

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO**

FABRÍCIO CENCI

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA NOMEAÇÃO RETROATIVA
POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL**

**FLORIANÓPOLIS, SANTA CATARINA
2013**

FABRÍCIO CENCI

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA NOMEAÇÃO RETROATIVA
POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
junto ao curso de graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa Catarina –
UFSC, na área de Direito Administrativo.

Orientadora: Prof^a Msc. Leilane Mendonça
Zavarizi da Rosa

Corientadora: Prof^a Esp. Mayla Regina
Rathje

FLORIANÓPOLIS, SANTA CATARINA

2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

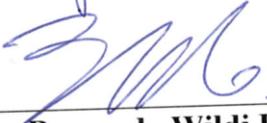
TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**A responsabilidade civil do Estado pela nomeação retroativa por força de decisão judicial**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Fabício Cenci**, defendida em **03/07/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (de), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 3 de Julho de 2013.



Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa
Professor(a) Orientador(a)



Bernardo Wildi Lins
Membro de Banca



Luis Carlos Cancellier de Olivo
Membro de Banca

AGRADECIMENTOS

À minha família, que muito amo, por todas as lembranças marcantes dos momentos de felicidade que em minha lembrança carrego com muita alegria, e pelos ensinamentos que me motivam a perseguir meus objetivos, bem pelo apoio e força que sempre me deram.

Ao meu pai pela criação com responsabilidade, pela felicidade que me proporciona no convívio, e por desde pequeno me levar para os jogos da Chapecoense.

À minha mãe pelos conselhos e conversas que contribuíram para as minhas escolhas pessoais e profissionais, e por me proporcionar o gosto pelo cinema e o conhecimento musical.

Meu irmão pelas acirradas disputas esportivas, mas principalmente pelo carinho e zelo que sempre teve comigo, com quem eu sei que sempre poderei contar para o que precisar.

Ao Lucas, meu colega de apartamento, que nestes últimos oito anos conviveu comigo diariamente, passando a ser praticamente parte de minha família.

Aos meus colegas de ESAG, principalmente minha última turma, que ficarão marcados para sempre na minha vida, bem como à minha turma do curso de Direito, que me proporcionou cinco dos melhores anos da minha vida.

Aos atuais colegas de trabalho, pelos ensinamentos repassados e pelo carinho com que me acolheram no Serviço Público.

Aos demais amigos mais próximos, e não menos importantes, que, nestes últimos quatro meses aguardaram pacientemente o desfecho do presente trabalho.

Às pessoas que comigo conviveram nestes quase dez anos em que resido nesta cidade, e que me proporcionaram alegrias inesquecíveis.

“Nossa maior fraqueza está em desistir.
A maneira mais segura de ter sucesso é
sempre tentar mais uma vez.”

Thomas Edison

RESUMO

O trabalho de conclusão de curso desenvolvido visa demonstrar se há a possibilidade de indenização ao candidato pela nomeação declarada por via judicial com efeitos retroativos, seja o ato do Estado, que preteriu o candidato, lícito ou ilícito, bem como em que deve consistir eventual indenização. O estudo segmenta-se em três capítulos. O primeiro tem por objetivo conceituar a responsabilidade civil, os pressupostos que a caracterizam, a fim de facilitar a compreensão do tema, e entender em que se deve pautar uma eventual indenização. O segundo capítulo visa analisar a responsabilidade civil quando o agente causador do dano é o Estado. Após, é exposta a evolução dos conceitos acerca da responsabilidade civil do Estado, as teorias desenvolvidas ao longo dos séculos, bem como a sua apresentação na legislação do Brasil. Firmada a base introdutória no primeiro e segundo capítulos, o terceiro tem por finalidade demonstrar como se firma o vínculo laboral do indivíduo com o Estado, em que consiste a preterição do candidato e a nomeação por força de decisão judicial, a possibilidade de indenização pecuniária pelo tempo em que se aguardou a nomeação postergada pela Administração Pública, inclusive se esta for decorrente de ato lícito praticado pelo Estado. Conclui-se o capítulo, por fim, com o posicionamento jurisprudencial acerca do tema, chegando-se à compreensão de que a recente mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal tornou não indenizável a nomeação decorrente de decisão judicial, posicionamento que tem orientado às decisões dos demais Tribunais no Brasil, e que deixa o candidato, injustamente prejudicado, sem a possibilidade de receber indenização pelo erro do Estado.

Palavras-chave: Responsabilidade civil do Estado; Nomeação retroativa; Responsabilidade Civil Objetiva; Conduta do Estado; Remuneração.

LISTA DE ABREVIATURAS

AC – Apelação Cível

AI – Agravo de Instrumento

Art. - Artigo

AgRg – Agravo Regimental

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

DJe – Diário da Justiça eletrônico.

EResp – Embargos de Divergência no Recurso Especial

Min. – Ministro

n. – número

p. – página

RE - Recurso Extraordinário

Rel. – Relator

REsp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJSC – Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

v. – volume

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 A RESPONSABILIDADE CIVIL	13
1.1 CONCEITO	13
1.2 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL	15
1.2.1 Responsabilidade contratual e extracontratual.....	16
1.2.2 Responsabilidade subjetiva e objetiva	18
1.3 PRESSUPOSTOS DA PRETENSÃO RESSARCITÓRIA	20
1.3.1 O dano.....	20
1.3.2 A conduta do agente.....	23
1.3.2.1 O caráter lícito da conduta.....	23
1.3.3 O nexo causal.....	28
2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	31
2.1 CONCEITO	31
2.2 TEORIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	33
2.2.1 Teoria da irresponsabilidade	34
2.2.2 Teorias civilistas	36
2.2.3 Teorias publicistas.....	38
2.2.3.1 Teorias do acidente administrativo.....	38
2.2.3.2 Teoria do risco administrativo.....	41
2.2.3.3 Teoria do risco integral	438
2.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO DIREITO BRASILEIRO	44
2.4 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE ESTATAL.....	48
3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA NOMEAÇÃO RETROATIVA POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL	50
3.1 A ASSUNÇÃO A CARGO PÚBLICO	50

3.2 A NOMEAÇÃO RETROATIVA E A RESPONSABILIDADE ESTATAL	54
3.2.1 A responsabilização decorrente de atos lícitos do Estado	57
3.3 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DO TEMA.....	59
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	69
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	73

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil é uma matéria de grande interesse para estudo, uma vez que todos os indivíduos da sociedade deparar-se-ão, mais cedo ou mais tarde, com uma questão do cotidiano que se relacionará com o assunto. Toda vez que alguém sofrer alguma lesão ou desfalque em seu patrimônio, estará em uma situação que poderá ensejar a responsabilidade de outrem, responsável por dar causa ao prejuízo.

Ninguém é obrigado a suportar os prejuízos de um ato ao qual não concorreu para a causa sozinho, ao menos, assim deveria ser. Dessa forma, surge a possibilidade de o indivíduo lesado, caso não ressarcido pela pro-atividade e boa-vontade do causador, buscar a reparação pela via judicial.

Quando o causador do dano for a máquina estatal, estar-se-á diante da responsabilidade civil do Estado. O ser humano, em sociedade, relaciona-se a todo o momento com o Estado, e este contato ininterrupto possibilita que os danos sofridos pelo mesmo ocorram de maneira mais frequente e intensa, sendo difícil para o indivíduo evitar que a atividade estatal interfira na sua vida particular¹.

E é nesse breve contexto que se insere o tema objeto do Estudo.

Não são poucas as situações das quais se toma conhecimento acerca da preterição de candidatos em concursos públicos, da irregularidade nos procedimentos vinculados aos certames, bem como da ineficiência da máquina estatal ao cuidar do provimento de seus cargos.

Diante das inúmeras irregularidades, os candidatos preteridos buscam os meios legais de garantirem o seu direito à nomeação, com base na atitude, lícita ou ilícita da Administração Pública, que os preteriu. Verificada a conduta administrativa lesiva ao candidato, os Tribunais determinam as suas nomeações por muitas vezes de forma retroativa, ou seja, à data em que deveriam ter sido nomeados caso o vício que retardou a nomeação não ocorresse.

¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 1013.

Dessa forma, os candidatos, irresignados com o tempo em que ficaram sem poder exercer as atribuições próprias do cargo para o qual prestaram concurso, requerem, judicialmente, a reparação do prejuízo sofrido.

Sob um primeiro olhar, o prejuízo sofrido poderia ser mensurado no quanto se deixou de auferir a título de remuneração no período compreendido desde a decisão judicial que determinou a nomeação, até a data dos efeitos desta. Porém, cabe salientar que não somente um dano material pode ter sofrido o candidato preterido, mas também um abalo moral pela postergação do exercício de um direito que lhe era devido.

Contudo, o que se verifica na prática, por grande parte dos Tribunais, em um período mais recente, é o afastamento da responsabilização do Estado em decorrência da nomeação por força de decisão judicial. Cabe salientar que nem sempre este foi o posicionamento das Cortes Superiores.

O entendimento que vigia há pouco tempo se pautava na ideia de que havendo o dano, fruto do **ato ilícito** do Estado, deveria haver indenização ao candidato. Tal concepção apoiava-se na *teoria da responsabilidade objetiva*, fundamentando, para tanto, que bastava a conduta estatal ilícita, o dano e o nexo causal, que estariam preenchidos os pressupostos ensejadores da reparação civil. No entanto, verifica-se que a presença da conduta ilícita do Estado está presente em tal posicionamento, excluindo assim da possibilidade de reparação os danos decorrentes da conduta lícita administrativa, o que não deveria ocorrer.

Posto isso, cumpre destacar que o objetivo principal do estudo pauta-se na análise de existência ou não de dano material ou moral ao candidato preterido, bem como do estudo acerca da quantificação deste dano. Para a consecução deste objetivo, dividiu-se o trabalho em três capítulos.

O primeiro capítulo busca fundamentar a responsabilidade civil de forma gradativa, por meio da sua definição e classificação, bem como da exposição dos elementos fundamentais da pretensão ressarcitória.

O capítulo segundo visa compreender a responsabilidade civil quando o agente cometedor da conduta é o Estado. Para compreensão da teoria vigente quanto à responsabilização, necessário se fez o estudo das teorias da responsabilidade civil do Estado, mostrando-se a evolução e a inserção das mesmas no ordenamento, bem como os fatores que afastam a imputação da responsabilidade à Administração Pública.

Por fim, construídas as bases que darão suporte ao estudo, tem-se o terceiro capítulo, este que aprofundará a abordagem ao tema, apresentando, inicialmente o processo de vinculação do candidato ao serviço público até o momento em que se tornar servidor, passando-se à definição da nomeação retroativa e a sua responsabilização, e a demonstração de como o tema é tratado pelos Tribunais Superiores, com análise crítica acerca do posicionamento judicial.

1 A RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 CONCEITO

A fim de introduzir o assunto acerca da responsabilidade civil do Estado quando há a nomeação de servidor por força de decisão judicial, cumpre buscar conhecer os seus princípios e fundamentos basilares.

Inicialmente, tem-se por objetivo conceituar a responsabilidade civil com fulcro na origem dos vocábulos que compõem a expressão. Maria Helena Diniz explica que o termo *responsabilidade* é proveniente do verbo latino *respondere*, o qual continha a raiz latina *spondeo*, que seria o método ao qual estava vinculado o devedor nos contratos verbais, no direito romano, estabelecendo, portanto um vínculo obrigacional àquele que respondia². Em complemento a esta definição, cabe destacar que José de Aguiar Dias afirmar que “todos os vocábulos cognatos, exprimem ideia de equivalência de contraprestação, de correspondência”, sendo que a responsabilidade remete à ideia de repercussão obrigacional das ações humanas³.

Ampliando este conceito, Rui Stoco entende que a expressão responsabilidade possui origem polissêmica, ao passo que conduz a uma infinidade de significados. Para o autor, o termo:

[...] não surgiu para exprimir o dever de reparar. Variou da expressão *sponsio*, da figura *stipulatio*, pela qual o devedor confirmava ter com o credor uma obrigação que era, então, garantida por uma caução ou *responsor*. Surge, então, a noção de responsabilidade como expressão de garantia de pagamento de uma dívida, descartando qualquer ligação com a ideia de culpa⁴.

Apesar da incerteza exposta acerca da origem etimológica da definição de responsabilidade, essencial ressaltar diante dos conceitos apresentados a clareza da relação obrigacional vinculante entre duas partes, e a noção de dívida decorrente desta obrigação. Ainda que entenda Rui Stoco que a origem da responsabilidade não derive da ideia de reparação, Gonçalves considera que o vocábulo *respondere* remete à ideia de segurança ou garantia de restituição, ou ressarcimento do bem lesado⁵.

² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, vol 7: Responsabilidade Civil**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 49.

³ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Belford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 4.

⁴ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. – 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 112

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 50.

Nesse sentido de ressarcimento do dano, Fernando Noronha define a responsabilidade civil como “uma obrigação de reparar danos: danos causados à pessoa ou ao patrimônio de outrem ou danos causados a interesses coletivos, ou transindividuais, sejam estes difusos, sejam coletivos *strictu sensu*”⁶. Assim, entende-se o dever de reparar como consequência do dano causado por um dos polos da relação ao outro, fixando à responsabilidade uma ideia de dívida⁷.

E é como a obrigação de reparar que Cavalieri vincula responsabilidade civil a uma ideia de encargo, contraprestação. Assim, segundo o autor, há a necessidade de reparação de um prejuízo oriundo da violação a um dever jurídico, sendo que somente há a responsabilidade civil quando houver essa transgressão. A responsabilidade pressupõe, portanto, a existência prévia de um dever jurídico, uma obrigação descumprida, e, dessa forma, tem-se que a conduta humana, quando violadora de dever jurídico, gera a responsabilidade civil⁸.

Sílvio Rodrigues explica que o questionamento central da responsabilidade civil é a análise acerca da necessidade de reparação do dano à vítima por quem deu causa à lesão⁹. Aquele que pratica um ato, seja ele uma ação ou uma omissão, que tenha por consequência um dano que acarrete prejuízo a outrem, há de ser responsabilizado, suportando os efeitos da sua atitude¹⁰. Logo, “trata-se de uma regra elementar de equilíbrio social, na qual se resume, em verdade, o problema da responsabilidade. Vê-se, portanto, que a responsabilidade é um fenômeno social”¹¹.

Compartilha deste pensamento José de Aguiar Dias, asseverando que “a responsabilidade não é fenômeno exclusivo da vida jurídica, antes se liga a todos os domínios da vida social”¹², e, assim, complementa-se à noção de dever, de obrigação. Segundo este autor:

A responsabilidade é, portanto, resultado da ação pela qual o homem expressa o seu comportamento, em face desse dever ou obrigação. Se atua na forma indicada pelo cânones, não há vantagem, porque supérfluo, em indagar da responsabilidade daí decorrente. Sem dúvida, continua o agente responsável pelo procedimento. Mas a verificação desse fato não lhe acarreta obrigação nenhuma, isto é, nenhum dever,

⁶ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 451.

⁷ Idem.

⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 2.

⁹ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Vol. 4. 20. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 6.

¹⁰ GONÇALVES, op. cit., p. 35.

¹¹ Idem.

¹² DIAS, op. cit., p. 5.

traduzido em sanção ou reposição, como substituto do dever de obrigação prévia, precisamente porque a cumpriu¹³.

Essa relação entre responsabilidade e vida em sociedade é explicada por Rui Stoco, citando para tal Aduino de Almeida Tomaszewski:

[...] porque vive em sociedade, o homem tem que pautar a sua conduta de modo a não causar dano a ninguém, de forma que ao praticar os atos da vida civil, ainda que lícitos, deve observar a cautela necessária para que de sua ação ou omissão, não resulte lesão a algum bem jurídico alheio¹⁴.

O condicionamento do ser humano a esta imposição do regramento social, “impondo a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de Justiça”¹⁵, ou seja, a responsabilização é vista como forma de manifestação da Justiça. Assim:

A responsabilidade é a tradução para o sistema jurídico do dever moral de não prejudicar outra pessoa, ou seja, o *neminem laedere*. A ninguém é permitido lesar o seu semelhante. O sistema de Direito positivo estabelecido repugna tanto a ofensa ou agressão física como moral, seja impondo sanção de natureza pecuniária, ou de natureza civil, também sancionatória, mas de caráter pecuniário, ainda que se cuide de ofensa moral¹⁶.

Conforme exposto, a responsabilidade civil deriva da ideia de não perturbação dos limites patrimoniais e morais de terceiro, sendo que a conduta do ser humano transgressora ao dever de não lesão ao semelhante, que a este acarrete dano, deverá ser penalizada com a reparação do prejuízo causado. Há, portanto, um dever social de abstenção de condutas danosas a outrem.

Diante das informações relacionadas, compreende-se a responsabilidade civil como o modo de impor a alguém a necessidade de reparar o dano, seja material ou moral, causado ao outro, em decorrência de “ato próprio imputado, de pessoa por quem ele responde ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal”¹⁷.

1.2 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Partindo-se dos argumentos expostos quanto à definição de responsabilidade civil, cumpre perquirir o seu conceito a fim de conhecer os caminhos que conduzem à reparação do dano. Para tal, essencial conhecer e dividir a responsabilidade em espécies.

¹³ DIAS, op. cit., p. 5.

¹⁴ STOCO, 2007, p. 114, *apud* TOMASZEWSKI, 2004, p. 245.

¹⁵ STOCO, op. cit., p. 114.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ DINIZ, op. cit., p. 50.

1.2.1 Responsabilidade contratual e extracontratual

Existem duas formas básicas de diferenciação da responsabilidade quanto à qualidade da violação, fazendo-se necessário distingui-las¹⁸. “A responsabilidade, enquanto obrigação de compor danos, pode decorrer não só do ilícito absoluto, enquanto ofensa a dever legal preexistente, mas também do acordo prévio de vontades, que estabeleça um vínculo obrigacional”¹⁹. Assim, tem-se que transgredindo ou deixando de cumprir uma obrigação contratual, tem-se, por óbvio, responsabilidade contratual, ao passo que o prejuízo causado pela prática de ato ilícito, pode culminar em responsabilização dita *extracontratual* ou *aquiliana*²⁰.

Conforme visto, a responsabilidade extracontratual pode ser designada, também, como responsabilidade aquiliana. Além dessa denominação, outras podem ser utilizadas para referir-se às responsabilidades. Fernando Noronha faz referência à responsabilidade contratual como sinônimo de *negocial*, definindo-a “obrigação de reparar danos que sejam consequência do inadimplemento de obrigações negociais”²¹, bem como responsabilidade civil extracontratual, ou em *sentido técnico* ou *restrito*, aquela “obrigação de reparar os danos antijurídicos que sejam resultantes da violação, ainda que muitas vezes não culposa, do dever geral de *deminem laedere* (não lesar ninguém)”²².

Preceitua Cavalieri que a divisão entre responsabilidade civil contratual e extracontratual pauta-se na qualidade da violação do dever jurídico, ou seja:

[...] se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto²³.

Além da violação obrigacional evidenciada nos conceitos apresentados, outro ponto de importante destaque na formulação de uma concepção acerca da responsabilidade contratual e extracontratual remonta a ideia da culpa como elemento comum entre as duas espécies. A *negocial* “decorre da relação obrigacional preexistente e pressupõe capacidade

¹⁸ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 15.

¹⁹ STOCO, op. cit, p. 140.

²⁰ RODRIGUES, op. cit., p. 8.

²¹ NORONHA, op. cit, p. 452-453.

²² Idem.

