

Informativo comentado: Informativo 781-STJ

Márcio André Lopes Cavalcante

ÍNDICE

DIREITO ADMINISTRATIVO

SERVIDORES PÚBLICOS

- *A GAT é uma vantagem permanente relativa ao cargo de Auditor Fiscal da RFB e que integra os vencimentos (soma do vencimento básico com as vantagens permanentes relativas ao cargo) do titular do cargo, não se confundindo com o vencimento básico.*
- *O Adicional de Gestão Educacional não pode ser incluído na base de cálculo da VPNI.*

DIREITO CIVIL

CONTRATO DE TRANSPORTE

- *A indenização por destruição, perda, avaria ou atraso de carga em transporte aéreo internacional será regida pelos limites da Convenção de Montreal.*

DIREITO EMPRESARIAL

MARCA

- *No contexto de propaganda comparativa ofensiva, não é viável impor a obrigação de indenização por danos materiais sem a devida demonstração de prejuízo.*

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

GRATUIDADE DE JUSTIÇA

- *O fato de o representante legal da criança autora da ação auferir renda não pode, por si só, servir de empecilho à concessão da gratuidade de justiça.*

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

- *Incide a regra geral do art. 85, § 1º, do CPC, que autoriza o cabimento dos honorários de sucumbência na fase de cumprimento, quando a liquidação ostentar caráter litigioso.*

RECURSO ESPECIAL

- *Não cabe agravo interno contra decisão que, ao reconhecer que houve em agravo em recurso especial a integral refutação dos fundamentos adotados no juízo de admissibilidade feito na origem, determina a sua reautuação como recurso especial.*

COISA JULGADA

- *Os limites subjetivos e objetivos da coisa julgada não podem ser analisados pelo STJ em REsp.*

DIREITO PROCESSUAL PENAL

REVISÃO CRIMINAL

- *Na revisão criminal, por se tratar de ação exclusivamente defensiva, afastado o desvalor atribuído às circunstâncias judiciais ou às agravantes, a pena deverá ser reduzida.*

EXECUÇÃO PENAL

- *O tempo em que o apenado esteve afastado das suas obrigações no regime aberto, sob atestado médico, pode ser computado como pena efetivamente cumprida.*
- *Não há como se concluir que o limite máximo de pena em abstrato estipulado no art. 5º do Decreto 11.302/22 somente autoriza a concessão de indulto se o prazo de 5 anos não for excedido após a soma ou unificação de penas.*

DIREITO ADMINISTRATIVO

SERVIDORES PÚBLICOS

A GAT é uma vantagem permanente relativa ao cargo de Auditor Fiscal da RFB e que integra os vencimentos (soma do vencimento básico com as vantagens permanentes relativas ao cargo) do titular do cargo, não se confundindo com o vencimento básico

Baixa relevância para concursos

ODS 16

O fato de a Gratificação de Atividade Tributária - GAT ser paga a todos os integrantes da carreira, constituindo-se em gratificação genérica calculada sobre o vencimento básico, não implica a sua transmutação em vencimento básico, categoria expressamente referida na legislação, que não se confunde com as vantagens permanentes do cargo.

STJ. 1ª Seção. AR 6.436-DF, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 12/4/2023 (Info 781).

GDAT e, posteriormente, GAT

A GDAT - Gratificação de Desempenho de Atividade Tributária, instituída pela Medida Provisória nº 1.915/1999 (convertida na Lei nº 10.593/2002) era uma verba paga em virtude do efetivo desempenho do servidor, bem como de metas de arrecadação fixadas e resultados de fiscalização em percentuais de até 25% incidentes sobre o maior vencimento básico do cargo ocupado e de até 30% incidente sobre o vencimento básico do servidor, aplicando-se igual procedimento às aposentadorias e pensões.

Com a edição da Lei nº 10.910/2004, a GDAT mudou de nome para GAT (Gratificação de Atividade Tributária – GAT) e passou a ser paga a todos os integrantes da carreira, independentemente do cumprimento de metas, constituindo-se em gratificação genérica calculada sobre o vencimento básico.

Com a edição da MP-302, convertida pela Lei nº 11.356/2006, a GAT passou a ser paga em parcela única, ou seja, o equivalente a 75% por cento do vencimento básico, proventos e pensões dos servidores.

Ação do sindicato

O Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil ajuizou ação ordinária contra a União.

O autor alegou que a GAT deixou de ser tratada como vantagem e passou a ser parte do vencimento básico dos Auditores Fiscais já que todos eles recebem.

Diante disso, pediu que fosse reconhecido que a GAT é vencimento básico dos Auditores Fiscais e, em razão disso, que incidisse sobre ela (GAT) todas as demais parcelas remuneratórias.

Os argumentos do sindicato foram acolhidos pelo STJ?

NÃO.

A Gratificação de Atividade Tributária - GAT, criada pela Lei nº 10.910/2004, bem como suas antecessoras, não se transmuda em sua natureza para se tornar vencimento básico, apenas por sua forma genérica, que a difere daquelas que exigem determinado desempenho ou atividade específica para sua percepção, como as denominadas gratificações de desempenho que integram o conceito de gratificações *propter laborem*. O legislador expressamente distinguiu as parcelas remuneratórias em:

- a) vencimento básico;
- b) vencimentos (soma do vencimento básico com as vantagens permanentes do cargo); e
- c) remuneração.

A GAT não é vencimento básico. Ela é uma vantagem permanente relativa ao cargo, criada pelo legislador, e que integra os vencimentos (soma do vencimento básico com as vantagens permanentes relativas ao cargo) do titular do cargo, não se confundindo com o vencimento básico.

Assim, a GAT, sucessora da GDAT, é apenas uma gratificação a ser somada aos vencimentos (lato sensu) dos Auditores Fiscais, como esclarecido no art. 2º-B da Lei nº 10.910/2008, incluído pela Lei nº 11.980/2008.

Vale ressaltar, ainda, que a lei que rege a GAT não determina a incidência dessa gratificação sobre qualquer outra rubrica formadora dos vencimentos dos auditores, não se havendo de falar de sua repercussão no cálculo de outras parcelas de remuneratórias dos auditores fiscais.

O simples fato de uma gratificação ser classificada como genérica não lhe altera a natureza, transformando-a automaticamente em parte integrante do vencimento básico.

Em suma:

O fato de a Gratificação de Atividade Tributária - GAT ser paga a todos os integrantes da carreira, constituindo-se em gratificação genérica calculada sobre o vencimento básico, não implica a sua transmutação em vencimento básico, categoria expressamente referida na legislação, que não se confunde com as vantagens permanentes do cargo.

STJ. 1ª Seção. AR 6.436-DF, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 12/4/2023 (Info 781).

SERVIDORES PÚBLICOS

O Adicional de Gestão Educacional não pode ser incluído na base de cálculo da VPNI

Baixa relevância para concursos

ODS 8 E 16

O Adicional de Gestão Educacional, instituído pela Lei nº 9.640/98, para o servidor investido em cargo de direção ou função gratificada das Instituições Federais de Ensino, não pode ser incluído na base de cálculo da Vantagem Pessoal Nominalmente Identificável - VPNI, sob pena de *bis in idem*.

STJ. 1ª Turma. AgInt no AREsp 2.233.221-RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 19/6/2023 (Info 752).

Imagine a seguinte situação hipotética:

João, servidor público federal, lotado em uma instituição federal de ensino onde exercia cargo de direção, recebia o Adicional de Gestão Educacional, instituído pela Lei nº 9.640/98:

Art. 6º A remuneração do servidor investido em Cargo de Direção ou Função Gratificada das Instituições Federais de Ensino passa a ser paga na forma desta Lei.

Art. 7º É criado o Adicional de Gestão Educacional, devido aos ocupantes dos cargos referidos no artigo anterior, observado o disposto no artigo seguinte.

Parágrafo único. Em função do disposto neste artigo, os valores de remuneração atribuídos aos Cargos de Direção e Funções Gratificadas das Instituições Federais de Ensino passam a ser os constantes dos Anexos V e VI desta Lei.

O art. 3º da Medida Provisória 2.245-45/01 acrescentou o art. 62-A na Lei nº 8.112/90 prevendo que:

Art. 62-A. Fica transformada em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada - VPNI a incorporação da retribuição pelo exercício de função de direção, chefia ou assessoramento, cargo de provimento em comissão ou de Natureza Especial a que se referem os arts. 3º e 10 da Lei nº 8.911, de 11 de julho de 1994, e o art. 3º da Lei nº 9.624, de 2 de abril de 1998.

Parágrafo único. A VPNI de que trata o caput deste artigo somente estará sujeita às revisões gerais de remuneração dos servidores públicos federais.

João ajuizou ação alegando que o Adicional de Gestão Educacional - AGE, por ser parcela integrante da remuneração dos ocupantes de cargos de direção e de funções gratificadas das Instituições Federais de Ensino, também deveria ser incluído na base de cálculo da Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada - VPNI.

O STJ concordou com esse argumento?

NÃO.

O STJ possui entendimento no sentido de não ser possível a inclusão do Adicional de Gestão Educacional (AGE), instituído pela Lei nº 9.640/98 e adicionado à remuneração dos servidores públicos detentores de cargo em comissão ou função gratificada, na base de cálculo para incorporação dos denominados “quintos” (AgRg no REsp n. 1.515.313/RS, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 12/8/2015).

Nesse sentido:

(...) O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento consolidado no sentido de que o Adicional de Gestão Educacional - AGE, instituído pela Lei n. 9.640/98, não serve como base de cálculo para incorporação dos quintos em razão de haverem sido transformados em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada - VPNI. (...)

STJ. 1ª Turma. AgInt no REsp 1.559.070/RS, Rel. Min. Regina Helena Costa, DJe 24/5/2017.

Em suma:

O Adicional de Gestão Educacional, instituído pela Lei nº 9.640/98, para o servidor investido em cargo de direção ou função gratificada das Instituições Federais de Ensino, não pode ser incluído na base de cálculo da Vantagem Pessoal Nominalmente Identificável - VPNI, sob pena de *bis in idem*.

STJ. 1ª Turma. AgInt no AREsp 2.233.221-RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 19/6/2023 (Info 752).

DIREITO CIVIL

CONTRATO DE TRANSPORTE

A indenização por destruição, perda, avaria ou atraso de carga em transporte aéreo internacional será regida pelos limites da Convenção de Montreal

ODS 12 E 16

A Convenção de Montreal, internalizada no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto-Lei 5.910/06, aplica-se a todo transporte internacional de pessoas, bagagem ou carga, efetuado em aeronaves, mediante remuneração.

A seguradora sub-rogada pode buscar o ressarcimento do que despendeu com a indenização securitária, no mesmo prazo prescricional, termos e limites que assistiam ao segurado quando recebeu a indenização.

Não se adota diretamente a Convenção de Montreal nas relações de seguro, até mesmo porque ela disciplina somente o transporte aéreo internacional. Com efeito, aplica-se a regra geral da relação securitária às peculiaridades da relação originária.

