

Este periódico destaca teses jurisprudenciais e não consiste em repositório oficial de jurisprudência.

PRIMEIRA SEÇÃO

INDEFERIMENTO. *AMICUS CURIAE*. JULGAMENTO INICIADO.



A Seção, em questão de ordem levantada pelo Min. Benedito Gonçalves, indeferiu o pedido de terceiro para ingressar no feito como *amicus curiae*, ou assistente, uma vez que já pautado e iniciado o julgamento, com dois votos já proferidos. [QO no REsp 1.003.955-RS](#), Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 12/11/2008.

CANCELAMENTO. SÚM. N. 276-STJ.

A Seção adotou o entendimento de que a revogação, por lei ordinária, da isenção do recolhimento da Cofins concedida pela Lei Complementar n. 70/1991 não afronta o princípio da hierarquia das leis. A referida LC, apesar de seu caráter formalmente complementar, tratou de matéria não submetida à reserva constitucional de lei complementar, a permitir, daí, que mudanças no texto daquele diploma legal pudessem ser introduzidas por meio de simples leis ordinárias. Assim, a Seção julgou procedente a ação rescisória e, em questão de ordem, anulou o enunciado n. 276 da Súmula deste Superior Tribunal: as sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da Cofins, irrelevante o regime tributário adotado. [AR 3.761-PR](#), Rel. Min. Eliana Calmon, julgada em 12/11/2008.

SEGUNDA SEÇÃO

CONSÓRCIO. MÓVEIS. TAXA. ADMINISTRAÇÃO.

Quanto ao consórcio de bens móveis, o TJ entendia nula de pleno direito a cobrança de taxa de administração no valor de 19%, porque isso afrontava, não só o art. 51, IV, do CDC, como também o art. 42 do Dec. n. 70.951/1972 (regulamentou a Lei n. 5.768/1971), que a limitava a 10% no caso (bem mais valioso do que cinquenta salários mínimos que não é de fabrico ou comércio da associação). Já a Seção adotou o entendimento da Quarta Turma de que essas administradoras de consórcio possuem total liberdade para fixar a respectiva taxa de administração (art. 33 da Lei n. 8.177/1991, que atribuiu ao Bacen competência para limitá-las, e Circular n. 2.766/1997 do Bacen, que determinou a fixação da taxa pela administradora no contrato de adesão do associado), não se tendo por ilegal ou abusiva a taxa fixada em percentual superior a 10%, tal como ocorre no presente caso. O Min. Aldir Passarinho Junior, reportando-se a seu voto vista em precedente, reiterou que, para a constatação da abusividade repudiada pelo CDC, há que se demonstrar, de modo cabal, que a taxa cobrada situa-se em patamar bastante acima do que usualmente cobrado pelas demais administradoras de consórcio, exigência semelhante à que se faz na apuração da abusividade das taxas de juros bancárias. Precedente citado: [REsp 918.627-RS](#), DJ 11/2/2008. [EResp 927.379-RS](#), Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgados em 12/11/2008.

RESP. COMISSÃO. PERMANÊNCIA.

A Seção deu parcial provimento ao agravo regimental remetido pela Quarta Turma em razão da relevância da matéria. Assim, deverá ser colocado em pauta o REsp que cuida, entre outros temas, da comissão de permanência em contratos bancários. [AgRg no REsp 998.576-RS](#), Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 12/11/2008.

TERCEIRA SEÇÃO

SERVIDOR. DEMISSÃO. CARGO.

Servidor público foi demitido por valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem (art. 117, IX, da Lei n. 8.112/1990). Daí o mandado de segurança impetrado com o objetivo de ser reintegrado ao cargo que ocupava, afirmando ter apenas colocado carimbo de "confere com o original" em documento posteriormente identificado como falso que lhe foi apresentado por terceiro. Alega ainda que houve cerceamento de defesa, não existiu obediência ao contraditório e, por fim, sua punição foi arbitrária e desproporcional. Para o Min. Relator, faltou consistência no enquadramento da conduta tida como irregular - quando aceitou, na condição de agente vistoriador do Ibama, o recebimento e após o carimbo de "confere com o original" que, segundo instituição financeira, era falso, o que contribuiu para a aprovação do plano de manejo florestal sustentável. Observa ainda não ter havido indicação daquilo que constituiu o proveito pessoal do servidor; apesar de lhe terem sido imputadas várias acusações, numa só se fundou sua demissão. Sendo assim, concluiu que a conferência e a aposição do carimbo não afiguram conduta enquadrável no inciso IX da referida lei. Falta, para tal fim, relevo e importância, além de informação a respeito de qual vantagem indevida haveria para lograr proveito pessoal ou de outrem. Com esse entendimento, a Seção anulou a demissão do impetrante, determinando, em consequência, a sua reintegração ao cargo e o pagamento das verbas remuneratórias que deixou de receber desde a demissão ilegal. [MS 12.446-DF](#), Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 12/11/2008.

PAD. FALTA DISCIPLINAR. APOSENTADORIA.

