

Direito Administrativo

9.12 INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR EM CASO DE NOMEAÇÃO TARDIA

O presente tema foi enfrentado pelo STF em 2015, tendo sido definido o seguinte entendimento:

O candidato que teve postergada a assunção em cargo por conta de ato ilegal da Administração tem direito a receber a remuneração retroativa?

- Regra: NÃO. Não cabe indenização a servidor empossado por decisão judicial sob o argumento de que houve demora na nomeação. Dito de outro modo, a nomeação tardia a cargo público em decorrência de decisão judicial não gera direito à indenização.
- Exceção: será devida indenização se ficar demonstrado, no caso concreto, que o servidor não foi nomeado logo por conta de uma situação de arbitrariedade flagrante.

Nas exatas palavras do STF: “Na hipótese de posse em cargo público determinada por decisão judicial, o servidor não faz jus à indenização, sob fundamento de que deveria ter sido investido em momento anterior, salvo situação de arbitrariedade flagrante.”

STF. Plenário. RE 724347/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Roberto Barroso, julgado em 26/2/2015 (repercussão geral) (Info 775).

Imagine a seguinte situação hipotética:

João foi aprovado em todas as provas teóricas do concurso, no entanto, foi eliminado no exame psicotécnico, fato ocorrido no ano de 2010.

O candidato ingressou com ação ordinária questionando os critérios utilizados no teste psicotécnico aplicado. O pedido de antecipação de tutela, contudo, foi negado.

Todos os demais candidatos aprovados tomaram posse.

A ação foi julgada procedente em todas as instâncias, mas a Fazenda Pública sempre recorria e João ainda não havia tomado posse. Somente em 2015, quando houve o trânsito em julgado, ele foi nomeado e empossado.

Significa que, enquanto os demais candidatos foram nomeados e estavam trabalhando desde 2010, João, mesmo tendo direito, só conseguiu ingressar no serviço público 5 anos mais tarde.

Inconformado com a situação, João propôs ação de indenização contra o Poder Público alegando que teria direito de receber, a título de reparação, o valor da remuneração do cargo referente ao período de 2010 até 2015.

O pedido de indenização formulado por João encontra amparo na jurisprudência? O candidato que teve postergada a assunção em cargo por conta de ato ilegal da Administração tem direito a receber a remuneração retroativa?

- Regra: NÃO. Não cabe indenização a servidor empossado por decisão judicial sob o argumento de que houve demora na nomeação. Dito de outro modo, a nomeação tardia a cargo público em decorrência de decisão judicial não gera direito à indenização.

- Exceção: será devida indenização se ficar demonstrado, no caso concreto, que o servidor não foi nomeado logo por conta de uma situação de arbitrariedade flagrante.

O tema foi decidido pelo STF em sede de recurso extraordinário sob a sistemática da repercussão geral.

Por que o candidato não terá direito ao pagamento da remuneração retroativa?

O direito à remuneração é consequência do exercício de fato do cargo. Dessa forma, inexistindo o efetivo exercício, a pessoa não faz jus à percepção de qualquer importância, a título de ressarcimento material, sob pena de enriquecimento sem causa.

O que entende o STJ?

O STJ possui posição pacífica no sentido de que o candidato cuja nomeação tardia tenha ocorrido por força de decisão judicial não tem direito a indenização pelo tempo em que aguardou a solução definitiva pelo Judiciário (STJ. Corte Especial. EREsp 1117974/RS, Rel. p/ Acórdão Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 21/09/2011).

Peculiaridade ressaltada pelo STF

Importante destacar, no entanto, que o STF trouxe uma peculiaridade que antes não era reconhecida por ele nem pelo STJ. Trata-se da previsão de que pode haver uma exceção.

Assim, em regra não será devida a indenização salvo se, no caso concreto, ficar demonstrado que o servidor não foi nomeado logo por conta de uma situação de arbitrariedade flagrante.