIVULG 24-06-2013 PUBLIC 25-06-2013)

Com isso entende-se que a rescisão unilateral do contrato deve ser desconsiderada, uma vez que foi feita de maneira incorreta.

### **3.2. Processo Civil**

Para analisar o caso em questão, é necessário, primeiro, abordar o conceito de ônus da prova. Esse princípio jurídico determina a responsabilidade de cada parte em um processo de apresentar as provas que sustentam suas alegações. Assim, toda afirmação ou alegação precisa ser comprovada; caso contrário, poderá perder seu valor. O art. 373 do CPC estabelece essa responsabilidade para as partes: cabe ao autor provar os fatos que fundamentam seu direito,

enquanto o réu deve demonstrar fatos que impeçam, modifiquem ou extingam o direito do autor.

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Marcelo Ribeiro explica de forma simplificada os aspectos subjetivos e objetivos do ônus da prova:

“Dessa redação se extraem aspectos subjetivos e objetivos sobre o ônus da prova. O ônus subjetivo demonstra qual das partes deve assumir uma postura ativa, a fim de apresentar uma versão sobre fatos controvertidos e lhes emprestar validade, ao final do procedimento. Assim, se o autor afirma ser titular de um direito de crédito em face do réu, deve convencer as partes da relação processual sobre a validade dessa afirmação. O réu, por sua vez, deve negar a ocorrência do fato, o que se convencionou chamar de contraprova, ou, uma vez admitida a situação fática deduzida na inicial, observar o ônus da prova sobre fatos extintivos, impeditivos ou modificativos. Adotando-se como referência uma ação de cobrança, pautada em contrato de mútuo, podemos exemplificar as hipóteses de defesa na seguinte linha: negando-se o fato constitutivo do direito do autor, se questiona a existência do contrato; arguindo-se o pagamento da dívida, estará o réu trazendo fato extintivo do direito de crédito; sustentando a presença de vício na formação da vontade, se fará opção pela alegação de fato impeditivo; e, por fim, afirmando-se a efetuação de pagamento parcial, fará o réu afirmação sobre fato modificativo. O ônus objetivo, por sua vez, se identifica como regra de julgamento para a causa, e deve orientar a decisão judicial pelas referências da coerência e integridade do ordenamento jurídico. Com isto, se quer afirmar que a inobservância do ônus subjetivo deve ser considerada pelo juiz na criação da norma, em acordo com as regras e também com as diretrizes de nossa tradição jurídica. Por essa razão, se o autor, por exemplo, deduz em juízo um pedido de reivindicação de propriedade imóvel, e para tanto faz alegação sobre fato constitutivo do

seu direito, deve acostar a escritura pública, que, nesse caso, significa a adoção de procedimento documental para a formação da convicção judicial. Uma vez desrespeitado esse ônus subjetivo, o ônus objetivo, enquanto regra de julgamento deve implicar extinção do processo sem resolução de mérito, vez que a inicial estava desacompanhada de documento essencial.” (RIBEIRO 2024, p. 362).

É importante destacar que o ônus da prova pode ser invertido em situações específicas, como quando uma das partes possui melhores condições de provar determinado fato ou quando há um desequilíbrio entre as partes, como citado expressamente no art. 373, §1 do CPC. No caso em questão, observa-se uma fragilidade, principalmente relacionada à violência doméstica. Nesses casos, cabe ao juiz decidir sobre a inversão do ônus da prova, a fim de garantir a igualdade processual.

“§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.”

Marcelo Freitas Câmara, (2021, pg. 252) explica de uma forma simplificada de como ocorre a distribuição do ônus da prova.

“O juiz, portanto, só aplica as regras de distribuição do ônus da prova no momento de proferir a decisão de mérito, e somente quando verifica que o material probatório é insuficiente para justificar sua decisão.”

Além disso, o art 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor (CDC) prevê a inversão do ônus da prova em situações quando há um desequilíbrio entre as partes. No CDC o ônus da prova visa proteger o consumidor em sua fragilidade, diante da parte mais forte, cabendo ao Juiz decidir pela inversão quando há uma hipossuficiência da outra parte é evidente ou as alegações são verossímeis. Assim como no CPC, onde permite o Juiz inverter por reconhecer que a outra parte se encontra em uma dificuldade excessiva ou quando a outra parte tem uma maior facilidade de apresentar as provas, a ideia é equilibrar e evitar que a parte mais vulnerável tenha que produzir as provas em situações desvantajosas, fazendo com que tenha igualdade e justiça entre as partes.

Nesse contexto, o juiz pode inverter o ônus da prova em favor de vítimas de violência doméstica, ainda que o CPC não trate expressamente desse caso. Isso se justifica pela situação de vulnerabilidade em que frequentemente se encontram as vítimas, e o §1º do artigo 373 do CPC permite a inversão do ônus quando houver “dificuldade excessiva” para uma das partes ou quando a parte contrária possuir maior facilidade em comprovar o fato. Dessa forma, evita-se exigir que a vítima precise demonstrar exaustivamente os fatos, levando em conta o princípio da proteção e o equilíbrio processual.

Nesse caso, o TJRS têm esse entendimento sobre inversão do ônus da prova, ressaltando que a inversão deve ser devidamente aplicada:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO REVISIONAL. ABSTENÇÃO DE INSCRIÇÃO EM CADASTRO RESTRITIVO DE CRÉDITO. DEPÓSITO EM JUÍZO. TUTELA DE URGÊNCIA INDEFERIDA. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. DECISÃO MANTIDA. A concessão da tutela está estribada em requisitos objetivos que a parte interessada deverá observar, ou seja: a) ação judicial que se discuta o débito contratual em seu montante total ou parcial, b) cobrança indevida que tenha escólio em jurisprudência pacificada no âmbito do STF e do STJ; e c) depósito de parte incontroversa ou caução idônea. As taxas de juros do contrato celebrado não são superiores à média apurada pelo BACEN, para os da espécie, razão pela qual o agravo de instrumento não deve ser provido. Decisão recorrida mantida. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INVERSÃO ÔNUS PROVA: Deixo de conhecer o recurso, nos pontos, quando a decisão recorrida não aborda qualquer dessas matérias invocadas, modo pela qual devem ser objeto de aferição na origem, sob pena de supressão de grau de jurisdição. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO, NA PARTE CONHECIDA. (Agravo de Instrumento, Nº 51491121120248217000, Vigésima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo João Lima Costa, Julgado em: 27-08-2024)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO DE EXIGIR CONTAS. INVERSÃO ÔNUS DA PROVA. RELAÇÃO DE CONSUMO. CABIMENTO DA

OBRIGAÇÃO DE QUE O AUTOR COMPROVE, MINIMAMENTE, O VALOR INVESTIDO JUNTO AO FUNDO 157. AUSÊNCIA DE FATOS NOVOS EM RELAÇÃO AOS ANTERIORES ED'S OPOSTOS PELO AGRAVANTE. CONTRADIÇÃO, OMISSÃO OU ERRO MATERIAL NÃO CONSTATADOS. PRETENSÃO VOLTADA À REDISCUSSÃO DESCABIDA EM SEDE DE EMBARGOS. PREQUESTIONAMENTO. DESNECESSIDADE DE QUE SEJAM AFASTADOS EXPRESSAMENTE TODOS OS ARGUMENTOS E DISPOSITIVOS LEGAIS MENCIONADOS, BASTANDO QUE A FUNDAMENTAÇÃO SEJA SUFICIENTE A EMBASAR O JULGAMENTO. INCIDÊNCIA DO ART. 1.025 DO CPC/2015. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESACOLHIDOS.(Agravo de Instrumento, Nº 50892294120218217000, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vivian Cristina Angonese Spengler, Julgado em: 05-05-2022)

Já esse entendimento do STF menciona a importância de haver a inversão do ônus da prova, a fim de facilitar a verdade processual, mormente em situações de desigualdade probatória.