O processo administrativo disciplinar (PAD) foi instaurado contra o servidor público aposentado para apuração de fatos anteriores e também outros relativos às declarações proferidas contra autoridade administrativa, pela infringência ao disposto nos arts. 116, II e IX, e 117, V, IX, XVIII, da Lei n. 8.112/1990. Por essa razão, impetrou mandado de segurança, alegando que, com sua aposentadoria, foi extinta sua condição de submissão hierárquica, assim, não podem suas declarações ser censuradas pela Administração Pública, principalmente frente à cláusula pétrea constitucional que garante seu livre arbítrio e sua livre manifestação (art. 5º, II e IV, da CF/1988). Esclarece a Min. Relatora que devem ser refutados os argumentos das informações prestadas pela autoridade coatora porque desacompanhadas de qualquer lastro probatório. Ressalta, ainda, que se constatou serem os fatos apurados no PAD somente relativos à declaração do impetrante após sua aposentadoria. Dessa forma, como os fatos imputados ao impetrante são posteriores à inatividade, não é legítima sua apreciação pela Administração Pública por não ser mais possível puni-lo, conforme o disposto no art. 134 da Lei n. 8.112/1990. Com essas considerações e acolhendo manifestação do Ministério Público, a Seção

concedeu a segurança para extinguir o PAD. [MS 8.228-DF](#), Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 12/11/2008.

INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. DETENTO.

Detento cumprindo mandado de prisão ajuizou ação de indenização contra Estado-membro por sua manutenção em unidade prisional sem condições mínimas. As instâncias ordinárias reconheceram a culpa objetiva do ora recorrente (Estado-membro), que, no REsp, aponta divergência jurisprudencial neste STJ, a impossibilidade de indenização em razão de limitação de recursos orçamentários e ainda sustenta a falta de demonstração de culpa administrativa, por tratar-se de responsabilidade subjetiva. Para o Min. Teori Albino Zavascki (tese vencedora), duas premissas são importantes no julgamento deste recurso. A primeira: não está em questão o exame das condições do sistema carcerário brasileiro, mas apenas um específico estabelecimento prisional, em "estado caótico", tal como reconhecido no acórdão recorrido; a segunda: não se negou a ocorrência do dano moral, mas apenas a responsabilidade civil do Estado pela respectiva indenização. Observa que, estabelecidas essas premissas, não há como deixar de dar provimento ao recurso, e o princípio da reserva do possível, que, nos votos vencidos, teria o significado da insuficiência de recursos financeiros, não pode ser invocado, numa dimensão reducionista, nas situações como as do caso concreto. Ressalta que o dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato dos agentes estatais ou pela sua inadequada prestação de serviços públicos decorre do art. 37, § 6º, da CF/1988, dispositivo auto-aplicável. Assim, ocorrendo o dano e estabelecido o nexo causal com a atuação da Administração ou dos seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado e, nesses casos, o dever de ressarcir. Lembra que, recentemente, a Turma assentou o entendimento de que o dever de proteção do Estado em relação aos detentos abrange, inclusive, protegê-los contra si mesmos e impedir que causem danos uns aos outros. Para o Min. Relator (vencido), seria indevida a indenização na hipótese, uma vez que o problema carcerário não decorre da má administração da coisa pública, mas de várias conjunturas sociais, bem como da indisponibilidade orçamentária, aspectos que devem ser sopesados com os direitos envolvidos no caso. Pelo exposto, a Turma, por maioria, negou provimento ao recurso. Precedentes citados: [AgRg no Ag 986.208-MT](#), DJ 12/5/2008; [REsp 847.687-GO](#), DJ 25/6/2007; [REsp 713.682-RJ](#), DJ 11/4/2005, e [REsp 944.884-RS](#), DJ 17/4/2008. [REsp 1.051.023-RJ](#), Rel. originário Min. Francisco Falcão, Rel. para acórdão Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 11/11/2008.

INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. MORTE. DETENTO.

Trata-se de ação de indenização por danos morais ajuizada pela mãe em razão da morte de seu filho, ocorrida dentro de uma cela de unidade prisional e provocada por outros detentos. O pedido foi julgado procedente nas instâncias ordinárias, condenando a Administração Pública estadual ao

pagamento de indenização de dez mil reais e pensão na proporção de dois terços do salário mínimo até a idade presumida de 65 anos. Ressalta o Min. Relator que no caso, não se cuida de prova (Súm. n. 7-STJ), uma vez que não há discussão acerca das circunstâncias que levaram à morte o detento, sendo claro que foi ocasionada por outros presos dentro de uma cela. Manteve, assim, o posicionamento no sentido de que, na hipótese dos autos, não há qualquer envolvimento direto do agente do ente público a ensejar a respectiva indenização e de que não ficou demonstrada a culpa ou dolo da Administração, porque a morte do detento foi causada por outros presos. Para a tese vencedora, há culpa *in vigilando* da Administração (Estado-membro) que deve responder pelo evento danoso. Assim, a Turma, por maioria, negou provimento ao recurso do Estado-membro. [REsp 936.342-ES](#), Rel. originário Min. Francisco Falcão, Rel. para acórdão Min. Luiz Fux, julgado em 11/11/2008.

