



.....

RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR
NOMEAÇÃO TARDIA EM CONCURSO
PÚBLICO: EXAME DA COERÊNCIA E
INTEGRIDADE NO ACÓRDÃO DO RECURSO
EXTRAORDINÁRIO N. 724.347/DF

.....

Márcio Anderson Silveira Capistrano



RESUMO: O objetivo do presente artigo é estudar a motivação empregada pelo Supremo Tribunal Federal na resolução de um caso difícil em matéria de responsabilidade civil do Estado (Recurso Extraordinário n. 724.347/DF), a fim de verificar sua adequação à luz dos parâmetros da coerência e da integridade, segundo o pensamento de Dworkin. Trata-se de um julgado emblemático, no qual se discutiu, em regime de repercussão geral, a responsabilidade estatal nas situações em que aprovados em concurso público alegam danos decorrentes do atraso na data de suas investiduras, pois a nomeação é obtida apenas após a intervenção do Estado-juiz. Com fulcro na pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, concluiu-se que a ponderação de interesses jurídicos realizada pelo Ministro relator apresenta-se como a técnica adequada para a resolução do problema, após juízo de prudência ou razoabilidade em interpretação com alta carga axiológica e criativa. Ainda, em conformidade com a ideia de direito como integridade, reputa-se correta a conclusão de que o servidor demandante não faz jus à indenização, sob o fundamento de que deveria ter sido investido em momento anterior, salvo situação de arbitrariedade flagrante.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil. Responsabilidade do Estado. Concursos públicos. Nomeação tardia. Estudo de caso. Recurso Extraordinário n. 724.347/DF.

INTRODUÇÃO

Desde o início do século XX, há uma crescente expansão das fronteiras da responsabilidade civil, a ocasionar inseguranças interpretativas diante da impossibilidade do legislador de lidar com tão pronunciado desenvolvimento. O direito da responsabilidade civil, marcadamente jurisprudencial, vale-se de textos normativos bastante abertos, em razão da impossibilidade de antever com maior precisão os diversos conflitos que envolvem a pretensão ressarcitória. Sendo assim, assume maior relevo a necessidade de prudente apreciação dos fatos e do direito por parte do intérprete ou aplicador do direito, sempre atento aos valores entremostrados na linguagem constitucional e caminhando em consonância com as transformações sociais.

Em matéria de responsabilidade civil, é frequente a constatação de que o conjunto de textos normativos do ordenamento jurídico se mostra insuficiente ou em descompasso com os desafios da contemporaneidade, por ter sido construído em um contexto social, político e econômico que já não coaduna com a tutela jurídica adequada às novas situações. Nesse sentido, o direito da responsabilidade civil apresenta a característica de ter uma disciplina legal concisa, a ensejar maior margem interpretativa para o Estado-juiz.

A atividade hermenêutica hodierna, especialmente na seara da responsabilidade civil, demanda a superação do positivismo normativista, que impôs a redução do direito às normas jurídicas, rejeitando suas dimensões fática e axiológica. Dessa forma, é preciso ter em mente que a criação da norma jurídica, seja pela edição das normas gerais mediante atividade legislativa, seja pela construção da norma decisória mediante atividade jurisdicional, não se resume a uma atividade meramente declaratória de um direito previamente dado: consiste, portanto, em atividade criadora. Nesse processo de interpretação e aplicação criativa, ressalta-se a importância da formulação de juízos de valor, entendida como a atribuição de valores às coisas, situações e pessoas, sendo uma atividade influenciada pelas experiências de vida e pela compreensão acerca da realidade por parte do intérprete-aplicador.

A ampliação do conceito de dano ressarcível mostra-se capaz de colocar em risco os próprios fundamentos da responsabilidade civil, fazendo recrudescer a litigiosidade e a vitimização no meio social, com estímulo à chamada *blame culture*, ao paternalismo do Estado e o aprofundamento da crise de morosidade do Poder Judiciário.

Diante desse cenário tormentoso e da convicção de que nem todo dano pode ou deve ser reparado, a questão central do direito da responsabilidade civil passou a ser o difícil estabelecimento de critérios que justifiquem a imputação a outrem de um prejuízo sofrido. Nesse árduo mister, o jurista dispõe de pouco amparo na tomada de decisão, seja nos textos legais, bastante abertos e generalistas, seja na produção doutrinária, envolvida em inúmeras polêmicas.

O objetivo do presente artigo é, por meio da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial focada no ordenamento jurídico brasileiro, estudar a motivação empregada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na resolução de um caso polêmico em responsabilidade civil (Recurso Extraordinário n. 724.347/DF), a fim de verificar sua adequação à luz dos parâmetros de coerência e integridade. Trata-se de um julgado emblemático, no qual se discutiu a responsabilidade estatal nas situações em que aprovados em concurso público alegam danos decorrentes do atraso na data de suas investidas, pois a nomeação é obtida apenas após a intervenção do Estado-juiz. No aludido

leading case, restou assentado, como tese de repercussão geral, que “na hipótese de posse em cargo público determinada por decisão judicial, o servidor não faz jus a indenização, sob fundamento de que deveria ter sido investido em momento anterior, salvo situação de arbitrariedade flagrante”.

1. DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS NA RESOLUÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO DE DEMANDAS QUE ENVOLVAM RESPONSABILIDADE CIVIL

Na mentalidade jurídica romana, a lei foi feita para o homem (e não o homem para a lei). Séculos mais tarde, com a ascensão do positivismo jurídico normativista, a relação inverteu-se, tendo sido proibida ao magistrado a criação hermenêutica de uma solução para o caso concreto. Atualmente, entende-se que a dimensão fática, a par do direito legislado, afigura-se imprescindível na apreciação do caso concreto: o intérprete completa sua compreensão e, nesse processo, aparecem necessariamente valorações. Ademais, cabe ao intérprete não apenas procurar elucidar o justo no caso concreto, mas também indicar os argumentos que embasam seu juízo de escolha por uma solução e não pelas outras.

O jurista do século XXI é, portanto, um intérprete-concretizador, sujeito apto a raciocinar sobre as categorias jurídicas, a construir o sentido e o alcance das normas e a conectar motivadamente a literalidade das disposições do direito legislado com os valores que fundam e inspiram o ordenamento jurídico justo. Nesse contexto, Humberto Ávila (2007, p. 30-34) ensina que as normas são sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos, de modo que a Ciência do Direito não pode ser reduzida à mera descrição do significado dos textos, os quais constituem o ponto de partida da interpretação.

