



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

MÁRCIO ANDERSON SILVEIRA CAPISTRANO

**RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR DANOS MATERIAIS
DECORRENTES DE NOMEAÇÃO TARDIA DE APROVADO EM
CONCURSO PÚBLICO**

FORTALEZA

2010

MÁRCIO ANDERSON SILVEIRA CAPISTRANO

**RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR DANOS MATERIAIS
DECORRENTES DE NOMEAÇÃO TARDIA DE APROVADO EM
CONCURSO PÚBLICO**

FORTALEZA

2010

MÁRCIO ANDERSON SILVEIRA CAPISTRANO

**RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR DANOS MATERIAIS
DECORRENTES DE NOMEAÇÃO TARDIA DE APROVADO EM
CONCURSO PÚBLICO**

Monografia apresentada como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, sob a orientação do Prof. Dr. Gustavo Raposo Pereira Feitosa.

FORTALEZA

2010

MÁRCIO ANDERSON SILVEIRA CAPISTRANO

**RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR DANOS MATERIAIS
DECORRENTES DE NOMEAÇÃO TARDIA DE APROVADO EM
CONCURSO PÚBLICO**

Monografia apresentada como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.

Aprovada em 23 de junho de 2010.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Gustavo Raposo Pereira Feitosa (Orientador)
Universidade Federal do Ceará - UFC

Prof.^a Dra. Germana de Oliveira Moraes
Universidade Federal do Ceará - UFC

Prof. Francisco de Araújo Macêdo Filho
Universidade Federal do Ceará - UFC

Aos meus pais, Capistrano e Gisélia, pelo amor inesgotável e pelo apoio infalível.

AGRADECIMENTOS

O débito de gratidão é prazeroso porque representa não uma subtração, mas, ao revés, uma soma.

Agradeço ao professor Gustavo Raposo, exemplo de entrega sacerdotal ao magistério, pela zelosa e acolhedora orientação acadêmica.

Sou grato, igualmente, à Procuradoria da República no Ceará, à Justiça Federal no Ceará e ao Escritório Modelo Professor Alcântara Nogueira/UFC, pela acolhida institucional: a experiência prática, permitindo-me o contato direto com jurisdicionados ávidos por soluções concretas, exerceu forte influência sobre a escolha e o tratamento do tema deste estudo.

Agradeço, ainda, aos familiares e amigos, pela compreensão diante do tempo de convivência diminuído, e, em especial, ao meu irmão Carlos Hélder e ao amigo-irmão Renato Vasconcelos, que dedicaram preciosa atenção à leitura deste trabalho e à oferta de profícuas sugestões.

Porque a Beleza, gêmea da Verdade,
Arte pura, inimiga do artifício,
É a força e a graça na simplicidade.

Olavo Bilac

Este trabalho busca homenagear, tanto quanto possível, a lição do mestre parnasianista.

RESUMO

É cada vez mais comum que candidatos de concurso público prejudicados durante o procedimento seletivo obtenham judicialmente o reconhecimento do seu direito à nomeação. O objetivo do presente estudo é analisar a responsabilidade do Estado por nomeação tardia de candidato aprovado em concurso público, tendo em vista os danos materiais causados no período compreendido entre a data em que deveria ter ocorrido a investidura até o momento em que se realiza a nomeação por ordem judicial. Considera-se que, embora a atual expansão das fronteiras da responsabilidade estatal figure como instrumento efetivo de amparo às vítimas de danos injustos, a plausibilidade dos pedidos indenizatórios deve ser aferida com cautela, a fim de evitar o fomento de uma cultura de excessiva litigiosidade e vitimização social. Como resultado do trabalho, verifica-se a presença de todos os requisitos constitucionais necessários para a responsabilização objetiva do Estado por nomeação tardia, em que pesem os numerosos precedentes em sentido contrário nos tribunais brasileiros.

Palavras-chave: Responsabilidade do Estado. Concurso público. Nomeação tardia.

ABSTRACT

It is increasingly more common that candidates of civil service examinations injured during the procedure of selection obtain the recognition of their right of being nominated through the judicial branch. The present work aims to analyze the state liability for late admission of citizens approved in civil service examinations, due to material damages caused from the time when the admission must have occurred to the moment when the candidate is effectively nominated. It is considered that, although the current expansion of the borders of state liability appears as an effective instrument of support for victims of unfair damages, the admissibility of compensation claims must be surveyed with cautiousness, in order to avoid the encouragement of a culture of excessive hostility and social victimization. As result of the study, it is verified the presence of all necessary requirements for objective state liability for late nomination, even though there are several precedents in contrary direction in Brazilian courts.

Keywords: State liability. Civil service examination. Late nomination.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 RESPONSABILIDADE DO ESTADO E CONTEMPORANEIDADE	13
2.1 Os contornos jurídicos da responsabilidade do Estado	13
2.2 Da culpa ao risco: fundamentos axiológicos da responsabilidade do Estado.....	21
3 NOMEAÇÃO TARDIA E RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA DO ESTADO	28
3.1 Controle jurisdicional de concursos públicos: o mecanismo gerador da nomeação tardia	28
3.2 Indenização ou remuneração retroativa?	33
3.3 A questão da licitude da conduta estatal danosa.....	36
3.4 A presença dos requisitos suficientes para a responsabilização do Estado por nomeação tardia	39
3.5 Lucro cessante ou perda de uma chance?.....	44
3.6 A quantificação do prejuízo	48
3.7 O posicionamento atual do STJ e do STF.....	50
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	56
REFERÊNCIAS	59

1 INTRODUÇÃO

O modelo contemporâneo de Estado apresenta como uma de suas principais notas distintivas a limitação jurídica de sua atuação, quer pelo direcionamento das suas atividades para a persecução de determinados fins, quer pelo reconhecimento de direitos e garantias dos cidadãos frente ao Poder Público.

No paradigma do Estado Liberal de Direito, enfatizava-se a liberdade de todos, ou seja, todos seriam livres, proprietários e iguais, num sistema alicerçado no império das leis, na separação de poderes e no enunciado dos direitos individuais. Contudo, a conquista do ideal de liberdade em face do Estado reduziu-se ao campo meramente formal. Foi apenas com o surgimento do paradigma do Estado Social que se objetivou a materialização desses direitos anteriormente formais.

A Constituição Brasileira de 1988 consagrou o dirigismo intervencionista do Estado, atribuindo-lhe funções concretizadoras dos princípios constitucionais, tendo em vista a diretriz geral do bem-estar. O direito passou a ser visto como um sistema de regras e princípios que consubstanciam valores fundamentais, em conformidade com a pré-compreensão hermenêutica do Poder Constituinte, sendo também previstos programas e fins realizáveis até o limite do possível, tudo de modo a satisfazer um mínimo material de igualdade.

Em razão da adoção, no ordenamento constitucional brasileiro, do modelo de Estado Democrático de Direito, supera-se uma fase marcadamente declaratória de direitos, afeita aos clamores liberais, e, para além da ênfase garantista do Estado Social, vivencia-se uma época de índole concretizadora, voltada, sobretudo, ao problema da efetividade dos direitos. Nesse contexto, o aparelho estatal experimenta um momento de ampliação extraordinária da sua seara de atuação, máxime pela necessidade de abranger tarefas vinculadas aos novos fins econômicos e sociais que lhes são atribuídos, assumindo presença cada vez maior nos assuntos da coletividade.

Sendo assim, potencializa-se a possibilidade de que o Estado, por conduta comissiva ou omissiva, contrária ao ordenamento jurídico ou nele fundamentada, cause prejuízos patrimoniais a indivíduos determinados, dotados de crescente consciência cidadã de seus direitos e da possibilidade de defendê-los, o que enseja um expressivo aumento dos litígios em matéria de responsabilidade do Poder Público. Cumpre indagar, portanto, sobre a feição dessa responsabilidade extracontratual do Estado por danos causados aos particulares, em

decorrência do exercício das atividades públicas constitucionalmente atribuídas ao poder estatal.

O estudo da responsabilidade civil sempre foi permeado por incertezas e polêmicas, ante a uma variedade avassaladora de posições e interpretações inconciliáveis, de modo que, embora de inquestionável importância e utilidade, o instituto carece de estudos sistematizadores. Não é à-toa que a célebre inscrição sobre a porta do Inferno de Dante seria, para Henri De Page¹, a advertência inevitável aos que escolhem analisar os meandros da responsabilidade civil: “Deixai toda esperança, ó vós que entráis”.

Ante as inúmeras possibilidades de abordagem da matéria, realizou-se um recorte temático para focar uma questão específica e relativamente recente. Assim, o presente trabalho investiga as relações entre a responsabilidade do Estado e a condução defeituosa 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, restam ilegítimamente impedidos de assumir o cargo público, em razão de interpretações equivocadas da Administração Pública – ou mesmo por patente arbitrariedade.

Socorridos pelo Judiciário, os candidatos prejudicados obtêm a nomeação tardiamente. 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 injustamente 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 Supremo Tribunal Federal (STF) já manifestou, em algumas oportunidades, a concordância com o pleito dos concursados, deferindo indenização correspondente aos vencimentos que teriam sido percebidos caso a nomeação houvesse ocorrido no momento devido. Entretanto, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a 1ª Seção orienta-se pelo acolhimento da tese, que é rechaçada pela 3ª Seção. Os tribunais locais e juízos singulares, ecoando a indefinição do STJ, vacilam quanto à solução cabível, configurando o pernicioso cenário em que a resolução judicial do conflito apresenta expressivo caráter lotérico.

A importância da temática atinente aos concursos públicos evidencia-se não apenas do ponto de vista individual, considerando que um processo seletivo livre de irregularidades resguarda situações subjetivas dos candidatos, mas também do ponto de vista coletivo, já que

¹ DE PAGE, Henri apud SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 4.

o respeito a esse modo de recrutamento resulta na formação de quadros de servidores independentes e capacitados. Dessa forma, cada vez mais pesquisadores se dedicam ao estudo do chamado “Direito dos Concursos”, diante do número crescente de vagas oferecidas e de candidatos inscritos nesses processos seletivos, o que confere ampla repercussão social às questões jurídicas envolvidas. Ademais, as causas de indenização por nomeação tardia costumam discutir valores vultosos, podendo constituir um nicho bastante proveitoso para advogados preparados e uma fonte considerável de perda de recursos financeiros por parte do Poder Público.

A estrutura deste trabalho é singela: o capítulo inicial introduz conceitos e ideias mais genéricos a respeito da responsabilidade do Estado, sobre os quais se constrói a argumentação do capítulo seguinte, dedicado ao problema específico da indenização por nomeação tardia.

No primeiro capítulo, enfrenta-se a questão atinente ao conceito da responsabilidade civil, incluindo a responsabilidade estatal, para então apontar as dificuldades referentes à falta de consenso sobre pontos cruciais da matéria. Em seguida, aborda-se a fundamentação axiológica do instituto, o que demanda um exame da sua evolução histórica. Evidencia-se, igualmente, o movimento de objetivização da responsabilidade civil, mostrando-se a atual prevalência da teoria do risco administrativo e da repartição solidária dos encargos sociais. Busca-se, ainda, caracterizar o ônus indenizatório do Poder Público como garantia constitucional do direito fundamental à propriedade.

O segundo capítulo examina a plausibilidade da indenização estatal por nomeação tardia. Após a explicação sobre como ocorre o atraso na nomeação de concursados, com o oferecimento de exemplos, esclarece-se que o objeto deste estudo não concerne ao pagamento retroativo de remuneração, mas ao ressarcimento pelos lucros cessantes referentes ao período durante o qual o cidadão concursado foi irregularmente impedido de exercer a função pública e perceber vencimentos. Investiga-se se estão presentes, nos casos de nomeação tardia, os requisitos constitucionalmente aptos a justificar a responsabilização objetiva do Estado. Outrossim, questiona-se se o atraso na nomeação pode originar-se de atividade lícita do Estado e, caso positivo, se nasce, ainda assim, o dever de indenizar. Também se medita sobre a possível incidência da teoria da perda de uma chance, assim como sobre a quantificação do ressarcimento. Por fim, descreve-se a posição dos tribunais superiores a respeito do tema e oferece-se o posicionamento crítico do autor.

A metodologia empregada para a elaboração do trabalho consistiu na pesquisa bibliográfica de doutrina nacional e estrangeira, bem como no exame de decisões judiciais de tribunais brasileiros.

2 RESPONSABILIDADE DO ESTADO E CONTEMPORANEIDADE

Este capítulo objetiva apresentar aspectos gerais do assunto responsabilidade civil, sempre traçando um paralelo entre a responsabilidade civil em geral e a responsabilidade do Estado. As noções aqui expostas possuem caráter propedêutico, alicerçando o entendimento da argumentação desenvolvida ao longo do capítulo seguinte. De início, discorre-se sobre a demarcação do conceito de responsabilidade civil, alertando-se para a equivocidade de alguns termos associados ao instituto. Em seguida, são analisados os fundamentos axiológicos da responsabilidade estatal, examinando-se o movimento direcionado à objetivização do dever de indenizar. Ainda, com a contribuição da teoria dos direitos fundamentais, sustenta-se que a cláusula constitucional de responsabilidade do Estado funciona como garantia do direito fundamental à propriedade, compreendida em sentido lato.

2.1 Os contornos jurídicos da responsabilidade do Estado

O entendimento do tema deste estudo exige que se delimite o conceito do termo *responsabilidade*. Em seu sentido etimológico, o vocábulo exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação.² Em sentido jurídico, designa o dever de reparar o prejuízo decorrente da violação da esfera de direitos de outrem, ou seja, a obrigação imposta ao causador de um dano injusto de ressarcir terceiros prejudicados.

De Plácido e Silva³ ressalta que toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade, fazendo surgir a dificuldade de se estabelecer um conceito para o instituto, que pode ser abordado por diferentes concepções jurídicas. Nas palavras do estudioso, a responsabilidade “revela o *dever jurídico*, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para *satisfazer a prestação convencional* ou para *suportar as sanções legais*, que lhe são impostas”.

² HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Dicionário Aurélio Eletrônico - Século XXI**. São Paulo: Lexikon Informática Ltda/Editora Nova Fronteira, 1999, verbete “responsabilidade”.

³ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 1222. Grifos no original.

Desse modo, a responsabilidade pode ser considerada abstratamente como um instituto não exclusivamente jurídico, mostrando-se cabível apontar a existência, por exemplo, de uma responsabilidade moral. Nesse diapasão, Cretella Júnior⁴ observa:

A responsabilidade jurídica nada mais é do que a própria figura da responsabilidade, *in genere*, transportada para o campo do direito, situação originada por ação ou omissão de sujeito de direito público ou privado que, contrariando norma objetiva, obriga o infrator a responder com sua pessoa ou bens.