Embargos de declaração e agravo interno na ação cível originária. 2. Direito Constitucional e Econômico. 3. Embargos de declaração do Estado de São Paulo convertidos em agravo interno. 4. Empréstimos realizados pela Vasp, na década de 1980, a credores forâneos, sob o manto do Aviso MF 30. 5. Matéria controvertida. A liquidez da dívida é objeto de discussão desde a petição inicial. Ausência de inversão do ônus da prova. Necessidade de esclarecimentos, quanto a fato imprescindível para a solução da lide, em sede recursal. Conversão do feito em diligências. Arts. 493 e 938, § 3º, do CPC. Intimação da Secretaria do Tesouro Nacional, do Banco Central e do Banco do Brasil. Novos documentos. Manifestação das partes. Contraditório e ampla defesa garantidos. 6. Reestruturação da dívida externa brasileira e privatização da Vasp. Contrato de refinanciamento entre União, Vasp e Estado de São Paulo autorizado pela Lei Federal 7.976/1989 e pela Lei Estadual paulista 6.870/1990. Previsão contratual de retenção

unilateral, pela União, do FPE e da cota-parte do IPI Exportação relativos ao Estado de São Paulo (como fiador), que passou a ser corresponsável contratualmente pela dívida da Vasp. Necessidade de separação das ocorrências que influenciaram nos planos nacional e internacional. 7. Cisão da análise da dívida em decorrência de fatos supervenientes ao contrato debatido nos autos devido ao cenário nacional e internacional. 8. Baixa reserva cambial. Determinação, pela União, de centralização dos depósitos, no Banco Central, das parcelas devidas a credores internacionais. Resoluções CMN 813/1983 e 1.541/1988. Intervenção do Estado na economia. 9. Rolagem da dívida externa pela União. Acordos: Multi-Year Deposit Facility Agreement - MYDFA (envolvendo os valores inadimplidos por força da Resolução CMN 1.541/1988), Bond Exchange Agreement (BEA), Interest Arrangement, Bradies Bonds (renegociação de dívidas de médio e longo prazo – DMLP). 10. Crise econômica da década de 1980. Moratória internacional da União. Fato notório que independe de prova (art. 374, I, CPC/2015). 11. Diligências realizadas, em sede recursal, demonstram a ausência de documentos que comprovem a quitação da dívida da Vasp pela União junto aos credores internacionais. Ofícios de órgãos públicos que ostentam presunção de veracidade. 12. Direito do ente subnacional ao repasse, no plano nacional, dos bônus (vantagens e benefícios) conquistados pela União, no cenário internacional, com os credores estrangeiros aos devedores nacionais (Vasp e Estado de São Paulo). Expressa determinação legal (art. 4º da Lei 7.946/1989) e contratual (cláusula décima quinta). Dívida ilíquida. 13. Autorização de retenção unilateral das parcelas devidas pelo Estado de São Paulo, em nome da Vasp, somente após a União liquidar a dívida, repassando o bônus obtidos pelas renegociações internacionais, por meio da média ponderada conferido no último acordo (Bradie Bonds - DMLP). Art. 15, § 4º, da Resolução 98/1992 do Senado. 14. Agravo da União. Verbas passíveis de retenção para compensação das dívidas dos Estados. 15. Receitas derivadas das transferências tributárias. Fundo de Participação dos Estados (FPE) e IPI-exportação (art. 159, I, “a”, e inciso II, da CF, respectivamente). Possibilidade. Autorização em lei federal (Lei 7.976/1989) e estadual (Lei 6.870/1990). 16. Parcelas referentes ao ICMS da Lei Kandir (art. 31, § 3º, da LC 87/1996) e à MP 237/2005. Ausência de previsão legal e contratual. Impossibilidade.

Comprometimento das receitas dos Estados. Ofensa aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da “pacta sunt servanda” e da lealdade à federação (federalismo cooperativo). 17. Possibilidade, após a dívida tornar-se líquida, de retenção, pela União, do FPE e da cota-parte do IPI relativa ao Estado de São Paulo (como garantidor), que passou a ser corresponsável da dívida da Vasp. 18. Honorários advocatícios. Desproporcionalidade. Não ocorrência. Sucumbência recíproca e percentualmente distribuída entre as partes. 19. Majoração dos honorários em sede recursal a cargo da União. 20. Agravo do Estado de São Paulo provido; desprovido o da União.

Com isso, podemos concluir sobre a importância da inversão do ônus da prova nas relações processuais de desigualdade probatória.

### **3.3. Direito Penal**

Para analisarmos a situação de Javier em caso de condenação pela violência doméstica sofrida por Helena, deve-se observar alguns pontos jurídicos para conseguirmos saber quais elementos são capazes de influir em sua pena. Sendo assim, no procedimento de fixação da pena o juiz irá se atentar em algumas circunstâncias as quais estão ligadas ao fato, que podem agravar ou atenuar a pena fixada de acordo com a individualização de cada indivíduo.

Na Idade Média, o arbítrio judicial, imposto por exigências políticas da tirania, era produto de um regime penal que não estabelecia limites para a determinação da sanção penal. Se outra fosse a natureza humana, talvez esse fosse o sistema mais conforme à ideia retribucionista, isto é, à justa e rigorosa adequação da pena ao crime e ao delinquente. Contudo, a segurança jurídica e a garantia dos direitos fundamentais do cidadão exigem, com precisão e clareza, a definição de crimes e a determinação das respectivas sanções. A primeira reação do Direito Penal moderno ao arbítrio judicial dos tempos medievais foi a adoção da pena fixa, representando o “mal justo” na exata medida do “mal injusto” praticado pelo delinquente. (BITENCOURT, CEZAR R., 2023, p 390)

Após tomar conhecimento do caso, serão observadas as circunstâncias objetivas, como por exemplo aquelas utilizadas para praticar o delito e as consequências causadas pelo mesmo; e também as circunstâncias subjetivas, que são as informações pessoais do condenado, como o seu antecedente, sua motivação, e personalidade. Essa análise é de extrema importância tendo em vista que são as qualificadoras do crime, que serão aplicadas na primeira fase de fixação da

pena, juntamente com a pena-base do crime de lesão corporal, previsto no artigo 129 do código penal parte especial, por se tratar de violência doméstica, especificando na Lei Maria da Penha.