Na perspectiva pós-positivista, o amplo reconhecimento da efetividade dos valores constitucionais veio exigir, por todos os domínios jurídicos, a releitura crítica dos institutos jurídicos tradicionais, mesmo à margem dos atos legislativos. Nessa esteira, são constatadas profundas alterações, como: a) a técnica legislativa passa a oferecer textura mais aberta, com a definição de objetivos, distanciando-se do ideal de estabilidade e regulação para negócios, com a ampliação no emprego de cláusulas gerais e conceitos abertos; b) passa-se a conferir maior atenção a uma função promocional do direito, e não apenas repressiva; e c) a humanização do direito abre margem para o legislador tratar não apenas de questões patrimoniais, permitindo-se a imposição de deveres extrapatrimoniais nas relações entre particulares, a fim de assegurar a personalidade e, em última análise, a tutela da dignidade humana (Tepedino, 2004, p. 3-5).¹

Na seara da responsabilidade civil, está em curso uma profunda transformação de paradigmas, especialmente, à luz do valor primordial da solidariedade, a inspirar a modificação de entendimentos jurídicos a despeito de modificações no direito legislado. Para adequar-se à complexidade da vida social e atender às exigências de proteção às vítimas de danos tidos por injustos, o sistema da culpa, marcadamente individualista, tem caminhado em direção ao sistema solidarista da reparação do dano.

1 - O emprego da doutrina civilista, neste trabalho, tem em conta que o regime jurídico da responsabilidade do Estado revela-se fortemente influenciado pelos institutos do direito civil, embora devam ser reconhecidas as devidas peculiaridades. Explica Charles Debbsch: “O direito civil da responsabilidade foi e continua a ser uma fonte de inspiração para o juiz administrativo. Ela apresenta uma série de soluções-modelo para os problemas surgidos, como as regras relativas à indenização ou à imputação dos danos (Debbsch, 1977, p. 245-246, tradução nossa)”.

Cabe trazer à baila a compreensão de norma jurídica de Friedrich Müller (2009, p. 192231), a qual se apresenta como contraponto direto ao positivismo jurídico normativo, especialmente à teoria de Hans Kelsen. Segundo Müller, o texto não é uma formulação linguística qualquer a ser conhecida pelo jurista, mas uma formulação linguística que implica um grau de normatividade que orienta problemas concretos a serem resolvidos. Desse modo, não há como reduzir a atividade do jurista ao conhecimento e à fixação dos sentidos apenas com textos, mas apenas diante do caso concreto para o qual o texto se orienta. Para Müller, a norma jurídica se estrutura a partir dos dados linguísticos em torno do texto (programa da norma) e dos dados reais em torno do caso concreto (âmbito da norma). Em outras palavras, o programa da norma é a pretensão ou a disposição da norma, ou seja, o objetivo que a norma do caso concreto pretende alcançar, enquanto o âmbito normativo é o rol de situações concretas a que a norma pode se dirigir ou pretende controlar. É a partir da junção de ambos os elementos que se chega ao terceiro e último ponto do processo interpretativo proposto por Müller: a norma de decisão, que concretiza a linha conclusiva do raciocínio, distanciando o texto da norma propriamente dita.

Observa-se que, no pensamento de Müller, o significado do texto não é previamente dado, mas construído em situações históricas específicas, isto é, os sentidos só podem ser atribuídos em contextos específicos de realização. No contexto da responsabilidade civil, o texto normativo tem contribuição ainda mais embrionária, considerando que as disposições legais são sucintas e deixam amplíssima margem de decisão para a concretização do direito à indenização. O direito da responsabilidade civil vale-se de textos normativos bastante abertos, em razão da impossibilidade de antever com maior precisão os diversos conflitos relativos à pretensão ressarcitória. Portanto, nesse campo jurídico, percebe-se com ainda maior nitidez a imprescindibilidade da apreciação do âmbito da norma para a construção da norma de decisão.

Para a compreensão da norma jurídica na hermenêutica jurídica contemporânea, mostram-se úteis as lições de Gustavo Zagrebelsky, o qual defende uma concepção de direito dúctil, maleável, flexível, no sentido de auto-adaptável às transformações da realidade, aproximando-se da ideia de âmbito normativo de Müller. Segundo Zagrebelsky (1995, p. 122), não é suficiente considerar o “direito dos livros”, devendo-se perquirir o “direito em ação”, de modo que é necessária uma “validade prática”, para além de uma validade meramente lógica. O autor italiano prossegue e afirma que o direito deve ser tido como uma disciplina prática: “el caso no puede comprenderse jurídicamente si no es por referencia a la norma y ésta por referencia a aquél, pues no es sólo el caso que debe orientarse por la norma, sino también la norma la que debe orientarse al caso” (Zagrebelsky, 1995, p. 132). Assim, em consagração do caráter eminentemente funcional do direito, percebe-se a existência de vários métodos de interpretação não como um defeito teórico, mas como um dever da nossa cultura jurídica, de modo que a “razoabilidade”, ou “prudência”, deixa de se configurar como um elemento subjetivo do jurista para ser objetivado no próprio ordenamento jurídico.

Nessa esteira, para Zagrebelsky (1995, p. 125-126), a capacidade de relativização dos princípios jurídicos permite sua convivência em uma sociedade plural. Desse modo, os juízes seriam os guardiões da complexidade estrutural do direito, no marco da necessária e dúctil coexistência entre a lei, os direitos e a justiça. Ademais, a pluralidade dos princípios e dos valores objetivados na Constituição justifica o tratamento não formalista ou não hierárquico dos fenômenos jurídicos, utilizando-se as ideias de prudência, ponderação, proporcionalidade e de otimização.

A respeito da responsabilidade civil, Zagrebelsky (1995, p. 126) observa que a importância concedida aos valores na hermenêutica contemporânea não pode ser distorcida a ponto de dar azo a um “mercado de valores”, com a precificação de valores jurídicos por meio da expansão desenfreada do dano ressarcível. A transformação dos valores lesados em valor-dinheiro significaria a submissão dos demais valores ao valor da economia, de modo que, numa sociedade pluralista, deve haver uma ponderação entre os valores envolvidos no caso concreto para obter-se a solução justa. Nitidamente complexo, portanto, o mister de construir soluções jurídicas em casos de pleitos de indenização.

No enfrentamento das demandas que envolvem responsabilidade civil, cabe à função jurisdicional do Estado a preservação do ordenamento jurídico, conferindo-lhe, para cumprir a conformidade do texto constitucional, coerência e integridade. Aliás, diante de sua relevância, a exigência de coerência e de integridade da jurisprudência dos tribunais passou a ser expressamente estabelecida no artigo 926 do novo Código de Processo Civil, nos seguintes termos: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

Os termos “coerência” e “integridade” remetem à terminologia de Ronald Dworkin, cuja teoria da integridade permite compreender que não se pode confundir a visão pragmática, isto é, aquela que se volta ao resultado, com a visão jurídica, que tem por finalidade a coerência, em sentido amplo, das decisões judiciais:

O pragmatismo exige que os juízes pensem de modo instrumental sobre as melhores regras para o futuro [...] O direito como integridade é diferente: é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração. O programa que apresenta aos juízes que decidem casos difíceis é essencialmente, não apenas contingentemente, interpretativo; o direito como integridade pede-lhes que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso (Dworkin, 1999, p. 273).

Exige-se do magistrado uma atuação pautada “em princípios, e não por fé”. Segundo a doutrina da responsabilidade, “os homens integram suas intuições e subordinam algumas delas, quando necessário, a essa responsabilidade”, ao pressupor uma “coerência articulada, assim como decisões de acordo com um programa que possa tornar-se público e ser seguido enquanto não for modificado”, características fundamentais de qualquer concepção de justiça (Dworkin, 2002, p. 252).