Afinal, o principal objetivo da ordem jurídica é proteger o lícito e reprimir o ilícito⁵, ao menos no plano do dever-ser, desconsideradas as distorções que os modelos ideais experimentam quando interagem com a falibilidade humana. Assim, ao tempo em que são tuteladas as condutas humanas conforme o direito, também reprimidas as atividades que o contrariam. Para tanto, o ordenamento jurídico estabelece deveres, consistentes em fazer (*facere*) ou não fazer (*non facere*), derivados do dever geral de não prejudicar ninguém, expresso pelo Direito Romano na máxima *neminem laedere*.⁶

Caio Mário da Silva Pereira⁷ expõe que a responsabilidade civil emerge tanto de um sentimento social, pelo qual a ordem jurídica não admite a ofensa ao direito alheio, quanto de um sentimento humano, daí surgindo a ideia de garantia de reparação para a vítima. É esta a conceituação oferecida pelo doutrinador:

A *responsabilidade civil* consiste na efetivação da responsabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da *responsabilidade civil*, que então se enuncia como o *princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano*.⁸

Nota-se, na transcrição acima, a essencialidade da identificação do sujeito causador do dano para a configuração da responsabilidade civil. Não basta ao direito positivo reconhecer a existência do dano: para além disso, impõe-se a atribuição do evento danoso a um sujeito, constituindo-se a responsabilidade jurídica. A partir daí, como consequência, a ordem jurídica deve impor sanções ao autor do prejuízo e concretizá-las, de modo a resguardar os interesses da vítima.

⁴ CRETILLA JÚNIOR, José. **O Estado e a obrigação de indenizar**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 10.

⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 19.

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 8.

⁷ *Ibid.*, p. 11. Grifos no original.

⁸ *Id.*

Sobre a necessidade de se estabelecer o sujeito passivo no mecanismo da responsabilidade, ensina Aguiar Dias⁹, alicerçado em G. Marton:

[...] representa-se exteriormente toda responsabilidade precisamente pelo esquema sugerido pela etimologia, a dizer, na feição de *interrogatório*. O órgão emissor ou zelador na norma indaga e o violador responde, tal como figura Marton: “*por que faltaste a teu dever, praticando (ou omitindo) tal ato?*”, ao que responde o interrogado de forma satisfatória, caso em que é desobrigado, ou de maneira irrelevante, e, então, é condenado [...] a responsabilidade, excepcionalmente, surge também em casos em que o agente não *responde*, ou por impossibilidade de discernir, ou porque não é mesmo admitido a responder, justificando-se.

A depender da natureza da norma que prevê a sanção ao infrator de um dever, a responsabilidade pode ser penal ou civil. Constitui-se a primeira quando há a tipificação, como crime ou contravenção, do ato danoso praticado, com vistas a restaurar a harmonia social rompida pela ofensa a um bem jurídico penalmente tutelado. Já a segunda tem origem no dever geral de não lesar ninguém, tendo por escopo a salvaguarda de direitos dos cidadãos.

Interessa a este estudo apenas a denominada “responsabilidade civil do Estado”. Advirta-se, contudo, que é redundante o uso do adjetivo *civil* para qualificar a responsabilidade estatal, considerando que a responsabilização penal do Estado implicaria, contraditoriamente, a cominação de sanção penal à própria sociedade que o compõe e em defesa da qual existe o Direito Penal.¹⁰

Relevante, igualmente, verificar se a responsabilidade origina-se de um liame contratual, tendo havido o descumprimento de uma das obrigações pactuadas, ou se constitui consequência da infração a um preceito geral de não prejudicar outrem. Delineia-se, na primeira hipótese, a responsabilidade contratual, e, na segunda, a responsabilidade extracontratual ou aquiliana.

Para que a responsabilidade civil se estabeleça, faz-se necessária a presença de alguns pressupostos, que variam de acordo com a teoria adotada. No entanto, há determinados elementos que são comuns às diversas maneiras de compreender o instituto: a existência de uma ação comissiva ou omissiva, a ocorrência de um dano e o nexo de causalidade entre ação e dano. Ademais, exige-se o elemento culpa nos casos de responsabilização subjetiva, o que é dispensado quando a responsabilidade for objetiva.

⁹ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 5-6. Grifos no original.

¹⁰ DERGINT, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do Estado por atos judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 31; FREITAS, Maria Helena D’Arbo Alves de. **Responsabilidade do Estado por atos legislativos**. Franca: UNESP-FHDSS, 2001, p. 23-25.

Aguiar Dias¹¹ observa, amparado na doutrina francesa, que houve, desde o início do século XX, uma crescente absorção das regras jurídicas pelo princípio da responsabilidade, fazendo reinar a incerteza diante da impossibilidade do legislador de lidar com tão espantoso desenvolvimento. A solução possível para que as transformações do instituto se operem com a velocidade desejável, em caminhada *pari passu* com a evolução dos anseios sociais, acaba sendo a elaboração de normas legais suficientemente maleáveis para a atuação do Judiciário. O direito da responsabilidade civil é – e não pode deixar de ser – marcadamente jurisprudencial.

O farto emprego da doutrina civilista da responsabilidade neste trabalho, tanto neste tópico quanto em outras ocasiões, tem em conta que o regime jurídico da responsabilidade do Estado revela-se fortemente influenciado pelos institutos do direito civil, embora não sejam negadas as devidas peculiaridades. Nessa toada, patenteia Charles Debbasch¹²:

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 [tradução nossa].¹³

A responsabilidade civil, conquanto tenha origens mais remotas, figura tradicionalmente como marca do modelo econômico aplicado ao Estado liberal, havendo se agigantado por meio do empréstimo do conceito de reparação patrimonial fundado no liberalismo econômico. Contudo, sob o influxo da evolução do pensamento jurídico, merecem crítica as correntes doutrinárias e jurisprudenciais que continuam a aplicar a responsabilidade civil de modo alheio ao processo de constitucionalização dos diversos ramos jurídicos.

No Brasil, o Código Civil de 1916 era o estatuto dominante nas relações privadas, a “Constituição do direito privado”, o instrumento legal mais elevado quanto à disciplina das relações de cunho patrimonial. Nascido sob a influência do liberalismo econômico, resultante de concepções individualistas e sob a influência dos Códigos Napoleônico e Alemão, o Código de Beviláqua caracterizava-se predominantemente pela índole patrimonialista. Sua inspiração era o cidadão dotado de riqueza material: a plenitude do homem consistia em ser proprietário de bens móveis e imóveis.

¹¹ DIAS, José de Aguiar, op. cit., p. 17.

¹² DEBBASCH, Charles. **Institutions et droit administratifs**. Paris: Presses Universitaires de France, 1977, v. 2, p. 245-246.

¹³ No original: “Le droit civil de la responsabilité a été et demeure une source d’inspiration pour le juge administratif. Celui-ci y trouve une série de solutions modèles à des problèmes qui se posent à lui comme les règles relatives à l’indemnisation ou à l’imputabilité des dommages”.

Entretanto, a sociedade experimentou profundas transformações científicas e tecnológicas, aliadas ao surgimento de uma nova visão jurídica sobre a realidade, especialmente à luz dos desdobramentos do constitucionalismo. O século XX assistiu ao fortalecimento do modelo de Estado Constitucional de Direito, quer dizer, um Estado cujo ordenamento jurídico tem a Constituição como sua fonte primeira.

O novo constitucionalismo surgido pode ser caracterizado esquematicamente pelas seguintes notas: a) mais Constituição do que leis; b) mais juízes do que legisladores; c) mais princípios do que regras; d) mais ponderação do que subsunção; e) mais concretização do que interpretação.¹⁴

Após a promulgação da Constituição de 1988, os constitucionalistas brasileiros dedicaram especial preocupação ao fortalecimento das seguintes ideias: a) a supremacia da Constituição, que deixou de ser vista como mero estatuto de distribuição de competências, tendo sua força normativa reconhecida;¹⁵ b) a possibilidade de controle de constitucionalidade dos atos normativos (jurisdição constitucional); c) a necessidade de aplicação da técnica de ponderação de valores quando houvesse tensão entre princípios constitucionais no caso concreto.

Assim, a feição liberal, individualista e exclusivamente patrimonial da responsabilidade civil vem se alterando pela influência dos parâmetros da dignidade da pessoa humana, da justiça distributiva e da solidariedade. O enfoque muda dos danos *causados* para os danos *sofridos*, e, no intuito de proteção à vítima, vem ocorrendo a flexibilização dos filtros tradicionais da reparação, como o elemento culpa e o nexo causal.

Passando ao exame da doutrina administrativista, urge evidenciar que o presente estudo cuida da responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado, entendida como

[...] a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.¹⁶

No Brasil, compreendia-se que o Estado apenas poderia ser responsabilizado subjetivamente, até a positivação da teoria da responsabilidade objetiva do Poder Público na Constituição de 1946, o que se originou do processo de redemocratização do País, com a

¹⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. O novo constitucionalismo e a interpretação constitucional. **Direito Público**, América do Norte, n.12, abr.-jun. 2006, p. 66-67.

¹⁵ Ibidem, p. 52.

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 983.

valorização dos direitos e liberdades individuais.¹⁷ Assim, estabeleceu-se que o Estado seria responsabilizado independentemente da demonstração de culpa na atuação de seus agentes, concepção mantida na Constituição de 1988, conforme previsão do art. 37, §6º¹⁸.

Desse modo, para configurar a responsabilidade estatal é preciso existir um dano advindo de um fato administrativo. Exige-se, igualmente, o nexo causal, elemento objetivo que indica a relação de causa e efeito entre a ação e o dano, de modo a estabelecer que o fato imputado ao Estado efetivamente causou o dano.

É importante consignar que a questão da responsabilidade do Poder Público não se confunde com a obrigação do Estado de indenizar os particulares na hipótese de sacrifício de direitos privados em prol da realização do interesse público, de conformidade com o poder conferido pela ordem jurídica para tanto, como acontece nos casos de desapropriação.¹⁹

Bandeira de Mello²⁰ expõe que, para a doutrina italiana, somente poderia haver responsabilidade estatal, a reclamar *ressarcimento*, quando violado o direito alheio: nos casos de mero debilitamento, quer dizer, sacrifício de direito, devidamente autorizado pela ordem jurídica, sobre o Estado não recairia propriamente responsabilidade civil, mas mero dever de *indenização* do dano, não podendo existir responsabilidade estatal por atos lícitos.

Em seguida, o autor defende uma posição ligeiramente diferente: não há que se falar em responsabilidade quando o ordenamento jurídico confere ao Poder Público o poder específico de sacrificar um direito particular, mas, se o patrimônio do cidadão resta debilitado em decorrência de uma atividade lícita que não tinha como finalidade primeira atuar sobre a esfera de direitos do particular, configura-se a responsabilidade do Estado por esses efeitos laterais de sua ação lícita.²¹

Assim, nos casos desapropriação, embora exista o dever de indenizar, não há responsabilidade, pois a ordem jurídica confere ao Estado o poder específico de sacrificar um direito do particular, face a uma necessidade ou utilidade pública, ou um interesse social. Diferentemente, quando o Poder Público realiza o nivelamento de uma rua, com evidente prejuízo para os proprietários que ficam abaixo do nível escolhido, surge um dever de indenizar atrelado à responsabilidade do Estado, pois o dano causado é apenas reflexo,

¹⁷ Deve-se mencionar que algumas vozes na doutrina vislumbravam a responsabilidade objetiva estatal já no texto do Código Civil de 1916.

¹⁸ “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

¹⁹ Ibid., p. 984.

²⁰ Ibid., p. 984-985.

²¹ Ibid., p. 985-986.

mediato, indireto, não especificamente permitido por uma norma jurídica.²² Em arremate: no primeiro exemplo, o dano é *oriundo* da atividade estatal, sendo-lhe natural e intrínseco, ao passo que, no segundo exemplo, o prejuízo é meramente *decorrente* da atuação de agentes públicos, surgindo por via oblíqua.

Para este estudo, será aceito esse *discrímen* entre sacrifício de direito e responsabilidade do Estado, assim como a tese de que há responsabilização estatal por atos lícitos, como defendido por Bandeira de Mello.²³

Todavia, serão empregados indistintamente os termos *restituição*, *ressarcimento*, *reparação* e *indenização*, de modo a tangenciar discussões terminológicas de pouca relevância prática, a despeito da classificação mais rígida proposta por alguns autores, como Maria Helena D'Arbo Alves de Freitas²⁴:

A restituição consiste na devolução de um bem pelo ofensor ao ofendido. É a consequência mais simples do ato lesivo, não chegando a configurar autêntico ressarcimento, exceto em hipóteses muito raras.

O ressarcimento é o pagamento do dano ocasionado em toda a sua extensão, incluindo o prejuízo emergente e o lucro cessante. O termo "reparação" é utilizado nos casos em que o dano não tem caráter patrimonial.

A indenização, em sentido próprio, surge em Direito Público nos casos em que os atos, embora sendo lícitos, acarretam prejuízo.

Ilustrando essa controvérsia, e apenas a título de amostragem, mencione-se que Bandeira de Mello²⁵ não acolhe a distinção terminológica entre indenização e ressarcimento. Para Caio Mário²⁶, a reparação pressupõe a existência de um dano em geral e constitui um *minus* em relação à responsabilidade civil: a reparação dá azo à existência de responsabilidade apenas quando o direito positivo identifica o sujeito a quem é atribuível. Carlos Roberto Gonçalves²⁷, por sua vez, entende que a indenização é gênero do qual o ressarcimento e a reparação são espécies, tendo em vista que a Constituição Brasileira, no seu art. 5º²⁸, assegura a indenização por dano material ou moral.

²² Id.

²³ Tradicionalmente, a responsabilidade estatal compreendia apenas a reparação de danos causados por atos ilícitos. Contudo, atualmente, entende-se que o conceito desfruta de maior amplitude, compreendendo a indenização de danos injustos advindos de atividade legítima do Poder Público. Sobre a matéria, cf. CAHALI, Yussef. **Responsabilidade civil do Estado**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 65-69.

²⁴ FREITAS, Maria Helena D'Arbo Alves de, op. cit., p. 26.

²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, op. cit., p. 985.

²⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit., p. 11.

²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 592.

