

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

PRIMEIRA TURMA

ICMS. REDUÇÃO. BASE. CÁLCULO. ISENÇÃO PARCIAL.

In casu, o impetrante busca a correção de estorno proporcional dos créditos de ICMS em razão de saída de mercadorias de seu estabelecimento com base de cálculo reduzida, conforme o estabelecido pela Lei n. 2.657/1996 do Estado do Rio de Janeiro, ao alegar, entre outros temas, violação do princípio da não cumulatividade. Conforme destacou o Min. Relator, quando o legislador retirou a hipótese de creditamento do ICMS das operações isentas ou sujeitas à não incidência, aduzindo que essas desonerações não implicariam débito na saída do produto e anulariam os créditos gerados na entrada tributada (art. 155, § 2º, II, **a** e **b**, da CF/1988), deixou claro que referido creditamento somente teria lugar na mesma proporção, de forma equânime ao desembolso que tivesse de ser efetuado pelo contribuinte na outra fase da cadeia mercantil. Portanto, não havendo desembolso ou ainda existindo dispêndio a menor, não há lugar para a manutenção de eventual crédito precedente e sua proporção primitiva. Aduziu, ainda, que o estorno proporcional do crédito do ICMS decorrente de operações anteriores impede o enriquecimento ilícito do contribuinte, visto que o creditamento integral proporcionar-lhe-ia duplo benefício fiscal - o recolhimento de alíquota inferior quando da saída das mercadorias e a manutenção do crédito pelo tributo pago a maior. Dessarte, o benefício fiscal da redução da base de cálculo corresponde à isenção parcial, sendo devido o estorno proporcional do crédito de ICMS, nos termos da alínea **b** do referido dispositivo constitucional, razão pela qual tal prática tributária não ofende o princípio da não cumulatividade, pois configura uma das duas exceções previstas na CF/1988. Com essas considerações, a Turma negou provimento ao recurso. Precedentes citados do STF: RE 174.478-SP, DJ 30/9/2005; RE 559.671-RS, DJe 23/4/2010; AI 661.957-RS, DJe 29/10/2009, e AgRg no AI 526.737-RS, DJe 1º/8/2008. [RMS 29.366-RJ](#), Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 3/2/2011.

LICITAÇÃO. EXIGÊNCIA. EDITAL. SANEAMENTO POSTERIOR.

Trata-se, na origem, de ação civil pública (ACP) ajuizada pelo *Parquet* que objetivava, entre outros temas, a decretação de nulidade de contrato de concessão de serviços públicos precedido de obra pública para a administração de cemitérios, tendo em vista a inobservância do capital social mínimo exigido no edital de licitação, que posteriormente foi sanada. A Turma negou provimento ao recurso, por entender que, entre anular o contrato firmado para a prestação de obras e serviços - como a recuperação e modernização das instalações físicas, construção de ossuários, cinzários, crematório e adoção de medidas administrativas e operacionais - para a ampliação da vida útil de seis cemitérios, ou admitir o saneamento de uma irregularidade contratual para possibilitar a continuidade dos referidos serviços, no caso em tela, essenciais à população, deve prevalecer a última opção, pois ela é a que mais se harmoniza com o interesse público. Ressalte-se que a eventual paralisação na execução do referido contrato e a consequente descontinuidade dos serviços prestados pela empresa licitante constituiriam afronta ao princípio da continuidade dos serviços públicos essenciais, tendo em vista a impossibilidade de o ente público assumir, de forma direta, a prestação das mencionadas atividades em razão da desmobilização da infraestrutura estatal, após a conclusão do procedimento licitatório. Assim, reiterou-se o entendimento perfilhado pelo tribunal *a quo* de que é possível a correção posterior de uma exigência prevista no edital de licitação (capital social mínimo de empresa) para preservar o bem comum dos administrados. [REsp 950.489-DF](#), Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 3/2/2011.

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ELEMENTO SUBJETIVO.