Para Dworkin, “a integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção” (Dworkin, 1999, p. 264). Assim, a coerência assegura o respeito à igualdade, de modo que os diversos casos terão a igual consideração por parte do juiz, restando assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição. Já a integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito, como garantia contra arbitrariedades interpretativas.

É certo ainda, que, para o autor supracitado a coerência e a integridade não se satisfazem com a simples estabilidade nas decisões judiciais a respeito de uma mesma questão jurídica, pois a integridade incentiva um juiz a ser mais abrangente e imaginativo em sua busca de coerência com o princípio fundamental, como no exemplo sobre a responsabilidade civil dos advogados:

Durante algum tempo, os juízes ingleses declararam que embora os membros de outras profissões fossem responsáveis por danos causados por sua negligência, os advogados eram imunes a tal responsabilidade. Entendida em sentido estrito, a coerência teria exigido a continuidade dessa exceção, mas a integridade condena o tratamento especial dispensado aos advogados, a menos que este possa ser justificado em princípio – o que parece improvável. A Câmara dos Lordes atualmente reduziu essa isenção: ao fazê-lo, preferiu a integridade à coerência estrita (Dworkin, 1999, p. 264-265).

A integridade em Dworkin se contrapõe ao voluntarismo do juiz, igualmente autor e crítico. Ao interpretar uma tradição, o juiz introduz um acréscimo que será interpretado pelos juízes futuros, numa espécie de romance em cadeia (*chain novel*), em que “cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante” (Dworkin, 1999, p. 276). Nesse processo, o juiz, assim como o romancista, deve criar a melhor interpretação possível como se fosse a obra de um único autor. Tratando-se de uma continuidade, e não de um novo começo, não pode a decisão ser baseada na discricionariedade do julgador.

2. O PLEITO DE INDENIZAÇÃO POR NOMEAÇÃO TARDIA EM CONCURSOS PÚBLICOS E A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

No recorte temático do presente estudo, cumpre investigar as relações entre a responsabilidade do Estado e a condução imperfeita de concursos públicos, causadora de atraso na nomeação de candidatos aprovados. Com efeito, mostra-se comum a situação em que cidadãos, mesmo após a regular aprovação no processo seletivo, ficam impedidos de assumir o cargo público, em razão de interpretações da administração pública – que podem ser revertidas posteriormente pelo juiz. Subsiste, todavia, o questionamento sobre a reparação dos danos materiais sofridos por esses concursados entre a data em que deveria ter ocorrido a investidura até o momento em que se efetiva a nomeação por ordem judicial, período em que lhes foi negado o exercício da função pública e a percepção de vencimentos.

A *quaestio iuris* encontra tratamentos díspares na jurisprudência, em afronta à segurança jurídica. O STF já havia manifestado, em algumas oportunidades, a concordância com o pleito dos concursados, deferindo a indenização correspondente aos vencimentos que teriam sido percebidos caso a nomeação houvesse ocorrido no momento devido. No entanto, também foram realizados julgamentos em sentido contrário. A mais antiga decisão encontrada sobre a matéria data de 1965. Ao decidir o Recurso Extraordinário n. 53.119/PE, o plenário garantiu o direito à nomeação das autoras, mas entendeu ser cabível o pagamento de “vencimentos atrasados” apenas na hipótese de reintegração de servidor, em que se corrige a cessação ilegal do exercício da função.

Entretanto, julgamentos mais recentes enveredaram por outro caminho. Já no Recurso Extraordinário n. 188.093/RS, de 1999, a Corte, unanimemente, acolheu o pedido de indenização pelo dano associado à nomeação não oportuna, originada da inércia da Administração mesmo diante de uma ordem judicial de nomeação transitada em julgado. O montante indenizatório consistiu na soma das parcelas referentes à remuneração que teria sido auferida e, ainda, o direito a adicionais por tempo de serviço. Ademais, faz-se a salutar distinção conceitual entre indenização e vencimentos retroativos, para esclarecer que a pretensão reconhecida é de indenização pela prática ilícita de ato omissivo do agente público.

Em seguida, cumpre mencionar o Recurso Extraordinário n. 194.657/RS, de 2001, em que, após reconhecer a inconstitucionalidade do veto secreto a um candidato à carreira da magistratura, deferiu-se, por unanimidade, a reparação dos danos advindos da nomeação tardia, com o pagamento de todos os valores a que teria direito a autora caso houvesse sido oportunamente investida no cargo público. Em seu voto, o relator fez uma importante menção ao entendimento da Corte de que o desligamento nulo de servidor em estágio probatório, em que pese não enseje a figura da reintegração, acarreta, por analogia, as mesmas consequências, a saber: a indenização pela frustração ilegal do exercício do cargo corresponde, nesses casos, ao total da remuneração que o servidor afastado teria auferido.

Não rompeu a linha dos precedentes anteriores o Recurso Extraordinário n. 221.170/RS, decidido no ano 2000. Embora a Primeira Turma tenha negado o ressarcimento a candidatos preteridos na ordem de classificação, não se enfrentou o mérito do recurso, porque o direito dos recorrentes não decorreria da mera regra do concurso público, prevista no art. 37, II, da Constituição, mas, sim, da cláusula de responsabilização do Estado, prevista no §6º do mesmo artigo, a qual não fora prequestionada.

Já no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), estabeleceu-se uma divisão: a 1ª Seção orientava-se pelo acolhimento da tese, que era rechaçada pela 3ª Seção. Para fins ilustrativos, colhem-se, em adição aos julgados já examinados, as seguintes conclusões a que já chegaram as turmas da 3ª Seção:

[...] esta Corte entende que o ato administrativo que impede a nomeação de candidato aprovado em concurso público, ainda que considerado ilegal e posteriormente revogado por decisão judicial, não gera direito à indenização por perdas e danos ou ao recebimento de vencimentos retroativos.²

O ato administrativo que impede a nomeação de candidato aprovado em concurso público, ainda que considerado ilegal e posteriormente revogado por decisão judicial, não gera direito à indenização por perdas e danos ou ao recebimento de vencimentos retroativos.³

Só há o direito ao recebimento dos vencimentos após a nomeação, uma vez que o vínculo só começa a partir do exercício no cargo, inexistindo, portanto, direito à percepção retroativa de vencimentos, ainda que como indenização.⁴

Por outro lado, as turmas da 1ª Seção adotaram uma posição contrária, de forma a garantir a indenização pelos danos materiais advindos de nomeação tardia, sob a influência de um movimento de maior proteção às vítimas do dano injusto:

[...] o candidato aprovado em concurso público e nomeado tardiamente em razão de erro da Administração Pública, reconhecido judicialmente, faz jus à indenização por dano patrimonial, consistente no somatório de todos os vencimentos e vantagens que deixou de

2 - Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 745.554/DF. Relator: Ministro Felix Fischer. Quinta Turma. Brasília, 16 de fevereiro de 2006.