²⁸ "V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem". "X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

Em que pese a jurisprudência e a doutrina francesa tenham logrado traçar parâmetros fundamentais para a aplicação da responsabilidade civil extracontratual, incluindo a responsabilidade estatal, as peculiaridades dos ordenamentos jurídicos de cada país e o surgimento de novos problemas demandam a investigação contínua acerca das potencialidades e dos limites do instituto em cada realidade jurídico-social. Assim, forçoso reconhecer que muitos pontos ainda não puderam ser devidamente elucidados e, a par disso, novos questionamentos exsurtem, num ambiente de acirradas polêmicas doutrinárias e jurisprudenciais.

A expansão das fronteiras da responsabilidade civil não tem sido acompanhada de um trabalho doutrinário que confira sistematização suficiente à matéria. Enquanto isso, a jurisprudência, ante a premente necessidade de resolver lides, vem levando a cabo a tarefa de aplicar os preceitos de responsabilidade civil de modo pontual, ensejando o surgimento de severas inconsistências e incongruências. Para Schreiber²⁹, “o diálogo entre a doutrina e a jurisprudência em matéria de responsabilidade civil lembra uma babel de idiomas desconexos, em que não se chega a qualquer resposta por total desacordo sobre as perguntas.”

A ampliação demasiada do conceito de dano ressarcível mostra-se capaz de comprometer a própria razão de ser da responsabilidade civil, fazendo recrudescer perigosamente a litigiosidade e a vitimização no meio social. Diante do *topos* de que nem todo dano pode ou deve ser reparado, a questão central do direito da responsabilidade civil passou a ser o espinhoso estabelecimento de critérios que justifiquem a imputação a outrem de um prejuízo sofrido.

Nesse contexto, Yussef Cahali³⁰ aponta, como fator complicador na seara da responsabilidade do Poder Público, a nossa atual estrutura estatal, decomposta em pessoas jurídicas de direito público e de direito privado, numa realidade híbrida. Em seguida, o autor descreve uma série de questões ainda não satisfatoriamente resolvidas, como a resistência jurisprudencial ao reconhecimento de novos danos acolhidos pela doutrina e a indefinição quanto à possibilidade de que o agente público responsável pelo dano integre a ação indenizatória, para fins de discussão, de logo, a respeito do direito de regresso da Administração Pública.

²⁹ SCHREIBER, Anderson, op. cit., p. 3.

³⁰ CAHALI, Yussef. **Responsabilidade civil do Estado**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 14.

2.2 Da culpa ao risco: fundamentos axiológicos da responsabilidade do Estado

A responsabilidade deve ser compreendida como um fenômeno dinâmico, que acompanha as transformações da sociedade, o que não se incompatibiliza com o seu escopo de atuar em prol da segurança e da estabilidade das relações sociais.

A teoria clássica da responsabilidade civil tinha por fundamento o elemento culpa, cuja definição sempre se mostrou tormentosa, assim como a ambiguidade do termo *faute* provocou intensos debates na doutrina francesa.³¹

Após discorrer sobre a divisão em culpa *lato sensu* (dolo) e culpa *stricto sensu* (imprudência, negligência e imperícia), Carlos Roberto Gonçalves³² posiciona-se:

Em qualquer de suas modalidades, entretanto, a culpa implica a violação de um dever de diligência, ou, em outras palavras, a violação de um dever de previsão de certos fatos ilícitos e de adoção das medidas capazes de evitá-los. O critério para aferição da diligência exigível do agente, e, portanto, para caracterização da culpa, é o da comparação de seu comportamento com o *homo medius*, do homem ideal, que diligentemente prevê o mal e precavidamente evita o perigo.

Caio Mário³³, tratando da responsabilidade civil em geral, sublinha a tendência histórica no sentido de se estabelecer a responsabilidade objetiva, mudando-se o enfoque do problema: do autor do dano para a vítima, da responsabilidade para a reparação, da culpa para o risco. Invocando Eugène Gaudamet, Ripert e Saleilles, o doutrinador enfatiza o movimento pela resolução dos conflitos atinentes à responsabilidade civil simplesmente com a causalidade, pois a teoria da responsabilidade subjetiva encontra a dificuldade prática de impor à vítima a prova do elemento culpa. Em coro, Carlos Roberto Gonçalves³⁴ volta a atenção para o retorno ao objetivismo da responsabilidade civil, a partir do entendimento de que o fundamento culpa é insuficiente para regular todos os casos em matéria de responsabilidade.

No mesmo diapasão, Aguiar Dias³⁵ defende que essa realidade de objetivização do dever de indenizar acaba ensejando uma modificação até mesmo quanto ao que se deve entender por responsabilidade civil. A eliminação da exigência de culpa atingiria o instituto em seu cerne, de modo que a manutenção da nomenclatura se daria apenas pela conveniência

³¹ GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit., p. 9.

³² Ibid., p. 531.

³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit., p. 18-19.

³⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit., p. 23.

³⁵ DIAS, José de Aguiar, op. cit., p. 17-18.

da tradição. Imputar um prejuízo a alguém sobre cuja conduta não recai qualquer juízo de reprovação moral, eis que agiu lícitamente, seria incompatível com a noção mais estrita de responsabilidade civil:

Filosoficamente, não é possível conceber responsabilidade sem culpa. A obrigação civil decorrente de responsabilidade civil, se, sacrificados à tirania das palavras, quisermos guardar a significação rigorosa do termo, só pode ser entendida como consequência da conjugação destes elementos: imputabilidade mais capacidade. É disso que se aproveitam os partidários mais ardorosos da doutrina da culpa, esquecidos de que, na verdade, já não é mais de responsabilidade civil que se trata, se bem que haja conveniência em conservar o *nomen juris*, imposto pela semântica: o problema transbordou desses limites. Trata-se, como efeito, de *reparação do dano*.

Sobre o fenômeno, Guilherme Couto de Castro³⁶ esclarece que, modernamente, a elaboração do conceito de culpa civil como pressuposto do dever de indenizar liga-se ao liberalismo do século XVIII, destacando-se como marco inicial dessa corrente o Código Civil Napoleônico. Contudo, a tendência passou a inverter-se com o avanço da Revolução Industrial e a multiplicação de casos em que a exigência da comprovação de culpa mostrava-se injusta:

Basta apresentar a equação nos seguintes termos: de um lado, o responsável pela conduta sem falha, mas que provocou o dano; de outro, lado, o lesado, a vítima, que, normalmente, também não terá agido com culpa. Se nenhum dos dois é culpado, é socialmente mais justo atribuir o ônus indenizatório àquele que cria o risco (teoria do risco criado) e, outras vezes mais ainda, provoca o risco e daí obtém um proveito (teoria do risco proveito).³⁷

Assim, abrandou-se, pouco a pouco, o rigor de se exigir a prova da culpa do agente, facilitando-se a prova a partir das circunstâncias do fato, multiplicando-se os casos de presunção absoluta de culpa e admitindo-se um maior número de casos de responsabilidade contratual (como, por exemplo, nos transportes em geral, bastando à vítima provar que houve inadimplemento contratual por não ter chegado incólume ao seu destino). Por fim, adotou-se a teoria do risco, que permitia francamente a responsabilidade com base apenas na relação de causalidade entre conduta e dano.³⁸

No âmbito da teoria da responsabilidade da Administração Pública, a evolução do pensamento também se realizou segundo essa orientação: da responsabilidade culposa para a

³⁶ CASTRO, Guilherme Couto de. **A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 19.

³⁷ Ibid., p. 33.

³⁸ Ibid., p. 533-535.

responsabilidade objetiva. Entretanto, é preciso frisar que o processo histórico, tanto na responsabilidade civil como gênero, quanto na responsabilidade estatal, não ocorreu de forma linear, de modo que o surgimento de uma nova fase não implicou, necessariamente, a total superação do paradigma anterior.

Desse modo, ainda convivem, contemporaneamente, os modelos de responsabilidade civil objetiva e subjetiva. À guisa de ilustração, tem-se que a responsabilidade estatal por omissão continua tendo por pressuposto o elemento culpa, para a doutrina amplamente majoritária.

Numa primeira fase da doutrina da responsabilidade estatal, na época do Estado absolutista, prevalecia a máxima *the king can do no wrong*. Logo, a irresponsabilidade aparecia como axioma, considerando-se a responsabilização pecuniária do Estado um entrave perigoso à execução de seus serviços.

Numa segunda fase, de cunho civilístico, marcada pelo individualismo liberal, procurou-se solucionar o problema pela aplicação das teorias do Direito Civil. Distinguiam-se, neste momento, os atos do Estado praticados no exercício do seu poder de império e do seu poder de gestão, revelando-se possível a responsabilização apenas quando da realização destes, eis que administrando e administrado figurariam no mesmo plano. Contudo, a dificuldade de se distinguir entre um ato e outro acabou por abrir espaço para a teoria da culpa civil, segundo a qual o Estado seria responsável por atos ilícitos quando se demonstrasse sua culpa *in eligendo* ou *in vigilando*. Uma vez mais, a solução mostrou-se insatisfatória, diante das dificuldades práticas de identificar o causador do dano.

Numa terceira fase, ocorre a publicização do dever de indenizar, pretendendo-se a desvinculação da doutrina civilista da culpa. Surge, então, a teoria da culpa administrativa, ou *faute du service*, responsabilizando-se o Estado pelo funcionamento defeituoso do serviço, independentemente de culpa do agente público. Desabrocha, igualmente, a teoria do risco administrativo, tipicamente objetiva, satisfazendo-se com a existência do dano ressarcível e do nexo de causalidade. O risco administrativo não implica, entretanto, a responsabilização absoluta do Estado, como pretende a teoria do risco integral, abandonada na prática, por não permitir a alegação de excludentes de responsabilidade.

Tal como é hoje compreendida, a responsabilidade objetiva estatal apresenta-se como consectário do reconhecimento do risco administrativo, quer dizer, da prática potencial, por parte do Estado, de condutas danosas aos particulares, em virtude do exercício das funções estatais, facultando-se ao Poder Público a faculdade de alegar excludentes de

responsabilidade, como culpa exclusiva da vítima, caso fortuito, força maior e ato-fato de terceiro.

Entende-se atualmente que o Estado, enquanto pessoa jurídica, sujeito de direitos e deveres, tanto quanto as pessoas naturais, revela-se capaz de ocasionar danos aos particulares. O reconhecimento de que o Estado se submete ao Direito, podendo ser sancionado pelas lesões geradas, associa-se à noção de Estado de Direito, a partir da qual ganha força a valorização do cidadão, como observa Norberto Bobbio³⁹:

É com o nascimento do Estado de Direito que ocorre a passagem final do ponto de vista do príncipe para o ponto de vista dos cidadãos. No Estado Despótico, os indivíduos singulares só têm deveres, não direitos. No Estado absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de Direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de Direito é o Estado dos cidadãos.

Frise-se que o esforço em prol da efetiva aplicação da cláusula constitucional de responsabilização estatal insere-se numa tendência de proteção dos cidadãos em face do poder estatal. Sobre o assunto, Tomás Ramón Fernández⁴⁰ patenteia:

A luta pelo controle do poder e por sua sujeição ao direito é uma luta permanente e, permanentemente também, inacabada, porque, de certa forma, é em si mesma uma luta impossível. A essência do poder tem raízes, precisamente, em sua capacidade de impor-se sem limitações. Por isso, justamente, inquieta-se sempre que parece dominado e adota novas formas que o fazem, outra vez, inapreensível [tradução nossa].⁴¹

Por ser mais poderoso, o Estado deve arcar com o risco decorrente de sua atuação sobre a esfera jurídica dos particulares: a uma maior quantidade de poder há de corresponder um maior risco. Assim, reconhecido o risco administrativo e aceita a ideia de que a conduta é imputável ao Estado, enquanto pessoa jurídica de Direito Público interno, surge a responsabilização objetiva do Poder Público, independentemente da demonstração de culpa, consoante vaticina Amaro Cavalcanti⁴²:

³⁹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 61.

⁴⁰ FERNÁNDEZ, Tomás Ramón apud ANNONI, Danielle. **Responsabilidade do Estado pela não duração razoável do processo**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 17.

⁴¹ No original: “La lucha por el control del poder y por su sujeción al derecho es una lucha permanente y, permanentemente también, inacabada, porque, en cierto modo, es en si misma una lucha imposible. La esencia del poder radica, precisamente, en su capacidad de imponerse sin limitaciones. Por eso, justamente, se revuelve siempre cuando parece dominado y adopta nuevas formas que lo hacen, otra vez, inaprehensible”.

⁴² CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade civil do Estado**. 2. ed. atual. por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957, tomo I, p. XV.

[...] assim como a igualdade dos direitos, assim também a igualdade dos encargos é hoje fundamental no direito constitucional dos povos civilizados. Portanto, dado que um indivíduo seja lesado nos seus direitos, como condição ou necessidade do bem comum, segue-se que os efeitos da lesão, ou os encargos de sua reparação, devem ser igualmente repartidos por toda a coletividade.

A responsabilização do Estado por danos ocasionados aos cidadãos acaba por implicar a responsabilização da sociedade como um todo, sendo reconhecida a necessidade de que todos suportem os encargos oriundos da atividade estatal. A responsabilidade objetiva do Estado funda-se, pois, em última análise, no princípio da isonomia, proporcionando a distribuição equânime dos encargos públicos, os quais advêm da atuação estatal e têm como razão de ser a busca pelo bem comum.

O acatamento da teoria da responsabilidade objetiva do Estado fundamenta-se especialmente no princípio da solidariedade, insculpido na Constituição Brasileira no art. 3º, inciso I, dispositivo segundo o qual é objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Para adequar-se à complexidade da vida social e atender às exigências de justiça distributiva, o sistema da culpa, marcadamente individualista, evoluiu para o sistema solidarista da reparação do dano. Sobre a solidariedade social, Bodin de Moraes⁴³ esclarece:

Se a solidariedade fática decorre da necessidade imprescindível da coexistência humana, a solidariedade como valor deriva da consciência racional dos interesses em comum, interesses esses que implicam, para cada membro, a obrigação moral de 'não fazer aos outros o que não se deseja que lhe seja feito' [...] É o conceito dialético de 'reconhecimento' do outro.

Marcio Diniz⁴⁴ sublinha que a solidariedade implica a compreensão de que as ações humanas são transcendentais, repercutindo sobre os membros da coletividade, constatação da qual decorre a necessidade de apoio e cuidado dos sujeitos uns para com os outros. O doutrinador aduz, ainda, que a solidariedade social corresponde a uma ideia ligada ao direito público da modernidade política:

Ganha relevo, então, compreendê-la não só como *conceito ético*, ou virtude essencial à vida em comunidade, mas também como *princípio jurídico*: de exortações morais de ações solidárias gratuitas e voluntárias (*philia, humanitas, ágape, benevolentia*, etc.), avança-se para exigências tuteladas e garantidas pelo Direito.⁴⁵

⁴³ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 111-112.