²³ CAVALIERI FILHO, loc. cit.

para contratar. Baseia-se no dever de resultado, o que acarretará a presunção da culpa pela inexecução previsível e evitável da obrigação nascida da convenção prejudicial à outra parte”²⁴. Ela nasce de um acordo de vontades, que gera uma obrigação. O seu descumprimento, e, por conseguinte, o dever de reparar, também é obrigação, contudo, essa obrigação derivada não provém da vontade das partes²⁵. Assim, devendo aquele que descumpra o avençado reparar, “o ônus da prova, na responsabilidade contratual, competirá ao devedor, que deverá provar, ante o inadimplemento, a inexistência de sua culpa ou a presença de qualquer excludente do dever de indenizar (CC, arts 389 e 393)”²⁶.

Diante do exposto, basta ao credor demonstrar o descumprimento do acordado, enquanto ao devedor cabe provar, se for o caso, a existências de excludentes de sua culpa. Na responsabilidade extracontratual, por sua vez, é aquele quem pleiteia a reparação que deve argumentar comprovando a culpa por parte do agente. Destarte, evidente é que a responsabilidade decorrente de descumprimento contratual é de mais simples comprovação que a extracontratual²⁷.

Apesar da noção de culpa estar inserida no bojo conceitual, quanto à responsabilidade aquiliana, cumpre destacar a existência de responsabilidade sem culpa, fundada no risco do exercício de uma atividade, o *princípio do risco*, que tem por fundamento que:

Ninguém poderia ser obrigado a suportar danos incidentes sobre a sua pessoa ou sobre o seu patrimônio, desde que tivessem sido causados por outrem, ainda que sem qualquer culpa, ou desde que, em casos especiais, tivessem simplesmente acontecido em conexão com certas atividades desenvolvidas por outra pessoa.

[...]

Esses danos deveriam ficar a cargo do respectivo causador, ou mesmo da pessoa que desenvolvia a atividade, sem necessidade de apelar para qualquer ideia de dolo ou culpa²⁸.

Infere-se, do exposto, que o princípio do risco visa proteger o indivíduo da atividade danosa praticada por outrem, sem que para tal haja a necessidade de comprovação de que o autor do dano agiu com dolo ou culpa, o que, de certa forma, dificulta a reparação do prejuízo causado. Assim, o que o princípio objetiva é que não recaia sobre uma das partes suportar o ônus decorrente de conduta ilícita de alguém²⁹.

²⁴ DINIZ, 2011, p. 145.

²⁵ Ibidem, p.145-146

²⁶ Ibidem, p. 146.

²⁷ GONÇALVES, op. cit., p. 61.

²⁸ NORONHA, op. cit., p. 457.

²⁹ CAVALIERI, op. cit., p. 257.

Muito embora a responsabilidade civil extracontratual possa ter suas origens em ato ilícito da conduta, conforme exposto anteriormente por Cavalieri, este reconhece que, apesar de excepcional, a responsabilidade pode decorrer também de atos lícitos, uma vez que, decorrendo de uma conduta que esteja em conformidade com o direito, ainda que em estado de necessidade, por exemplo, há de se compensar o sacrifício de um interesse, “porque uma prevalência absoluta e total do interesse oposto seria injusta”³⁰. O assunto será abordado com profundidade adiante, pois é essencial para o deslinde do estudo.

1.2.2 Responsabilidade subjetiva e objetiva

A responsabilidade, conforme explicado anteriormente, pode ser classificada também quanto ao seu fundamento, em subjetiva ou objetiva. Elas não devem ser tratadas como formas diversas de responsabilização, “mas sim maneiras diferentes de se encarar a obrigação de reparar o dano”³¹. Assim, dependendo o viés com que é encarada essa obrigação, é que a culpa deverá ou não ser considerada no momento de verificação da responsabilidade³².

Leciona Fernando Noronha que a diferenciação das duas modalidades de responsabilização pauta-se no fundamento da imputação da obrigação de indenizar, através dos princípios da culpa e do risco. A ideia trazida pelo *princípio da culpa*, fundamentadora da responsabilidade subjetiva, visa obrigar a reparar os prejuízos decorrentes de ações ou omissões dolosas ou culposas que ultrapassem os limites da esfera do direito de terceiros, ao passo que o *princípio do risco*, já conceituado anteriormente, suporta a responsabilidade civil objetiva, com fulcro na obrigação de reparar os danos, sem a vinculação a qualquer ideia de culpa ou dolo³³.

A responsabilidade tida por subjetiva é aquela que, em síntese, nasce com a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária, “um elemento subjetivo que pode ser o dolo ou a culpa; e, ainda, um elemento causal-material, que é o dano e a respectiva relação de causalidade”³⁴. Havendo um agente violado direito alheio, causando-lhe dano

³⁰ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 518.

³¹ RODRIGUES, op. cit., p. 11.

³² GONÇALVES, op. cit., p. 54.

³³ NORONHA, op. cit., p. 508.

³⁴ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 18.

através de conduta culposa, haverá a constatação do ato ilícito, que gera o dever de indenizar³⁵.

Nesse sentido, Fábio Ulhoa expõe que:

Quem é responsabilizado por ato ilícito o é porque agiu como não deveria ter agido. Foi negligente naquilo em que deveria ter sido cuidadoso, imperito quando tudo dependia de sua habilidade, imprudente se era exigida cautela, ou comportou-se conscientemente de modo contrário ao devido. Em suma, uma conduta diversa era exigida do causador dos danos. Não há responsabilidade civil subjetiva se ausente esse pressuposto da exigibilidade de conduta diversa.

[...]

A imputação de responsabilidade ao culpado pelo evento danoso fundamenta-se na noção da vontade como fonte da obrigação. A ação ou omissão negligente, imprudente ou imperita ou mesmo a intenção de causar dano correspondem à conduta diversa da juridicamente exigível. A exigibilidade de conduta diversa pressupõe pelo menos duas alternativas abertas à vontade (consciente ou inconsciente) do sujeito passivo. Se o devedor agiu como não deveria, o fez por ato de vontade³⁶.

Assim, verifica-se que o ilícito causador de dano é proveniente de uma conduta omissiva ou comissiva imputada a um agente. A omissão culposa refere-se àquele que “tem o dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado, dever, esse, que pode advir da lei, do negócio jurídico, ou de uma conduta anterior do próprio omitente”³⁷, devendo este agir para impedir a ocorrência do risco, ao passo que a ação seria a conduta baseada em um movimento corpóreo, um comportamento positivo³⁸.

A responsabilidade civil objetiva, por sua vez, dispensa o fator culpa, sendo suficiente para si a ocorrência do dano decorrente de uma conduta e do nexo causal. Dessa forma, o dano seria indenizável, devendo ele ser reparado quanto se verificado o nexo causal entre a ação ou omissão do causador e o dano, independentemente de constatação de culpa, por parte do agente³⁹.

Fernando Noronha entende que este nexo de imputação existente faz com que aquele que “exerce determinadas atividades, suscetíveis de causar danos a terceiros, terá como contrapartida dos benefícios que auferir, de suportar os danos que sejam eventualmente ocasionados a outrem”⁴⁰, é a *imputação pelo risco criado*. Com base nisso, o autor divide os riscos de atividade em risco de empresa – responsabilidade por produto e serviço -, risco

³⁵ Idem.

³⁶ ULHOA, Fábio. **Curso de direito civil, vol 2**: obrigações: responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 225.

³⁷ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 24.

³⁸ Idem.

³⁹ GONÇAVES, op. cit., loc. cit.

⁴⁰ NORONHA, op. cit., p. 509-510.

perigo – responsabilidade, por exemplo, por acidentes de trânsito –, e risco administrativo – que é a responsabilidade decorrente da atuação dos entes públicos⁴¹.

Assim, a teoria do risco permite cobrir as situações sujeitas à atuação do agente, independentemente de culpa, podendo sempre reparar os danos causados, ainda que não consiga o prejudicado comprovar que o agente causador incorreu em culpa no exercício de sua atividade. Essa é a ideia base da responsabilidade civil objetiva, contemplada pela Constituição Federal de 1988 no art. 37, §6, e no art. 21, XXIII, *d*⁴².

1.3 PRESSUPOSTOS DA PRETENSÃO RESSARCITÓRIA

Para que haja a responsabilização civil, cumpre verificar a ocorrência de alguns elementos básicos, estes que pressupõem a pretensão do agente cujo patrimônio foi lesado em ser ressarcido. Não há exatidão entre os autores acerca dos pressupostos mínimos da responsabilidade civil. Como o objetivo do estudo é apresentar a responsabilização civil quando o agente cometedor do ato lesivo é o Estado, a análise pautar-se-á no dano, no nexo causal, e na conduta do agente causador do dano.

1.3.1 O dano

A ocorrência de um dano é fator fundamental para a configuração da responsabilidade civil. Cavalieri aponta que este elemento é o foco das atenções, sobrepondo-se, inclusive, à indagação acerca da culpa quando da análise da responsabilidade. Segundo o autor:

Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Poder haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento - risco profissional, risco-proveito, risco criado etc. - o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa. Se o motorista apesar de ter avançado o sinal, não atropela ninguém, nem bate em outro veículo [...] não haverá o que indenizar⁴³.

⁴¹ Idem.

⁴² STOCO, op. cit., p. 157.

⁴³ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 70-71.

O elemento dano pressupõe a responsabilidade civil, tanto negocial quanto aquiliana, haja vista a impossibilidade de haver o que reparar se não houver prejuízo causado. Para que seja constatado o prejuízo, conforme visto, deve efetivamente ter havido um dano, que lesione bem jurídico, sendo necessária e indispensável prova concreta da lesão⁴⁴. Acrescente-se a isso que, para a reparação da lesão, deve-se comprovar a ocorrência do dano, seja ele de caráter material ou moral⁴⁵.

Cabe salientar, consoante Fernando Noronha, que para a ocorrência de um dano é necessário que haja um fato que culmine, por conseguinte, em um prejuízo a outrem, ou seja, para o autor, dano é “o prejuízo, de natureza individual ou coletiva, econômico ou não econômico, resultante de ato ou fato antijurídico que viole qualquer valor inerente à pessoa humana ou atinja coisa do mundo externo que seja juridicamente tutelada”⁴⁶.

As consequências advindas de um dano lesivo não necessariamente produzem efeitos somente na esfera patrimonial material. O prejuízo sofrido pode ser perceptível também nos aspectos inerentes ao próprio indivíduo lesado, em sua integridade física, psíquica ou moral, podendo, como dito, consistir em um agravo patrimonial mensurável, tido por *dano patrimonial*, bem como um desfalque de difícil avaliação pecuniária, que é o *dano moral*⁴⁷.

Dessa forma, se o prejuízo for econômico, este “pode traduzir-se em efetiva diminuição do valor do patrimônio (sendo então chamado de *dano emergente*), ou na frustração de um acréscimo patrimonial esperado (*lucro cessante*)”⁴⁸.

Conforme exposto, o dano material é aquele de fácil mensurabilidade, podendo não apenas atingir o patrimônio presente do lesado, como também o futuro. O *dano emergente* “importará no desfalque sofrido pelo patrimônio da vítima. Será a diferença do valor do bem jurídico entre aquele que ele tinha antes e depois do ato ilícito [...] é tudo aquilo que se perdeu”⁴⁹, devendo a sua indenização restituir o *status quo ante*. O *lucro cessante*, por sua vez, consiste:

Na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima. Pode decorrer não só da paralização da atividade lucrativa ou da produtiva da vítima, como por exemplo, a cessação dos rendimentos

⁴⁴ DINIZ, op. cit., p. 77.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ NORONHA, op. cit., p. 497.

⁴⁷ Ibidem, p. 498.

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 72.

que alguém já vinha obtendo da sua profissão, como, também, da frustração daquilo que era razoavelmente esperado⁵⁰.

Outro desdobramento do dano causado ao indivíduo consiste na *perda de uma chance*, que é, segundo Fernando Noronha, a quebra do processo que conduziria à oportunidade de obter um benefício futuro para si. Essa quebra, considerada um dano, deverá ser objeto de reparação se presentes os pressupostos da responsabilidade civil, necessitando-se de culpa apenas no caso de ser subjetiva a responsabilidade⁵¹.

A perda da chance verifica-se, portanto, quando:

[...] parte-se de uma situação real, em que havia a possibilidade de fazer algo para obter uma vantagem, ou para evitar um prejuízo, isto é, parte-se de uma situação em que já existia uma chance real, que foi frustrada. Já a situação vantajosa que o lesado podia almejar, se tivesse aproveitado a chance, é sempre de natureza mais ou menos aleatória. Todavia, apesar de ser aleatória a possibilidade de obter o benefício em expectativa, nestes casos existe um dano real, que é constituído pela *chance perdida*, isto é, pela oportunidade, que se dissipou, de obter no futuro a vantagem, ou de evitar o prejuízo que veio a acontecer. A diferença em relação aos demais danos este em que esse dano será reparável quando for possível calcular o grau de probabilidade, que havia, de ser alcançada a vantagem que era esperada, ou inversamente, o grau de probabilidade de o prejuízo ser evitado. O grau de probabilidade é que determinará o valor da reparação⁵².

Leciona Rafael Peteffi da Silva no tocante à quantificação das chances perdidas que a reparação pela chance perdida deverá ser sempre inferior ao valor que se esperava obter com a chance que foi perdida, uma vez que é em virtude da impossibilidade de reparar o dano final que a reparação decorrente da perda de uma oportunidade não deve contemplar o prejuízo total sofrido⁵³.

É de suma importância verificar os desdobramentos do dano material e moral, pois, conforme se verá adiante, existem posicionamentos que garantem àquele nomeado judicialmente em cargo público posteriormente ao momento oportuno indenizações baseadas em lucros cessantes, bem como indenização com respaldo em abalo moral sofrido pelo lesado.

Quanto ao dano moral, destaca Cavalieri que a concepção de que este seria a contraposição do dano material foi superado. Para o autor, a Constituição de 1988 trouxe novas acepções sobre o dano moral, fazendo referência à dignidade humana e aos direitos da personalidade⁵⁴.

⁵⁰ Idem.

⁵¹ NORONHA, op. cit., p. 695.

⁵² Ibidem, p. 696.

⁵³ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 142-143.

⁵⁴ CAVALIERI FILHO, 2007, p. 76.

Ressalta o autor que “o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Poder haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor vexame e sofrimento sem violação da dignidade”⁵⁵, ou seja, se a lesão for decorrente de uma agressão à dignidade da pessoa, causando-lhe, por exemplo, um dos sintomas descritos, haverá o dano moral⁵⁶.

Deve-se, portanto, abandonar o entendimento de que o dano moral é qualquer lesão ao âmago do ser. Maria Helena Diniz leciona que:

Não é a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois estes estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano. A dor que experimentam os pais pela morte violenta do filho, o padecimento ou complexo de quem suporta um dano estético, a humilhação de quem foi publicamente injuriado são estados de espírito contingentes e variáveis em cada caso, pois cada pessoa sente a seu modo. O direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente⁵⁷.

Imperativo destacar que nem sempre se concebeu que de um mesmo fato pudesse ser pleiteado judicialmente o dano moral juntamente com o dano material, eis que se pensava que este absorvia aquele. Contudo, novas interpretações ao longo dos anos possibilitaram novos entendimentos dos Tribunais Superiores, e, dessa forma, passou-se à compreensão de que a partir um mesmo fato é cabível a cumulação de ambas as ações indenizatórias, eis que os danos de cunho moral e material produzem efeitos distintos⁵⁸. Assim determina a Súmula número 37 do Superior Tribunal de Justiça ao fixar que “são cumuláveis as indenizações por dano material e moral oriundos do mesmo fato”⁵⁹. Após a conceituação do elemento do dano, e seu desdobramento, passar-se-á à análise da conduta do agente que o ocasionou.

1.3.2 A conduta do agente

Para que se ocasione um dano a alguém é preciso que o ato causador seja proveniente da conduta lesiva de um agente. Assim, verificada a relação entre o agente e o dano, há a possibilidade de imputação da responsabilização pelo prejuízo. Esse nexo de

⁵⁵ Ibidem, p. 77.

⁵⁶ Ibidem, p. 76-77.

⁵⁷ DINIZ, op. cit., p. 109, *apud* ZANNONI, 1982, p. 234-235.

⁵⁸ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 79.

⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 37. Diário da Justiça da União. Brasília – DF, 17/03/1992.

imputação é que atribui a certa pessoa, física ou jurídica, a responsabilização pelos danos ao patrimônio de terceiro ante o cometimento de um ato tido por antijurídico, mediante a atuação normalmente culposa do agente, ou então em decorrência do risco da atividade que o agente exerce⁶⁰.

A atuação do agente que o vincula ao dano é o ato “comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado”⁶¹. Esta ação demonstrada pela conduta do agente, comissiva ou omissiva, “geralmente decorre da infração de um dever, que pode ser legal (disparo de uma arma de fogo em local proibido), contratual (venda de mercadorias defeituosa, no prazo da garantia) e social (com abuso de direito: denúncia caluniosa)”⁶².

Conforme o exposto, para existir a responsabilização do agente causador do dano, é preciso que haja uma ação ou omissão, fruto de um comportamento contrário à ordem jurídica, ou que, ainda que em conformidade com a mesma, cause lesão a outrem. Diante dessa exposição, impende salientar que a ação e a omissão são os aspectos físicos da conduta do agente, enquanto a vontade ligada ao ato é o aspecto psicológico⁶³. Os aspectos físicos definem-se conforme segue:

A ação é a forma mais comum de exteriorização da conduta porque, fora do domínio contratual, as pessoas estão obrigadas a se abster da prática de atos que possam lesar o seu semelhante, de sorte que a violação desse dever geral de abstenção se obtém por intermédio de um fazer. Consiste, portanto, a ação em um movimento corpóreo comissivo, um comportamento positivo, como a destruição de uma coisa alheia, a morte ou lesão corporal causada a alguém, e assim por diante. Já a omissão, forma menos comum de comportamento, caracteriza-se pela inatividade, abstenção de alguma coisa devida.

[...]

A omissão adquire relevância jurídica, e torna o omissor responsável, quando este tem dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado; dever que pode advir da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omissor, criando o risco da ocorrência do resultado, devendo, por isso, agir para impedi-lo⁶⁴.

Assim, segundo Rui Stoco, na conduta tanto omissiva quanto comissiva, há a necessidade de estar presente a voluntariedade da conduta, que não pode ser confundida com

⁶⁰ NORONHA, op. cit., p. 496.

⁶¹ DINIZ, op. cit., p. 56.

⁶² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume IV**: responsabilidade civil. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 41, *apud* RODRIGUES, 1975, p. 20.

⁶³ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao novo Código Civil, volume XIII**: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 64.

⁶⁴ Idem.

a projeção da vontade sobre o resultado, ou seja, a vontade intencional orientada à produção do resultado, ou de assumir o risco de produzi-lo, pois este seria um elemento definidor do dolo, na análise da culpabilidade. A voluntariedade verifica-se quando a conduta voluntária do agente ocasiona agressão a direito alheio, uma vez que se liga à ideia de realização de um comportamento, sendo a vontade o coeficiente essencial da ação⁶⁵. Tal definição é importante, conforme se verá a seguir, para maior compreensão acerca da ilicitude do ato, quando da análise da responsabilidade civil objetiva.

1.3.2.1 O caráter lícito da conduta

Consoante exposição anterior, não há que se falar em reparação sem haver prejuízo, ou seja, sem o dano. Diante disso, se ocorrido um ato tido por ilícito, não acarretando este em dano, não há que se falar em reparação. É só a partir da violação de um direito que acarrete dano que haverá a necessidade de reparação⁶⁶. Dessa forma, o Código Civil de 2002 traz que:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito⁶⁷.

À vista disso, Rui Stoco define que, para que haja o ato ilícito, necessário se faz que uma ação ou omissão seja violadora da norma jurídica, bem como que essa violação possa ser atribuída a um agente capaz e que gere dano ao terceiro⁶⁸.