Havendo destruição, perda, avaria ou atraso de carga em transporte aéreo internacional, a indenização será limitada a 17 Direitos Especiais de Saque, a menos que tenha sido feita a Declaração Especial de Valor ou tenha ocorrido qualquer uma das demais hipóteses previstas em lei para que seja afastado o limite de responsabilidade previsto no art. 22, III, da Convenção de Montreal.

STJ. 3ª Turma. REsp 2.052.769-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 20/6/2023 (Info 781).

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR AÉREO INTERNACIONAL POR DANOS MATERIAIS CAUSADOS EM BAGAGENS DE PASSAGEIROS É REGIDA PELA CONVENÇÃO DE MONTREAL

Obs: esse trecho é apenas uma revisão; se estiver segura(o), pode ir diretamente para a explicação do julgado.

Imagine a seguinte situação hipotética:

Letícia passou sua lua de mel em Paris.

Ela voltou da França em um voo direto que pousou em Natal (RN).

A viagem dos sonhos acabou se transformando em um pesadelo ao final. Isso porque a mala de Letícia foi extraviada pela companhia aérea, que simplesmente perdeu a bagagem.

Além do transtorno, Letícia sofreu um enorme prejuízo econômico. Na mala, havia duas bolsas de grife francesa e cinco vestidos da última coleção.

Diante disso, Letícia ajuizou ação de indenização contra a “Air Paris” pedindo o pagamento de R\$ 100 mil a título de danos materiais, além de reparação por danos morais.

Contestação: tese da indenização tarifada (Convenção de Varsóvia)

O valor de todos os produtos que estavam na mala de Letícia era de R\$ 100 mil, sendo esta a quantia cobrada por ela da “Air Paris”.

Na contestação, contudo, a companhia aérea alegou que, no transporte internacional, deve vigorar os limites de indenização impostos pela “Convenção de Varsóvia”.

A Convenção de Varsóvia é um tratado internacional, assinado pelo Brasil em 1929 e promulgado por meio do Decreto nº 20.704/31. Posteriormente, ela foi alterada pelo Protocolo Adicional 4, assinado na cidade canadense de Montreal em 1975 (ratificado e promulgado pelo Decreto 2.861/1998). Daí falarmos em Convenções de Varsóvia e de Montreal.

Essas Convenções estipulam valores máximos que o transportador poderá ser obrigado a pagar em caso de responsabilidade civil decorrente de transporte aéreo internacional. Dessa forma, tais Convenções adotam o princípio da indenizabilidade restrita ou tarifada.

Em caso de extravio de bagagens, por exemplo, a Convenção determina que o transportador somente poderá ser obrigado a pagar uma quantia máxima de cerca de R\$ 5.940,00.

Assim, em vez de receber R\$ 100 mil, Letícia teria que se contentar com o limite máximo de indenização (por volta de R\$ R\$ 5.940,00).

Conflito entre dois diplomas

No presente caso, temos um conflito entre dois diplomas legais:

- O CDC, que garante ao consumidor o princípio da reparação integral do dano;
- As Convenções de Varsóvia e de Montreal, que determinam a indenização tarifada em caso de transporte internacional.

Assim, a antinomia ocorre entre o art. 14 do CDC, que impõe ao fornecedor do serviço o dever de reparar os danos causados, e o art. 22 da Convenção de Varsóvia, que fixa limite máximo para o valor devido pelo transportador, a título de reparação.

Qual dos dois diplomas irá prevalecer? Em caso de apuração dos danos materiais decorrentes de extravio de bagagem ocorrido em transporte internacional envolvendo consumidor, aplica-se o CDC ou a indenização tarifada prevista nas Convenções de Varsóvia e de Montreal?

As Convenções internacionais.

Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor.

STF. Plenário. RE 636331/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes e ARE 766618/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, julgados em 25/05/2017 (Repercussão Geral – Tema 210) (Info 866).

Veja como esse tema já foi muito explorado em provas:

- ☑ (Promotor MP/GO 2019) Nos termos do artigo 178 da Constituição Federal da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor. (certo)
- ☑ (Promotor MP/BA 2018) nos termos do artigo 178 da Constituição da República brasileira, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor. (certo)
- ☒ (Juiz TJ/BA 2019 CEBRASPE) Pela sua especificidade, as normas previstas no CDC têm prevalência em relação àquelas previstas nos tratados internacionais que limitam a responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros pelo desvio de bagagem, especialmente as Convenções de Varsóvia e de Montreal. (errado)

O STJ também segue o entendimento do STF:

É possível a limitação, por legislação internacional especial, do direito do passageiro à indenização por danos materiais decorrentes de extravio de bagagem.

STJ. 3ª Turma. REsp 673.048-RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 08/05/2018 (Info 626).

Por que prevalecem as Convenções?

Porque a Constituição Federal de 1988 determinou que, em matéria de transporte internacional, deveriam ser aplicadas as normas previstas em tratados internacionais. Veja:

Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, **observar os acordos firmados pela União**, atendido o princípio da reciprocidade.

Assim, em virtude dessa previsão expressa quanto ao transporte internacional, deve-se afastar o Código de Defesa do Consumidor e aplicar o regramento do tratado internacional.

Critérios para resolver esta antinomia

A Convenção de Varsóvia, enquanto tratado internacional comum, possui natureza de lei ordinária e, portanto, está no mesmo nível hierárquico que o CDC. Logo, não há diferença de hierarquia entre os diplomas normativos. Diante disso, a solução do conflito envolve a análise dos critérios cronológico e da especialidade.

Em relação ao critério cronológico, os acordos internacionais referidos são mais recentes que o CDC. Isso porque, apesar de o Decreto 20.704 ter sido publicado em 1931, ele sofreu sucessivas modificações posteriores ao CDC.

Além disso, a Convenção de Varsóvia – e os regramentos internacionais que a modificaram – são normas especiais em relação ao CDC, pois disciplinam modalidade especial de contrato, qual seja, o contrato de transporte aéreo internacional de passageiros.

Duas importantes observações:

- 1) as Convenções de Varsóvia e de Montreal regulam apenas o transporte internacional (art. 178 da CF/88). Em caso de transporte nacional, aplica-se o CDC;
- 2) as Convenções de Varsóvia e de Montreal devem ser aplicadas não apenas na hipótese de extravio de bagagem, mas também em outras questões envolvendo o transporte aéreo internacional;
- 3) as indenizações por danos morais decorrentes de extravio de bagagem e de atraso de voo internacional não estão submetidas à tarifação prevista na Convenção de Montreal, devendo-se observar, nesses casos,

a efetiva reparação do consumidor preceituada pelo CDC (STJ. 3ª Turma. REsp 1.842.066-RS, Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 09/06/2020. Info 673).

O ENTENDIMENTO ACIMA TAMBÉM SE APLICA NO CASO DE CONTRATO DE TRANSPORTE INTERNACIONAL DE CARGA (EXPLICAÇÃO DO JULGADO)

Imagine a seguinte situação adaptada:

Mitsui Sumitomo Seguros S.A. é uma seguradora que oferece cobertura securitária no ramo de transporte internacional. Uma de suas clientes é a Toyota do Brasil.

Pelo contrato de seguro de transporte internacional, a seguradora compromete-se a cobrir os riscos das mercadorias pertencentes à empresa segurada ou de responsabilidade dessa ou ainda de terceiro responsável por enviar a carga.

Em agosto de 2018, a Toyota contratou a empresa aérea XXX para transportar uma mercadoria de cinco volumes de equipamentos eletrônicos provenientes do Japão, os quais desembarcariam no aeroporto de Guarulhos (SP).

Durante o transporte, houve o extravio de um dos volumes.

A Toyota comunicou o sinistro à seguradora, que iniciou um procedimento de averiguação para apurar o causador dos danos, tentar localizar a mercadoria extraviada, e em caso de sua impossibilidade, apurar a extensão da cobertura securitária, tudo de acordo com as normas vigentes do setor regulatório.

A mercadoria não foi localizada e a companhia aérea enviou carta admitindo o extravio.

A seguradora pagou à Toyota a indenização consistente no valor da mercadoria extraviada.

Sendo assim, considerando a realização do pagamento, do qual se originou a condição de sub-rogada (CC, art. 786) da seguradora, a Mitsui Sumitomo Seguros S.A. ingressou com ação regressiva de indenização contra a companhia aérea requerendo o ressarcimento do pagamento realizado à sua cliente.

A ré, na contestação, pugnou pela aplicação do Tema 210 do STF e sustentou que, em caso de procedência do pedido, o valor da indenização deveria ficar limitado ao previsto na Convenção de Montreal. Confira o que diz o Tema 210:

Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor.

STF. Plenário. RE 636331/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes e ARE 766618/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, julgados em 25/05/2017 (Repercussão Geral – Tema 210) (Info 866).

Assiste razão à companhia aérea?

SIM.

A Convenção de Montreal, internalizada no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto-Lei 5.910/2006, aplica-se a todo transporte internacional de pessoas, bagagem ou carga, efetuado em aeronaves, mediante remuneração.

No art. 31, II, a Convenção dispõe que, em caso de avaria, o destinatário deverá apresentar ao transportador um protesto, imediatamente após haver sido notada tal avaria e, o mais tardar, dentro do prazo de sete dias para a bagagem registrada e de quatorze dias para a carga, a partir da data de seu recebimento. Em caso de atraso, o protesto deverá ser feito, o mais tardar, dentro de 21 dias, a contar do dia em que a bagagem ou a carga haja sido posta à sua disposição.

Nos termos da jurisprudência do STJ, a seguradora sub-rogada pode buscar o ressarcimento do que despendeu com a indenização securitária, no mesmo prazo prescricional, termos e limites que assistiam ao segurado quando recebeu a indenização.

Não se adota diretamente a Convenção de Montreal nas relações de seguro, até mesmo porque ela disciplina somente o transporte aéreo internacional. Com efeito, aplica-se a regra geral da relação securitária às peculiaridades da relação originária.

O prazo decadencial previsto no art. 31, II, da Convenção de Montreal não se aplica ao extravio, uma vez que o referido dispositivo trata da necessidade de protesto e do respectivo prazo apenas nos casos de avaria ou atraso no recebimento da mercadoria.

As reclamações relativas às avarias ou às perdas não exigem forma especial para efetivação, que podem ser feitas, inclusive, no próprio conhecimento, bastando sua documentação para ilidir a presunção de regularidade do transporte.

O prazo decadencial para apresentação de protesto não tem eficácia contra a seguradora sub-rogada, todavia, se aquele a quem competia realizar o protesto, na forma e no prazo previstos na Convenção de Montreal, não o fizer, deixará de merecer posterior indenização. Por conseguinte, a seguradora não poderá buscar ressarcimento pelo que eventualmente tenha pago ao segurado.

