



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O DIREITO À INDENIZAÇÃO DO CANDIDATO À CARGO PÚBLICO NOMEADO
TARDIAMENTE: REGRA OU EXCEÇÃO?

Ana Clara de Oliveira Celestino Faria

Rio de Janeiro
2019

ANA CLARA DE OLIVEIRA CELESTINO FARIA

O DIREITO À INDENIZAÇÃO DO CANDIDATO À CARGO PÚBLICO NOMEADO
TARDIAMENTE: REGRA OU EXCEÇÃO?

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2019

O DIREITO À INDENIZAÇÃO DO CANDIDATO À CARGO PÚBLICO NOMEADO TARDIAMENTE: REGRA OU EXCEÇÃO?

Ana Clara de Oliveira Celestino Faria

Graduada pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas.
Advogada.

Resumo – o acesso aos cargos públicos efetivos se dá por meio da realização dos concursos públicos. Ao longo dos anos houve um crescimento dos chamados "concurseiros" que almejam uma vaga nos quadros da administração pública. Em decorrência disso, as demandas judiciais pugnando pelo reconhecimento de irregularidades nos certames também tem sido crescente. Ademais, os candidatos passaram a pleitear indenização nos casos em que sua nomeação se dá de forma tardia em decorrência de decisão judicial. Dessa forma, o presente trabalho objetiva discutir os parâmetros fixados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com relação a existência ou não do direito à indenização dos candidatos nos casos de nomeação tardia em cargo público.

Palavras-chave – Direito administrativo. Concurso Público. Controle jurisdicional. Nomeação tardia. Responsabilidade civil do Estado. Indenização.

Sumário – Introdução. 1. Do concurso público e do controle jurisdicional dos atos administrativos dos certames. 2. Dos pressupostos para a responsabilidade civil do Estado e o direito à indenização do candidato nomeado tardiamente. 3. Do atual entendimento jurisprudencial quanto a responsabilidade civil do estado em decorrência da nomeação tardia de candidato à cargo público. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema da nomeação tardia de candidato à cargo público determinada por decisão judicial e o direito à indenização pelo período em que o candidato deveria estar no exercício do cargo.

O acesso à cargo público efetivo depende de aprovação prévia em concurso público, de acordo com o art. 37, II¹ da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Assim, trata-se de relevante procedimento administrativo para o preenchimento dos quadros da administração pública.

Diante do elevado número de demandas judiciais que discutem irregularidades nos certames, seja pela inobservância dos termos do edital, dos princípios da administração pública ou das regras constitucionais referentes ao concurso público, observa-se que muitas

¹ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 out. 2019.

vezes cabe ao Poder Judiciário dar a última palavra quanto ao direito à nomeação do candidato.

Assim, no primeiro capítulo são abordados os fundamentos para a realização dos concursos públicos e como se dá o controle jurisdicional dos atos administrativos emanados neste procedimento.

Nos casos em que o candidato obtém êxito na demanda judicial, sendo determinada a sua nomeação ao cargo, outro questionamento acaba surgindo, se haveria direito à indenização do candidato que foi nomeado tardiamente, em decorrência de decisão judicial.

Dessa forma, o segundo capítulo trata da responsabilidade civil do Estado à luz do art. 37, §6º da Constituição da República e discute a existência ou não de dano indenizável nos casos em que há nomeação tardia do candidato em decorrência de decisão judicial. Para tanto, há referência quanto aos pressupostos para a responsabilidade civil do Estado, de acordo com o entendimento doutrinário e estudo de alguns precedentes do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

Por fim, o terceiro capítulo aborda importante julgado do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 724.347, que fixou tese em repercussão geral com relação a nomeação tardia de candidato à cargo público e o seu direito à indenização.

Neste sentido, demonstra-se os parâmetros utilizados pela Corte para determinar em que hipótese haveria ou não o direito à indenização pela nomeação tardia do candidato, assim como a mudança de entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

Dessa forma, o presente trabalho objetiva apresentar como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado quanto às demandas em que o candidato, nomeado tardiamente, pleiteia indenização pelo período em que deveria ter sido investido no cargo e quais seriam os parâmetros para a configuração da responsabilidade civil do Estado nestes casos.