Dessa forma, ensina Maria Helena Diniz que o ilícito fundamenta-se tanto na infração de um dever de não fazer quanto na imputação do resultado à consciência do praticante do ato danoso, e, assim, se faz necessário que o agente violador da norma jurídica tenha conhecimento da ilicitude do seu ato. Se ele busca o resultado danoso age com dolo, se ele reconhece assumir o risco pelo dano causado age com culpa⁶⁹.

Frise-se que a ideia trazida pelo artigo supracitado remete à ideia de culpa, pressuposto básico da responsabilidade civil subjetiva apenas. Conforme exposto, existem os

⁶⁵ STOCO, op. cit, p. 129-130.

⁶⁶ Ibidem, p. 129

⁶⁷ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília. DF, 11/01/2002.

⁶⁸ STOCO, loc. cit.

⁶⁹ DINIZ, op. cit., p. 57.

casos em que há responsabilização sem a necessidade de comprovação da culpa do agente, como é o caso da responsabilidade civil objetiva, que desvincula a ideia de culpa ou dolo na aferição da responsabilidade.

Posto isso, Cavalieri propõe a divisão quanto à ilicitude do ato em ato ilícito em *sentido amplo e em sentido estrito*. Na ilicitude em *sentido estrito*, entende o autor que a culpa é relacionada à responsabilidade subjetiva, sendo, portanto, um dos pressupostos, ao passo que a culpa em *sentido amplo* refere-se apenas a antijuricidade do ato, sem fazer referência às características psicológicas ligadas à vontade na prática do ato. Assim, quanto à responsabilidade civil objetiva, o ato ilícito *lato sensu* deve prosperar, pois se apoia na oposição entre conduta e ordem jurídica, consequência da violação de um dever jurídico⁷⁰.

Via de regra, conforme visto, a responsabilidade assenta-se no caráter ilícito de um ato, contudo, a obrigação de reparar o dano pode, também, derivar de uma atividade de risco ou ato lícito, como por exemplo, o indeferimento da autorização para posse de um candidato que não tenha sido aprovado nos exames médicos realizados pela Junta Médica Oficial do respectivo órgão público, ou seja, a Administração atuando dentro das suas atribuições legais impede a posse de um candidato nomeado, e este, por meio da via judicial, consegue autorização para que haja a posse no cargo público.

A licitude de um ato pode, portanto, possibilitar o dever de reparação. Nesse sentido, Maria Helena Diniz expõe que:

A corrente objetivista desvinculou o dever de reparação do dano da ideia de culpa, baseando-o na atividade lícita ou no risco com o intuito de permitir ao lesado, ante a dificuldade da prova da culpa, a obtenção dos meios para reparar os danos experimentados. Assim, o agente deverá ressarcir o prejuízo causado, mesmo que isento de culpa, porque sua responsabilidade é imposta por lei independentemente de culpa e mesmo sem necessidade de apelo ao recurso da presunção. O dever ressarcitório, estabelecido por lei, ocorre sempre que se positivar a autoria de um fato lesivo, sem necessidade de se indagar se contrariou ou não norma predeterminada, ou melhor, se houve ou não um erro de conduta. Com a apuração do dano, o ofensor ou seu proponente deverá indenizá-lo⁷¹.

A exposição de Maria Helena Diniz fundamenta a responsabilidade civil objetiva, pautada na teoria do risco administrativo, essa que, no caso do Estado, será detalhada em tópico próprio. Esta modalidade de responsabilidade, a objetiva, apoia-se na verificação de um dano, na autoria do mesmo, e a relação entre ambos, sem necessidade de investigar a antijuricidade do fato causador do prejuízo. Ela “dispensa e prescinde não só da

⁷⁰ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 11.

⁷¹ DINIZ, op. cit., p. 68.

culpabilidade, como também da antijuridicidade”⁷², tornando desnecessário que o fundamento da reparação paute-se em um ato atentatório ao ordenamento jurídico, “significa, portanto, que a existência ou inexistência do dever de reparar não se decide pela qualificação da conduta geradora do dano – se ilícita ou lícita-, mas pela qualificação da lesão sofrida”⁷³.

Segundo Fernando Noronha, os doutrinadores, em sua maioria, entendem que os atos tidos por lícitos são aqueles regularmente definidos em lei. Uma das hipóteses de comportamento lícito e danoso seria o estado de necessidade, que é uma excludente da responsabilização do agente, por exemplo. Contudo, caso venha a afetar um terceiro à relação, deve ser reparado o dano, com base na teoria da responsabilidade objetiva, fundada no risco. Assim, não se pode dizer que essa forma de excludente pode, por exemplo, afastar totalmente a antijuridicidade do ato lesivo, pois a consequência do ato lícito não evita a antijuridicidade das consequências do ato⁷⁴. Destaca-se que as excludentes da responsabilidade serão tratadas em tópico próprio, no que tange aquelas relacionadas ao Estado.

Para Rui Stoco, “o que importa considerar é que o dano suportado seja ilegítimo, e não que a conduta que lhe deu causa o seja”⁷⁵. Segundo o autor, a responsabilidade decorrente do ato lícito existe apenas daquilo quando estiver prevista na lei, e, assim, somente quando esta “preveja a possibilidade da responsabilização objetiva, com fundamento na teoria do risco ou mesmo sem esse fundamento, é que se poderá admitir a indenização do dano decorrente do ato lícito”⁷⁶.

Conforme visto, não somente o ato tido por ilícito que gere dano deve ser indenizável, mas também aquele decorrente de uma conduta lícita. Não é porque a ação ou omissão de um agente causador do dano encontra respaldo na lei, que as consequências desse ato deverão ser deixadas de lado, onerando em excesso um dos polos da relação. Sendo lícita a conduta do agente, mas havendo dano, deve o mesmo indenizar o indivíduo que sozinho suportar o prejuízo.

⁷² STOCO, op. cit., p. 168.

⁷³ Idem.

⁷⁴ NORONHA, op. cit., p. 396.

⁷⁵ STOCO, op. cit., p. 168-169.

⁷⁶ Idem.

1.3.3 O nexu causal

Determinados os fundamentos acerca do dano e da conduta do agente, cumpre concluir a análise dos pressupostos da responsabilidade civil apresentando o pressuposto que completa a ligação entre ambos, o nexu causal.

Preceitua Gonçalves que não existiria obrigação de indenizar se não houvesse a ocorrência dessa relação de causalidade entre o fato gerador da obrigação e o dano produzido. Dessa forma, o dano só conseguiria gerar a responsabilidade se existente uma vinculação entre o mesmo e o autor, ou seja, um nexu causal⁷⁷.

Conforme exposto no tópico que tratou da conduta do agente, o artigo 186 do Código Civil de 2002 trata da responsabilização, subjetiva, daquele que vier a causar dano a outrem. Contudo, além da necessidade de transgressão a um dever para haver a responsabilização, através de uma conduta reprovável e da necessidade de ocorrência de um dano, é necessário que este:

[...] tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito. Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o que a responsabilidade não ocorrerá a cargo do autor material do fato. Daí a relevância do chamado nexu causal. Cuida-se, então, de saber quando um determinado resultado é imputável ao agente, que relação deve existir entre o dano e o fato para que este, sob a ótica do Direito, possa ser considerado causa daquele. Na verdade, o que se deve identificar é a relação entre a causa e o efeito, isto é, entre a conduta do agente e o resultado que produziu⁷⁸.

A autora Maria Helena Diniz complementa o conceito alertando não haver a necessidade de que o dano seja consequência imediata da ação que o produziu, mas apenas a verificação que o dano não teria ocorrido caso não houvesse existido o fato que o ocasionou⁷⁹. “Este poderá não ser a causa imediata, mas, se for condição para a produção do dano, o agente responderá pela consequência”⁸⁰. Assim, a relação evidenciada pelo nexu causal vai estabelecer o vínculo entre uma ação ou omissão e um dano, possibilitando compreender se a conduta do agente foi responsável pelo dano, bem como se os efeitos da ação ou omissão são consequências esperadas da conduta voluntária conduta do agente⁸¹.

⁷⁷ GONÇALVES, op. cit, p. 330.

⁷⁸ DIREITO; CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 79.

⁷⁹ DINIZ, op. cit., p. 127.

⁸⁰ Idem.

⁸¹ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 46.

Apesar da aparente simplicidade constante na definição de nexos causais, existem desdobramentos que criam dificuldades na verificação desse pressuposto da responsabilidade civil. Gonçalves explica que o grande obstáculo a ser superado encontra-se na verificação das concausas, sendo difícil asseverar qual de uma infinidade de causas foi a responsável pelo dano causado. Propõe o autor três teorias distintas que podem contribuir para a elucidação do tema, a *teoria da equivalência das condições*, a *causalidade adequada* e a *que exige que o dano seja consequência imediata do fato que o produziu*⁸².

A primeira delas, a *teoria da equivalência das condições*, ou *equivalência dos antecedentes*, conforme Sérgio Cavalieri:

[...] faz distinção entre causa (aquilo que uma coisa depende quanto à sua existência) e condição (o que permite à causa produzir seus efeitos positivos ou negativos). Se várias condições concorrem para o mesmo resultado, todas têm o mesmo valor, a mesma relevância, todas se equivalem. Não se indaga se uma delas foi mais ou menos eficaz, mais ou menos adequada. Causa é ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido, sem distinção da maior ou menor relevância que cada uma teve.

[...]

Para saber se uma determinada condição é causa, elimina-se mentalmente essa condição, através de um processo hipotético. Se o resultado desaparecer, a condição é causa, mas, se persistir, não o será. Destarte, condição é todo antecedente que não pode ser eliminado mentalmente sem que venha a ausentar-se o efeito⁸³.

A *teoria da causalidade adequada* é na concepção de Fernando Noronha aquela das três citadas com a maior capacidade para determinar qual das causas pode ter sido efetivamente a responsável por um determinado dano. Segundo esta teoria, um acontecimento pode ser considerado como causa do dano quando possa prever que o dano naturalmente decorreria do acontecimento. Deve-se considerar, portanto, o momento exatamente anterior a ocorrência do fato que gerou o dano e realizar um prognóstico acerca da possibilidade de previsão da ocorrência do dano, ou seja, diante de situações tidas por improváveis que culminassem na ocorrência do dano, ou circunstâncias extraordinárias, o dano não deveria ser indenizável⁸⁴.

Contudo, Arnaldo Rizzardo ressalta que apesar da *teoria da causalidade adequada* determinar que a causa mais adequada é aquela que pode originar o evento, ela é

⁸² GONÇALVES, op. cit., p. 331.

⁸³ CAVALIEIR FILHO, op. cit., p. 47.

⁸⁴ NORONHA, op. cit., p. 499-500.

dotada de subjetividade e, apesar de em alguns casos contribuir para determinação da causa, pode, assim como as demais teorias, revelar fragilidade⁸⁵.

Leciona Gonçalves que o ordenamento adotou a terceira das teorias propostas, que seria um ponto em comum às teorias enunciadas anteriormente, que se resume ao fato de ser “indenizável todo dano que se filia a uma causa, desde que esta seja necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano”⁸⁶. Essa terceira teoria é a aceita pelo nosso ordenamento, ela prevê a possibilidade de responsabilização, por exemplo, pelos danos emergentes e cessantes, se decorrentes de direto e imediato da causa que os originou. Apesar disso, não incumbe ao autor indenizar todos os danos que sejam consequências da sua conduta danosa, mas apenas aquelas que sejam consequência necessária do seu ato⁸⁷.

Diante das teorias expostas, cumpre enfatizar que é a teoria do dano como consequência imediata do fato que o produziu aquela que se mostra de maior importância para a responsabilização do Estado pela nomeação retroativa, eis que é a teoria contemplada pelo Código Civil, bem como é a que possui relação direta com os objetivos do estudo, pois contempla de maneira clara os limites da responsabilização do agente pelo dano, quanto ao nexo de causalidade entre ambos.

⁸⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 75.

⁸⁶ GONÇALVES, op. cit., p. 332-333.

⁸⁷ Idem.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

2.1 CONCEITO

Diante da contextualização do tema tratado no tocante à responsabilidade civil, passa-se ao estudo desta quando o agente responsável pela conduta é o Estado, este doravante também denominado Administração Pública ou Poder Público.

Acerca do tema, lecionam Alexandrino e Paulo que a responsabilidade civil do Estado está presente na obrigação deste em “indenizar os danos patrimoniais ou morais que seus agentes, atuando em seu nome, ou seja, na qualidade de agentes públicos, causem à esfera juridicamente tutelada dos particulares”⁸⁸.

Celso Antônio Bandeira de Mello aponta que a responsabilidade do Estado, que é extracontratual, lhe obriga a “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”⁸⁹. Para o autor, se houver a necessidade de satisfação de um interesse público em detrimento de um interesse privado, haverá a preponderância daquilo que for conveniente à coletividade, contudo, ainda assim, deve haver a reparação ao dano particular⁹⁰.

Do exposto, verifica-se a breve similaridade entre a responsabilidade de reparação ao dano causado tanto pelo agente privado quanto pelo público. Assim, havendo a ocorrência dos pressupostos que ensejam à reparação civil do dano, e sendo seu causador o Estado, deve este indenizar financeiramente àquele, quando sua atuação ocasionar lesão moral ou material ao indivíduo.

No entanto, cumpre esclarecer ser mais ampla a responsabilidade estatal do que a particular, eis que o Estado “governa-se por princípios próprios, compatíveis com a peculiaridade de sua posição jurídica, e, por isso mesmo, é mais extensa que a

⁸⁸ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 752.

⁸⁹BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 1009.

⁹⁰BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 996.

responsabilidade que pode calhar às pessoas privadas”⁹¹, isso porque seus deveres públicos lhe obrigam a prestações que não pode evitar de cumprir, para não transgredir o Direito ou ser omissa em função que lhe é incumbida, bem como seu contato ininterrupto com os administrados potencializa a chance de gerar prejuízos a estes⁹².

Assim, cabe salientar, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello que:

[...] os administrados não tem como se evadir ou sequer minimizar os perigos de dano provenientes da ação do Estado, ao contrário do que sucede nas relações privadas. Deveras: é o próprio Poder Público quem dita os termos de sua presença no seio da coletividade e é ele quem estabelece o teor e a intensidade de seu relacionamento com os membros do corpo social⁹³.

Conforme breve exposição, apesar de similar aparência, a responsabilização do dano decorrente da atuação do Estado deve ser tratada de maneira distinta daquela do particular, eis que a conduta estatal é a expressão dos interesses de toda a coletividade, e com esta convive, e interage a todo o momento, logo, determinando a forma de seu relacionamento para com os particulares.

Leciona Youssef Said Cahali que, tradicionalmente, a responsabilidade civil do Estado compreendia:

[...] a reparação dos danos causados pelos atos ilícitos, não abrangendo, desse modo, a indenização devida em decorrência de atividade legítima do Poder Público, como sucede nos casos de desapropriação, de requisição, de execução compulsória de medidas sanitárias; embora seja certo que, atualmente, aquela responsabilidade desfrute de maior amplitude, para compreender também os danos injustos causados por uma atividade lícita da administração⁹⁴.

A evolução deste entendimento trouxe a distinção entre os institutos do ressarcimento e da indenização. A origem basilar para tal diferenciação reside na análise da conduta do Estado. Para Youssef Said Cahali, quando a Administração Pública atua sacrificando um direito de um particular, no legal exercício de uma faculdade, considera-se adequada a utilização da expressão indenização, ao passo que diante da ilegitimidade de uma conduta estatal lesiva, o termo melhor indicado seria a reparação pela lesão sofrida⁹⁵.

Da mesma forma, conforme exposto, atualmente admite-se a responsabilidade civil do Estado quando o ato que lhe der origem for tanto lícito quanto ilícito. Caso o dano decorra da licitude de conduta da Administração Pública, a responsabilidade é decorrente do

⁹¹BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 996-997.

⁹²Idem.

⁹³BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 1013.

⁹⁴CAHALI, Youssef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 3. ed. rev. atual e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 13, *apud* SENTO SÉ, 1976, p. 20.

⁹⁵Idem.

princípio da distribuição igualitária dos ônus e encargos a que são submetidos os indivíduos, devendo a coletividade arcar com a indenização. Se por ventura for o dano proveniente de ato ilícito, a violação da legalidade é o fundamento, e a consequência deve ser o ressarcimento da lesão patrimonial⁹⁶.

Conforme visto, a responsabilidade civil estatal deve compreender a relação existente entre a conduta do Estado e os indivíduos que por ela são afetados, ressarcindo o eventual prejuízo que estes tenham, em decorrência da atividade da administradora dos interesses da coletividade. Há sim, a responsabilidade de reparar os lesados, ainda que a atuação estatal seja decorrente de condutas lícitas, próprias do exercício cotidiano. Porém, para que houvesse essa compreensão acerca da responsabilização estatal pelos seus atos, uma evolução gradativa ocorreu, conforme exposição que segue.

2.2 TEORIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Introduzido o contexto em que se insere a responsabilidade civil estatal, cumpre descrever a evolução do tema, buscando mostrar em que consistiam as primeiras teorias que trataram do assunto, e o caminho que foi trilhado até a compreensão acerca do tema vigente na atualidade.

A evolução das teorias que tratavam da responsabilização do Estado pautou-se, inicialmente, no afastamento total da responsabilização, ou seja, na irresponsabilidade, dirigindo-se, após, à responsabilização do mesmo mediante a verificação de culpa, teoria que ainda é aceita, e a responsabilidade civil objetiva, que é aplicável de acordo com o atendimento a requisitos variáveis de um sistema normativo para o outro⁹⁷.

Somente com tal evolução é que se pode considerar a possibilidade de responsabilização do Estado por dano que decorra de sua atuação, sem que o indivíduo tenha que suportar individualmente o ônus para recompor o próprio patrimônio lesado.

⁹⁶GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 897.

⁹⁷DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 639.

2.2.1 Teoria da irresponsabilidade

Esta teoria surgiu na primeira parte do Século XIX, tendo por base a ideia de que não haveria responsabilização do Estado diante dos atos praticados pelos seus agentes. E esse entendimento figurava apenas para dar suporte ao pensamento de época da não participação do Estado nas atividades dos particulares, diante dos ideais de um Estado dito liberal⁹⁸.

A irresponsabilidade pautava-se no entendimento de não haver a possibilidade de o Estado, “personificado na figura do rei, lesar seus súditos, uma vez que o rei não cometia erros”⁹⁹, o que, por consequência, conduzia à compreensão de que os agentes, na qualidade dos que praticam atos em nome do rei, não poderiam lesionar direitos dos súditos¹⁰⁰.

Essa foi a teoria predominante no período de apogeu dos Estados absolutistas, e, segundo Maria Sylvia Di Pietro:

[...] repousava fundamentalmente na ideia de soberania: o Estado dispõe de autoridade incontestável perante o súdito; ele exerce a tutela do direito, não podendo, por isso, agir contra ele; daí os princípios de que o rei não pode errar (*the king can do no wrong; le roi ne peu mal faire*) e o de que “aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei” (*quod principi placuit habet legis vigorem*). Qualquer responsabilidade atribuída ao Estado significaria colocá-lo no mesmo nível que o súdito¹⁰¹.

Contudo, exceções à intangibilidade absolutista estatal existiam, e residiam, por exemplo, no Direito Francês. Tais exceções verificavam-se quando a legislação especificamente previa responsabilização diante de determinadas condutas, bem como quando o ato lesivo pudesse ser diretamente relacionado a comportamento individual do agente, diante da admissão da responsabilidade do funcionário¹⁰².

Diógenes Gasparini aponta como exemplo, na legislação francesa vigente ao período em questão, a possibilidade de “recomposição patrimonial por danos oriundos de obras públicas e da que acolhia a responsabilidade por danos resultantes de atos de gestão do domínio privado do Estado”¹⁰³, havendo, dessa forma, a possibilidade de responsabilizar individualmente o agente público se houvesse a possibilidade de atribuir-lhe a conduta

⁹⁸CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 22. ed. rev., atual e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 522.