⁴⁴ DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. Estado social e princípio da solidariedade. **Revista dos Estudantes da Faculdade de Direito da UFC**, Fortaleza, ano 1, n. 1, jan.-jul. 2007, p. 17-18.

⁴⁵ Ibid., p. 19. Grifos no original.

Dessa forma, a responsabilização objetiva do Estado homenageia o princípio da solidariedade, repartindo-se os encargos sociais e promovendo-se a justiça social, como observa Louis Trotabas⁴⁶:

O desenvolvimento da responsabilidade do Poder Público, produto de um longo trabalho da doutrina e da jurisprudência, justifica-se por considerações de justiça e solidariedade social; não é justo deixar a cargo de uma pessoa o dano causado pelo funcionamento do serviço público, que, por definição, traz proveito a toda a coletividade. É a ideia de um direito social, o desejo de defender o indivíduo isolado, ou seja, o fraco, que determinaram esta evolução, e seus resultados, até o presente, têm sido tidos como generosos e conformes ao advento de uma justiça social melhor [tradução nossa].⁴⁷

Aliás, é interessante notar que a ideia de solidariedade inspira todo o texto constitucional, surgindo também em outras passagens. À guisa de exemplificação, o art. 40, *caput*, da Carta Magna, prevê a existência de regime de previdência de caráter contributivo e solidário aos servidores públicos, e, por seu turno, o art. 225 trata da solidariedade de forma implícita, ao dispor que incumbe à coletividade o ônus de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Ressalte-se que a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, consagrada pela Revolução Francesa, prevê o princípio de que uns cidadãos não devem sofrer mais do que outros os encargos impostos pelo interesse comum em razão da atividade estatal, devendo a responsabilidade pelos danos sofridos por certos particulares recair sobre toda a coletividade, mediante a devida indenização.⁴⁸

Responsabilizar o Estado pelos danos causados aos cidadãos atende também ao princípio da moralidade, pois “a atividade dos administradores, além de traduzir a vontade de obter o máximo de eficiência administrativa, terá ainda de corresponder à vontade de viver honestamente, de não prejudicar outrem e de dar a cada um o que lhe pertence”.⁴⁹

O princípio da moralidade diz respeito ao que os cidadãos esperam da Administração Pública. A norma apresenta tanto uma dimensão negativa, impondo limites ao exercício da discricionariedade e permitindo a correção dos atos praticados em desvio de finalidade,

⁴⁶ TROTABAS, Louis apud DERGINT, Augusto do Amaral, op. cit., p. 35.

⁴⁷ No original: “Le développement de la responsabilité de la puissance publique, produit d’un long travail de la doctrine et de la jurisprudence, se justifie par des considérations de justice et de solidarité sociale; il n’est pas juste de laisser à la charge d’une personne le dommage causé par le fonctionnement d’un service public dont profite, par définition, toute la collectivité. C’est l’idée d’un droit social, le désir de défendre l’individu isolé, c’est-à-dire le faible, qui ont déterminé cette évolution, et ses résultats ont été tenus, jusqu’à présent, pour généreux et conformes à l’avenement d’une justice sociale meilleure”.

⁴⁸ ANNONI, Danielle, op. cit., p. 22.

⁴⁹ MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 89.

quanto uma dimensão positiva, relacionada ao dever de bem gerir a coisa pública, desdobrando-se em deveres que se fundamentam também em outros princípios informadores do Direito Administrativo, como: atuar impessoalmente, garantir a ampla publicidade dos atos, pautar-se com razoabilidade, motivar os atos e decisões, agir com eficiência.

3 NOMEAÇÃO TARDIA E RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA DO ESTADO

O presente capítulo almeja examinar a possibilidade de que o Estado seja responsabilizado pelos danos materiais associados aos casos de nomeação tardia. Inicialmente, explica-se como tem origem a nomeação pela via judicial, com o fornecimento de exemplos relacionados às hipóteses mais frequentes na jurisprudência. Em seguida, discorre-se acerca dos aspectos de maior relevo acerca da temática, de modo a apresentar argumentos favoráveis ao pleito dos concursados e desconstituir os argumentos sustentadores da tese contrária. Por fim, traça-se um panorama da posição dos tribunais superiores sobre a questão, apresentando o nosso posicionamento crítico.

3.1 Controle jurisdicional de concursos públicos: o mecanismo gerador da nomeação tardia

A Assembleia Constituinte de 1988, ao tornar obrigatória a aprovação prévia em concurso público para o provimento de cargos ou empregos na Administração direta e indireta, instituiu instrumento de perfil moralizador que põe ao alcance de todos os cidadãos o acesso democrático ao exercício do mister público, evitando-se práticas clientelistas e nepotistas.

A seleção de pessoal por meio de concurso enseja a bem-vinda profissionalização do serviço público. A um, garante-se a observância do princípio da igualdade na escolha dos agentes da Administração Pública, a partir de critérios meritórios, que permitem a escolha dos candidatos mais preparados para o exercício da profissão. A dois, realiza-se o princípio da eficiência, pela admissão de pessoal com capacidade técnica para responder aos anseios a às necessidades sociais mediante a prestação de serviços de qualidade.

Com esteio na lição de Germana de Oliveira Moraes⁵⁰, define-se concurso público como “o procedimento por meio do qual o Poder Público recruta recursos humanos para ocupar cargos e empregos de seus quadros, mediante aplicação de provas, isoladamente, ou de

⁵⁰ MORAES, Germana de Oliveira. O Judiciário e o Direito dos Concursos. **Revista da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, Recife, v. I, n. 2, mai. 2001, p. 58.

provas conjuntamente com exame de títulos”. Em outras palavras, o concurso público compreende uma sucessão ordenada de atos administrativos tendentes à seleção de pessoas capacitadas para assumir cargos ou empregos públicos.

Em razão do fortalecimento do instituto, do controle cada vez mais rigoroso sobre a seriedade da seleção e da disputa crescente por uma vaga nos certames públicos, inúmeros casos são submetidos ao Poder Judiciário, tendo como pedido a nomeação do candidato que alega haver sido prejudicado.

Em resposta aos pleitos dos concursandos, os juízes têm exercido uma cognição cuidadosa dos impasses, especialmente após a aceitação da ideia de que:

[...] o controle judicial da atuação administrativa não mais se esgota no âmbito da legalidade, abrangendo também o exame da constitucionalidade, isto é, além de verificar a conformidade do ato administrativo com a lei, o juiz há de decidir também sobre a compatibilidade do ato impugnado com a principiologia constitucional [...] A constitucionalização dos princípios gerais alargou o espectro de sindicabilidade judicial dos atos administrativos. Aplicam-se, por isso, aos atos do procedimento do concurso público tanto os princípios constitucionais gerais e os princípios constitucionais da Administração Pública, quanto princípios e regras específicos disciplinadores deste assunto.⁵¹

Destarte, encontra-se ultrapassada a alegação de que a apreciação judicial de atos administrativos encontra óbice no princípio da separação dos poderes, consoante a lição de Paulo Bonavides⁵²:

A teoria da divisão dos poderes foi, em outros tempos, arma necessária da liberdade e afirmação da personalidade humana (séculos XVIII e XIX). Em nossos dias é um princípio decadente na técnica do constitucionalismo. Decadente em virtude das contradições e da incompatibilidade em que se acha perante a dilatação dos fins reconhecidos ao Estado e da posição em que se deve colocar o Estado para proteger eficazmente a liberdade do indivíduo e sua personalidade.

Sendo assim, o controle jurisdicional pode recair mesmo sobre atos discricionários prolatados pela Administração na condução do processo seletivo, sem que isso signifique que o Estado-juiz irá substituir-se ao administrador na apreciação do mérito do ato administrativo, pois a intervenção judicial é apenas restauradora da juridicidade que deve fundamentar a atuação da Administração Pública, tendo como parâmetro os princípios e as regras expressos no ordenamento jurídico.

Miguel Seabra Fagundes⁵³ explica como se dá o controle jurisdicional em comentário:

⁵¹ Ibid., p. 59-60.

⁵² BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 86.

A Administração não é mais órgão ativo do Estado. A demanda vem situá-la, diante do indivíduo, como parte, em condição de igualdade com ele. O Judiciário resolve o conflito pela operação interpretativa e pratica também os atos consequentemente necessários a ultimar o processo executório. Há, portanto, duas fases, na operação executiva, realizada pelo Judiciário. Uma tipicamente jurisdicional, em que se constata e decide a contenda entre a Administração e o indivíduo, outra formalmente jurisdicional, mas materialmente administrativa, que é a da *execução da sentença pela força*.

Nesse contexto, mostra-se crucial o papel do Judiciário, enquanto guardião da ordem constitucional e conformador da ação administrativa ao horizonte hermenêutico do Poder Constituinte, o que enseja, inclusive, a interferência judicial em políticas públicas, tendo em vista a proteção de direitos fundamentais.⁵⁴

Para sua concretização, o ordenamento constitucional exige um Judiciário consciente de seu destacado mister na efetivação das normas constitucionais. Os objetivos, parâmetros e direitos fundamentais insculpidos no texto constitucional gozam de plena força normativa, vinculando todos os poderes constituídos, sendo certo que o Estado constitucional e seus órgãos funcionalmente divididos buscam seu fundamento de legitimidade na Constituição. Inafastável, portanto, a justiciabilidade dos atos da Administração Pública, especialmente em razão do princípio da ubiqüidade da jurisdição. Tal controle, como se disse, não afronta a independência dos Poderes, eis que a distribuição de funções se justifica na medida em que satisfazem os ditames constitucionais, não podendo servir de escudo para a consolidação de práticas ilegais ou ilícitas.

Ante a riqueza de situações ocorrentes no afazer administrativo, é impossível prever todas as hipóteses de irregularidades que podem ensejar a nomeação de concursandos pela via judicial, mas convém discorrer sobre algumas possibilidades, para a melhor compreensão do objeto deste estudo.

No âmbito do controle judicial da legalidade de provas, a jurisprudência admite pacificamente a intervenção do Estado-juiz quando as questões padecerem de erro material ou não estiverem abrangidas pelo conteúdo programático do edital.⁵⁵ Para além dessa

⁵³ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 134-135. Grifo no original.

⁵⁴ MATTOS, Nahiane Ramalho de; BASSOLI, Marlene Kempfer. Controle judicial na execução de políticas públicas. **Revista do Direito Público da Universidade Estadual de Londrina**, Londrina, ano 1, v. 3, set.-dez. 2006. Disponível em: <http://www2.uel.br/revistas/direitopub/pdfs/vol_03/ANO1_VOL_3_04.pdf>. Acesso em: 30 maio 2010.

⁵⁵ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 440.335/RS. Relator: Ministro Eros Grau. Segunda Turma. Brasília, 17 de junho de 2008; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 526.600/SP. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Primeira Turma. Brasília, 12 de junho de 2007; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n. 14.202/RS. Relator: Ministro Paulo Medina. Sexta Turma. Brasília, 23 de março de 2004.

compreensão, Germana Moraes⁵⁶ observa a tendência do STF de superar o mero controle de legalidade e aferir a constitucionalidade do procedimento de correção de provas, inclusive subjetivas, especialmente à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. A depender da fase do concurso em que se insere a prova eivada de vício e do momento em que se encontra o procedimento concursal, a consequência da intervenção jurisdicional pode ser a admissão do candidato a uma fase posterior do concurso, a alteração da lista de classificação ou até a própria nomeação do prejudicado.

Com frequência, candidatos impugnam sua eliminação numa fase do concurso e conseguem provimentos judiciais liminares para participar das fases ulteriores. Entretanto, ao fim de todas as etapas, a Administração elabora duas listas de classificação: uma com aprovados em situação regular e outra com candidatos *sub judice*, e recusa-se a nomear os candidatos da segunda lista antes do trânsito em julgado do processo em que discutem sua situação. Essa postura é rechaçada pela jurisprudência, que determina a imediata nomeação dos prejudicados.⁵⁷

Da mesma forma, com arrimo no enunciado n. 15 da súmula de jurisprudência do STF⁵⁸, é uníssono o entendimento de que surge direito subjetivo à nomeação para o candidato aprovado quando, no prazo de validade do concurso público, a vaga é preenchida por outros candidatos, sem observância da ordem classificatória.

Outra hipótese de nomeação advinda do controle jurisdicional do concurso público ocorre quando a Administração providencia o recrutamento de terceiros, mediante vínculo precário, para exercer as mesmas funções do cargo ou emprego para o qual o candidato foi aprovado.⁵⁹ O direito subjetivo à nomeação origina-se da constatação de que o Poder Público tem necessidade daquela função, não podendo suprir a lacuna por contratação precária se há aprovados em concurso aguardando serem convocados. À guisa de ilustração, confira-se como já se posicionou o STJ:

É unânime na jurisprudência o entendimento de que os candidatos aprovados em concurso público possuem mera expectativa de direito à nomeação; nasce esse

⁵⁶ MORAES, Germana de Oliveira, op. cit., p. 73

⁵⁷ Cf. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Ação Cível n. 291.201/CE. Relator: Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima. Segunda Turma. Recife, 06 de abril de 2004.

⁵⁸ “Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação”.

⁵⁹ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n. 19.924/SP. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Quinta Turma. Brasília, 10 de outubro de 2006; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 273.605/SP. Relator: Ministro Néri da Silveira. Segunda Turma. Brasília, 23 de abril de 2002.

direito se, dentro do prazo de validade do concurso, são preenchidas as vagas por terceiros, concursados ou não, a título de contratação precária.⁶⁰

Em decisão recente, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região garantiu a nomeação de um concursado em um caso similar: no prazo de validade do concurso, ao surgirem vagas no Estado da Federação para o qual o indivíduo prestou concurso, a entidade, de âmbito nacional, preferiu preencher os cargos com servidores de outros Estados, por meio de remoções sem respaldo legal.⁶¹

Releva esclarecer que o impedimento à preterição protege não só os candidatos aprovados até o limite do número de vagas estabelecido no edital de abertura, mas também aqueles integrantes do chamado *cadastro reserva*. No curso do processo de seleção e, depois, durante a sua validade, novas vagas vão surgindo e podem ser ocupadas pelos concursados que não obtiveram classificação suficiente para estar dentro das vagas inicialmente previstas, desde que o edital traga previsão nesse sentido. A expectativa de direito desses candidatos convola-se em direito subjetivo à nomeação caso haja provimento irregular do cargo ou desobediência à ordem classificatória.