O artigo 5 da Lei n 11.340 de 7 de agosto de 2006 - Lei Maria da Penha considera:

“Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (Vide Lei complementar nº 150, de 2015)

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Art. 6º A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos.”

No caso relatado, com as informações fornecidas a Helena pela polícia após o início das investigações conseguimos observar algumas circunstâncias judiciais a respeito do investigado.

Pela fatos narrados percebe-se que o mesmo possui culpabilidade, pois tem consciência da ilicitude do ato praticado e é imputável.

Ao analisar os antecedentes, conseguimos perceber que seu comportamento agressivo já vem se mostrando há um certo tempo, levando em consideração o fato de que já havia um homicídio tentado contra sua ex-companheira, se mostrando um homem violento e descontrolado em seus relacionamentos amorosos.

Sobre o motivo do crime, conseguimos visualizar como algo fútil, pois o que desencadeou o delito foi um pedido de posicionamento a respeito de trabalho.

Em suas circunstâncias podemos considerar um crime de curta duração, por ter ocorrido durante uma discussão na residência das partes, gerando uma fuga do indiciado logo após a prática da agressão.

No que se diz sobre o comportamento da vítima, não devemos considerar que deve influência no ato criminoso praticado, tendo em vista que o motivo da violência se deu durante uma conversa na qual a mesma foi tentar convencê-lo de que o melhor para a família seria que ele arrumasse um emprego para ajudar nas despesas da casa, não insultando, provocando ou ameaçando seu seu marido em nenhum momento.

Após a observância de tais pontos, será estabelecida a pena base e determinado o regime em que irá se iniciar seu cumprimento, seguindo sempre os critérios previstos em lei, assim como Guilherme de Souza Nucci trás em sua doutrina:

“Mensurar a pena-base, de maneira particularizada a cada acusado, é a meta fundamental do magistrado, na sentença condenatória. Esse mecanismo deve erguer-se em bases sólidas e lógicas, buscando a harmonia do sistema, mas sem implicar singelos cálculos matemáticos. Não se trata de mera soma de pontos ou frações, como se cada elemento fosse rígido e inflexível. Há de se adotar um sistema coerente para que o julgador não se perca, acolhendo para situações similares critérios completamente diversos ou para fatos totalmente díspares o mesmo cálculo de elevação ou diminuição da pena-base. “ (Guilherme de Souza Nucci, 2024).

Logo após será iniciada a segunda fase. Em primeiro lugar serão observadas primeiramente as agravantes, usando a legislação estabelecida nos artigos 61 e 62 do código penal.

Se usarmos como base que Javier cometeu um crime de violência doméstica, no qual agrediu fisicamente a esposa pelo fato de a mesma ter pedido a ele um posicionamento a respeito de sua busca por emprego para que pudesse ajudá-la com as despesas da casa, podemos concluir que as agravantes de pena aplicadas seria as enquadradas no inciso II, alínea “a”, “e” e “f” do artigo supra.

As agravantes se encaixam em motivo fútil, pelo fato da agressão ter sido motivada somente por um questionamento feito a respeito de trabalho, sendo considerado algo banal e ínfimo, tendo em vista que é um assunto comum em um relacionamento; e também, o crime também é agravado pelo fato de ter sido cometido contra cônjuge; e por se prevalecer de relações domésticas de coabitação.

Ao se verificar as agravantes do presente caso, deve-se atentar se a aplicação das mesmas juntamente com as disposições da Lei Maria da Penha não resultaria em bis in idem.

A questão foi analisada pelo colegiado do STJ, onde o relator Jesuíno Rissato ressaltou que a aplicação da agravante disposta na alínea “P” não gera bis in idem quando está em conjunto com outra disposição da lei 11.340/06, tendo em vista que a tal lei tem o objetivo de recrudescer o tratamento de violência contra a mulher em âmbito doméstico. Quanto a isso o desembargador explica que:

"Enquanto as elementares do crime de lesão corporal, tipificada no artigo 129, § 9º, do CP, traz a figura da lesão corporal praticada no espaço doméstico, de coabitação ou de hospitalidade, contra qualquer pessoa, independente do gênero, bastando ser ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem a gente conviva ou tenha convivido"

Sobre a aplicação conjunta, o TJSP entendeu que:

“APELAÇÃO. Lesão corporal leve e ameaça em contexto de violência doméstica contra a mulher. Recurso defensivo. Pleito absolutório em relação ao crime de ameaça por atipicidade da conduta. Pleitos subsidiários: a) reconhecimento da atenuante da confissão espontânea; b) redução da indenização fixada em favor da vítima; c) concessão dos benefícios da justiça gratuita. 1. Pedido de isenção do pagamento das custas processuais diante da hipossuficiência do réu, incapaz de suportar as despesas do processo sem prejuízo do próprio sustento. Cabimento. 2. Do crime de lesão corporal. Prova da materialidade e de autoria. Declarações da vítima seguras e livres de contradições. Lesões corporais atestadas pelo laudo pericial, compatíveis com a agressão narrada. Relação íntima de afeto. Nexo de causalidade entre a conduta agressiva e o relacionamento afetivo. Dolo configurado. Réu confesso. 3. Do crime de ameaça. Materialidade e autoria demonstradas. Ameaças comprovadas através das declarações da vítima ao longo de toda a persecução penal. Credibilidade não afetada diante da ausência de provas em sentido contrário. Fato típico. Configuração da promessa de causar mal injusto e grave. Desnecessidade de contexto de ânimo calmo e refletido. Dolo configurado. Réu confesso. 4. Dosimetria. 4.1.

Do crime de lesão corporal. Pena base fixada no mínimo legal ante a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Adequado reconhecimento da agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea "f", do Código Penal. Ausência de bis in idem. Entendimento firmado no Recurso Especial repetitivo 2.026.129/MS julgado pela Terceira Seção do Superior do Tribunal de Justiça (Tema 1197). Pleito objetivando o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea. Possibilidade. Acusado que admitiu ter agredido a vítima. Atenuante integralmente compensada com a agravante genérica. 4.2. Do crime de ameaça. Pena base fixada no mínimo legal ante a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Adequado reconhecimento da agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea "f", do Código Penal. Pleito objetivando o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea. Possibilidade. Acusado que admitiu ter ameaçado a vítima. Atenuante integralmente compensada com a agravante genérica. 4.3. Correto reconhecimento do concurso material de crimes. Manutenção do regime inicial aberto. Impossibilidade de substituição da pena por restritivas de direitos ou concessão do sursis. 5. Reconhecimento de dano moral presumido em decorrência da prática de infração penal no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher. Possibilidade. Entendimento firmado no Recurso Especial repetitivo 1.675.874/MS julgado pela Terceira Seção do Superior do Tribunal de Justiça (Tema 983). Pedido expresso da acusação quando do oferecimento da denúncia. Dispensada a indicação do valor pleiteado e instauração de instrução específica para apuração do dano. Valor mínimo de indenização fixado em montante adequado. Manutenção da indenização fixada em sentença. 6. Recurso conhecido e parcialmente provido.