RMS. CONTRATO. LICITAÇÃO.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por bancos, um privado e outro estadual (privatizado), em razão de ato atribuído a governador, qual seja, a edição de decreto que anulou a prorrogação de contrato entre o Estado-membro e o banco privado, transferindo as contas de depósito estaduais e contas-correntes dos servidores públicos para outro banco, após ter vencido o prazo de cinco anos previsto no edital licitatório que gerou o contrato administrativo entre o banco estadual privatizado e o banco privado. No mérito, a impetração busca a concessão da segurança para declarar a nulidade do aludido decreto. O Tribunal *a quo* denegou a segurança. Explica o Min. Relator que, na hipótese dos autos, o contrato com o banco privado não é de simples prestação de serviços continuados à Administração. Houve um contrato anterior mais abrangente de privatização pelo Estado-membro do controle acionário do banco estadual, e o termo aditivo não teve relação alguma com a privatização. Não representou uma simples prorrogação contratual de prazo, mas um contrato novo e autônomo, pois estabeleceu novas condições, não previstas no contrato original de privatização. Essas novas condições foram introduzidas mediante negociação superveniente à licitação, com o objetivo de manter, por cinco anos, a exclusividade de depósitos e movimentar valores financeiros estaduais (pagamentos de servidores, arrecadação de tributos e depósitos judiciais). Portanto, concluiu que o termo aditivo representou uma contratação sob condições financeiras inéditas, não enquadrável na exceção prevista no art. 57, II, da Lei n. 8.666/1993 e, por isso, nulo por violação das normas do processo licitatório. Com esses argumentos, a Turma negou provimento ao recurso dos bancos, após vários pedidos de vista. [RMS 24.118-PR](#), Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 11/11/2008.

PIS. COFINS. EMPRESAS PRESTADORAS. TRABALHO TEMPORÁRIO.

Trata-se de demanda com o objetivo de reconhecer o direito de recolher PIS e Cofins apenas sobre os valores relativos às receitas da própria empresa, e não sobre os valores pagos a empregados como salários e encargos trabalhistas. No caso dos autos, a empresa não é agenciadora de mão-de-obra, mas prestadora de trabalho temporário que se utiliza de empregados por ela própria contratados pelo regime trabalhista. Isso posto, explicou-se que, diante da ausência de previsão legal, os salários e os encargos sociais que a empresa locadora de mão-obra desembolsa em razão das pessoas que coloca à disposição do tomador de serviço não podem ser excluídos do âmbito de incidência das citadas contribuições sociais que incidem sobre o faturamento mensal total da empresa, independentemente de sua denominação ou classificação contábil (Leis ns. 10.637/2002 e 10.833/2003). Com essas considerações, a Turma, por maioria, deu provimento ao recurso da Fazenda. Precedente citado: [REsp 954.719-SC](#), DJ 17/3/2008. [REsp 958.292-RS](#), Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 11/11/2008.

MS. DECADÊNCIA. TERMO A QUO. RESOLUÇÃO.

Trata-se de mandado de segurança impetrado contra ato que desanexou serventias de tabelionato de notas e protesto em geral; entretanto, no caso dos autos, houve a decadência do direito de postular pretensão líquida e certa, uma vez que o ato que efetivamente atingiu a esfera jurídica da ora recorrente deu-se da publicação de resolução na qual se determinou, expressamente, a desanexação das serventias que lhe arrebatou a titularidade do citado tabelionato. O prazo decadencial para o ajuizamento do *mandamus* começa a fluir da data em que o impetrante toma ciência do ato que fere seu direito. Diante do exposto, a Turma, ao prosseguir o julgamento, negou provimento ao RMS, ressalvadas as vias ordinárias. [RMS 26.458-SC](#), Rel. originário Min. José Delgado, Rel. para acórdão Min. Francisco Falcão (art. 52, IV, b, do RISTJ), julgado em 11/11/2008.

AUTORIZAÇÃO. RÁDIO COMUNITÁRIA.

A Ministra Relatora originária entendia possível o Poder Judiciário intervir excepcionalmente para assegurar o funcionamento precário de rádio comunitária, visto a inércia injustificada da Administração em apreciar o pedido de autorização protocolado (no caso, há mais de oito anos), isso em atenção aos princípios da moralidade e da eficiência. Porém, esse entendimento ficou vencido, pois há precedentes em sentido contrário. Precedente citado: [MS 8.789-DF](#), DJ 25/8/2003. [REsp 1.006.191-PI](#), Rel. originária Min. Eliana Calmon, Rel. para acórdão Min. Castro Meira, julgado em 11/11/2008.

PRINCÍPIO. INSIGNIFICÂNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

O chefe de gabinete da prefeitura aproveitou-se da força de três servidores municipais, bem como de veículo pertencente à municipalidade, para transportar móveis de seu uso particular. Ele, ao admitir os fatos que lhe são imputados (são incontroversos e confessados), pediu exoneração do cargo e ressarciu aos cofres públicos a importância de quase nove reais referente ao combustível utilizado no deslocamento. Então, o MP, em ação civil pública, buscou imputar ao réu as condutas dos arts. 9º e 11 da Lei n. 8.429/1992. Por sua vez, o juízo singular reconheceu a configuração da improbidade administrativa e lhe cominou multa de mil e quinhentos reais, porém afastou a pretendida suspensão de direitos políticos e a proibição de contratar com o Poder Público. No recurso, o réu buscava afastar a multa imposta, mas o TJ, considerando o valor e o ressarcimento imediato do dano, bem como o pedido de exoneração acabou por julgar improcedente a ação civil pública. Para isso, aplicou à hipótese o princípio da insignificância em analogia com o Direito Penal: apesar de típica, a conduta não atingiria, de modo relevante, o bem jurídico protegido. Diante disso, vê-se que o bem jurídico que a Lei de Improbidade busca salvaguardar é, por excelência, a moralidade administrativa, que deve ser, objetivamente, considerada: ela não comporta relativização a ponto de permitir "só um pouco" de ofensa. Daí não se aplicar o princípio da insignificância às condutas judicialmente reconhecidas como ímprobas, pois não existe ofensa insignificante ao princípio da moralidade. Constata-se que, em nosso sistema jurídico, vige o princípio da indisponibilidade do interesse público, a que o Poder Judiciário também está jungido. Mesmo no âmbito do Direito Penal, o princípio da insignificância é aplicado com parcimônia, visto que o dano produzido não é avaliado apenas sob a ótica patrimonial, mas, sobretudo, pela social. Anote-se haver precedente deste Superior Tribunal quanto ao fato de o crime de responsabilidade praticado por prefeito não comportar a aplicação do princípio da insignificância ao fundamento de que, por sua condição, exige-se dele um comportamento adequado, do ponto de vista ético e moral. Se é assim no campo penal, com maior razão o será no âmbito da Lei de

