

Informativo comentado: Informativo 796-STJ

Márcio André Lopes Cavalcante

ÍNDICE

DIREITO ADMINISTRATIVO

CONCURSOS PÚBLICOS

- *A aplicação do percentual de reserva de vagas para candidatos com deficiência que resulta em número fracionário enseja o seu arredondamento para o inteiro imediatamente superior.*

DIREITO CIVIL

RESPONSABILIDADE CIVIL

- *A Igreja Católica possui responsabilidade objetiva por abuso sexual praticado por padre, bastando que seja provada a responsabilidade subjetiva do religioso.*

USUFRUTO

- *Em se tratando de usufruto estabelecido por ato inter vivos, o usufrutuário sobrevivente não tem o dever de prestar contas dos frutos referentes ao quinhão de usufrutuário falecido.*

DIREITO DO CONSUMIDOR

PLANO DE SAÚDE

- *O simples fato de o consumidor registrar negativação nos cadastros de consumidores não pode bastar, por si só, para vedar a contratação do plano de saúde pretendido.*

DIREITO PENAL

LEI DE DROGAS

- *A assinatura do laudo toxicológico definitivo por perito criminal é imprescindível para a comprovação da materialidade do delito de tráfico de drogas?*

DIREITO PROCESSUAL PENAL

PROVAS

- *A assinatura do laudo toxicológico definitivo por perito criminal é imprescindível para a comprovação da materialidade do delito de tráfico de drogas?*
- *A inspeção de segurança nas bagagens dos passageiros de ônibus, em fiscalização de rotina realizada pela Polícia Rodoviária Federal, tem natureza administrativa e não precisa de fundada suspeita.*

EXECUÇÃO PENAL

- *O período em que o sentenciado deixou de comparecer em juízo por causa da pandemia da covid-19 não pode ser considerado como tempo de pena efetivamente cumprido.*

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

- *Não há prescrição de fundo de direito nas ações em que se busca a concessão do BPC-LOAS*

DIREITO ADMINISTRATIVO

CONCURSOS PÚBLICOS

A aplicação do percentual de reserva de vagas para candidatos com deficiência que resulta em número fracionário enseja o seu arredondamento para o inteiro imediatamente superior

ODS 16

Caso adaptado: João prestou concurso público para o cargo de técnico administrativo, que previa apenas cadastro de reserva. O edital destinava 5% das vagas aos candidatos com deficiência.

João foi aprovado e classificado em 81ª colocação na listagem de ampla concorrência, mas em 1º lugar na listagem de candidatos com deficiência.

Foram nomeados 12 aprovados da lista geral e nenhum da lista de candidatos com deficiência.

A Administração Pública está sendo omissa em não nomear João para o cargo.

Foram convocados 12 candidatos para serem nomeados. Isso significa, portanto, que havia 12 vagas. 5% das vagas deveriam ser reservadas à pessoa com deficiência, o que equivaleria a seis décimos (5% de 12 = 0,6). Esses 0,6 (seis décimos) devem ser arredondados para o número inteiro imediatamente superior, devendo, portanto, ser nomeado o candidato classificado em primeiro lugar na lista de pessoas com deficiência (PCD).

Como o impetrante era o 1º colocado da lista de pessoas com deficiência, está claro que uma vaga deveria ser reservada a João.

STJ. 2ª Turma. AREsp 2.397.514-SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 21/11/2023 (Info 796).

Imagine a seguinte situação hipotética:

João prestou concurso público para o cargo de técnico administrativo – área informática.

O edital destinava 5% das vagas aos candidatos com deficiência.

O edital não previa um número exato de vagas para o cargo da área de informática, sendo apenas para a formação de cadastro de reserva.

João foi aprovado e classificado em 81ª colocação na listagem de ampla concorrência, mas em 1º lugar na listagem de candidatos com deficiência.

No decurso de dois anos foram nomeados 12 aprovados da lista geral e nenhum da lista de candidatos com deficiência.

João solicitou informações à Administração Pública e obteve como resposta que ele somente seria nomeado quando fosse atingido o número de candidatos aprovados da lista geral, cujo percentual equivalesse a uma vaga inteira.

Em outras palavras, o Poder Público respondeu que, depois de nomear 20 candidatos da lista de ampla concorrência, a Administração aí sim estaria obrigado a nomear um candidato com deficiência. Isso porque 5% de 20 = 1 vaga.

O argumento da Administração Pública encontra amparo na jurisprudência do STJ?

NÃO.

A questão é singela: o candidato participou de concurso público para a formação de cadastro de reserva e optou pela concorrência especial de pessoas com deficiência, nela sagrando-se exitoso ao obter a primeira colocação.

A Administração Pública está sendo omissa em não nomeá-lo para o cargo.

Foram convocados 12 candidatos para serem nomeados. Isso significa, portanto, que havia 12 vagas.

5% das vagas deveriam ser reservadas à pessoa com deficiência, o que equivaleria a seis décimos (5% de 12 = 0,6).

Esses 0,6 (seis décimos) devem ser arredondados para o número inteiro imediatamente superior, devendo, portanto, ser nomeado o candidato classificado em primeiro lugar na lista de pessoas com deficiência (PCD).

Com efeito, como o impetrante era o 1º colocado da lista de pessoas com deficiência, está claro que uma vaga deveria ser reservada a João.

Não se trata de faculdade, mas de imposição legal, para garantir vagar às pessoas com deficiência.

Existe uma obrigatoriedade legal de que em concursos públicos se reserve um determinado percentual das vagas para candidatos com deficiência.

O fato de, no caso concreto, tratar-se de concurso para a formação de cadastro de reserva não descaracteriza essa conclusão considerando que, ao longo do prazo de vigência do certame, houve o provimento de 12 vagas.

Em suma:

A aplicação do percentual de reserva de vagas para candidatos com deficiência que resulta em número fracionário enseja o seu arredondamento para o inteiro imediatamente superior.

STJ. 2ª Turma. AREsp 2.397.514-SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 21/11/2023 (Info 796).

DIREITO CIVIL

RESPONSABILIDADE CIVIL

A Igreja Católica possui responsabilidade objetiva por abuso sexual praticado por padre, bastando que seja provada a responsabilidade subjetiva do religioso

Importante!!!

ODS 16

O vínculo permanente e vitalício entre a Igreja Católica e seu sacerdote é apto a ensejar a responsabilidade objetiva da instituição religiosa por desvio moral de conduta de seu representante, desde que comprovada a responsabilidade subjetiva do padre por fato criminoso vinculado ao prestígio social angariado em razão do desempenho da função.

STJ. 2ª Seção. AgInt nos EREsp 1.393.699-PR, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 27/9/2023 (Info 796).

Imagine a seguinte situação adaptada:

Rodrigo, de apenas 7 anos de idade, filho de uma família muito religiosa, frequentava com seus pais uma igreja católica, na qual João era padre.

Os pais de Rodrigo tinham uma relação muito próxima e de confiança com o padre João. Em razão disso, Rodrigo passou a servir na igreja como coroinha e muitas vezes pernoitava na casa paroquial a convite do padre.

Aproveitando-se dessa relação de confiança, João passou a abusar sexualmente de Rodrigo.

Quando os pais descobriram, ficaram revoltados e denunciaram o fato à autoridade policial.

O Ministério Público ofereceu denúncia contra João imputando o crime de estupro de vulnerável.

A denúncia foi recebida e, até o momento, não houve a prolação de sentença.

Ação de indenização

Por considerar que a Igreja foi omissa com a situação, Rodrigo ingressou com ação de indenização por danos morais contra a diocese e o padre João.

A diocese apresentou contestação alegando, dentre outros argumentos, que os fatos somente podem ser imputados ao padre, e não à Igreja, com a qual João não tem relação empregatícia.