O STJ, por exemplo, já resguardou o direito à nomeação de uma integrante do cadastro reserva que teve sua vaga preenchida mediante a transferência ilegítima de uma servidora que estava lotada em outra localidade.⁶²

Nesse mesmo sentido da proteção ao aprovado fora das vagas orienta-se o STF:

Candidatos aprovados em concurso público e classificados além do número de vagas originalmente previsto no edital de convocação. Inclusão no cadastro de reserva destinado ao preenchimento de cargos que viessem a ficar vagos no prazo de sua validade. Consequência: direito subjetivo à nomeação, durante o lapso assinalado no respectivo edital, caso se verifiquem as condições legais veiculadas para o ato.⁶³

A possibilidade de ser determinada a nomeação de candidatos judicialmente potencializa-se com o novel reconhecimento de direito subjetivo à nomeação aos aprovados com classificação até o limite de vagas previstas no edital do concurso. A jurisprudência evoluiu do entendimento de que havia mera expectativa de direito para considerar que há verdadeiro direito subjetivo, revelando-se a nomeação um ato vinculado ao edital, em

⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 263.071/RN. Relator: Ministro Edson Vidigal. Quinta Turma. Brasília, 24 de outubro de 2000.

⁶¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Ação Cível n. 464.301/AL. Relator: Desembargador Federal Paulo Gadelha. Segunda Turma. Recife, 23 de março de 2010.

⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n. 20.448/MS. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Quinta Turma. Brasília, 15 de fevereiro de 2007.

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança n. 24.119/DF. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Segunda Turma. Brasília, 30 de abril de 2002.

homenagem aos investimentos financeiros e emocionais dos candidatos e ao conceito de Administração responsável.⁶⁴ A tese também encontra guarida no princípio da razoabilidade, tendo em vista que, na análise da compatibilidade entre meios e fins da atuação administrativa, não se pode olvidar que o objeto do concurso público consiste no preenchimento das vagas oferecidas.

Convém sublinhar que a nomeação pela via judicial realiza o direito fundamental ao trabalho dos concursados, malferido pela atuação irregular do Poder Público. O direito ao trabalho diz respeito à faculdade do ser humano de exercer o seu ofício, se possuir todos os requisitos para tanto, consoante prevê o art. 5º, XIII, da Constituição Brasileira.⁶⁵ José Afonso da Silva⁶⁶ aponta o direito previsto no dispositivo como autêntico direito individual, eis que garante o trabalho, não o conteúdo do trabalho, nem o emprego, nem as condições materiais para a investidura num ofício. Aduz, ainda, que a acessibilidade à função pública constitui manifestação especial dessa liberdade individual. Já Lammêgo Bulos⁶⁷ acrescenta que a mencionada norma resguarda a livre opção da atividade a ser desenvolvida e o direito de exercer o que foi escolhido, sem a interferência do Poder Público.

Intrinsecamente ligado à dignidade do homem, o trabalho é instrumento de sobrevivência, de satisfação das necessidades humanas, de aquisição de bens e fruição de serviços em busca de uma vida melhor. Para além de sua repercussão social, o trabalho é também a base do sistema econômico, devendo ser incentivado pelo Estado. Por isso, repugna a ação do Poder Público que, ao invés de promover o trabalho humano, impede ilicitamente a prestação de serviço por quem a ela faz jus.

3.2 Indenização ou remuneração retroativa?

Como se investigou anteriormente, a responsabilidade objetiva do Estado apresenta-se como o dever de indenizar o terceiro prejudicado, independentemente de qualquer atuação

⁶⁴ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n. 26.507/RJ. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Quinta Turma. Brasília, 18 de setembro de 2008; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n. 19.922/AL. Relator: Ministro Paulo Medina. Sexta Turma. Brasília, 11 de dezembro de 2006.

⁶⁵ “É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.”

⁶⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 257.

⁶⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 175.

culposa ou dolosa do agente responsável, bastando, para a sua configuração, a ocorrência do dano e o nexo de causalidade entre fato e dano, por força da cláusula constitucional de responsabilização estatal.

A partir desde ponto do estudo, será examinada a responsabilidade objetiva estatal nas situações em que aprovados em concurso público sofrem danos decorrentes do atraso na data de suas investidas, pois seu direito é negado Administração Pública e a nomeação acaba sendo obtida apenas após a intervenção do Estado-juiz.

É de se advertir, inicialmente, que os candidatos de um concurso público e a Administração Pública vinculam-se pelo edital, que não possui natureza de contrato, mas de ato administrativo geral e concreto.⁶⁸ Portanto, como já se alertou no capítulo anterior, a responsabilidade contratual do Estado escapa ao objeto do presente estudo.

No âmbito da responsabilidade extracontratual, cumpre discorrer sobre um equívoco comum 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. Mencionem-se dois precedentes do STJ representantes dessa vertente:

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.⁶⁹

[...] 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.⁷⁰

Para a referida corrente, portanto, o pedido é incabível porque os vencimentos são a contraprestação pelo exercício do cargo; se não houve exercício, não se pode receber vencimentos.⁷¹

⁶⁸ MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 90.

⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 256.460/MG. Relator: Ministro Felix Fischer. Quinta Turma. Brasília, 04 de março de 2004.

⁷⁰ 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.

⁷¹ 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.

É de se reconhecer que o raciocínio simplista confunde a natureza dos vencimentos com a natureza da indenização. Apenas por um relaxamento de linguagem seria possível afirmar que os candidatos buscam no Poder Judiciário o 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 decidiu 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.⁷²

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.⁷³

A tese 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 candidato] 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.⁷⁴

Outrossim, o Ministro Luiz Fux expõe o seguinte paradoxo: como pode o Estado-juiz exigir do particular, para o pagamento de indenização, o efetivo exercício do cargo, se foi o próprio Estado-administrador que, ilegalmente, negou-lhe o direito à posse?⁷⁵

Com efeito, o serviço não foi prestado por exclusiva culpa do Estado-administrador, que se recusou indevidamente a nomear o candidato, e do Estado-juiz, que demorou a decidir a causa. Desse modo, em última análise, a parte prejudicada não exerceu as atribuições do

⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 642.008/RS. Relator: Ministro Castro Meira. Segunda Turma. Brasília, 10 de agosto de 2004.

⁷³ 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.

⁷⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 547-548. Grifos no original.

⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 971.870/RS. Relator: Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Brasília, 04 de dezembro de 2008.

cargo simplesmente em razão da conduta irregular do Estado, à qual se opôs fazendo uso dos meios lícitos que tinha ao seu alcance.

Aliás, no afã de afastar a injustiça cometida contra o concursado nomeado tardiamente, há julgados STJ que chegam a amparar o cidadão lesado 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.⁷⁶

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. EXAME PSICOTÉCNICO. RECURSO EM NOMEAÇÃO.

Decisão judicial favorável ao postulante. Nomeação concedendo apenas efeitos retroativos funcionais. Direito a vencimentos atrasados conforme Súmula 269 e 271, do Supremo Tribunal Federal.⁷⁷

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

Assim, 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 possuem natureza claramente distinta.

3.3 A questão da licitude da conduta estatal danosa

Urge investigar se os danos atinentes à nomeação tardia derivam de ação lícita ou ilícita do Estado. Como regra geral, o impedimento à nomeação origina-se de ilegalidades praticadas pela Administração, assim reconhecidas pelo Judiciário. Trata-se, pois, de atividade ilegal, irregular, ilegítima – como nos casos de flagrante erro material nas questões

⁷⁶ 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.

⁷⁷ 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.

ou de contratação precária de terceiros mesmo havendo candidatos aprovados aguardando a nomeação.

Contudo, vislumbra-se não ser adequado, em certas situações excepcionais, atribuir à ação administrativa a pecha da ilicitude. Pode haver uma dúvida razoável acerca da situação subjetiva do candidato: ainda que a interpretação da Administração seja diferente da interpretação judicial, não se poderia afirmar que houve propriamente ilicitude durante o certame.

Nessa toada, o STJ já negou, em decisão não unânime, o pleito de indenização formulado por candidatos que tiveram a nomeação retardada em razão de sua reprovação no exame psicotécnico, a qual restou invalidada pelo Judiciário.⁷⁸ A Corte entendeu que o exame psicotécnico havia gerado uma ampla discussão jurisprudencial, de forma que ainda não havia, à época da controvérsia, parâmetros seguros para aferir da legalidade ou não do referido teste. Sendo assim, não haveria como deferir o almejado pelos autores do Recurso Especial, porque, diante da dúvida razoável, à Administração teria sido lícito haver adotado um dos posicionamentos possíveis e, após a discussão ter sido levada ao Estado-juiz, restava-lhe aguardar o pronunciamento judicial sobre a cizânia.⁷⁹

Da mesma forma, com base na ausência de ilicitude, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais negou a reparação de danos por nomeação tardia, nos seguintes termos:

Desde que o ente público não tenha tido má-fé, mas, ao contrário, se tenha conduzido com estrita obediência à lei de regência do certame, a reprovação de candidato não lhe dá direito à indenização por dano moral. A Administração, não tendo agido com intuito procrastinatório, não está obrigada a indenizar, se o candidato, inicialmente reprovado em exame psicotécnico previsto em edital de concurso público, foi nomeado tardiamente porque a matéria está *sub judice*. A interpretação, sob o aspecto da juridicidade e legalidade, conferida pelo Judiciário às regras editalícias e aos atos da Administração nelas fundamentados não tem o condão de revestir tais atos do caráter de ilicitude capaz de legitimar pedido de reparação de danos.⁸⁰

Para o autor deste estudo, embora as duas decisões tenham acertado quanto à licitude da conduta administrativa, a conclusão haveria de ser diferente, tendo em vista que a

⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 343.802/DF. Relator para acórdão: Ministro José Delgado. Primeira Turma. Brasília, 25 de junho de 2002. Voto-vista vencedor.

⁷⁹ Cf., no mesmo sentido: BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70020545026. Relator: Desembargador Nelson Antonio Monteiro Pacheco. Terceira Câmara Cível. Porto Alegre, 30 de outubro de 2008; BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível n. 2003.01.1.093606-0. Relator: Desembargador Antoninho Lopes. Sexta Turma Cível. Brasília, 02 de maio de 2007. Em sentido contrário: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 942.361/AP. Relator: Ministro Castro Meira. Segunda Turma. Brasília, 13 de maio de 2008.

⁸⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 289.866/00. Relator: Desembargador Sérgio Léllis Santiago. Sexta Câmara Cível. Belo Horizonte, 17 de fevereiro de 2003.

responsabilização do Estado também se dá por atos lícitos, com fundamento no princípio da isonomia ou da repartição equânime dos ônus oriundos da atividade do Poder Público.⁸¹

Convém mencionar importante precedente em que o STF condenou a União a indenizar os prejuízos decorrentes de sua intervenção no domínio econômico, pela qual o poder estatal determinou a fixação de preços, no setor sucro-alcooleiro, em patamar inferior aos valores propostos pela autarquia federal com atribuição para tanto. A Corte considerou que, embora a intervenção estatal tenha sido lícita e legítima, é de se levar em conta os danos injustos experimentados por terceiros:

O dever de indenizar, por parte do Estado, no caso, decorre do dano causado e independe do fato de ter havido ou não desobediência à lei específica. A intervenção estatal na economia encontra limites no princípio constitucional da liberdade de iniciativa, e o dever de indenizar (responsabilidade objetiva do Estado) é decorrente da existência do dano atribuível à atuação do Estado [...] Não se trata, no caso, de submeter o interesse público ao interesse particular da Recorrente. A ausência de regras claras quanto à política econômica estatal, ou, no caso, a desobediência aos próprios termos da política econômica estatal desenvolvida, gerando danos patrimoniais aos agentes econômicos envolvidos, são fatores que acarretam insegurança e instabilidade, desfavoráveis à coletividade e, em última análise, ao próprio consumidor.⁸²

Mutatis mutandi, tem-se que a ação estatal que enseja atraso na nomeação de concursado, embora possa mostrar-se lícita em casos excepcionais, ofende o princípio constitucional do concurso público. Igualmente, as incertezas no desenrolar dos certames públicos cultivam a insegurança e prejudicam tanto aqueles diretamente interessados quanto a própria coletividade, haja vista a importância de que os certames públicos gozem de credibilidade.

Superada a análise acerca da desnecessidade de que a atuação estatal seja ilícita (embora quase sempre ela o seja), cumpre perquirir se estão configurados os elementos necessários e suficientes para a responsabilização do Estado por nomeação tardia.

⁸¹ Cf. ANNONI, Danielle, op. cit., p. 21.

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 422.941/DF. Relator: Ministro Carlos Velloso. Segunda Turma. Brasília, 06 de dezembro de 2005. Voto do relator.

3.4 A presença dos requisitos suficientes para a responsabilização do Estado por nomeação tardia

Superada a análise acerca da desnecessidade de que a atuação estatal seja ilícita, cumpre perquirir se estão presentes os elementos necessários e suficientes para a responsabilização do Estado por nomeação tardia.

Não há dúvida de que o atraso na nomeação decorre da ação de agentes estatais, que, nessa qualidade, conduzem o procedimento concursal de modo a prejudicar o candidato aprovado. Desse modo, encontra-se satisfeito o requisito quanto ao sujeito causador do dano.

Igualmente, parece não haver polêmica sobre o nexo causal nos casos de nomeação tardia, mesmo se observadas as restrições da doutrina do dano direto e imediato.

Arnaldo Rizzardo⁸³ afirma que, no Brasil, adota-se a teoria da interrupção do nexo causal, também denominada teoria do dano direto e imediato. Para o autor, embora extraída do art. 403⁸⁴ do Código Civil, que diz respeito à responsabilidade contratual, a mencionada teoria aplica-se também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva.

Carlos Roberto Gonçalves⁸⁵, por seu turno, esclarece que a doutrina dos danos diretos e imediatos é um amálgama das teorias anteriores (equivalência das condições e causalidade adequada), funcionando como meio-termo razoável, que ameniza as consequências extremas que a aplicação das outras propostas doutrinárias poderia acarretar. Assim, a indenização apenas incluiria os prejuízos efetivos e os lucros cessantes oriundos direta e imediatamente do evento danoso.

Contudo, o problema não pode ser tratado em termos absolutos. Em verdade, doutrina e jurisprudência não sustentam de modo rígido uma teoria para a causalidade, recorrendo a uma ou outra a depender do caso concreto. A preocupação em assegurar às vítimas a reparação pelos danos sofridos acarreta uma gradual diminuição do rigor na apreciação do nexo causal.⁸⁶

Assim, como o elemento culpa já sucumbiu quase completamente na seara da responsabilidade do Estado e o nexo causal não logrou substituir a culpa como barreira de

⁸³ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 76.