Improbidade Administrativa, de caráter civil. Com esse entendimento, a Turma deu provimento ao recurso especial do MP, afastando a aplicação do referido princípio. Precedente citado: [REsp 769.317-AL](#), DJ 27/3/2006. [REsp 892.818-RS](#), Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 11/11/2008.

CONTRATO. SFH. EFICÁCIA. TERCEIROS.

Firmou-se contrato de mútuo habitacional (SFH) com o agente financeiro vinculado ao extinto BNH. Sucede que houve a cessão da posição contratual (devedor) por força de escritura de compra e venda na qual se ressalvava a existência de caução hipotecária dada ao BNH pelo agente financeiro, mediante endosso em cédula hipotecária. Então, os cessionários quitaram antecipadamente o saldo devedor, quitação essa passada pelo agente financeiro, autorizando-os a levantar o gravame hipotecário. Remanesceu, contudo, o direito real de caução sobre o crédito hipotecário. Porém, a CEF firmou contrato de novação com o agente financeiro (em liquidação extrajudicial) e adquiriu, entre outros, os direitos sobre a caução hipotecária constituída sobre o imóvel dos cessionários. Foi o inadimplemento do agente financeiro que gerou a pretensão de a CEF opor-se ao levantamento do gravame da caução, o que levou os cessionários a ingressar com ação ordinária contra a CEF, com o fito de liberá-los desse ônus real. Quanto a isso, veja-se que o princípio da relatividade dos efeitos dos contratos (*res inter alios acta*) tem sofrido mitigações mediante a admissão de que os negócios entre as partes, eventualmente, podem interferir (positiva ou negativamente) na esfera jurídica de terceiros. Essas mitigações dão-se pela doutrina do terceiro cúmplice, a proteção do terceiro diante dos contratos que lhe são prejudiciais ou mesmo pela tutela externa do crédito. Porém, em todos os casos, sobressaem a boa-fé objetiva e a função social do contrato. No caso, a cessão dos direitos de crédito à CEF deu-se após o adimplemento da obrigação pelos cessionários, negócio que se operou *inter partes* (devedor e credor). Assim, o posterior negócio entre a CEF e o agente financeiro não tem força para dilatar sua eficácia e atingir os devedores adimplentes. Aflora da interpretação dos arts. 792 e 794 do CC/1916 a necessidade de que os cessionários sejam notificados da cessão do título caucionado, com o desiderato de não pagarem em duplicidade, assertiva compartilhada pelas instâncias ordinárias. No entanto, não há, nos autos, prova de que a CEF tenha promovido a notificação. Por último, vê-se que a Súm. n. 308-STJ tem aplicação analógica ao caso e que os princípios da boa-fé objetiva, função social e os relativos à proteção das relações jurídicas também impedem a responsabilização dos cessionários. Com esse entendimento, a Turma, conheceu em parte do recurso da CEF e, nessa parte, negou-lhe provimento. [REsp 468.062-CE](#), Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 11/11/2008.

EDCL. LEI AMBIENTAL SUPERVENIENTE.

O TJ, ao julgar embargos de declaração em embargos de infringência, admitiu aplicar não o teor do art. 4º, III, da Lei n. 6.766/1979 (área não-edificável de quinze metros entorno de dutos), mas a nova redação do art. 4º, § 3º, da mesma lei, alterada pela Lei n. 10.932/2004 (que, ao final, diminuía a faixa da área *non aedificandi* a cinco metros entorno do duto), legislação essa modificada no decorrer do processo. Os dutos aqui se referem a canalização de um arroio. Diante desse panorama, é certo afirmar que o direito é regulado pela lei vigente à época de seu exercício. No caso, o pedido administrativo foi elaborado enquanto em vigor a referida Lei de Uso e Ocupação do Solo em sua redação primitiva. Assim, torna-se inviável aplicar a norma superveniente com o fito de validar ato praticado sob a égide da legislação anterior, ato que expressamente contrariava a lei então vigente. No caso, a matéria deve ser tratada nos termos em que proposta desde o início do processo, com fundamento na legislação então vigente e não de acordo com a alteração superveniente. Deveria o interessado, se entendesse conveniente, requerer à Administração a autorização para construir, agora baseada em novo fundamento, sob pena de inversão dos papéis do administrador e do juiz, pois é aquele o competente para a análise administrativa do pedido. Anote-se, outrossim, que somente são cabíveis embargos de declaração com efeitos infringentes quando existir omissão, contradição ou obscuridade no julgado, bem como para sanar possível erro material existente na decisão, pois, como consabido, inviável seu manejo para aplicar novo entendimento jurídico a respeito da demanda, quanto mais em razão de suposto *error in iudicando*. Com esse entendimento, a Turma não conheceu do primeiro REsp do MP (por intempestividade) e deu provimento ao segundo, para aplicar a Lei n. 6.766/1979 com a redação então vigente à época da propositura da ação civil pública, limitando, assim, a edificação na faixa de quinze metros de cada lado do arroio. Precedentes citados: [REsp 895.620-RJ](#), DJe 25/9/2008, e [EDcl no REsp 969.109-RS](#), DJ 27/11/2007. [REsp 980.709-RS](#), Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 11/11/2008.