(TJSP; Apelação Criminal 1501166-41.2020.8.26.0115; Relator (a): Marcos Zilli; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Campo Limpo Paulista - 2ª Vara; Data do Julgamento: 12/11/2024; Data de Registro: 12/11/2024)"

"DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA MULHER. AMEAÇA E VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. PROVAS SUFICIENTES PARA A CONDENAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. I. CASO EM EXAME

1. Apelação criminal interposta por Alex Pereira dos Santos contra sentença condenatória que o condenou à pena de dois meses e quinze dias de detenção em regime inicial aberto, pela prática dos crimes de ameaça (art. 147, caput) e violação de domicílio (art. 150, ambos c.c. art. 61, II, "f", na forma do art. 69 do Código Penal), em contexto de violência doméstica contra sua ex-companheira, Izadora Cristina Salles. O apelante ingressou no domicílio da vítima sem consentimento e, armado com uma faca, ameaçou-a. Defesa postula absolvição, alegando insuficiência probatória. II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO 2. Há duas questões em discussão: (i) avaliar se há provas suficientes para manter a condenação do apelante pelos crimes de ameaça e violação de domicílio; (ii) verificar a possibilidade de afastamento do valor indenizatório por danos morais fixado em favor da vítima. III. RAZÕES DE DECIDIR 3. As provas orais colhidas, especialmente o depoimento coerente da vítima e de testemunhas presenciais, confirmam a materialidade e a autoria dos crimes imputados ao apelante, reforçando a credibilidade do relato da vítima em crimes de violência doméstica. 4. As alegações de ciúmes e a entrada forçada na residência demonstram a intencionalidade do réu, comprovando a ameaça e o temor real vivenciado pela vítima, de modo a configurar o delito de ameaça como crime formal, que se consuma com a intimidação da vítima. 5. A fixação de indenização por danos morais fundamenta-se no art. 387, IV, do Código de Processo Penal e atende ao Tema 983 do STJ, o qual assegura a reparação mínima em casos de violência doméstica, sendo o dano moral presumido em situações de violência de gênero. IV. DISPOSITIVO E TESE 6. Recurso desprovido. Tese de julgamento: 1. Em crimes de violência doméstica, a palavra da vítima, corroborada por demais elementos probatórios, tem especial valor probatório. 2. O crime de ameaça é formal, consumando-se com a intimidação da vítima, independentemente de agressão física. 3. É possível a fixação de indenização mínima por danos morais em favor da vítima de violência doméstica, com base no art. 387, IV, do CPP, independentemente de pedido expresso. Dispositivos relevantes citados: Código Penal, arts. 147, caput, 150, e 61, II, "f"; CPP, art. 387, IV. Jurisprudência relevante citada: STJ, Tema 983; TJSP, Apelação nº 0010241-91.2015.8.26.0136, 8ª Câmara de Direito Criminal; STJ, REsp 1712678/DF.

(TJSP; Apelação Criminal 1500077-54.2023.8.26.0607; Relator (a): Isaura Cristina Barreira; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Tabapuã - Vara Única; Data do Julgamento: 07/11/2024; Data de Registro: 07/11/2024)”

Sobre tal situação o STF possui o mesmo entendimento das jurisprudências anteriores, dispondo que:

EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE AMEAÇA EM CONTEXTO DE RELAÇÕES DOMÉSTICAS/FAMILIARES. WRIT SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. DOSIMETRIA. AGRAVANTE DO ART. 61, II, 'F', DO CÓDIGO PENAL. LEI MARIA DA PENHA. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE OU FRONTAL DIVERGÊNCIA À JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. 1. Inadmissível, como regra, o emprego do habeas corpus como sucedâneo de recurso ou revisão criminal. Precedentes. 2. O acórdão recorrido está parametrizado com a orientação jurisprudencial deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que “a aplicação da agravante prevista no art. 61, II, “F”, do Código Penal, de modo conjunto com outras disposições da Lei 11.340/2006 não acarreta bis in idem” (HC 178.358 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Dje 12.05.2020). Precedentes. 3. Agravo regimental conhecido e não provido.

(RHC 192287 AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 22-03-2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-066 DIVULG 08-04-2021 PUBLIC 09-04-2021)

Porém, em contrapartida, também deve se observar no código penal as atenuantes de pena, conforme previsto no artigo 65, no qual dispõe que, sob as condições descritas, pelo fato de Javier ainda não havia completado 21 anos na data do fato, essa circunstância atenua a pena, como estabelecido no inciso I.

Outro fator de extrema importância no qual será observado é a reincidência do condenado. No presente caso, Helena relata ter descoberto por conta das investigações instauradas após sua queixa, que o homem no qual havia casado estava sendo procurado pela INTERPOL por ter cometido o crime de tentativa de homicídio, porém ainda não há ação penal condenatória por

Comentado [1]: formatação

conta do processo não ter sido transitado em julgado, com isso o investigado não pode ser considerado reincidente.

Para fixar e calcular a pena o juiz levará em consideração se ocorre o concurso de agravantes e atenuantes, e se esses elementos se neutralizam, conforme previsto no artigo 67 do código penal. Sobre o concurso de agravantes e atenuantes, Fernando Capez entende que:

“A jurisprudência, porém, vem entendendo que a circunstância mais importante de todas, mais até do que os motivos do crime, a personalidade do agente e a reincidência, é a da menoridade relativa. Assim, essa atenuante genérica terá preferência sobre qualquer outra circunstância agravante ou atenuante. Se o agente, portanto, era menor de 21 anos à data do fato, isto é, no momento da prática da infração penal (teoria da atividade), essa circunstância (atenuante genérica, nos termos do art. 65, I, 1ª parte) prepondera sobre qualquer outra. Dentro dessa linha, na ordem acima apontada, em primeiro plano, vem a menoridade relativa, preponderando, inclusive, sobre a reincidência.

Dessa forma, no conflito entre agravantes e atenuantes, prevalecerão as que disserem respeito à menoridade relativa do agente. Em seguida, as referentes aos motivos do crime, à personalidade do agente e à reincidência (sempre agravante). Abaixo dessas, qualquer circunstância de natureza subjetiva. Por último, as circunstâncias objetivas.” (Fernando Capez, 2024)

Com a finalização das de agravantes e atenuantes, passaremos para a terceira fase de fixação da pena, onde serão consideradas as causas de aumento e diminuição, porém no presente caso não caberá a aplicação.

### 3.4. Processo Penal

Antes da resolução do caso encartado, se há necessidade de explicar o que são as provas e sua importância na ação penal. As provas, na maior parte dos casos desempenham um papel

**Comentado [2]:** Trabalho está bem feito.

Alguns ajustes de formatação.

Texto em alguns trechos está extenso o que deixa confusa a leitura.

Procedimento trifásico foi contemplado... de forma sucinta...