O método de pesquisa utilizado é o hipotético-dedutivo, tendo em vista que foram elegidos um conjunto de proposições hipotéticas com a finalidade de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente ao longo do trabalho. Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica se dará de forma qualitativa, porquanto a pesquisadora pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

1. DO CONCURSO PÚBLICO E DO CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DOS CERTAMES

A exigência de concurso público para o provimento de cargo ou emprego público encontra previsão na Constituição da República de 1988, em seu art. 37, II. O referido dispositivo determina que o acesso a cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, na forma prevista em lei, salvo os casos de nomeação para cargo em comissão de livre nomeação e exoneração.

José dos Santos Carvalho Filho conceitua concurso público como sendo o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas².

Além de expressa previsão constitucional, a exigência de concurso público também encontra fundamento em três princípios, sendo eles o princípio da igualdade, da moralidade administrativa e da competição.

Primeiro, com a realização do concurso público respeita-se o princípio da igualdade, pois qualquer interessado poderá participar do certame em igualdade de condições. No que tange à moralidade administrativa, a realização do concurso público permite que não haja qualquer tipo de favorecimento ou que alguém seja prejudicado por conta de relações pessoais, além de evitar a prática de nepotismo. Por último, quanto ao princípio da competição entende-se que os candidatos a vaga disputam entre si pela melhor classificação³.

Assim, em regra, a prévia aprovação em concurso público é condição para o ingresso no funcionalismo público.

Ainda sobre as regras presentes no art. 37 da Constituição Federal e relacionadas ao assunto concurso público, o inciso III determina o prazo de validade do certame e o inciso IV garante a prioridade à nomeação dos candidatos aprovados no período de vigência do concurso.

Assim, quando não respeitados os dispositivos constitucionais ou quando qualquer ato praticado pela administração pública violar regra prevista no edital do concurso público o candidato prejudicado pode se valer da via judicial para garantia de seus direitos.

O direito do candidato de discutir os atos do certame na via judicial decorre do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, XXXV da Constituição da

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito administrativo*. 25 ed. rev., ampl. e atual até a Lei nº 12.587/2012. São Paulo: Atlas, 2012, p. 622.

³ *Ibid.*, p. 623.

República. Além disso, também é uma forma de evitar práticas abusivas por parte da administração pública.

Assim, o controle jurisdicional dos atos administrativos emanados em sede de concurso público, principalmente no que se referem às nomeações em cargos públicos de candidatos aprovados é uma realidade. Todavia, não é todo e qualquer ato administrativo que é passível de controle jurisdicional.

Segundo leciona Rafael Oliveira⁴, o controle dos atos administrativos é dividido em duas espécies: controle de legalidade, sendo a verificação da adequação formal do ato administrativo com a legislação; e o controle do mérito, que é a verificação da conveniência e da oportunidade relativas ao motivo e ao objeto do ato administrativo.

Em sede de concurso público são praticados diversos atos pela administração. Conforme o conceito, exposto no início deste trabalho, trata-se de um procedimento administrativo, ou seja, o concurso público é como um conjunto de atos administrativos que acontecem de acordo com a ordem cronológica estabelecida o edital.

Deve-se ressaltar que o controle jurisdicional dos atos emanados em concurso público, assim como dos demais atos praticados pela administração pública, deve ser exercido, a fim de que se fiscalize se a sua atuação observou os princípios e regras impostas pelo ordenamento jurídico⁵. Ou seja, o controle jurisdicional dos atos administrativos restringe-se aos aspectos da legalidade, sendo vedado ao Poder Judiciário substituir-se ao administrador no que tange ao juízo de discricionariedade do ato.

Assim, quanto ao chamado mérito administrativo, não cabe o controle do poder judiciário, visto que compete ao administrador, em seu juízo de conveniência e oportunidade, escolher, dentre as decisões cabíveis de acordo com o ordenamento jurídico, aquela que for mais benéfica ao interesse público.

Neste sentido, especificamente quanto aos atos emanados em sede de concurso público, cumpre destacar os ensinamentos de Fábio Lins de Lessa Carvalho⁶:

A sindicabilidade pelo Poder Judiciário dos processos seletivos de acesso à função pública assume um papel primordial na medida que contribui para a garantia da probidade nas decisões adotadas pela administração, proporcionando acesso igualitário e meritório aos cargos públicos.