Cuida-se, na origem, de ação civil pública (ACP) por ato de improbidade administrativa ajuizada em desfavor de ex-prefeito (recorrente) e empresa prestadora de serviços em razão da contratação da referida sociedade sem prévia licitação, para a prestação de serviços de consultoria financeira e orçamentária, com fundamento no art. 25, III, c/c art. 13, ambos da Lei n. 8.666/1993. O tribunal *a quo*, ao examinar as condutas supostamente ímprobas, manteve a condenação imposta pelo juízo singular, concluindo objetivamente pela prática de ato de improbidade administrativa (art. 10, VIII, da Lei n. 8.429/1992, Lei de Improbidade Administrativa - LIA). Nesse contexto, a Turma deu provimento ao recurso, reiterando que o elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa, tendo em vista a natureza de sanção inerente à LIA. Ademais, o ato de improbidade exige, para sua configuração, necessariamente, o efetivo prejuízo ao erário (art. 10, *caput*, da LIA), diante da impossibilidade de condenação ao ressarcimento de dano hipotético ou presumido. Na hipótese dos autos, diante da ausência de má-fé dos demandados (elemento subjetivo), bem como da inexistência de dano ao patrimônio público, uma vez que o pagamento da quantia de cerca de R\$ 50 mil ocorreu em função da prestação dos serviços pela empresa contratada em razão de notória especialização, revela-se *error in iudicando* na análise do ilícito apenas sob o ângulo objetivo. Dessarte, visto que ausente no *decisum* a afirmação do elemento subjetivo, incabível a incidência de penalidades por improbidade administrativa. Precedentes citados: [REsp 805.080-SP](#), DJe 6/8/2009;

[REsp 939.142-RJ](#), DJe 10/4/2008; [REsp 678.115-RS](#), DJ 29/11/2007; [REsp 285.305-DF](#), DJ 13/12/2007, e [REsp 714.935-PR](#), DJ 8/5/2006. [REsp 1.038.777-SP](#), Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 3/2/2011.

SEGUNDA TURMA

COOPERATIVA MÉDICA. FARMÁCIA SEM FIM LUCRATIVO.

Discute-se a possibilidade de cooperativa médica (Unimed) manter farmácia para fornecer medicamentos a preço de custo a seus cooperados, sem a distribuição de lucros, apenas mediante apresentação de receita médica com a finalidade de os medicamentos terem menores preços. O Conselho Regional de Farmácia alega que a cooperativa não poderia dedicar-se ao comércio ou à indústria farmacêutica, sob pena de violar o art. 16, g, do Dec. n. 20.931/1932, que regula e fiscaliza o exercício da medicina, entre outros - o qual estabelece que "é vedado ao médico: g) fazer parte, quando exerça a clínica, de empresa que explore a indústria farmacêutica ou seu comércio...". Para o Min. Relator, a irresignação do Conselho não pode prosperar, visto que a jurisprudência deste Superior Tribunal considera inaplicável ao caso o citado dispositivo legal, pois a farmácia em questão não tem finalidade comercial como descrita na mencionada lei. Ainda explica que tampouco uma cooperativa poderia ser considerada empresa por não realizar atividade de mercancia nos termos da Lei n. 5.764/1971, até porque, nesse caso, não existe concorrência desleal com outras farmácias em geral, por não haver fins lucrativos. Entre os precedentes, também se observa que o motivo fundamental da proibição de o médico ser sócio de farmácia ou obter lucro direta ou indiretamente com a venda de remédios seria uma finalidade ética, ou seja, impedir que a medicina seja utilizada como meio para obter lucros mediante comercialização, o que não ocorre no caso das cooperativas médicas. Diante do exposto, a Turma negou provimento ao recurso. Precedentes citados: [REsp 640.594-GO](#), DJ 27/3/2006; [AgRg no REsp 1.159.510-SP](#), DJe 9/4/2010, e [AgRg no Ag 1.104.611-SP](#), DJe 23/6/2009. [AgRg no REsp 1.217.139-SP](#), Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 3/2/2011.

CONCURSO PÚBLICO. VAGAS. EDITAL.