ACÃO. INDENIZAÇÃO. CONSTRUTORA.

A autora argumenta que seu irmão faleceu no desmoronamento da laje do edifício em construção no qual trabalhava. Alega que dependia economicamente da vítima, sendo sua dependente perante o INSS e pleiteia o pagamento de pensão mensal, constituição de capital que garanta o referido pagamento e indenização por dano moral, que arbitra em 300 salários mínimos. O Tribunal *a quo* reconheceu a legitimidade ativa da autora, bem como a negligência da construtora como causa do acidente. Assim, condena a proprietária da obra a indenizar diretamente a autora, dando a ela, proprietária, o direito de requerer, em regresso, o ressarcimento devido pela construtora ou pela seguradora contratada, nos limites da apólice. A recorrente, em seu recurso, alega violação do art. 1.058 do CC/1916 porque o evento teria decorrido de caso fortuito ou força maior, consoante conclusão do laudo pericial. O Min. Relator conhecia e dava provimento ao recurso para restabelecer a sentença, respaldando a pretensão da recorrente, ao observar que a livre apreciação da prova pelo juiz não implica arbítrio. Ele está livre para afastar um elemento de prova ao decidir, mas desde que o substitua por outro elemento capaz de sustentar a versão que estabelecerá para os fatos *sub judice*. A Min. Nancy Andrighi, em seu voto-vista, concordou com o Min. Relator quando afirma que substituir um elemento de prova por mera suposição implicaria arbítrio. Entretanto, ponderou que o Tribunal de origem não pôs de lado o laudo pericial sem motivos, como pretendeu fazer crer o recorrente, mas declarou, de maneira expressa, por que o fazia: a) entendeu que o laudo seria contraditório em seus próprios termos, já que a proximidade entre o edifício que desmoronou e a praia indicaria uma fragilidade maior do solo, demandando cuidado adicional; b) considerou relevante a declaração de um operário de que o desmoronamento da estrutura anunciava-se já uma semana antes de ocorrer. O Instituto de Criminalística concluiu que o projeto do edifício era adequado. A causa do acidente, portanto, terá sido o inesperado adensamento do solo no ponto em que se localizava a viga que ruiu. Tal adensamento não foi instantâneo, foi progressivo, conforme se constata do laudo. Ainda que o cálculo da obra tenha sido inicialmente correto, nada impede que tal perda progressiva de resistência seja passível de observação pelos que ali trabalhavam e pelos engenheiros responsáveis. A declaração do operário ao jornal indica que ele havia notado que a escora se deteriorara, qualquer que fosse o motivo. Competiria ao engenheiro responsável, diante de qualquer anormalidade, paralisar a obra e verificar o fato. Para a Min. Nancy Andrighi, pode-se até argumentar que a versão adotada pelo acórdão recorrido não seja a mais adequada. Mas não é possível dizer que ela decorre de arbítrio no julgamento. Tudo o que o Tribunal fez foi apreciar, segundo seu livre convencimento, as provas dos autos. Por isso, é impossível a revisão da matéria nesta sede, por força do óbice da Súm. n. 7-STJ. Esclareceu, ainda, que a jurisprudência consolidada neste Superior Tribunal é que o dono da obra responde, solidariamente com o empreiteiro, pelos danos decorrentes de sua construção ou de reforma. Também quanto à dependência econômica em relação à vítima, não cabe rever a matéria nesta instância especial por vedação da Súm. n. 7-STJ. [REsp 267.229-RJ](#), Rel. originário Min. Ari

SUCESSÃO EMPRESARIAL. RESPONSABILIDADE. DÍVIDA.

A recorrente, concessionária de transporte ferroviário, sustentou que não possui qualquer relação com a empresa que à época dos fatos explorava a rede ferroviária e que, em razão do acidente que vitimou o filho do recorrido, foi condenada a indenizá-lo. A recorrente não seria sucessora daquela, não absorveu parte de seu patrimônio e não tem qualquer ligação com aquela companhia. A questão analisa a responsabilidade da recorrente e a existência de sucessão empresarial, bem como examina a legalidade da decisão que determinou a penhora de cinco por cento de sua renda líquida. A Min. Relatora destacou que, em situação análoga à dos autos, a empresa que recebe o patrimônio da anterior concessionária e continua na exploração da mesma atividade responde pela dívida judicial já constituída antes da alienação. A particularidade da hipótese indica que, a par da sucessão reconhecida pelo acórdão recorrido, a companhia sucedida manteve sua personalidade jurídica ainda diante do processo de liquidação e que, nessa condição, foi citada para a execução. A sucessão, por si só, não faz com que aquele ato citatório estenda seus efeitos à recorrente. Não se dispensa a regular citação apenas porque a companhia sucedida já fora citada. Assim, deve-se reconhecer que o acórdão recorrido, ao determinar a penhora sem antes franquear à recorrente a oportunidade de pagar e nomear bens à penhora, violou o devido processo legal e, em especial, o art. 652 do CPC, devendo, portanto, ser reformado nesse ponto. A Min. Relatora ressaltou ainda que a penhora sobre o faturamento ou renda, vem sendo admitida por este Superior Tribunal. Entretanto, para aceitar tal modalidade de constrição, requer-se que: a) o devedor não possua bens ou, se os tiver, sejam eles de difícil execução ou insuficientes a saldar o crédito demandado; b) impõem-se a nomeação de administrador e a apresentação de plano de pagamento; c) o percentual fixado sobre o faturamento não torne inviável o exercício da atividade empresarial. Sem a prévia citação da recorrida, não se cumpriu, à evidência, o primeiro requisito mencionado acima, que exige a excepcionalidade da penhora sobre o faturamento. Diante disso, a Turma conheceu em parte do recurso e, nessa parte, deu-lhe provimento para reformar o acórdão recorrido, cassando a decisão que determinou a penhora da renda da recorrente e determinando que o feito prossiga em primeiro grau de jurisdição, na esteira do devido processo legal. Precedentes citados: [REsp 399.569-RJ](#), DJ 10/2/2003; [EResp 311.394-PR](#), DJ 9/10/2006, e [AgRg no Ag 777.351-SP](#), DJ 27/11/2006. [REsp 866.382-RJ](#), Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 11/11/2008.