Aduziu que não houve culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, por ausência da relação empregatícia ou predisposição entre o padre e a Diocese, da qual seria imprescindível comprovar a culpa e o nexo causal para ter o dever de indenizar, considerando que apenas teve conhecimento dos fatos quando instaurado o inquérito policial, e imediatamente tomou as medidas necessárias, como o afastamento do padre da igreja antes do recebimento da denúncia.

O que decidiu o STJ? A igreja possui responsabilidade civil neste caso?

SIM.

Verifica-se, pela experiência de senso comum que, no específico caso de sacerdote, este tem vínculo vitalício e permanente com a Igreja Católica. Não se desliga do considerável prestígio social e da autoridade próprias da instituição religiosa, ostentando permanentemente a liturgia, a autoridade moral e inspirando a confiança decorrentes e inerentes ao ofício sacerdotal. Não importa onde ou quando esteja o padre, ele é sempre o pastor, o sacerdote em quem se pode confiar e a quem se pode recorrer.

Nesse sentido, somente em situação excepcional, difícil de conceber, de absoluto anonimato, fato não ocorrente nos autos, poderia estar o padre momentaneamente desvinculado da Igreja. Não se pode, assim, ter a situação de desvio de comportamento moral de um padre, com atuação criminoso, comparada à conduta delitiva de profissionais comuns, como um simples motorista de transportadora ou de um médico empregado de hospital. Nessas situações, o vínculo de preposição realmente é singelo, tênue; não é permanente, mas momentâneo e circunstancial.

Já o padre, onde quer que vá e em qualquer horário, representa a Igreja Católica, fazendo permanente uso da autoridade eclesial, inspirando confiança e influenciando pessoas, especialmente os fiéis.

O vínculo de preposição entre Igreja e sacerdote é, portanto, pressuposto e permanente, sendo, por isso, a instituição religiosa responsabilizada objetivamente pelo desvio de conduta, desde que comprovada a responsabilidade subjetiva do padre por fato criminoso vinculado ao prestígio social angariado em razão do desempenho da função. Trata-se de uma espécie de risco relacionado com a atividade eclesiástica.

Em suma:

O vínculo permanente e vitalício entre a Igreja Católica e seu sacerdote é apto a ensejar a responsabilidade objetiva da instituição religiosa por desvio moral de conduta de seu representante, desde que comprovada a responsabilidade subjetiva do padre por fato criminoso vinculado ao prestígio social angariado em razão do desempenho da função.

STJ. 2ª Seção. AgInt nos EREsp 1.393.699-PR, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 27/9/2023 (Info 796).

USUFRUTO

Em se tratando de usufruto estabelecido por ato *inter vivos*, o usufrutuário sobrevivente não tem o dever de prestar contas dos frutos referentes ao quinhão de usufrutuário falecido

ODS 16

Caso hipotético: João e Regina eram casados e tinham dois filhos: Carlos e Ricardo. O casal doou uma fazenda que possuíam para Carlos. No entanto, ao fazer a doação, o casal estabeleceu que eles teriam direito real de usufruto sobre o imóvel enquanto vivessem (usufruto vitalício). Alguns anos depois, Regina morreu. Foi instaurado processo de inventário. Ricardo ajuizou ação de prestação de contas em face de João. Alegou ter sido preterido na legítima e nos frutos advindos do usufruto vitalício. Requereu a citação do réu para que prestasse contas dos frutos arrecadados com a exploração da fazenda.

João não tem o dever de prestar contas.

Em se tratando de usufruto estabelecido por ato *inter vivos*, o usufrutuário sobrevivente não tem o dever de prestar contas dos frutos referentes ao quinhão de usufrutuário falecido no

processo de inventário, haja vista que o referido quinhão não foi acrescido ao seu e nem transmitido aos herdeiros, apenas retornando ao nu-proprietário.

STJ. 4ª Turma. REsp 1.942.097-MT, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 7/11/2023 (Info 796).

Usufruto

Usufruto é...

- o direito real e temporário
- de usar e fruir (retirar frutos e utilidades)
- coisa alheia (bem móvel ou imóvel),
- de forma gratuita,
- sem alterar-lhe a substância ou destinação econômica.

Exemplo: a mãe tinha uma casa e resolve doar para seu filho. Ao fazer a doação, contudo, a mãe estabelece seu direito real de usufruto sobre o imóvel enquanto viver (usufruto vitalício). Assim, a mãe terá o direito real de usar e fruir da casa (no caso, morar) até que venha a falecer.

Veja abaixo os personagens envolvidos no usufruto:

USUFRUTUÁRIO	NU-PROPRIETÁRIO
É o titular do direito real de usufruto.	É o titular do domínio.
É o detentor do domínio útil do bem, uma vez que a ele pertencem o uso e o gozo sobre a coisa.	Tem apenas a nua propriedade, despida dos direitos de usar e fruir. O nu-proprietário mantém apenas os direitos de dispor e reivindicar o bem.
Tem a posse direta do bem.	Tem a posse indireta do bem.
Em nosso exemplo, é a mãe.	Em nosso exemplo, é o filho.

O usufruto está disciplinado nos arts. 1.390 a 1.411 do Código Civil.

Imagine agora a seguinte situação hipotética:

João e Regina eram casados e tinham dois filhos: Carlos e Ricardo.

O casal tinha um imóvel rural (fazenda). Eles decidiram doar o imóvel para o filho Carlos. No entanto, ao fazer a doação, o casal estabeleceu que eles teriam direito real de usufruto sobre o imóvel enquanto vivessem (usufruto vitalício).

Assim, João e Regina teriam o direito real de usar e fruir da fazenda até que viessem a falecer.

Alguns anos depois, Regina morreu.

Foi instaurado processo de inventário, no qual João foi nomeado como inventariante.

Ao apresentar as primeiras declarações, João deixou de incluir os frutos decorrentes da fazenda (valores que Regina recebeu com a produção de leite, plantações etc. existentes no imóvel rural).

Ricardo ajuizou ação de prestação de contas em face de João. Alegou ter sido preterido na legítima e nos frutos advindos do usufruto vitalício. Requereu a citação do réu para que prestasse contas dos frutos arrecadados com a exploração da fazenda.

João se recusou a prestar contas. Alegou que, enquanto usufrutuário, tinha o direito de gozar livremente do imóvel, não sendo obrigado a prestar contas do seu patrimônio durante o período dessa disposição. Afirmou ainda que com o óbito de Regina o usufruto havia sido extinto e a administração do bem teria retornado à esfera patrimonial do nu-proprietário (Carlos).

João tem o dever de prestar contas? Em caso de usufruto constituído em favor de duas ou mais pessoas, com a morte de uma delas, o usufrutuário sobrevivente tem o dever de prestar contas dos frutos referentes ao quinhão do usufrutuário falecido, a partir da data de abertura da sucessão?

NÃO.

Em se tratando de usufruto estabelecido por ato *inter vivos*, os dispositivos que regem o instituto são aqueles previstos nos arts. 1.390 a 1.411 do Código Civil, não se aplicando ao caso o art. 1.946 do mesmo Código, uma vez que diz respeito a usufruto legado por testamento:

Art. 1.946. Legado um só usufruto conjuntamente a duas ou mais pessoas, a parte da que faltar acresce aos co-legatários.

Não tendo sido estipulada cláusula prevendo o direito de se acrescer o quinhão do usufrutuário falecido ao quinhão do usufrutuário sobrevivente, a partir da sua morte, aquele quinhão volta ao nu-proprietário. Não há como entender que o usufrutuário sobrevivente (no caso, João) deveria prestar contas dos frutos referentes ao quinhão de usufrutuário falecido (no caso, Regina) no processo de inventário, haja vista que o referido quinhão não foi acrescido ao seu nem transmitido aos herdeiros.