⁴ CARVALHO, Rafael Rezende Oliveira. *Curso de Direito Administrativo*. 5 ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2017, p. 307.

⁵ MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *O Regime Jurídico do Concurso Público e o seu Controle Jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 191.

⁶ CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. *Concursos públicos no direito brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 407.

Assim, quando observada alguma irregularidade no concurso público, caberá o controle jurisdicional sob o prisma da legalidade dos atos administrativos, não cabendo ao Poder Judiciário, sob pena de violação ao princípio da separação de poderes, exercer controle no que tange aos atos discricionários da administração, ou seja, os atos em que há uma abertura para que o administrador escolha a melhor opção para fins de interesse público.

No que tange especificamente aos atos de nomeação de candidato em concurso público, o ministro do Supremo Tribunal Federal, Teori Zavaski⁷, ao analisar o tema sobre controle jurisdicional do concurso público, estabeleceu algumas hipóteses em que o candidato pode discutir eventual direito à nomeação na via judicial:

Este é, hoje, o tónus normativo da *noção constitucional de prioridade* que milita em favor da contratação dos aprovados em concursos públicos. Pode-se dizer que ela impõe uma série de deveres sucessivos à Administração, dentre os quais os de (a) convocar os aprovados dentro do número de vagas previsto em edital; (b) motivar apropriadamente eventual não convocação; (c) não preterir a ordem de classificação estabelecida após a correção das provas, salvo se por imposição de determinação judicial; e (d) não empregar expedientes de contratação precários durante o prazo de validade de concursos para a mesma função. Ocorrendo o descumprimento de quaisquer desses deveres implícitos, terão os aprovados uma pretensão legítima a ser exercida contra a Administração por meio de ação judicial. E se, durante o processamento da demanda, não restarem provados fatos extintivos, impeditivos ou modificativos do direito de prioridade, seguir-se-á a nomeação como desfecho natural.

Dessa forma, pelos ensinamentos do ilustre Ministro Teori Zavaski, os atos de convocação de candidato à cargo público são passíveis de controle jurisdicional sob o prisma da legalidade, tendo em vista as regras previstas no ordenamento jurídico brasileiro e os princípios que regem os atos da administração pública.

Tal entendimento decorre da existência de deveres por parte da administração quando da realização do concurso público e da nomeação dos candidatos aprovados.

Um dos deveres apontados pelo ilustre Ministro é de que a administração deve convocar os aprovados dentro do número de vagas previstos no edital e em caso de impossibilidade essa decisão deverá ser sempre motivada. Esse dever decorre do princípio da vinculação ao edital cuja observância compete tanto à administração pública quanto aos particulares participantes do certame.

Ademais, a Constituição prevê expressamente no art. 37, IV⁸ a prioridade dos candidatos aprovados em concurso público sobre os novos concursados para assumir cargo ou emprego na carreira. O STF, interpretando esse dispositivo, editou a Súmula nº 15 que dispõe

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 724.347*, Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8429975>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

⁸ BRASIL, op. cit., nota 1.

que "dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação"⁹. Assim, quando o administrador não cumpre as regras previstas tanto no edital do concurso público quanto nas normas constitucionais, será plenamente cabível o ajuizamento pelo candidato de ação judicial objetivando resguardar seu direito à nomeação.

2. DOS PRESSUPOSTOS PARA A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E O DIREITO À INDENIZAÇÃO DO CANDIDATO NOMEADO TARDIAMENTE

Quando exercido o controle jurisdicional sobre ato da administração tido como ilegal observa-se que o desfecho, nos casos em que o candidato discute o seu direito à nomeação ao cargo público, será a imposição da nomeação do candidato pelo Poder Judiciário. Nestes casos, o questionamento que pode surgir seria quanto ao direito à indenização do candidato aprovado mas nomeado tardiamente.

Segundo entendimento de Rafael Oliveira¹⁰, a responsabilidade civil do Estado significa o dever de reparação dos danos causados pela conduta estatal, comissiva ou omissiva.

Em um primeiro momento houve a fase de irresponsabilidade civil do Estado. Esta fase remonta aos Estados Absolutistas nos quais havia uma confusão entre a figura do Monarca com o próprio Estado, traduzida no postulado *the king can do no wrong*¹¹.

