



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

NOTA FINAL

Estudantes:

Nome: Ana Flávia da Costa

RA: 22000917

Nome: Camila Máximo Scucuglia

RA: 22000764

Nome: Vitor Borri Della Torre

RA:22001148



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 cômso 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

RELATÓRIO TÉCNICO DIAGNÓSTICO

Cliente(s): Helena

Processo nº: XXXXXXXXXXX

SÍNTESE DOS FATOS

Helena e Javier foram um casal de jovens, ambos com 20 anos de idade, que se casaram em regime matrimonial de separação de bens. Ela administrava uma microempresa localizada na cidade de Ribeirão Preto, onde o casal morava. Helena estava fazendo faculdade de economia no período noturno, e realizava os trabalhos domésticos entre uma atividade ou outra do dia a dia, e aos finais de semana.

Já o Javier, natural da Espanha, não se preocupava com o futuro do casal, muito menos em progredir na vida pessoal, e mesmo tendo tempo à sua disposição, não auxiliava sua esposa com Alice, filha de dois meses do casal. Por isso, enquanto Helena estava trabalhando, a criança passava a maior parte do tempo na casa dos avós maternos, pois o espanhol alegava que não tinha experiências com crianças, e com isso, passava o dia todo no celular, utilizando instagram, tiktok, jogando jogos de azar, conhecido como tigrinho, e playstation.

Javier dizia que logo iria começar a trabalhar, e então pedia a esposa um pouco mais de paciência, e mesmo sobrecarregada e se sentindo explorada, mantinha-se paciente, pelo fato de amar muito seu marido e se sentir disposta para manter as despesas familiares sozinha.

Porém um tempo depois, enquanto organizava as finanças, Helena percebeu que estas despesas começaram a apertar, sendo elas a conta de água, luz, aluguel, faturas da internet e do seguro de saúde, além de parcelas do empréstimo contratado por ela para comprar uma motocicleta CG 125, na intenção de Javier utilizar para trabalhar como entregador.

Devido a isso, ela questiona o marido de quando ele irá utilizar a moto para trabalhar, e se ele poderia pagar o empréstimo dela. Com isso, o marido alega que a moto é de sua mulher, e que se fosse para ele pagar, deveria transferir a moto para o nome dele, visto que eles casaram em regime matrimonial de separação de bens e por isso, cada um é dono de suas coisas.

No fim, Helena aceita fazer a transferência da motocicleta para o nome dele, e já no dia seguinte entrega a Javier o recibo da transferência e, ele já está com o novo documento. Diante disso, ela o questiona se ele já irá começar a trabalhar, ele diz que ainda não resolveu essa situação, ainda está buscando algo mais rentável, e por isso não está com pressa.

Alguns dias depois, Helena começou a perder a paciência pela passividade do marido e eles começaram a discutir com mais frequência, Javier se mostrava violento, tanto que arremessou um copo de vidro ao chão e devido a esse acontecimento, ela realizou a instalação de câmeras escondidas para caso houvesse alguma nova agressão.

Logo menos de uma semana desde a última briga, o casal voltou a brigar novamente por dinheiro, mas dessa vez, Javier agrediu sua esposa com um golpe violento no rosto dela, e, em seguida, ele saiu da casa pilotando a motocicleta CG 125. Sentindo dores, Helena liga para seus pais e por eles foi levada ao pronto atendimento, no qual os exames constataram uma fratura na órbita ocular.

Incentivada pela mãe, Helena registra boletim de ocorrência em face da agressão sofrida e entregou um pen drive para os policiais contendo a gravação da situação ocorrida. Com isso, foi deferida uma medida protetiva e Javier ficou impedido de se aproximar dela.

Na mesma semana, Helena recebeu uma carta pleiteando o pagamento de R\$3.500,00 pelo procedimento emergencial, na qual ela havia se submetido. Sem entender o motivo da cobrança, ela entra em contato com a central de atendimento, na qual informa para ela que o referido valor se trata da última prestação do seguro saúde que estava atrasada há mais de sete dias quando houve o atendimento para ela, motivo no qual não autorizou a cobertura do procedimento realizado.

Helena foi até a delegacia para saber sobre novas notícias de Javier e descobriu que após o deferimento da medida protetiva, e após o início do processo de violência doméstica, a Polícia Civil descobriu que ele estava foragido da INTERPOL. Segundo os documentos internacionais, o espanhol foi acusado de praticar tentativa de homicídio na França cerca de dois anos antes, assim que completou 18 anos de idade, e desde então, não havia notícias de seu paradeiro.

Logo informaram o ocorrido às autoridades estrangeiras e protocolaram pedido de extradição junto ao Ministério da Justiça. Helena ficou surpresa, pois desconhecia o passado obscuro de seu marido, e antes de sair da delegacia, ela questiona o Delegado como estava o andamento da investigação e se Javier arcaria com as consequências da violência na qual sofreu.

O Delegado afirma que Javier ainda seria ouvido, mas que houve um descuido dos investigadores, e o lacre do pen drive entregue por ela, havia sido violado e nada poderia fazer para resolver tal problema, de modo que a prova estaria perdida caso ele negasse a prática da agressão.

Além disso, Helena não recebeu valores de Javier para que haja a quitação das parcelas do empréstimo, e por isso, compareceu, sem advogado, ao Cartório Especial do Juizado Cível de Ribeirão Preto para ajuizar ação em face dele, cobrando o valor das parcelas do empréstimo. Após dois meses, ela fez uma consulta para verificar o andamento processual pela internet, e viu que Javier alegava não ser devedor destes valores, pois segundo ele, ela teria feito a doação do veículo durante o regime matrimonial.

I. FUNDAMENTAÇÃO

I.1. O seguro saúde poderia negar a cobertura pelo atendimento médico realizado, tendo em vista o atraso no pagamento da última parcela?

Inicialmente, para tratar-se do primeiro questionamento, vale-se pontuar primeiro qual o conceito do contrato no Direito Civil. O contrato é o negócio jurídico bilateral ou plurilateral, no qual os contratantes mediante acordo de vontades, podem criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica existente, ou seja, as partes devem cumprir o que foi acordado entre elas. Há ainda alguns requisitos indispensáveis para torná-lo válido como, a capacidade das partes, o objeto lícito, possível e determinado ou determinável, e a forma prescrita ou não defesa em lei.

Tal entendimento é o mesmo que do doutrinador Orlando Gomes (2022, p.36), no qual dispõe o seguinte pensamento acerca da definição dos contratos:

“Contrato é uma espécie de negócio jurídico que se distingue, na formação, por exigir a presença de pelo menos, de duas partes. Contrato é, portanto, negócio jurídico bilateral, ou plurilateral.”

Atendidos os requisitos para elaboração do contrato, deve-se observar ainda os princípios que regem a formação dos contratos. A Constituição Federal de 1988 expõe alguns princípios para celebração dos contratos, um dos mais importantes princípios do direito contratual é o Princípio da boa-fé e o Princípio da Função Social do contrato.

O Princípio fundamental da relação contratual é o da função social do contrato, no qual está previsto no artigo 421 do Código Civil:

Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019)

A função social do contrato tem como objetivo atender os interesses da pessoa humana, protegendo a sua dignidade, seja na dimensão individual ou coletiva. Nesse sentido, há o pensamento do doutrinador Maurício Basso (2008, p.46):

"A natureza jurídica da função social do contrato deve ser compreendida sob a premissa de que o contrato não pode trazer onerosidade excessiva, desproporção e injustiça social, bem como, não pode violar interesses individuais que abranjam a proteção da dignidade humana."

Em resumo, o princípio da função social do contrato analisa se a relação contratual estabelecida entre as partes interfere no contexto social, e não somente no contexto privado entre os contratantes, pois o contrato apresenta consequências relativas, também, à sociedade.

A violação do contrato ocorre nas seguintes hipóteses: a) contratos que ofendem interesses metaindividuais ou princípio da dignidade da pessoa humana; b) contratos que ofendem terceiros; e c) terceiros que ofendem o contrato.