O termo inicial do prazo prescricional para a seguradora sub-rogada ajuizar ação de regresso é a data em que ela pagou o valor da indenização e o prazo prescricional deve ser aquele aplicável à relação jurídica originária.

O Código Brasileiro Aeronáutico determina, no art. 317, I, que prescreve em dois anos a ação por danos causados a passageiros, bagagem ou carga transportada, a contar da data em que se verificou o dano, da data da chegada ou do dia em que devia chegar a aeronave ao ponto de destino, ou da interrupção do transporte.

Havendo destruição, perda, avaria ou atraso de carga em transporte aéreo internacional, a indenização será limitada a 17 Direitos Especiais de Saque, a menos que tenha sido feita a Declaração Especial de Valor ou tenha ocorrido qualquer uma das demais hipóteses previstas em lei para que seja afastado o limite de responsabilidade previsto no art. 22, III, da Convenção de Montreal.

Em suma:

A indenização por destruição, perda, avaria ou atraso de carga em transporte aéreo internacional será limitada a 17 Direitos Especiais de Saque, a menos que tenha sido feita a Declaração Especial de Valor ou tenha ocorrido qualquer uma das demais hipóteses previstas em lei para afastar o limite de responsabilidade previsto no art. 22, III, da Convenção de Montreal.

STJ. 3ª Turma. REsp 2.052.769-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 20/6/2023 (Info 781).

DIREITO EMPRESARIAL

MARCA

No contexto de propaganda comparativa ofensiva, não é viável impor a obrigação de indenização por danos materiais sem a devida demonstração de prejuízo

ODS 16

A propaganda comparativa é forma de publicidade na qual se compara, explícita ou implicitamente, produtos ou serviços concorrentes, a fim de conquistar a escolha do consumidor.

Havendo propaganda comparativa ofensiva, deverá haver condenação por dano moral, sendo este *in re ipsa*.

Por outro lado, somente haverá condenação em danos materiais se existir efetiva demonstração de prejuízo.

STJ. 4ª Turma. AgInt nos EDcl no REsp 1.770.411-RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Rel. para acórdão Min. Raul Araújo, julgado em 14/2/2023 (Info 781).

A situação concreta, com adaptações, foi a seguinte:

A Nissan veiculou, na televisão e internet, filme publicitário em que faz referência, de forma não autorizada, aos veículos da Toyota.

Na referida campanha publicitária, a Nissan afirmava que seu automóvel Nissan Frontier teria sido eleito a Melhor Compra 2010 pela revista Quatro Rodas na categoria picapes cabine dupla.

Além disso, passava a mensagem de que os veículos Hilux (Toyota) e Amarok (Volkswagen) seriam apenas uma maquiagem de um utilitário, veículos para cidade, não aptos nem competentes a enfrentar as condições hostis do ambiente e atividades rurais, enquanto o Frontier seria.

A cena se passa num ambiente de posto de gasolina, onde uma dupla de cowboys (denominados “Railuque & Maloque”) canta e dança, tendo sempre ao fundo os automóveis Hilux (Toyota) e Amarok (VW). Após a música, a cena vai para um banho de lama dado pela Frontier na dupla de cowboys.

A Toyota ajuizou ação inibitória e indenizatória contra a Nissan.

Pediu que a ré fosse condenada a deixar de veicular a propaganda, sob pena de multa diária.

Requeru, ainda, a condenação em danos materiais e morais.

A discussão chegou até o STJ. Vejamos o que decidiu o Tribunal.

No caso concreto, temos aquilo que se denomina de “propaganda comparativa”. Em que consiste isso?

A propaganda comparativa é forma de publicidade na qual se compara, explícita ou implicitamente, produtos ou serviços concorrentes, a fim de conquistar a escolha do consumidor.

Em nosso país, não há lei definindo o que seja publicidade comparativa.

A doutrina e o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária do CONAR afirmam que a publicidade comparativa, em regra, é permitida, desde que não viole alguns princípios.

Segundo já decidiu o STJ, é lícita a propaganda comparativa entre produtos de marcas distintas e de preços próximos no caso em que:

- a) a comparação tenha por objetivo principal o esclarecimento do consumidor;
- b) as informações vinculadas sejam verdadeiras, objetivas, não induzam o consumidor a erro, não depreciem o produto ou a marca, tampouco sejam abusivas (art. 37, § 2º, do CDC); e
- c) os produtos e marcas comparados não sejam passíveis de confusão.

A publicidade comparativa não é vedada pelo CDC, desde que obedeça ao princípio da veracidade das informações, seja objetiva e não abusiva.

De igual forma, em regra, a propaganda comparativa não é proibida pela Lei 9.279/96 (LPI). Para que a propaganda comparativa viole o direito marcário do concorrente, as marcas devem ser passíveis de confusão ou a menção à marca do concorrente deve ser feita de forma depreciativa, acarretando a degradação (desgaste do outro produto) e o consequente desvio de clientela.

STJ. 4ª Turma. REsp 1377911-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 2/10/2014 (Info 550).

No caso de propaganda comparativa, não há confusão entre marcas, nem falsificação de símbolo ou indução do consumidor a confundir uma marca por outra. Ao contrário, a propaganda serve para as distinguir, até para enaltecer uma marca em face das outras marcas comparadas.

No presente caso, houve condenação em danos morais?

SIM.

No caso concreto, houve propaganda comparativa claramente ofensiva.

Logo, trata-se de hipótese de dano moral *in re ipsa*.

No presente caso, houve condenação em danos materiais?

NÃO.

No caso concreto, apesar de ter existido propaganda comparativa ofensiva, o autor não comprovou, de maneira efetiva, qual o prejuízo sofrido.

É equivocado o reconhecimento de um dano material in re ipsa sem expressa previsão legal, a partir da utilização comparativa, por mera analogia, de violação de direito marcário, esta sim com indicativos objetivos na Lei de Propriedade Industrial.

O reconhecimento de dano material in re ipsa, sem expressa previsão legal, a dispensar a comprovação mínima de existência desse dano, é indevida, inviável.

No contexto de propaganda comparativa ofensiva, não é viável impor a obrigação de indenização por danos materiais sem a devida demonstração de prejuízo.

STJ. 4ª Turma. AgInt nos EDcl no REsp 1.770.411-RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Rel. para acórdão Min. Raul Araújo, julgado em 14/2/2023 (Info 781).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

GRATUIDADE DE JUSTIÇA

O fato de o representante legal da criança autora da ação auferir renda não pode, por si só, servir de empecilho à concessão da gratuidade de justiça

Importante!!!

ODS 10 E 16

A representação da criança ou adolescente por seus pais vincula-se à incapacidade civil e econômica do próprio menor, sobre o qual incide a regra do art. 99, § 3º, do CPC/2015, mas isso não implica automaticamente o exame do direito à gratuidade com base na situação financeira dos pais.

STJ. 3ª Turma. REsp 2.055.363-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 13/6/2023 (Info 781).

Imagine a seguinte situação hipotética:

Lucas, 5 anos de idade, representado por seus pais (João e Regina), ajuizou ação de indenização por danos morais contra a empresa Alfa.

Foi pedida a concessão do benefício da Justiça Gratuita em favor de Lucas, que é criança e, portanto, não possui patrimônio nem exerce atividade remunerada. Para tanto, foi juntada declaração de pobreza atestando essa condição.

O juiz indeferiu o pedido de justiça gratuita sob o fundamento de que João e Regina, pais do autor, são servidores públicos qualificados e, com isso, possuem boa condição econômica.

Lucas interpôs agravo de instrumento sustentando a tese de que a concessão do benefício da justiça gratuita deve ser sempre analisada a partir da situação financeira do autor, e não de seu representante legal, mesmo que o requerente seja criança ou adolescente.

A decisão do magistrado foi mantida pelo TJ.

Ainda inconformado, o autor interpôs recurso especial. Insistiu na tese de que a gratuidade da justiça não pode ser indeferida com base na condição financeira de pessoa diversa da que busca o benefício, por ser direito personalíssimo.

O STJ concordou com os argumentos do recorrente?

SIM.

O CPC/2015, ao tratar sobre a gratuidade da justiça, estabelece que:

Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

O art. 99, § 6º do CPC traz regra que auxilia na resolução do caso concreto:

Art. 99 (...)

§ 6º O direito à gratuidade da justiça é pessoal, não se estendendo a litisconsorte ou a sucessor do beneficiário, salvo requerimento e deferimento expressos.

Embora a regra do art. 99, § 6º, do CPC/2015 limite-se a enunciar que o benefício não é automaticamente extensível ao litisconsorte, tampouco é automaticamente transmissível ao sucessor, é da natureza personalíssima do direito à gratuidade que os pressupostos legais para a sua concessão deverão ser preenchidos, em regra, pela própria parte, não por seu representante legal.

Em se tratando de crianças ou adolescentes representados ou assistidos pelos seus pais, haverá sempre um forte vínculo entre a situação desses dois diferentes sujeitos de direitos e obrigações, sobretudo em razão da incapacidade civil e econômica do próprio menor, o que não significa dizer, todavia, que se deva automaticamente examinar o direito à gratuidade a que poderia fazer jus o menor à luz da situação financeira de seus pais.

Assim, em se tratando de direito à gratuidade de justiça pleiteado por criança ou adolescente, é apropriado que, em regra, incida a previsão do art. 99, § 3º, do CPC/2015. Assim, deve ser deferido o benefício da justiça gratuita ao menor em razão da presunção de insuficiência de recursos decorrente de sua alegação.

O STJ, contudo, afirma que é possível que o réu demonstre, com base no art. 99, § 2º, do CPC/2015, a ausência dos pressupostos legais que justificam a concessão da gratuidade, pleiteando, em razão disso, a revogação do benefício:

Art. 99 (...)

§ 2º O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos.

Essa forma de encadeamento dos atos processuais privilegia, a um só tempo, o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal), pois não impede o imediato ajuizamento da ação e a prática de atos processuais eventualmente indispensáveis à tutela do direito vindicado, e o princípio do contraditório (art. 5º, LV, da CF/88), pois permite ao réu que produza prova, ainda que indiciária, de que não se trata de hipótese de concessão do benefício.

Mais recentemente, com amparo, também, no caráter personalíssimo do benefício da gratuidade de justiça, o STJ decidiu que a condição financeira do cônjuge não obsta, por si só e necessariamente, o deferimento do benefício da gratuidade da justiça, sendo necessário verificar se a própria parte que o requer preenche os pressupostos específicos para a sua concessão:

(...) 2. O propósito recursal consiste em dizer se o fato de o cônjuge da parte requerente possuir condições financeiras de arcar com as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios, obsta, por si só e necessariamente, o deferimento do pedido de gratuidade da justiça.

3. Extraí-se da natureza personalíssima do direito à gratuidade a conclusão de que os pressupostos legais para a sua concessão deverão ser preenchidos, em regra, pela própria parte que o requer.