Nota: 1,5

importante no processo penal, uma vez que, juntamente com outros elementos que constituem a convicção do magistrado, são essenciais para a determinação da inocência ou da culpabilidade do réu na ação penal. A prova em sua definição no dicionário significa “aquilo que atesta a veracidade ou autenticidade”, ou seja, é uma evidência que fundamenta, válida ou comprova, e dá veracidade ao fato ocorrido, mostrando que aquilo realmente aconteceu. Norberto Avena define prova como:

“Prova é o conjunto de elementos produzidos pelas partes ou determinados pelo juiz visando à formação do convencimento quanto a atos, fatos e circunstâncias. Conforme refere Guilherme de Souza Nucci, o termo prova deriva do latim probatio, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. No processo penal, a produção da prova objetiva auxiliar na formação do convencimento do juiz quanto à veracidade das afirmações das partes em juízo. Não se destina, portanto, às partes que a produzem ou requerem, mas ao magistrado, possibilitando, destarte, o julgamento de procedência ou improcedência da ação penal.” (NORBERTO AVENA, 2023, p. 436).

No caso descrito, mesmo durante a fase policial, é fundamental respeitar os princípios constitucionais e processuais penais que regem a investigação criminal. Entre eles, destacam-se o princípio da verdade real, que exige a busca pela verdade dos fatos; o princípio da finalidade da prova, que estabelece que as provas devem ser coletadas de forma a garantir a integridade do processo; e a vedação ao uso de provas ilícitas, que impede a utilização de provas obtidas de forma ilegal, a fim de proteger os direitos fundamentais dos envolvidos e garantir a justiça no processo penal. No Código de Processo Penal, em seu art 6º, estabelece um roteiro de procedimentos que devem anteceder antes de instaurar algum procedimento. Especificamente em seu art. 6º, inciso III, cita que:

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

Ou seja, o Código de Processo Penal estabelece que todas as provas que possam esclarecer a veracidade dos fatos, como as imagens de câmeras de segurança, que foram coletadas e apreendidas.

Essas provas, que podem ser consideradas não repetíveis, são essenciais para garantir uma investigação eficiente e servirão de base para uma futura ação penal. Como citado expressamente no artigo 155 do CPP,

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Renato Marcão em seu livro reforça brevemente sobre o princípio da verdade real, e a importância de reconstruir os fatos como realmente aconteceram.

“Ao contrário do que ocorre no Direito Processual Civil, em que vige o princípio da verdade formal e a revelia autoriza presumir verdadeiros os fatos alegados pelo autor, no processo penal prevalece o interesse público, e a prestação jurisdicional busca reconstruir a verdade real, empírica, e assim esclarecer, com a maior precisão possível, a maneira como os fatos imputados verdadeiramente se deram.” (MARCÃO, 2024, p 27)

No Código de Processo Penal Brasileiro, a cadeia de custódia foi formalizada pelo Pacote Anticrime sancionado em dezembro de 2019. Antes da implantação de uma cadeia de custódia formal, a ideia era utilizada informalmente, o que significava que as provas obtidas em investigações poderiam não ser confiáveis e a integridade física das provas não era garantido. A cadeia de custódia possui uma função crucial na preservação da integridade das provas, fazendo com o que estas sejam preservadas e continuem intactas e autênticas durante todo o processo investigativo e judicial. A cadeia de Custódia no que diz respeito à documentação rigorosa e cronológica de todas as etapas relacionadas à custódia, controle, transferência, análise e disposição de evidências, sejam elas físicas ou eletrônicas. Para garantir a preservação das provas, é essencial que cada fase do processo, como a coleta, transporte, armazenamento e análise, seja desempenhada com precisão e cuidado, preservando-se assim qualquer risco de contaminação, adulteração ou perda de informações essenciais. Para que uma prova seja considerada lícita e possa ser colocada em uma futura ação penal, é fundamental que a cadeia de custódia tenha sido respeitada em todos os seus aspectos. O Pacote Anticrime

acrescentou o art. 158-A e seus parágrafos ao CPP para definir e regulamentar a cadeia de custódia, como:

‘Art. 158-A. Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.

§ 1º O início da cadeia de custódia dá-se com a preservação do local de crime ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de vestígio.

§ 2º O agente público que reconhecer um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial fica responsável por sua preservação.

§ 3º Vestígio é todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal.

Menezes, Borri e Soares (2023, p.281) destacam que a cadeia de custódia tem como objetivo assegurar o devido processo legal, garantindo os direitos dos acusados, incluindo a ampla defesa, o contraditório e a obtenção de provas lícitas. Além disso, enfatizam que qualquer interferência no trâmite da prova pode comprometer sua validade.

Os doutrinadores Marcelo Zago, Flávio Rolim e Nafêz Imamy Cury, também explicam o conceito de cadeia de custódia e abordam como é indispensável para o processo penal.

“Já há algum tempo defendida por parte da doutrina, entende-se por cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte. O objetivo desse conjunto de procedimentos que se denomina cadeia de custódia é garantir a autenticidade das evidências coletadas, de modo que essas não sejam adulteradas no decorrer da persecução penal. Por exemplo, em uma prisão em flagrante de tráfico de drogas, a autoridade responsável deve embalar, etiquetar e lacrar a droga, documentando todo o

procedimento, a fim de demonstrar que desde o momento em que a droga foi apreendida não houve perda de evidência, adulteração ou contaminação da prova apreendida.” (ZAGO; ROLIM; CURY, 2023, p 327)

Quando falamos sobre o acondicionamento de provas, a contaminação é uma das maiores preocupações. Como no caso descrito em que foi realizada a apreensão de um pen drive como evidência de prova, foram informados que o Pen-Drive foi manipulado de forma inadequada e o lacre foi violado, a integridade dos dados contidos nele pode ser comprometida. Isso significa que quando não feito o acondicionamento adequado e o processamento, às informações vitais podem ser alteradas ou até mesmo perdidas, levando a se tornar provas ilícitas e que não podem ser usadas futuramente para ajudar na comprovação do fato. Então, manter uma cadeia de custódia rigorosa é fundamental para garantir que cada evidência seja rastreável. Cada passo do manuseio deve ser preferencialmente registrado: a pessoa que coletou a prova, o momento exato em que foi coletado, onde foi coletado, as condições de armazenamento e transporte. Desde sua coleta até a apresentação em tribunal, essa prova deve ser relatada para garantir que tenha sido movida de maneira segura e mantida devidamente condicionada, sem violações, como citado expressamente no inciso V e VIII, art. 158-A:

V - acondicionamento: procedimento por meio do qual cada vestígio coletado é embalado de forma individualizada, de acordo com suas características físicas, químicas e biológicas, para posterior análise, com anotação da data, hora e nome de quem realizou a coleta e o acondicionamento;

VIII - processamento: exame pericial em si, manipulação do vestígio de acordo com a metodologia adequada às suas características biológicas, físicas e químicas, a fim de se obter o resultado desejado, que deverá ser formalizado em laudo produzido por perito;

Renato Marcão em seu livro cita o conceito do acondicionamento para o Processo Penal,

“Acondicionamento é o “procedimento por meio do qual cada vestígio coletado é embalado de forma individualizada, de acordo com suas características físicas, químicas e biológicas, para posterior análise, com anotação da data, hora e nome de quem realizou a coleta e o acondicionamento” (CPP, art. 158-B, V). Para o correto

acondicionamento do vestígio é imprescindível não se desviar das determinações do art. 158-D, §§ 1º a 5º, do CPP, que disciplina as cautelas que devem ser adotadas com relação ao recipiente adequado e sua abertura, utilização de lacre e cautelas que devem ser adotadas cada vez que se der seu rompimento.” (MARCÃO, 2024, p 201)

Conforme dito, o Pen-drive contém uma prova importante para atestar a veracidade do fato ocorrido. Contudo, ressaltamos que o rompimento do lacre não torna o Pen-drive em si uma prova ilícita, podendo ser feita uma requisição para os peritos, que elaborarão um laudo pericial e descreverão o que examinarem e responderão a todos os quesitos, conforme descrito no Art. 160 do CPP.