Já o princípio da boa-fé objetiva, diferente do princípio do consensualismo, enfatiza que o sentido literal da linguagem não deverá prevalecer somente na vontade das partes, mas também na segurança das relações jurídicas, uma vez que as partes deverão agir com base nos chamados deveres satelitários.

A esse respeito, a doutrinadora Maria Helena Diniz (2024, p. 31), dispõe do mesmo saber em relação a este princípio, vejamos:

"Sentido literal da linguagem não deverá prevalecer sobre a intenção inferida da declaração de vontade das partes – 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."

O Código Civil, no artigo 422, estabelece que “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”, determinando assim, que haja entre as partes uma colaboração para se respeitar o princípio da boa-fé. Apesar do referido Código determinar que os contratantes devem observar a boa-fé nas fases de conclusão e execução, a *mens legis*, conhecida como alma da lei, estabelece que os contratantes também deverão guardar a boa-fé nas fases pré e pós contratuais.

É importante se pontuar sobre as espécies de boa-fé, que são divididas em, subjetiva ou objetiva. Deve haver uma relevância maior em face da boa-fé objetiva, na qual está presente no caso acima exposto. A boa-fé objetiva demonstra regra de conduta, ou seja, as partes do contrato devem agir com lealdade e honestidade entre si de forma recíproca.

Ainda no tocante à boa-fé objetiva, há duas funções: Ativa e Reativa. No presente caso, encontra-se presente a função ativa, que conceitua-se na existência de alguns deveres que não se dão do acordo de vontades entre os contratantes, mas sim são deveres que surgem a partir da boa-fé, sendo intitulados de deveres anexos ou satelitários, sendo eles: Lealdade, Cooperação, Informação, Probidade e Honestidade. Vale ressaltar que os deveres anexos não estão explícitos, sendo tal conduta, esperada pelo legislador.

A boa-fé objetiva por fim, está relacionada com o inadimplemento absoluto, melhor dizendo, a violação positiva do contrato, que ocorre quando uma das partes não cumpre com a obrigação, levando a outra parte a ser obrigada a rescindir o contrato. Logo, se descumprido qualquer dos atos mencionados acima, haverá a violação do princípio da boa-fé, e consequentemente o inadimplemento do ato, independente da culpa.

Tal situação mencionada acima é contemplada pelo Tribunal de Justiça de Goiás, que determina o seguinte conhecimento:

EMENTA: DUPLO APELO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. RESTABELECIMENTO DE PLANO DE **SAÚDE**. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. CANCELAMENTO UNILATERAL IMOTIVADO. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA REGULAR. **VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO**. CONDUTA CONTRADITÓRIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

OBJETIVA. DANO MORAL CARACTERIZADO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. MANUTENÇÃO. 1. A teor do entendimento jurisprudencial majoritário, para a rescisão unilateral do **contrato** de plano de **saúde** por falta de pagamento, nos moldes do artigo 13, parágrafo único, II, da Lei 9.656/98, imprescindível a notificação prévia, pessoal e inequívoca do consumidor. 2. A rescisão abrupta do plano de **saúde** individual ofende os princípios da boa fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade que deve orientar a interpretação dos **contratos** que regulam relações de consumo. A conduta da operadora em continuar a emitir boletos de pagamento mesmo após a aduzida notificação, configura comportamento contraditório, não amparado pelo direito, uma vez que gera expectativa no consumidor de continuidade do plano, caracterizando, por isso, **violação positiva do contrato** celebrado entre as partes, por descumprimento dos deveres anexos de proteção derivados da boa-fé objetiva. 3. A despeito da possibilidade da rescisão unilateral do plano de **saúde**, mediante prévia notificação do usuário, o Superior Tribunal de Justiça reconhece ser abusiva a rescisão do **contrato** durante o tratamento médico garantidor da sobrevivência e/ou incolumidade física, como no caso em apreço, no qual o filho da titular do plano se encontra em tratamento oncológico. 4. O cancelamento repentino do plano de **saúde** pela empresa traduz-se em verdadeiro abalo moral, porquanto desatendidos os requisitos estabelecidos na lei de regência, causando aflição psicológica e angústia à segurada. 5. A fixação da indenização por danos morais no montante de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) não destoa da justa indenização devida. APELAÇÕES CÍVEIS CONHECIDAS E DESPROVIDAS. (TJGO, AC 5248326.78.2016.8.09.0051, Relatora: Desembargadora Sandra Regina Teodoro Reis; Data de julgamento: 04/07/2019)

Assim como se estabelece o entendimento jurisprudencial acima, Helena teria que ter sido notificada obrigatoriamente de forma formal, clara e tempestiva sobre a inadimplência, já que tal diligência é imprescindível para execução do contrato. Ademais, cabe salientar a ofensa do princípio da boa-fé objetiva devido ao descumprimento dos deveres anexos, além de causar danos morais à contratada (Helena).

Outro ponto a se analisar é que no mundo contratual, os contratos caminham com o adimplemento e o inadimplemento, o primeiro caracteriza pelo fim da relação jurídica, ou seja, o devedor cumpre com aquilo que foi acordado entre ele e o credor.

Por outro lado, o segundo contempla o não cumprimento da obrigação existente por uma das partes do contrato.

Importante ressaltar sobre a teoria do adimplemento substancial, na qual sustenta que o atendimento **quase integral** das obrigações acordadas no contrato, gera um **descumprimento insignificante, infima**, e assim a resolução do contrato por descumprimento da obrigação deve ser afastada. Tendo como finalidade preservar a relação jurídica quase totalmente adimplida, cabendo ao credor buscar outros meios para receber o que é de direito.

No presente caso, a segurada não tem o direito de negar a cobertura do seguro saúde a Helena, pois, estamos diante da teoria do adimplemento substancial, citada anteriormente, e um simples atraso no pagamento de uma das parcelas não se equipara ao não pagamento total das prestações. Deste modo, não confere à seguradora o direito de descumprir sua obrigação principal, cujo, no seguro-saúde, é indenizar pelos gastos despendidos com o tratamento do paciente. Esse é o entendimento do relator Paulo de Tarso Sanseverino e os votos dos ministros Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze (Presidente), Moura Ribeiro e Nancy Andrighi e da Nancy Andrighi, da Terceira Turma do STJ (Resp. nº 1.636.692-RJ).

A doutrinadora Judith Martins Costa (2021, p. 805), define a teoria do adimplemento substancial desta forma:

"A figura do adimplemento substancial do contrato advém de construção do common law (com o nome de substancial performance), pela qual se entende deva ser rejeitada a resolução quando, apesar do incumprimento no tempo, modo e forma devidos houve cumprimento parcial e este foi «muito próximo» ao previsto no contrato como resultado devido. A razão de ser desta figura está em que, entre extinguir o negócio jurídico e preservá-lo, sua preservação é justificada por razões de utilidade. Por intermédio da figura do adimplemento substancial, portanto, limita-se o direito a resolver, embora se assegure ao credor o direito a exigir o cumprimento ou à indenização pela mora."

Além disso, o Código Civil no seu artigo 389 possibilita à parte a possibilidade de uma revisão contratual, vejamos:

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros, atualização monetária e honorários de advogado.

Por esse ângulo, o credor tem o direito de quando não cumprido qualquer obrigação contratual, pleitear a extinção do mesmo ou até mesmo exigir algum cumprimento. Todavia, a teoria citada acima pressupõe que o credor não pode exigir qualquer responsabilidade ao devedor sem que o próprio tenha de fato descumprido de forma total a obrigação.

A teoria do adimplemento substancial é aplicada desde que respeite os princípio da função social dos contratos e o da boa-fé objetiva, assim como prevê os artigos 421, 422 e 475 do Código Civil:

Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

[...]

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

[...]

Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

Desse modo, os dispositivos legais fazem a interpretação de que os interesses do devedor inadimplente seja sempre respeitado, além de evidenciar que para ser aplicada tal teoria é necessário que os princípios da função social e da boa-fé estejam adentrados na relação jurídica.

O princípio da boa-fé objetiva neste caso, é de extrema importância para descrever o adimplemento substancial, considerando que o devedor cumpriu a prestação de forma substancial, havendo a intenção de cumprir o restante. Entretanto, se comprovado a impossibilidade financeira de arcar com as demais prestações, a seguradora neste caso não tem o direito de negar a cobertura do atendimento à saúde para Helena, já que a extinção do contrato violaria o princípio da boa-fé objetiva.

Já o princípio função social do contrato visa que o interesse da parte lesada deve sempre prevalecer sobre o interesse particular, sem que a mesma seja prejudicada. Este princípio atua com um viés também voltado ao equilíbrio entre as partes. Inclusive, pontua o ministro Luis Felipe Salomão, da 4ª turma do STJ, que “a teoria do substancial adimplemento visa a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução, preterindo o desfazimento desnecessário em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato”.

A este propósito, é importante destacarmos o entendimento do recurso especial julgado pela terceira turma do Superior Tribunal de Justiça em 12 de dezembro de 2017, transcrito a seguir:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. CONTRATOS DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. AÇÃO DE RESOLUÇÃO DE CONTRATOS. ALEGAÇÃO DE CUMPRIMENTO PARCIAL DOS CONTRATOS. **INADIMPLEMENTO** DE PARCELAS MENSIS E SEMESTRAIS. FATOS INCONTROVERSOS. **TEORIA DO ADIMPLEMENTO** SUBSTANCIAL. INAPLICABILIDADE NA ESPÉCIE. 1. Discussão acerca da aplicação da chamada **Teoria do Adimplemento** Substancial, instituto que pode, eventualmente, restringir o direito do credor à resolução contratual previsto no artigo 475 do CC/02 (art. 1.092, § único, do CC/16), tendo por fundamento a função de controle do princípio da boa-fé objetiva. 2. “O **adimplemento substancial** constitui um **adimplemento** tão próximo ao resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo-se tão somente o pedido de indenização e/ou adimplemento, de vez que a primeira pretensão viria a ferir o princípio da boa-fé (objetiva)”. 3. Doutrina e jurisprudência acerca do tema. 4. Caso concreto em que restou

incontroverso que a devedora **inadimpliu** parcela relevante da contratação (cerca de um terço do total da dívida contraída), mostrando-se indevida a aplicação, pelo Tribunal de origem, da **Teoria do Adimplemento Substancial**. 5. Necessidade de retorno dos autos à origem a fim de que proceda ao julgamento dos demais pedidos constantes da petição inicial, bem como da reconvenção. 6. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (STJ, Recurso Especial: Nº 1.636.692 - Rio de Janeiro TERCEIRA TURMA DO STJ)

Com base na jurisprudência apresentada e diante dos fatos narrados no presente caso, é notável que não poderia se negar a cobertura do plano de saúde em decorrência do atraso do pagamento da última parcela, vez que o plano de saúde está ligado com o contrato de adesão.

Ademais, a Lei nº 9.656/98 no seu artigo 13, parágrafo único, inciso II permite a rescisão unilateral do contrato de plano de saúde em caso de inadimplência por mais de 60 dias, sendo que o consumidor seja notificado até o 50º dia de inadimplência.

Dessa maneira, perante o exposto conclui-se que Helena não foi notificada sobre a parcela vencida; houve a violação do princípio da boa-fé objetiva e da função social do contrato; o prazo para o cancelamento do plano de saúde nem sequer chegou aos 60 dias impostos pela legislação e o simples atraso de uma prestação não se equipara ao inadimplemento total da obrigação, como citado na teoria do adimplemento substancial, não podendo assim ser negado o seguro saúde de Helena.

I.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?

Em primeira análise, deve-se esclarecer o conceito de pena, na qual é uma medida imposta pelo Estado, ao infrator que comete um ato típico, ilícito e culpável. Deste modo, o Estado tem o dever de aplicar a pena quando o indivíduo comete alguma infração penal, evitando-se assim a prática de outros crimes, pois a pena pode

ser uma medida intimidadora. Pode consistir ainda, na restrição ou privação de um bem jurídico daquele que comete algum delito.

Na lição de Victor Eduardo Rios Gonçalves (2012, p. 260) encontra-se a seguinte definição:

“Pena é a retribuição imposta pelo Estado em razão da prática de um ilícito penal e consiste na privação de bens jurídicos determinada pela lei, que visa à readaptação do criminoso ao convívio social e à prevenção em relação à prática de novas transgressões”.

Vale destacar as características da pena, que são: A legalidade e anterioridade, a humanização, a pessoalidade, a proporcionalidade, a individualização da pena e a inderrogabilidade. Por isso, as penas devem respeitar essas características.

Sobre o princípio da proporcionalidade, no qual consiste na pena ser proporcional para o réu, tem-se o entendimento jurisprudencial:

APELAÇÃO CRIMINAL. **LESÃO CORPORAL**. ART. 129, § 9º, DO CÓDIGO PENAL. **VIOLÊNCIA DOMÉSTICA**. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. Prova colhida nos autos a demonstrar a prática do delito de lesão corporal cometido pelo acusado no âmbito da violência doméstica, situação que autoriza a manutenção da sentença condenatória. Também não há reparos a serem feitos no tocante à pena, pois foi bem aplicada, observando o **sistema trifásico**, os princípios da razoabilidade e **proporcionalidade**, bem como as demais peculiaridades do caso. APELAÇÃO IMPROVIDA. (Apelação Crime, Nº 70054782982, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lizete Andreis Sebben, Julgado em: 09-10-2014)

No tocante do Código Penal, é importante mencionar a respeito da dosimetria da pena, que consiste no momento em que o julgador irá cominar ao indivíduo criminoso, a sanção que reflete a reprovação estatal do crime cometido, através da pena imposta, trazendo consigo a prevenção do crime e sua correção.

Antes da reforma do Código Penal Brasileiro em 1984, com a edição da Lei nº 7.209/84, o sistema de aplicação da pena era chamado de bifásico, onde o magistrado ao aplicar a pena, analisava na primeira etapa as circunstâncias atenuantes e agravantes, fixando a partir dessa premissa a pena base, logo em seguida as causas de aumento e diminuição de pena, fixando assim a pena definitiva.

Após a reforma, a fixação da pena passou a ser denominado como procedimento trifásico, no qual o juiz deverá apreciar o caso concreto quando for aplicar a pena ao réu, consolidando-se com base no artigo 68 do Código Penal, vejamos:

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

No mesmo tocante do artigo 59 do referido Código, o doutrinador Guilherme de Souza Nucci (2024, p.1034) esclarece:

"A individualização da pena, prevista no artigo 59, é essencial para assegurar a aplicação de uma sanção justa e proporcional. O magistrado deve analisar criteriosamente as circunstâncias judiciais com base em dados concretos do caso, evitando subjetivismos ou arbitrariedades."

Dessa maneira, com base no artigo mencionado acima, o juiz ao analisar o caso concreto deverá percorrer as três fases do procedimento trifásico, na qual a primeira, se incumbirá de fixar a pena-base; a segunda, em que fará a apuração das circunstâncias atenuantes e agravantes e por fim, a fase que se encarregará da aplicação das causas de aumento e diminuição da pena para que, ao final, chegue ao total de pena que deverá ser cumprida pelo réu.