Embora, a partir do falecimento da usufrutuária, seja necessário o cancelamento do usufruto no Registro de Imóveis, eventual falha nessa comunicação do óbito não faz nascer o direito de transmissão do quinhão aos herdeiros, pois o ato registral apenas visa a resguardar direito de terceiros.

Em suma:

Em se tratando de usufruto estabelecido por ato *inter vivos*, o usufrutuário sobrevivente não tem o dever de prestar contas dos frutos referentes ao quinhão de usufrutuário falecido no processo de inventário, haja vista que o referido quinhão não foi acrescido ao seu e nem transmitido aos herdeiros, apenas retornando ao nu-proprietário.

STJ. 4ª Turma. REsp 1.942.097-MT, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 7/11/2023 (Info 796).

DIREITO DO CONSUMIDOR

PLANO DE SAÚDE

O simples fato de o consumidor registrar negativação nos cadastros de consumidores não pode bastar, por si só, para vedar a contratação do plano de saúde pretendido

Importante!!!

ODS 16

A negativa de contratação de serviços essenciais constitui evidente afronta à dignidade da pessoa, sendo incompatível ainda com os princípios do CDC.

O fato de o consumidor registrar negativação nos cadastros de consumidores não pode bastar, por si só, para vedar a contratação do plano de saúde pretendido.

O plano de saúde tem garantias contra o inadimplemento. Isso porque a prestação dos serviços pode ser obstada se o contratante deixar de efetuar o pagamento das parcelas.

Não se está diante de um produto ou serviço de entrega imediata, mas de um serviço eventual e futuro que, embora posto à disposição, poderá, ou não, vir a ser exigido. Assim, a recusa da contratação ou a exigência de que só seja feita mediante “pronto pagamento”, excede aos limites impostos pelo fim econômico do direito e pela boa-fé (art. 187 do CC/2002).

A contratação de serviços essenciais não mais pode ser vista pelo prisma individualista ou de utilidade do contratante, mas pelo sentido ou função social que tem na comunidade.

STJ. 3ª Turma. REsp 2.019.136-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. para acórdão Min. Moura Ribeiro, julgado em 7/11/2023 (Info 796).

Imagine a seguinte situação hipotética:

João procurou a UNIMED para contratar um plano de saúde.

Ele forneceu todos os dados e documentos exigidos, no entanto, no momento da assinatura do contrato, foi informado que não poderia realizar a contratação, uma vez que estava com o seu nome negativado no SPC/SERASA.

Inconformado, João ingressou com ação de obrigação de fazer contra a Unimed. Argumentou que o simples fato de registrar negativação nos cadastros de consumidores não é suficiente, por si só, para vedar a contratação do plano de saúde pretendido.

A operadora do plano de saúde contestou e defendeu que a conduta foi lícita para evitar a inadimplência já presumida do contratante.

A ré argumentou que, nos termos do art. 39, IX, do CDC, a recusa de contratar com quem possui restrição de crédito não será abusiva, exceto se o consumidor se dispuser ao pronto pagamento do prêmio:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:
(...)

IX - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais;

A recusa da operadora do plano de saúde foi legítima? A operadora de plano de saúde está autorizada a negar a contratação de serviço pelo simples fato de a pessoa estar com o nome negativado em órgão de restrição de crédito?

NÃO.

Nos contratos de consumo de bens essenciais como água, energia elétrica, saúde, educação etc., não pode o fornecedor agir pensando apenas no que melhor lhe convém.

A negativa de contratação de serviços essenciais constitui evidente afronta à dignidade da pessoa, sendo incompatível ainda com os princípios do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

O fato de o consumidor registrar negativação nos cadastros de consumidores não pode bastar, por si só, para vedar a contratação do plano de saúde pretendido.

O plano de saúde tem garantias contra o inadimplemento. Isso porque a prestação dos serviços pode ser obstada se o contratante deixar de efetuar o pagamento das parcelas.

É descabida a aplicação, no caso concreto, do disposto no art. 39, IX, do CDC. Isso porque o pronto pagamento necessário a viabilizar a contratação dos serviços não se mostra compatível com os contratos de planos de saúde, em que a prestação de serviço é contínua, renovando-se mensalmente, com o pagamento, sobretudo, de coparticipação ou franquia pelo titular.

O pronto pagamento não é prática usual nos contratos de planos de saúde, motivo pelo qual considerar abusiva a negativa da contratação, somente quando o consumidor que tenha o seu nome inscrito em cadastro de inadimplentes se dispuser ao pronto pagamento e, ainda assim, for recusada a contratação, caracteriza medida inócua, pois de pouca ou nenhuma aplicação prática.

Não se está diante de um produto ou serviço de entrega imediata, mas de um serviço eventual e futuro que, embora posto à disposição, poderá, ou não, vir a ser exigido. Assim, a recusa da contratação ou a exigência de que só seja feita mediante “pronto pagamento”, excede aos limites impostos pelo fim econômico do direito e pela boa-fé (art. 187 do CC/2002).

A contratação de serviços essenciais não mais pode ser vista pelo prisma individualista ou de utilidade do contratante, mas pelo sentido ou função social que tem na comunidade, até porque o consumidor tem trato constitucional, não é vassalo, nem sequer um pária.

Em suma:

O simples fato de o consumidor registrar negativação nos cadastros de consumidores não pode bastar, por si só, para vedar a contratação do plano de saúde pretendido.

STJ. 3ª Turma. REsp 2.019.136-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. para acórdão Min. Moura Ribeiro, julgado em 7/11/2023 (Info 796).

DIREITO PENAL

LEI DE DROGAS

A assinatura do laudo toxicológico definitivo por perito criminal é imprescindível para a comprovação da materialidade do delito de tráfico de drogas?

Importante!!!

ODS 16

A simples falta de assinatura do perito encarregado pela lavratura do laudo toxicológico definitivo constitui mera irregularidade e não tem o condão de anular a prova pericial na hipótese de existirem outros elementos que comprovem a sua autenticidade, notadamente quando o *expert* estiver devidamente identificado e for constatada a existência de substância ilícita.

STJ. 3ª Seção. REsp 2.048.422-MG, REsp 2.048.645-MG e REsp 2.048.440-MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgados em 22/11/2023 (Recurso Repetitivo – Tema 1206) (Info 796).

Imagine a seguinte situação hipotética:

Policiais militares encontram 20g de um material que aparentava ser maconha, e 25g de uma substância que parecia ser cocaína na mochila de João.

João foi preso em flagrante.

As drogas foram encaminhadas para o Posto de Perícia Integrada, que elaborou o **laudo de constatação preliminar** e confirmou que as substâncias apreendidas eram maconha e cocaína.

Em seguida, o Ministério Público ofereceu denúncia contra João imputando-lhe o crime de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006).

A denúncia foi recebida.

No curso da instrução, foi elaborado e juntado o **laudo toxicológico definitivo**, que, mais uma vez, confirmou que as substâncias apreendidas eram maconha e cocaína.

Acontece que, apesar do perito ter sido devidamente identificado, ele se esqueceu de assinar o laudo.

Essa falha passou despercebida e o processo teve regular prosseguimento.

Ao final da instrução, o Juiz proferiu sentença condenatória.

João interpôs apelação. Alegou, dentre outros fundamentos, que não ficou provada a materialidade do crime. Isso porque o exame toxicológico definitivo, imprescindível para a comprovação da materialidade, não estava assinado pelo perito.

Destacou que o delito de tráfico ilícito de drogas possui natureza material, se fazendo necessário, portanto, a realização de laudo pericial definitivo válido para a constatação da existência do entorpecente, não podendo ser suprido por nenhum outro meio de prova.

Os argumentos da defesa foram acolhidos pelo Tribunal de Justiça e João foi absolvido.

Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso especial. Alegou que, apesar da ausência de assinatura, o laudo identificou expressamente o nome do perito responsável pela perícia e ainda possui código de barras numerado, que identifica seguramente o documento.