⁹⁹ALEXANDRINO; PAULO, op. cit., p. 752.

¹⁰⁰Idem.

¹⁰¹DI PIETRO, op. cit., p. 640.

¹⁰²BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 1001.

¹⁰³GASPARINI, op. cit., p. 898.

lesiva¹⁰⁴.

Segundo aponta Amaro Cavalcanti, em obra do início do século passado, quanto à noção de responsabilização do funcionário, os argumentos utilizados valiam-se da ideia de que:

[...] o Estado é um ente abstracto, uma pessoa fictícia, e portanto, incapaz de ter actos seus, propriamente ditos; os atos são dos funcionarios, pessoas phisicas, dotadas de intelligencia e vontade própria; consequentemente, si elles no exercício de seus cargos praticam atos lesivos, aos mesmos, e não ao Estado, incumbe a responsabilidade de reparar o damno feito¹⁰⁵. [sic]

Dessa forma, Youssef Said Cahali fixa a teoria da irresponsabilidade sob a ótica de três postulados:

[...] 1) na Soberania do Estado, que, por natureza irreductível, proíbe ou nega sua igualdade ao súdito, em qualquer nível de relação; a responsabilidade do soberano perante o súdito é impossível de ser reconhecida, pois envolveria uma contradição nos termos da equação; 2) segue-se que, representando o Estado soberano o direito organizado, não pode aquele aparecer como violador desse mesmo direito; 3) daí, os atos contrários à lei praticados pelos funcionários jamais podem ser considerados atos do Estado, devendo ser atribuídos pessoalmente àqueles, como praticados nomine próprio¹⁰⁶.

Conforme se observa, o sistema era orientado para afastar do Estado a responsabilização pelos danos aos quais o mesmo dava causa. Tal pensamento pode parecer completo absurdo, contudo, no contexto histórico, em uma época mergulhada em ideais absolutistas e liberais, era conveniente ignorar a responsabilização estatal, restando ao lesado, em alguns casos, apenas a opção de pleitear a reparação do agente causador do dano, ou seja, apenas uma relação particular de responsabilização. Assim, Youssef Said Cahali afirma que nesse período:

[...] inexistia a questão da responsabilidade civil do Estado: a irresponsabilidade aparece como um axioma cuja legitimidade não é posta em dúvida; a existência de uma responsabilidade pecuniária a cargo do patrimônio público é considerada com entrave perigoso à liberdade dos serviços; na ordem patrimonial, os administrados não têm à sua disposição senão a ação ressarcitória contra o agente causador do dano¹⁰⁷.

Diante dos evidentes entraves colocados à recomposição do patrimônio lesado dos administrados, “a teoria logo começou a ser combatida, por sua evidente injustiça; se o Estado deve tutelar o direito, não pode deixar de responder quando, ou sua ação ou omissão, causar danos a terceiros, mesmo porque, sendo pessoa jurídica, é titular de direitos e obrigações”¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Idem.

¹⁰⁵ CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade civil do estado**. Rio de Janeiro: Laemmert, 1905, p. 211-212.

¹⁰⁶ CAHALI, op. cit., p. 21.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 20-21.

¹⁰⁸ DI PIETRO, op. cit., p. 640.

2.2.2 Teorias civilistas

Com o passar dos anos, e a evolução da sociedade, a teoria da irresponsabilidade do Estado acabou caindo em desuso, dando vazão às teorias que cuidassem efetivamente da responsabilização estatal. Com este progresso é que surgiram as teorias civilistas baseadas na culpa, ou seja, na responsabilidade estatal no caso de ação culposa do agente estatal¹⁰⁹.

A concepção civilística teve seus méritos, apesar de ser rechaçada atualmente pelos administrativistas, uma vez que após ela é que se pode caminhar para o abandono da teoria da irresponsabilidade estatal. Neste contexto, para se verificar a ocorrência de alguma forma de responsabilização estatal, era necessário valer-se de critérios próprios do Direito Privado, fazendo-se uma prorrogação aos princípios da responsabilidade por fato de terceiro¹¹⁰.

A respeito do surgimento da teoria, quanto à relação com o Direito Privado, leciona Diógenes Gasparini:

O estágio da responsabilidade com culpa civil do Estado, também chamada de responsabilidade subjetiva do Estado, instaura-se sob a influência do liberalismo, que assemelhava, para fins de indenização, o Estado ao particular. Por esse artifício o Estado torna-se responsável e, como tal, obrigado a indenizar sempre que seus agentes houvessem agido com culpa ou dolo. O fulcro, então, da obrigação de indenizar era a culpa ou dolo do agente, que levava a culpa ou dolo ao Estado. É a teoria da culpa civil. Essa culpa ou dolo do agente público era a condicionante da responsabilidade patrimonial do Estado. Sem ela incorria a obrigação de indenizar do Estado. O Estado e o particular eram, assim, tratados de forma igual. Ambos, em termos de responsabilidade patrimonial, respondiam conforme o Direito Privado, isto é, se houvessem se comportado com culpa ou dolo¹¹¹.

Ensina Cavalieri que por o Estado ser pessoa jurídica, o mesmo não possui manifestação psicológica e vida próprias, e, assim, não pode expressar por conta suas vontades através de manifestações físicas, estas que, portanto, são exteriorizadas por meio dos agentes que em seu nome atuam, sempre que estejam atuando em nome do Estado, nos seus órgãos, e na qualidade de agentes públicos¹¹². Essa é a considerada teoria do órgão de Otto Gierke, e nela:

Tal como o ser humano, o Estado é dotado de órgãos de comando (políticos) que

¹⁰⁹ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 522.

¹¹⁰ CAHALI, op. cit., p. 22.

¹¹¹ GASPARINI, op. cit., p. 899.

¹¹² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 254.

manifestam a vontade estatal e órgãos de execução (administrativos) que cumpres as ordens dos primeiros. A vontade e as ações desses órgãos, todavia, não são dos agentes humanos que neles atuam, mas sim do próprio Estado¹¹³.

O autor Youssef Said Cahali complementa o exposto acerca da teoria do órgão de Gierke ao afirmar que com ela esgotaram-se “as relações entre representante e representado ou entre mandante e mandatário, para dar lugar à aparição do órgão”¹¹⁴, este que indica a presença unicamente da pessoa do Estado, ao contrário do mandato e da representação, que pressupõem, necessariamente, a existência de duas pessoas na relação¹¹⁵.

Conforme se verifica, há uma aparente e benéfica evolução dos conceitos de responsabilização estatal, eis que, a partir de então, há a aceitação de que o Estado pode incorrer em reparação do dano por ele causado, em consequência da conduta dos seus agentes, uma vez que há a aceitação de que estes atuam em nome daqueles, em virtude de o Estado não poder exprimir sua vontade, senão através dos seus agentes.

Outra teoria de destaque baseada na culpa era, segundo Youssef Said Cahali, a que pretendia diferenciar os atos ditos de império, daqueles ditos de gestão. Os atos ditos essenciais ou necessários à consecução dos objetivos e fundamentos do Poder Público são tidos como atos de Império (*jure imperii*), enquanto os atos não considerados necessários são os atos de gestão (*jure gestionis*)¹¹⁶. Segundo o autor:

Agindo o Estado no exercício de sua soberania, na qualidade de poder supremo, supra-individual, os atos praticados nessa qualidade, atos *jure imperii*, restariam incólumes a qualquer julgamento e, mesmo quando danosos para os súditos, seriam insuscetíveis de gerar direito à reparação.

[...]

Todavia, na prática de ato *jure gestionis*, o Estado equipara-se ao particular, podendo ter sua responsabilidade civil reconhecida, mas mesmas condições de uma empresa privada, pelos atos de seus representantes ou prepostos lesivos ao direito de terceiros; distinguia-se, então, conforme tivesse havido ou não culpa do funcionário: havendo culpa, a indenização seria devida; sem culpa, não haveria ressarcimento do dano¹¹⁷.

Apesar de a teoria da responsabilidade sem culpa propor uma diminuição dos malefícios causados à sociedade pela teoria da irresponsabilidade, a impossibilidade, muitas vezes, de se diferenciar os atos de gestão dos atos de império acabou por causar muitas controvérsias, e dificuldades de comprovação da culpa estatal¹¹⁸.

¹¹³ Idem.

¹¹⁴ CAHALI, 2007, p. 24

¹¹⁵ Idem.

¹¹⁶ Ibidem. p. 22-23.

¹¹⁷ Idem.

¹¹⁸ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 523.

Ademais, a não diferenciação verificada na relação entre o agente e o Estado não era suficiente à sua responsabilização, uma vez que, “como o Estado atua por meio dos seus agentes, somente existia obrigação de indenizar quando estes, os agentes, tivessem agido com culpa ou dolo, cabendo, evidentemente, ao particular prejudicado o ônus de demonstrar a existência desses elementos subjetivos”¹¹⁹.

Para fins de constatação, o dolo ou a culpa aceitos são os mesmos do Direito Privado, e, apesar de essa teoria representar evolução em relação à teoria da irresponsabilidade do Estado, ela não satisfazia os anseios por justiça, diante da necessidade de o dolo ou a culpa serem demonstrados¹²⁰. “Tornam-se, assim, inaplicáveis, em sua pureza, os princípios da culpa civil, para obrigar o Estado a responder pelos danos que seus servidores pudessem causar aos administrados”¹²¹.

2.2.3 Teorias publicistas

As teorias publicistas emergiram, a partir do momento em que o pressuposto da culpa, como condição da responsabilidade civil do Estado:

[...] acabou se definindo como injustificável pela melhor doutrina; em especial naqueles casos em que o conceito de culpa civilística, por si ambíguo, já não bastava para explicar o dano que teria resultado de falha da máquina administrativa, de culpa anônima da Administração, buscando-se, então, supri-la através da concepção de uma culpa publicística¹²².

O marco histórico inicial em que se passou a melhor compreender a responsabilização estatal sob a ótica publicista, remonta ao ano de 1873, no julgamento do famoso caso Blanco pela Corte Francesa. Maria Sylvia Di Pietro o contextualiza conforme segue:

[...] a menina Agnès Blanco, ao atravessar uma rua na cidade de Bordeaux, foi colhida por uma vagonete da Cia. Nacional de Manufatura do Fumo; seu pai promoveu ação civil de indenização, com base no princípio de que o Estado é civilmente responsável por prejuízos causados a terceiros, em decorrência de ação danosa de seus agentes. Suscitado conflito de atribuições entre a jurisdição comum e o contencioso administrativo, o Tribunal de Conflitos decidiu que a controvérsia deveria ser solucionada pelo tribunal administrativo, porque se tratava de apreciar a responsabilidade decorrente de funcionamento do serviço público. Entendeu-se que a responsabilidade do Estado não pode reger-se pelos princípios do Código Civil, porque se sujeita a regras especiais que variam conforme as necessidades do serviço

¹¹⁹ ALEXANDRINO; PAULO, op. cit., p. 753.

¹²⁰ GASPARINI, op. cit., p. 899-900.

¹²¹ Idem.

¹²² CAHALI, op. cit., p.24.

e a imposição de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados¹²³.

Dessa forma, verificou-se a importância no julgamento de tal demanda, “ainda que nele se fixasse que a responsabilidade do Estado não é nem geral nem absoluta e que se regula por regras especiais, desempenhou a importante função de reconhecê-la como um princípio aplicável mesmo à falta de lei”¹²⁴.

Ademais, foi a partir do referido aresto que houve a sujeição da responsabilidade estatal à jurisdição administrativa, esta que possuía regras distintas das operantes na Justiça Comum francesa. Dessa forma, foi possível determinar a responsabilização do Estado, sendo este considerado autor do dano, e estando, portanto, responsabilizado pela reparação da lesão causada¹²⁵.

2.2.3.1 Teoria da culpa administrativa

A evolução para a aceitação da responsabilização do Estado, admitindo-se a culpa do mesmo, foi de grande importância à sociedade, eis que acabou com a incerteza acerca da distinção entre os ditos atos de império e os atos de gestão¹²⁶. Nesse mesmo sentido, Youssef Said Cahali expõe, quanto ao dever de reparação, que a doutrina foi aos poucos aceitando a responsabilização civil do Estado, assim que ia sendo abolida a distinção acima citada, passando-se, assim, a responder pelos danos causados aos particulares conforme ia prevalecendo o caráter publicista das normas sobre o caráter civilista nas relações entre o Estado e seus administrados¹²⁷.

A teoria da culpa administrativa, teoria do acidente administrativo ou ainda teoria da culpa do serviço, pode ser considerada o estágio de transição entre a teoria da responsabilidade civil subjetiva, baseada na culpa civil, e a responsabilidade civil objetiva, que será tratada em tópico próprio, adiante. Segundo essa teoria, a responsabilidade de haver indenização por parte do Estado é condicionada à existência comprovada da falta do serviço¹²⁸. Consoante apontamento de Hely Lopes Meirelles:

A teoria da culpa administrativa representa o primeiro estágio da transição entre a

¹²³ DI PIETRO, op. cit., p. 641.

¹²⁴ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 1018.

¹²⁵ CAHALI, op. cit., p. 27.

¹²⁶ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 522.

¹²⁷ CAHALI, op. cit., p. 25.

¹²⁸ ALEXANDRINO; PAULO, op. cit., p. 753.

doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo que a sucedeu, pois leva em conta a falta do serviço para dela inferir a responsabilidade da Administração. É o estabelecimento do binômio falta do serviço-culpa da Administração. Já aqui não se indaga da culpa subjetiva do agente administrativo, mas perquire-se a falta objetiva do serviço em si mesmo, como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiro. “Exige-se, também, uma culpa, mas uma culpa especial da Administração, a que se convencionou chamar de culpa administrativa”¹²⁹.

A falta do serviço (*faute du service*) ocorre quando da má funcionalidade do serviço, ou quando o mesmo não funciona ou demora a funcionar. Essa teoria expõe, principalmente, que a falta advém não da falha do servidor, mas sim daquela do Estado¹³⁰. Essa falta se verifica com a simples ocorrência “do mau funcionamento do serviço público para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes aos administrados”¹³¹. Assim, a configuração da responsabilidade apontada ocorre sem que haja a necessidade de averiguar eventual culpa de funcionário, desvinculando, portanto, a culpa do Estado daquela do seu agente¹³².

Assevera José de Aguiar Dias, aprofundando um pouco mais o assunto tratado, que:

A teoria da falta do serviço público, elaborada na França pelo Conselho de Estado como concepção autônoma, se caracteriza, segundo o insigne Paul Duez, pelos seguintes pontos essenciais: 1º) A responsabilidade do serviço é uma responsabilidade primária. A Administração não é declarada responsável em consequência do jogo dos dados preponente-preposto, patrão empregado etc., mas absorve a penalidade do agente, que se torna simples peça na empresa administrativa, em cujo corpo se funde. 2º) a Falta do serviço público não depende de falta do agente. É suficiente estabelecer a má condição do serviço, o funcionamento defeituoso, a que se possa atribuir o dano.[...] 3º) É preciso, entretanto, notar que o que dá lugar à responsabilidade é a falta, não o fato de serviço. Distinção útil, no sentido de que a teoria não pode ser assimilada à doutrina do risco. 4º) Nem todo defeito do serviço acarreta a responsabilidade: requer-se, para que esta se aperfeiçoe, o caráter de defectibilidade, cuja apreciação varia segundo o serviço, o lugar, as circunstâncias¹³³.

Apesar de verificada a separação entre a culpa decorrente da falta do agente da culpa do serviço público, constata-se que a culpa não se presume diante da simples ocorrência de falta do serviço. Há a necessidade de demonstração por parte do lesado da ocorrência da culpa do Estado. Destarte, à vítima cabia “demonstrar, além do dano, que este lhe fora causado pelo Estado e a culpa do serviço, e isso era muito à vista dos anseios de justiça”¹³⁴. A decorrência dessa problemática veio buscar amparo em nova teoria que demonstrasse, de

¹²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 626.

¹³⁰ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 255.

¹³¹ Idem.

¹³² DI PIETRO, op. cit., p. 642.

¹³³ DIAS, op. cit., p. 786.

¹³⁴ GASPARINI, op. cit., p. 900-901.

forma objetiva, a responsabilidade do Estado pelos danos que causasse, ou seja, seria uma responsabilidade patrimonial sem a verificação da culpa¹³⁵.

A teoria da culpa administrativa demonstrou a separação inicial entre o caráter civilista que era atribuído à responsabilização estatal, vinculado à ideia da culpa ao agente atuante, e o caráter publicista, que passou a compreender que a responsabilização deveria recair diretamente sobre o Estado. Contudo, apesar do claro avanço, esta teoria ainda esbarrava na dificuldade que o particular teria para demonstrar o fator culpa.

2.2.3.2 Teoria do risco administrativo

Diante da ainda extensa necessidade em buscar o amparo judicial para a solução dos conflitos, sem que a vítima tivesse desgaste para demonstrar a ocorrência de culpa por parte do Estado, buscou-se encontrar uma teoria que satisfizesse os interesses do lesado, a teoria do risco administrativo.

Leciona Cavalieri que a teoria do risco administrativo, desenvolvida por Leon Duguit, tinha por base o fato de que:

A Administração Pública gera risco para os administrados, entendendo-se como tal a possibilidade de dano que os membros da comunidade podem sofrer em decorrência da normal ou anormal atividade do Estado. Tendo em vista que essa atividade é exercida em favor de todos, seus ônus devem ser também suportados por todos, e não apenas por alguns. Consequentemente, deve o Estado, que a todos representa, suportar os ônus da sua atividade, independentemente de culpa dos seus agentes¹³⁶.

Infere-se do exposto acima, que o simples fato de a Administração exercer suas atividades cotidianamente gera aos administrados risco de danos, e, caso estes ocorram, sendo o Estado impulsionado pelos interesses da coletividade, a qual todos os indivíduos fazem parte, nada mais justo que todos arquem com os prejuízos decorrentes da atividade estatal.

A teoria do risco administrativo pauta-se em princípios de grande relevância para a reconstrução do patrimônio lesado. Consoante José Cretella Júnior, o princípio em que se funda esta teoria é o da *igualdade dos ônus e encargos*, que se baseia na ideia de que o serviço público não necessariamente trabalhará sempre de maneira satisfatória, e os danos que eventualmente decorram dessa ineficiência devem ser repartidos entre a coletividade, para que não recaiam somente sobre um indivíduo. “Trata-se de filosofia jurídica orientadora de uma

¹³⁵ Idem.

¹³⁶ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 257.

política econômica, mais do que a condenação do Poder Judiciário, que interviria como distribuidor da justiça”¹³⁷. Ainda segundo o autor, há também o *princípio da solidariedade humana*, que considera:

[...] o indivíduo parte da coletividade, para a qual, como elemento integrante do Estado, deve contribuir, desde sua estruturação até a organização e continuidade dos serviços públicos. Todos contribuem com tributos. As taxas e os impostos saem da coletividade e, sob forma de ingresso, aumentam o patrimônio do Estado, revertendo depois, novamente, para todos, sob a forma benéfica de serviços prestados. Se da solidariedade de todos nasce a máquina administrativa, a empresa, do prejuízo ocasionado pelo aparelhamento público, para um só que seja, nascerá a obrigação equitativa de indenizar, que se difundirá por todos os administrados solidários com aquele que, individualmente, suportou o dano¹³⁸.