Entendia-se, precipuamente, que o Estado não era passível de cometer erros, razão pela qual não haveria que se falar em qualquer responsabilização e sim em uma intangibilidade do Estado. Ressalta-se que a irresponsabilidade civil do Estado nunca vigorou no Brasil.

Esse panorama começou a mudar a partir das Revoluções Liberais que trouxeram os ideais de Estado de Direito. A partir daí surge a ideia de limitação do Estado pela ordem jurídica, respeitando-se a lei (princípio da legalidade), a separação de poderes e o reconhecimento dos direitos fundamentais dos administrados.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 15* Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1456>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

¹⁰ OLIVEIRA, op. cit., p. 749.

¹¹ Ibid., p. 750

Atualmente, vigora no ordenamento jurídico brasileiro a responsabilidade civil objetiva do Estado. O art. 37, §6º da Constituição da República¹² prevê em seu texto a possibilidade de responsabilização do Estado pelos danos causados por seus agentes a terceiros, sendo assegurado o direito de regresso em face dos agentes que respondem de forma subjetiva.

Ademais, o art. 43 do Código Civil de 2002¹³ também positiva a mesma ideia de responsabilidade civil objetiva do Estado e subjetiva de seus agentes.

A responsabilidade civil do Estado tem como pressupostos três elementos: um fato administrativo, também denominado de conduta que pode ser comissiva ou omissiva; a existência de dano e o nexo causal.

É necessária a identificação de uma conduta administrativa, seja ela comissiva ou omissiva, tendo em vista que o Estado somente pode ser responsabilizado quando atua de fato perante um particular ou quando devia ter atuado e não atuou.

O segundo pressuposto refere-se a existência de um dano. Trata-se de elemento fundamental para a configuração da responsabilidade civil, se não há dano não há que se falar em direito a reparação, ou seja, o particular deve ter sofrido de fato alguma lesão em sua esfera jurídica em decorrência da atuação ou omissão administrativa.

Por fim, o pressuposto de nexo de causalidade também deve ser observado. Esse pressuposto tem como base a existência de relação de causa e efeito, ou seja, a atuação ou omissão do Estado deve ter como consequência o dano ao particular. Somente assim, será possível a responsabilização civil objetiva do Estado.

Observa-se que para a fixação quanto a existência ou não de direito a indenização por um ato ou omissão da administração pública se faz sempre necessária a análise minuciosa do caso concreto.

Quanto aos casos de nomeação tardia de candidato aprovado em concurso público, em um primeiro momento, havia precedentes¹⁴ do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que seria cabível o pagamento de indenização em decorrência dos danos materiais sofridos pelo candidato em decorrência da nomeação tardia ao cargo público.

¹² BRASIL, op. cit., nota 7.

¹³ BRASIL. *Código Civil de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 20 nov. 2019.

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 506.808*. Relator: Ministro Teori Zavaski. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=635959&num_registro=200300045027&data=20060803&formato=PDF>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 825.037*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=732695&num_registro=200600463979&data=20071129&formato=PDF>. Acesso em: 20 nov. 2019.

Especificamente no REsp. nº 506.808/MG¹⁵, entendeu a Corte que estariam cumpridos os pressupostos para a responsabilização civil do Estado nos casos de nomeação tardia de candidato, por conta de ato da Administração reconhecido como ilegítimo por sentença judicial transitada em julgado. Ou seja, bastava a comprovação da existência de ato administrativo ilegal para que restasse configurada a responsabilidade do Estado e o direito à indenização do candidato. Ademais, no caso concreto houve fixação de indenização do candidato com base nos vencimentos e demais vantagens inerentes ao cargo que este teria percebido, caso a administração tivesse atuado de forma legítima.

Assim, observa-se que a Corte caminhava no sentido de que haveria de fato um dano material indenizável ao candidato, tendo em vista que durante todo o período do processo judicial o candidato não teria recebido vencimentos que lhes eram devidos e que só não foram recebidos por ato administrativo ilegal.

O posicionamento da Corte decorria da aplicação do art. 37, §6º da Constituição da República não se exigindo qualquer outro juízo de valor no caso concreto, mas sim a existência de um ato ilegal o que já configuraria a existência de um dano indenizável por parte do candidato nomeado tardiamente.