A Turma reafirmou que o candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previstas em edital tem direito líquido e certo à nomeação e à posse no cargo. Precedentes citados: [RMS 31.611-SP](#), DJe 17/5/2010, e [AgRg no RMS 30.308-MS](#), DJe 15/3/2010. [REsp 1.220.684-AM](#), Rel. Min. Castro Meira, julgado em 3/2/2011.

MAGISTRADO. AJUDA DE CUSTO. REMOÇÃO A PEDIDO.

A Turma negou provimento ao agravo regimental da União ao fundamento de que o magistrado tem direito à ajuda de custo prevista no art. 65, I, da LC n. 35/1979 (Loman) tanto na remoção *ex officio* quanto na remoção a pedido, visto que em ambas há o interesse público. [AgRg no REsp 1.354.482-SC](#), Rel. Min. Castro Meira, julgado em 3/2/2011.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONDENAÇÃO. EQUIDADE.

Os pedidos formulados na inicial buscavam anular deliberação tomada em assembleia geral ordinária de companhia telefônica quanto à forma lá estabelecida de apuração de dividendos de ações preferenciais, bem como seus reflexos nas demonstrações financeiras. Em consequência disso, também se almejava a condenação da companhia a realizar a correta distribuição daqueles dividendos, segundo o que fosse apurado em liquidação. Por sua vez, a sentença acolheu os pedidos, pois declarou nula a forma de apuração daqueles dividendos e condenou a companhia a pagar a diferença a eles relativa, conforme pleiteado. Dessarte, vê-se que esse *decisum* tem cunho predominantemente condenatório, apesar da dependência de realização de sua liquidação. Assim, é incorreta a fixação dos honorários advocatícios mediante arbitramento com lastro na equidade, cabível somente nas exceções constantes do art. 20, § 4º, do CPC, mesmo que para tal se considere o alto valor atribuído à causa (mais de R\$ 30 milhões). Há que disciplinar a fixação desses honorários pelo disposto no § 3º daquele mesmo artigo e fixar o percentual de 10% sobre o valor da condenação, ao considerar-se não ser de grande complexidade a causa, a prestação do serviço advocatício na própria cidade em que o causídico mantém seu escritório, afora o valor econômico envolvido na demanda e a forma zelosa e diligente de atuação do advogado, que acompanha a causa desde 1997. [REsp 1.019.178-DF](#), Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 3/2/2011.

GUARDA. AVÔ. CONSENTIMENTO. MÃE.

O avô materno, com o intuito de regularizar uma situação de fato, busca a guarda de seu neto, criança com quem convive há vários anos, desde o falecimento do pai do menor. Anote-se que a mãe também convive com eles e concorda com o pleito. Diante disso, aplica-se o entendimento de que, de forma excepcional (art. 33, § 1º, primeira parte, e § 2º desse mesmo artigo do ECA), é possível deferir guarda de infante aos avós que o mantêm e lhe proporcionam as melhores condições relativas à assistência material e afetiva, notadamente diante da existência de fortes laços de afeto e carinho entre eles e a criança, tal como comprovado, na espécie, por laudo elaborado pelo serviço social do TJ. Não se desconhece a censura dada por este Superior Tribunal à chamada guarda "previdenciária", que tem a exclusiva finalidade de proporcionar efeitos previdenciários. Contudo, esse, definitivamente, não é o caso dos autos, mostrando-se a questão previdenciária apenas como uma das implicações da guarda (art. 33, § 3º, do ECA). Por último, ressalte-se que a guarda concedida não é definitiva e não tem o efeito de imiscuir-se no poder familiar, sendo, portanto, plenamente reversível. Precedentes citados: [REsp 97.069-MG](#), DJ 1º/9/1997; [REsp 82.474-RJ](#), DJ 29/9/1997; [REsp 993.458-MA](#), DJe 23/10/2008, e [REsp 945.283-RN](#), DJe 28/9/2009. [REsp 1.186.086-RO](#), Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em

3/2/2011.

RESPONSABILIDADE. PROPAGANDA. PALCO.