4. Na hipótese em que o pedido de gratuidade da justiça é realizado por um dos cônjuges, poderá haver um forte vínculo entre a situação financeira dos consortes, sobretudo em razão do regime matrimonial de bens e o dever de mútua assistência previsto no inciso III do art. 1.566 do CC, o que não significa dizer, todavia, que se deva, automática e isoladamente, examinar o direito à gratuidade a que poderia fazer jus um dos cônjuges à luz da situação financeira do outro.

5. A condição financeira do cônjuge não obsta, por si só e necessariamente, o deferimento dos benefícios da gratuidade da justiça, sendo necessário verificar se a própria parte que o requer preenche os pressupostos específicos para a sua concessão. (...)

STJ. 3ª Turma. REsp 1.998.486/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 16/8/2022.

Diante de tudo que foi exposto, conclui-se que o fato de o representante legal da parte auferir renda não pode, por si só, servir de empecilho à concessão da gratuidade de justiça ao menor, que figura como parte no processo.

Em suma:

A representação da criança ou adolescente por seus pais vincula-se à incapacidade civil e econômica do próprio menor, sobre o qual incide a regra do art. 99, § 3º, do CPC/2015, mas isso não implica automaticamente o exame do direito à gratuidade com base na situação financeira dos pais.

STJ. 3ª Turma. REsp 2.055.363-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 13/6/2023 (Info 781).

DOD PLUS – INFORMAÇÕES CORRELATAS

Jurisprudência em Teses (Ed. 149)

6) Nas ações ajuizadas por menor, em que pese a existência da figura do representante legal no processo, o pedido de concessão de gratuidade da justiça deve ser examinado sob o prisma do menor, que é parte do processo.

O fato de o representante legal do menor, autor de execução de alimentos, possuir atividade remunerada não pode, por si só, servir de empecilho à concessão da gratuidade de justiça

Em ação judicial que versa sobre alimentos ajuizada por menor, não é admissível que a concessão da gratuidade de justiça esteja condicionada a demonstração de insuficiência de recursos de seu representante legal.

Caso concreto: uma criança, representada por sua mãe, ingressou com execução de alimentos contra o pai; o juiz indeferiu o pedido de gratuidade de justiça porque a mãe do autor (representante do menor) não provou a sua insuficiência de recursos.

O direito ao benefício da gratuidade de justiça possui natureza individual e personalíssima.

Assim, os requisitos para a concessão ou não do direito à gratuidade deverão ser preenchidos, em regra, pela própria parte, e não pelo seu representante legal.

É evidente que, em se tratando de menores representados pelos seus pais, haverá sempre um forte vínculo entre a situação desses dois diferentes sujeitos de direitos e obrigações, sobretudo em razão da incapacidade civil e econômica do próprio menor. Isso não significa, contudo, que se deva automaticamente examinar o direito à gratuidade a que poderia fazer jus o menor à luz da situação financeira de seus pais.

Assim, em se tratando de direito à gratuidade de justiça pleiteado por menor de 18 anos, deve o juiz, inicialmente, aplicar a regra do §3º do art. 99, deferindo o benefício em razão da presunção de sua insuficiência de recursos. Existe, todavia, a possibilidade de a outra parte demonstrar, com base no § 2º, a ausência dos pressupostos legais que justificam a gratuidade, pleiteando, em razão disso, a revogação do benefício concedido.

STJ. 3ª Turma. REsp 1807216-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 04/02/2020 (Info 664).

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Incide a regra geral do art. 85, § 1º, do CPC, que autoriza o cabimento dos honorários de sucumbência na fase de cumprimento, quando a liquidação ostentar caráter litigioso

ODS 16

De acordo com o CPC:

Art. 85. (...) § 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente. (...)

Se você observar bem o art. 85, § 1º, do CPC verá que ele não tratou da fixação da verba honorária na fase de liquidação de sentença. A despeito disso, a jurisprudência consolidou o entendimento de que, constatada a litigiosidade na liquidação, a efetiva sucumbência da parte implicará sua condenação nas verbas sucumbenciais:

STJ. 1ª Turma. AgInt no AgInt no REsp 1.955.594-MG, Rel. Min. Paulo Sérgio Domingues, julgado em 29/5/2023 (Info 781).

Imagine a seguinte situação hipotética:

O sindicato dos servidores públicos impetrou mandado de segurança pedindo que fosse reconhecido o direito a determinada gratificação aos servidores.

A ordem foi concedida (o pedido foi julgado procedente). Houve o trânsito em julgado.

O Tribunal consignou que, antes da execução do julgado por parte dos beneficiários, seria necessária a liquidação do julgado. Essa liquidação deveria ser feita pelo procedimento comum (antiga liquidação por artigos), a ser proposta na 1ª instância, dada a necessidade de comprovação de fatos novos (identificação dos servidores, períodos de substituição, padrões de vencimento etc) e, principalmente, o número de servidores envolvidos (mais de mil).

Na sequência, João formulou pedido de liquidação de sentença pelo procedimento comum pedindo que o Estado-membro fosse condenado a pagar R\$ 60 mil.

Citado, o Estado alegou que o valor devido era de R\$ 30 mil.

Ao final da instrução, o juiz homologou os cálculos apresentados pelo autor no montante de R\$ 60 mil.

O magistrado deixou de arbitrar honorários invocando o art. 25 da Lei nº 12.016/2009 e a Súmula 512 do STF (“Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança”):

Art. 25. Não cabem, no processo de mandado de segurança, a interposição de embargos infringentes e a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé.

O autor recorreu alegando que deveriam incidir honorários advocatícios, com base no art. 85, § 1º, do CPC, tendo em vista o caráter litigioso da liquidação no caso:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.
§ 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.
(...)

O STJ concordou com os argumentos do autor? São devidos honorários advocatícios neste caso?

SIM.

Se você observar bem o art. 85, § 1º, do CPC verá que ele não tratou da fixação da verba honorária na fase de liquidação de sentença, por se tratar de procedimento que tem por finalidade a definição do montante devido para possibilitar a satisfação do título judicial. A despeito disso, a jurisprudência consolidou o entendimento de que, constatada a litigiosidade na liquidação, a efetiva sucumbência da parte implicará sua condenação nas verbas sucumbenciais:

Merece ser esclarecido que o processo se encontra em fase de liquidação por arbitramento, onde são fixados os honorários dada a litigiosidade existente.

STJ. 2ª Turma. EDcl nos EDcl no REsp 1.960.177/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 28/11/2022.

No caso concreto, como a liquidação de sentença se revestiu de caráter litigioso, será devida a fixação da verba sucumbencial.

Tampouco prospera a alegação da parte agravante de ser incabível a fixação de honorários sucumbenciais em execução de sentença proferida em mandado de segurança.

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça já consolidou a orientação de que:

A aplicação do art. 25 da Lei nº 12.016/2009 restringe-se à fase de conhecimento, não sendo cabível na fase de cumprimento de sentença, ocasião em que a legitimidade passiva deixa de ser da autoridade impetrada e passa ser do ente público ao qual aquela encontra-se vinculada. Mostra-se incidente a regra geral do art. 85, § 1º, do CPC, que autoriza o cabimento dos honorários de sucumbência na fase de cumprimento, ainda que derivada de mandado de segurança.

STJ. 1ª Seção. AgInt na ImpExe na ExeMS 15.254/DF, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 29/3/2022.

Portanto, tratando-se de liquidação individual de sentença decorrente de ação coletiva, é devida a verba honorária, ainda que proveniente de ação mandamental, a teor do disposto na Súmula n. 345/STJ:

Súmula 345-STJ: São devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções individuais de sentença proferida em ações coletivas, ainda que não embargadas.

Em suma:

Incide a regra geral do art. 85, § 1º, do CPC, que autoriza o cabimento dos honorários de sucumbência na fase de cumprimento, quando a liquidação ostentar caráter litigioso.

STJ. 1ª Turma. AgInt no AgInt no REsp 1.955.594-MG, Rel. Min. Paulo Sérgio Domingues, julgado em 29/5/2023 (Info 781).

DOD PLUS – INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES

No processo de mandado de segurança, não cabem honorários advocatícios (art. 25 da Lei 12.016/2009). E se já estiver na fase de cumprimento de sentença? Mesmo assim não cabem honorários advocatícios? Aplica-se o art. 25 da Lei nº 12.016/2009 no cumprimento de sentença do processo de MS?

Depende:

- se for o cumprimento de sentença decorrente de uma sentença proferida em mandado de segurança individual: não cabem honorários advocatícios. Aplica-se o art. 25 da Lei nº 12.016/2009. Nesse sentido:

No processo de mandado de segurança individual, não cabem honorários advocatícios, mesmo que já esteja na fase de cumprimento de sentença.

STJ. 1ª Turma. AgInt no REsp 1968010-DF, Rel. Min. Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF da 5ª Região), julgado em 09/05/2022 (Info 753).

(...) V. Nos termos da jurisprudência desta Corte, na fase de cumprimento de sentença em Mandado de Segurança individual, não cabem honorários advocatícios de sucumbência, na esteira do disposto no art. 25 da Lei 12.016/2009 e na Súmula 105/STJ. (...)

STJ. 2ª Turma. AgInt no AgInt no AREsp 2.127.997/MG, Rel. Min. Assusete Magalhães, julgado em 22/5/2023.

- se for o cumprimento de sentença decorrente de uma sentença proferida em mandado de segurança coletivo: cabem honorários advocatícios. Não se aplica o art. 25 da Lei nº 12.016/2009. Confira:

(...) O fato de se tratar de Cumprimento Individual de Sentença proferida em Mandado de Segurança coletivo não impede a condenação em honorários advocatícios (...)

STJ. 2ª Turma. AgInt no REsp 1.948.937/SE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 21/2/2022.

(...) 2. A jurisprudência desta Corte reconhece que é devida a verba honorária em execução individual de sentença proferida em ação coletiva, ainda que proveniente de ação mandamental. (...) STJ. 1ª Turma. AgInt no REsp 1.921.658/SE, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 16/11/2021.

COISA JULGADA

Os limites subjetivos e objetivos da coisa julgada não podem ser analisados pelo STJ em REsp

ODS 16

Os limites subjetivos e objetivos da coisa julgada não podem ser analisados pelo STJ na via do recurso especial, por infringir o disposto no enunciado da Súmula n. 7/STJ.

STJ. 2ª Turma. REsp 2.035.667-RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, Rel. para acórdão Min. Assusete Magalhães, julgado em 9/5/2023 (Info 781).

Imagine a seguinte situação hipotética:

A Associação Nacional dos Aposentados e Pensionistas do IBGE impetrou mandado de segurança coletivo, pedindo para que o IBGE pagasse aos seus servidores aposentados e pensionistas, uma determinada gratificação que era paga aos servidores da ativa.

A ordem foi concedida e transitou em julgado.

Com base nisso, João, aposentado do IBGE, propôs execução individual do título executivo, objetivando receber as parcelas vencidas desde o momento da impetração do mandado de segurança até a data da efetiva incorporação.