Todavia, com o advento do julgamento do Recurso Extraordinário nº 724.347¹⁶, de relatoria do Ministro do Ministro Marco Aurélio, e com repercussão geral reconhecida, houve alteração desse entendimento. Ou seja, o STJ, seguindo a orientação do Supremo Tribunal Federal, passou a entender que não haveria direito à indenização ao candidato nomeado tardiamente a cargo público, em decorrência de decisão judicial.

Assim, novos parâmetros foram criados para fins de análise quanto a responsabilidade civil do Estado nos casos de nomeação tardia de candidato a cargo público e que, devido a importância, serão analisados no próximo capítulo.

¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 12.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 6.

3. DO ATUAL ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL QUANTO A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM DECORRÊNCIA DA NOMEAÇÃO TARDIA DE CANDIDATO À CARGO PÚBLICO

No ano de 2015, o STF procedeu ao julgamento do Recurso Extraordinário nº 724.347¹⁷, com repercussão geral reconhecida, no qual se discutiu se candidatos empossados em cargos públicos, por força de decisão judicial definitiva, teriam ou não direito à indenização por danos materiais em decorrência da demora na nomeação.

O ministro Marco Aurélio, relator do RE acima citado, apresentou voto no sentido de reconhecer no caso concreto a existência de dano indenizável ao candidato pela demora em sua nomeação no cargo público. Para tanto entendeu pela existência de ato administrativo ilícito, razão pela qual caberia a aplicação do art. 37, §6º da Constituição da República, ou seja, aplicou o entendimento de que haveria responsabilidade civil objetiva do Estado nos casos de nomeação tardia de candidato, em decorrência de decisão judicial reconhecendo ato ilícito da administração.

Observa-se que em seu voto o Ministro não fez qualquer juízo de valor quanto à atuação da administração em sua defesa judicial, mas sim buscou aplicar os pressupostos que configuram a responsabilidade civil objetiva do Estado, quais sejam, a existência de ato administrativo, o dano e o nexo de causalidade.

Para o Ministro, o dano teria decorrido do fato de que o candidato já deveria estar exercendo o cargo em momento anterior e foi impedido de receber a remuneração que lhe seria devida durante o período de efetivo exercício do cargo por ato administrativo ilícito. Isto por si só já seria o suficiente para ensejar o direito à indenização, já que a responsabilidade do Estado é objetiva e não depende da análise de dolo ou culpa.

Contudo, o ministro Luís Roberto Barroso¹⁸, abriu divergência ao relator, criando uma linha de diferenciação entre os casos em que seria admitida a indenização em decorrência da demora na nomeação do candidato e casos em que, a indenização configuraria enriquecimento sem causa por parte do candidato aprovado e nomeado tardiamente.

A abertura de tal divergência gerou tese interessante e que até hoje baseia o entendimento da Corte para os casos análogos, assim como para os tribunais de primeira e segunda instância.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

Neste sentido, destaca-se que o primeiro ponto a ser analisado quando do julgamento de um caso concreto é o fato de que a mera aprovação em concurso público não gera direito a nomeação, posse e efetivo exercício do cargo. Neste sentido, a jurisprudência pacífica do STF é no sentido de que só há direito subjetivo à nomeação do candidato a cargo público caso ele tenha sido aprovado dentro do número de vagas previstas no edital¹⁹.

Outro ponto de bastante relevância a ser analisado em cada caso concreto é quanto a tese defensiva apresentada pela administração pública nos autos judiciais. Segundo entendimento do Ministro Barroso, deve-se observar se a tese defensiva apresentada é minimamente razoável e se Estado não atuou de má-fé, com o intuito de gerar uma demora ainda maior no julgamento do processo, e, conseqüentemente, na nomeação do candidato. Assim, entende-se que se a demora na nomeação ocorreu em decorrência de discussão sobre o concurso na via judicial minimamente plausível, não haveria que se falar em existência de dano indenizável.

Mas então, quando haveria dano indenizável por parte do Estado? Nas palavras do Ministro Barroso²⁰ nos casos de [...] patente arbitrariedade, descumprimento de ordens judiciais, litigância meramente procrastinatória, má-fé e outras manifestações de desprezo ou mau uso das instituições, ocorrem fatos extraordinários que exigem a reparação adequada.