⁸⁴ “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

⁸⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit., p. 581.

⁸⁶ Cf. SCHREIBER, Anderson, op. cit., p. 53-77.

contenção do dever de indenizar, o resultado não poderia ser outro: a impressionante expansão das fronteiras da responsabilidade estatal.

Embora esse movimento jurisprudencial atenda ao imperativo social da reparação, em homenagem à dignidade das pessoas prejudicadas, é preciso observar que a discricionariedade excessiva nas decisões judiciais produz um cenário de insegurança e incoerência, podendo estimular pedidos de indenização frívolos e fomentar uma cultura de vitimização social. Mais uma vez, alerta-se para a necessidade de uma revisão sistêmica da dogmática da responsabilidade civil. Até que isso aconteça, o Judiciário deve examinar cautelosamente as lides, para distinguir quais danos merecem ressarcimento.

Sobre a aferição do nexo causal na ação de indenização por nomeação tardia, entende-se que a causalidade encontra-se comprovada pela decisão judicial que reconheceu a irregularidade da conduta da Administração, como se posiciona o STJ:

O ato que negou posse e exercício ao autor, ora recorrente, foi declarado nulo pelo Judiciário nos autos de uma ação mandamental anteriormente impetrada, fato que gerou o ajuizamento da presente ação, na qual se pleiteia, a título de indenização, o pagamento dos vencimentos desde quando devida a posse. O nexo causal na hipótese, é aquela decisão judicial, não necessitando, para que se evidencie a responsabilidade objetiva estatal, a ocorrência de má-fé.⁸⁷

Ademais, não se encontrou, na doutrina e na jurisprudência pesquisadas, alegação de que existe alguma excludente de responsabilidade em favor do Estado (culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, acaso), razão por que o exame de suas características extrapola os objetivos deste estudo limitado.⁸⁸

A maior resistência quanto ao cabimento da responsabilidade estatal nos casos de nomeação tardia envolve as questões atinentes à licitude da conduta administrativa e às características do dano causado. Como visto, mostra-se irrelevante a questão da licitude do ato administrativo impeditivo da nomeação. A respeito do dano, contudo, faz-se necessária uma análise mais cuidadosa.

⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 892.958/RS. Relator: Ministro Francisco Falcão. Primeira Turma. Brasília, 17 de maio de 2007.

⁸⁸ Este trabalho também não discutirá se a nomeação tardia enseja dano moral, eis que uma abordagem minimamente satisfatória de tão espinhosa temática exigiria longa e densa argumentação, o que excede às nossas metas. De qualquer modo, nos julgados que tratam de nomeação tardia, toda a jurisprudência do STJ consultada é uníssona quanto ao cabimento de indenização apenas por danos materiais. Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.032.653/DF. Relator: Ministro José Delgado. Primeira Turma. Brasília, 20 de maio de 2008; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 942.361/AP. Relator: Ministro Castro Meira. Segunda Turma. Brasília, 13 de maio de 2008.

Bandeira de Mello⁸⁹ expõe que nem todo dano é indenizável: para adquirir esse *status*, faz-se necessário que o bem ofendido esteja juridicamente protegido e que a lesão seja certa, quer dizer, não apenas eventual ou possível, embora possa ser presente ou futura.⁹⁰

Investigue-se, primeiramente, se o prejuízo dos nomeados tardiamente encontra-se protegido por uma norma jurídica, fazendo ser violada a esfera de direitos do cidadão. De fato, para que se distingam quais são os danos indenizáveis, revela-se fundamental o papel da norma jurídica, pois o ordenamento jurídico seleciona os bens e valores dignos de tutela.⁹¹

Em outras palavras, para que haja ofensa à esfera jurídica de um indivíduo, faz-se necessário que esse alguém possua um direito assim reconhecido pela ordem jurídica. Justifica-se a importância da caracterização do dano, na medida em que o interesse em restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano é a causa geradora da responsabilidade civil.

Apesar da premente necessidade de que seja editada uma lei para regular os direitos e deveres na seara dos concursos, o Congresso Nacional permanece inerte. Assim, pode não haver uma norma legal violada quando o Poder Público impede ilegitimamente a nomeação de um aprovado. Em alguns casos, a conduta irá malferir uma norma do edital, mas, como não há parâmetros claros para a elaboração do referido instrumento, é possível que, em outros casos, a conduta administrativa, embora injusta, não ofenda diretamente sequer uma cláusula editalícia. Como o texto constitucional, no art. 37, traz apenas as normas mais fundamentais sobre a matéria, talvez não se vislumbre, de forma clara e distinta, a quebra dos deveres nelas consubstanciados. Nesse contexto, insere-se o problema: como garantir a reparação aos denominados *novos direitos*, ainda não claramente delineados no direito positivo?

Para Antônio Carlos Wolkmer⁹², os novos direitos são decorrência das necessidades humanas, as quais são inesgotáveis e ilimitadas no tempo e no espaço, sofrendo constantes processos de redefinição e recriação. Portanto, motivações e interesses impulsionariam a

⁸⁹ MELLO, Bandeira de, op. cit., p. 1010-1013.

⁹⁰ Exige-se, ainda, mas apenas nas hipóteses de responsabilidade estatal por atos lícitos, que o dano seja *especial*, atingindo especificamente um indivíduo ou grupo de indivíduos, e *anormal*, extrapolando agravos de menor monta, mas sobre esses dois caracteres não pairam dúvidas nos casos de nomeação tardia. Também se defende a obrigatoriedade desses mesmos requisitos em: RIVERO, Jean; WALINE, Jean. **Droit administratif**. 15. ed. Paris: Dalloz, 1994, p. 234; DEBBASCH, Charles, op. cit., p. 275-279; JANEIRO, Domingo Bello. La responsabilidad patrimonial de la Administración. In: LAGO, José Manuel Busto (Org.). **Estudios acerca de la responsabilidad civil y su seguro**. Santiago de Compostela: Escola Galega De Administración Pública, 2005, p. 45-46.

⁹¹ ANNONI, Danielle, op. cit., p. 41.

⁹² WOLKMER, Antônio Carlos. Os movimentos sociais e a construção de direitos. In: VARELLA, Marcelo Dias (Org.). **Revoluções no campo jurídico**. Joinville: Oficina, 1998, p. 93.

conquista de novos direitos, bem como de novos sujeitos sociais, antes excluídos do processo de participação no jogo democrático.

Na mesma esteira, Bobbio⁹³ discorre sobre uma tendência de multiplicação de direitos, em decorrência especialmente dos seguintes fatores: o aumento da quantidade de bens considerados merecedores de tutela e a consideração do homem não mais como ente genérico e abstrato, mas na concretude das formas que ele pode assumir na sociedade, tais como: *criança, velho, doente*. Não se trata, contudo, da rotulação do indivíduo enquanto elemento de um grupo, mas do reconhecimento de sua individualidade como sujeito de direitos, com legitimidade para representar sua coletividade.

Pasold⁹⁴, por seu turno, vaticina que os novos direitos demandam instrumentos de efetivação, entendidos como o “complexo que abrange os atos e as ações, bem como a dinâmica processual/procedimental que têm por objetivo último o reconhecimento e a materialização de um Novo Direito”. Afirma o autor, ainda, que os novos direitos requerem uma concepção avançada de processo judicial para instrumentalizar a sua concretude, com a incidência das normas constitucionais, de modo a extrapolar a sistemática do processo civil convencional.

Sendo assim, retorna-se à questão: como justificar a indenizabilidade de um dano quando não há amparo legal a caracterizar a existência de um direito violado? A resposta pode começar com a seguinte reflexão:

Impõe-se, por certo, a derrocada do modelo estatal hierárquico-centralizador, uma reformulação das instituições públicas, mas sobretudo, uma releitura dos direitos, suas fontes, requisitos e exercícios [...] É preciso compreender o fenômeno jurídico não apenas como uma relação de poder hierárquico que divide competências e garantias em serviço do Estado, mas sim, como um verdadeiro instrumento de promoção de satisfações e desejos coletivos, a serviço de toda a coletividade.⁹⁵

É de se entender que toda ofensa do Estado à pessoa (sua dignidade, suas necessidades, seu patrimônio) constitui violação ao ordenamento constitucional, configurando-se a responsabilidade estatal mesmo sem que haja regra específica no direito posto. Considerando que a Constituição Brasileira protege a vida, a liberdade e a propriedade, em sentido lato, tendo como unidade axiológica a dignidade da pessoa humana,⁹⁶ o dano

⁹³ BOBBIO, Norberto, op. cit., p. 68.

⁹⁴ PASOLD, Cesar Luiz. Novos direitos: conceitos operacionais de cinco categorias que lhe são conexas. **Revista Seqüência**, Florianópolis, n. 50, jul. 2005, p. 232-233.

⁹⁵ ANNONI, Danielle, op. cit., p. 43.

⁹⁶ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição**. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, passim.

causado a um cidadão pela atividade estatal será, necessariamente, inconstitucional, não se podendo conceber que o particular deva suportar o prejuízo, a não ser que se negue o horizonte hermenêutico do Constituinte.

Assim, o reconhecimento de um direito subjetivo do concursando prejudicado pode depender precipuamente de novas concepções doutrinárias e jurisprudenciais, numa tendência cada vez mais robusta de valorização do cidadão. Destaca-se a recente construção doutrinário-jurisprudencial que resultou no reconhecimento do direito à nomeação do aprovado em concurso público que alcance classificação até o número de vagas previsto no edital, como evolução do entendimento anterior de que existia mera expectativa de direito, a despeito de qualquer modificação no direito objetivo.

É importante mencionar, ainda, a chamada *doutrina do interesse*, predominante na França e na Itália, segundo a qual a responsabilidade pode derivar da frustração não de um direito em sentido próprio, mas de um mero interesse, desde que apresente estabilidade ou promessa de duração suficiente para que o prejuízo seja dado como certo, como no caso de concubina indenizada pela morte acidental de seu concubino.⁹⁷

Nos casos de nomeação tardia, a proteção jurídica à situação subjetiva do cidadão concursado encontra-se reconhecida em decisão judicial transitada em julgado.⁹⁸ O Estado-juíz, ao determinar a nomeação do litigante, ampara-se nas razões de direito que permeiam o caso concreto, decidindo pela ilegitimidade do ato administrativo que impediu a posse.

Cuide-se, na sequência, da questão atinente à certeza do dano. Configura-se a responsabilidade civil por danos efetivamente ocorridos ou pela importância que o lesado *razoavelmente* deixou de ganhar (lucros cessantes), a teor do art. 402⁹⁹ do Código Civil. A lei traz essa exigência de razoabilidade, quanto aos lucros cessantes, a fim de abranger

o que está mais próximo da ocorrência do que da inoccorrência, tendo em vista os padrões normais do momento no qual aconteceram os fatos; [...] não cogita da indenizabilidade do dano remoto, isto é, da consequência danosa mais próxima de inoocorrer do que de ocorrer.¹⁰⁰

⁹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit., p. 38-39.

⁹⁸ O concursado pode pedir indenização por nomeação tardia na própria ação em que discute o direito de ser nomeado. Entretanto, caso não tenha havido o pedido cumulado, faculta-se o ajuizamento de ação autônoma em que se pleiteie a reparação por danos materiais. Na última hipótese, entende-se que o termo inicial do prazo prescricional é o trânsito em julgado da decisão proferida na primeira ação. 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; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 264.730/MG. Relator: Ministro Edson Vidigal. Quinta Turma. Brasília, 15 de fevereiro de 2001.

⁹⁹ “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

¹⁰⁰ CASTRO, Guilherme Couto de, op. cit., p. 19.

É interessante pontuar que a previsão legal não significa que será paga a importância que for razoável (critério quantitativo), mas que será devida a indenização apenas se for possível, razoavelmente, admitir que houve lucro cessante, prendendo-se a questão à própria existência do prejuízo.¹⁰¹

Dessa forma, embora seja despicienda a demonstração de certeza absoluta para a caracterização dos lucros cessantes, não basta a mera possibilidade, devendo haver uma probabilidade considerável de ocorrência de prejuízo. Não se ignora o quanto pode ser difícil distinguir as hipóteses, revelando-se imperiosa uma análise apurada das peculiaridades de cada caso, a partir do prognóstico do resultado gerado pelo desenvolvimento normal dos acontecimentos. Nesse sentido, o STJ esclarece:

[...] o nosso Código Civil [1916] utiliza a expressão “o que razoavelmente deixou de lucrar”, cujo sentido é que, até prova em contrário, admite-se que o credor haveria de lucrar aquilo que o bom senso diz que lucraria, existindo a presunção de que os fatos se desenrolariam dentro do seu curso normal, tendo-se em vista os antecedentes.¹⁰²

A nomeação tardia causa ao concursado lesado um dano certo, sob a forma de lucro cessante, como se demonstra no tópico seguinte.

3.5 Lucro cessante ou perda de uma chance?

Um conceito muito próximo ao de lucro cessante, mas que com ele não se confunde, é o de *perda de uma chance*. Não obstante esteja excluída a possibilidade de reparação do dano meramente hipotético, duvidoso, incerto, haverá responsabilização por perda de uma chance quando se retirar da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor.

A teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) surgiu na França, a partir da década de 1960, no âmbito da responsabilidade civil do médico. Para proteger a vítima dos inconvenientes da formação da culpa, adotou-se a doutrina da perda de uma chance de

¹⁰¹ GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit., p. 707-708.

¹⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 320.417/RJ. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Quarta Turma. Brasília, 27 de novembro de 2001.

sobrevivência ou de cura, militando a presunção de culpa contra o médico, por não oferecer ao paciente todas as chances de um resultado favorável no tratamento.¹⁰³

Em compasso com os novos rumos da responsabilidade civil, em que os seus requisitos são flexibilizados para uma maior proteção ao cidadão 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.¹⁰⁴

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 trate de uma chance real e séria.¹⁰⁵

Rafael Peteffi da Silva¹⁰⁶ explica que o critério para determinar a seriedade da chance demanda uma análise profunda, por vezes com o auxílio de dados estatísticos. Alguns tribunais adotam um padrão numérico, baseado em determinada percentagem, para verificar a existência dos mencionados requisitos. À guisa de exemplificação, a Suprema Corte de Nevada (EUA), no caso *Perez v. Las Vegas Méd. Ctr.*, firmou entendimento de que, como regra geral, a chance que estivesse abaixo do patamar de dez por cento não poderia ser considerada digna de indenização. Por outro lado, a Casa dos Lordes inglesa, ao julgar a demanda de uma viúva que requereu a reparação pela perda da chance de obter suporte financeiro de seu marido, não adotou um critério matemático: decidiu-se que, como o casal encontrava-se separado no momento da morte, as chances de reconciliação e de suporte financeiro eram excessivamente hipotéticas.