Ressaltou, ainda, que não se pode olvidar a presunção de legitimidade do documento público emanado da autoridade policial, diante dos princípios da oficialidade e da legalidade, como intrínsecos aos atos

administrativos em geral, mesmo porque a defesa sequer se insurgiu em relação à legitimidade do mencionado documento.

Acrescentou também que, no direito brasileiro, não há provas absolutas, tanto que o art. 158, do CPP, prevê o exame de corpo de delito indireto.

O STJ manteve a absolvição por ausência de materialidade? A assinatura do laudo toxicológico definitivo por perito criminal é imprescindível para a comprovação da materialidade do delito de tráfico de drogas?

NÃO.

Havendo a apreensão de entorpecente, devem ser elaborados dois laudos:

1) Laudo de constatação

O primeiro, denominado de laudo de constatação, deve indicar se o material apreendido é, efetivamente, substância ou produto capaz de causar dependência, assim especificado em lei ou relacionado em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União, devendo apontar, ainda, a quantidade apreendida.

Trata-se, portanto, de um exame provisório, apto a comprovar a materialidade do delito e, como tal, autorizar a prisão do agente ou a instauração do respectivo inquérito policial, caso não verificado o estado de flagrância. É firmado por um perito oficial ou, em sua falta, por pessoa idônea.

2) Laudo definitivo

A lei também indica a existência do laudo definitivo, que é realizado de forma científica e minuciosa e, como o próprio nome indica, deve trazer a certeza quanto à materialidade do delito, definindo se o material analisado efetivamente se cuida de substância ilícita, a fim de embasar um juízo definitivo acerca do delito.

Laudo definitivo, em regra, é imprescindível

Diante disso, a Terceira Seção do STJ, no julgamento do ERESp 1.544.057/RJ, pacificou o entendimento de que o laudo toxicológico definitivo, em regra, é imprescindível à comprovação da materialidade dos delitos envolvendo entorpecentes. Ausente o referido exame, é forçosa a absolvição do acusado, ressalvada, no entanto, em situações excepcionais, a possibilidade de aferição da materialidade do delito por laudo de constatação provisório, desde que este tenha sido elaborado por perito oficial e permita grau de certeza idêntico ao do laudo definitivo:

(...) 1. Nos casos em que ocorre a apreensão do entorpecente, o laudo toxicológico definitivo é imprescindível à demonstração da materialidade delitiva do delito e, nesse sentido, tem a natureza jurídica de prova, não podendo ser confundido com mera nulidade, que corresponde a sanção cominada pelo ordenamento jurídico ao ato praticado em desrespeito a formalidades legais. (...)

2. Isso, no entanto, não elide a possibilidade de que, em situação excepcional, a comprovação da materialidade do crime de drogas possa ser efetuada pelo próprio laudo de constatação provisório, quando ele permita grau de certeza idêntico ao do laudo definitivo, pois elaborado por perito oficial, em procedimento e com conclusões equivalentes. Isso porque, a depender do grau de complexidade e de novidade da droga apreendida, sua identificação precisa como entorpecente pode exigir, ou não, a realização de exame mais complexo que somente é efetuado no laudo definitivo.

3. Os testes toxicológicos preliminares, além de efetuarem constatações com base em observações sensoriais (visuais, olfativas e táteis) que comparam o material apreendido com drogas mais conhecidas, também fazem uso de testes químicos pré-fabricados também chamados “narcotestes” e são capazes de identificar princípios ativos existentes em uma gama de narcóticos já conhecidos e mais comercializados.

4. Nesse sentido, o laudo preliminar de constatação, assinado por perito criminal, identificando o material apreendido como cocaína em pó, entorpecente identificável com facilidade mesmo por narcotestes pré-

fabricados, constitui uma das exceções em que a materialidade do delito pode ser provada apenas com base no laudo preliminar de constatação.

5. De outro lado, muito embora a prova testemunhal e a confissão isoladas ou em conjunto não se prestem a comprovar, por si sós, a materialidade do delito, quando aliadas ao laudo toxicológico preliminar realizado nos moldes aqui previstos, são capazes não só de demonstrar a autoria como também de reforçar a evidência da materialidade do delito.

(...)

STJ. 3ª Seção. EREsp 1.544.057/RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 9/11/2016.

Conclui-se que, havendo apreensão de material considerado como “droga”, a prova de sua materialidade depende, efetivamente, de algum tipo de exame de corpo de delito efetuado por perito que possa identificar, com certo grau de certeza, a existência dos elementos físicos e químicos que qualifiquem a substância como entorpecente.

Em situações excepcionais, o STJ admite que a materialidade do crime de tráfico de drogas seja comprovada pelo próprio laudo de constatação provisório. Trata-se de situação singular, em que a constatação permite grau de certeza correspondente ao laudo definitivo, pois elaborado por perito oficial, em procedimento e com conclusões equivalentes e seguras atestando a presença de substância ilícita no material analisado.

Desse modo, se a materialidade delitiva do crime de tráfico pode, excepcionalmente, ser comprovada por laudo de constatação provisório, não há de ser diferente a compreensão nos casos em que o exame toxicológico definitivo não possui assinatura válida do perito. Ou seja, reputa-se que esses casos – em que não consta a assinatura do perito oficial que elaborou o laudo toxicológico definitivo – também se enquadram nas excepcionalidades mencionadas pelo EREsp 1.544.057/RJ.

O STJ, em diversos julgados, firmou o entendimento de que a simples falta de assinatura do perito criminal no laudo toxicológico definitivo constitui **mera irregularidade** e não tem o condão de anular o exame, sobretudo nos casos em que o perito oficial está devidamente identificado com seu nome e número de registro no documento e houve o resultado positivo para as substâncias ilícitas analisadas.

Tese firmada

Com esses fundamentos, o STJ fixou a seguinte tese:

A simples falta de assinatura do perito encarregado pela lavratura do laudo toxicológico definitivo constitui mera irregularidade e não tem o condão de anular a prova pericial na hipótese de existirem outros elementos que comprovem a sua autenticidade, notadamente quando o *expert* estiver devidamente identificado e for constatada a existência de substância ilícita.

STJ. 3ª Seção. REsp 2.048.422-MG, REsp 2.048.645-MG e REsp 2.048.440-MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 22/11/2023 (Recurso Repetitivo – Tema 1206) (Info 796).

Caso concreto

Voltando ao caso concreto, o STJ consignou que, além da existência de outros indícios que caminham no sentido de corroborar a autoria e materialidade do crime imputado aos recorridos, destaca-se que, apesar de não haver a assinatura do perito subscritor no laudo toxicológico definitivo, o laudo cuja legitimidade se questiona ostenta timbre oficial; há indicação do responsável pela perícia, bem como códigos de barra nos rodapés das páginas, identificando o documento, assim como, no canto superior esquerdo das páginas do referido documento, certidão da Polícia Civil atestando que o laudo pericial confere com o original extraído do sistema “PCnet”, ratificando, portanto, a veracidade e a autenticidade das provas periciais.

Acrescentou, ainda, que o exame preliminar, devidamente assinado pelo perito criminal responsável, certificou que o material apreendido se comportou como maconha e cocaína.

Assim, a ausência da assinatura, dentro desse contexto fático, não seria elemento suficiente para retirar a validade do laudo definitivo.

DIREITO PROCESSUAL PENAL

PROVAS

A assinatura do laudo toxicológico definitivo por perito criminal é imprescindível para a comprovação da materialidade do delito de tráfico de drogas?

Importante!!!

ODS 16

A simples falta de assinatura do perito encarregado pela lavratura do laudo toxicológico definitivo constitui mera irregularidade e não tem o condão de anular a prova pericial na hipótese de existirem outros elementos que comprovem a sua autenticidade, notadamente quando o *expert* estiver devidamente identificado e for constatada a existência de substância ilícita.