Assim, observa-se que o direito à indenização pela demora na nomeação do candidato aprovado em concurso público seria uma exceção a regra, pois somente quando observada alguma das irregularidades pontuadas poder-se-ia falar em dano indenizável.

Neste sentido, a responsabilidade civil do Estado nasce quando no caso concreto observar-se que o candidato foi vítima de arbitrariedades por parte da administração, o que teria gerado demora ainda maior em sua nomeação no cargo público, em decorrência de discussão sobre atos administrativos na via judicial. Ou seja, apenas quando a administração apresenta tese totalmente implausível, utilizando de má-fé seria cabível a indenização ao candidato.

Assim, a tese final que prevaleceu no julgamento do RE nº 724.347 para fins de repercussão geral foi de que "na hipótese de posse em cargo público determinada por decisão judicial, o servidor não faz jus a indenização, sob fundamento de que deveria ter sido investido em momento anterior, salvo situação de arbitrariedade flagrante"²¹.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 598.099, Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628215>>. Acesso em: 06 out. 2019.

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 6.

²¹ Ibid.

Observa-se que a tese fixada carrega um grau de subjetividade, tendo em vista que não define de forma taxativa quais seriam essas hipóteses de "arbitrariedade flagrante", mas sim apresenta hipóteses exemplificativa sobre quando essa arbitrariedade flagrante poderia ocorrer, quais sejam, atuação de má-fé por parte da administração, mau uso das instituições, litigância procrastinatória, entre outros.

Neste sentido, cumpre destacar que esse entendimento, inclusive, pode gerar insegurança jurídica e decisões não isonômicas aos administrados, tendo em vista que deixa a critério do julgador a análise sobre o que seria uma situação de "arbitrariedade flagrante" para fins de direito a indenização quando da nomeação tardia do candidato ao cargo público.

Por outro lado, o Ministro Luiz Roberto Barroso²² destacou ao longo do julgamento uma preocupação com o efeito cascata das decisões judiciais. Nas palavras do Ministro:

[...] Eu apenas acho que certas decisões, certas linhas jurisprudenciais que nós criamos aqui produzem feitos em cascata sobre a responsabilização civil do Estado. E, portanto, eu fiz a opção por uma postura mais comedida na atribuição de responsabilidade civil ao Estado, que eu não teria hesitação em reconhecer se considerasse ter havido arbitrariedade patente. Por esta razão é que eu fiz uma certa distinção, que me parece que não é tão sutil, entre a responsabilidade objetiva e a responsabilidade subjetiva do Estado, porque, quando o Estado se comporta de maneira inequivocamente arbitrária, eu acho que a postura de aferição da sua responsabilidade deve ser diferente daquela responsabilidade que automaticamente se atribui a ele pelo dispositivo da responsabilidade objetiva constitucional.

Assim, pelo entendimento do ilustre Ministro Barroso, se restasse reconhecido o direito a indenização em toda e qualquer hipótese de demora na nomeação do candidato a cargo público isso geraria um efeito fiscal grandioso, tendo em vista o alto número de demandas judiciais em que se discute atos administrativos no bojo dos concursos públicos.

A tese do Ministro Luiz Roberto Barroso foi a vencedora no julgamento do RE nº 724.347, dessa forma, o principal parâmetro a ser observado quando da análise da existência de dano indenizável pelo Estado no caso de nomeação tardia de candidato seria a existência de "flagrante arbitrariedade" por parte da administração pública em sua defesa judicial.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, mudou seu entendimento sobre a matéria, adotando a orientação do STF no RE nº 724.347, tendo em vista a repercussão geral e os efeitos vinculante e *erga omnes* da decisão. Neste sentido, a Corte passou a entender que não é devida indenização ao candidato nomeado tardiamente para cargo público em decorrência de decisão judicial.

²² Ibid.

Inclusive, no Recurso Especial nº 1.238.344, julgado em 2017²³, entendeu-se que mesmo nos casos em que o erro pela demora na nomeação fosse reconhecido pela própria administração, a indenização ao candidato pela remuneração que deixou de ganhar durante o período de retardo na nomeação não seria cabível.