Trata-se de REsp em que se discute a corresponsabilidade de determinada empresa de comunicação pelo fato de haver veiculado, em programa de TV, por intermédio de seu apresentador, propaganda enganosa de empréstimo oferecido por instituição financeira anunciante, que teria descumprido os compromissos assumidos no anúncio veiculado. A Turma deu provimento ao recurso, assentando que a inserção de propaganda em programas de televisão, particularmente nas apresentações ao vivo, é praxe ditada pelas exigências de um mercado dinâmico e mutante. Assim, a responsabilidade pelo produto ou serviço anunciado é daquele que o confecciona ou presta e não se estende à televisão, jornal ou rádio que o divulga. A participação do apresentador, ainda que diga da qualidade do que é objeto da propaganda, não lhe empresta corresponsabilidade ou o torna garantidor do cumprimento das obrigações pelo anunciante. Destarte, a denominada publicidade de palco não implica a corresponsabilidade da empresa de televisão pelo anúncio divulgado. E o apresentador atua como garoto-propaganda, e não na qualidade de avalista formal, por si ou pela empresa, do êxito do produto ou serviço para o telespectador que vier, no futuro, a adquiri-los. Consignou-se, por fim, que a interpretação dada pelo tribunal *a quo* não encontra respaldo na legislação pertinente e não se mostra razoável, ainda acarretando como consequência o próprio desaparecimento da chamada propaganda de palco, visto que é fácil imaginar o alto risco na posição de uma empresa de comunicações que passaria a arcar com a corresponsabilidade por todos os produtos e serviços anunciados, sem que pudesse intervir em seu controle de qualidade e auferir lucros pela venda respectiva. O Min. Luis Felipe Salomão, embora acompanhando o Min. Relator, ressaltou que não se deve afastar, genericamente, a responsabilidade da empresa de comunicação por entendê-la parte ilegítima para a demanda. Observou que somente o caso concreto permitirá uma análise da pertinência subjetiva para a causa quando houver abuso na publicidade, ela for manifesta e isso ficar demonstrado nos autos para efeito de responsabilidade, não apenas demonstrando culpa, mas também a responsabilidade dentro da extensão da cadeia do conceito de fornecedor, pela cadeia de consumo prevista no CDC. [REsp 1.157.228-RS](#), Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 3/2/2011.

IDENTIDADE FÍSICA. JUIZ. PROCESSO PENAL.

A Turma denegou a ordem de *habeas corpus*, reiterando que o princípio da identidade física do juiz, aplicável no processo penal com o advento do § 2º do art. 399 do CPP, incluído pela Lei n. 11.719/2008, pode ser excetuado nas hipóteses em que o magistrado que presidiu a instrução encontra-se afastado por um dos motivos dispostos no art. 132 do CPC - aplicado subsidiariamente, conforme permite o art. 3º do CPP, em razão da ausência de norma que regule o referido preceito em matéria penal. Precedente citado: [HC 163.425-RO](#), DJe 6/9/2010. [HC 133.407-RS](#), Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 3/2/2011.

SEXTA TURMA

EXECUÇÃO PENAL. SINDICÂNCIA. INSTRUÇÃO. AUSÊNCIA. ADVOGADO.

Foi instaurada contra o ora paciente sindicância para apurar falta disciplinar considerada de natureza grave (art. 53, III e IV, da LEP), consistente em desrespeitar as normas de disciplina da unidade prisional, por ter ameaçado funcionário no exercício de suas funções (art. 52 do mesmo diploma). As declarações do sindicado e os depoimentos das testemunhas não foram realizados na presença de defensor, constituído ou nomeado. A Turma concedeu a ordem e anulou a sindicância por entender que não se aplica à espécie a Súmula vinculante n. 5 do STF, porque os precedentes que a embasaram não dizem respeito à execução penal e desconsiderada a condição de vulnerabilidade a que submetido o encarcerado. [HC 135.082-SP](#), Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 3/2/2011.

NULIDADE. AUSÊNCIA. DEFENSOR. AUDIÊNCIA.