3 - Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão Monocrática no Recurso Especial n. 647.814/MG. Relator: Ministro Paulo Gallotti. Sexta Turma. Brasília, 30 de setembro de 2004.

4 - Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 536.596/RS. Relator: Ministro Felix Fischer. Quinta Turma. Brasília, 02 de março de 2004.

receber no período que lhe era legítima a nomeação, à luz da Teoria da Responsabilidade Civil do Estado, com supedâneo no art. 37, § 6^a da Constituição Federal.⁵

Ação indenizatória proposta em desfavor de ente da federação ante a tardia nomeação dos autores, que resultou de ato ilícito da Administração, reconhecida judicialmente em decisão transitada, por manifesta ilegalidade na correção das provas do certame, razão pela qual os candidatos, ora recorrentes, deixaram de exercer o cargo para o qual restaram aprovados em concurso público, tendo sido preteridos por outros candidatos, nomeados em 19-07-95, razão pela qual incide o artigo 37, § 6^a da Constituição Federal, que responsabiliza objetivamente o Estado por danos causados aos seus administrados.⁶

[...] a responsabilidade civil do Estado por danos perpetrados por seus agentes, no exercício da função pública, é, via de regra, de natureza objetiva, prescindindo da comprovação de dolo ou culpa na prática do ato administrativo, à luz do que dispõe o art. 37, § 6^o, da Constituição da República.

Nesses moldes, deve o autor receber indenização no valor correspondente ao dos vencimentos e demais vantagens relativas ao cargo que teria auferido não fosse o ilegítimo impedimento.⁷

Configurou-se, portanto, um panorama de insegurança jurídica na jurisprudência do STJ, com entendimentos contrários proferidos por cada Seção, a ensejar a interposição de inúmeros embargos de divergência.

Em fevereiro de 2011, a Corte Especial do STJ, ao julgar os Embargos de Divergência em REsp nº 825.037/DF⁸, firmou o entendimento de que, em casos de nomeação por decisão judicial, não assiste ao concursado o direito de receber, pura e simplesmente, o valor dos vencimentos que poderia ter auferido até o advento da nomeação determinada judicialmente; reconheceu-se, todavia, o direito à indenização por perda de chance, que, naquele caso concreto, corresponderia à diferença entre os vencimentos do cargo e o valor que, no período da demora, o concursado havia recebido no desempenho de atividade contratual.

Poucos meses depois, a mesma Corte Especial do STJ, no julgamento do EREsp 1.117.974/RS⁹, modificou seu posicionamento, no sentido de que o candidato cuja nomeação tardia tenha ocorrido por força de decisão judicial não tem direito à indenização pelo tempo em que aguardou a solução definitiva pelo Judiciário: “Considera-se que, se a nomeação foi decorrente de sentença judicial, o retardamento não configura preterição ou ato ilegítimo da Administração Pública a justificar uma contrapartida indenizatória”. Diante da cizânia, o STF foi instado a decidir

5 - Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.117.974/RS. Relator: Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Brasília, 19 de novembro de 2009.

6 - Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 825.037/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Brasília, 23 de outubro de 2007.

7 - BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 825.925/RS. Relator: Juiz Convocado Carlos Fernando Mathias. Segunda Turma. Brasília, 06 de março de 2008.

8 - Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 825.037/DF. Relator: Min. Eliana Calmon. Corte Especial. Brasília, 1^o de fevereiro de 2011.

9 - Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.117.974/RS. Relator p/ Acórdão: Min. Teori Albino Zavascki. Corte Especial. Brasília, 21 de setembro de 2011.

a matéria em sede de repercussão geral, no bojo do já citado Recurso Extraordinário n. 724.347/DF, cuja fundamentação será examinada a seguir.

3. ESTUDO DA FUNDAMENTAÇÃO DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 724.347/DF

O Recurso Extraordinário n. 724.347/DF foi interposto pela União contra o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que havia reconhecido o direito de indenização a dez auditores-fiscais da Receita Federal, correspondente à remuneração do cargo no período de 13.06.1995 (data a partir da qual alegam terem sido preteridos por outros candidatos aprovados) a 25.07.1997 (data da efetiva nomeação dos recorridos), descontando-se eventuais rendimentos recebidos no período, com juros e correção.

O julgamento no STF iniciou-se em 23 de outubro de 2014, tendo sido interrompido por pedido de vista e retomado em 26 de fevereiro de 2015. O Min. Marco Aurélio, relator, entendeu cabível a responsabilidade objetiva do Estado, com fundamento na teoria do risco administrativo, mas prevaleceu a divergência inaugurada pelo Min. Luís Roberto Barroso, pela inviabilidade da indenização, salvo em casos de arbitrariedade flagrante. O acórdão contém votos escritos e a transcrição de debates entre os ministros, cuja fundamentação passa a ser analisada.

3.1. A natureza da pretensão: indenização ou remuneração retroativa?

Inicialmente, verifica-se que foi preciso enfrentar e esclarecer, durante o julgamento, um equívoco frequente nas decisões que negam a pretensão reparatória de candidatos nomeados tardiamente, qual seja, o de considerar que o cidadão prejudicado pede o recebimento retroativo de vencimentos. Desse modo, o pedido seria improcedente, pois o recebimento de vencimentos dependeria da contraprestação do serviço, sob pena de enriquecimento sem causa por parte do servidor.

Após o voto do Relator Min. Marco Aurélio – no qual se sustentou a responsabilização do Estado (p. 5-11) –, o Min. Luís Roberto Barroso votou (p. 12-18), no sentido contrário, defendendo que o servidor não teria direito à indenização, salvo arbitrariedade flagrante. Como o voto divergente mencionou vários julgados em que se negava a possibilidade de remuneração retroativa, foi preciso esclarecer que o pedido consistia, em verdade, na reparação de danos materiais, portanto, não se afigura cabível o argumento de que o recebimento de vencimentos depende da prestação do serviço. Do debate transcrito, colhe-se:

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pelo que eu percebi da argumentação do eminente Relator, ele traz à baila um novo argumento, porque a jurisprudência que Vossa Excelência, Ministro Roberto Barroso, está trazendo à apreciação do Plenário, salvo engano de minha parte, assenta-se na premissa de que haveria um locupletamento ilícito do candidato por não ter prestado o serviço correspondente, se remunerado por esta omissão, digamos assim, ou essa ausência de serviço.

O Ministro Marco Aurélio, a meu ver, está trazendo um novo enfoque no sentido de assentar que houve uma resistência, ilícita ou ilegítima, por parte do Estado, no caso, o Distrito Federal, o Estado genericamente compreendido, a uma ordem judicial, em prejuízo de um candidato que foi aprovado. Então, trata-se de apurar um dano material e não de aquinhoá-lo com uma remuneração a que eventualmente ele fizesse jus. Então, o enfoque de Sua Excelência é distinto (p. 26).