Dessa forma, evidente que pela teoria do risco administrativo, o dano causado pela Administração Pública ao particular deve ser indenizado. Essa indenização, devida pelo Estado, independe da exigência da configuração da culpa do agente público, ou do serviço, consoante ensinamento de Diógenes Gasparini¹³⁹. Da obra do autor extrai-se também que, ainda que seja dispensada a prova da culpa, a presunção de que o dano deve ser plenamente responsabilizado é relativizada, uma vez que:

É suficiente a prova da lesão e de que esta foi causada pelo Estado. A culpa é inferida do fato lesivo, ou vale dizer, decorrente do risco que a atividade pública gera para os administrados. Esse rigor é suavizado mediante a prova, feita pela Administração Pública, de que a vítima concorreu, parcial ou totalmente, para o evento danoso, o de que este não teve origem em um comportamento do Estado. Essas circunstâncias, conforme o caso, liberam o Estado, total ou parcialmente, da responsabilidade de indenizar¹⁴⁰.

Conforme se constata da obra de Diógenes Gasparini, exposta acima, basta a ocorrência do fato pelo Estado, o dano gerado, e o vínculo existente entre fato e dano para que se presuma a culpa decorrente do risco inerente à atividade estatal, sendo que à Administração Pública cabe, para reduzir ou excluir a responsabilidade, provar a concorrência da vítima para a ocorrência do dano.

E, neste sentido, Cavalieri assevera que há, portanto, a possibilidade de afastamento da responsabilidade do Estado, nos casos de haver excludente denexo causal, nas hipóteses de fato exclusivo da vítima, caso fortuito e força maior. Dessa forma, o risco administrativo é o risco que o Estado suporta em decorrência da sua atividade administrativa, e não da atividade alheia, seja de terceiros ou da própria vítima, ou seja, caso não tenha dado causa ao dano, não haverá como ser responsabilizado, pois, “se não existe relação causa e

¹³⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. **O Estado e a obrigação de indenizar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 206.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 305-306.

¹³⁹ GASPARINI, 2005, p. 901.

¹⁴⁰ *Idem*.

efeito entre a atividade administrativa e a lesão, não terá lugar a aplicação da teoria do risco administrativo”¹⁴¹.

2.2.3.3 Teoria do risco integral

Apesar de ser considerada de caráter extremo a adoção dessa teoria, José dos Santos Carvalho Filho explica que a teoria do risco administrativo possui limitações pautadas na verificação do nexo causal, o que pode ser superado pela teoria do risco integral, uma vez que esta considera haver responsabilidade até mesmo quando incorrer a vítima em culpa que seja determinante ao evento danoso¹⁴².

A teoria em questão evidencia certo exagero da responsabilização civil do Estado, eis que para ela seria suficiente a existência do evento danoso e do nexo causal para que existisse a necessidade de indenizar pela Administração Pública, mesmo que o dano decorra de culpa exclusiva do particular, havendo, portanto, apenas a necessidade de que o Estado tenha concorrido para a ocorrência do dano¹⁴³. “Assim, ter-se ia de indenizar a família da vítima de alguém que, desejando suicidar-se, viesse a se atirar sob as rodas de um veículo, coletor de lixo, de propriedade da Administração Pública”¹⁴⁴.

O risco integral prevê, também, a possibilidade de responsabilização do Estado ainda que presentes as excludentes da responsabilidade do Estado. Entendem Carlos Alberto Menezes de Direito e Sérgio Cavalieri Filho que essa teoria é aceita no nosso ordenamento apenas em casos excepcionais, uma vez que “encontrou espaço para expandir-se, porque as circunstâncias próprias da vida moderna, com o desmesurado crescimento das cidades e as inúmeras deficiências dos serviços postos a disposição dos cidadãos, multiplicaram as possibilidades de dano”¹⁴⁵, assim, a exposição do ser humano ao perigo do convívio social, o faz necessitar de uma segurança material que se apoia em segurança jurídica, a fim de que lhe seja concedido o direito à reparação do dano que lhe for causado¹⁴⁶.

Tem-se ainda uma teoria considerada uma derivação específica da teoria do risco

¹⁴¹ CAVALIERI FILHO, 2007, p. 223.

¹⁴² CARVALHO FILHO, op. cit., p. 524.

¹⁴³ ALEXANDRINO; PAULO, op. cit., p. 754.

¹⁴⁴ GASPARINI, op. cit., p. 901.

¹⁴⁵ DIREITO; CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 15-16.

¹⁴⁶ Idem.

integral, a **teoria do risco social**, e, segundo esta, “o foco da responsabilidade civil é a vítima, e não o autor do dano, de modo que a reparação estaria a cargo de toda a coletividade, dando ensejo ao que se denomina de socialização dos riscos”¹⁴⁷, no fundo, o que se verifica, é o princípio da *equânime repartição dos ônus* decorrentes da regular atividade do Estado, no qual se verifica que o prejuízo desta atuação não deve ser apenas por um suportado¹⁴⁸.

2.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO DIREITO BRASILEIRO

O ponto de partida para a análise acerca da responsabilidade civil do Estado no território nacional remete à época em que o Brasil ainda era colônia de Portugal.

Nesse período, a teoria vigente, portanto, era a da irresponsabilidade do Estado, uma vez que todos os poderes (executivo, legislativo e judiciário) estavam subordinados à pessoa do Rei, e este, conforme visto na teoria da irresponsabilidade, era o próprio Estado, absoluto e soberano, não sendo cometedor de erros. Porém, como ainda não havia a constituição de um Estado puramente brasileiro, desvinculado da Coroa Portuguesa, não é de se considerar que esta fase existiu em nosso ordenamento¹⁴⁹.

Assim, no Brasil pode-se afirmar que sempre existiu, de alguma forma, a responsabilização do Estado pelos danos que este causasse, ou seja, não houve a fase da irresponsabilidade do Estado¹⁵⁰, e “mesmo à falta de disposição legal específica, a tese da responsabilidade do Poder Público sempre foi aceita como princípio geral e fundamental de Direito”¹⁵¹.

A Constituição de 1824, vigente no início do Brasil-Império preconizava, em título próprio para tratar a respeito do *Imperador*, em seu artigo 99 que “a Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma”¹⁵². Apesar de haver essa cláusula de irresponsabilidade logo no início do período em questão, mesmo não havendo previsão no ordenamento ou qualquer disposição geral acerca da responsabilização estatal, houve a promulgação leis e decretos específicos que fixavam a

¹⁴⁷ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 524-525.

¹⁴⁸ BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 1016.

¹⁴⁹ CRETELLA JÚNIOR, op. cit., *apud* URUGUAI, 1862, p. 176

¹⁵⁰ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 224.

¹⁵¹ *Idem*.

¹⁵² BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brazil**: promulgada em 25 de março de 1824.

possibilidade de imputação da responsabilidade ao Estado. Ressalta-se que são:

[...] desse período, entre outros, os Decretos de 8 de janeiro de 1835, de 1º de dezembro de 1845, de 22 de janeiro de 1847, que responsabilizavam o Tesouro Público pelo extravio, por culpa ou fraude do respectivo funcionário, de objetos recolhidos às suas caixas e cofres, e o Decreto n. 1930, de 26 de abril de 1857, que obrigava a Fazenda Pública a ressarcir os danos causados por servidor de estrada de ferro.

[...]

Por outro lado, a Constituição de 1824, art. 179, n. 29, preceituava a responsabilidade dos empregados públicos pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções, salvo no que respeitava ao Imperador, que gozava do privilégio de irresponsabilidade (art. 99). Aquele dispositivo estava longe de indicar apenas a responsabilidade do agente público. Ao contrário disso, entendia-se haver solidariedade do Estado em relação aos atos de seus agentes¹⁵³.

Diante do fato de o país encontrar-se mergulhado em um período em que a figura do rei era soberana, é de se surpreender que havia a possibilidade de responsabilização estatal mesmo em uma monarquia, em que o Estado, supostamente, seria intocável. Com a Proclamação da República, no ano de 1889, e a promulgação da primeira Constituição do período republicano, em 1891, esta, apesar de persistir na omissão quanto à responsabilização estatal previa, em seu artigo 82, tal qual como na Constituição de 1824, que “os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente seus subalternos”¹⁵⁴.

Celso Antônio Bandeira de Mello entende que tais dispositivos, ao definirem a responsabilização pessoal do agente, não significavam um afastamento da responsabilização estatal, mas sim, consagravam a “solidariedade do Estado em relação aos atos de seus agentes”¹⁵⁵. Assim, entendia-se existir a responsabilidade baseada na culpa civil, dependente, portanto, da ocorrência e verificação de culpa do funcionário, sendo que o Estado só responderia pelos atos daquele se comprovado que o mesmo atuou de forma negligente, imperita ou imprudente¹⁵⁶.

No ano de 1917 entrou em vigor o Código Civil de 1916, que abrangeu a responsabilidade civil do Estado ao definir em seu artigo 15 que:

[...] as pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito

¹⁵³ GASPARINI, op. cit., p. 911, *apud* BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 910.

¹⁵⁴ CAHALI, op. cit., p. 30.

¹⁵⁵ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 1044, *apud* BUENO, 1850, p. 602-603.

¹⁵⁶ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 224.

regressivo contra os causadores do dano¹⁵⁷.

De acordo com o referido texto legal, quanto à ambiguidade presente na sua redação, Cavalieri assevera que:

[...] ensejou alguma controvérsia inicial, a melhor doutrina acabou firmando entendimento no sentido de ter sido, nele, consagrada a teoria da culpa como fundamento da responsabilidade civil do Estado. Tanto é assim que fala em representantes, ainda ligado à ideia de que o funcionário representaria o Estado, seria o seu preposto, tal como ocorre no Direito Privado. Ademais, as expressões “procedendo de modo contrário ao Direito ou faltando a dever prescrito por lei” não teriam sentido se não se referissem à culpa do funcionário.

[...]

É preciso que se diga, entretanto, que, ainda na vigência do art. 15 do Código Civil de 1916, alguns autores, valendo-se da já mencionada ambiguidade da sua redação, começaram a sustentar a tese da responsabilidade objetiva do Estado, inspirados nas ideias que prevaleciam na França e em outros países europeus [...]. Em luminosos votos, proferidos no Supremo Tribunal Federal, os Mins. Orozimbo Nonato e Filadelfo Azevedo esboçaram nitidamente o alcance da teoria do risco administrativo. De onde se conclui que, também entre nós, a responsabilidade objetiva do Estado chegou primeiro à jurisprudência, para depois se transformar em texto legal¹⁵⁸.

Aqui há a primeira ideia da responsabilidade civil objetiva do Estado no Brasil, situação consagrada na Constituição Federal de 1946, e que, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, foi um avanço de grande importância, eis que previu no ordenamento a possibilidade de responsabilização com base na *teoria da responsabilidade objetiva*¹⁵⁹, podendo assim o “Estado compor danos oriundos de atos lesivos mesmo na ausência de qualquer procedimento irregular de funcionário ou agente sue, à margem, pois, de qualquer culpa ou falta do serviço”¹⁶⁰. Assim ficou a redação do artigo 194 da Constituição de 1946:

Art. 194. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único. Caber-lhe-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.

José dos Santos Carvalho Filho observa que a redação dada pela Constituição Federal de 1946 retirou da norma do art. 15 do Código Civil de 1916 “os pressupostos da conduta contrária ao direito e da inobservância de dever legal, exatamente aqueles que denunciavam a adoção da responsabilidade subjetiva ou com culpa”¹⁶¹.

Dessa forma, Cavalieri expõe que, diante do fato de a culpa aparecer apenas no parágrafo único do artigo constitucional citado, o elemento subjetivo só estava presente

¹⁵⁷ BRASIL. **Lei n. 3.071. Código Civil**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ.

¹⁵⁸ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 225.

¹⁵⁹ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 1045.

¹⁶⁰ Idem.

¹⁶¹ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 526.

quando da ação regressiva do Estado contra seu funcionário¹⁶², o que leva a crer que, se somente por esta “se exige a prova de culpa e dolo, é porque a ação da vítima contra o Estado se prescinde desses elementos subjetivos”¹⁶³.

A teoria da responsabilidade civil objetiva perpetuou-se na Constituição de 1967, bem como a Constituição de 1988 conservou os seus mesmos princípios, ampliando a extensão da responsabilidade ao definir que:

Art. 37, §6º. 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.

Saliente-se que “a jurisprudência mais recente, de maneira uniforme, preserva o entendimento de que, no caso, é efetivamente objetiva a responsabilidade do Estado pela obrigação de indenizar”, no direito brasileiro¹⁶⁴. Diante do exposto, Cavalieri conclui que o Estado só pode responder, portanto, pelos atos danosos *que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros*, expressão destacada que segundo o autor identifica:

[...] que o constituinte adotou expressamente a teoria do risco administrativo como fundamento da responsabilidade do Estado, e não a teoria do risco integral, porquanto condicionou a responsabilidade objetiva do Poder Público ao dano decorrente da sua atividade administrativa, isto é, aos casos em que houver relação de causa e efeito entre a atividade do agente público e o dano. Sem essa relação de causalidade, como já ficou assentado, não há como e nem por que responsabilizá-lo. Importa dizer que o Estado não responderá pelos danos causados a outrem pelos seus servidores quando não estiverem no exercício da função, nem agindo em razão dela. Não responderá, igualmente, quando o dano decorrer de fato exclusivo da vítima, caso fortuito ou força maior e fato de terceiro, por isso que tais fatores, por não serem agentes do Estado, excluem o nexo causal¹⁶⁵.

Exposta a evolução da responsabilidade civil do Estado no ordenamento, até a inserção da responsabilidade civil objetiva como forma de resguardar os direitos dos indivíduos lesados pela atividade estatal, principalmente pela teoria do risco administrativo, verifica-se que, apesar da obrigação estatal em reparar os danos que cause a terceiros, existem situações que afastam o dever de indenizar, conhecidas por excludentes de responsabilidade, conforme será apresentado a seguir.

¹⁶² CAVALIERI FILHO, op. cit., loc. cit.

¹⁶³ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 225.

¹⁶⁴ CAHALI, op. cit., p. 32.

¹⁶⁵ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 228.

2.4 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE ESTATAL

Consoante o anteriormente exposto, aceitar-se por completo a teoria do risco integral seria admitir que o Estado fosse responsabilizado em situações que fugissem ao seu controle, mesmo que ele quisesse evitar tais ocorrências. Pelo exposto, não se deve esperar que o Estado esteja sempre obrigado a indenizar os prejuízos que seus atos causem, pois, conforme exposto no art. 37, §6º. da Constituição Federal, a ele só cabe recompor os prejuízos decorrentes de condutas que seus agentes, nessa qualidade, causaram a outrem¹⁶⁶, sendo que, “se a vítima concorreu para a ocorrência do evento danoso, atribui-se-lhe a responsabilidade decorrente na proporção de sua contribuição”¹⁶⁷.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello relembra que as concausas, conforme apresentado anteriormente, não são excludentes da responsabilização estatal. Em algumas situações, além da atuação do Estado, pode ocorrer a ação de um particular que contribua para a ocorrência do dano¹⁶⁸, ou seja, existe mais de uma causa que culmine no prejuízo, assim, não havendo exclusão da responsabilidade estatal, haverá, portanto, “atenuação do *quantum* indenizatório, a ser decidido na proporção em que cada qual haja participado para a produção do evento”¹⁶⁹.

Rui Stoco define que para a responsabilidade civil objetiva do Estado existir, é necessário que haja o nexa causal, logo, com a inexistência do liame de causalidade, não deverá haver a responsabilização estatal. Portanto:

[...] quando a causa do dano tenha origem no caso fortuito, na força maior, ou decorra de culpa exclusiva da vítima, o serviço público deixa de figurar como causa eficiente do resultado, convertendo-se em mera circunstância de fato, na consideração de que, neste caso, o vínculo de causa e efeito só poderá ser identificado nas forças incontroláveis da natureza ou na conduta temerária da própria vítima¹⁷⁰.

Quanto à força maior, cumpre destacar que eventual invocação dela, como excludente, por se tratar de uma força de natureza irresistível, “é relevante apenas na medida em que pode comprovar ausência de nexa causal entre a atuação do Estado e o dano ocorrido. Se foi produzido por *força maior*, então não foi produzido pelo Estado”¹⁷¹. No tocante à excludente demonstrada, bem como do *caso fortuito* (fenômenos naturais), ambos são

¹⁶⁶ GASPARINI, op. cit., p. 902.

¹⁶⁷ GASPARINI, op. cit., p. 902.

¹⁶⁸ BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 1041.

¹⁶⁹ Idem.

¹⁷⁰ STOCO, op. cit., p. 1014.

¹⁷¹ BANDEIRA DE MELLO, loc. cit.

acontecimentos imprevisíveis e irresistíveis, decorrentes de força alheia à vontade do Estado, não havendo que serem indenizados os danos daí decorrentes, contudo, caso a conduta estatal concorrente haja sido culposa ou dolosa, deve este responder pelos danos causados¹⁷².

Já a outra hipótese que exclui a responsabilidade do Estado se refere à *culpa da vítima*, e, segundo Rui Stoco, ela não é em si mesma causa excludente da responsabilidade do Estado, pois, se alguém, por exemplo, que dirigia de forma imprudente um automóvel sofre um acidente, a invocação desta excludente seria suficiente para afastar a responsabilização do Estado, contudo, o que se verifica é que o causador do dano não foi o Estado, mas sim a própria vítima. Verifica-se que na verdade o que não ocorre é onexo causal entre o ato e o dano, ou seja, não há relação entre a atuação do Estado e o prejuízo sofrido¹⁷³.

Diante do exposto, nota-se que as únicas formas de rechaçar-se a imputação da responsabilidade pelo dano ao Estado, de acordo com a teoria da responsabilidade civil objetiva, é com a ocorrência de alguma das excludentes apresentadas neste tópico. O enfoque principal para a verificação de uma excludente é a verificação donexo causal entre a conduta e o dano causado ao patrimônio do indivíduo, assim, conforme se verá adiante, ainda que verificada a atuação do Estado, mesmo que lícita, sendo esta causadora de dano, este há de ser indenizado¹⁷⁴.

¹⁷² GASPARINI, op. cit., p. 903.

¹⁷³ STOCO, op. cit., *apud* BANDEIRA DE MELLO, 1993, p. 1015.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 168.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA NOMEAÇÃO RETROATIVA POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL

3.1 A ASSUNÇÃO A CARGO PÚBLICO

Para que haja a motivação do pedido indenização pecuniária em decorrência de uma nomeação retroativa, cabe àquele que pleiteia a reparação ter iniciado o processo de vinculação ao serviço público. A previsão para o ingresso no serviço público encontra-se na Constituição Federal de 1988 da seguinte forma:

Art. 37. II - 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;

À vista disso, há uma obrigatoriedade de realização de concurso público baseado em requisitos técnicos que avaliem e classifiquem os interessados em ingressar no quadro de servidores da Administração Pública, ressalvado o ingresso a cargos comissionados. Cumpre ressaltar que para fins de análise do presente estudo, interessa apenas o ingresso em cargos efetivos do quadro do serviço público, dispensando-se o provimento dos cargos de livre nomeação e exoneração, bem como os de caráter temporário.

Hely Lopes Meirelles explica que “o concurso público é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se a moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público”¹⁷⁵, dando a oportunidade àqueles que queiram laborar na Administração Pública chances iguais de ingresso no quadro de servidores efetivos do serviço público, consoante o grau de complexidade dos cargos a serem ocupados¹⁷⁶. Cumpre destacar “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”¹⁷⁷.

Ultrapassada a etapa da realização do concurso público, os aprovados são classificados conforme os critérios estabelecidos no edital de realização do certame. A “aprovação em concurso não cria, para o aprovado, o direito à nomeação. Trata-se, como já

¹⁷⁵ MEIRELLES, 2010, p. 461-462.

¹⁷⁶ Idem.