Citado, o IBGE apresentou impugnação.

O juiz rejeitou a impugnação.

Inconformado, o IBGE interpôs agravo de instrumento.

O TRF deu provimento ao recurso do IBGE para reconhecer a inexigibilidade do título executivo e julgar extinta a execução.

Para o TRF, foram implementados critérios de avaliação de desempenho no IBGE, razão pela os servidores inativos não teriam mais direito à paridade.

O autor interpôs recurso especial alegando, dentre outros fundamentos, que a decisão do TRF extrapolou o objeto e os limites do cumprimento de sentença.

Esse argumento invocado pelo autor foi apreciado pelo STJ?

NÃO.

Trata-se, em suma, de recurso especial em que se pretende, entre outros pontos, afastar o entendimento firmado em acórdão que declarou a inexigibilidade de título executivo com fundamento central na proteção dos efeitos da coisa julgada referente ao título executivo ora em discussão.

No entanto, não se pode verificar a procedência das alegações feitas no recurso especial, de que o acórdão recorrido estaria em confronto com a coisa julgada formada sem o prévio reexame de matéria fática.

É consolidada a jurisprudência do STJ no sentido de que os limites subjetivos e objetivos da coisa julgada não podem ser apreciados pelo STJ na via do recurso especial porque infringe o disposto no enunciado da Súmula 7 do STJ (STJ. 2ª Turma. EDcl no REsp 1.776.656/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 9/6/2020).

Súmula 7-STJ: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

Em suma:

Os limites subjetivos e objetivos da coisa julgada não podem ser analisados pelo STJ na via do recurso especial, por infringir o disposto no enunciado da Súmula n. 7/STJ.

STJ. 2ª Turma. REsp 2.035.667-RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, Rel. para acórdão Min. Assusete Magalhães, julgado em 9/5/2023 (Info 781).

RECURSO ESPECIAL

Não cabe agravo interno contra decisão que, ao reconhecer que houve em agravo em recurso especial a integral refutação dos fundamentos adotados no juízo de admissibilidade feito na origem, determina a sua reautuação como recurso especial

ODS 16

Exemplo hipotético: João ajuizou ação contra o Estado-membro. O pedido foi julgado improcedente e a sentença mantida pelo TJ. Inconformado, João interpôs recurso especial. O recurso foi inadmitido pelo Vice-Presidente do TJ. Contra essa decisão, João interpôs agravo em recurso especial (art. 1.042 do CPC).

O Ministro do STJ, por decisão monocrática, não conheceu o agravo alegando que houve violação ao princípio da dialeticidade recursal, previsto no art. 932, III, do CPC.

João não concordou e interpôs agravo interno. Em juízo de retratação, o Ministro deu provimento ao agravo interno para reconsiderar a decisão agravada e determinar a reautuação do feito para recurso especial. Contra essa decisão, o Estado-membro interpôs agravo interno.

O agravo interno não foi conhecido pela Turma do STJ.

A decisão que, ao reconhecer que houve, em agravo em recurso especial, a integral refutação dos fundamentos adotados no juízo de admissibilidade feito na origem, determina a sua reautuação como recurso especial não importa prejuízo à parte contrária. Em outras palavras, a decisão do Ministro que mandou “subir” o Resp não gerou prejuízo ao Estado-membro. Isso porque essa decisão se limita a determinar o processamento regular do recurso especial. Esse recurso especial ainda será analisado pela Turma que poderá, inclusive, fazer uma nova análise da admissibilidade e, com isso, em novo juízo denegatório.

STJ. 2ª Turma. AgInt no AgInt no AREsp 2.119.020-CE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 22/5/2023 (Info 781).

Imagine a seguinte situação hipotética:

João ajuizou ação contra o Estado-membro.

O pedido foi julgado improcedente e essa sentença foi mantida pelo Tribunal de Justiça.

Inconformado, João interpôs recurso especial.

O recurso foi inadmitido pelo Vice-Presidente do TJ.

Contra essa decisão, João interpôs agravo em recurso especial (art. 1.042 do CPC).

O Ministro do STJ, por decisão monocrática, não conheceu o agravo alegando que houve violação ao princípio da dialeticidade recursal, previsto no art. 932, III, do CPC:

Art. 932. Incumbe ao relator:

(...)

III - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida;

João não concordou e interpôs agravo interno.

Em juízo de retratação, o Ministro deu provimento ao agravo interno para reconsiderar a decisão agravada e determinar a reautuação do feito para recurso especial. Em outras palavras, o Ministro disse: a decisão do Vice-Presidente do TJ que não permitiu que o Resp “subisse” foi inadequada; deixe o Resp subir para o STJ analisar o mérito recursal.

Por que o Ministro fez esse juízo de retratação? Porque ele, revendo o agravo em recurso especial que João havia interposto, percebeu que o recorrente havia sim refutado os argumentos contidos na decisão

do Vice-Presidente do TJ que fez o juízo de admissibilidade na origem. Logo, não houve violação ao princípio da dialeticidade recursal (art. 932, III, do CPC).

Contra essa decisão, o Estado-membro interpôs agravo interno.

Alegou que os argumentos deduzidos por João no recurso especial são genéricos e incapazes de infirmar a decisão do TJ, que foi proferida em consonância com a jurisprudência do STJ.

Por esse motivo, pediu que o agravo em recurso especial manejado por João não fosse conhecido e que a decisão do Vice-Presidente do TJ – que não deixou o Resp “subir” – fosse mantida.

O que a 2ª Turma do STJ decidiu sobre esse agravo interno do Estado-membro?

O agravo interno não foi conhecido.

A decisão que, ao reconhecer que houve, em agravo em recurso especial, a integral refutação dos fundamentos adotados no juízo de admissibilidade feito na origem, determina a sua reautuação como recurso especial não importa prejuízo à parte contrária. Em outras palavras, a decisão do Ministro que mandou “subir” o Resp não gerou prejuízo ao Estado-membro. Isso porque essa decisão se limita a determinar o processamento regular do recurso especial. Esse recurso especial ainda será analisado pela Turma que poderá, inclusive, fazer uma nova análise da admissibilidade e, com isso, em novo juízo denegatório.

Assim, ante a inexistência de lesividade da decisão não se conhece do agravo interno neste caso. Confira outro julgado no mesmo sentido:

Nos termos do art. 258, § 2º, do RISTJ, não cabe 'agravo regimental da decisão do relator que der provimento a agravo de instrumento, para determinar a subida de recurso não admitido'.

A disposição se aplica, por analogia, aos casos em que determinada a conversão de agravo em recurso especial.

A jurisprudência do STJ apenas admite que a regra seja mitigada quando restar comprovada a existência de vícios relativos à admissibilidade do próprio agravo, hipótese não configurada no caso dos autos.

STJ. 2ª Turma. AgInt no AREsp 2.190.540/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 20/3/2023.

Em suma:

Não cabe agravo interno contra decisão que, ao reconhecer que houve em agravo em recurso especial a integral refutação dos fundamentos adotados no juízo de admissibilidade feito na origem, determina a sua reautuação como recurso especial.

STJ. 2ª Turma. AgInt no AgInt no AREsp 2.119.020-CE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 22/5/2023 (Info 781).

DIREITO PROCESSUAL PENAL

REVISÃO CRIMINAL

Na revisão criminal, por se tratar de ação exclusivamente defensiva, afastado o desvalor atribuído às circunstâncias judiciais ou às agravantes, a pena deverá ser reduzida

ODS 16

Quando o Tribunal de origem, em recurso exclusivo da defesa, afasta a valoração negativa de algum elemento da dosimetria da pena, deve reduzir a sanção proporcionalmente, e não realocá-lo.

Assim, é imperiosa a redução proporcional da pena-base quando o Tribunal de origem, em recurso exclusivo da defesa, afastar uma circunstância judicial negativa do art. 59 do CP

reconhecida na sentença condenatória (STJ. 3ª Seção. EREsp 1826799-RS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Rel. Acd. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 08/09/2021. Info 713).

O Tribunal, no julgamento de recurso exclusivo da defesa, ainda que no contexto do efeito devolutivo da apelação, não terá plena liberdade para manter o mesmo apenamento fixado no édito condenatório quando afastar a valoração negativa de algum dos fatores analisados na sentença.

Desse modo, não mais se admite que o Tribunal, para manter o mesmo quantum da pena-base fixado na sentença, por exemplo, inove para atribuir maior valor a uma vetorial do art. 59 do CP em detrimento de outra, ou mesmo que reforce os fundamentos das circunstâncias mantidas como negativas para que estas agreguem o aumento das que foram neutralizadas. Tais medidas doravante configuram-se *reformatio in pejus*.

STJ. 5ª Turma. AgRg no REsp 2.037.387-SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 12/6/2023 (Info 781).

Imagine a seguinte situação hipotética:

Em 02/02/2014, João praticou o crime de roubo.

Em 11/11/2014, João foi condenado pelo roubo, mas recorreu.

Em 06/02/2015, João praticou o delito de furto.

Em 25/02/2015, a condenação pelo crime de roubo transitou em julgado.

Em 28/09/2018, o juiz condenou o réu pelo furto e o considerou reincidente, em razão da condenação pelo roubo. Como houve o reconhecimento dessa reincidência, o magistrado aumentou a pena na segunda fase da dosimetria. A pena pelo furto ficou em 3 anos, 1 mês e 10 dias e transitou em julgado no dia 02/12/2021.

Pergunta: o juiz agiu corretamente ao reconhecer a reincidência neste caso?

NÃO.

João não era reincidente, uma vez que, quando praticou o segundo crime (furto), ainda não havia sido condenado pelo primeiro (roubo) com trânsito em julgado. Logo, não se enquadra na definição de reincidência.

Revisão criminal

João ajuizou revisão criminal na qual requereu, em síntese, o afastamento da agravante da reincidência reconhecida na sentença.

Para tanto, alegou que o crime de furto se deu em 06/02/2015, todavia, o crime considerado para elevar a pena na segunda fase dosimétrica teve seu trânsito em julgado 25/02/2015, ou seja, após os fatos.

O Tribunal de Justiça concordou com os argumentos e disse que, de fato, não se poderia ter aumentado a pena do réu com base na reincidência (segunda fase da dosimetria).

Por outro lado, o Tribunal manteve a pena em 3 anos, 1 mês e 10 dias. Isso porque entendeu que o roubo poderia ser utilizado na primeira fase da dosimetria como Maus antecedentes, diante da existência de condenação por fato anterior ao crime da denúncia, mas com trânsito em julgado posterior.

Afirmou que é permitido proceder a uma nova ponderação das circunstâncias, sem incorrer em *reformatio in pejus*, mesmo sendo uma revisão criminal, desde que a pena fixada pelo Juízo singular não seja agravada, como no caso dos autos.

Essa decisão hipotética do Tribunal de Justiça está correta?

NÃO.