Nesse sentido, segue jurisprudência sobre o procedimento trifásico adotado pelo Código Penal:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - **LESÃO CORPORAL NO AMBIENTE DOMÉSTICO** E AMEAÇA - RECURSO DA ACUSAÇÃO - PRELIMINAR DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO RÉU QUANTO AO DELITO DE AMEAÇA - PRESCRIÇÃO PELA PENA ABSTRATA - OCORRÊNCIA - RECURSO DA DEFESA - **LESÃO CORPORAL** - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - ABSOLVIÇÃO - NÃO CABIMENTO - REINCIDÊNCIA - RECONHECIMENTO - NECESSIDADE - REGIME INICIAL SEMIABERTO - CABIMENTO - "SURSI" - DECOTE - NECESSIDADE -1 - Constatado o transcurso de prazo superior ao lapso temporal previsto pelo legislador para operar a prescrição da pretensão punitiva do Estado, com parâmetro na pena máxima cominada ao delito, deve ser decretada a extinção da punibilidade. 2 - Quando a Ação Penal reúne elementos de provas apontando a evidente ocorrência de lesão corporal, consubstanciados no depoimento da vítima, coerente com o relato de testemunha, unificados ao conteúdo do Exame de Corpo de Delito que retrata a existência de ofensa à integridade corporal do periciando, tudo em detrimento da isolada versão do agente denunciado refutando sua responsabilidade, imperiosa é a manutenção de sua condenação pelo delito tipificado no artigo 129 do Código Penal. 3 - Atestada a reincidência pela CAC juntada aos autos, aplica-se a agravante do art. 61, I, do CP. 4 - Impõe-se o regime inicial semiaberto ao reincidente condenado a pena de detenção. 5 - Reconhecida a reincidência em crime doloso, descabe a suspensão condicional da pena. V.v.p.: Se a Certidão de Antecedentes Criminais do agente pontua apenas uma condenação penal transitada em julgado já utilizada para macular os antecedentes do Acusado na primeira fase do **sistema trifásico**, não há que se falar em reconhecimento da agravante da reincidência, sob pena de bis in idem. (TJMG - Apelação Criminal 1.0024.12.218742-0/001, Relator(a): Des.(a) Sálvio Chaves, 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 21/02/2018)

Na primeira fase deve-se considerar o artigo 59 do Código Penal para sua elaboração, sendo ele:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja

Comentado [1]: formatação

necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: [\(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#) [\(Vide ADPF 1107\)](#)

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Neste artigo, o juiz deve analisar as circunstâncias do crime e as aplicará, sendo tais circunstâncias benéficas ao réu. As circunstâncias judiciais implicam na culpabilidade, nos antecedentes, na conduta social, na personalidade, nos motivos do crime, nas circunstâncias do crime, nas consequências do crime e no comportamento da vítima. Ou seja, analisará as circunstâncias favoráveis ou desfavoráveis em relação ao réu.

Dessa maneira, nessa primeira fase, o juiz deve seguir os oito critérios listados acima para aplicar a pena base ao agente, entre o limite máximo e mínimo. Por exemplo, a pena base do homicídio deve ficar entre 6 a 20 anos, ou seja, não deve ser abaixo do mínimo e deve ser sempre abaixo do máximo. O Código Penal não diz em quanto irá aumentar e em quanto irá diminuir referente a circunstância judicial, no entanto, vale-se da convicção do juiz, que também não poderá majorar a pena prevista pelo próprio legislador. O doutrinador Enio Luiz Rossetto (2024, p. 175) dá o seu parecer a respeito da primeira fase, nota-se:

“se o juiz na primeira fase da dosimetria da pena considerou favoráveis as circunstâncias judiciais no cálculo da pena-base não pode, em momento posterior, fixar o regime prisional mais severo do que o indicado pela quantidade da pena privativa de liberdade. Por exemplo, ao crime de roubo é cominada reclusão de 4 a 10 anos, se o juiz na primeira fase fixou a pena-base no mínimo legal (4 anos) é porque considerou favoráveis as circunstâncias judiciais, logo, na etapa de fixação de regime prisional (ar. 59, III, CP) deve ter em conta as circunstâncias judiciais para fixar o regime prisional, vale dizer, não

Comentado [2]: sugiro parágrafos menores

deve fixar regime mais gravoso do que o indicado pela quantidade da pena privativa de liberdade."

Ao se tratar da segunda fase temos as circunstâncias atenuantes, sendo aquelas com caráter subjetivo ou objetivo, que se encontram ao redor do crime praticado, servindo para reduzir a culpabilidade e com isso, atenuar a pena do agente, sem interferir no tipo, como exposto no artigo 65 do Código Penal:

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:
(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - o desconhecimento da lei; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - ter o agente: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;
- b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;
- c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;
- d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;
- e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

Além disso, o artigo 66, também do Código Penal, traz à tona a possibilidade de haver a atenuante facultativa, na qual prevê circunstância relevante antes ou depois do crime, no entanto, é uma norma que o juiz aplicará seguindo sua convicção. Também há ainda atenuantes especiais, mas devem ser analisadas com cautela, levando em consideração o crime cometido.

As circunstâncias agravantes, também incidentes na segunda fase da dosimetria da pena, são aquelas que abrangem as condutas dolosas ou culposas, e estão descritas no artigo 61 do Código Penal:

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - a reincidência; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - ter o agente cometido o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) por motivo fútil ou torpe;

b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;

c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;

d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;

f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica; (Redação dada pela Lei nº 11.340, de 2006)

g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;

h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida; (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;

j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;

l) em estado de embriaguez preordenada.

Além dessas agravantes citadas acima, existem também as agravantes especificadas no concurso de pessoas, tipificadas no artigo 62 do Código Penal.

Por fim, procede-se à terceira e última fase, na qual é calculada a diminuição e aumento da pena definitiva, suas causas de aumento e diminuição podem estar tanto previstas na Parte Geral quanto na Parte Especial do Código Penal, quando o cálculo da pena chegará ao fim.

Seguindo este raciocínio, o parágrafo único do artigo 68 do Código Penal, citado anteriormente, estabelece que se ocorrer o concurso de causas de diminuição e de aumento previstas na parte especial, deverá o juiz aplicar uma só diminuição e uma só de aumento, prevalecendo a que mais aumenta e diminui. Por outro lado, se ocorrer uma causa de aumento na parte especial e na parte geral, poderá o juiz aplicar ambas.

Portanto, conclui-se que a diminuição e aumento de pena no caso de Javier deverá ser feita com base no procedimento trifásico. Na primeira fase deverá ser analisado se as condições do artigo 59 do Código Penal são favoráveis ou desfavoráveis à ele, aplicando-se assim a pena base. Vale-se pontuar que os antecedentes (analisados na primeira fase) do réu e a reincidência (analisados na segunda fase), não influenciam para o cálculo da pena de Javier, uma vez que conforme decisão do STJ, apenas a sentença condenatória com trânsito em julgado do crime anterior, será um agravante para a pena.

Já na segunda fase, a pena de Javier deverá ser atenuada visto que no artigo 65, inciso I, do Código Penal traz a questão da menoridade como atenuante, e no presente caso, Javier era menor de 21 anos na data do fato. Por outro lado, de acordo com o artigo 61, alínea “e”, e, alínea “f”, a pena será agravada visto que o crime foi cometido contra cônjuge, e houve violência à Helena prevalecendo-se de relações domésticas, respectivamente.

Por fim, na terceira e última fase, o juiz considera as causas de aumento e de diminuição de pena que se mostrarem presentes no caso concreto.

Comentado [3]: dividir esses parágrafos - torna a leitura mais inteligível e confortável.

Comentado [4]: achei que vocês fossem encerrar no parágrafo anterior...

****Percebam como ele está mais bem elaborado para encerrar o relatório ...**

Comentado [5]: Trabalho está bom, bem feito.

O texto transcorreu bem... elementos acerca da aplicação da pena fora, abordados, bem como o procedimento trifásico que era essencial para verificar as causas que poderiam influenciar na pena.

Nos últimos parágrafos, o texto ficou confuso...

Pequenos ajustes na formatação...

Nota: 1,5

I.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?

Objetivamente, se tratando do questionamento quanto a inversão do ônus da prova, deve-se ter conhecimento a respeito da sua distribuição estática, prevista no artigo 373, caput do Código de Processo Civil, na qual o autor tem o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito e o réu tem o ônus de provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, como previsto a seguir:

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.