¹⁷⁷ CAPISTRANO, Márcio Anderson Silveira. **Responsabilidade do Estado por nomeação tardia de aprovado em concurso público**: análise crítica da jurisprudência brasileira. Conpedi, 2010. p. 2231.

decidido pelo STF, de mera expectativa de direito”¹⁷⁸. Assim, dentro do prazo de validade do concurso, que pode ser de até dois anos, prorrogável por igual período, os aprovados podem ser convocados pela Administração para o preenchimento das vagas oferecidas no edital, através da nomeação para o cargo público ao qual foi prestado o concurso¹⁷⁹.

A vinculação do servidor a este cargo é dada pela autoridade competente mediante ato administrativo que “conceda” o cargo ao candidato, permitindo que este passe a preencher o cargo público, exercendo, portanto, a sua titularidade. O termo designado para esta vinculação é conhecido como *nomeação* ou *investidura*¹⁸⁰. A respeito da nomeação de candidato aprovado em concurso público dentro da validade do concurso, cabe salientar que:

No interior de tal prazo os aprovados terão precedência para nomeação sobre novos concursados (art. 37, IV, da CF). Como consequência desta prioridade, a Administração só com eles poderá preencher as vagas existentes dentro de seu período de validade, que já existentes dentro de seu período de validade, quer já existissem quando da abertura do certame, quer ocorridas depois. É certo, outrossim, que não poderá deixá-lo escoar simplesmente como meio de se evadir ao comando de tal regra, nomeando em seguida os aprovados no concurso sucessivo, que isto seria um desvio de poder. Com efeito, se fosse possível agir deste modo, a garantia do inciso IV não valeria nada, sendo o mesmo uma “letra morta”¹⁸¹.

A súmula número 15 do Supremo Tribunal Federal corrobora o fixado na Carta Magna ao prever que “dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação”¹⁸², ou seja, em casos em que houver preterição daquele que possuía o direito à convocação, necessária se faz a nomeação deste. Inúmeros são os casos de preterição de aprovados em concurso público, algumas por abusos e ilegalidades da administração que, burlando as exigências do edital do certame, favorece interesses de particulares, ou mesmo em virtude de atos aparentemente legais, porém que afastam a Administração do dever de nomear o candidato aprovado¹⁸³.

A respeito disso, essencial questão deve ser exposta quanto à nomeação dentro do prazo de validade do concurso público. Em entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em julgado de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, no ano de 2011, com repercussão geral, houve a determinação de que a Administração Pública, dentro do prazo de validade do concurso poderá escolher o momento no qual se dará a nomeação do candidato

¹⁷⁸ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 603.

¹⁷⁹ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 288.

¹⁸⁰ GASPARINI, op. cit., p. 265.

¹⁸¹ BANDEIRA DE MELLO, loc. cit..

¹⁸² BRASIL, **Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 15.** Sessão Plenária de 3/12/1963.

¹⁸³ MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 51.

aprovado em concurso público, contudo, havendo a previsão de vagas para provimento oferecidas no edital, o Estado não poderá dispor acerca da possibilidade de nomeação do candidato. Assim, a aprovação dentro do número de vagas oferecidas torna-se um direito do candidato aprovado, e uma obrigação ao órgão público, ainda que inexista disponibilidade financeira, ressalvado os casos excepcionais. É, portanto, um direito subjetivo do candidato a sua nomeação dentro do prazo de validade do certame, a partir do momento que é tornada pública a existência de vagas para o provimento¹⁸⁴.

A Corte Suprema em julgado posterior, complementando a decisão anterior, firmou entendimento que, ainda que haja previsão de cadastro de reserva para aprovados em concurso público, há o direito subjetivo à nomeação do candidato se no prazo de validade do certame houver a criação de novos cargos decorrentes de lei, bem como em virtude de vacância de cargo já existente no quadro do órgão¹⁸⁵. Essa decisão delimitou o campo da nomeação dos aprovados em concursos públicos possibilitando, dessa forma, que aqueles que se sentissem prejudicados, passassem a requerer através da via judicial a garantia à nomeação retroativa à data em que deveriam ter sido nomeados.

Superada a etapa da nomeação do candidato, para o aperfeiçoamento do vínculo previamente firmado entre candidato nomeado e Administração Pública é necessária a posse, que se traduz na “aceitação do cargo e o compromisso de bem desempenhar as respectivas funções”¹⁸⁶. Segundo Hely Lopes Meirelles:

A posse é a *conditio juris* da função pública. Por ela se conferem ao servidor ou ao agente político as prerrogativas, os direitos e os deveres do cargo ou do mandato. Sem a posse o provimento não se completa, nem pode haver exercício da função pública. É a posse que marca o início dos direitos e deveres funcionais, como, também, gera as restrições, impedimentos e incompatibilidades para o desempenho de outros cargos funções ou mandatos¹⁸⁷.

Contudo, é apenas com o efetivo exercício é que o servidor passa a desempenhar as atribuições próprias do cargo, fixadas por lei¹⁸⁸. O exercício do cargo é que perfectibiliza o processo de investidura, conferindo ao novo servidor “o direito à retribuição pecuniária como contraprestação pelo desempenho das funções inerentes ao cargo”¹⁸⁹. José dos Santos Carvalho Filho define esta contraprestação pecuniária como:

[...] o montante percebido pelo servidor público a título de vencimentos e de

¹⁸⁴ STF, RE n. 598.099, do Mato Grosso do Sul, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe: 03 out. 2011

¹⁸⁵ STF, RE n. 581.113, de Santa Catarina, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe: 31, mai. 2011

¹⁸⁶ GASPARINI, op. cit., p. 265-266.

¹⁸⁷ MEIRELLES, op. cit., p. 465

¹⁸⁸ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 590.

¹⁸⁹ Idem.

vantagens pecuniárias. É, portanto, o somatório das várias parcelas que faz jus, em decorrência de sua situação funcional.

[...]

O substrato fático do vencimento é, como regra, o exercício das funções relativas ao cargo, embora haja situações especiais em que o servidor faz jus à remuneração sem exercer funções (férias, licenças para tratamento de saúde, etc...). Se a nomeação vier a ser anulada, o vencimento se converte em indenização pelo trabalho executado, não tendo o ex-servidor o dever de devolução de tais parcelas¹⁹⁰.

Dessa forma, demonstrados os conceitos que norteiam o percurso do candidato desde a etapa de realização do certame, até o exercício do cargo, cabe salientar que os pleitos indenizatórios pelo tempo em que o candidato aguardou a nomeação costumam pautar-se no pagamento da remuneração que o mesmo deixou de auferir entre o período que deveria ter sido nomeado e o que efetivamente foi.

Inúmeras são as condutas da Administração Pública no provimento de seus cargos que acabam preterindo candidatos, seja por simples erro involuntário no provimento dos cargos, por atitude suspeita que beneficia demais prestadores do concurso, ou por tentar reduzir os custos do Poder Público com comprometimento de verbas com remuneração de Pessoal. Não é a mera aprovação do candidato que gera o dever de nomeá-lo, alguns fatores devem ser observados e respeitados, como a duração da validade do concurso, o número de vagas oferecidas no edital, e discricionariedade do órgão público em prover estas dentro da validade do certame.

O que se pode afirmar é que, diante da transgressão ou inobservância de um dever de nomear o candidato para o cargo para o qual o mesmo prestou concurso, não há que se falar em remuneração retroativa pelo período em que se aguardou solução, uma vez que remuneração pressupõe o pleno exercício das atribuições próprias do cargo, que são consequências da nomeação e da posse. Ou seja, ainda que os efeitos de uma nomeação sejam retroativos, não se é correto remunerar o candidato pelo período não trabalhado. Outras formas de abordagem de como deve se dar essa indenização devem ser utilizadas, podendo o julgador valer-se da reparação diante da perda de uma chance ou oportunidade de exercício do cargo público, ou eventualmente um lucro cessante que tome por critério balizador os valores da remuneração¹⁹¹.

¹⁹⁰ Ibidem, p. 697.

¹⁹¹ STJ, EREsp n. 825.037, do Distrito Federal, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe: 22 fev. 2011.

3.2 A NOMEAÇÃO RETROATIVA E A RESPONSABILIDADE ESTATAL

Delineados os fatores que se relacionam com a nomeação do candidato, a fim de melhor compreender a responsabilização pela nomeação retroativa por força de decisão judicial, cumpre, inicialmente, construir um raciocínio sobre o tema, distinguindo aquela decorrente de decisão judicial, da simples nomeação por conveniência da Administração Pública.

A nomeação de um candidato pode decorrer tanto de ato judicial, quanto de ato do Poder Público. Nos casos em que decorrer de determinação da Justiça, sempre será uma nomeação tardia, uma vez que para que o indivíduo tivesse seu direito à nomeação garantido, teve que buscar auxílio ao Poder Judiciário, e este, reconhecendo o erro administrativo pretérito, determinou a nomeação tardiamente. Ressalta-se que a nomeação retroativa é uma nomeação tardia, porém, a recíproca não pode ser tida como verdadeira.

Por sua vez, a impulsionada pela própria Administração Pública pode ser tardia ou não, sendo tardia aquela que o Judiciário, considerando a preterição de candidato, entendeu ter ocorrido em momento posterior àquele que seria o correto, e a não-tardia a decorrente da atividade discricionária do Estado, que é a possibilidade que este “tem de identificar a melhor oportunidade ou conveniência para realizar as nomeações durante o período de validade do concurso”¹⁹².

Assim, a nomeação tardia, tanto administrativa quanto por determinação judicial, pressupõe um erro na conduta da administração, que preteriu candidato. Cabe destacar que existe a discricionariedade da Administração no processo de provimento de seus cargos, que lhe permite, dentro da sua conveniência administrativa e financeira, determinar qual o melhor momento de provê-los, desde que para tal não incorra em ilegalidade. Assim entendeu o Supremo Tribunal Federal ao fixar que “respeitada a ordem de classificação, a discricionariedade da Administração resume-se ao momento da nomeação, nos limites do prazo de validade do concurso”¹⁹³.

José dos Santos Carvalho Filho exemplifica o tema ao discorrer que:

¹⁹² DIZER O DIREITO. Candidato aprovado fora do número de vagas previsto no edital tem direito subjetivo à nomeação?. 2012. Disponível em:< <http://www.dizerodireito.com.br/2012/09/candidato-aprovado-fora-do-numero-de.html>>. Acesso em 19 de jun. 2013.

¹⁹³ STF, RE n. 598.099, do Mato Grosso do Sul, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe: 03 out. 2011.

Pode ocorrer que o candidato não tenha sido nomeado por ter sido considerado reprovado no concurso, e posteriormente, em ação judicial, a decisão tenha reconhecido a sua aprovação e, conseqüentemente, tenha ordenado ao órgão administrativo a adoção de providência com vistas à nomeação.

[...]

O ato de nomeação deve retroagir ao momento em que houve as nomeações anteriores, e o servidor deve ser inserido na ordem classificatória, como se tivesse sido nomeado juntamente com os demais aprovados. Tendo havido progressões funcionais, como a promoção, por exemplo, tem direito a elas, como se estivesse em exercício, eis que não pode ser prejudicado pelo equívoco administrativo¹⁹⁴.

Conforme visto, evidencia-se o caráter retroativo da nomeação por força de decisão judicial, caso verificada a preterição do candidato. Dessa forma, Youssef Said Cahali preceitua que:

O ato ilegal da autoridade administrativa, no âmbito do funcionalismo público em geral, na medida em que possa causar danos patrimoniais ou morais ao servidor punido indevidamente, preterido na sua nomeação ou promoção, não se exaure na sua simples desconstituição através das medidas judiciais cabíveis; poderá ensejar, igualmente, a responsabilização do Estado pelos prejuízos assim causados¹⁹⁵.

À vista do exposto, seria o ato administrativo consistente na recusa ilegal da nomeação e posse do aprovado em concurso público ensejador da responsabilização do Estado, uma vez que a preterição sofrida pelo candidato, decorrente da violação do seu direito pelo Poder Público, causa-lhe um dano passível de reparação. José Cretella Júnior reconhece tal possibilidade ao afirmar que “*os atos administrativos materiais, praticados pelo Poder Judiciário, tais como nomeações e demissões de funcionários, concessão de licenças, férias, correções, se causam danos aos administrados, empenham responsabilidade civil ao Estado*”¹⁹⁶.

Estando presentes estão os pressupostos da responsabilidade civil objetiva estatal que determinam a obrigação de indenizar, ressalta-se que não somente do ato ilícito praticado pelo Estado é que surge a possibilidade de indenização ao particular lesado.

Sobre o tema, leciona Capistrano, citando o Recurso Especial número 343.802 – DF, do Superior Tribunal de Justiça, de Relatoria do Ministro José Delgado, que:

No âmbito da responsabilidade extracontratual, 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 e assim reconhecidas pelo Judiciário. Trata-se, pois, de atividade ilegal, irregular, ilegítima – como nos casos de flagrante erro material nas questões ou de contratação precária de terceiros mesmo havendo candidatos aprovados aguardando a nomeação. Contudo, vislumbra-se não ser, adequado, em certas situações, atribuir à ação administrativa a pecha da ilicitude. Pode haver uma dúvida razoável acerca da

¹⁹⁴ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 605.

¹⁹⁵ CAHALI, op. cit., p. 350.

¹⁹⁶ CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 259.

situação subjetiva do candidato: ainda que a interpretação da Administração seja diferente da interpretação judicial, não se pode afirmar que houve propriamente ilicitude durante o certame¹⁹⁷.

Inúmeros são os casos analisados pelo Judiciário que trataram da preterição de candidatos pelo Serviço Público, a ampla maioria baseada em situações de conduta ilícita da Administração Pública, e uma pequena parte em atos lícitos, decorrentes da regular atuação do Estado.

Extrai-se da obra de Youssef Said Cahali, como exemplo de ato ilícito no processo de provimento dos cargos, a verificação da preterição de candidato, com a nomeação em seu lugar de outro que se encontrava classificado em situação inferior à sua no certame, o que expõe a violação pelo Estado do direito que alguém tinha de ter sido legalmente nomeado, causando-lhe prejuízo¹⁹⁸.

Outras hipóteses que tratam a respeito da ilicitude da conduta administrativa no provimento de seus cargos são descritos por Maia e Queiroz, por exemplo, quando a Administração Pública, com cargos vagos para preenchimento, e candidatos aprovados, aguarda o escoamento do prazo do concurso, para, logo em seguida, abrir novo certame para provimento dos cargos¹⁹⁹, ou quando ocorrem contratações temporárias fraudulentas para suprir necessidades de natureza permanente²⁰⁰, ou, ainda, a terceirização irregular como modo de valer-se de mão de obra barata para o desempenho de atribuições próprias das atividades fim da Administração Pública²⁰¹.

Já uma hipótese de ato lícito do Estado que pode acarretar a demora na nomeação, baseia-se na ideia de que haja declaração de inaptidão de candidato para desempenho de cargo público na condição de portador de necessidades especiais firmada pela Junta Médica Oficial do Órgão para o qual se prestará o concurso, declaração esta que impossibilita que o candidato concorra às vagas reservadas do certame. Ressalta-se que é reservado ao candidato portador de necessidades especiais um percentual das vagas oferecidas no concurso, nos termos do artigo 37, VIII, da Constituição Federal de 1988²⁰².

Nesse caso, o candidato presta o concurso e é aprovado na listagem geral, ao mesmo tempo em que ingressa com ação judicial para que lhe seja garantido o direito de

¹⁹⁷ CAPISTRANO, op. cit., p. 2231.

¹⁹⁸ CAHALI, op. cit., p. 350.

¹⁹⁹ MAIA; QUEIROZ, op. cit., p. 233-234.

²⁰⁰ Ibidem, p. 64.

²⁰¹ Ibidem, p. 65-68.

²⁰² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988.

concorrer às vagas próprias para deficientes físicos, direito que lhe é posteriormente conferido, após nova avaliação por Junta Médica designada judicialmente, o que o reposiciona de maneira mais vantajosa do que na listagem geral. Contudo, nomeações já ocorreram neste ínterim, e o candidato teve sua nomeação, dessa forma, declarada tardiamente.

Verifica-se quanto ao segundo exemplo, referente ao ato lícito, que a Administração atuou em consonância com os princípios da Administração Pública, bem como no legal exercício das atribuições que lhe são conferidas para atestar a necessidade especial ou não do candidato. Não se verifica ilícito na conduta estatal, contudo, há a possibilidade de indenização pelo erro na aplicação dos critérios de avaliação utilizados pela Junta Médica, que postergou a nomeação do candidato.

3.2.1 A responsabilização decorrente de atos lícitos do Estado

Ao contrário daquilo que é preconizado nos Tribunais Superiores, conforme será visto adiante, urge salientar que não é somente de danos decorrentes da atividade ilegítima do Estado que decorre a responsabilidade civil. É de se esperar que o mais comum seja que a obrigação de responsabilizar alguém tenha por fundamento a prática de um ato ilícito, porém, esta obrigação pode também ser fruto da prática de fatos permitidos por lei e não abarcados pelo risco social²⁰³. É o caso da atividade regular desempenhada pelo Estado, que, por causar dano ao particular, torna imperativo o dever de indenizar o injustamente lesado. Dessa forma, assevera o autor, citando o Recurso Extraordinário n. 113.587-5 – SP, que “o Estado é obrigado a ressarcir os prejuízos causados a particular, embora tais prejuízos sejam consequência indireta de atividade legítima do Poder Público”²⁰⁴.

Assim, a responsabilidade civil, na concepção de Rui Stoco, também surge quando este ato da Administração tido por lícito, praticado de forma condizente com a lei e que visa satisfazer o interesse coletivo, acarreta danos a particular²⁰⁵. Nesse sentido, o autor define que:

A indenização de direito público (*öffentliche rechtlichen Entschädigung*) foi elevada por Otto Mayer à categoria de um princípio geral regulador dos efeitos

²⁰³ GONÇALVES, op. cit., p. 34.

²⁰⁴ Ibidem, p. 155.

²⁰⁵ STOCO, op. cit., p. 1204.

econômicos da atividade estatal na esfera jurídico-patrimonial dos administrados. A justiça e equidade (*Gerechtigkeit und Billigkeit*) exigem o ressarcimento dos sacrifícios desigualmente impostos a um ou vários cidadãos, não interessando o caráter lícito ou ilícito do ato estatal causador do prejuízo, mostrando-se decisivo apenas o nexo de causalidade entre o comportamento lesivo do ente público e o sacrifício especial. A forma do ato estatal não assume também relevância jurídica no sistema de Otto Mayer; só a imposição de um sacrifício desigualmente onerador é considerada imprescindível ao reconhecimento da pretensão indenizatória²⁰⁶.

Minatto explica que por muitas vezes o Estado atua, dentro da legalidade, em atividades que não possuem o condão de sacrificar o direito de terceiro, contudo, essa atuação, apesar de legítima, gera como consequência a lesão a direito alheio, situação em que o Estado se coloca como responsável, devendo, portanto, indenizar os prejuízos do indivíduo lesado²⁰⁷.

À vista disso, a responsabilidade civil decorrente do ato lícito mostra-se essencial para a reparação do dano sofrido pelo particular, pois somente assim este não será injustamente punido pela atividade estatal. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o fundamento da responsabilidade estatal decorrente de ato lícito:

[...] é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem os prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseguinte, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito²⁰⁸.

Para que se verifique essa responsabilização, com base na licitude do ato, é necessária a verificação de cinco elementos caracterizadores, consoante definição de Rui Stoco: a *relação causal* entre a *conduta lícita* e o *dano* resultante; que o ato não seja proveniente da *atividade regular* do Estado determinada por lei, sendo que esta permita a invasão ao direito alheio; que haja um dano que não seja mera *limitação a direito*; que o dano seja *especial*, onerando apenas a um indivíduo ou pequeno grupo deles, e *anormal*, sendo mais que mera transgressão que cause aborrecimentos; e, que o dano seja *ilegítimo* ao passo que viole o princípio da igualdade entre os indivíduos, não devendo ser suportado por apenas um deles²⁰⁹.