Aplicada com frequência crescente no Brasil, a doutrina da responsabilidade por perda de uma chance tem lugar, portanto, nos casos em que há a *certeza* de que a vantagem perdida resultaria em prejuízo e a *probabilidade* de que a oportunidade seria aproveitada, em situações como: realizar um negócio, receber uma herança, celebrar um casamento já projetado, obter uma promoção no emprego, vencer uma corrida de cavalos, ser vitorioso numa demanda judicial.¹⁰⁷

¹⁰³ BAHIA, Claudio José Amaral. A omissão estatal em relação ao dever de concretização do direito fundamental de convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes: a responsabilidade pela perda de uma chance. In: XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do Conpedi. 2008, Salvador. Anais eletrônicos... Salvador, Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. 2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org/anais_salvador.html>. Acesso em: 23. mar. 2010.

¹⁰⁴ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 3-4.

¹⁰⁵ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Atlas, 2007, p. 134.

¹⁰⁶ SILVA, Rafael Peteffi da, op. cit., p. 135.

¹⁰⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit., p. 41-42.

Em outras palavras, tem-se que, nos casos de perda de uma chance, convivem elementos de certeza e de incerteza. De um lado, exige-se a certeza de que, se não houvesse ocorrido o evento danoso, restaria mantida a esperança de obter um lucro ou evitar um prejuízo. De outro lado, não se sabe com certeza se, na ausência do evento que extinguiu a oportunidade, a vítima efetivamente conseguiria lucrar ou resguardar-se de uma lesão.

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 o 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 usufrísse plenamente a oportunidade perdida, mas uma indenização pela perda em si.

Peteffi da Silva¹⁰⁸ utiliza o exemplo de um cavalo de corrida que poderia gerar ao proprietário um prêmio de R\$ 20.000,00 se vencesse uma determinada competição, mas não foi inscrito no páreo por quem estava obrigado a fazê-lo. Se as bolsas de apostas indicavam uma chance de 20% de vitória para aquele cavalo, a perda da chance de receber o valor equivaleria a R\$ 4.000,00.

O STJ já admitiu a aplicação da aludida teoria na demanda em que a autora teve frustrada a chance de ganhar prêmio milionário num programa televisivo de perguntas e respostas de conhecimento geral. A autora havia acumulado R\$ 500.000,00 e, após ler o questionamento que lhe permitiria dobrar a quantia, optou por lançar mão da faculdade de não prosseguir na competição e receber o prêmio de meio milhão de reais. Demonstrada em juízo a inexistência de resposta possível para aquela pergunta, o tribunal local condenou a empresa televisiva ao pagamento do valor total que o acerto teria ocasionado para a autora, ou seja, R\$ 500.000,00. Contudo, o STJ aplicou a doutrina da perda de uma chance, reduzindo o valor para R\$ 125.000,00, pois havia quatro alternativas de resposta e, em caso de pergunta adequada, teria existido para a autora a possibilidade de êxito de 25%.¹⁰⁹

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:

¹⁰⁸ SILVA, Rafael Peteffi da, op. cit., p. 138.

¹⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 788.459/BA. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Quarta Turma. Brasília, 08 de novembro de 2005.

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.¹¹⁰

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 nexos 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: se o aprovado em concurso público tem a nomeação injustificadamente impedida, 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 hipótese revela-se bastante similar ao exemplo mais clássico de lucros cessantes: aquele do motorista de táxi que tem o veículo abalroado e deixa de trabalhar durante o conserto do carro na oficina mecânica. É possível, por exemplo, que o taxista estivesse planejando não trabalhar nos dias seguintes, justamente no dia do acidente, mas a razoabilidade faz concluir que, não fosse o abalroamento, o profissional iria, muito provavelmente, continuar trabalhando e recebendo os valores que usualmente auferia.

Situação bastante diferente, por exemplo, seria aquela em que o concursando deixa de participar da última fase de um concurso por atraso no voo que o transportava. No caso, apenas poderia haver responsabilização, a depender das circunstâncias, por perda de uma chance. A hipótese não configuraria lucro cessante, pois não se poderia demonstrar patentemente a probabilidade robusta de que o candidato teria desempenho suficiente à aprovação, para depois, investido no cargo, receber os devidos vencimentos.

¹¹⁰ Ibid., p. 14-20.

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. Primeiro, porque evita que o concursado lesado enfrente as resistências e as dificuldades associadas a uma corrente jurisprudencial mais vanguardista. Segundo, porque faz concluir que o *quantum* indenizatório deve corresponder 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.

3.6 A quantificação do prejuízo

A respeito do *quantum* da indenização, entende-se que deve corresponder 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 aos 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).¹¹¹

Analisando o referido princípio na perspectiva da responsabilidade civil em geral, Caio Mário¹¹² 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”.

¹¹¹ 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.

¹¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit., p. 312. Grifo no original.

No mesmo sentido, ao tratar especificamente dos danos relacionados à nomeação tardia, Yussef Cahali¹¹³ avaliza a jurisprudência segundo a 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.”

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, o concursado 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.¹¹⁴

Em confirmação, Caio Mário¹¹⁵ leciona que, tendo por objeto reparar o dano, a indenização não pode ser superior a ele, sob pena de romper o binômio dano-indenização:

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.

Desta feita, afasta-se a alegação de que a indenização por nomeação tardia representaria enriquecimento sem causa, eis que o juiz deve determinar que, na liquidação da decisão, seja descontada a importância recebida como contraprestação ao trabalho que o candidato haja realizado no período em que foi prejudicado, seja no serviço público, seja na iniciativa privada.

¹¹³ CAHALI, Yussef, op. cit., p. 451.

¹¹⁴ Cf. BRASIL. 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; 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.

¹¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit., p. 312. Grifo no original.

3.7 O posicionamento atual do STJ e do STF

No seio do STJ, identifica-se, pelos precedentes mencionados ao longo do trabalho, um movimento de polarização acerca da admissibilidade da tese de responsabilização estatal por nomeação tardia: de um lado, a 3ª Seção (Quinta e Sexta Turmas) tende a julgar pela improcedência do pedido, enquanto a 1ª Seção (Primeira e Segunda Turmas) orienta-se pelo seu acolhimento. 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.¹¹⁶

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.¹¹⁷

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.¹¹⁸

Por outro lado, as turmas da 1ª Seção vêm adotando a 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 receber no período que lhe era legítima a nomeação, à luz da Teoria da Responsabilidade Civil do Estado, com supedâneo no art. 37, § 6º da Constituição Federal.¹¹⁹

¹¹⁶ 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.

¹¹⁷ 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.

¹¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 536.596/RS. Relator: Ministro Felix Fischer. Quinta Turma. Brasília, 02 de março de 2004.

¹¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.117.974/RS. Relator: Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Brasília, 19 de novembro de 2009.

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 trânsito, 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, § 6º da Constituição Federal, que responsabiliza objetivamente o Estado por danos causados aos seus administrados.¹²⁰

[...] 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, § 6º, 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.¹²¹

Configurou-se, portanto, um panorama de insegurança jurídica na jurisprudência do STJ, com entendimentos contrários proferidos por cada Seção. Naturalmente, a situação ensejou a interposição de inúmeros embargos de divergência, mas a pesquisa realizada não encontrou nenhum recurso dessa natureza cujo mérito já tenha sido decidido.

De todo modo, a expectativa é de que prevaleça a posição da 1ª Seção, favorável aos concursados. Isso porque, consolidada a noção de que o pleito não diz respeito ao pagamento de vencimentos atrasados, mas, sim, à indenização por dano injusto, a competência deixa de recair sobre a 3ª Seção, à qual se atribui o conhecimento de causas referentes a servidores públicos, e passa à 1ª Seção, que julga as demandas atinentes à responsabilidade do Estado, consoante prevê o regimento interno do Tribunal. Assim, conquanto a 3ª Seção continue apreciando tais espécies de lide, já se mostra possível colecionar algumas decisões de declinação de competência por parte de Ministros que a compõem, como as duas seguintes:

Numa análise mais detida dos autos, constata-se que esta e. Seção não detém competência para processar e julgar o feito, tendo em vista que o tema de fundo diz respeito à responsabilidade civil do Estado, matéria de competência da e. Primeira Seção, nos termos do art. 9º, § 1º, VIII, do RISTJ. Com efeito, a hipótese versa sobre ação ordinária que tem por objeto a obtenção de indenização devido ao fato de não terem, os autores, ora recorridos, ocupado cargo público em razão de ilegalidade que, posteriormente, foi reconhecida pelo Poder Judiciário.

Assim, não obstante a e. Terceira Seção ter proferido decisões em casos similares, entendo que a questão, *in casu*, está dentre aquelas de competência da e. Primeira Seção desta e. Corte, dada a natureza da relação jurídica litigiosa.¹²²

¹²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 825.037/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Brasília, 23 de outubro de 2007.

¹²¹ 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.

¹²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão Monocrática no Recurso Especial n. 971.870/RS. Relator: Ministro Felix Fischer. Quinta Turma. Brasília, 16 de maio de 2008.

Da análise dos autos, verifica-se faltar competência às Turmas integrantes da Eg. Terceira Seção para apreciar o feito, pois a matéria tratada diz respeito a responsabilidade civil do Estado.¹²³

É de se mencionar que, em 2009, em sede de Conflito de Competência, a Corte Especial do STJ declarou competente a 3ª Seção do Tribunal para o julgamento de pedido de *remuneração retroativa* por parte de candidato nomeado tardiamente.¹²⁴ Contudo, o mesmo acórdão menciona que, caso houvesse sido pedida uma *indenização por ato ilícito do Estado*, a competência recairia sobre a 1ª Seção da Corte. Logo, percebe-se que, segundo a referida decisão, o enquadramento jurídico do problema feito pelo advogado na petição inicial determinará qual será a Seção do STJ competente para apreciar um eventual Recurso Especial, o que, em última análise, representará a vitória ou a derrota do demandante.

Já no âmbito do STF, há poucos precedentes envolvendo a pretensão do candidato nomeado tardiamente. Contudo, de maneira geral, pode-se afirmar que o pleito encontrou guarida no órgão máximo do Judiciário. A mais antiga decisão encontrada sobre a matéria data de 1965. Ao decidir o Recurso Extraordinário n. 53.119/PE, o Tribunal Pleno, por unanimidade, 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. O acórdão restou assim ementado:

Funcionalismo. Concurso. Cargo inicial de carreira. Direito à nomeação, por motivo de preterição. Mantido o acórdão da justiça local que declarou a inconstitucionalidade parcial do art. 58, da lei estadual 2.622, de 30.11.56, de Pernambuco. *Reconhecido o direito dos concursados à nomeação, sem vencimentos anteriores à data do julgado.*¹²⁵

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, direito a adicionais por tempo de serviço. Ademais, faz-se a salutar

¹²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão Monocrática no Recurso Especial n. 506.808/MG. Relator: Ministro Gilson Dipp. Quinta Turma. Brasília, 26 de maio de 2003. Cf., no mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão Monocrática no Recurso Especial n. 767.143/DF. Relator: Ministro Gilson Dipp. Quinta Turma. Brasília, 14 de novembro de 2005.

¹²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência n. 98.357/SC. Relator: Ministro Castro Meira. Corte Especial. Brasília, 03 de junho de 2009.

¹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 53.119/PE. Relator: Ministro Victor Nunes. Pleno. Brasília, 17 de maio de 1965. Grifo nosso.

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.¹²⁶

Em seguida, cumpre mencionar o Recurso Extraordinário n. 194.657/RS, de 2001, em que, após reconhecer a inconstitucionalidade do veto secreto a 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 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 suas mesmas conseqüências: a indenização pela frustração ilegal do exercício do cargo corresponde, nesses casos, ao total da remuneração que o servidor afastado teria auferido.¹²⁷

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,¹²⁸ mas, sim, da cláusula de responsabilização do Estado, prevista no §6º do mesmo artigo, a qual não foi prequestionada. Importante mencionar que houve dois votos divergentes, para os quais a regra do concurso público fundamentaria, ainda que implicitamente, o ressarcimento pleiteado.¹²⁹

Também não representa entendimento contrário à pretensão dos concursados a decisão proferida no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 248.803/RS, de 2001. Na oportunidade, o pleito de indenização por nomeação tardia foi negado pela Segunda Turma com o fundamento de que a alegada ofensa à Constituição seria apenas indireta, já que dependeria de prévio exame de normas ordinárias que tratam da contraprestação do trabalho.¹³⁰

¹²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 188.093/RS. Relator: Ministro Mauricio Correa. Segunda Turma. Brasília, 31 de agosto de 1999.

¹²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 194.657/RS. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Pleno. Brasília, 04 de agosto de 2001.

¹²⁸ Prevê o dispositivo: “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

¹²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 221.170/RS. Relator para acórdão: Ministro Moreira Alves. Primeira Turma. Brasília, 04 de abril de 2000.

¹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 248.803/RS. Relator: Ministro Nelson Jobim. Segunda Turma. Brasília, 06 de fevereiro de 2001.

Acredita-se seja esta a tendência quanto ao tratamento da matéria no STF: a negativa de exame jurisdicional da matéria sob o argumento de que a ofensa constitucional revela-se reflexa. Trata-se de filtro de acesso consolidado na jurisprudência do Supremo ao longo da última década, de modo que a uniformização da interpretação judicial deve restar ao STJ.

Não se pode deixar de criticar o emprego excessivo dessa tese autodefensiva vislumbrada pelo STF, que evita o exame de mérito pelo uso de um expediente processual. Fábio Hirsch¹³¹ observa que as decisões que aplicam a mencionada tese, embora tomem a orientação da ofensa reflexa como regra geral de difícil superação, limitam-se a afirmar que a violação à Constituição mostra-se indireta, sem promover uma justificação racional suficiente.

Um dos principais entraves associados ao apego ao formalismo consiste na reduzida flexibilidade que resta aos que assim se posicionam. Desse modo, a adoção da tese da ofensa reflexa à Constituição, como filtro às demandas submetidas ao STF, pode mostrar-se oportuna em dado caso, mas finda por vincular o juiz constitucional, que, sob pena de incoerência, pode ver-se impedido de se pronunciar sobre temas relevantes futuramente.