Nesse sentido, com a positivação do ônus dinâmico da prova pelo novo Código de Processo Civil, passou-se a vigorar na legislação processual civil o chamado Sistema Híbrido de Distribuição dos Encargos Probatórios.

Com base no sistema acima, o legislador estabelece quem assume o ônus da prova e quem arca com a falta ou a insuficiência de sua realização (distribuição estática), embora permita que essa fixação seja alterada pelas partes ou pelo juiz, existe ainda outra distribuição denominada (dinâmica), na qual ambas consistem em que, aquele que sofre o encargo, não venha a ser surpreendido com sua sucumbência, garantindo-lhe, assim, a ampla defesa.

Nota-se então que é um encargo atribuído ao agente da parte designada de um processo judicial, no qual este agente tem a responsabilidade de sustentar suas alegações por meio de provas verossímeis. Tendo o autor o peso de provar os fatos que garantem seus direitos, e por sua vez, o réu de provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos das acusações, ou seja, se defender das alegações do autor.

Nesta lógica, o doutrinador Antonio Carlos Marcato (2021, p. 618) conceitua a respeito do ônus da prova:

“O réu não está *obrigado* a se defender no processo civil, mas tem o ônus de fazê-lo caso queira ver criada controvérsia em torno dos fatos alegados pelo autor e caso queira ver consideradas pelo juiz circunstâncias que ele, réu, repute imprescindíveis à decisão da causa; do mesmo modo, o executado não está obrigado a embargar a execução, mas tem o ônus de fazê-lo se quiser paralisá-la, reduzi-la ou de algum modo ver proclamada eventual irregularidade. A parte desfavorecida por uma decisão no curso do processo, igualmente, tem o ônus de recorrer de forma a criar as condições para a respectiva cassação ou reforma pelo órgão recursal, e no âmbito do próprio recurso tem o encargo de observar determinadas formalidades necessárias à sua admissibilidade, como o recolhimento do preparo.”

Em princípio, a inversão do ônus da prova somente é admissível como regra dirigida às partes, pois deve dar à parte que originariamente não possui o ônus a oportunidade de produzi-la. Neste contexto, quando se inverte o ônus, é preciso supor que aquele que vai assumi-lo terá a possibilidade de cumpri-lo. A inversão do ônus da prova, nesse raciocínio, somente deve ocorrer quando o réu tem a possibilidade de demonstrar a não existência do fato constitutivo.

Contudo, vale ressaltar que o fato do réu ter condições de provar a não existência do fato constitutivo não permite por si só a inversão do ônus da prova. Isso apenas pode acontecer quando as especificidades da situação de direito material, objeto do processo, demonstrarem que não é necessário exigir a prova do fato constitutivo, mas sim, exigir a prova de que o fato simplesmente não existe. Assim, não há razão para inversão do ônus da prova na audiência preliminar.

Da situação fática, a dúvida implica no julgamento com base na regra do ônus da prova, e a veracidade não é o suficiente, por isso há determinadas situações de direito material que, mesmo não permitindo a formação de convicção de verossimilhança, exigem a inversão do ônus da prova na audiência preliminar ou na

sentença, como no caso, onde a suposta doação se enquadra no direito material, por se tratar de uma relação entre partes.

Também podem existir alguns casos em que a prova é impossível ou muito difícil de produzir para ambas as partes, de modo que não consiga inverter o ônus probatório na audiência preliminar e o juiz não chega sequer a uma convicção de verossimilhança ao final do procedimento. Dessa maneira, são denominadas "**probatio diabólica**" ou "**devil's proof**", conhecidas como "provas diabólicas", e na prática, são sinônimos de provas negativas. Portanto é necessário saber que nem toda prova diabólica se refere a um fato negativo.

A referida prova mencionada acima é a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato que é extremamente difícil de se provar, por não possuir nenhum meio capaz de ser utilizado como prova. O doutrinador Haroldo Lourenço (2015, p.107), sugere o mesmo pensamento:

"Prova diabólica, doutrinariamente, é para aqueles casos em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil, nenhum meio sendo capaz de permitir tal demonstração."

Ainda no entendimento do doutrinador acima citado, em sua obra o mesmo relaciona o pensamento da doutrina de Moacyr Amaral Santos (2021, p. 107), apresentando o que segue:

"É apresentado que a máxima de que o fato negativo não pode ser provado, não é sustentada uma vez que poderá ser provado ao contrário de determinada afirmação. O mesmo conclui que realmente só não se faz prova negativa, quando a negativa for "negativa indefinida" ou "afirmativa indefinida", pois nem todo fato negativo é impossível de ser provado, assim estando-se diante de uma prova diabólica, o fato negativo definido pode ser provado".

Ainda no tocante do artigo 373, § 1º do Código de Processo Civil o legislador estabelece a respeito das peculiaridades do réu:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

§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.

A partir dessa premissa, tais peculiaridades sobrevêm por exemplo, da condição em que a requerente podia se encontrar diante de uma situação ou fato que está sendo discutido no processo. No caso, encontrava-se em estado de vulnerabilidade, como pode-se perceber, Javier deixava Helena trabalhar sozinha e assumia todas as responsabilidades de casa, incluindo as questões financeiras e os cuidados da filha do casal, obrigando ainda a deixar a filha com os avós maternos. Javier, ao decorrer do tempo começou a apresentar comportamentos agressivos, no qual se tornaram agressões físicas em sua mulher.

Tendo em vista tais fatos, esses capazes de deixá-la numa condição de fragilidade, assim não estando em situação de igualdade para com seu cônjuge, obstruindo e tirando a clareza de determinadas atitudes e decisões que foram tomadas pela requerente.

Cumprir registrar ainda, que o Código de Defesa do Consumidor demonstrou preocupação com o tema, como se observa no art. 6º, inciso VIII:

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

VIII- a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil

a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

É importante esclarecer que a hipossuficiência, a que faz menção no Código acima, nem sempre é econômica, e o referido artigo nos mostra os requisitos para aplicação da inversão do ônus da prova, quando se trata do Código de Defesa do Consumidor: "Quando a alegação do consumidor for verossímil e quando o consumidor for hipossuficiente."

Neste sentido, o Tribunal Regional do Trabalho, estabelece o mesmo entendimento acerca do tema de hipossuficiência:

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REQUISITOS NÃO CONFIGURADOS.

Nos termos do art. 818, §1º, da CLT, ou ainda dos arts. 6º do CDC e 373 do CPC, os requisitos para a inversão do ônus da prova são: verossimilhança da alegação, **hipossuficiência**, previsão em lei, impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou a maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário. A parte autora não se encontra **vulnerável** ou **hipossuficiente** na presente relação processual, detendo todos os meios de comprovar satisfatoriamente suas alegações, especialmente mediante prova pericial, sendo indevida a inversão do ônus da prova postulada. Sentença mantida, no particular. (Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (7ª Turma). Acórdão: 0001183-15.2018.5.09.0029. Relator(a): ROSEMARIE DIEDRICHS PIMPAO. Data de julgamento: 27/10/2022)

Assim, deve-se esclarecer que esses requisitos não são cumulativos, ou seja, não é necessária a presença de ambos no fato, basta que o juiz verifique a presença de apenas um dos requisitos, que será declarado a inversão do ônus da prova.

Com análise da Teoria do Diálogo das Fontes, na qual foi criada e desenvolvida pelo jurista alemão Erik Jayme, tendo como intenção, interpretar e coordenar de maneira inovadora a aplicação da lei e das diferentes fontes do direito, com intuito também, de firmar soluções para os conflitos de norma jurídica, buscando a coordenação e "diálogo" entre as fontes mais diferentes do ordenamento.