STJ. 3ª Seção. REsp 2.048.422-MG, REsp 2.048.645-MG e REsp 2.048.440-MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgados em 22/11/2023 (Recurso Repetitivo – Tema 1206) (Info 796).

Veja comentários em Direito Penal.

PROVAS

A inspeção de segurança nas bagagens dos passageiros de ônibus, em fiscalização de rotina realizada pela Polícia Rodoviária Federal, tem natureza administrativa e não precisa de fundada suspeita

Importante!!!

ODS 16

Caso hipotético: durante fiscalização de rotina, policiais rodoviários federais abordaram o passageiro João no interior de um ônibus de transporte público interestadual, que fazia o trajeto de Dourados (MS) para São Paulo (SP). O passageiro estava sentado no último banco do veículo e, segundo os policiais, demonstrou nervosismo ao avistá-los. Por esse motivo, foi selecionado para inspeção da bagagem. Durante a busca pessoal, os policiais encontraram entre as pernas de João uma bolsa de viagem com 20kg de maconha.

A defesa alegou que a busca pessoal realizada foi nula em razão da ausência de fundada suspeita.

O STJ não acolheu os argumentos da defesa.

Existem duas espécies de busca pessoal:

- a) a busca pessoal do art. 244 do CPP, que exige fundada suspeita (RHC 158.580/BA);
- b) a busca pessoal por razões de segurança (inspeção de segurança), que ocorre rotineiramente em aeroportos, rodoviárias, prédios públicos, eventos festivos, ou seja, locais em que há grande circulação de pessoas e, em consequência, necessidade de zelar pela integridade física dos usuários, bem como pela segurança dos serviços e instalações. Esta espécie de busca pessoal não exige fundada suspeita.

A inspeção de segurança nas bagagens dos passageiros do ônibus, em fiscalização de rotina realizada pela Polícia Rodoviária Federal, teve natureza administrativa, ou seja, não se deu como busca pessoal de natureza processual penal e, portanto, não precisava de fundada suspeita. Se a bagagem dos passageiros poderia ser submetida à inspeção aleatória na rodoviária ou em um aeroporto, passando por um raio-X ou inspeção manual detalhada, sem qualquer prévia indicação de suspeita, por exemplo, não há razão para questionar a legalidade

da vistoria feita pelos policiais rodoviários federais, que atuaram no contexto fático de inspeção de segurança em transporte coletivo.

STJ. 6ª Turma. HC 625.274-SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 17/10/2023 (Info 796).

Imagine a seguinte situação hipotética:

Durante fiscalização de rotina, policiais rodoviários federais abordaram o passageiro João da Silva no interior de um ônibus de transporte público interestadual, que fazia o trajeto de Dourados (MS) para São Paulo (SP).

O passageiro estava sentado no último banco do veículo e, segundo os policiais, demonstrou nervosismo ao avistá-los. Por esse motivo, foi selecionado para inspeção da bagagem.

Durante a busca pessoal, os policiais encontraram entre as pernas de João uma bolsa de viagem com 20 tablets de maconha, totalizando 20kg.

João foi preso em flagrante.

O Ministério Público ofereceu denúncia contra João imputando-lhe a prática do crime de tráfico de drogas. Em alegações finais, a Defensoria Pública requereu a absolvição do réu alegando que a busca pessoal realizada foi nula em razão da ausência de fundada suspeita.

O juiz afastou a tese defensiva e condenou o réu, sentença mantida pelo Tribunal de Justiça.

A Defensoria Pública impetrou, então, habeas corpus no STJ insistindo que:

- o art. 244 do CPP afirma que a busca pessoal somente poderá ocorrer, sem mandado judicial, quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.
- a mera alegação genérica de “atitude suspeita” é insuficiente para a licitude da busca pessoal;
- como, no caso concreto, não havia fundada suspeita, deve-se reconhecer a nulidade da prova colhida.

No caso concreto, o STJ concordou com os argumentos da defesa?

NÃO.

Requisitos da busca pessoal do art. 244 do CPP

Confira o que diz o art. 244 do CPP sobre a busca pessoal:

Art. 244. A busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

A partir da leitura desse dispositivo, é possível extrair três hipóteses de busca pessoal sem mandado:

- a) no caso de prisão (ex: o indivíduo é preso em flagrante, o que autoriza a realização de busca pessoal);
- b) quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito; ou
- c) quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

A Sexta Turma do STJ, no julgamento do RHC 158.580/BA, aprofundou a compreensão acerca do instituto da busca pessoal, analisando de forma exaustiva os requisitos do art. 244 do CPP.

Veja abaixo um resumo deste importante precedente:

Para a busca pessoal ou veicular sem mandado judicial exige-se, em termos de standard probatório, a existência de fundada suspeita (justa causa) baseada em um juízo de probabilidade, descrita com a maior precisão possível, aferida de modo objetivo e devidamente justificada pelos indícios e circunstâncias do caso concreto – de que o indivíduo esteja na posse de drogas, armas ou de outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência.

Entretanto, o art. 244 do CPP não se limita a exigir que a suspeita seja fundada. É preciso, também, que esteja relacionada à “posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito”.

O art. 244 do CPP não autoriza buscas pessoais praticadas como “rotina” ou “praxe” do policiamento ostensivo, com finalidade preventiva e motivação exploratória, mas apenas buscas pessoais com finalidade probatória e motivação correlata.

Desse modo, a busca pessoal não pode ser realizada com base unicamente em:

- a) informações de fonte não identificada (e.g. denúncias anônimas); ou
- b) intuições e impressões subjetivas, intangíveis, apoiadas, por exemplo, exclusivamente, no tirocínio (experiência) policial.

Assim, não é possível a busca pessoal unicamente pelo fato de o policial, a partir de uma classificação subjetiva, ter considerado que a pessoa:

- apresentou uma atitude ou aparência suspeita; ou
- teve uma reação ou expressão corporal tida como “nervosa”.

Essas circunstâncias não preenchem o standard probatório de “fundada suspeita” exigido pelo art. 244 do CPP.

O fato de haverem sido encontrados objetos ilícitos após a revista não convalida a ilegalidade prévia, pois é necessário que o elemento “fundada suspeita de posse de corpo de delito” seja aferido com base no que se tinha antes da diligência. Se não havia fundada suspeita de que a pessoa estava na posse de arma proibida, droga ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, não há como se admitir que a mera descoberta casual de situação de flagrância, posterior à revista do indivíduo, justifique a medida.

A violação dessas regras e condições legais para busca pessoal resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal do(s) agente(s) público(s) que tenha(m) realizado a diligência.

Há três razões principais para que se exijam elementos sólidos, objetivos e concretos para a realização de busca pessoal – vulgarmente conhecida como “dura”, “geral”, “revista”, “enquadro” ou “baculejo” –, além da intuição baseada no tirocínio policial:

- a) evitar o uso excessivo desse expediente e, por consequência, a restrição desnecessária e abusiva dos direitos fundamentais à intimidade, à privacidade e à liberdade (art. 5º, caput, e X, da Constituição), porquanto, além de se tratar de conduta invasiva e constrangedora – mesmo se realizada com urbanidade, o que infelizmente nem sempre ocorre –, também implica a detenção do indivíduo, ainda que por breves instantes;
- b) garantir a sindicabilidade da abordagem, isto é, permitir que tanto possa ser contrastada e questionada pelas partes, quanto ter sua validade controlada a posteriori por um terceiro imparcial (Poder Judiciário), o que se inviabiliza quando a medida tem por base apenas aspectos subjetivos, intangíveis e não demonstráveis;
- c) evitar a repetição – ainda que nem sempre consciente – de práticas que reproduzem preconceitos estruturais arraigados na sociedade, como é o caso do perfilamento racial, reflexo direto do racismo estrutural.

