

DIREITO À IMEDIATA NOMEAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO

Uma reflexão sob a ótica do Direito Administrativo Pós-Moderno

Flávio Freire de Oliveira*

----- SUMÁRIO -----

1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 3. Conclusão

Resumo

A Administração Pública na atualidade ainda se apóia na concepção de Direito típica do paradigma do Estado Liberal do século XVIII, utilizando-se de uma interpretação mecanicista, legalista e discricionária em matéria de concurso público de ingresso, negando o direito subjetivo do cidadão/classificado à imediata nomeação e posse, sem observar norma expressa da Constituição da República, notadamente o art. 37, incisos II e IV. O verbete n. 15 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, de 1964, ainda é utilizado como escudo para os defensores da idéia de que o classificado dentro do número de vagas disponibilizadas no edital possui mera expectativa de direito à nomeação. Felizmente alguns Tribunais, refletindo a provocação dos cidadãos lesados pela Administração, têm afastado o vetusto entendimento da mera “salvaguarda de direito” à nomeação em concurso público de ingresso. É que no paradigma do Estado Democrático de Direito, adotado pela Constituição da República de 1988, não existe mais lugar para a idéia de uma Administração solipsista, como se fosse única legitimada à interpretar e aplicar o Direito.

Palavras-chave: Direito à nomeação. Concurso público. Expectativa. Direito subjetivo.

1. INTRODUÇÃO

* Advogado em Belo Horizonte. Pós-Graduado em Direito Público. Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais – IAMG. Membro da Fundação Brasileira de Direito Econômico – FBDA.

“Pela história, Alá ditava o Corão para Maomé, que, por sua vez, ditava para Abdula, o escrivão. Em um determinado momento, Maomé deixou uma frase interrompida. Instintivamente, o escrivão Abdula sugeriu-lhe a conclusão. Distraído, Maomé aceitou como palavra divina o que dissera Abdula. Este fato escandalizou o escrivão, que abandonou o profeta e perdeu a fé. Abdula não era digno de falar em nome de Alá”¹.

Essa passagem ilustra a triste realidade de como a interpretação mecanicista do direito realizada pela Administração Pública é recebida, muitas vezes de forma legítima, no mundo jurídico.

O que nos motivou a escrever esse artigo foram as várias situações com as quais nos deparamos no dia-a-dia da advocacia, principalmente, e não é exagero dizer, que a Administração Pública na atualidade, ainda em muitos aspectos, utiliza-se de uma interpretação legalista, pensamento típico do paradigma² liberal do século XVIII.

O modelo liberal do Estado de Direito, contextualizado na Filosofia da Consciência, não se desvincilhou do modo de pensar e de agir da atual Administração, notadamente no trato do Direito aplicado aos cidadãos, não sendo por outro motivo que Álvaro Ricardo de Souza Cruz destaca que “Por aqui, inegavelmente, o paradigma jurídico prevalecente ainda se dá sob bases do positivismo legalista, apoiado no exame dogmático de textos legislativos”³.

Cumprе esclarecer que o paradigma liberal se contrapôs ao absolutismo monárquico, garantindo a liberdade política e econômica da nova esfera social emergente, a burguesia. No modelo liberal havia uma separação rígida entre direito público e direito privado, a fim de que se mantivesse a dimensão sócio-estrutural operada na Modernidade, pois “o público [era] meramente convencional e [existia]

¹ STRECK, Lenio Luiz *Apud* SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Habermas e o Direito Brasileiro*, p. 4.

² “A noção de paradigma foi construída por Thomas Khun, que estabeleceu esquema hermenêutico com base na observação da estrutura das revoluções científicas. Para essa compreensão cada disciplina científica resolve seus problemas epistemológicos de acordo com seus pressupostos metodológicos, conversações lingüísticas e experimentos. Desse modo, paradigmas são realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência” (SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Jurisdição Constitucional Democrática*, p. 58, nota de rodapé).

³ SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Habermas e o Direito Brasileiro*, p. 2.

para garantir o livre curso do privado”⁴, garantindo a existência de direitos individuais, os chamados direitos negativos ou de primeira geração. Isso exigia a submissão do novo modelo de Estado ao império da lei, em uma rígida divisão das funções dos poderes legislativo, executivo e judiciário.