Podemos utilizar para uma análise mais precisa sobre a hipossuficiência de Helena, o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça Grupo de Trabalho, instituído pela Portaria CNJ n. 27, em 02 de fevereiro de 2021, sendo criado com o objetivo de dirigir a magistratura no julgamento de casos concretos, de modo que magistrados julguem sob a perspectiva de gênero, avançando na efetivação da igualdade e nas políticas de equidade, para conduzir tal julgamento a um caminho que combatam as discriminações que podem e ocorrem ainda nos dias atuais.

O Superior Tribunal de Justiça, julgou um agravo seguindo o mesmo parecer a respeito deste protocolo, vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. LESÃO CORPORAL. LEI N. 11.340/2006. DESNECESSIDADE DE AFERIÇÃO ACERCA DA MOTIVAÇÃO DA OFENSA. VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER PRATICADA EM ÂMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A Lei Maria da Penha tutela a violência de **gênero**, assim entendido como uma construção social em que os papéis de **gênero** são tomados como um sistema de relações sociais estabelecidas entre homens e mulheres, estruturadas com base no modelo patriarcal e determinadas não pelo sexo biológico, mas pelo contexto social, político, econômico, nos mais variados campos de expressão de poder. 2. Dentro dessa **perspectiva**, consoante bem pontuado no "Protocolo para **julgamento com perspectiva de gênero**"- grupo de trabalho instituído pela Portaria CNJ n. 27, de 2 de fevereiro de 2021, "o conceito de **gênero** diz respeito a um conjunto de ideias socialmente construídas, atribuídas a determinado grupo. Essas ideias são cristalizadas no que se convencionou chamar 'estereótipos de **gênero**'. 3. A lei não reclama considerações sobre a motivação da conduta do agressor, mas tão somente que a vítima seja mulher e que a violência seja cometida em ambiente doméstico, familiar ou em relação de intimidade ou afeto entre agressor e agredida. 4. É dizer, para a incidência da Lei Maria da Penha, basta a comprovação de que a violência contra a mulher tenha sido exercida no âmbito da unidade doméstica, da família ou de qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha

convivido com a ofendida. 5. No caso dos autos, a acusada haveria praticado lesão corporal contra sua mãe, no ambiente doméstico. A decisão está em conformidade com a jurisprudência consolidada desta Corte Superior, que entende que "o objeto de tutela da Lei 11.340/2006 é a mulher em situação de vulnerabilidade não só em relação ao cônjuge ou companheiro, mas também qualquer outro familiar ou pessoa que conviva com a vítima, independentemente do **gênero** do agressor" (HC n. 277.561/AL, Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª T., DJe 13/11/2014). 6. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp n. 2.058.209/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 12/12/2023, DJe de 15/12/2023.)

Ante o exposto, com base nos argumentos mencionados acima, há possibilidade de inversão do ônus da prova, tendo em vista que para se convencer sobre algo diante de situações que têm particularidades específicas suficientes para demonstrar a exigência de prova plena, o juiz ao exigir uma convicção de verossimilhança para que seu julgamento final seja realizado com base na verdade, é justificado a inversão do ônus da prova. O julgamento deverá ter como base as regras do artigo 373, do Código de Processo Civil, com auxílio da teoria do diálogo das fontes para analisar a hipossuficiência da mesma, com base no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, além disso, cumprindo o protocolo para julgamento com a perspectiva de gênero.

I.4. O rompimento do lacre implica a perda da prova, conforme disse o Delegado?

O termo prova se origina-se do latim - probatio, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar – probare –, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar, segundo palavras do doutrinador Guilherme Nucci (2024, p. 357)

A prova é o ato que busca a veracidade dos fatos que decorreram para a prática de um delito, em sentido estrito, é a informação ou o conjunto de informações

determinadas trazidas aos autos em que materializa a persecução penal, por iniciativa do Delegado de Polícia, das partes no processo, pelo juiz ou por terceiros.

Tal procedimento é produzido na fase de investigação que tem por objetivo apurar os fatos e formar a convicção do titular da ação penal (*dominus litis*). O destinatário da prova judicial será sempre o juiz, a quem a Constituição Federal incumbe a competência de dizer o direito aplicável nas soluções, sendo então, a finalidade da prova demonstrar se algo ocorreu ou não. Esse conceito expressa o pensamento do doutrinador Renato Marcão (2023, p.194).

Além do mais, é importante destacar o objeto da prova que constitui-se nos fatos em que as partes pretendem demonstrar a veracidade dos fatos ou não, sendo que deverão estar presentes no processo para que posteriormente o juiz possa conhecê-lo e sobre ele julgar.

Por esse prisma, o doutrinador Renato Marcão (2023, p.194) estabelece também o seguinte:

"Só devem constituir objeto de prova as alegações e os fatos pertinentes e relevantes, assim compreendidos aqueles que têm relação com a causa e realmente podem influenciar na análise da imputação formulada, contribuindo para o julgamento da ação penal, cumprindo que a atividade probatória se desenvolva conforme o ordenamento jurídico vigente."

O trecho da doutrina mencionada acima, regulamenta a ideia de que apenas os fatos e suas alegações devem estar diretamente corroborados ao caso, para que efetivamente possam influenciar no julgamento e constituir a prova. Dessa maneira produzindo provas relevantes para que posteriormente possam contribuir para o julgamento de uma ação penal.

O Código de Processo Penal, em seu artigo 155, regulamenta a fundamentação do juiz ao analisar a prova:

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.

Vale ainda ressaltar que meio de prova é distinto de objeto de prova. Os meios de prova se trata de todo fato, documento ou alegação, que sirva de forma direta ou indireta à descoberta da verdade. Já o objeto de prova é o fato ou acontecimento que deve ser comprovado para que o juiz possa emitir um juízo de valor. O Código de Processo Penal traz em seu texto os seguintes meios de prova: Prova pericial, exame de corpo de delito, prova documental, prova testemunhal e prova emprestada.

A prova pericial consiste no meio de prova destinado a solucionar uma divergência técnica no processo para as infrações que deixam vestígios, realizada por um perito oficial nomeado pelo juiz que detenha habilitação técnica e capacitação sobre determinada área de conhecimento. Seu objetivo é prestar esclarecimentos técnicos ou científicos ao julgador sobre fato que requer explicação compreensível para auxiliá-lo no julgamento, e no seu convencimento.

Neste sentido, segue jurisprudência a respeito dessa temática:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. LESÃO CORPORAL. ART. 129, "CAPUT", DO CP. MATERIALIDADE DELITIVA. **AUSÊNCIA** DE EXAME DE CORPO DE DELITO VÁLIDO. 1. Considera a lei indispensável a **prova** técnica nas infrações que deixam vestígios, admitindo, apenas em caráter excepcional, que a **ausência** do exame **pericial** seja suprido pela prova testemunhal, nas hipóteses em que não for possível a realização de **perícia** ou os traços indicativos do fato a ser constatado pelo exame tiverem desaparecido (arts.158 e 167 - CPP). 2. Ausente **prova pericial** válida, bem como não apresentada motivação acerca de situação excepcional que dispensasse a confecção do laudo pericial, cabível a absolvição do delito de lesão corporal, em razão da falta de demonstração da materialidade delitiva. 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 1.994.384/SC, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 9/8/2022, DJe de 15/8/2022.)

Por esse prisma, devemos pontuar a respeito da reforma da Lei nº 13.964/2019, criada junto com a Lei do Pacote Anticrime, que consiste na captação,

conservação e descarte de vestígios materiais do crime. Essa mesma lei, criou a denominada cadeia de custódia que é conceituada pela lei processual penal no seu artigo 158-A, sendo:

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.

O artigo introduzido acima, tem como objetivo resguardar a idoneidade do caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise judicial, de modo que interferências ilícitas durante o trâmite processual podem resultar na sua imprestabilidade. Todavia, para que se verifique a nulidade, é imprescindível que seja demonstrado o risco concreto de que os vestígios coletados tenham sido adulterados.