STJ. 6ª Turma. RHC 158.580-BA, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 19/04/2022 (Info 735).

É necessário diferenciar a busca pessoal prevista no CPP da busca pessoal por razões de segurança (inspeção de segurança)

A “busca pessoal” prevista no art. 244 do CPP não pode ser confundida com a busca realizada como inspeção de segurança em procedimentos que não possuem natureza processual penal.

Confira o que Renato Brasileiro ensina sobre o tema (LIMA, Renato Brasileiro de. Código de Processo Penal comentado. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 689):

a) Busca pessoal por razões de segurança	b) Busca pessoal de natureza processual penal
É aquela realizada em festas, boates, aeroportos, rodoviárias etc.	Regulamentada pelo art. 244 do CPP. Deve ser determinada quando houver fundada suspeita de que alguém oculte coisas

Essa espécie de busca pessoal não está regulamentada pelo CPP, devendo ser executada de maneira razoável e sem expor as pessoas a constrangimento ou à humilhação. Sua execução tem natureza contratual, ou seja, caso a pessoa não se submeta à medida, não poderá se valer do serviço ofertado nem tampouco frequentar o estabelecimento.	achadas ou obtidas por meios criminosos, instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos, armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso, objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu, apreender cartas abertas destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato, assim como qualquer outro elemento de convicção.
Não exige fundada suspeita.	Exige fundada suspeita.

Rosmar Rodrigues Alencar e Nestor Távora também diferenciam as duas espécies:

“Por sua vez, a busca pessoal realizada em festas, boates, aeroportos, não têm tratamento pelo CPP, devendo atender à razoabilidade e respeitar a intimidade. Estão afetas ao lado contratual. Aquele que não desejar se submeter à medida, tem a opção de não se valer do serviço ofertado ou simplesmente não frequentar o estabelecimento.” (ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor Távora. Curso de direito processual penal. 12. ed. Salvador: Ed. JusPodivm. 2017, p. 753)”

Desse modo, a denominada “busca pessoal por razões de segurança” ou “inspeção de segurança”, ocorre rotineiramente em aeroportos, rodoviárias, prédios públicos, eventos festivos, ou seja, locais em que há grande circulação de pessoas e, em consequência, necessidade de zelar pela integridade física dos usuários, bem como pela segurança dos serviços e instalações.

Embora a inspeção de segurança também envolva restrição a direito fundamental e possa ser alvo de controle judicial a posteriori, a fim de averiguar a proporcionalidade da medida e a sua realização sem exposição vexatória, o principal ponto de distinção em relação à busca de natureza penal é a faculdade que o indivíduo tem de se sujeitar a ela ou não.

Na busca pessoal por razões de segurança, há um **aspecto de contratualidade**, pois a recusa a se submeter à inspeção apenas irá obstar o acesso ao serviço ou transporte coletivo, funcionando como uma medida de segurança dissuasória da prática de ilícitos.

A título exemplificativo, destaca-se que a inspeção de segurança em aeroportos decorre de cumprimento de diretriz internacional, prevista no Anexo 17 da Convenção da Organização Internacional de Aviação Civil (OACI), da qual o Brasil é signatário. O Decreto nº 11.195/2022 regulamenta a questão e prevê expressamente que a inspeção de passageiros e bagagens é de responsabilidade do operador de aeródromo, sob supervisão da Polícia Federal (art. 81). Ou seja, delega-se essa possibilidade ao agente privado, sendo a atuação policial também prevista, de forma subsidiária e complementar.

Nesse contexto, se a busca ou inspeção de segurança - em espaços e transporte coletivos - pode ser realizada por agentes privados incumbidos da segurança, com mais razão pode - e deve - ser realizada por agentes públicos que estejam atuando no mesmo contexto, sem prejuízo do controle judicial a posteriori acerca da proporcionalidade da medida, em ambos os casos.

O contexto que legitima a inspeção de segurança em espaços e meios de transporte de uso coletivo é absolutamente distinto daquele que ampara a realização da busca pessoal para fins penais, na qual há que se observar a necessária referibilidade da medida (fundada suspeita de posse de objetos ilícitos), conforme já muito bem tratado no referido RHC 158.580/BA, da relatoria do Ministro Rogerio Schietti Cruz.

No caso concreto, policiais rodoviários federais, em fiscalização na Rodovia Castelo Branco, abordaram ônibus que fazia o trajeto de Dourados (MS) para São Paulo (SP). Os agentes públicos narraram que a seleção se deu a partir de análise comportamental (nervosismo visível e troca de olhares entre um adolescente viajando sozinho e outro passageiro que afirmou não conhecer). Afirmaram ainda que

informaram ao acusado quanto ao direito de permanecer em silêncio e, em seguida, iniciaram a vistoria das bagagens, localizando cerca de 20kg de maconha, divididos em tabletes nos pertences do acusado. Assim, forçoso concluir que a inspeção de segurança nas bagagens dos passageiros do ônibus, em fiscalização de rotina realizada pela Polícia Rodoviária Federal, teve natureza administrativa, ou seja, não se deu como busca pessoal de natureza processual penal e, portanto, não precisava de fundada suspeita. Ademais, se a bagagem dos passageiros poderia ser submetida à inspeção aleatória na rodoviária ou em um aeroporto, passando por um raio-X ou inspeção manual detalhada, sem qualquer prévia indicação de suspeita, por exemplo, não há razão para questionar a legalidade da vistoria feita pelos policiais rodoviários federais, que atuaram no contexto fático de típica inspeção de segurança em transporte coletivo.

Em suma:

A inspeção de segurança nas bagagens dos passageiros de ônibus, em fiscalização de rotina realizada pela Polícia Rodoviária Federal, tem natureza administrativa e prescinde de fundada suspeita.
STJ. 6ª Turma. HC 625.274-SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 17/10/2023 (Info 796).

EXECUÇÃO PENAL

O período em que o sentenciado deixou de comparecer em juízo por causa da pandemia da covid-19 não pode ser considerado como tempo de pena efetivamente cumprido

Mudança de entendimento

Atualize o Info 694-STJ

ODS 16

O período em que o reeducando permaneceu desobrigado de se dirigir ao Juiz da execução penal, para justificar suas atividades em razão da pandemia da Covid-19, não é considerado como pena cumprida.

Apesar de o sentenciado não ter dado causa àquela situação, não se pode concluir que a finalidade da pena (retribuição e de ressocialização do indivíduo) tenha sido atingida apenas pelo decurso do tempo.

Desse modo, o réu não pode se beneficiar daquilo que efetivamente não cumpriu, sob pena de se vulnerar a função ressocializadora, bem como retributiva da reprimenda, ensejando, com isso, grave insegurança jurídica no tocante à execução da pena.

STJ. 5ª Turma. AgRg no REsp 2.076.164-PR, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 9/10/2023 (Info 796).

STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp 2.010.509/TO, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 28/8/2023.

Imagine a seguinte situação hipotética:

João cumpria pena em regime semiaberto.

O juiz da vara de execuções penais concedeu ao condenado a progressão ao regime aberto.

Uma das condições impostas a João foi a de que ele deveria ficar comparecendo mensalmente perante o juízo para informar e justificar suas atividades.

O juiz poderia ter imposto essa condição?

SIM. Isso está previsto no art. 113 c/c o art. 115, IV, da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84):

Art. 113. O ingresso do condenado em regime aberto supõe a aceitação de seu programa e das condições impostas pelo Juiz.

Art. 115. O Juiz poderá estabelecer condições especiais para a concessão de regime aberto, sem prejuízo das seguintes condições gerais e obrigatórias:

(...)

IV - comparecer a Juízo, para informar e justificar as suas atividades, quando for determinado.