Dissertando sobre uma das principais características do paradigma do direito formal burguês, Maria Tereza Fonseca Dias destaca a extensão da igualdade dos indivíduos

“no sentido de todos se apresentarem agora como proprietários, no mínimo de si próprios, e, assim, formalmente, todos deverem ser iguais perante a lei, porque proprietários, sujeitos de direito, devendo-se pôr fim aos odiosos privilégios de nascimento.”⁵

Tanto o pensamento quanto a ação da Administração pautaram-se em preceitos da lei aplicados fria e indiscriminadamente à pluralidade de casos concretos, pois a atividade de Administração Pública, substrato material de incidência do Direito Administrativo, foi durante longa data visualizada como operação mecânica e automatizada de aplicação oficiosa da lei, afinando-se à orientação positivista do Direito: Gesetz ist gesetz.⁶

“O Direito Administrativo, como produto da modernidade, apresentou-se como um corpo de regras específicas, derogatórias do direito comum, e a consolidação desse conjunto de regras, ‘com autonomia própria’, pode ser percebida à luz do paradigma do direito formal burguês. (...) O Direito Administrativo se consolida como um direito de exceção ao direito comum (direito privado), com a preocupação de garantir formalmente a legalidade e assegurar a liberdade dos cidadãos.”⁷

Nesse contexto, sobretudo diante do “vácuo legislativo a regular dada situação fática”⁸ surgiu o instituto da discricionariedade administrativa, entendida como a possibilidade da Administração regular uma determinada situação conforme critérios

⁴ CARVALHO NETO, Menelick de *Apud* DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo Pós-Moderno*, p. 95.

⁵ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo Pós-Moderno*, p. 138.

⁶ FERRAZ, Luciano. *Concurso Público e Direito à Nomeação*. In: MOTTA, Fabrício (Coord.). *Concurso Público e Constituição*, p. 245.

⁷ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo Pós-Moderno*, p. 140.

⁸ FERRAZ, Luciano. *Concurso Público e Direito à Nomeação*. In: MOTTA, Fabrício (Coord.). *Concurso Público e Constituição*, p. 246.

de conveniência e oportunidade, sem que ao Poder Judiciário fosse permitida a intervenção através da (re)visitação ao mérito administrativo.

A Administração Pública, diante disso, fez surgir a idéia de que os indivíduos aprovados em concurso público de ingresso possuiriam mera expectativa de direito à nomeação para cargos e empregos públicos, mesmo que estivessem classificados dentro do número das vagas disponibilizadas no Edital, porque “tudo se resolveria num juízo de conveniência e oportunidade”⁹. Esse entendimento culminou, já nos idos de 1964, na edição do verbete n. 15 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual:

“Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação”.¹⁰

É sob o respaldo desse entendimento sumulado, com a devida licença, ultrapassado, que ainda, infelizmente, projetam-se os argumentos utilizados pela Administração na defesa de seus interesses secundários travestidos de primários¹¹.

O objetivo desse trabalho é demonstrar a impropriedade hermenêutica dessa ótica sob a qual a Administração interpreta os direitos dos cidadãos, perpetuando entendimento típico do Estado liberal incompatível com o Estado Democrático de Direito, paradigma do direito adotado pela Constituição da República de 1988. Destaca-se que “a crise atual representa a superação do modelo liberal e do paradigma da filosofia da consciência na forma de produção do Direito”¹².

Resgatando a conclusão sobre história de Abdula, temos que:

⁹ FERRAZ, Luciano. *Concurso Público e Direito à Nomeação*. In: MOTTA, Fabrício (Coord.). *Concurso Público e Constituição*, p. 246.

¹⁰ Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 37.

¹¹ Alessi fez distinção entre interesse público primário (o interesse do bem geral) e interesse público secundário (o interesse próprio da Administração, ou o modo pelo qual seus órgãos vêem o interesse público). Celso Antônio Bandeira de Mello diz que o verdadeiro interesse público é o primário, destacando que “os interesses secundários não são atendíveis senão quando coincidirem com os interesses primários, únicos que podem ser perseguidos por quem axiomáticamente os encarna e representa”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 32.

¹² SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Habermas e o Direito Brasileiro*, p. 2.

“Não é exagero em fazer uma analogia dessa história com o que ocorre no cotidiano das práticas jurídicas. Assim como o personagem Abdula não tinha consciência de seu poder (e de seu papel), os operadores jurídicos também não sabem de sua força. Em sua imensa maioria, prisioneiros das armadilhas e dos grilhões engendrados pelo campo jurídico, sofrem dessa ‘síndrome de Abdula’. Consideram que sua missão e seu labor é o de – apenas – reproduzir os sentidos previamente dados/adjudicados/atribuídos por aqueles que têm o *skeptron*, é dizer, a fala autorizada. Não se consideram dignos-de-dizer-o-verbo. Perderam a fé em si mesmos. Resignados, esperam que o processo hermenêutico lhes aponte o caminho-da-verdade, ou seja, ‘a correta interpretação da lei!’ Enfim, esperam a fala-falada, a revelação-da-verdade”¹³.

Nosso estudo se respalda no paradigma da filosofia da linguagem para demonstrar uma deficiência específica da Administração Pública no trato do Direito aplicado aos aprovados em concurso público de ingresso, deficiência essa provocada, em nosso entendimento, pela cômoda repetição de entendimentos ultrapassados e pela ausência de diálogo entre sociedade e instituições representativas.

2. DESENVOLVIMENTO

O modelo liberal do Estado de Direito foi concebido com base no império da lei e na separação de poderes, havendo nítida cisão entre o público (atribuições do Estado) e o privado (possibilidades dos indivíduos). O Estado era a antítese da sociedade¹⁴.