Por derradeiro, espera-se que reste superada a cizânia na jurisprudência do STJ e nos demais tribunais do País, reconhecendo-se a responsabilidade estatal por nomeação tardia, tal como se firmou o STF. Caracterizado o dano indenizável e presentes todos os requisitos constitucionais, não se deve negar a responsabilização do Poder Público.

A chamada crise da responsabilidade civil resulta da incompatibilidade de se empregar uma estrutura antiquada para novas funções. No mundo atual, em que as atividades econômicas tendem a despersonalizar o indivíduo, aniquilando-o em favor da lógica do mercado, urge proteger os preceitos constitucionais tuteladores da pessoa humana. Firma-se a imperiosa necessidade de que se reconheça o ser humano como possuidor de uma dignidade própria e que se atue concretamente para promover a sua personalidade, sancionando as condutas que ofendam sua esfera de direitos.

A tendência de proteção à pessoa humana, pelo alargamento da responsabilidade civil, deve-se, sobretudo, à iniciativa da jurisprudência. Como observa Bodin de Moraes¹³², o regime do instituto liga-se precipuamente a escolhas político-filosóficas, mais do que a evidências lógico-rationais. Diz-se que um sujeito causou um dano após ter havido a decisão de responsabilizá-lo, de modo que o dano não é, em si, como categoria ontológica, ressarcível

¹³¹ HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida. **Ofensa reflexa à Constituição**: críticas e propostas para a jurisprudência autodefensiva do Supremo Tribunal Federal brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2007, p.182-183.

¹³² MORAES, Maria Celina Bodin de, op. cit., p. 21.

ou irrisarcível, justo ou injusto. A seleção quanto à indenizabilidade do dano apresenta caráter menos jurídico e mais ético, político e filosófico.

É essencial sublinhar, nesse contexto, que a proteção às vítimas realiza o princípio da dignidade da pessoa humana, considerando que a atuação estatal, tanto quanto o progresso e o desenvolvimento industrial no âmbito privado, pode vir a causar danos materiais e pessoais que necessitam de reparação. Salvaguardar o direito à indenização do prejudicado, quando presentes os requisitos constitucionais para tanto, reafirma o valor da sua dignidade e traz a figura da pessoa humana de volta para o seu lugar: o centro do ordenamento jurídico.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento das concepções acerca da responsabilidade do Estado, produto de um longo trabalho doutrinário e jurisprudencial, justifica-se por razões de solidariedade e justiça social, em consonância com uma tendência mundial de objetivização da responsabilidade civil. Com efeito, não se mostra justo permitir que um cidadão suporte sozinho o dano causado pela atividade estatal, que, por definição, traz proveito a toda a coletividade.

Paralelamente a essa realidade de ampliação das fronteiras da responsabilidade civil, tem-se que os novos paradigmas do controle judicial da atuação administrativa, à luz do princípio da juridicidade, permitem um combate mais aguerrido às irregularidades que envolvem concursos públicos. Por meio dos mais diversos fundamentos, o Judiciário tem garantido o direito à nomeação dos prejudicados, revelando-se expressivo o movimento jurisprudencial em prol de uma maior proteção ao cidadão concursando.

A jurisprudência brasileira ainda se encontra indefinida quanto à plausibilidade do pedido de indenização por nomeação tardia, nos casos em que o candidato aprovado em concurso público tem sua investidura negada administrativamente de forma ilegítima, precisando socorrer-se do Judiciário para exercer o cargo público. Para o STF e para as turmas da 1ª Seção do STJ, encontram-se presentes os elementos necessários e suficientes para a responsabilidade extracontratual do Estado, atinente ao dano material sofrido no período em que o prejudicado deixou de perceber os vencimentos devidos. Entretanto, as turmas da 3ª Seção do STJ entendem que o pleito não procede, eis que o recebimento de vencimentos, ainda que sob o título de indenização, requer, necessariamente, a prestação do serviço.

Em apertada síntese, este estudo procurou demonstrar que o acolhimento do pedido dos concursados não implica o deferimento de pagamento retroativo de remuneração, eis que ausente o pressuposto do exercício do cargo, mas a concessão de indenização pelo prejuízo material ocorrido, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Brasileira. Na mesma perspectiva, argumentou-se que o dano associado a nomeações tardias não configura mera perda de uma chance de obter um proveito econômico, nos termos delineados pela doutrina francesa, mas, sim, lucros cessantes, na forma do art. 402 do Código Civil. Ainda, sustentou-se que o *quantum* indenizatório deve corresponder à importância que teria sido recebida a título de remuneração pelo exercício da função pública, descontados os valores que o

concurado tenha recebido como contraprestação ao trabalho desenvolvido durante o período em que foi prejudicado.

Como reflexão derradeira, mencione-se que, para além de responsabilizar o Poder Público nos casos de nomeação tardia, urge refletir em busca de ações para prevenir ou amenizar o problema. Há uma crescente tendência doutrinária de voltar as atenções para mecanismos que evitem a ocorrência de danos, de modo que, tanto quanto a lesão em si, a potencial ofensa a um interesse tutelado deve figurar como objeto de preocupação.

Desse modo, ante as inúmeras demandas judiciais envolvendo concursos públicos, as quais são causadas ou por dúvidas razoáveis ou por pura arbitrariedade da Administração Pública, assume relevo a necessidade de normas legais que disciplinem o regime jurídico dos certames. A ausência de regras claras sobre os prazos e condições para a deflagração do concurso público, os requisitos para a inscrição e a posse dos candidatos, as etapas do procedimento seletivo, a constituição das bancas examinadoras, o conteúdo dos editais, a disciplina dos recursos, entre tantos outros aspectos, facilita a ocorrência de erros e abusos por parte do Poder Público.

A omissão do Estado-legislador em estabelecer normas gerais em matéria de concursos públicos deve ser corrigida, evitando-se a perpetuação do atual quadro de insegurança jurídica, tanto no que toca às disposições editalícias e à condução do certame, quanto às decisões judiciais divergentes nos casos submetidos à apreciação do Estado-juiz.

Vislumbra-se, igualmente, como meio de suavizar as dificuldades enfrentadas pelos concursandos, a superação da tese de que candidatos podem ser efetivamente nomeados por via judicial apenas após o trânsito em julgado da decisão favorável, pois não poderia existir nomeação precária em cargo público, e a concessão de provimentos liminares, portanto, deveria limitar-se a garantir a reserva de vaga. A corrente oposta entende que tal orientação confunde indevidamente a precariedade da decisão judicial com a natureza do cargo público: o provimento jurisdicional não teria o condão de transmutar a natureza do cargo efetivo em precário, e, mesmo na hipótese de a decisão ser revertida em instância superior, o candidato não enriqueceria sem causa, eis que teria exercido o serviço como contraprestação ao recebimento de vencimentos.

Não se pretende determinar qual tese revela-se a mais adequada, já que a empreitada demandaria cuidadosa demonstração alheia ao objeto deste estudo, mas apenas lançar o seguinte argumento: o reconhecimento de que a nomeação e a posse podem ser determinadas precariamente no curso da ação judicial acabaria por mostrar-se vantajosa tanto para o particular, a quem seriam garantidos o trabalho e a percepção de remuneração durante o

tempo de tramitação do processo, quanto para o próprio Estado, pois restaria diminuído o *quantum* associado à eventual pretensão indenizatória do cidadão lesado, que sofreria prejuízo material apenas até a data da nomeação provisória.

REFERÊNCIAS

Livros e artigos

ANNONI, Danielle. **Responsabilidade do Estado pela não duração razoável do processo**. Curitiba: Juruá, 2008.

BAHIA, Claudio José Amaral. A omissão estatal em relação ao dever de concretização do direito fundamental de convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes: a responsabilidade pela perda de uma chance. In: XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do Conpedi. 2008, Salvador. Anais eletrônicos... Salvador, Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. 2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org/anais_salvador.html>. Acesso em: 23. mar. 2010.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BULOS, Uadi Lâmmego. **Constituição Federal anotada**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

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.

CASTRO, Guilherme Couto de. **A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade civil do Estado**. 2. ed. atual. por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957, tomo I.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **O Estado e a obrigação de indenizar**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

COELHO, Inocêncio Mártires. O novo constitucionalismo e a interpretação constitucional. **Direito Público**, América do Norte, n.12, p. 48-73, abr.-jun. 2006.

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

DERGINT, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do Estado por atos judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. Estado social e princípio da solidariedade. **Revista dos Estudantes da Faculdade de Direito da UFC**, Fortaleza, ano 1, n. 1, p. 17-30, jan.-jul. 2007.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FREITAS, Maria Helena D'Arbo Alves de. **Responsabilidade do Estado por atos legislativos**. Franca: UNESP-FHDSS, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida. **Ofensa reflexa à Constituição**: críticas e propostas para a jurisprudência autodefensiva do Supremo Tribunal Federal brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2007.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Dicionário Aurélio Eletrônico – Século XXI**. São Paulo: Lexikon Informática Ltda/Editora Nova Fronteira, 1999.

JANEIRO, Domingo Bello. La responsabilidad patrimonial de la Administración. In: LAGO, José Manuel Busto (Org.). **Estudios acerca de la responsabilidad civil y su seguro**. Santiago de Compostela: Escola Galega De Administración Pública, 2005, p. 17-59.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição**. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MATTOS, Nahiane Ramalho de; BASSOLI, Marlene Kempfer. Controle judicial na execução de políticas públicas. **Revista do Direito Público da Universidade Estadual de Londrina**, Londrina, ano 1, v. 3, set.-dez. 2006. Disponível em: <http://www2.uel.br/revistas/direitopub/pdfs/vol_03/ANO1_VOL_3_04.pdf>. Acesso em: 30 maio 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MORAES, Germana de Oliveira. O Judiciário e o Direito dos Concursos. **Revista da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, Recife, v. I, n. 2, p. 57-80, mai. 2001.

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

PASOLD, Cesar Luiz. Novos direitos: conceitos operacionais de cinco categorias que lhe são conexas. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 50, p. 225-236, jul. 2005.

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

RIVERO, Jean; WALINE, Jean. **Droit administratif**. 15. ed. Paris: Dalloz, 1994.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

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

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

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

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

WOLKMER, Antônio Carlos. Os movimentos sociais e a construção de direitos. In: VARELLA, Marcelo Dias (Org.). **Revoluções no campo jurídico**. Joinville: Oficina, 1998, p. 93-97.

Decisões judiciais, consultadas no *site* de cada tribunal

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.

_____. 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. Conflito de Competência n. 98.357/SC. Relator: Ministro Castro Meira. Corte Especial. Brasília, 03 de junho de 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Decisão Monocrática no Recurso Especial n. 506.808/MG. Relator: Ministro Gilson Dipp. Quinta Turma. Brasília, 26 de maio de 2003.

_____. 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. Decisão Monocrática no Recurso Especial n. 767.143/DF. Relator: Ministro Gilson Dipp. Quinta Turma. Brasília, 14 de novembro de 2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Decisão Monocrática no Recurso Especial n. 971.870/RS. Relator: Ministro Felix Fischer. Quinta Turma. Brasília, 16 de maio de 2008.

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

_____. 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. 14.202/RS. Relator: Ministro Paulo Medina. Sexta Turma. Brasília, 23 de março de 2004.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n. 19.922/AL. Relator: Ministro Paulo Medina. Sexta Turma. Brasília, 11 de dezembro de 2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n. 19.924/SP. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Quinta Turma. Brasília, 10 de outubro de 2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n. 20.448/MS. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Quinta Turma. Brasília, 15 de fevereiro de 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n. 26.507/RJ. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Quinta Turma. Brasília, 18 de setembro de 2008.

_____. 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. 263.071/RN. Relator: Ministro Edson Vidigal. Quinta Turma. Brasília, 24 de outubro de 2000.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 264.730/MG. Relator: Ministro Edson Vidigal. Quinta Turma. Brasília, 15 de fevereiro de 2001

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 320.417/RJ. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Quarta Turma. Brasília, 27 de novembro de 2001.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 343.802/DF. Relator para acórdão: Ministro José Delgado. Primeira Turma. Brasília, 25 de junho de 2002. Voto-vista vencedor.

_____. 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. 788.459/BA. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Quarta Turma. Brasília, 08 de novembro de 2005.

_____. 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. 892.958/RS. Relator: Ministro Francisco Falcão. Primeira Turma. Brasília, 17 de maio de 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 942.361/AP. Relator: Ministro Castro Meira. Segunda Turma. Brasília, 13 de maio de 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 971.870/RS. Relator: Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Brasília, 04 de dezembro de 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.032.653/DF. Relator: Ministro José Delgado. Primeira Turma. Brasília, 20 de maio 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.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança n. 24.119/DF. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Segunda Turma. Brasília, 30 de abril de 2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 53.119/PE. Relator: Ministro Victor Nunes. Pleno. Brasília, 17 de maio de 1965.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 188.093/RS. Relator: Ministro Mauricio Correa. Segunda Turma. Brasília, 31 de agosto de 1999.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 194.657/RS. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Plenário. Brasília, 04 de outubro de 2001.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 221.170/RS. Relator para acórdão: Ministro Moreira Alves. Primeira Turma. Brasília, 04 de abril de 2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 248.803/RS. Relator: Ministro Nelson Jobim. Segunda Turma. Brasília, 06 de fevereiro de 2001.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 273.605/SP. Relator: Ministro Néri da Silveira. Segunda Turma. Brasília, 23 de abril de 2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 422.941/DF. Relator: Ministro Carlos Velloso. Segunda Turma. Brasília, 06 de dezembro de 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 440.335/RS. Relator: Ministro Eros Grau. Segunda Turma. Brasília, 17 de junho de 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 526.600/SP. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Primeira Turma. Brasília, 12 de junho de 2007.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 289.866/00. Relator: Desembargador Sérgio Lélis Santiago. Sexta Câmara Cível. Belo Horizonte, 17 de fevereiro de 2003.

_____. 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.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível n. 2003.01.1.093606-0. Relator: Desembargador Antoninho Lopes. Sexta Turma Cível. Brasília, 02 de maio de 2007

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70020545026. Relator: Desembargador Nelson Antonio Monteiro Pacheco. Terceira Câmara Cível. Porto Alegre, 30 de outubro de 2008.

_____. 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.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Ação Cível n. 291.201/CE. Relator: Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima. Segunda Turma. Recife, 06 de abril de 2004.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Ação Cível n. 464.301/AL. Relator: Desembargador Federal Paulo Gadelha. Segunda Turma. Recife, 23 de março de 2010.