“Art. 160 - Os peritos elaborarão o laudo pericial, onde descreverão minuciosamente o que examinarem e responderão aos quesitos formulados.”

O TJRS possui um entendimento, mencionando que mesmo com a ausência de lacre não foi suficiente para gerar a nulidade da prova.

APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DEFENSIVO. CRIMES PREVISTOS NA LEI Nº 11.343/2006. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRELIMINAR. NULIDADE DA PROVA DOS AUTOS POR VIOLAÇÃO ÀS REGRAS DA CADEIA DE CUSTÓDIA. ILEGALIDADE NÃO RECONHECIDA. Nos termos do art. 158-A do Código de Processo Penal, incluído no ordenamento jurídico pátrio pela Lei nº 13.964/2019, "considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte". Caso concreto em que suscitada a nulidade da prova dos autos em razão da ausência de lacre dos recipientes em que acondicionadas as drogas para submissão à perícia técnica. Ausência de demonstração de veracidade nas alegações, não havendo qualquer ilegalidade na apreensão e exame pericial das drogas. Indemonstrada a inobservância do disposto no art. 158-C, § 1º, do CPP. Ainda que assim não fosse, não foi demonstrado qualquer prejuízo em decorrência da eventual ausência dos lacres nos

recipientes em que transportadas as drogas. Além disso, segundo dispõe o art. 563 do Código de Processo Penal, nenhum ato será declarado nulo se a parte que alegou a nulidade não comprovar prejuízo dela defluente. E, no caso concreto, nenhum prejuízo foi comprovado pela parte que o alegou. Tese rejeitada. PREFACIAL DE NULIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS DECORRENTE DA ALEGAÇÃO DE VIOLÊNCIA POLICIAL. INOCORRÊNCIA. Em que pese as alegações aviadas no recurso defensivo, não foram produzidas provas isentas acerca das alegações dos réus, tendo em vista, inclusive, que o atestado médico relativo ao recorrente, lavrado logo após o flagrante, não indicou a presença de qualquer lesão e, inclusive, foi consignado que o apelante não apontou qualquer queixa. Ausência de demonstração concreta da apontada tortura física e/ou psicológica que acarreta o desacolhimento da insurgência. PRELIMINAR DE NULIDADE DA PROVA DA MATERIALIDADE POR ILEGALIDADE NA BUSCA DOMICILIAR. INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO. ART. 5º, INCISO XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FUNDADAS RAZÕES. AUSÊNCIA DE CARACTERIZAÇÃO NO CASO CONCRETO. DILIGÊNCIA NÃO LEGITIMADA. ILEGALIDADE EVIDENCIADA. NULIDADE DA PROVA ANGARIADA DECLARADA. As Cortes Superiores e este Tribunal de Justiça possuem entendimento no sentido de que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial se revela legítimo, em qualquer hora do dia e, inclusive, durante o período noturno, quando amparado em fundadas razões (justa causa), devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior do imóvel, situação de flagrante delito. Garantia fundamental da inviolabilidade de domicílio que pode ser relativizada em situações excepcionais, notadamente em razão da constatação da prática criminosa no interior do imóvel. Caso concreto em que, malgrado os ponderáveis argumentos expostos na decisão recorrida e as versões apresentadas em juízo pelas testemunhas de acusação, as provas angariadas não permitem o juízo de certeza necessário, apto a demonstrar a presença de justa causa para a realização do ingresso do imóvel do réu, tendo em vista que a abordagem ocorreu em abordagem de rotina, sem que tenha sido, naquele momento, apreendido qualquer material ilícito na posse do acusado. Os indícios da prática delitiva

foram evidenciados de modo ilegal, já que os agentes estatais, ao que tudo indica, acessaram os dados constantes do aparelho celular sem a sua autorização, em momento em que inexistia qualquer indicativo de flagrante delito, revelando-se o ato evidente "pescaria probatória", o que é rechaçado não apenas por esta Corte, mas, também, pelos Tribunais Superiores, de modo que a posterior invasão à sua residência se revelou ilegal. Contexto fático que impõe o reconhecimento da nulidade da busca domiciliar levada a efeito, por violação à norma constitucional insculpida no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal. Nulidade das provas do crime de tráfico de drogas declarada. Prefacial acolhida. Absolvição do réu decretada, com fulcro no art. 386, inciso II, do Código de Processo Penal. PRELIMINARES DE QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA E ALEGAÇÃO DE VIOLÊNCIA POLICIAL REJEITADAS. PREFACIAL DE NULIDADE DO PROCESSO POR VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO ACOLHIDA. RECONHECIDA A NULIDADE DAS PROVAS DOS AUTOS. DECRETADA A ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO COM FULCRO NO ART. 386, INCISO II, DO CPP. MÉRITO DO RECURSO PREJUDICADO.(Apelação Criminal, Nº 50042077620238210070, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Lemos Dornelles, Julgado em: 25-04-2024)

O STF entende que mesmo havendo irregularidades na cadeia de custódia, a prova não se torna automaticamente ilícita.

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA. AUSÊNCIA DE LACRE. FRAGILIDADE DO MATERIAL PROBATÓRIO RESIDUAL. ABSOLVIÇÃO QUE SE MOSTRA DEVIDA. ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. HIGIDEZ DA CONDENAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A superveniência de sentença condenatória não tem o condão de prejudicar a análise da tese defensiva de que teria havido quebra da cadeia de custódia da prova, em razão de a substância entorpecente haver sido entregue para perícia sem o necessário lacre. Isso porque, ao contrário do que ocorre com a prisão preventiva, por exemplo - que tem

natureza rebus sic standibus, isto é, que se caracteriza pelo dinamismo existente na situação de fato que justifica a medida constritiva, a qual deve submeter-se sempre a constante avaliação do magistrado -, o caso dos autos traz hipótese em que houve uma desconformidade entre o procedimento usado na coleta e no acondicionamento de determinadas substâncias supostamente apreendidas com o paciente e o modelo previsto no Código de Processo Penal, fenômeno processual, esse, produzido ainda na fase inquisitorial, que se tornou estático e não modificável e, mais do que isso, que subsidiou a própria comprovação da materialidade e da autoria delitivas.

2. Segundo o disposto no art. 158-A do CPP, "Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte".

3. A autenticação de uma prova é um dos métodos que assegura ser o item apresentado aquilo que se afirma ele ser, denominado pela doutrina de princípio da mesmidade.