Da lavra do STJ, podem ser mencionados os seguintes julgados representantes dessa ótica que confunde o pedido de indenização por danos materiais com um pedido de recebimento de remuneração retroativa:

Não fazem jus à percepção de vencimentos retroativos à data que seriam nomeados, muito menos a adicional de tempo de serviço, a título de indenização, os candidatos que aprovados em concurso público, não foram nomeados, em razão de norma que, imposta pela Administração, foi considerada inaplicável pelo Judiciário.¹⁰

[...] candidatos preteridos na ordem de classificação em certame público, situação esta reconhecida pelo Poder Judiciário, não fazem jus aos vencimentos, bem como aos seus consectários, referentes ao período compreendido entre a data em que deveriam ter sido nomeados e a efetiva investidura no serviço público, ainda que a título de indenização, na medida em que a percepção da retribuição pecuniária não prescinde do efetivo exercício do cargo.¹¹

Para esses julgados, portanto, o pedido de indenização seria incabível, porque os vencimentos são a contraprestação pelo exercício do cargo; em outras palavras: se não houve exercício, não se pode receber vencimentos¹². É de se reconhecer que esse raciocínio simplista confunde a natureza dos vencimentos com a natureza da indenização. Apenas por um relaxamento de¹³ linguagem, seria possível afirmar que os candidatos buscam junto ao Poder Judiciário o direito ao recebimento de vencimentos retroativos. Em verdade, buscam uma indenização pelo dano material suportado no período em que foram ilegitimamente impedidos de receber vencimentos. Assim já vinha decidindo acertadamente o STJ:

Tenho por certo, à semelhança do entendimento firmado pelo Tribunal de origem, que “o direito à remuneração é consequência do efetivo exercício da função” ou cargo público. Discordo, entretanto, quanto à conclusão. A recorrente não pleiteia qualquer verba de natureza salarial. O que pretende é o ressarcimento pelos prejuízos morais e materiais experimentados em razão de ato ilícito praticado pelo Poder Público (exigência de idade mínima para participação no concurso), equivalente à importância que lhe seria devida caso tivesse sido oportunamente empossada.

A reprovação indevida de candidato no certame público lhe dá direito ao recebimento de indenização ante a presença de ato ilícito, mas não à percepção dos vencimentos relativos ao cargo postulado, porquanto esse direito nasce somente com a efetiva nomeação e posse do candidato.¹⁴

10 - Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 256.460/MG. Relator: Ministro Felix Fischer. Quinta Turma. Brasília, 04 de março de 2004.

11 - Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 922.977/RS. Relator: Ministro Celso Limongi. Sexta Turma. Brasília, 25 de junho de 2009.

12 - Cf. também, nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.022.823/RS. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Quinta Turma. Brasília, 03 de setembro de 2009; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 508.477/PR. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Quinta Turma. Brasília, 14 de julho de 2007.

13 - Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 642.008/RS. Relator: Ministro Castro Meira. Segunda Turma. Brasília, 10 de agosto de 2004.

14 - Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 763.835/RN. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Segunda Turma. Brasília, 06 de fevereiro de 2007.

A diferenciação entre os pedidos é corroborada por José dos Santos Carvalho Filho:

Há dois aspectos a se considerar, um de natureza funcional, outro de caráter remuneratório. No que tange ao primeiro, o ato de nomeação deve retroagir ao momento em que houve as nomeações anteriores [...] Quanto à remuneração relativa ao período anterior, entretanto, [o servidor] não tem direito à sua percepção, porquanto não houve o fato gerador do direito aos vencimentos. Não obstante, tem direito a pleitear indenização contra o Estado para a reparação dos prejuízos, com fundamento no art. 37, § 6º, da CF (Carvalho Filho, 2007, p. 547-548).

Aliás, há julgados do STJ que chegam a amparar o nomeado tardiamente com a concessão desses chamados “vencimentos retroativos”:

[...] devem ser pagos à impetrante os vencimentos retroativos à data em que deveria ter sido nomeada, uma vez que foi violado seu direito ao exercício do cargo por força de ilegalidade da Administração consistente na anterior nomeação de candidatos aprovados em ordem de classificação posterior.¹⁵

Decisão judicial favorável ao postulante. Nomeação concedendo apenas efeitos retroativos funcionais. Direito a vencimentos atrasados conforme Súmula 269 e 271, do Supremo Tribunal Federal.¹⁶

Para o autor deste estudo, a questão não envolve a percepção retroativa dos vencimentos ou remuneração. Desta feita, entende-se que as decisões que condenam o Estado ao pagamento de “vencimentos retroativos” incorrem em equívoco, pois não se discute a parcela oriunda da relação jurídico-administrativa, mas, em verdade, o montante referente à indenização por dano causado ao cidadão concursado e que se reputa injusto.

De volta à análise do Recurso Extraordinário n. 724.347/DF, chama a atenção, negativamente, a circunstância de que o voto escrito inicial do Min. Luís Roberto Barroso, cuja solução para a matéria acabou logrando-se vencedora, sustenta-se no argumento de que a remuneração não é devida sem a contraprestação do serviço, o que se afasta da natureza da causa, e não é suficiente para responder aos argumentos deduzidos na demanda:

11. No mérito, é de conhecimento corrente que a mera aprovação em concurso público não gera direito à nomeação, posse e efetivo exercício, requisitos indispensáveis para que o servidor adquira o direito à remuneração. Remuneração não é prêmio, mas contraprestação por serviço prestado, salvo exceções legais pontuais (reintegração, licenças etc.) (p.15).

Todavia, entende-se que descabe negar o pedido de indenização sob o argumento de que o candidato aprovado busca a obtenção de remuneração por via oblíqua, tendo em vista que, como já se demonstrou, os vencimentos e a indenização por dano injusto têm natureza claramente distinta. A compreensão dessa diferença é importante para que se alcance uma solução com fundamentação adequada.

15 - Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n. 11.422/MG. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Brasília, 10 de maio de 2007.

16 - Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n. 2.287/DF. Relator: Ministro José Cândido de Carvalho Filho. Sexta Turma. Brasília, 05 de outubro de 1993.

3.2. Lucros cessantes ou perda de uma chance?

No acórdão em estudo, consta que o Min. Teori Zavascki, ao formular o pedido de vista, referiu-se à teoria da perda de uma chance como solução para a controvérsia (p. 36). Desse modo, é cabível tecer considerações sobre a aplicabilidade da aludida teoria.

Em compasso com os novos rumos da responsabilidade civil, em que os seus requisitos são flexibilizados para uma maior proteção ao prejudicado, a doutrina e a jurisprudência francesas passaram a posicionar o evento danoso num ponto diverso do que vinha sendo apontado: na chance que foi perdida, em vez de no provável resultado do desdobramento da situação (Savi, 2006, p. 3-4). Nessa seara, é crucial frisar que a doutrina da perda de uma chance não se presta a reparar a perda de uma simples esperança subjetiva, tendo lugar apenas quando se trata de uma chance real e séria, conforme explica Rafael Pettefi da Silva (Silva, 2007, p. 134).