Posto isso, essencial frisar que, para aquele preterido em concurso público, mesmo que verificado que a preterição originou-se da conduta lícita do Estado, deve haver a correspondente indenização pela lesão sofrida, sob a injusta pena de deixar o prejudicado sem a devida reparação.

²⁰⁶ Idem.

²⁰⁷ MINATTO, Otávio Goulart. **A responsabilidade civil do Estado em caso de acidentes causados pela má conservação da via pública – Entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. Florianópolis: UFSC, 2011, p. 32, apud, LEMKE, 2005, p. 51.

²⁰⁸ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 1016.

²⁰⁹ STOCO, op. cit., p. 1205.

3.3 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DO TEMA

Trabalhada a delimitação do tema, passa-se à busca de um paradigma que defina a responsabilidade do Estado nos casos em que há a nomeação retroativa por força de decisão judicial. De uma análise inicial aos principais julgados das Cortes Superiores, cumpre destacar a ausência de um entendimento que possa ser tomado por base, como modelo para aplicação a todos os casos concretos.

O que de uma maneira geral se observa dos julgados, conforme será visto adiante, é a recente alteração entre os entendimentos dos Tribunais Superiores quanto à possibilidade de indenização ao candidato, futuro servidor, pela espera na nomeação, e uma análise dos pontos abordados na quantificação da responsabilização, se esta existir, pautada na remuneração que não se recebeu no período²¹⁰.

Saliente-se que “nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição da República, a responsabilidade civil do Estado por ato praticado por seus agentes é, em regra geral, objetiva, bastando para a sua configuração a prática de ato e o nexó de causalidade com o dano sofrido”²¹¹.

Dessa forma, não há que se negar que a existência de responsabilidade civil do Estado pela nomeação retroativa é objetiva, pois, fugiria ao controle do candidato demonstrar que a Administração Pública agiu com culpa ou dolo ao preteri-lo no procedimento de provimento de seus cargos. Tal argumento, abarcado, portanto, pelo art. 37, §6, da CRFB de 1988, pressupõe a análise da questão pelo Supremo Tribunal Federal, caso instado a manifestar-se acerca do tema²¹², razão pela qual a tendência das demais Cortes é seguir o posicionamento do STF, conforme será exposto adiante.

Sendo, portanto, objetiva a responsabilidade no caso de nomeação retroativa decorrente de preterição de candidato, impende frisar que não necessariamente a conduta originária do dano deve ser ilícita, pois, conforme visto, existem ações puramente lícitas da

²¹⁰ JORGE, Thaisi. Direto dos Concursos: A possibilidade de indenização de candidatos nomeados tardiamente em concursos públicos. 2013. Disponível em: <<http://www.direitodosconcursos.com.br/2013/02/21/a-possibilidade-de-indenizacao-de-candidatos-nomeados-tardiamente-em-concursos-publicos/>>. Acesso em 18/06/2013.

²¹¹ STJ, EREsp n. 825.037, do Distrito Federal, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe: 22 fev. 2011.

²¹² STJ, EREsp n. 1.117.974, do Rio Grande do Sul, Corte Especial, Rel. Min. Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJe: 19 dez. 2011

Administração Pública que devem gerar o dever de a mesma indenizar, sob a égide do princípio da *repartição equânime dos ônus* entre os beneficiados pelo ato que acarretou prejuízo ao particular, bem como pela necessidade de este não suportar sozinho o prejuízo decorrente da normal atividade estatal, argumento abrangido pela teoria do risco administrativo.

A corrente que há pouco prevalecia no Superior Tribunal de Justiça, no tocante à responsabilidade pela nomeação por força de decisão judicial, considerava o fato da nomeação do candidato ter sido postergada em virtude de erro da Administração passível de indenização. É o caso dos Embargos de Divergência em Recurso Especial número 825.037 – DF, por muito tempo tomado por modelo nos julgamentos dos demais Tribunais que compartilhavam desse entendimento, do qual extrai-se a ementa:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA - CONCURSO PÚBLICO ERRO DA ADMINISTRAÇÃO - DECISÃO JUDICIAL - CORREÇÃO - DIREITO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO - INDENIZAÇÃO - ESTIMATIVA - PRECEDENTES DO STF.²¹³.

Do corpo do julgado é possível destacar do voto da Ministra Eliana Calmon que existindo o ato ilícito ou abusivo da Administração Pública que se tornou óbice à nomeação de candidato, ou seja, a conduta, o dano e o nexo de causalidade, firmados estão os pressupostos da responsabilidade civil objetiva que ensejam a reparação do dano. Assim tem-se na decisão quanto à indenização decorrente da espera pela nomeação que:

[...] os efeitos do citado decisum retroagem às origens e, como tal, colocam-se os recorridos nas mesmas condições dos colegas aprovados, ou seja, com direito a serem nomeados, receberem as vantagens e promoções como se tivessem assumido à época em que findou-se o concurso. Depreende-se, portanto, que os recorridos foram impedidos de tomar posse no cargo público em virtude de ato ilícito da Administração, reconhecido por decisão judicial transitada em julgado. Presentes o dano, o ato lesivo e o nexo entre ambos, conclui-se pelo cabimento da indenização²¹⁴.

O que se verifica no caso em questão é que a indenização em virtude de preterição de candidato gera ao mesmo o direito à indenização decorrente das vantagens as quais deveria ter recebido caso nomeado ao tempo correto, sem que houvesse erro por parte do Estado. A Ministra Laurita Vaz, em voto-vista no mesmo julgado complementa o entendimento da Ministra Eliana Calmon:

Vê-se que, na hipótese em tela, houve a tardia nomeação de candidatos legitimamente aprovados, em razão de ato ilícito da Administração, consistente na incorreção de questões da prova objetiva do certame, vício que foi reconhecido em

²¹³ STJ, EREsp n. 825.037, do Distrito Federal, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe: 22 fev. 2011.

²¹⁴ Idem.

decisão judicial transitada em julgado. Vale ressaltar que não há direito líquido e certo à nomeação pelo só fato de estar o candidato aprovado em concurso público, mas mera expectativa de direito. Contudo, tendo a Administração chamado os aprovados, há inafastável dever de observância da ordem de classificação que, se ferida, gera direito subjetivo à nomeação do preterido, conforme farta jurisprudência das Cortes Superiores²¹⁵.

O mesmo entendimento quanto à responsabilização da Administração Pública foi adotado também nos seguintes julgados: **Recurso Extraordinário número 188.093**, do Rio Grande do Sul, relator Ministro Maurício Corrêa, data de publicação 08/10/1999; **Recurso Extraordinário número 221.170**, do Rio Grande do Sul, relator Ministro Moreira Alves, data de publicação 30/06/2000; e, **Recurso Extraordinário número 405.815**, do Rio Grande do Sul, relator Ministro Carlos Ayres Britto, data de publicação 26/04/2005.

A corrente predominante à época no Superior Tribunal de Justiça apoiava-se na ideia de que havendo ato ilícito danoso da Administração para com o candidato, que de uma forma ou outra postergasse a sua nomeação, caberia indenização. Contudo, com o julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário número 593.373 do Distrito Federal, de Relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, houve uma nova interpretação acerca do assunto, que se estendeu, por conseguinte, ao Superior Tribunal de Justiça, dando um novo rumo às abordagens acerca da indenização pela nomeação retroativa, fixando ser “indevida indenização pelo tempo em que se aguardou solução judicial definitiva sobre aprovação em concurso público”²¹⁶.

Com base neste curto excerto que tratou acerca da indenização retroativa à data da nomeação, o Superior Tribunal de Justiça, por meio de manifestação posterior, interpretou a exposição da Corte Suprema de forma “que, se a nomeação foi decorrente de sentença judicial, o retardamento não configura preterição ou ato ilegítimo da Administração Pública a justificar uma contrapartida indenizatória”, conforme se extrai do voto-vista do Ministro Teori Albino Zavascki²¹⁷.

Quanto aos entendimentos apresentados, ressalta-se que esta mudança na concepção acerca da possibilidade de reconhecimento do dever de indenizar do Estado pela nomeação com efeitos retroativos tornou o dano gerado pelos atos ilícitos da Administração não indenizável, recaindo o eventual prejuízo exclusivamente sob o candidato lesado.

²¹⁵ Idem.

²¹⁶ STF, AgRg no RE n. 593.373, do Distrito Federal, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe: 18 abr. 2011

²¹⁷ STJ, EREsp n. 1.117.974, do Rio Grande do Sul, Corte Especial, Rel. Min. Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJe: 19 dez. 2011

Diante da interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça acerca da decisão do Supremo, infere-se que sempre que o candidato pleitear a indenização pelo intervalo de tempo em que foi privado, por ato ilegal da Administração Pública, de exercer as atribuições do cargo, não deverá haver reparação. Isto é o que se observa nos julgados mais recentes, ou seja, a simples nomeação embasada em determinação judicial tornou-se um fator para que os Tribunais afastassem de plano a possibilidade de caber indenização ao candidato nomeado tardiamente, mesmo que o ato que originou a preterição fosse ilegal.

Neste sentido, destacam-se os seguintes julgados que acompanharam o entendimento acerca do tema: **Apelação Cível número 2012.079896-8**, de Tubarão, relator Desembargador Gaspar Rubick, data de julgamento 13/06/2013; **Recurso Especial número 1292698**, do Distrito Federal, relator Ministro Herman Benjamin, data do julgamento 02/10/2012; **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial número 109.277**, do Distrito Federal, relator Ministro Castro Meira, data da publicação 04/05/2012; e, **Agravo Regimental o Agravo em Recurso Especial número 1.148.771**, do Rio Grande do Sul, relator Ministro Mauro Campbell Marques, data da publicação 22/03/2012.

Note-se que se o candidato verificar alguma ilegalidade que gere preterição à sua nomeação, poderá buscar amparo judicial para ter o seu direito declarado, porém, se for por decisão judicial nomeado, não lhe caberá indenização. Isso pressupõe, portanto, que à Administração Pública convém não nomear por conta própria o candidato, caso verifique alguma ilegalidade no decorrer do processo de provimento de seus cargos, pois, se o preterido ingressar em juízo, e lhe for dado o direito à nomeação, não lhe caberá indenização pelo tempo de espera da nomeação.

A decisão do Supremo Tribunal Federal possui um significado amplo, e uma interpretação por parte dos demais Tribunais considerada restrita. Ao que parece, a interpretação que deveria ser dada ao julgado é a de que não cabe indenização ao candidato apenas pelo período de tempo em que se aguardou a decisão judicial, contudo, não há óbice algum para que seja indenizado o período anterior ao ajuizamento da ação. O que se objetiva, pelo exposto, é evitar que o Estado que nomeia seja punido pela demora no julgamento da ação pelos órgãos do Judiciário.

Neste sentido, cumpre destacar Acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em julgamento da Apelação Cível n. 2012.029979-0, de Lauro Müller, de relatoria do

Desembargador Gaspar Rubick, em que se buscou uma interpretação destes julgados que não afastasse totalmente a reparação ao candidato nomeado tardiamente:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - CONCURSO PÚBLICO MUNICIPAL - APROVAÇÃO PARA O CARGO DE FISIOTERAPEUTA DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL - CONTRATAÇÃO, PELO MUNICÍPIO, NADA OBSTANTE, DE EMPRESA TERCEIRIZADA PARA PRESTAÇÃO DAQUELE MESMO SERVIÇO, DESRESPEITANDO O DIREITO, COM RETARDAMENTO DE SUA NOMEAÇÃO E CAUSANDO-LHE PREJUÍZOS FINANCEIROS - INDENIZAÇÃO DEVIDA NO VALOR RELATIVO AOS VENCIMENTOS QUE DEIXOU DE PERCEBER NO PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE A CELEBRAÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO E A POSSE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
(Sem grifos no original)

[...]

A propósito, **não se ignora recente mudança do posicionamento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça**, após a decisão proferida nos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 1117974/RS, julgado em 21/09/2011, **no sentido de não mais admitir a indenização nos casos em que a nomeação tardia ocorre um razão de pronunciamento judicial**. Contudo, o que se reconhece naquele recurso é diferente da situação lançada nos presentes autos. *In casu*, **tanto o retardo na nomeação da autora para o cargo de fisioterapeuta, quanto a nomeação em si, ocorreram por iniciativa da própria administração - e não em decorrência de comando judicial** -, sendo certo que **não há qualquer óbice em reconhecer em juízo a ilegalidade da terceirização dos serviços de fisioterapia operada pelo Município de Lauro Müller e reconhecer, por via lógica de consequência, o direito da autora à indenização pelo atraso causado em sua nomeação**²¹⁸. (Sem grifos no original)

Conforme se nota, entende a Corte catarinense que a nomeação determinada pela própria Administração, caso verificado judicialmente que a preterição decorreu de conduta ilícita do Estado, deve ser indenizada, sem que isso seja uma afronta ao entendimento predominante do Superior Tribunal de Justiça.

Diante de todo o exposto, subentende-se que a demora da nomeação do candidato diante da morosidade na prestação jurisdicional não deve ser indenizada pelo Estado, eis que não deve recair sobre este o ônus pela falha do Judiciário. Pela demora no julgamento da ação já recaem sobre o Estado, caso condenado, os juros de mora, que, segundo José Cretella Júnior “visam compensar pela demora no recebimento do devido, inclusive lucros frustrados com o retardamento”²¹⁹.

Contudo, o período anterior ao ajuizamento da ação que verse a respeito da nomeação, sem impedimento algum pode ser objeto de indenização, ainda que a nomeação se proceda judicialmente, eis que o foco a ser observado para eventual reparação de dano concentra-se na preterição do candidato.

²¹⁸ TJSC, AC n. 2012.029979-0, de Lauro Müller, Rel. Des. Gaspar Rubick, DJe: 10 dez. 2012

²¹⁹ CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 356.

Assim, seria considerada preterição pela Administração, passível de indenização, o tempo transcorrido desde o momento da verificação da conduta administrativa que postergou a nomeação do candidato, até o ajuizamento da demanda judicial.

Cabe ressaltar, conforme apresentado no item 3.2.1 do presente estudo, que não somente a postergação da nomeação decorrente de ato ilícito da Administração pode ser indenizada. Observa-se nos julgados colacionados que as Cortes Superiores enfatizam a ilicitude do ato como condição para responsabilização civil do Estado. Contudo, tal restrição não deveria ser determinante para a análise da responsabilização estatal, eis que a conduta lícita da Administração é passível de gerar preterição de candidato, e, por conseguinte, gerar o dever de indenizar.

Apesar disso, e da recente mudança de posicionamento acerca da responsabilidade civil pela nomeação por força de decisão judicial, convém demonstrar em que deve consistir a reparação do dano causado ao candidato nomeado tardiamente.

O que se constata nas ações ajuizadas é a busca, a título de dano patrimonial, da indenização por aquilo que se deixou de receber, ou seja, a correspondência exata da soma dos vencimentos que o candidato não auferiu no período em que ficou impossibilitado do exercício do cargo.

Quanto aos pleitos que visam à reparação pautada nos vencimentos não recebidos, cumpre ressaltar que a jurisprudência é pacífica no sentido de não haver que se falar em indenização. Até recentemente, cogitou-se a possibilidade de pagamento de vencimentos pelo período em que o candidato foi privado de exercer o cargo público para o qual foi aprovado.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto, Relator do Recurso Extraordinário n. 405.815 – RS, em Decisão Monocrática²²⁰, defendeu que reconhecida a ilegalidade de ato da Administração que preteriu candidatos, estes fazem jus à reparação, sendo que à nomeação destes deve ser dado “efeito retroativo a partir de quando nomeados os outros servidores com classificação posterior, com a devida reparação pelos danos sofridos”, estando, assim, inseridos nesta reparação os vencimentos retroativos à data em que deveria ter ocorrido a nomeação.

Todavia, em julgado mais recente da Corte Suprema, teve-se por entendimento do Ministro Dias Toffoli que “é certo também que os efeitos patrimoniais e funcionais surgem

²²⁰ STF, RE n. 405.815, do Rio Grande do Sul, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJ: 19 mai. 2005.

com a posse e o efetivo exercício, bem como também é razoável afirmar-se que a percepção de vencimentos se dá em razão do exercício²²¹, assim, verifica-se que o direito a recebê-los condiciona-se ao efetivo exercício das atribuições do cargo. O Supremo, atualmente, considera que:

[...] ainda, que os embargantes visam perceber, a título de indenização, os efeitos financeiros do cargo decorrentes do retardamento de suas nomeações, o qual asseveram equivaler aos valores dos vencimentos que deveriam ter percebido caso tivessem tomado posse nas datas das primeiras convocações, se não houvesse ocorrido a reprovação anulada judicialmente no exame psicotécnico, o que constitui, de modo transversal, de pedido de percepção de vencimentos sem que haja a devida contraprestação, fato que abrigaria o enriquecimento ilícito, vedado pelo ordenamento jurídico²²².

Assim, não há possibilidade de percepção de vencimentos retroativos, uma vez que para a ocorrência de tal é necessário o pleno exercício do cargo público, e eventual indenização seria considerada enriquecimento ilícito. Partindo-se deste entendimento, seria possível desde já afastar a responsabilização do Estado com base na indenização por eventuais lucros cessantes.

Comungam do mesmo entendimento os seguintes arestos: **Recurso Extraordinário número 460.285**, relator Ministro Cezar Peluso, data de publicação 24/08/2006; **Recurso Extraordinário número 371.923**, relatora Ministra Carmen Lúcia, data de publicação 04/06/2007; e, **Recurso Especial número 508.477**, do Paraná, relatora Ministra Laurita Vaz, data de publicação 06/08/2007.

Contudo, o Acórdão extraído dos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 825.037 – DF, da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, de Relatoria da Ministra Eliana Calmon, mostrou ser possível a quantificação do dano não a título de vencimentos retroativos, mas sim valendo-se destes como critério para fixação da indenização, uma vez que:

[...] não se está outorgando salário, afinal, salário é contraprestação por um serviço prestado. O que reconhece é um direito de indenização cujo parâmetro quantitativo vem a ser a remuneração que deveriam receber os recorridos, caso tivessem assumido o cargo ao tempo dos seus colegas²²³.

Não se buscou nesta decisão contrariar o entendimento vigente do Supremo Tribunal Federal, mas sim interpretá-lo de maneira a não deixar o prejudicado sem a devida indenização. A Ministra Laurita Vaz, por sua vez, em voto neste mesmo julgado, compartilhou o entendimento mais recente do STF, ao expor que não deve haver indenização

²²¹ STF, AI n. 595.651, do Distrito Federal, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 18 dez. 2009.

²²² STF, RE n. 429.652, do Distrito Federal, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe: 18 ago. 2010.

²²³ STJ, EREsp n. 825.037, do Distrito Federal, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe: 22 fev. 2011.

correspondente exatamente à remuneração que receberia o candidato caso houvesse a nomeação ao momento certo, porém, se verificada a responsabilidade estatal, há a necessidade de fixação de um parâmetro que torne possível quantificar a indenização. Assim, como critério balizador, a Ministra expõe que:

[...] a preterição gera prejuízo indenizável, nos termos do art. 37, § 6.^a, da Constituição Federal, que responsabiliza objetivamente o Estado por danos causados. Com efeito, há inegável dano infligido aos Autores pela **perda da chance** de, no tempo certo, terem sido empossados para o exercício do cargo público em tela e, por conseguinte, de receberem a remuneração correspondente.

[...]