Segundo o doutrinador Guilherme de Souza Nucci (2024, p. 243), a cadeia de custódia tem início desde a preservação do local do crime, e por isso, o agente público que identificar um elemento fundamental para a perícia deve preservá-lo. Esse mesmo procedimento acontece com a instauração do inquérito, que após sua realização possui uma série de diligências como expresso no artigo 6º, do Código de Processo Penal, para que se tenha o devido esclarecimento do fato delituoso, dirigindo-se ao local, providenciando que não se altere o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais.

Já no artigo 158-B, também do Código de Processo Penal, está descrito a referida cadeia de custódia da seguinte forma:

Art. 158-B. A cadeia de custódia compreende o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

I - reconhecimento: ato de distinguir um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência);

II - isolamento: ato de evitar que se altere o estado das coisas, devendo isolar e preservar o ambiente imediato, mediato e

relacionado aos vestígios e local de crime; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência);

III - fixação: descrição detalhada do vestígio conforme se encontra no local de crime ou no corpo de delito, e a sua posição na área de exames, podendo ser ilustrada por fotografias, filmagens ou croqui, sendo indispensável a sua descrição no laudo pericial produzido pelo perito responsável pelo atendimento; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência);

IV - coleta: ato de recolher o vestígio que será submetido à análise pericial, respeitando suas características e natureza; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência);

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; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência);

VI - transporte: ato de transferir o vestígio de um local para o outro, utilizando as condições adequadas (embalagens, veículos, temperatura, entre outras), de modo a garantir a manutenção de suas características originais, bem como o controle de sua posse; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência);

VII - recebimento: ato formal de transferência da posse do vestígio, que deve ser documentado com, no mínimo, informações referentes ao número de procedimento e unidade de polícia judiciária relacionada, local de origem, nome de quem transportou o vestígio, código de rastreamento, natureza do exame, tipo do vestígio, protocolo, assinatura e identificação de quem o recebeu; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência);

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; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência);

IX - armazenamento: procedimento referente à guarda, em condições adequadas, do material a ser processado, guardado para realização de contraperícia, descartado ou transportado, com vinculação ao número do laudo correspondente; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência);

X - descarte: procedimento referente à liberação do vestígio, respeitando a legislação vigente e, quando pertinente, mediante autorização judicial. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

Diante disso, como argumentado acima, tal rompimento irá ser considerado de imediato a ilicitude da prova, pois significa que com a quebra da cadeia de custódia, houve a violação do Princípio do Devido Processo Legal, como previsto na Constituição Federal de 1988. O doutrinador Aury Lopes Jr. (2021, p. 482), afirma quanto à violação da cadeia de custódia e como isso acarretará para a decisão final do juiz ao determinar como será considerada a prova, vejamos:

"Preferimos pensar a quebra da **cadeia de custódia** como temática diretamente vinculada às regras do devido processo penal, na medida em que significa o descumprimento de uma forma-garantia. Portanto, como regra, deve conduzir ao campo da ilicitude probatória, devendo esbarrar no filtro da admissibilidade/inadmissibilidade. Utilizando o mesmo raciocínio desenvolvido ao tratar das invalidades processuais, onde explicamos que a violação da forma traz a lesão atrelada a um direito fundamental, é preciso compreender que a disciplina da **cadeia de custódia** é um meio para o cumprimento de regras probatórias diretamente vinculadas à concepção de devido processo penal. Dessarte, quebrar a **cadeia de custódia** é violar as regras que a definem e, portanto, é violar o devido processo. A quebra da **cadeia de custódia** faz com que ela seja considerada uma prova ilícita, na medida em que, na dicção do art. 157 do CPP, viola normas legais (CPP). Sendo prova ilícita, não deve ser admitida (esbarra no filtro de admissibilidade, que é o segundo momento da prova), mas se já estiver incorporada ao processo (quando a quebra é detectada posteriormente ao ingresso, por exemplo, ou se produz no curso do

próprio processo), deve ser declarada ilícita, desentranhada é proibida a valoração probatória.”

Há ainda o entendimento jurisprudencial do Tribunal Regional do Rio de Janeiro, a respeito da violação da cadeia de custódia expresso a seguir:

HABEAS CORPUS. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO. REJEIÇÃO. **ALEGAÇÃO DE QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA** EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE EMBALAGEM OFICIAL E DO **LACRE, TORNANDO ILÍCITA A PROVA** OBTIDA ATRAVÉS DA ANÁLISE DO APARELHO CELULAR APREENDIDO. INCABIMENTO DE EXAME NA VIA ELEITA, POR DEMANDAR PROFUNDO REVOLVIMENTO DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIO. EVENTUAL DEFEITO OU IRREGULARIDADE NA **CADEIA DE CUSTÓDIA** É UMA QUESTÃO DE AUTENTICIDADE, QUE TRARÁ CONSEQUÊNCIAS NO PESO DA PROVA, A SER VALORADA PELO MAGISTRADO QUANDO DA PROLAÇÃO DE SUA DECISÃO. ORDEM CONHECIDA E DENEGADA. Preliminar de não conhecimento aduzida pela Procuradora de Justiça. Rejeição. O Habeas Corpus tem previsão no inciso LXVIII do artigo 5º da Constituição Federal, sendo o instrumento contemporaneamente capaz de alcançar qualquer ato constritivo que ameace direta ou indiretamente, de forma atual ou iminente, a liberdade do cidadão, sendo sua utilização possível para corrigir ilegalidade gritante. Em qualquer hipótese de ilegalidade, é possível o exame pela via estreita do Habeas Corpus, em vista da celeridade que pode ser conseguida pela via do recurso heroico, seja oriundo da defesa ou concedido de ofício, eis que eventual ilegalidade da medida reclamada pode repercutir no direito de liberdade do paciente. No Habeas Corpus 0005310-50.2021.8.19.0000, julgado anteriormente por esta Câmara, se questionava a higidez da custódia e a ilegalidade da prova objetiva por quebra de sigilo de dados telefônicos. Nele restou consignado que na busca e apreensão, possivelmente, outros telefones foram apreendidos, periciados e espelhados, mas com autorização judicial previamente concedida no despacho que a determinou, não merecendo o espelhamento citado a pecha de prova ilícita. A **cadeia de custódia** se define como um conjunto de procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio, com o intuito de rastrear sua posse e seu manuseio a partir do reconhecimento (fase inicial) até o descarte (fase final),

garantindo-se a sua autenticidade, ou seja, que a prova apresentada em juízo é exatamente a mesma que a coletada inicialmente. Quanto às irregularidades na **cadeia de custódia** e seus efeitos jurídicos, o entendimento mais equilibrado é que eventual violação das regras de custódia da prova depende da demonstração do prejuízo à defesa, e não só do descumprimento das formalidades. Cabe ao magistrado a avaliação das circunstâncias concretas inerentes à prova, inclusive em que este ou aquele tipo de lacre, no acondicionamento do aparelho, terá repercussão no conteúdo integral ou parcial das mensagens telefônicas obtidas pela quebra de sigilo telefônico, ouvindo-se também, se for o caso, o perito que procedeu à gravação ou descriptografação, sempre dependendo a autenticidade maior ou menor de quanto mais ou menos se observa o procedimento específico para a pretensão e **custódia** da prova. Eventual defeito ou irregularidade na **cadeia de custódia** é uma questão de autenticidade, que trará consequências no peso da prova, a ser valorada pelo magistrado quando da prolação de sua decisão. Precedentes. Na via eleita, de rito célere e cognição sumária, é impossível a análise da questão suscitada sobre a eventual **quebra da cadeia de custódia como nulidade ou prova ilícita**, eis que demanda o revolvimento aprofundado de material fático-probatório. Precedente. Preliminar de não conhecimento rejeitada. Writ conhecido e ordem denegada. Unânime. (TJRJ- 0061155-67.2021.8.19.0000 - HABEAS CORPUS. Des(a). ANTONIO CARLOS NASCIMENTO AMADO - Julgamento: 26/10/2021 - TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL)

Portanto, a quebra da cadeia de custódia ocorreu na fase do acondicionamento da prova, tendo em vista que no caso exposto, houve o rompimento do lacre da prova (pendrive) produzida por Helena. Para que a prova seja acondicionada de forma correta deve-se preencher todos os requisitos presentes no artigo 158-D do Código de Processo Penal, sendo eles:

Art. 158-D. O recipiente para acondicionamento do vestígio será determinado pela natureza do material.