Embora a efetivação da chance não possa ser avaliada com certeza, a perda da oportunidade pode mostrar-se certa. Assim, como o dano indenizável não pode ser meramente hipotético, não cabe ao lesado alegar um prejuízo final à sua esfera de direitos, sobre a qual pairam dúvidas, restando a ele descrever seu dano como a perda em si de uma chance real e séria. Sendo assim, a quantificação do dano por perda de uma oportunidade não deve ser pautada pelo objetivo de conferir ao lesado a integralidade do que viria a receber caso usufruísse plenamente da oportunidade perdida, mas uma indenização pela perda em si.

É preciso diferenciar a perda de uma chance dos lucros cessantes, embora, nas duas figuras jurídicas, exista a característica comum de um evento danoso a impedir que a vítima aufera vantagens futuras. A primeira diferença diz respeito à natureza do interesse violado: enquanto a perda de uma chance infringe um interesse eminentemente fático, os lucros cessantes associam-se a um direito subjetivo. A segunda diferença, mais importante, é atinente ao grau de certeza do resultado final: na perda de uma chance, a ocorrência do resultado útil é indemonstrável; nos lucros cessantes, há a perda de um ganho com uma probabilidade próxima à certeza, com base em fatos consolidados no passado (Silva, 2007, p. 14-20). Dessa forma, a distinção repousa na gradação da probabilidade de perda de uma vantagem ulterior. Se existe certeza quanto à perda de uma oportunidade (antecedente), mas dúvida considerável quanto aos limites da efetiva repercussão para o lesado (consequente), não há certeza suficiente para configurar lucro cessante. Por outro lado, se o nexo causal entre o fato e o dano se estabelece de forma mais clara, com reduzido espaço para a incerteza, há lucro cessante.

Agora é possível lançar a indagação, para a hipótese de se reconhecer o direito à indenização por nomeação tardia: há perda de uma chance ou lucro cessante? É de se entender que a probabilidade de resultado útil, na hipótese de regular nomeação, é próxima à certeza, pois o candidato conseguiu ser aprovado para o preenchimento do cargo que havia escolhido como meta, sujeitando-se a cumprir todas as fases do concurso público para efetivar tal desiderato. O exercício da função pública e a percepção de rendimentos não ocorrem apenas por ato irregular na condução do certame, no momento em que o concursado unicamente espera a tão almejada nomeação.

A demonstração de que o prejuízo sofrido pelo cidadão nomeado tardiamente expressa um lucro cessante, e não a mera perda de uma chance, apresenta relevante repercussão prática. A um, porque evita que o concursado lesado enfrente as resistências e as dificuldades associadas

a uma corrente jurisprudencial mais vanguardista. A dois, porque faz concluir que o *quantum* indenizatório deve corresponder, em princípio, aos vencimentos indevidamente não recebidos, enquanto o valor da reparação nos casos de mera perda da chance de ser aprovado num concurso equivaleria apenas uma percentagem desse valor, variável conforme a probabilidade de aprovação no concurso e posse no cargo. Compreende-se, pois, que a doutrina da perda de uma chance não se apresenta útil para a solução dos pedidos de indenização por nomeação tardia.

3.3. A quantificação do prejuízo material

A respeito do *quantum* da indenização por nomeação tardia, se reconhecida, entende-se que deve corresponder, em princípio, aos vencimentos e demais vantagens inerentes ao cargo-importância que o cidadão lesado teria percebido caso nomeado oportunamente, pelo princípio da *restitutio in integrum*. Nesse sentido já se expressou o STJ:

Em matéria de responsabilidade civil, vigora o princípio da *restitutio in integrum*, segundo o qual a indenização deve alcançar à vítima tudo aquilo que teria obtido não fosse o evento danoso. É a regra geral insculpida no art. 944, caput, do Código Civil: “A indenização mede-se pela extensão do dano”.

Deve o recorrente receber, nesses moldes, indenização no valor correspondente ao dos vencimentos e demais vantagens relativas ao cargo que teria auferido não fosse o ilegítimo impedimento à sua posse, no período compreendido entre o dia em que deveria ter ocorrido a investidura (24.10.1994) e aquele em que efetivamente ocorreu (24.12.1997).¹⁷

Ao analisar o referido princípio na perspectiva da responsabilidade civil em geral, Caio Mário Pereira enfatiza que “em qualquer hipótese, o montante da indenização não pode ser inferior ao prejuízo, em atenção ao princípio segundo o qual a reparação do dano há de ser integral” (Pereira, 1999, p. 312). No mesmo sentido, ao tratar especificamente dos danos relacionados à nomeação tardia, Yussef Cahali avaliza a entendimento segundo o qual “nada impede que o valor da indenização seja fixado tendo em conta os vencimentos que a autora receberia se tivesse sido nomeada e empossada juntamente com os demais aprovados no concurso” (Cahali, 1995, p. 451).

Por outro lado, não se pode olvidar que o fundamento para a concessão do total de vencimentos e vantagens ao prejudicado consiste na ideia de reparação ao dano injusto experimentado. Desse modo, a extensão do ressarcimento devido se estreita caso o concursado tenha auferido renda proveniente de trabalho durante o período em que deveria estar no exercício do cargo público, eis que inegável a menor intensidade da lesão patrimonial. Nessa hipótese, entende-se que o concursado demandante faz jus somente à diferença entre os valores que teria recebido se nomeado oportunamente e o montante obtido em decorrência da atividade laboral que tenha desempenhado.¹⁸

Em confirmação, Caio Mário Pereira leciona que, tendo por objeto reparar o dano, a indenização não pode ser superior a ele, sob pena de romper o binômio dano-indenização:

17 - BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 506.808/MG. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Primeira Turma. Brasília, 29 de junho de 2006. Cf., no mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 767.143/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Brasília, 17 de maio de 2007.

18 - Cf. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Ação Cível n. 2004.71.00.0239663/RS. Relatora: Juíza Federal Vânia Hack de Almeida. Terceira Turma. Porto Alegre, 20 de março de 2006; BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível n. 2003.01.1.019549-8. Relatora: Desembargadora Vera Andrighi. Quarta Turma Cível. Brasília, 21 de junho de 2004.

É também princípio capital, em termos de liquidação das obrigações, que não pode ela transformar-se em motivo de enriquecimento. Apura-se o quantitativo do ressarcimento inspirado no critério de evitar o dano (de *damno vitando*), não porém para proporcionar à vítima um lucro (de *lucro capiendo*). Ontologicamente subordina-se ao fundamento de restabelecer o equilíbrio rompido, e destina-se a evitar o prejuízo. Há de cobrir a totalidade do prejuízo, porém limita-se a ele (Pereira, 1999, p. 312).

Desse modo, entende-se que a quantificação do prejuízo material deverá levar em consideração a vedação do enriquecimento sem causa. O ponto não foi decidido pelo STF no acórdão em estudo, por não ter sido objeto do recurso, mas foi mencionado como *obiter dictum* (p. 36).