SENTENÇA PENAL. EXTINÇÃO. PUNIBILIDADE. INDENIZAÇÃO.

O recorrente exerceu a função de diretor administrativo da fundação recorrida e emitiu 109 cheques sacados pela pessoa jurídica em favor de seus filhos, os demais recorrentes. Dessa forma, ter-se-ia consubstanciado o crime de apropriação indébita. O extinto Tribunal de Alçada estadual condenou os recorrentes pela prática das últimas 53 condutas. Esse acórdão criminal é a peça que embasa o pedido de liquidação de sentença que, após a homologação dos cálculos em primeiro e segundo grau de jurisdição, é atacada por meio do recurso especial. Os recorrentes sustentavam que a condenação penal reconheceu a prescrição retroativa da pretensão punitiva para todas as práticas delitivas. Embora o acórdão recorrido passe ao longo da prescrição quanto às últimas 53 condutas, há uma segunda decisão criminal relevante, cuja punibilidade, em razão de o recorrente ter completado setenta anos, foi decretada extinta, ocorrente a prescrição retroativa da pretensão punitiva. O cerne da questão diz respeito à eficácia da sentença penal que extingue a punibilidade. Para a Min. Relatora, a hipótese dos autos é excepcional, pois o recorrente foi efetivamente condenado. A decisão condenatória traz consequências claras tanto na esfera penal quanto na esfera civil, impondo-se ao réu a pena pecuniária, restritiva de direitos ou da liberdade, ao mesmo tempo em que sujeita o condenado ao dever de reparar, após a liquidação na esfera cível, os danos que causou. Foi isento da pena. A extinção da punibilidade ocorreu após a existência da sentença penal condenatória, com base na pena *in concreto*, levando-se, ainda, em consideração, sua especial condição de septuagenário. A prescrição retroativa posteriormente reconhecida só atinge os efeitos penais da condenação, não seus efeitos civis. Afinal, não se pode ignorar que o Poder Judiciário reconheceu a existência de fato típico, antijurídico e culpável, e isso é quanto basta para que, na esfera cível, imponha-se o dever de indenizar. A sujeição do condenado à pena é fato irrelevante para fins de direito privado. Ao art. 67, II, CPP, deve-se dar interpretação que prestigie o princípio constitucional da razoável duração do processo. Havendo certeza sobre o ilícito, a decisão que julgar extinta a punibilidade não impedirá, em sentido amplo, a propositura de "ação civil", ou seja, ação de conhecimento, execução ou cautelar. Entendimento diverso importaria ao jurisdicionado o ônus de suportar a duração de dois processos de conhecimento, um na esfera cível e outro na criminal, para que se julguem rigorosamente os mesmos fatos. [REsp 789.251-RS](#), Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 11/11/2008.

RESPONSABILIDADE. ADVOGADO. TEORIA. PERDA. CHANCE.

A recorrente afirma que o advogado foi negligente na condução de sua causa, vindo ela a perder seu imóvel, por não defender adequadamente seu direito de retenção por benfeitorias e também ter deixado transcorrer *in albis* o prazo para a interposição de recurso de apelação. Para a Min. Relatora, não há omissão ou contradição no acórdão impugnado. O Tribunal *a quo* pronunciou-se de maneira a discutir todos os aspectos fundamentais do julgado, dentro dos limites que lhe são impostos por lei, alcançando solução que foi tida como mais justa e apropriada para a hipótese. A questão insere-se no contexto da responsabilidade profissional do advogado. O vínculo entre advogado e cliente tem nítida

natureza contratual. Em razão do vínculo obrigacional, a responsabilidade do advogado é contratual. Todavia sua obrigação não é de resultado, mas de meio. O advogado obriga-se a conduzir a causa com toda diligência, não se lhe impondo o dever de entregar um resultado certo. Ainda que o advogado atue diligentemente, o sucesso no processo judicial depende de outros fatores não sujeitos a seu controle. Daí a dificuldade de estabelecer, para a hipótese, um nexo causal entre a negligência e o dano. Para a solução do impasse, a jurisprudência, sobretudo do direito comparado, e a doutrina passaram a cogitar da teoria da perda da chance. Essa teoria procura dar vazão ao intrincado problema das probabilidades com as quais se depara no dia-a-dia, trazendo para o campo do ilícito aquelas condutas que minam, de forma dolosa ou culposa, as chances, sérias e reais, de sucesso às quais a vítima fazia jus. Há possibilidades e probabilidades diversas e tal fato exige que a teoria seja vista com o devido cuidado. A adoção da teoria da perda da chance exige que o Poder Judiciário bem saiba diferenciar o "improvável" do "quase certo", a "probabilidade de perda" da "chance do lucro", para atribuir a tais fatos as consequências adequadas. Assim, o Tribunal de origem concluiu pela ausência de culpa do advogado e, nesse ponto, não há como extrair daí a responsabilidade nos termos tradicionais e, tampouco, nos termos da teoria da perda da chance. Anotou-se que, em determinados casos, a perda da chance, além de determinar o dano material, poderá ser considerada um agregador do dano moral, o que não se pode admitir é considerar o dano da perda de chance como sendo um dano exclusivamente moral. Diante do exposto, a Turma não conheceu do recurso. Precedentes citados: [REsp 965.758-RS](#), DJ 3/9/2008, e [REsp 788.459-BA](#), DJ 13/3/2006. [REsp 1.079.185-MG](#), Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 11/11/2008.