Foi realizada audiência para oitiva de testemunha de acusação, em 17/4/2000, sem a presença do advogado do paciente, não tendo o juiz de primeiro grau, na oportunidade, nomeado defensor e, na sentença, o juiz valeu-se desses depoimentos para amparar sua conclusão sobre a autoria e a materialidade. Assim, verifica-se o constrangimento ilegal sofrido pelo paciente que conduz à nulidade absoluta do processo a partir do vício reconhecido, por inequívoco cerceamento de defesa. Logo, a Turma anulou o processo desde a audiência da oitiva de testemunhas de aval da denúncia realizada sem a presença de defensor e, após o paciente responder em liberdade, assegurou o prosseguimento da referida ação penal, facultando a ele ser novamente interrogado. [HC 102.226-SC](#), Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 3/2/2011.

REQUISITO EXPRESSO. EDITAL. LEGALIDADE.

A Turma negou provimento ao recurso por entender que a exigência de apresentação de carteira nacional de habilitação pelo candidato a soldado no Estado de Mato Grosso do Sul é legal, uma vez que constava como requisito expresso no edital. Ademais, essa exigência disposta no edital está no âmbito da faculdade do administrador em, sabendo de suas necessidades, estabelecer, no edital, regras que entende necessárias para o provimento de determinado cargo. Assim, não houve qualquer violação dos princípios da igualdade, da impessoalidade e da moralidade. [RMS 25.572-MS](#), Rel. Min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), julgado em 3/2/2011.

TRANCAMENTO. AÇÃO PENAL. HC. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

Trata-se, no caso, do furto de um "Disco de Ouro", de propriedade de renomado músico brasileiro, recebido em homenagem à marca de 100 mil cópias vendidas. Apesar de não existir nos autos qualquer laudo que ateste o valor da coisa subtraída, a atitude do paciente revela reprovabilidade suficiente para que não seja aplicado o princípio da insignificância, haja vista a infungibilidade do bem. Para aplicar o referido princípio, são necessários a mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da ordem jurídica provocada. Assim, a Turma denegou a ordem. Precedentes citados: [HC 146.656-SC](#), DJe 1º/2/2010; [HC 145.963-MG](#), DJe 15/3/2010, e [HC 83.027-PE](#), DJe 1º/12/2008. [HC 190.002-MG](#), Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 3/2/2011.

SERVIDOR PÚBLICO. ESCALA. TRABALHO. HORAS EXTRAS.

Os ora recorrentes aduzem, no recurso, que laboram em regime de escala de 24 horas de trabalho por 72 horas de descanso e, assim, estariam cumprindo jornada superior a oito horas diárias e a 40 horas semanais, o que levaria ao recebimento de horas extras trabalhadas. A Turma, entre outras questões, negou provimento ao recurso por entender que, nos termos do art. 19 da Lei n. 8.112/1990, a jornada máxima de trabalho dos servidores públicos federais é de 40 horas semanais. Assim, conforme jurisprudência deste Superior Tribunal, dividindo-se 40 (máximo de horas semanais) por seis dias úteis e se multiplicando o resultado por 30 (total de dias do mês) teríamos o total de 200 horas mensais, valor que deve ser adotado como parâmetro para o cômputo de eventuais horas extras. No caso, os recorrentes trabalham sete dias no mês, o que, multiplicado por 24 horas trabalhadas por dia, chega-se ao valor de 168 horas trabalhadas no mês, ou seja, número inferior às 200 horas. Quanto aos juros de mora, a jurisprudência consolidada neste Superior Tribunal reconhece que, nas causas ajuizadas posteriormente à edição da MP n. 2.180-35/2001, em que é devedora a Fazenda Pública, eles devem ser fixados em 6% ao ano. Precedentes citados: [REsp 1.086.944-SP](#), DJe 4/5/2009; [REsp 419.558-PR](#), DJ 26/6/2006, e [REsp 805.437-RS](#), DJe 20/4/2009. [REsp 1.019.492-RS](#), Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 3/2/2011.