3.4. Balizas traçadas pelo STF quanto à indenização por nomeação tardia

Como dito, o Min. Marco Aurélio, relator, considerou a nomeação tardia como fato gerador de responsabilidade objetiva do Estado. Seu posicionamento viria a ser perfilhado pelo Min. Luiz Fux (p. 30-32):

[O] Professor Celso Antônio Bandeira diz assim: o Estado de Direito lesou, tem que reparar. Agora, eu acho que faz parte do *múnus público* dos advogados do poder público resistir, correndo o risco de ter que reconhecer um direito com eficácia retrooperante, porque, se deram posse, é porque eles já tinham o direito à posse. [...]

De que vive o homem? Vive de esperança. Esse homem fez um concurso, e a esperança é um direito legítimo de qualquer cidadão.

[...] numa Constituição pós-positivista como a nossa, humanizada como a nossa, tratar com indiferença isso realmente não me satisfaz em termos de justiça.

Todavia, esse posicionamento do relator não prevaleceu. O voto divergente vencedor, do Min. Luís Roberto Barroso (p. 12-18), assenta-se, inicialmente, no argumento inadequado da impossibilidade de percepção de vencimentos sem prestação de serviços, conforme se sustentou acima. Adiante, é possível verificar que o voto realiza uma ponderação¹⁹ entre os interesses em jogo, para concluir, segundo a razão prática, que a indenização será cabível apenas em casos de arbitrariedade flagrante:

13. No entanto, é preciso ressaltar situações de arbitrariedade qualificada, tal como faz a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A simples existência de um litígio judicial sobre concurso público é fato normal na vida de uma sociedade com instituições, e a defesa judicial pelo Estado de um ponto de vista minimamente razoável, dentro das regras do jogo, não gera dano indenizável. No entanto, em situações de patente arbitrariedade, descumprimento de ordens judiciais, litigância meramente procrastinatória, má-fé e outras manifestações de desprezo ou mau uso das instituições, ocorrem fatos extraordinários que exigem reparação adequada (p. 5-6)

Veja-se que, especificamente para pleitos indenizatórios envolvendo nomeação tardia, foi efetivada uma construção hermenêutica que exige dolo ou culpa grave para que a responsabilidade recaia sobre o Estado, afastando-se do regime de responsabilidade objetiva previsto na cláusula

19 - Utiliza-se, no presente estudo, a ideia de ponderação de interesses jurídicos no contexto de prudência ou razoabilidade na razão prática, como proposto por Zagrebelsky (1995, *passim*).

geral do art. 37, § 6º, do texto constitucional²⁰. Entende-se que essa ponderação de interesses jurídicos realizada no voto escrito do Min. Luís Roberto Barroso é a técnica adequada para a resolução do problema, conforme juízo de razoabilidade ou prudência do órgão julgador. Todavia, pensa-se que a fundamentação teria sido mais clara se mencionasse expressamente que se estava a realizar uma ponderação dos interesses jurídicos em disputa.

Com efeito, diante da ausência de prevalência legal entre interesses juridicamente tutelados, Schreiber propõe a utilização da técnica de ponderação de valores para selecionar o interesse jurídico merecedor de tutela em casos de responsabilidade civil, aduzindo que

[u]m certo componente valorativo é mesmo pressuposto da ponderação na medida em que ela vem justamente se opor ao tradicional uso exclusivo da subsunção, cujo rigor metodológico não garantiu resultados concretamente mais justos no decorrer de seu longo império. Ademais, a interpretação do dado normativo, mesmo na ausência de norma específica, uma vez justificada expressamente, autoriza o controle de sua validade e de seu grau de convencimento, em um profícuo debate que, ao contrário do que ocorreria em outros campos de conhecimento, encontra-se, fatalmente, limitado por uma decisão final, intrínseca à própria estrutura judiciária e à finalidade prática do direito (Schreiber, 2009, p.171-173).

De uma forma geral, não existe um critério para resolver o confronto entre interesses de forma abstrata, pois a construção da solução dependerá das peculiaridades de cada situação de fato. Contudo, é possível afirmar que os precedentes auxiliam a resolução de casos futuros em que estejam presentes as mesmas condições de fato. Ainda, é possível antever tensões prováveis entre interesses e emitir um posicionamento, independentemente dos casos concretos.

Assim, em sede de repercussão geral, o STF estabeleceu, no julgado em estudo, uma diretriz para a generalidade dos casos de pedido de indenização por nomeação tardia, por meio da seguinte tese: “na hipótese de posse em cargo público determinada por decisão judicial, o servidor não faz jus a indenização, sob fundamento de que deveria ter sido investido em momento anterior, salvo situação de arbitrariedade flagrante”. A observância dessa tese pelos demais órgãos julgadores garantirá coerência na jurisprudência, nos termos propostos por Dworkin, pois, casos com a mesma e única questão jurídica terão a mesma solução, promovendo-se o princípio da igualdade. Ainda, nota-se que o STF não determinou a mesma solução para todos os casos de nomeação tardia, tendo excepcionado as hipóteses de arbitrariedade flagrante, em consonância com a doutrina do direito como integridade, na busca de um sistema único e coerente de justiça e equidade, na correta proporção.

Dito isso, prossegue-se na análise para acrescentar dois comentários laterais. A um, observa-se que, nos debates, o Min. Luís Roberto Barroso acrescenta argumentos consequencialistas à sua tomada de posição. Ao responder ao relator, que defendia a responsabilização do Estado, afirma:

[...] acho até que Vossa Excelência sustenta uma tese que não só é juridicamente defensável, como socialmente atraente. Eu apenas acho que certas decisões, certas linhas jurisprudenciais que nós criamos aqui produzem feitos em cascata sobre a responsabilização civil do Estado. E, portanto, eu fiz a opção por uma postura mais comedida na atribuição de responsabilidade civil ao Estado, que eu não teria hesitação em reconhecer se considerasse

20 - No voto do Min. Dias Toffoli (p. 19-23), sustentou-se que a responsabilidade objetiva prevista no aludido dispositivo alcança apenas «[...] danos causados a terceiros na prestação de serviços públicos, não tendo aplicação às hipóteses de realização de concursos e de não nomeação [...]».

ter havido arbitrariedade patente (p. 28). [...] se há, inequivocamente, responsabilidade da União, ela deve indenizar; se não há, inequivocamente, essa responsabilidade, nós temos que ter a percepção de que o dinheiro não cresce em árvores e, portanto, qualquer dinheiro que eu dê, aqui, estou tirando ou da educação, ou da saúde, ou da Previdência. Portanto, eu tenho um certo comedimento (p. 34).

Reconhece-se que o emprego de argumentos consequencialistas é considerado polêmico na doutrina. Todavia, a menção expressa à escassez de recursos financeiros nos debates demonstra maior honestidade intelectual, o que permite que se possa controlar o procedimento racional de tomada de decisão.

Sem embargo, pode-se obter que, segundo Dworkin (1999, p. 333-355), se volta contra a teoria econômica do direito envolvendo responsabilidade por danos involuntários. Tal teoria prestigia a riqueza da comunidade como critério a ser adotado na solução dos casos, preconizando uma decisão financeiramente adequada e que produza um provimento menos dispendioso para a comunidade. Todavia, rejeita-se essa perspectiva utilitarista, afirmando-se que os objetivos sociais apenas são legítimos como argumento se os direitos dos indivíduos são respeitados.