JUROS MORATÓRIOS. INCIDÊNCIA. EVENTOS DANOSOS.

Renovando o julgamento, a Turma, no caso *sub judice*, proveu em parte o pedido do autor, determinando, nos termos do voto do Relator originário, a incidência dos juros moratórios a contar da data do evento danoso. Afora esse ponto principal de divergência, a Min. Nancy Andrighi proveu parcialmente o recurso, apenas para que a indenização a ser paga ao autor inclua, também, as ações preferenciais, além de autorizar a revisão dos honorários advocatícios (CPC, art. 20, § 3º), no percentual dos 10% sobre o valor da condenação inicial do autor, relativos aos honorários pagos à instituição bancária. [REsp 901.260-PR](#), Rel. originário Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Rel. para acórdão Min. Nancy Andrighi, julgado em 13/11/2008.

MORA. DESCARACTERIZAÇÃO. COMPENSAÇÃO.

Renovando-se o julgamento, a Turma, por maioria, entendeu que, no caso *sub judice*, nos termos do art. 963 do CC/1916, inexistia mora, porquanto o fiador não foi sequer notificado, cabendo afastar-se a execução por ter sido excessiva. Além disso, é impossível a compensação na medida em que se descaracterizou a existência de mora, a qual somente se poderia determinar com a apuração de sua exata liquidez no juízo de 1º grau. Precedente citado: [REsp 713.329-RS](#), DJ 7/12/2006. [REsp 337.572-SP](#), Rel. originário Min. Ari Pargendler, Rel. para acórdão Min. Nancy Andrichi, julgado em 13/11/2008.

ACORDO. MANDATO. INTERESSE DIVERGENTE.

Na espécie, o acordo foi expresso em documento particular e, na época da lavratura, o advogado detinha poder para transacionar. O fato de a recorrida ter revogado os poderes conferidos a seu advogado antes da juntada do acordo aos autos, portanto antes de sua homologação, não invalida a avença. Eventual divergência entre os interesses do mandante e os atos do mandatário devem ser discutidos em ação própria e pode dar margem a ressarcimento por perdas e danos (art. 679 do CC/2002). Outrossim, realizado o acordo, a execução deve permanecer suspensa até seu cumprimento, sendo precipitada sua extinção, pois, uma vez desrespeitado o ajuste, aí sim o processo deve prosseguir (art. 792 do CPC). [REsp 1.034.264-DF](#), Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 11/11/2008.

PRINCÍPIO. INSIGNIFICÂNCIA. FURTO. ÁGUA POTÁVEL.

Cinge-se a questão em definir se é aplicável o princípio da insignificância ao delito do furto de água potável mediante ligação clandestina e em quantidade avaliada em noventa e seis reais e trinta e três centavos. A Turma, por maioria, entendeu que, quanto à incidência de tal princípio, necessários se fazem a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Com efeito, a conduta perpetrada pelo agente não pode ser considerada irrelevante para o Direito Penal. O delito em causa não se insere na concepção doutrinária e jurisprudencial de crime de bagatela. No caso do furto, não se pode confundir bem de pequeno valor com de valor insignificante. Este, necessariamente, exclui o crime diante da ausência de ofensa ao bem jurídico tutelado, aplicando-se-lhe o princípio da insignificância; aquele, eventualmente, pode caracterizar o privilégio previsto no § 2º do art. 155 do Código Penal, já prevendo a Lei Penal a possibilidade de pena mais branda, compatível com a pequena gravidade da conduta. Assim, a subtração de bens cujo valor não pode ser considerado ínfimo não pode ser tido como um indiferente penal, na medida em que a falta de repressão de tais condutas representaria verdadeiro incentivo a pequenos delitos que, no conjunto, trariam desordem social. Precedentes citados do STF: [HC 84.412-SP](#), DJ 19/11/2004; do STJ: [REsp 904.876-RS](#), DJ 3/9/2007; [REsp 406.986-MG](#), DJ 17/12/2004, e [REsp 750.626-RS](#), DJ 4/9/2006. [REsp 984.723-RS](#), Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 11/11/2008.

TRÁFICO. ENTORPECENTE. PRISÃO. FLAGRANTE.