Recomendação nº 62/2020-CNJ

Ocorre que, diante da situação de pandemia decorrente da Covid-19, o Conselho Nacional de Justiça recomendou a suspensão temporária do dever de apresentação regular em juízo das pessoas em cumprimento de pena no regime aberto (art. 5º, inciso V, da Recomendação nº 62/2020 do CNJ).

O Poder Judiciário do Estado acolheu a recomendação e determinou a suspensão das apresentações mensais em juízo dos apenados em regime aberto.

Juiz da execução suspendeu o comparecimento obrigatório de João

Diante de tais atos normativos, o magistrado singular suspendeu o dever de apresentação mensal em Juízo aplicado aos apenados em regime aberto.

A defesa de João pleiteou que, mesmo esses meses nos quais o comparecimento está suspenso, sejam computados para fins de cumprimento de pena.

Em outras palavras, a defesa pediu o reconhecimento do período de suspensão como pena efetivamente cumprida. Isso porque o apenado não está comparecendo por força do ato normativo do TJ (e não por vontade própria).

O pedido da defesa deve ser acolhido?

NÃO.

A questão controvertida cinge-se à possibilidade de cumprimento ficto da pena, em decorrência da pandemia da Covid-19, bem como à possibilidade do juízo da execução desprezar período de pena a cumprir e, desde logo, extinguir a punibilidade do apenado pelo cumprimento da pena.

A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que “[n]ão é admissível, por ausência de previsão legal, que se considere como cumprida a pena daquele que já obtivera - por motivo de força maior e para não se expor a maior risco em virtude da pandemia - o benefício da suspensão da pena restritiva de direitos, sendo absolutamente necessário o efetivo cumprimento da pena como instrumento tanto de ressocialização do apenado como de contraprestação em virtude da prática delitiva, a fim de que o reeducando alcance o requisito necessário para a extinção de sua punibilidade” (AgRg no HC 644.942/GO, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 17/6/2021).

Com efeito, o período em que o sentenciado deixou de comparecer em juízo por causa da pandemia da covid-19 não pode ser considerado como tempo efetivamente cumprido.

Apesar de o reeducando não ter dado causa àquela situação, não se pode concluir que a finalidade da pena (retribuição e de ressocialização do indivíduo) tenha sido atingida apenas pelo decurso do tempo.

É dever do juízo da execução dar fiel cumprimento ao título judicial, executando a pena do réu nos limites impostos na sentença. A alteração das disposições contidas no título judicial, com o desprezo do período de pena remanescente, sem nenhuma justificativa legal, viola a coisa julgada.

Desse modo, o réu não pode se beneficiar daquilo que efetivamente não cumpriu, sob pena de se vulnerar a função ressocializadora, bem como retributiva da reprimenda, ensejando, com isso, grave insegurança jurídica no tocante à execução da pena.

É a posição mais atual do STJ:

O período em que o sentenciado deixou de comparecer em juízo por causa da pandemia da covid-19 não pode ser considerado como tempo de pena efetivamente cumprido.

STJ. 5ª Turma. AgRg no REsp 2.076.164-PR, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 9/10/2023 (Info 796).

Nos termos da jurisprudência desta Corte, o período em que o agravante permaneceu desobrigado de se dirigir ao Juiz da execução penal, para justificar suas atividades em razão da pandemia da covid-19, não é considerado como pena cumprida.

STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp n. 2.010.509/TO, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 28/8/2023.

O entendimento acima explicado representa mudança de entendimento. Isso porque a 6ª Turma do STJ já havia decidido em sentido contrário: no HC 657382/SC, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 27/04/2021 (Info 694).

DOD PLUS – NÃO CONFUNDIR COM O TEMA 1120

Os julgados mais recentes indicam que o STJ diferencia duas situações:

a) O período em que o sentenciado deixou de comparecer em juízo por causa da pandemia da covid-19 não pode ser considerado como tempo de pena efetivamente cumprido

Perceba que aqui o apenado não trabalhou nem estudou, mas somente pediu para que fosse reconhecido o período de suspensão do dever de apresentação regular em juízo (art. 5º, V, da Recomendação 62/2020) como pena cumprida (fictamente).

Nesse caso, para STJ, não é possível o cumprimento ficto da pena:

STJ. 5ª Turma. AgRg no REsp 2.076.164-PR, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 9/10/2023 (Info 796).

STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp n. 2.010.509/TO, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 28/8/2023.

b) É possível a concessão de remição ficta, com extensão do alcance da norma prevista no art. 126, §4º, da LEP, aos apenados que estavam impossibilitados de trabalhar ou estudar em razão da pandemia da Covid-19

Aos presos trabalhadores e estudantes que se viram impedidos de realizarem suas atividades tão somente pela superveniência do estado pandêmico, será possível o reconhecimento do direito à remição da pena. Aqui é diferente porque o apenado estava trabalhando/estudando e se viu impedido de realizar suas atividades pela superveniência da Covid-19.

Nesse caso, para o STJ, é possível o reconhecimento da remição ficta em favor do apenado impedido:

Nada obstante a interpretação restritiva que deve ser conferida ao art. 126, §4º, da LEP, os princípios da individualização da pena, da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da fraternidade, ao lado da teoria da derrotabilidade da norma e da situação excepcionalíssima da pandemia de covid-19, impõem o cômputo do período de restrições sanitárias como de efetivo estudo ou trabalho em favor dos presos que já estavam trabalhando ou estudando e se viram impossibilitados de continuar seus afazeres unicamente em razão do estado pandêmico.

STJ. 3ª Seção. REsp n. 1.953.607/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 14/9/2022 (Recurso Repetitivo – Tema 1120) (Info 749).

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

Não há prescrição de fundo de direito nas ações em que se busca a concessão do BPC-LOAS

Importante!!!

ODS 16

A pretensão à concessão inicial ou ao direito de revisão de ato de indeferimento, cancelamento ou cessação do BPC-LOAS não é fulminada pela prescrição do fundo de direito, mas tão somente das prestações sucessivas anteriores ao lustro prescricional previsto no art. 1º do Decreto nº 20.910/1932.

O BPC-LOAS envolve relação de trato sucessivo e atende necessidades de caráter alimentar e humanitária (assistencial), razão pela qual não se admite a tese de prescrição do fundo de direito.

O direito de pleitear o BPC-LOAS tem natureza de direito indisponível e não prescreve. Somente as prestações não reclamadas no prazo de 5 anos é que prescreverão, uma a uma, em razão da inércia do beneficiário.

Desse modo, se a parte demorou mais de 5 anos para ingressar com a ação judicial pleiteando o BPC-LOAS, ela não perdeu a possibilidade de obter o benefício. O que ela perdeu foi apenas as parcelas que venceram há mais de 5 anos contados da propositura da ação.

STJ. 1ª Seção. REsp 1.803.530-PE, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 22/11/2023 (Info 796).

Imagine a seguinte situação hipotética:

João sofre de “ossos longos dos membros inferiores”, patologia que o torna incapaz de desenvolver atividade laborativa, bem como alguns atos da vida diária, provocando-lhe impedimento de longo prazo. Em razão disso, ele protocolizou requerimento administrativo no INSS pedindo a concessão do benefício de assistência social ao deficiente alegando estar incapacitado para a vida laborativa, bem como por não possuir meios necessários para prover sua subsistência.

O que é esse benefício requerido por João?

A ideia de um benefício assistencial de prestação continuada a pessoas com deficiência e idosos carentes tem previsão na própria Constituição Federal que, em seu art. 203, V, estabelece:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

(...)

V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

A fim de dar cumprimento ao comando constitucional, foi editada a Lei nº 8.742/93 que, em seus arts. 20 a 21-A, disciplinou como seria pago esse benefício.