4. De forma bastante sintética, pode-se afirmar que o art. 158-B do CPP detalha as diversas etapas de rastreamento do vestígio:

reconhecimento, isolamento, fixação, coleta, acondicionamento, transporte, recebimento, processamento, armazenamento e descarte. O art. 158-C, por sua vez, estabelece o perito oficial como sujeito preferencial a realizar a coleta dos vestígios, bem como o lugar para onde devem ser encaminhados (central de custódia). Já o art. 158-D disciplina como os vestígios devem ser acondicionados, com a previsão de que todos os recipientes devem ser selados com lacres, com numeração individualizada, "de forma a garantir a inviolabilidade e a idoneidade do vestígio".

5. Se é certo que, por um lado, o legislador trouxe, nos arts. 158-A a 158-F do CPP, determinações extremamente detalhadas de como se deve preservar a cadeia de custódia da prova, também é certo que, por outro, quedou-se silente em relação aos critérios objetivos para definir

quando ocorre a quebra da cadeia de custódia e quais as consequências jurídicas, para o processo penal, dessa quebra ou do descumprimento de um desses dispositivos legais. No âmbito da doutrina, as soluções apresentadas são as mais diversas.

6. Na hipótese dos autos, pelos depoimentos prestados pelos agentes estatais em juízo, não é possível identificar, com precisão, se as substâncias apreendidas realmente estavam com o paciente já desde o início e, no momento da chegada dos policiais, elas foram por ele dispensadas no chão, ou se as sacolas com as substâncias simplesmente estavam próximas a ele e poderiam eventualmente pertencer a outro traficante que estava no local dos fatos.

7. Mostra-se mais adequada a posição que sustenta que as irregularidades constantes da cadeia de custódia devem ser sopesadas pelo magistrado com todos os elementos produzidos na instrução, a fim de aferir se a prova é confiável. Assim, à míngua de outras provas capazes de dar sustentação à acusação, deve a pretensão ser julgada improcedente, por insuficiência probatória, e o réu ser absolvido.

9. O fato de a substância haver chegado para perícia em um saco de supermercado, fechado por nó e desprovido de lacre, fragiliza, na verdade, a própria pretensão acusatória, porquanto não permite identificar, com precisão, se a substância apreendida no local dos fatos foi a mesma apresentada para fins de realização de exame pericial e, por conseguinte, a mesma usada pelo Juiz sentenciante para lastrear o seu decreto condenatório. Não se garantiu a inviolabilidade e a idoneidade dos vestígios coletados (art. 158-D, § 1º, do CPP). A integridade do lacre não é uma medida meramente protocolar; é, antes, a segurança de que o material não foi manipulado, adulterado ou substituído, tanto que somente o perito poderá realizar seu rompimento para análise, ou outra pessoa autorizada, quando houver motivos (art. 158-D, § 3º, do CPP).

9. Não se agiu de forma criteriosa com o recolhimento dos elementos probatórios e com sua preservação; a cadeia de custódia do vestígio não foi implementada, o elo de acondicionamento foi rompido e a garantia de integridade e de autenticidade da prova foi, de certa forma,

prejudicada. Mais do que isso, sopesados todos os elementos produzidos ao longo da instrução criminal, verifica-se a debilidade ou a fragilidade do material probatório residual, porque, além de o réu haver afirmado em juízo que nem sequer tinha conhecimento da substância entorpecente encontrada, ambos os policiais militares, ouvidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, não foram uníssonos e claros o bastante em afirmar se a droga apreendida realmente estava em poder do paciente ou se a ele pertencia.

10. Conforme deflui da sentença condenatória, não houve outras provas suficientes o bastante a formar o convencimento judicial sobre a autoria do crime de tráfico de drogas que foi imputado ao acusado. Não é por demais lembrar que a atividade probatória deve ser de qualidade tal a espancar quaisquer dúvidas sobre a existência do crime e a autoria responsável, o que não ocorreu no caso dos autos. Deveria a acusação, diante do descumprimento do disposto no art. 158-D, § 3º, do CPP, haver suprido as irregularidades por meio de outros elementos probatórios, de maneira que, ao não o fazer, não há como subsistir a condenação do paciente no tocante ao delito descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006.

11. Em um modelo processual em que sobrelevam princípios e garantias voltadas à proteção do indivíduo contra eventuais abusos estatais que interfiram em sua liberdade, dúvidas relevantes hão de merecer solução favorável ao réu (favor rei).

12. Não foi a simples inobservância do procedimento previsto no art. 158-D, § 1º, do CPP que induz a concluir pela absolvição do réu em relação ao crime de tráfico de drogas; foi a ausência de outras provas suficientes o bastante a formar o convencimento judicial sobre a autoria do delito a ele imputado. A questão relativa à quebra da cadeia de custódia da prova merece tratamento acurado, conforme o caso analisado em concreto, de maneira que, a depender das peculiaridades da hipótese analisada, pode haver diferentes desfechos processuais para os casos de descumprimento do assentado no referido dispositivo legal.

13. Permanece hígida a condenação do paciente no tocante ao crime de associação para o tráfico de drogas (art. 35 da Lei n. 11.343/2006),

porque, além de ele próprio haver admitido, em juízo, que atuava como olheiro do tráfico de drogas e, assim, confirmando que o local dos fatos era dominado pela facção criminosa denominada Comando Vermelho, esta Corte Superior de Justiça entende que, para a configuração do referido delito, é irrelevante a apreensão de drogas na posse direta do agente.

14. Porque proclamada a absolvição do paciente em relação ao crime de tráfico de drogas, deve ser a ele assegurado o direito de aguardar no regime aberto o julgamento da apelação criminal. Isso porque era tecnicamente primário ao tempo do delito, possuidor de bons antecedentes, teve a pena-base estabelecida no mínimo legal e, em relação a esse ilícito, foi condenado à reprimenda de 3 anos de reclusão (fl. 173). Caso não haja recurso do Ministério Público contra a sentença condenatória (ou, se houver e ele for improvido) e a sanção permaneça nesse patamar, fica definitivo o regime inicial mais brando de cumprimento de pena.

15. Ordem concedida, a fim de absolver o paciente em relação à prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, objeto do Processo n. 0219295-36.2020.8.19.0001. Ainda, fica assegurado ao réu o direito de aguardar no regime aberto o julgamento do recurso de apelação.

(HC n. 653.515/RJ, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 23/11/2021, DJe de 1/2/2022.)

Com isso, o Delegado deveria ter informado que o correto seria exigir uma realização pericial, para que o laudo pericial avalie a autenticidade e a integridade da prova, pois é o único apto a afirmar se a prova continua sendo prova lícita ou ilícita e se, portanto, a manipulação ou alteração das informações contidas no Pen-drive são verdadeiras ou não. De tal forma que, o documento é essencial na garantia da integridade da prova e da justiça.

#### 4. Conclusão

Ante o exposto fica evidente que a resolução unilateral do contrato por parte da seguradora foi feita de forma indevida, ferindo o princípio da boa-fé contratual perante o fato de que o prazo para o cancelamento não estava vigente por ter se passado apenas sete dias do

**Comentado [3]:** a questão se refere a análise da prova na fase investigativa. Assim, era necessária a análise do art. 158-D do CPP.