Concessa venia, creio que não seria adequado, tampouco proporcional à extensão do dano, fixar a indenização equivalente aos valores remuneratórios a que faria jus o candidato se em exercício do cargo estivesse. Parece-me ser um patamar exagerado, na medida em que o dano a ser reparado é pela perda da oportunidade do exercício do cargo em determinado período, razão pela qual, ao meu sentir, **deveria ser fixada a indenização em valores menores do que aqueles correspondentes à remuneração do servidor em exercício de suas funções**²²⁴. (Sem grifos no original)

A Ministra alerta para que caso o candidato já venha desempenhando alguma outra atividade remunerada, a indenização poderá pautar-se, por exemplo, na diferença entre aquilo que seria recebido caso nomeado, e o que estivesse anotado na carteira de trabalho. Da mesma forma, o Ministro Aldir Passarinho Junior expõe que este posicionamento tem o intuito de deferir àquele que pleiteia reparação “tão somente, a título de indenização e como critério, a diferença; senão estaríamos agasalhando um *bis in idem*”²²⁵, anotando para tal que o requerente receberia os vencimentos inerentes ao cargo pelo período que não o exerceu, bem como os salários que auferiu em outro trabalho durante o tempo em que aguardou a nomeação²²⁶.

Dessa forma, verifica-se que não há um critério fixo para a quantificação do dano causado patrimonial causado. O STJ aponta uma possibilidade ao conhecer que pela demora na nomeação há a perda da oportunidade de exercício de cargo público, uma vez que não houve um efetivo trabalho prestado à Administração Pública, sendo, portanto, correto quantificar a indenização em valor inferior aos vencimentos que poderia ter recebido caso trabalhado. Analogicamente, há um lucro cessante, pois este é a “privação de um ganho pelo lesado, ou seja, um lucro que ele deixou de auferir, em razão do prejuízo que lhe foi

²²⁴ Idem.

²²⁵ STJ, EREsp n. 825.037, do Distrito Federal, Rel. Min. Eliana Calmon, Data DJe: 22 fev. 2011.

²²⁶ Idem.

causado”²²⁷, sendo, portanto, “não só um eventual benefício perdido, como também da perda da chance, da oportunidade ou de expectativa”²²⁸.

Quanto à possibilidade de concessão de indenização a título de dano moral, cumpre ressaltar que deve ser feita uma análise ao caso concreto e verificação da ocorrência de abalo moral ao candidato preterido. A respeito da verificação de dano moral pelo Estado, entendeu a Sexta Turma do STJ:

Em sede de responsabilidade civil objetiva do Estado, a condenação em danos morais, por presunção, é possível, desde que os fatos que a ensejaram forneçam elementos suficientes à essa presunção, com a demonstração objetiva de que os efeitos do ilícito praticado tem repercussão na esfera psíquica do lesado²²⁹.

Assim, existindo abalo moral sofrido pelo candidato, há sim a possibilidade de fixação de quantum indenizatório correspondente ao dano causado. Youssef Said Cahali leciona quanto ao dano moral na atividade administrativa que, “em caso de recusa ilegal de nomeação e posse do funcionário [...] cabe a reparação do dano moral, sem prejuízo de sua eventual admissão ou reintegração no cargo, que representaria mero ressarcimento patrimonial a que se acrescentariam os vencimentos pretéritos”²³⁰.

Ressalte-se que, conforme exposto no item 1.3.1, há a possibilidade de cumulação dos pedidos de dano moral e material, sem que um anule o outro. Neste sentido, a Apelação Cível n. 2008.048689-5 julgada pela Corte Catarinense, sob a relatoria do Desembargador Substituto Francisco Oliveira Neto, analisou ambos os pedidos em decorrência da nomeação tardia, não reconhecendo o direito à indenização por danos materiais em virtude do recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça, porém, determinando o pagamento de danos morais ao candidato, conforme segue:

[...] é devido à autora indenização a título de danos morais, uma vez que existentes os requisitos para tanto. O ato ilícito perpetrado pelo réu diz respeito à violação do dever jurídico preexistente de obediência aos preceitos constitucionais, pois deu publicidade a um edital com cláusula anti-isonômica. Ressalta-se que o Estado submete-se ao regime objetivo da responsabilidade civil, não sendo necessário, portanto, a configuração da culpa para que exista o dever de indenizar.

O dano sofrido pela autora, no caso, diz respeito à frustração de uma expectativa legítima, fundada no direito subjetivo adquirido à nomeação e à posse em cargo público. É razoável entender que a não-nomeação, apesar de aprovada em processo seletivo, causou abalo à autora, digno de compensação. O nexo de causalidade também resta evidenciado, uma vez que, se não houvesse

²²⁷ DINIZ, op. cit., p. 86.

²²⁸ Idem.

²²⁹ STJ, AgRg no AI n. 976.341, do Distrito Federal, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe: 04 out. 2010.

²³⁰ CAHALI, Youssef Said. **Dano moral**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 563.

cláusula inconstitucional no edital publicado pelo réu, a autora teria sido nomeada e empossada no cargo para o qual se candidatou.

Inegável, portanto, a existência do dever de indenizar, conforme prevê o art. 37, § 6º, da CRFB²³¹. (Sem grifos no original)

Diante do exposto, verifica-se que o entendimento das Cortes Superiores que norteia as decisões dos Tribunais dos Estados tornou-se óbice à indenização daqueles que tem o direito ao exercício de cargo público postergado, eis que, a partir de uma limitada decisão acerca do tema, as interpretações que lhe foram dadas restringiram os direitos dos lesados à reparação. Importante notar que é apenas diante de uma interpretação menos restritiva acerca do tema, é que se torna possível indenizar àquele que injustamente foi vítima de ato lesivo por parte do Estado.

²³¹ TJSC, AC n. 2008.048689-5, de Seara, Rel. Des. Subst. Francisco Oliveira Neto, DJe: 07 mar 2013

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a elaboração do presente estudo, objetivou-se conhecer se existe o dever de indenizar do Estado pela nomeação retroativa determinada por decisão judicial. Assim, com o desenvolvimento gradativo do trabalho, e análise do entendimento jurisprudencial, algumas considerações podem ser extraídas, de modo a orientar uma conclusão acerca do tema.

De uma maneira geral, os Tribunais dos Estados têm julgado os pedidos de indenização decorrentes da nomeação determinada pela via judicial seguindo orientação das Cortes Superiores. Esses entendimentos provém do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário número 593.373 do Supremo Tribunal Federal, que determinou a impossibilidade de haver a responsabilização estatal “pelo tempo em que se aguardou solução judicial definitiva sobre aprovação em concurso público”²³².

Por conseguinte, tal entendimento estendeu-se ao Superior Tribunal de Justiça que, com base nele, firmou a interpretação de que se a nomeação decorre de sentença judicial, a demora na nomeação não pode ser considerada preterição ou ato ilegal da Administração Pública de forma a ensejar indenização ao candidato.

Conforme se nota, de modo algum o Supremo Tribunal Federal fixou que se a nomeação for por decisão judicial não deve haver reparação do dano ao candidato lesado. Contudo, devido à falta de precisão da decisão, interpretações fundadas na impossibilidade de reparação foram firmadas. A intenção da Corte Suprema, quando se fala em precisão, era justamente a de não punir a Administração Pública pelo tempo em que se aguardou o deslinde do caso na via judicial, ou seja, não fazer com que o Estado indenize o candidato pela morosidade do Poder Judiciário.

Da imprecisa decisão do STF, o Superior Tribunal de Justiça passou a adotar o posicionamento que se a nomeação de candidato for determinada judicialmente, não deverá haver indenização, uma vez que o retardamento não configura preterição que justifique responsabilização. É fato que o retardamento decorrente da demora na análise do pleito judicial que visa à nomeação de candidato não pode ser considerado preterição pela Administração, eis que, a partir do momento do ajuizamento da ação, o responsável por encurtar ou prolongar a espera do candidato passa a ser o Poder Judiciário, e não a Administração Pública.

²³²STF, AgRg no RE n. 593.373, do Distrito Federal, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe: 18 abr. 2011

Neste contexto, o julgado extraído da Apelação Cível número n. 2012.029979-0 do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina revelou-se sobremaneira esclarecedor na busca de uma melhor interpretação acerca do entendimento dominante nas Cortes Superiores. Segundo este julgado, se a nomeação de candidato ocorrer pela via administrativa, e posteriormente verificar-se a preterição do candidato, bem como que a nomeação pela Administração Pública foi tardia, deve-se indenizá-lo pela demora.

Tal fundamento, conforme entendimento do relator do referido Acórdão, não contraria as decisões dominantes no Superior Tribunal de Justiça, eis que estas fixam a negação da concessão de indenização apenas às nomeações decorrentes de decisão judicial. Como a nomeação, no caso da Apelação Cível da Corte catarinense foi administrativa, há o cabimento da indenização.

Por meio deste julgado, chega-se à conclusão que se o candidato preterido decidir ingressar com ação judicial para pleitear a sua nomeação, porém, for nomeado administrativamente em momento que precede o seu ajuizamento, deverá ser indenizado. Dessa forma, entende-se que é cabida indenização até o momento do ajuizamento da ação, o que corrobora o argumento, implícito, extraído dos julgados do STF e do STJ, acima relacionados, de que não cabe indenização pelo período em que se aguardou o julgamento da demanda que verse a respeito da nomeação do candidato.

O que os Tribunais Superiores têm deixado à margem na análise dos pleitos indenizatórios é se de fato houve prejuízo ao candidato pela demora na nomeação. Conforme visto, a teoria atualmente aceita no ordenamento e prestigiada pela Constituição Federal de 1988, no que tange à responsabilidade civil do Estado, é a objetiva, que é, conforme exposição no estudo, a teoria que abarca a nomeação por força de decisão judicial. Segundo ela, para haver indenização é suficiente a ocorrência de ato do Estado, seja lícito ou ilícito, que exista um dano ao candidato, e que efetivamente haja um nexos causal entre a conduta estatal e o dano gerado.

Dessa forma, não basta que haja a preterição de candidato decorrente de ato ilícito da Administração Pública, é necessário que este ato efetivamente gere um dano ao candidato²³³. Assim, hipoteticamente, se o candidato já exercia atividade remunerada, recebendo valores similares àqueles do cargo pleiteado, não haveria necessidade de reparação pela remuneração não auferida, uma vez que, efetivamente, não se verificou prejuízo material

²³³ STOCO, op. cit., p. 129.

ao candidato. Contudo, caso verificado lesão ou abalo moral ao candidato, necessário se faz reparar o dano causado.

O fato de o Estado desenvolver atividade regularmente, e esta poder ocasionar dano ao indivíduo, também deve ser levada em conta quando da aferição da necessidade de reparar prejuízo. Trata-se, conforme visto no item 2.2.3.2, da *teoria do risco administrativo*, em que o ônus da regular atividade estatal não deve recair individualmente sobre o prejudicado, devendo ser suportado, portanto, pela coletividade, que se valeu dos benefícios decorrentes do prejuízo causado ao indivíduo.

Essa atividade do Estado pode gerar prejuízos que não necessariamente originam-se em condutas ilícitas da Administração Pública. Os Tribunais Superiores até recentemente entendiam haver a necessidade de se indenizar o candidato preterido, contudo, limitavam a necessidade à ocorrência de ato ilícito. Porém, conforme demonstrado no estudo, os atos lícitos causadores de dano também devem gerar ao Estado a obrigação de indenizar, pois, conforme a *teoria do risco* e o *princípio da repartição equânime do ônus*, não deve sobre o indivíduo recair o prejuízo decorrente da regular atividade estatal. O que se deve verificar não é se o ato gerador do dano é ilícito, mas sim que o dano suportado seja ilegítimo²³⁴. Com base nisso, ainda que o Poder Público, agindo dentro dos limites legais, cause dano ao candidato ao preteri-lo, deve estar sujeito à responsabilização civil.

Havendo, assim, necessidade de reparação pela preterição decorrente tanto de atos lícitos quanto ilícitos, é cediço que não deve haver a indenização correspondente aos vencimentos deixados de se auferir no período em que foi preterido, eis que o recebimento dos mesmos presume o efetivo exercício do cargo, ou seja, como este apenas pode ocorrer com data presente ou futura, não há que se falar em recebimento dos vencimentos de forma retroativa.

Posto isso, o Superior Tribunal de Justiça²³⁵ entendeu que, apesar dessa limitação, pode ser utilizado o valor da remuneração não recebida como critério balizador da indenização, contudo, esta não pode corresponder exatamente à remuneração. Assim, sugere-se no julgado a utilização da *teoria da perda de uma chance*, ela que, segundo Peteffi, impõe que a reparação seja sempre inferior ao valor que se esperava obter com a chance perdida do exercício do cargo público²³⁶, podendo ser, dessa forma, fixada como a diferença entre a

²³⁴ STOCO, op. cit., p. 168-169.

²³⁵ STJ, EREsp n. 825.037, do Distrito Federal, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe: 22 fev. 2011.

²³⁶ SILVA, op. cit., p. 142-143.

remuneração já recebida pelo candidato no período e a que ele teria recebido neste mesmo intervalo de tempo, caso nomeado na época correta para exercer o cargo público.

Tal entendimento parece ser adequado, uma vez que, conforme exposto, não há como se indenizar pelos vencimentos que se deixou de receber, por mais que o prejudicado os requeira a título de lucros cessantes, pois, caso já houvesse trabalhado no período, conforme expõe o Ministro Aldir Passarinho Júnior no julgado supra, estar-se-ia agasalhando um *bis in idem*.

Diante do exposto, verifica-se que a recente mudança de posicionamento das Cortes Superiores passou a negar ao candidato o direito à indenização pelos prejuízos causados, ainda que a conduta administrativa causadora de preterição origine-se de grave ilicitude. Apesar de demonstrada ser devida a indenização ao candidato independentemente do caráter da conduta, resta a este aguardar uma mudança de entendimento que retire o tratamento desigual que impera na relação Estado e candidato prejudicado, possibilitando, assim, a reparação do dano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. 1021p.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**: promulgada em 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm> Acesso em: 23 jun. 2013.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**: promulgada em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm> Acesso em: 23 jun. 2013.

BRASIL. Constituição (1946): **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**: promulgada em 18 de setembro de 1946. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm> Acesso em: 23 jun. 2013.

BRASIL. Constituição (1967): **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 24 de janeiro de 1967. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm> Acesso em: 23 jun. 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 23/06/2013

BRASIL. **Decreto de 8 de janeiro de 1835**. Publicada na CLBR de 1835. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/decretos-do-imperio-1>> Acesso em: 23 jun. 2013.

BRASIL. **Decreto de 1º de dezembro de 1845**. Publicada na CLBR de 1845. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/decretos-do-imperio-1>> Acesso em: 23 jun. 2013.

BRASIL. **Decreto de 22 de janeiro de 1847**. Publicada na CLBR de 1847. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/decretos-do-imperio-1>> Acesso em: 23 jun. 2013.

BRASIL. **Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro. RJ, 05 jan. 1916. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L3071.htm>> Acesso em: 23 jun. 2013.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília. DF, 11/01/2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L10406.htm>> Acesso em: 23 jun. 2013.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 976.341/DF**. Agravante: Distrito Federal. Agravado: Juarez José da Silva. 6ª Turma. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. DJe: 04 out. 2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial n.º 825.037/DF**. Embargante: Distrito Federal. Embargado: Clovis Emílio Costa Nogueira e Outros. Corte Especial. Relatora: Min. Eliana Calmon. DJe: 22 fev. 2011.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial n.º 1.117.974/RS**. Embargante: Estado do Rio Grande do Sul. Embargada: Melissa Ampessan. Corte Especial. Relatora: Min. Eliana Calmon. Relator para Acórdão: Min. Teori Albino Zavascki. DJe: 19 dez. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 37**. Súmulas. Diário da Justiça da União. Brasília. DF, 17 mar. 1992. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=448&tmp.texto=106503> Acesso em: 23 jun. 2013.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento n. 595.561/DF**. Agravante: Adalgisa Maria de Araújo. Agravado: Distrito Federal. Relator: Min. Dias Toffoli. DJe 18 dez. 2009.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 593.373/DF**. Recorrente: Distrito Federal. Recorrido: Ovídio da Anunciação Barreto. 2ª Turma. Relator: Min. Joaquim Barbosa. DJe: 18 abr. 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 405.815/RS**. Recorrentes: Iria Maria Lerner e outros. Recorrido: Município de Porto Alegre. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, DJ: 19 mai. 2005.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 429.652/DF**. Recorrente: Eduardo Simplicio da Silva e outros. Recorrido: Distrito Federal. Relator: Min. Joaquim Barbosa; DJe: 18 ago. 2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 581.113/SC**. Recorrente: Jailson Laurentino. Recorrido: União. Relator: Min. Dias Toffoli. DJe: 31, mai. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 598.099/MS**. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Rômulo Augusto Duarte. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJe: 03 out. 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 15**. Súmulas. Sessão Plenária de 3/12/1963. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_001_100> Acesso em: 23 jun. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n.º 2012.029979-0**, de Lauro Müller. Apelante: Andhria Juncklos. Apelado: Município de Lauro Müller. Primeira Câmara de Direito Público. Relator: Des. Gaspar Rubick. DJe: 10 dez. 2012. Disponível em <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPROC&dePesquisa=20120299790&Pesquisar=Pesquisar>> Acesso em 23 jun. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n.º 2008.048689-5**, de Seara. Apelantes: Município de Arvoredo e Neiva Maria de Oliveira. Apelado: Município de Arvoredo, Neiva Maria de Oliveira e Genessi Rosa da Silva. Segunda Câmara de Direito Público. Relator: Des. Subst. Francisco Oliveira Neto. DJe: 07 mar 2013. Disponível em <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPROC&dePesquisa=20080486895&Pesquisar=Pesquisar>> Acesso em: 23 jun. 2013.

CAHALI, Youssef Said. **Dano moral**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. 832p.

_____. **Responsabilidade civil do Estado**. 3. ed. rev. atual e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 559p.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 22. ed. rev., atual e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 1181p.

CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade civil do estado**. Rio de Janeiro: Laemmert, 1905. Disponível em: < <http://pt.scribd.com/doc/63849881/Amaro-Cavalcanti-Responsabilidade-Civil-Do-Estado>>. Acesso em 23 jun. 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. 561p.

_____. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 254.

CAPISTRANO, Márcio Anderson Silveira. **Responsabilidade do Estado por nomeação tardia de aprovado em concurso público**: análise crítica da jurisprudência brasileira. In: XIX Encontro Nacional do Conpedi, 2010, Fortaleza - CE. Anais, 2010.

CRETELLA JÚNIOR, José. **O Estado e a obrigação de indenizar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 360p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. 864p.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Belford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, vol 7: Responsabilidade Civil**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 724p.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao novo Código Civil, volume XIII**: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 601p.

DIZER O DIREITO. **Candidato aprovado fora do número de vagas previsto no edital tem direito subjetivo à nomeação?**. 2012. Disponível em:< <http://www.dizerodireito.com.br/2012/09/candidato-aprovado-fora-do-numero-de.html>>. Acesso em 19 de jun. 2013.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume IV**: responsabilidade civil. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 535p.

_____. **Responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

JORGE, Thaisi. **Direito dos Concursos**: A possibilidade de indenização de candidatos nomeados tardiamente em concursos públicos. 2013. Disponível em: <<http://www.direitodosconcursos.com.br/2013/02/21/a-possibilidade-de-indenizacao-de-candidatos-nomeados-tardiamente-em-concursos-publicos/>>. Acesso em 18 jun. 2013.

MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 240p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 872p.

MINATTO, Otávio Goulart. **A responsabilidade civil do Estado em caso de acidentes causados pela má conservação da via pública – Entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. Florianópolis: UFSC, 2011. 76p.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. 736p.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. 963p.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Vol. 4. 20. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2008. 274p.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2009. 263p.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. – 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 1845p.

ULHOA, Fábio. **Curso de direito civil, vol. 2: obrigações: responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 383p.