O art. 20 da Lei nº 8.742/93 denomina esse direito de “Benefício de Prestação Continuada”. Ele também pode ser chamado pelos seguintes sinônimos: “Amparo Assistencial”, “Benefício Assistencial” ou “BPC-LOAS”.

Em que consiste:

Pagamento de um salário-mínimo por mês	• à pessoa com deficiência; ou	Desde que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.
	• ao idoso com 65 anos ou mais.	

Voltando ao caso concreto:

Em 13/01/2005, o INSS indeferiu o pedido por considerar que não havia qualquer patologia que justificasse a concessão do benefício.

12 anos depois, mais precisamente em 21/09/2017, João ajuizou ação contra o INSS pedindo a concessão do benefício.

O juiz extinguiu o processo sob a alegação de que a pretensão estaria prescrita, considerando que já se passaram mais de 5 anos desde a data do indeferimento administrativo.

Logo, para o magistrado, João perdeu o direito ao benefício. Na visão do julgador, houve a prescrição do próprio fundo de direito.

Prescrição do “fundo de direito” x prescrição “de trato sucessivo”

Existe uma classificação da prescrição que a divide em:

Prescrição do fundo de direito (prescrição nuclear)	Prescrição progressiva (Prescrição de obrigações de trato sucessivo)
Ocorre quando o direito subjetivo é violado por um ato único, começando, aí, a correr o prazo prescricional que a pessoa lesada tem para exigir do devedor a prestação. Esgotado esse prazo, extingue-se a pretensão e o credor não mais poderá exigir nada do devedor. Em palavras mais simples, é aquela que atinge a exigibilidade do direito como um todo. Ex: o devedor combinou de pagar a dívida em uma só vez, em fev/2008. Se ele não pagou, iniciou-se o prazo prescricional, que terminou em fevereiro/2013.	Ocorre quando a obrigação do devedor é de trato sucessivo, ou seja, contínua. Em outras palavras, o devedor, periodicamente, deve fornecer aquela prestação ao credor. Toda vez que não o faz, ele viola o direito do credor e este tem a pretensão de exigir o cumprimento. Em palavras mais simples, é aquela que atinge apenas as parcelas (e não o direito como um todo). Ex: o devedor combinou de pagar uma indenização ao credor até o fim de sua vida. Essa verba é paga em prestações (fev/2008, fev/2010, fev/2012 etc.). Imagine que ele não tenha pagado nenhuma. A prescrição quanto a fev/2008 e fev/2010 já ocorreu. Persistem, no entanto, as prestações de fev/2012 e as seguintes.

Voltando ao caso concreto. Agiu corretamente o juiz? A decisão do magistrado está de acordo com a jurisprudência do STJ?

NÃO.

O STJ tem decidido que não há que se falar em prescrição do fundo de direito quando estiver em discussão o Benefício de Prestação Continuada da Lei Orgânica da Assistência Social (BPC-LOAS), previsto no art. 20 da Lei nº 8.742/93, considerando que se trata de direito fundamental.

O BPC-LOAS é um instrumento para a manutenção da vida digna e para o atendimento às necessidades básicas sociais.

O STF, ao julgar o RE 626.489/SE (Tema 313/STF), firmou entendimento segundo o qual:

O direito à previdência social constitui direito fundamental e, uma vez implementados os pressupostos de sua aquisição, não deve ser afetado pelo decurso do tempo.

Como consequência, inexistente prazo decadencial para a concessão inicial do benefício previdenciário.

STF. Plenário. RE 626489/SE, rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 16/10/2013 (Repercussão Geral – Tema 313) (Info 724).

Esse entendimento do STF é aplicável, com ainda mais força, ao BPC-LOAS, em razão de seu caráter assistencial.

Admitir que sobre o direito de revisão do ato de indeferimento do BPC-LOAS incida a prescrição quinquenal do fundo de direito é estabelecer regime jurídico mais rigoroso que o aplicado aos benefícios previdenciários, sendo estes menos essenciais à dignidade humana que o benefício assistencial.

O BPC-LOAS, assim como os benefícios previdenciários, são prestações de trato sucessivo e, por isso, não há prescrição do fundo de direito

O BPC-LOAS envolve relação de trato sucessivo e atende necessidades de caráter alimentar e humanitária (assistencial), razão pela qual não se admite a tese de prescrição do fundo de direito.

O direito de pleitear o BPC-LOAS tem natureza de direito indisponível e não prescreve. Somente as prestações não reclamadas no prazo de 5 anos é que prescreverão, uma a uma, em razão da inércia do beneficiário.

Desse modo, se a parte demorou mais de 5 anos para ingressar com a ação judicial pleiteando o BPC-LOAS, ela não perdeu a possibilidade de obter o benefício. O que ela perdeu foi apenas as parcelas que venceram há mais de 5 anos contados da propositura da ação.

Explicando melhor com base na situação concreta:

João ajuizou a ação em 21/09/2017. Isso significa que, se o juiz acolher o pedido e entender que realmente ele tinha direito ao BPC-LOAS, ele receberá as prestações atrasadas (retroativas) relacionados com os últimos 5 anos, contadas do ajuizamento da ação. Isso significa que João terá direito de receber as parcelas do BPC-LOAS referentes ao período de setembro/2012 para frente.

Pelo fato de ter demorado mais de 5 anos, João perdeu o direito de receber as parcelas de 13/01/2005 (data do requerimento administrativo – DER) até dezembro de setembro/2012. Estas parcelas estão prescritas. As demais, não.

Em suma:

A pretensão à concessão inicial ou ao direito de revisão de ato de indeferimento, cancelamento ou cessação do BPC-LOAS não é fulminada pela prescrição do fundo de direito, mas tão somente das prestações sucessivas anteriores ao lustro prescricional previsto no art. 1º do Decreto n. 20.910/1932.

O direito de a parte questionar, no Poder Judiciário, o ato que indeferiu ou cessou o BPC-LOAS não é completamente fulminado pelo simples fato de se ter demorado a ajuizar a ação.

A parte continuará tendo direito de pleitear a concessão do benefício na Justiça. O que irá prescrever são as prestações anteriores aos 5 anos.

STJ. 1ª Seção. REsp 1.803.530-PE, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 22/11/2023 (Info 796).

EXERCÍCIOS

Julgue os itens a seguir:

- 1) A aplicação do percentual de reserva de vagas para candidatos com deficiência que resulta em número fracionário enseja o seu arredondamento para o inteiro imediatamente superior. ()
- 2) A Igreja Católica possui responsabilidade objetiva por abuso sexual praticado por padre, bastando que seja provada a responsabilidade subjetiva do religioso. ()
- 3) Em se tratando de usufruto estabelecido por ato *inter vivos*, o usufrutuário sobrevivente tem o dever de prestar contas dos frutos referentes ao quinhão de usufrutuário falecido. ()
- 4) O simples fato de o consumidor registrar negativação nos cadastros de consumidores não pode bastar, por si só, para vedar a contratação do plano de saúde pretendido. ()
- 5) A simples falta de assinatura do perito encarregado pela lavratura do laudo toxicológico definitivo constitui mera irregularidade e não tem o condão de anular a prova pericial na hipótese de existirem outros elementos que comprovem a sua autenticidade. ()
- 6) A inspeção de segurança nas bagagens dos passageiros de ônibus, em fiscalização de rotina realizada pela Polícia Rodoviária Federal, tem natureza administrativa, mas precisa de fundada suspeita. ()
- 7) O período em que o sentenciado deixou de comparecer em juízo por causa da pandemia da covid-19 pode ser considerado como tempo de pena efetivamente cumprido. ()
- 8) Não há prescrição de fundo de direito nas ações em que se busca a concessão do BPC-LOAS. ()

Gabarito

1. C	2. C	3. E	4. C	5. C	6. E	7. E	8. C
------	------	------	------	------	------	------	------