No caso em análise, o Delegado informou que, por um descuido dos investigadores, o lacre do pen drive entregue por Helena havia sido violado. O artigo 158-D do Código Penal prevê o procedimento a ser realizado nestes casos, contudo.

Com efeito, a fim de preservar a integridade da prova, basta que fazer constar na ficha de acompanhamento de vestígio o nome e a matrícula do responsável, a data, o local, a finalidade, bem como as informações referentes ao lacre utilizado (§4º), e que o pen drive seja novamente acondicionado em um novo recipiente, juntamente com o lacre rompido (§ 5º).

Tomadas essas cautelas, não há que se falar em ilicitude da prova por inobservância da cadeia de custódia, podendo as gravações serem utilizadas na investigação.

vencimento da última prestação, e levando em consideração o adimplemento substancial, que assegura que um simples atraso não configura inadimplemento total da obrigação. Sendo assim, a relação jurídica deve ser restituída, restabelecendo o plano de Helena da mesma forma em que foi constituído na celebração do contrato, podendo a mesma impetrar uma ação indenizatória pelo valor gasto, tendo em vista que a falta de notificação e a não espera do prazo previsto em lei para o cancelamento unilateral do contrato torna a rescisão inválida.

Em relação ao ônus da prova, conclui-se que deve ser invertido, conforme previsto tanto no Código de Processo Civil (CPC) quanto no Código de Defesa do Consumidor (CDC), uma vez que Helena, sendo vítima de violência doméstica, encontra-se em situação de vulnerabilidade e desvantagem. A inversão do ônus da prova visa garantir a igualdade e o equilíbrio processual, protegendo pessoas como Helena de se sobrecarregarem com a obrigação de comprovar fatos que a outra parte teria mais facilidade em demonstrar.

Perante o exposto entende-se que, ao ser analisado o presente caso por um juiz, na visão da legislação penal vigente, a agressão praticada por Javier contra sua esposa, na qual teve motivação por um simples questionamento sobre o sustento familiar, se classifica em um crime de violência doméstica com agravantes por motivo fútil, e pelo fato ter sido praticado contra cônjuge em um ambiente doméstico, podendo ter a pena base fixada em 3 meses a 1 ano de detenção.

Não obstante, também deverá ser ponderado a atenuante de menoridade do investigado, uma vez que na data do fato não havia completado 21 anos, resultando em uma diminuição da pena, conforme estabelecido no Código Penal. Sendo assim, fica evidente que a análise para a aplicação da pena deverá ter um equilíbrio pelo conflito das agravantes e atenuantes, sempre em conformidade com os princípios e requisitos impostos para a sua correta aplicação, ficando a critério do juiz que irá averiguar e estudar todos os pontos citados

Em face do que foi evidenciado no presente relatório, podemos perceber a importância da cadeia de custódia juntamente com o acondicionamento, introduzida no Código de Processo Penal (CPP) pelo pacote Anticrime, para a proteção das provas periciais. No que diz respeito ao pen-drive que foi violado, a ação correta do Delegado seria exigir um exame pericial para que identifique se as informações contidas nele foram adulteradas ou manipuladas, e não a desqualificação imediata dela. Assim, fica claro que o rompimento do lacre não torna a prova automaticamente inválida; é necessário requerer um exame pericial para averiguar a integridade dos dados. Posteriormente, o laudo pericial determinará se essa prova permanece válida ou se se torna ilícita.

## 5. Referências

AVENA, Norberto. **Processo Penal** . 15ª edição. Rio de Janeiro: Método, 2023. E-book. pág.436. ISBN 9786559647774. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559647774/>. Acesso em: 05 nov. 2024.

BERNACCHI, Paulo Eduardo Elias; Rodrigues, Anderson Rocha. **As garantias constitucionais e a cadeia de custódia das provas no processo penal**. Disponível em: <https://revista.uniabeu.edu.br/index.php/rcd/article/view/3264/2216>. Acesso em: 30 de outubro de 2024.

BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de direito penal: parte geral (arts. 1º a 120). v.1**. 29th ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. E-book. p.390. ISBN 9786553627109. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553627109/>. Acesso em: 10 nov. 2024.

CÂMARA, Alexandre F. **O Novo Processo Civil Brasileiro - 8ª Edição 2022**. 8th ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2022. E-book. p.252. ISBN 9786559772575. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559772575/>. Acesso em: 18 nov. 2024.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120. v.1**. 28th ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book. p.VIII. ISBN 9788553622696. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553622696/>. Acesso em: 10 nov. 2024.

DE MENEZES, Isabela Aparecida; Borri, Luiz Antonio; Soares, Rafael Junior.

**A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro.** Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/6739/673971400008.pdf> Acesso em: 30 de outubro de 2024

DINIZ, Maria H. **Manual de direito civil.** 4th ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2022. E-book. p.163. ISBN 9786555598612. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555598612/>. Acesso em: 02 nov. 2024.

GONÇALVES, Carlos R. **Direito civil: parte geral - obrigações - contratos (parte geral) . v.1. (Coleção esquematizado®).** 14th ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book. p.852. ISBN 9788553622023. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553622023/>. Acesso em: 02 nov. 2024.

MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal.** 19th ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book. p.27. ISBN 9786555598872. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555598872/>. Acesso em: 18 nov. 2024

NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Penal: Parte Geral: Arts. 1º a 120 do Código Penal. v.1.** 8th ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. E-book. p.609. ISBN 9786559649228. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559649228/>. Acesso em: 10 nov. 2024.

RIBEIRO, Marcelo. **Processo Civil - 4ª Edição 2024. 4th ed. Rio de Janeiro: Método, 2024.** E-book. p.354. ISBN 9788530995379. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530995379/>. Acesso em: 18 nov. 2024.

STF. **Consulta a Jurisprudência - Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 14 de Novembro de 2024.

STJ. **Adimplemento substancial: a preponderância da função social do contrato e do princípio da boa-fé objetiva.** Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/24042022-Adimplemento-substancial-a-preponderancia-da-funcao-social-do-contrato-e-do-principio-da-boa-fe-objetiva.aspx> Acesso em: 29 de outubro de 2024.

STJ. **Saúde cancelada: a jurisprudência do STJ sobre rescisão unilateral de planos de assistência médica.** Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2024/09062024-Saude-cancelada-a-jurisprudencia-do-STJ-sobre-rescisao-unilateral-de-planos-de-assistencia-medica.aspx> Acesso em 29 de outubro de 2024.

VENOSA, Sílvio de S. **Direito Civil: Contratos.** v.3. 23rd ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2023. E-book. p.1. ISBN 9786559775064. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559775064/>. Acesso em: 11 out. 2024.

ZAGO, Marcelo; ROLIM, Flávio; CURY, Nafêz I. Coleção Decifrado - **Processo Penal Decifrado - 1ª Edição 2023.** 3rd ed. Rio de Janeiro: Método, 2023. E-book. p.327. ISBN 9786559646487. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559646487/>. Acesso em: 18 nov. 2024.