Prevalecia no STJ o entendimento no sentido de que o efeito devolutivo pleno do recurso de apelação tornava possível à Corte de origem (TJ ou TRF), mesmo na análise de recurso exclusivo da defesa, revisar as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, bem como alterar ou mesmo inovar os fundamentos para justificar a manutenção ou redução da reprimenda e do regime inicial, sem que se configurasse caso

de *reformatio in pejus*, isso porque a situação do réu não seria agravada. Nesse sentido: STJ. 5ª Turma. AgRg no REsp 382.294/PE, julgado em 13/4/2021.

Todavia, a Terceira Seção do STJ, em 8/9/2021, ao julgar os Embargos de Divergência em REsp 1.826.799/RS, por maioria de votos, alterou seu ponto de vista sobre a matéria, passando a entender que quando o Tribunal de origem, em recurso exclusivo da defesa, afasta a valoração negativa de algum elemento da dosimetria da pena, deve reduzir a sanção proporcionalmente, e não realocá-lo:

É imperiosa a redução proporcional da pena-base quando o Tribunal de origem, em recurso exclusivo da defesa, afastar uma circunstância judicial negativa do art. 59 do CP reconhecida na sentença condenatória. STJ. 3ª Seção. EREsp 1826799-RS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Rel. Acd. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 08/09/2021, DJe 08/10/2021 (Info 713).

Nesse novo panorama, passou-se a entender que o Tribunal, no julgamento de recurso exclusivo da defesa, ainda que no contexto do efeito devolutivo da apelação, não terá plena liberdade para manter o mesmo apenamento fixado no édito condenatório quando afastar a valoração negativa de algum dos fatores analisados na sentença.

Assim, não mais se admite que o Tribunal, para manter o mesmo quantum da pena-base fixado na sentença, por exemplo, inove para atribuir maior valor a uma vetorial do art. 59 do CP em detrimento de outra, ou mesmo que reforce os fundamentos das circunstâncias mantidas como negativas para que estas agreguem o aumento das que foram neutralizadas. Tais medidas doravante configuram-se *reformatio in pejus*.

Acrescente-se, ainda, que mesmo nas hipóteses de revisão criminal, por se tratar de ação exclusivamente defensiva, uma vez afastado o desvalor atribuído às circunstâncias judiciais, ou mesmo no tocante às circunstâncias agravantes, como no caso, a pena deverá necessariamente ser reduzida.

Em suma:

Na revisão criminal, por se tratar de ação exclusivamente defensiva, afastado o desvalor atribuído às circunstâncias judiciais ou às agravantes, a pena deverá ser reduzida.

STJ. 5ª Turma. AgRg no REsp 2.037.387-SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 12/6/2023 (Info 781).

DOD PLUS – JULGADOS CORRELATOS

1. A Terceira Seção, em 8/9/2021, ao julgar os Embargos de Divergência em REsp n. 1.826.799/RS, fixou o entendimento de que, quando o Tribunal de origem, em recurso exclusivo da defesa, afasta a valoração negativa de algum elemento da dosimetria da pena, deve reduzir a sanção proporcionalmente, e não realocá-lo para outra etapa dosimétrica ou complementar a fundamentação adotada pelo juízo sentenciante.

2. Na hipótese, embora o Tribunal a quo tenha afastado a valoração negativa da conduta social, na primeira fase da dosimetria, reduziu desproporcionalmente a pena-base, incorrendo em indevida *reformatio in pejus*.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 2.049.846/RS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 8/5/2023, DJe de 12/5/2023.)

1. De acordo com o entendimento pacificado pela Terceira Seção do STJ, "É imperiosa a redução proporcional da pena-base quando o Tribunal de origem, em recurso exclusivo da defesa, afastar uma circunstância judicial negativa do art. 59 do CP reconhecida no édito condenatório" (EDv nos EREsp n. 1.826.799/RS, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Rel. p/ Acórdão Ministro Antonio Saldanha Palheiro, 3ª S., DJe 8/10/2021).

2. Na hipótese, as instâncias ordinárias não individualizaram a fração de aumento para cada uma das circunstâncias judiciais consideradas negativas e não houve recurso ministerial a respeito, razão pela qual

se deve presumir que todas tiveram igual peso. Não obstante a quantidade de drogas seja considerada preponderante pelo art. 42 da Lei n. 11.343/2006, nem o Juízo singular nem o Tribunal de origem lhe deram carga maior do que às demais vetoriais, e contra isso não se insurgiu o Ministério Público oportunamente.

3. Assim, não poderia esta Corte, em irresignação exclusiva da defesa - sobretudo em habeas corpus -, depois de afastar a valoração negativa de parte das vetoriais, atribuir para a circunstância judicial remanescente um peso maior do que foi estabelecido na sentença e no acórdão da apelação, sob pena de incorrer em reformatio in pejus.

4. Deveras, "se em ação ou recurso exclusivo da defesa, for afastado o desvalor conferido a circunstâncias judiciais equivocadamente negativadas, a pena-base deverá necessariamente ser reduzida, ao invés de se manter inalterada, pois proceder de maneira diversa implicaria o agravamento do quantum anteriormente atribuído a cada vetorial" (AgRg no HC n. 493.941/PB, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 28/5/2019).

5. A reformatio in pejus não ocorre somente quando se ultrapassa, em recurso exclusivo da defesa, a pena final estabelecida pela instância de origem, mas também quando se valora negativamente circunstância antes não considerada ou se dá peso maior do que deu o órgão a quo a vetorial já considerada negativa, ainda que a pena final se mantenha inalterada ou até mesmo fique em patamar inferior. Precedentes.

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 770.581/MG, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 27/3/2023, DJe de 3/4/2023.)

1. De acordo com o entendimento pacificado pela Terceira Seção do STJ, "É imperiosa a redução proporcional da pena-base quando o Tribunal de origem, em recurso exclusivo da defesa, afastar uma circunstância judicial negativa do art. 59 do CP reconhecida no édito condenatório" (EDv nos EREsp n. 1.826.799/RS, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Rel. p/ Acórdão Ministro Antonio Saldanha Palheiro, 3ª S., DJe 8/10/2021).

2. Na hipótese, as instâncias ordinárias não individualizaram a fração de aumento para cada uma das circunstâncias judiciais consideradas negativas e não houve recurso ministerial a respeito, razão pela qual se deve presumir que todas tiveram igual peso. Não obstante a quantidade de drogas seja considerada preponderante pelo art. 42 da Lei n. 11.343/2006, nem o Juízo singular nem o Tribunal de origem lhe deram carga maior do que às demais vetoriais, e contra isso não se insurgiu o Ministério Público oportunamente.

3. Assim, não poderia esta Corte, em irresignação exclusiva da defesa - sobretudo em habeas corpus -, depois de afastar a valoração negativa de parte das vetoriais, atribuir para a circunstância judicial remanescente um peso maior do que foi estabelecido na sentença e no acórdão da apelação, sob pena de incorrer em reformatio in pejus.

4. Deveras, "se em ação ou recurso exclusivo da defesa, for afastado o desvalor conferido a circunstâncias judiciais equivocadamente negativadas, a pena-base deverá necessariamente ser reduzida, ao invés de se manter inalterada, pois proceder de maneira diversa implicaria o agravamento do quantum anteriormente atribuído a cada vetorial" (AgRg no HC n. 493.941/PB, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 28/5/2019).

5. A reformatio in pejus não ocorre somente quando se ultrapassa, em recurso exclusivo da defesa, a pena final estabelecida pela instância de origem, mas também quando se valora negativamente circunstância antes não considerada ou se dá peso maior do que deu o órgão a quo a vetorial já considerada negativa, ainda que a pena final se mantenha inalterada ou até mesmo fique em patamar inferior.

Precedentes.

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no PExt no HC n. 770.581/MG, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 27/3/2023, DJe de 3/4/2023.)

EXECUÇÃO PENAL

Não há como se concluir que o limite máximo de pena em abstrato estipulado no art. 5º do Decreto 11.302/22 somente autoriza a concessão de indulto se o prazo de 5 anos não for excedido após a soma ou unificação de penas

ODS 16

A melhor interpretação sistêmica da leitura conjunta dos arts. 5º e 11 do Decreto nº 11.302/2022 é a que entende que o resultado da soma ou da unificação de penas efetuada até 25/12/2022 não constitui óbice à concessão do indulto àqueles condenados por delitos com pena em abstrato não superior a 5 (cinco) anos, desde que:

- 1) cumprida integralmente a pena por crime impeditivo do benefício;**
 - 2) o crime indultado corresponda a condenação primária (art. 12 do Decreto); e**
 - 3) o beneficiado não seja integrante de facção criminosa (parágrafo 1º do art. 7º do Decreto).**
- STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 824.625-SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 20/6/2023 (Info 781).

Indulto natalino

É bastante comum o Presidente da República editar um Decreto, no final de todos os anos, concedendo indulto. Esse Decreto é conhecido como “indulto natalino”.

No Decreto de indulto já constam todas as condições para a concessão do benefício. Caso o apenado atenda a esses requisitos, o juiz das execuções deve reconhecer o direito, extinguindo a pena pelo indulto.

Indulto natalino de 2022

O Decreto nº 11.302, de 22 de dezembro de 2022 concedeu indulto natalino.

João estava cumprindo pena por ter sido condenado pelos seguintes crimes:

- furto qualificado, cuja pena máxima é de 8 anos de reclusão e
- furto simples, cuja pena máxima é de 4 anos de reclusão.

A defesa de João pleiteou indulto com base no art. 5º, V, do Decreto nº 11.302/2022:

Art. 5º Será concedido indulto natalino às pessoas condenadas por crime cuja pena privativa de liberdade máxima em abstrato não seja superior a cinco anos.

Parágrafo único. Para fins do disposto no caput, na hipótese de concurso de crimes, será considerada, individualmente, a pena privativa de liberdade máxima em abstrato relativa a cada infração penal.

O juízo das execuções concedeu o indulto em relação ao crime de furto simples.

O Ministério Público recorreu (interpôs agravo em execução) pedindo a reforma da decisão.

Para o Parquet, a hipótese é de unificação de penas, não concurso de crimes. Logo, não se pode adotar a ressalva do parágrafo único do art. 5º, parágrafo único do Decreto Presidencial.

Para o MP, a pena do furto simples deve ser somada com a do furto qualificado, atendendo-se ao art. 11, do Decreto:

Art. 11. Para fins do disposto neste Decreto, as penas correspondentes a infrações diversas serão unificadas ou somadas até 25 de dezembro de 2022, nos termos do disposto no art. 111, da LEP.

Parágrafo único. Não será concedido indulto natalino correspondente a crime não impeditivo enquanto a pessoa condenada não cumprir a pena pelo crime impeditivo do benefício, na hipótese de haver concurso com os crimes a que se refere o art. 7º, ressalvada a concessão fundamentada no inciso III do caput do art. 1º.

Com a pena unificada, o condenado não terá direito à remição nem pelo furto simples.