A dois, pode-se criticar o foco na função punitiva da reparação percebida durante os debates:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Concluindo o meu voto, portanto, Presidente, meu ponto de vista de embasamento jurídico nessas situações, como em outras: se houver inequívoca responsabilidade do Estado por um ato arbitrário, ou por um ato culposo, eu não teria dúvida. Inclusive, eu sou adepto, com todas as vênias da Advocacia-Geral da União e das Procuradorias do Estado, de onde eu venho, quando o Estado litiga procrastinatoriamente, eu não teria nenhuma hesitação de aplicar sanções graves, porque o Estado, o Poder Público é o maior cliente do Poder Judiciário, como todos nós sabemos, e, muitas vezes, com uma litigância procrastinatória indesejável (p. 35).

Diferentemente do que sustentou o ministro, compreende-se que o viés punitivo da responsabilidade civil, cuja existência não é reconhecida pacificamente na doutrina (Moraes, 2003, p. 195-264), não deveria ser o foco da argumentação, mas sim a preocupação com o interesse jurídico da vítima, para decidir-se a viabilidade ou não de promover a reparação. Afinal, salvaguardar o direito à indenização do prejudicado, quando presentes os requisitos jurídicos, reafirma o valor da sua dignidade e traz a figura da pessoa humana de volta para o seu lugar: o centro do ordenamento jurídico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo, estudou-se um *leading case* do STF (Recurso Extraordinário n. 724.347/DF), a respeito do cabimento de responsabilidade do Estado nos casos em que cidadãos, mesmo após a regular aprovação no processo seletivo, ficam impedidos de assumir o cargo público, em razão de interpretações da administração pública – que venham a ser revertidas judicialmente.

Em sede de repercussão geral, no julgado em estudo, o STF estabeleceu uma diretriz para a generalidade dos casos de pedido de indenização por nomeação tardia, por meio da seguinte tese: “na hipótese de posse em cargo público determinada por decisão judicial, o servidor não faz jus a indenização, sob fundamento de que deveria ter sido investido em momento anterior, salvo situação de arbitrariedade flagrante”.

Entende-se que a ponderação de interesses jurídicos realizada pelo Ministro relator apresenta-se como a técnica adequada para a resolução do problema, após juízo de prudência ou razoabilidade em interpretação com alta carga axiológica e criativa. Ainda, em conformidade com a ideia de direito como integridade, reputa-se correta a conclusão de que o servidor demandante não faz jus a indenização, sob fundamento de que deveria ter sido investido em momento anterior, salvo situação de arbitrariedade flagrante.

A observância dessa tese pelos demais órgãos julgadores garantirá coerência na jurisprudência, nos termos propostos por Dworkin, pois casos com a mesma e única questão jurídica terão a mesma solução, promovendo-se o princípio da igualdade. Ainda, nota-se que o STF não determinou a mesma solução para todos os casos de nomeação tardia, tendo excepcionado as hipóteses de arbitrariedade flagrante, em consonância com a doutrina do direito como integridade, na busca de um sistema único e coerente de justiça e equidade, na correta proporção.

Porém, chama a atenção, negativamente, a circunstância de que parte do voto escrito inicial do Min. Luís Roberto Barroso, cuja solução para matéria acabou logrando-se vencedora, sustenta-se no argumento de que a remuneração não é devida sem a contraprestação do serviço, o que se afasta da natureza da causa indenizatória, e não é suficiente para responder aos argumentos deduzidos na demanda, pois os vencimentos e a indenização por dano injusto têm natureza claramente distinta.

No presente estudo, sustentou-se também que a doutrina da perda de uma chance não se apresenta útil para a solução dos pedidos de indenização por nomeação tardia e que a quantificação da indenização por nomeação tardia, caso reconhecida, deve corresponder somente à diferença entre os valores que o demandante teria recebido, se nomeado oportunamente, e o montante obtido em decorrência da atividade laboral que tenha desempenhado, sob pena de enriquecimento sem causa.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.

7. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. **Código de Processo Civil** (2015). Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm >. Acesso em: 11 set. 2022.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 11 set. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n.**

922.977/RS. Relator: Ministro Celso Limongi. Sexta Turma. Brasília, 25 de junho de 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n.**

1.022.823/RS. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Quinta Turma. Brasília, 03 de setembro de 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Decisão Monocrática no Recurso Especial n. 647.814/MG.** Relator: Ministro Paulo Gallotti. Sexta Turma. Brasília, 30 de setembro de 2004.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 745.554/DF.** Relator: Ministro Felix Fischer. Quinta Turma. Brasília, 16 de fevereiro de 2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial n.**

825.037/DF. Relator: Min. Eliana Calmon. Corte Especial. Brasília, 1º de fevereiro de 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial n.**

1.117.974/RS. Relator p/ Acórdão: Min. Teori Albino Zavascki. Corte Especial. Brasília, 21 de setembro de 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 256.460/MG.** Relator: Ministro Felix Fischer. Quinta Turma. Brasília, 04 de março de 2004.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 506.808/MG.** Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Primeira Turma. Brasília, 29 de junho de 2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 508.477/PR.** Relatora: Ministra Laurita Vaz. Quinta Turma. Brasília, 14 de julho de 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 536.596/RS.** Relator: Ministro Felix Fischer. Quinta Turma. Brasília, 02 de março de 2004.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 642.008/RS.** Relator: Ministro Castro Meira. Segunda Turma. Brasília, 10 de agosto de 2004.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 763.835/RN.** Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Segunda Turma. Brasília, 06 de fevereiro de 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 767.143/DF.** Relator: Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Brasília, 17 de maio de 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 825.037/DF.** Relator: Ministro Luiz



Fux. Primeira Turma. Brasília, 23 de outubro de 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 825.925/RS**. Relator: Juiz Convocado Carlos Fernando Mathias. Segunda Turma. Brasília, 06 de março de 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.117.974/RS**. Relator: Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Brasília, 19 de novembro de 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança n. 11.422/MG**. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Brasília, 10 de maio de 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança n. 2.287/DF**. Relator: Ministro José Cândido de Carvalho Filho. Sexta Turma. Brasília, 05 de outubro de 1993.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Apelação Cível n.**

2003.01.1.019549-8. Relatora: Desembargadora Vera Andrichi. Quarta Turma Cível. Brasília, 21 de junho de 2004.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Ação Cível n. 2004.71.00.023966-3/RS**.

Relatora: Juíza Federal Vânia Hack de Almeida. Terceira Turma. Porto Alegre, 20 de março de 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 724.347/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator p/ acórdão: Ministro Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Repercussão geral. Brasília, 26 de fevereiro de 2015.

CAHALI, Yussef. **Responsabilidade civil do Estado**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DEBBASCH, Charles. **Institutions et droit administratifs**. v. 2. Paris: Presses Universitaires de France, 1977.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Douza. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. São Paulo: AtlasAtlas, 2006.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Atlas, 2007.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos y justicia. Trad. Marina Garcón. Madrid: Editora Trotta, 1995.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License