Trata-se de *habeas corpus* em que o paciente alega sofrer constrangimento ilegal por parte do Tribunal *a quo*. Argumenta que faz jus à liberdade provisória, porquanto ausentes, no caso concreto, os requisitos do art. 312 do CPP. Acrescenta que a sentença que o condenou pela prática do delito de tráfico de drogas não apenas o absolveu do crime de associação para o tráfico, como também aplicou a causa de redução contida no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. A Turma, por maioria, denegou a ordem por entender correta a decisão das instâncias ordinárias que se fundamentou na grande quantidade de droga encontrada em poder do acusado (cerca de 4.500 pontos de LSD). Isso evidencia a periculosidade do agente, pois, não obstante sua primariedade, o *modus operandi* de sua conduta revela sua ousadia e propensão para a prática de delitos dessa natureza. Logo, a manutenção de sua segregação provisória é fator preponderante para a preservação da ordem pública. Ademais, o simples fato de o magistrado sentenciante ter aplicado a causa especial de diminuição de pena prevista no mencionado artigo da nova lei não evidencia, por si só, a necessidade de concessão da liberdade provisória. A aplicação da referida causa pressupõe que o acusado, primário e possuidor de bons

anteriores, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização dessa natureza. Porém, ainda assim, sua liberdade pode atentar contra a ordem pública, fato que, *in casu*, denota-se pelo vultoso volume de drogas apreendido com os acusados, o que, repita-se, não obstante a primariedade do paciente, leva a crer que ele possui ousadia para a prática delitiva. Os votos vencidos entendiam não estar adequadamente fundamentada a decisão que indeferiu a liberdade provisória do paciente, bem como a sentença na parte em que manteve a segregação cautelar. Isso porque as prisões provisórias são medidas de índole excepcional que devem vir calçadas em fundamentação concreta. Não bastam, evidentemente, meras conjecturas ou presunções que mais se assemelham a exercícios de futurologia. Precedentes citados: [HC 105.702-SC](#), DJ 29/9/2008, e [HC 101.058-MG](#), DJ 4/8/2008. [HC 110.433-PR](#), Rel. originário Min. Nilson Naves, Rel. para acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 11/11/2008.

CONCURSO PÚBLICO. MAGISTRATURA. ATIVIDADE JURÍDICA.

Trata-se de RMS interposto contra o acórdão do Tribunal *a quo* que indeferiu o pedido da candidata, ora recorrente, de inscrição definitiva no concurso público para provimento de cargo de juiz de Direito substituto, sob o argumento de ela não haver completado, na data da inscrição definitiva, três anos de graduação no curso de Direito - o que, segundo a comissão, somente se comprovaria com a apresentação do respectivo diploma -, nem comprovado o exercício de atividade jurídica por igual período. Sustenta a impetrante que, na data prevista para inscrição definitiva (entre os dias 4 a 13 de julho de 2007), já preenchia os requisitos do edital, notadamente em razão de haver concluído o curso de bacharel em Direito, o que se deu em 7/7/2004, e também de já haver implementado a exigência de três anos de atividade jurídica, computando, para esse fim, os cursos de pós-graduação na área jurídica e os períodos de efetivo exercício da advocacia forense. Alega, ainda, que a comissão do concurso abreviou para o dia 29/6/2007 a data de inscrição definitiva, o que a prejudicou de forma contundente, pois inviabilizou a concretização da expectativa de atender os requisitos na primitiva data prevista no edital. A Turma, por maioria, deu provimento ao recurso para deferir a inscrição definitiva da candidata e, haja vista já ter sido aprovada em todas as fases do concurso, reconheceu seu direito à nomeação e posse no cargo pleiteado nos termos do voto do Min. Relator, que considerou como termo inicial da contagem do período de três anos de atividade forense o momento em que a estudante concluiu com êxito todas as disciplinas do curso de graduação, já que se encontra habilitado à obtenção do grau superior, e não a data da colação de grau (que, no caso, deu-se em 14/8/2004), uma vez que a experiência demonstra que o lapso temporal dispensado entre o término das atividades curriculares e a emissão do documento declaratório de conclusão do curso, normalmente, é imputado à instituição de ensino. Esclareceu ainda o Min. Relator que, fixada essa premissa do termo inicial da contagem, todas as atividades jurídicas desenvolvidas pela recorrente a partir da data de conclusão do curso hão de ser consideradas aptas para o fim de comprovação da experiência exigida constitucionalmente, pois ela já se encontrava habilitada, portanto em nada diferem essas daquelas

experiências adquiridas após a colação de grau. Além disso, pontuou o Relator a necessidade de observância do princípio da razoabilidade quando se está diante da hipótese de faltarem poucos dias para complementação do período exigido, afastando-se a interpretação segundo a qual se exige da candidata o desempenho, no período de três anos (365 dias vezes 3 ou 1.095 dias) imediatamente após a conclusão do curso, de atividade jurídica ininterrupta. Vencida a Min. Maria Thereza de Assis Moura, que esboçou o entendimento de que se aplicam *in casu* os arts. 1º, 2º e 5º da Resolução n. 11/2006 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que veda a contagem de qualquer atividade anterior à colação e dispõe que a comprovação do período de que trata o art. 93, I, da CF/1988, deverá ser realizada por ocasião da inscrição definitiva no concurso, além de invocar precedente do STF (ADI 3.460-DF, DJ 15/6/2007), oportunidade em que o Min. Carlos Britto, em seu voto, fixou que a primeira ilação a que se chega é que os três anos exigidos pela norma constitucional do art. 129, § 3º, da CF/1988, dizem respeito ao período posterior à colação de grau. Precedentes citados: [REsp 131.340-MG](#), DJ 18/12/1998; [REsp 532.497-SP](#); DJ 19/12/2003, e [AgRg no REsp 722.837-SP](#), DJ 3/10/2005, e [REsp 730.475-SP](#), DJ 5/11/2007. [RMS 26.667-DF](#), Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 11/11/2008.