§ 1º Todos os recipientes deverão ser selados com lacres, com numeração individualizada, de forma a garantir a

inviolabilidade e a idoneidade do vestígio durante o transporte.

§ 2º O recipiente deverá individualizar o vestígio, preservar suas características, impedir contaminação e vazamento, ter grau de resistência adequado e espaço para registro de informações sobre seu conteúdo.

§ 3º O recipiente só poderá ser aberto pelo perito que vai proceder à análise e, motivadamente, por pessoa autorizada.

§ 4º Após cada rompimento de lacre, deve se 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 novo lacre utilizado.

§ 5º O lacre rompido deverá ser acondicionado no interior do novo recipiente.

Dessa maneira, conclui-se que a violação do lacre não quer dizer que a prova se torna automaticamente nula, porém pode ser reduzida a sua credibilidade e valor. Todavia, o rompimento do lacre não caracteriza a perda da prova, quando a colheita desta é feita da maneira correta. No entanto, no caso relatado pela requerente, houve a quebra da cadeia de custódia, pois o acondicionamento da prova pericial produzida por ela foi feita de maneira irregular, visto que houve o rompimento do lacre, sem seguir as previsões legais do artigo 158-D.

Este é o relatório, salvo melhor juízo.

Ribeirão Preto - SP, 18 de novembro de 2024.

Comentado [6]: O texto está bem escrito, com posicionamento doutrinário e jurisprudencial. Contudo, a resposta não está devidamente correta.

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.

Ana Flávia da Costa

OAB 000.000

Camila Máximo Scucuglia

OAB 000.000

Vitor Borri Della Torre

OAB 000.000

I.5. REFERÊNCIAS:

BASSO, Maurício. **A função social como elemento da teoria geral dos contratos**. 2008. 60 f. Monografia (Bacharelado em Direito)– Universidade do Vale do Itajaí, Tijucas, 2008.

BLOG JURÍDICO, Direito em tese. **Como funciona a dosimetria da pena? – art. 68 do CP**. Disponível em: [Como funciona a dosimetria da pena? - art. 68 do CP](#). Acesso em: 01 de nov. 2024.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm Acesso em: 29 de set. 2024.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm Acesso em: 02 de nov. 2024

BRASIL. **Código Penal.** Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em:
09 de nov. 2024.

BRASIL. **Código de Processo Civil.** Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em:
29 de out. 2024.

BRASIL. **Código de Processo Penal.** Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: 01 de out.
2024.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.** Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 08 de nov.
2024.

BRASIL. **Lei nº 9.656 de 03 de julho de 1998.** Disponível em: [L9656](#). Acesso em: 08
de nov. 2024.

COSTA, Judith M. **A Boa Fé no Direito Privado** - 3ª Edição 2021. 3rd ed. Rio de
Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book. p.651. ISBN 9786555599718. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555599718/> Acesso em:
16 nov. 2024.

DINIZ, Maria H. **Curso de direito civil brasileiro: Teoria das obrigações
contratuais e extracontratuais. v.3.** 40th ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-
book. p.31. ISBN 9788553622566. Disponível em: [Minha Biblioteca: Curso de direito
civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. v.3.](#) Acesso em:
27 set. 2024.

DIREITO, Net. **Aplicação da pena (2024).** Disponível em: [Aplicação da pena \(2024\)
- Resumo de Direito Penal](#). Acesso em: 01 de nov. 2024.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal, parte geral.** 18. ed. São Paulo:
Saraiva, 2012, v. 7, p. 260.

GOMES, Orlando. **Contratos - 28ª Edição 2022**. Rio de Janeiro: Forense, 2022. *E-book*. p.36. ISBN 9786559645640. Disponível em: [Minha Biblioteca: Contratos](#). Acesso em: 27 set. 2024.

NUCCI, Guilherme de S. **Código de Processo Penal Comentado - 23ª Edição 2024**. 23rd ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. *E-book*. p.l. ISBN 9788530994303. Disponível em: [Minha Biblioteca: Código de Processo Penal Comentado](#). Acesso em: 01 de nov. 2024.

JR, Aury L. **Direito processual penal**. 21st ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. *E-book*. p.482. ISBN 9788553620609. Disponível em: [Minha Biblioteca: Direito processual penal](#). Acesso em: 03 nov. 2024.

JÚNIOR, Alberto Gosson J. **Direito dos contratos**. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2012. *E-book*. p.12. ISBN 9788502175877. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788502175877/>. Acesso em: 14 out. 2024.

JUS, Brasil. **Aplicação da pena**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/aplicacao-da-pena/855172812>. Acesso em: 01 de nov. 2024.

JUS, Brasil. **Conceito e origem da pena**. Disponível em: [Conceito e origem da pena - Jus.com.br | Jus Navigandi](#). Acesso em: 01 de nov. 2024.

JUS, Brasil. **Inversão do Ônus da prova**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=invers%C3%A3o+do+%C3%B4nus+da+prova>. Acesso em: 01 de nov. 2024.

JUS, Brasil. **Você sabe o que é cadeia de Custódia?**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/voce-sabe-o-que-e-cadeia-de-custodia/1640524244>. Acesso em: 08 nov. 2024.

JUS, Brasil. **O princípio (ou teoria) do adimplemento substancial e sua aplicação subjetiva**. Disponível em: [O princípio \(ou teoria\) do adimplemento substancial e sua aplicação subjetiva | Jusbrasil](#). Acesso em: 17 out. 2024.

JUS, Brasil. **Princípio da Boa-fé nas Relações Contratuais**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/principio-da-boa-fe-nas-relacoes-contratuais/506344065>. Acesso em: 8 out. 2024.

JUS, Tribunal Regional do Trabalho da 4ª região Escola Judicial. **A função social do contrato**. Disponível em: <https://www.trt4.jus.br/portais/escola/modulos/noticias/415482>. Acesso em: 05 out. 2024.

LOURENÇO, Haroldo. **Teoria Dinâmica do Ônus da Prova no Novo CPC (Lei nº 13.105/15)**. Rio de Janeiro: Método, 2015. *E-book*. p.1. ISBN 978-85-309-6543-3. Disponível em: [Minha Biblioteca: Teoria Dinâmica do Ônus da Prova no Novo CPC \(Lei nº 13.105/15\)](#). Acesso em: 05 set. 2024.

NUCCI, Guilherme de S. **Código de Processo Penal Comentado**. 23rd ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. *E-book*. p.l. ISBN 9788530994303. Disponível em: [Minha Biblioteca: Código de Processo Penal Comentado](#). Acesso em: 02 nov. 2024.

PORTAL, Aurum. 21 de julho de 2021. **O que é adimplemento substancial**. Disponível em: [Adimplemento substancial: Entenda como é aplicado pelo STJ \(aurum.com.br\)](#). Acesso em: 17 out. 2024.

ROSSETTO, Enio L. **TEORIA E APLICAÇÃO DA PENA - 1ª Edição 2014**. Rio de Janeiro: Atlas, 2014. *E-book*. p.175. ISBN 9788522492657. Disponível em: [Minha Biblioteca: Teoria e Aplicação da Pena](#). Acesso em: 12 de nov. 2024.

STJ. 24 de maio de 2022. **A teoria do adimplemento substancial: a preponderância da função social do contrato e do princípio da boa-fé objetiva**. Disponível em: [A teoria do adimplemento substancial na visão do STJ](#). Acesso em: 17 out. 2024.

TJDFT. **Ônus da prova**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/onus-da-prova> Acesso em: 03 de nov. 2024.