O Tribunal de Justiça concordou com o Ministério Público e reformou a decisão.

A defesa impetrou habeas corpus alegando, em suma, que a pena máxima em abstrato do furto simples, isoladamente, não supera 5 anos, devendo ser concedido o indulto.

Sustentou que o fato de o art. 11, caput, do Decreto nº 11.302/22 apontar que as penas serão somadas ou unificadas, para os fins do indulto, não impede a consideração da pena de cada crime isoladamente, para a verificação do teto dos 5 anos descrito no art. 5º.

Ponderou que a soma ou unificação deve ocorrer apenas nos casos em que exigido o cumprimento de um percentual mínimo da pena para a concessão do indulto, como por exemplo no caso do art. 2º, II, art. 4º e art. 15, mas o somatório não serve como baliza para a ponderação sobre a pena máxima em abstrato prevista para a concessão do indulto disposto no art. 5º.

O STJ concordou com os argumentos da defesa?

SIM.

Para o STJ, não se pode fazer uma interpretação extensiva das restrições contidas no Decreto que concede indulto, sob pena de haver uma invasão em uma competência exclusiva do Presidente da República (art. 84, XII, da Constituição Federal). Assim, preenchidos os requisitos estabelecidos na norma legal, o benefício deve ser concedido por meio de sentença que possui natureza meramente declaratória, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade (STJ. 5ª Turma. AgRg no REsp 1.902.850/GO, Rel. Min. Messod Azulay Neto, julgado em 17/4/2023).

Nesse sentido, a correta interpretação sistêmica a se dar aos arts. 5º e 11 do Decreto nº 11.302/2022 exsurge a partir da leitura do texto do parágrafo único do art. 11:

Art. 11 (...)

Parágrafo único. Não será concedido indulto natalino correspondente a crime não impeditivo enquanto a pessoa condenada não cumprir a pena pelo crime impeditivo do benefício, na hipótese de haver concurso com os crimes a que se refere o art. 7º, ressalvada a concessão fundamentada no inciso III do caput do art. 1º.

Nele expressamente se veda a concessão de indulto a crime não impeditivo, enquanto não tiver sido cumprida a pena integral do crime impeditivo. A contrario sensu, tem-se que o apenado que tiver cometido um crime impeditivo e outro não impeditivo poderá, sim, receber o indulto.

O mesmo raciocínio deve ser transposto para a hipótese de unificação de penas - na qual se tem delitos impeditivos e não impeditivos objeto de condenação em ações penais diversas - sob pena de se concluir que um apenado que tem contra si uma única condenação deverá aguardar o cumprimento da totalidade da pena do delito impeditivo para fazer jus ao indulto do delito não impeditivo, enquanto que o apenado condenado a delito impeditivo em ação penal diversa, poderia fazer jus à concessão do indulto imediatamente.

Ademais, ressalta-se que se fosse possível considerar um requisito temporal para a unificação de penas, remanesceria o fato de que, a par de o art. 11 do Decreto não ter feito alusão a um limite máximo de penas para a concessão do indulto, também não dispôs sobre se deveriam ser consideradas as penas em concreto remanescentes ou totais.

Isso posto, a melhor interpretação sistêmica oriunda da leitura conjunta do art. 5º e do art. 11 do Decreto nº 11.302/2022 é a que entende que o resultado da soma ou da unificação de penas efetuada até 25/12/2022 não constitui óbice à concessão do indulto àqueles condenados por delitos com pena em abstrato não superior a 5 anos, desde que cumprida integralmente a pena por crime impeditivo do benefício, que o crime indultado corresponda a condenação primária (art. 12 do Decreto) e que o beneficiado não seja integrante de facção criminosa (parágrafo 1º do art. 7º do Decreto).

Em suma:

A melhor interpretação sistêmica da leitura conjunta dos arts. 5º e 11 do Decreto n. 11.302/2022 é a que entende que o resultado da soma ou da unificação de penas efetuada até 25/12/2022 não constitui óbice à concessão do indulto àqueles condenados por delitos com pena em abstrato não superior a 5 (cinco) anos, desde que (1) cumprida integralmente a pena por crime impeditivo do benefício; (2) o crime indultado corresponda a condenação primária (art. 12 do Decreto); e (3) o beneficiado não seja integrante de facção criminosa (parágrafo 1º do art. 7º do Decreto).

STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 824.625-SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 20/6/2023 (Info 781).

EXECUÇÃO PENAL

O tempo em que o apenado esteve afastado das suas obrigações no regime aberto, sob atestado médico, pode ser computado como pena efetivamente cumprida

ODS 16

Situação hipotética: João cumpre pena em regime aberto, devendo pernoitar na Casa do Albergado. Ele apresentou vários atestados médicos para justificar a ausência nos pernoites, os quais foram juntados no processo de execução. A Defensoria Pública pugnou pelo cômputo dos períodos de licença médica como efetivo cumprimento de pena.

O Juízo indeferiu o pedido por entender que os atestados médicos apresentados nos presídios serviram apenas para justificar o afastamento e evitar a comunicação de fuga, porém não poderiam ter seus períodos utilizados como pena cumprida pelo simples fato de que não haver o cumprimento da reprimenda propriamente dita.

O caso chegou ao STJ, que concordou com o pleito da defesa.

O tempo em que o apenado esteve afastado das suas obrigações no regime aberto, sob atestado médico, pode ser computado como pena efetivamente cumprida.

STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 703.002-GO, Rel. Min. Messod Azulay Neto, julgado em 12/6/2023 (Info 781).

NOÇÕES GERAIS SOBRE REMIÇÃO

Previsão legal da remição

O art. 126 da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84) estabelece:

Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá **remir**, por **trabalho ou por estudo**, parte do tempo de execução da pena.

O art. 126 da LEP trata, portanto, da remição (ato de remir).

O que é a remição?

Remição é...

- o direito que possui o condenado ou a pessoa presa cautelarmente
- de reduzir o tempo de cumprimento da pena
- mediante o abatimento
- de 1 dia de pena a cada 12 horas de estudo ou
- de 1 dia de pena a cada 3 dias de trabalho.

É uma forma de estimular e premiar o condenado para que ocupe seu tempo com uma atividade produtiva (trabalho ou estudo), servindo, ainda, como forma de ressocialização e de preparação do apenado para que, quando termine de cumprir sua pena, possa ter menos dificuldades de ingressar no mercado de trabalho.

O tempo remido será considerado como pena cumprida, para todos os efeitos (art. 128).

Obs: a remição de que trata a LEP é com “ç” (remição). Remissão (com “ss”) significa outra coisa, qual seja, perdão, renúncia etc., sendo muito utilizada no direito civil (direito das obrigações) para indicar o perdão do débito.

| Remição pelo TRABALHO | Remição pelo ESTUDO |
|--|---|
| A cada 3 dias de trabalho, diminui 1 dia de pena. <i>Obs.: somente poderão ser considerados, para fins de remição, os dias em que o condenado cumprir a jornada normal de trabalho, que não pode ser inferior a 6h nem superior a 8h (art. 33).</i> | A cada 12 horas de estudo, diminui 1 dia de pena. <i>Obs.: as 12 horas de estudo deverão ser divididas em, no mínimo, 3 dias.</i> |
| Somente é aplicada se o condenado cumpre pena em regime fechado ou semiaberto. <i>Obs.: não se aplica se o condenado estiver cumprindo pena no regime aberto ou se estiver em livramento condicional.</i> | Pode ser aplicada ao condenado que cumpra pena em regime fechado, semiaberto, aberto ou, ainda, que esteja em livramento condicional . <i>Atenção: perceba a diferença em relação à remição pelo trabalho.</i> |

É possível a remição para condenados que cumprem pena em regime aberto?

- **Remição pelo trabalho:** NÃO.
- **Remição pelo estudo:** SIM.

Outras regras importantes sobre a remição:

- As atividades de estudo poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino à distância e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados (§ 2º do art. 126).
- É possível que o condenado cumule a remição pelo trabalho e pelo estudo, desde que as horas diárias de trabalho e de estudo sejam compatíveis (§ 3º do art. 126).
- O preso impossibilitado, por acidente, de prosseguir no trabalho ou nos estudos, continuará a beneficiar-se com a remição (§ 4º do art. 126).
- O tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) caso o condenado consiga concluir o ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena (§ 5º do art. 126).
- A remição pode ser aplicada para a pessoa presa cautelarmente (§ 7º do art. 126). Assim, se o indivíduo está preso preventivamente e decide trabalhar, esse tempo será abatido de sua pena caso venha a ser condenado no futuro.
- A remição será declarada pelo juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa (§ 8º do art. 126).

Remição ficta ou automática

O trabalho e o estudo são direitos do preso, conforme prevê o art. 41, II e VI, da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal). Na verdade, o trabalho possui uma natureza híbrida considerando que, além de ser um direito, é também um dever do apenado (art. 31).

Além disso, conforme vimos acima, o trabalho e o estudo são muito interessantes para o apenado considerando que ele poderá diminuir o tempo de cumprimento da pena por meio do instituto da remição.

Ocorre que, na prática, a maioria das unidades prisionais não oferece oportunidades para que o preso trabalhe ou estude.

Diante desse cenário, surgiu a seguinte tese: o Estado deve oferecer aos presos oportunidades de trabalho e estudo. Com isso, o apenado pode se ressocializar e ter direito à remição. Nos presídios onde isso não é oferecido, pode-se dizer que o Poder Público está sendo omissos em seu dever. Ocorre que os presos não podem ser prejudicados pela omissão do Estado. Logo, se a unidade prisional não oferece condições de trabalho ou estudo para os presos, deve-se considerar, de forma ficta, que estes presos estão trabalhando e, portanto, deve-se conceder a eles a remição mesmo sem o efetivo trabalho. Assim, a defesa pede que os presos sejam beneficiados com a remição da pena, na proporção de 3 dias encarcerados por 1, até o efetivo oferecimento de trabalho ou de estudo.

Essa tese ficou conhecida como “remição ficta” ou “remição automática”.

A remição ficta é aceita pelos Tribunais Superiores?

NÃO.

Não se admite a remição ficta da pena.

Embora o Estado tenha o dever de prover trabalho aos internos que desejem laborar, reconhecer a remição ficta da pena, nesse caso, faria com que todas as pessoas do sistema prisional obtivessem o benefício, fato que causaria substancial mudança na política pública do sistema carcerário, além de invadir a esfera do Poder Executivo.

O instituto da remição exige, necessariamente, a prática de atividade laboral ou educacional. Trata-se de reconhecimento pelo Estado do direito à diminuição da pena em virtude de trabalho efetuado pelo detento. Não sendo realizado trabalho, estudo ou leitura, não há que se falar em direito à remição.

STF. 1ª Turma. HC 124520/RO, rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ ac. Min. Roberto Barroso, julgado em 29/5/2018 (Info 904).

STJ. 5ª Turma. HC 421.425/MG, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 27/02/2018.