Neste sentido, restou consignado que para que fique configurado um dano indenizável pela administração pública se faz necessário que os atos administrativos tenham se dado com flagrante arbitrariedade, o que não teria ocorrido no caso concreto. Ademais, entendeu a Corte que mesmo na hipótese de erro reconhecido pela própria administração pública, isto não afastaria a aplicação da orientação jurisprudencial do STF, pois a percepção de remuneração e demais vantagens ao servidor público pressupõe o efetivo exercício do cargo, sob pena de enriquecimento sem causa daquele que pleiteia a indenização.

CONCLUSÃO

A exigência de concurso público para o provimento de cargo ou emprego público encontra previsão constitucional, conforme dispõe o art. 37, II, e funciona como uma forma de garantia da observância dos princípios da igualdade, da moralidade administrativa e da competição.

Em se tratando de procedimento administrativo o concurso público é composto por um conjunto de atos proferidos pela administração pública e que irão culminar, ao final, na nomeação do candidato aprovado no certame.

Entretanto, irregularidades podem ocorrer ao longo do certame fazendo com que os candidatos ingressem no Poder Judiciário objetivando o reconhecimento de seu direito à nomeação ao cargo almejado. Diante disso, é importante observar que o controle jurisdicional dos atos administrativos em sede de concurso público deve se dar sobre o prisma da legalidade do ato, ou seja, cabe ao judiciário a análise quanto a conformação do ato administrativo praticado com as normas do ordenamento jurídico, assim como as normas previstas no edital do concurso, que pelo princípio da vinculação ao edital, funciona como lei tanto para administração quanto para candidatos do certame.

Além de pleitear o direito à nomeação em cargo público os candidatos muitas vezes pleiteiam o direito à indenização, quando a nomeação se dá de forma tardia e mediante decisão judicial reconhecendo a ilegalidade de ato administrativo no bojo do certame.

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 1.238.344*. Relator: Ministro Sérgio Kukina. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1662309&num_registro=201100324940&data=20171219&formato=PDF>. Acesso em: 20 nov. 2019.

Conforme observa-se da análise de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, em um primeiro momento entendia-se pela configuração da responsabilidade civil objetiva no Estado e seu dever de indenizar o candidato nomeado tardiamente ao cargo público, em decorrência de decisão judicial.

Todavia, com o advento do julgamento do Recurso Extraordinário nº 724.347 o Supremo Tribunal Federal fixou tese no sentido de que somente caberia a indenização ao candidato nomeado tardiamente ao cargo público nos casos de flagrante arbitrariedade. Esse julgado é de suma importância, tendo em vista que foi proferido com repercussão geral, que possui efeito vinculante e *erga omnes*.

Dessa forma, o Superior Tribunal de Justiça, acompanhando o entendimento do STF, passou a entender que a regra é de que não há direito à indenização por dano material do candidato nomeado tardiamente ao cargo público, em decorrência de decisão judicial. Somente em casos excepcionais, em que reste configurada a flagrante arbitrariedade da administração é que poder-se-ia fixar indenização em prol do candidato, sendo este o entendimento que vigora atualmente nos Tribunais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 20 nov. 2019.

_____. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 out. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 1.238.344*. Relator: Ministro Sérgio Kukina. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1662309&num_registro=201100324940&data=20171219&formato=PDF>. Acesso em: 20 nov. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 506.808*. Relator: Ministro Teori Zavaski. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=635959&num_registro=200300045027&data=20060803&formato=PDF>. Acesso em: 20 nov. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 825.037*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=732695&num_registro=200600463979&data=20071129&formato=PDF>. Acesso em: 20 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 724.347*, Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8429975>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 598.099*, Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628215>>. Acesso em: 06 out. 2019.

CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. *Concursos públicos no direito brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, 25 ed. rev., ampl. e atual até a Lei nº 12.587/2012. São Paulo: Atlas, 2012.

MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *O Regime Jurídico do Concurso Público e o seu Controle Jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*, 5 ed. rev. atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

SIMVOULIDIS, Nickolas Nogueira. *O Controle Jurisdicional das Provas em Concurso Público*. Disponível em: <<http://www.unirio.br/unirio/ccjp/arquivos/tcc/2017-1-tcc-nickolas-nogueira-simvoulidis-12-06-2017-final/view>>. Acesso em: 08 out. 2019.