STJ. 6ª Turma. HC 425.155/MG, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 06/03/2018.

Esse é o entendimento tanto do STF como do STJ:

(...) 1. O benefício da remição da pena pelo trabalho ou pelo estudo, consoante se denota do art. 126 da LEP, pressupõe que os reeducandos demonstrem a efetiva dedicação a trabalho ou estudo, com finalidade, portanto, produtiva ou educativa, dada a sua finalidade ressocializadora.

2. A suposta omissão estatal em propiciar ao apenado padrões mínimos previstos no ordenamento jurídico não pode ser utilizada como causa a ensejar a concessão ficta de um benefício que depende de um real envolvimento da pessoa do apenado em seu progresso educativo e ressocializador. (...)

STJ. 6ª Turma. AgRg no HC 434.636/MG, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 22/05/2018.

EXPLICAÇÃO DO TEMA 1120

A situação concreta, com adaptações, foi a seguinte:

Como se sabe, durante o período mais crítico da pandemia causada pela Covid-19, foram editados decretos estaduais e municipais limitando a circulação de pessoas e proibindo o funcionamento de atividades empresariais não consideradas essenciais.

A Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina impetrou habeas corpus coletivo alegando que, durante esse período de isolamento social, os presos que já estavam trabalhando ou estudando e foram obrigados a parar por causa dessas restrições sanitárias, deveriam continuar tendo direito à remição mesmo sem estarem trabalhando ou estudando.

Vejamos um exemplo concreto para visualizar concretamente o que pediu a Defensoria:

João cumpre pena no regime semiaberto. Há alguns meses o juiz autorizou que ele fizesse trabalho externo.

Ocorre que veio a pandemia decorrente do novo coronavírus.

Diante disso, o juízo das execuções penais proibiu o trabalho externo do apenado durante as medidas restritivas impostas pelo Governo para combate à Covid-19.

João ficou 60 dias sem poder trabalhar por causa das restrições sanitárias.

A Defensoria Pública pediu, portanto, que João e todos os demais presos na mesma situação, tivessem direito de computar esse tempo para fins de remição.

O pedido da Defensoria foi baseado em uma interpretação mais elástica do art. 126, § 4º, da LEP:

Art. 126 (...)

§ 4º O preso impossibilitado, por acidente, de prosseguir no trabalho ou nos estudos continuará a beneficiar-se com a remição.

A Defensoria Pública sustentou que o termo “acidente”, previsto no art. 126, § 4º, da LEP, merece ser interpretado extensivamente, de modo a compreender um “acontecimento imprevisto” ou um “fato puramente casual”, como a situação de pandemia gerada pela covid-19.

O Ministério Público se insurgiu contra o pleito alegando que isso configuraria remição ficta, o que é proibido pela jurisprudência do STJ e do STF.

João terá direito de computar esses 60 dias como tempo de remição? O pedido da Defensoria Pública foi acolhido pelo STJ? É possível a concessão de remição ficta, com extensão do alcance da norma prevista no art. 126, §4º, da LEP, aos apenados impossibilitados de trabalhar ou estudar em razão da pandemia da Covid-19?

SIM.

Em regra, é proibida a remição ficta

Em regra, o STJ e o STF não admitem a remição ficta.

O principal argumento para isso é a ausência de previsão legal específica impossibilita a concessão de remição da pena pelo simples fato de o Estado não propiciar meios necessários para o labor ou a educação de todos os custodiados.

Entende-se, portanto, que a omissão estatal não pode implicar remição ficta da pena, haja vista a remição “fictícia” não faz com que se cumpra a razão de ser do benefício, que é o de valorizar a efetiva dedicação do preso ao trabalho ou ao estudo.

Distinguishing no caso da pandemia da Covid-19

O STJ afirmou que o entendimento acima exposto não deve ser aplicado à hipótese excepcionalíssima da pandemia de Covid-19 por várias razões, devendo ser feito um distinguishing.

A regra geral que veda a remição ficta vale para o “estado normal das coisas” e não para uma pandemia.

Princípios da individualização da pena, da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da fraternidade.

O art. 3º da Lei 7.210/1984 estabelece que, “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”. Em outros termos, ressalvadas as restrições decorrentes da sentença penal e os efeitos da condenação, o condenado mantém todos os direitos que lhe assistiam antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.

Nessa linha, negar aos presos que já trabalhavam ou estudavam antes da pandemia de Covid-19 o direito de continuar a retribuir sua pena se revela medida injusta, pois:

(a) desconsidera o seu pertencimento à sociedade em geral, que padeceu, mas também se viu compensada com algumas medidas jurídicas favoráveis, o que afrontaria o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF/88), da isonomia (art. 5º, caput, da CF/88) e da fraternidade (art. 1º, II e III, 3º, I e III, da CF/88);

(b) exige que o legislador tivesse previsto a pandemia como forma de continuar a remição, o que é desnecessário ante o instituto da derrotabilidade da lei.

Teoria da derrotabilidade da norma

Além disso, aplica-se ao presente caso a chamada teoria da derrotabilidade da norma.

A doutrina ensina que a “Derrotabilidade é o ato pelo qual uma norma jurídica deixa de ser aplicada, mesmo presentes todas as condições de sua aplicabilidade, de modo a prevalecer a justiça material no caso concreto”. (BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2020, p. 133). Note-se, assim, que não se está a conferir uma espécie de remissão ficta pura e simplesmente ante a impossibilidade material de trabalhar ou estudar. O benefício não deve ser direcionado a todo e qualquer preso que não pôde trabalhar ou estudar durante a pandemia, mas tão somente àqueles que, já estavam trabalhando ou estudando e, em razão da Covid, viram-se impossibilitados de continuar com suas atividades.

Tese firmada pelo STJ:

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 1.953.607-SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 14/09/2022 (Recurso Repetitivo – Tema 1120) (Info 749).

EXPLICAÇÃO DO JULGADO

Imagine a seguinte situação hipotética:

João foi condenado à pena privativa de liberdade de 06 anos de reclusão, em regime aberto.

Ficou estabelecido que João deveria pernoitar na Casa do Albergado.

Durante o cumprimento da pena apresentou vários atestados médicos para justificar a ausência nos pernoites, os quais foram juntados no processo de execução.

A Defensoria Pública pugnou pelo cômputo dos períodos de licença médica como efetivo cumprimento de pena.

O Juízo indeferiu o pedido por entender que os atestados médicos apresentados nos presídios serviram apenas para justificar o afastamento e evitar a comunicação de fuga, porém não poderiam ter seus períodos utilizados como pena cumprida pelo simples fato de que não haver o cumprimento da reprimenda propriamente dita.

A Defensoria Pública interpôs agravo em execução, solicitando sua reforma, a fim considerar como pena cumprida todos os períodos em o apenado esteve afastado do regime de pernoite na Casa de Albergado em virtude de licença médica.

O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás desproveu o recurso por entender que o período de afastamento informado nos atestados médicos não seria computado como pena efetivamente cumprida, servindo apenas para evitar a comunicação de fuga.

A Defensoria Pública impetrou habeas corpus defendendo, em suma, aplicação analógica dos arts. 41 e 42 do Código Penal e da legislação trabalhista, para que seja considerado como pena efetivamente cumprida o período em que o paciente esteve afastado em virtude de licenças médicas.

Os argumentos da Defensoria foram acolhidos pelo STJ?

SIM.

A ordem foi concedida para considerar o tempo em que o apenado esteve afastado das suas obrigações no regime aberto, sob atestado médico, como pena efetivamente cumprida, por analogia ao Tema n. 1120. Em período que antecedia a pandemia de coronavírus, entendia-se que o mero decurso de prazo das penas não poderia ser considerado para o seu cumprimento, de forma ficta, nem mesmo sob a apreciação

de peculiaridades no caso concreto (AgRg no REsp 1.934.076/GO, Quinta Turma, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 16/8/2021).

Recentemente, a Terceira Seção do STJ, ao analisar o Tema 1120, modificou o entendimento para dar primazia aos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da fraternidade, não permitindo negar aos indivíduos que tiveram seus trabalhos ou estudos interrompidos pela superveniência da pandemia de Covid-19 o direito de remitir parte da sua pena, tão somente por estarem privados de liberdade, pois não se observava nenhum discrímen legítimo que autorizasse negar àqueles presos que já trabalhavam ou estudavam o direito de remitir a pena durante as medidas sanitárias restritivas.

Nesses casos, foi fixada a seguinte tese: “Nada obstante a interpretação restritiva que deve ser conferida ao art. 126, § 4º, da Lei de Execução Penal, 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” (REsp 1.953.607/SC, Terceira Seção, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, DJe de 20/9/2022).

Desse modo, no caso, por analogia ao referido entendimento, o tempo em que o apenado esteve afastado das suas obrigações no regime aberto, sob atestado médico, deve ser computado como pena efetivamente cumprida.

Em suma:

O tempo em que o apenado esteve afastado das suas obrigações no regime aberto, sob atestado médico, pode ser computado como pena efetivamente cumprida.

STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 703.002-GO, Rel. Min. Messod Azulay Neto, julgado em 12/6/2023 (Info 781).

EXERCÍCIOS

Julgue os itens a seguir:

- 1) A indenização por destruição, perda, avaria ou atraso de carga em transporte aéreo internacional será limitada a 17 Direitos Especiais de Saque, a menos que tenha sido feita a Declaração Especial de Valor ou tenha ocorrido qualquer uma das demais hipóteses previstas em lei para afastar o limite de responsabilidade previsto no art. 22, III, da Convenção de Montreal. ()
- 2) No contexto de propaganda comparativa ofensiva, deve-se reconhecer os danos morais e materiais como sendo *in re ipsa*. ()
- 3) A representação da criança ou adolescente por seus pais vincula-se à incapacidade civil e econômica do próprio menor, sobre o qual incide a regra do art. 99, § 3º, do CPC/2015, mas isso não implica automaticamente o exame do direito à gratuidade com base na situação financeira dos pais. ()
- 4) Incide a regra geral do art. 85, § 1º, do CPC, que autoriza o cabimento dos honorários de sucumbência na fase de cumprimento, quando a liquidação ostentar caráter litigioso. ()
- 5) Os limites subjetivos e objetivos da coisa julgada não podem ser analisados pelo STJ na via do recurso especial, por infringir o disposto no enunciado da Súmula n. 7/STJ. ()
- 6) Não cabe agravo interno contra decisão que, ao reconhecer que houve em agravo em recurso especial a integral refutação dos fundamentos adotados no juízo de admissibilidade feito na origem, determina a sua reatuação como recurso especial. ()
- 7) Na revisão criminal, por se tratar de ação exclusivamente defensiva, afastado o desvalor atribuído às circunstâncias judiciais ou às agravantes, a pena deverá ser reduzida. ()
- 8) O tempo em que o apenado esteve afastado das suas obrigações no regime aberto, sob atestado médico, não pode ser computado como pena efetivamente cumprida. ()

Gabarito

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