Nessa época nasceram os ordenamentos jurídicos, impondo limites ao absolutismo monárquico, sendo também produtos desse período da modernidade o sistema administrativo. O Estado se converteu em “Estado Legal”, sendo denominado por Carl Schmitt de “Estado legislativo” ¹⁵. Esse fato explica vários problemas da atualidade, sendo o principal deles a submissão indiscriminada ao império da lei e da discricionariedade.

A mudança estrutural se operou no paradigma do Estado Social a partir do momento em que o Estado passou a atuar na esfera dos interesses sociais, legitimando-se no

¹³ STRECK, Lenio Luiz *Apud* SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Habermas e o Direito Brasileiro*, p. 4-5.

¹⁴ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo Pós-Moderno*, p. 98.

¹⁵ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo Pós-Moderno*, p. 141.

sentido de detê-los. Deixou-se para trás a visão de um Estado observador da sociedade e garantidor de direitos fundamentais mínimos, criando-se a figura de um Estado atuante nas relações sociais, notadamente para garantir o capitalismo e a assistência prestada aos cidadãos.

Sob a égide do modelo do Estado Social de Direito, Habermas sustenta que “não era mais possível contrapor o direito privado como o reino da liberdade individual ao direito público como o âmbito no qual a coerção estatal tem curso”¹⁶. O Estado deixou de ser coadjuvante para assumir o papel de protagonista nas relações dos e para com os cidadãos, provendo não apenas os direitos fundamentais negativos, garantidos por um direito à defesa dos cidadãos em relação à autoridade, mas também direitos fundamentais positivos, garantidos por um direito à prestação, como saúde, previdência, assistência, dentre outros¹⁷.

O indivíduo, com isso, reduziu-se a uma posição de cliente em relação à Administração, que provê serviços e benefícios, pois o sistema administrativo significou a rejeição privatística do papel do cidadão, por acolher suas liberdades negativas. Em outras palavras, o Estado preteriu a atuação do indivíduo na construção do Direito.

No pós Segunda Guerra Mundial o modelo social já não comporta coexistir com uma sociedade complexa e plural, de “cosmovisões heterônomas”¹⁸, surgindo o modelo do Estado Democrático de Direito como alternativa ao modelo anterior, concretizando os direitos de terceira geração (direitos difusos) e respaldando uma releitura dos direitos de primeira e segunda geração, a fim de adequá-los a essa nova sociedade.

Nesse contexto, segundo Menelick de Carvalho Netto, os direitos de primeira geração são revistos como direitos de participação no debate público, tendo em vista o caráter “participativo, pluralista e aberto”¹⁹ do Estado Democrático de Direito.

¹⁶ HABERMAS *Apud* DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo Pós-Moderno*, p. 144.

¹⁷ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo Pós-Moderno*, p. 142-143.

¹⁸ SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Habermas e o Direito Brasileiro*, p. 139.

¹⁹ CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, n. 3, p. 481.

O positivismo²⁰ consubstanciado no normativismo formalista de Hans Kelsen não possui mais espaço nesse período pós-moderno, por entender que “uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, mas porque foi criada segundo uma forma fixada por uma norma pressuposta fundamental e, logo, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito”²¹.

O Estado Democrático de Direito, paradigma adotado na Constituição vigente, deve dirigir a hermenêutica que se faz do texto constitucional e da legislação infraconstitucional. Por essa e outras razões é que se fala da necessidade da “interpenetração entre Estado e sociedade e, conseqüentemente, da interpenetração daquilo que se denominava público e privado no paradigma do direito formal burguês”²².

É no Estado Democrático de Direito que acontece a participação popular na construção das instituições públicas, através do princípio da soberania popular que “impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure na simples formação das instituições representativas. Deve haver, portanto, a presença do elemento popular na formação da vontade do Estado e da Administração Pública”²³.

Entretanto, analisando-se os fatos cotidianos ainda praticados pela Administração Pública, notadamente pela negativa do direito subjetivo à imediata nomeação e posse nos casos de aprovação e classificação em concurso público de ingresso no serviço público, percebe-se uma volta ao paradigma liberal do Estado de Direito, seja pela interpretação mecanicista que se dá ao princípio da legalidade, seja pela utilização indiscriminada da discricionariedade administrativa.

²⁰ A tendência do positivismo jurídico que significou um marco no estudo do Direito, especialmente em relação ao tema da validade, é a do normativismo [sendo] a teoria do Direito segundo a qual em geral o Direito é redutível a normas. O ordenamento jurídico é exclusivamente um conjunto de normas. Segundo o normativismo a validade das normas (e do ordenamento concebido como conjunto delas) é independente da efetividade ou eficácia real das mesmas e consiste em sua ‘positividade’, no sentido restrito de ‘ser posta’ e ‘convalidada’ no ordenamento. (MENDES, Sônia Maria Broglia. *A Validade Jurídica Pré e Pós Giro Linguístico*, p. 110.)

²¹ MENDES, Sônia Maria Broglia. *A Validade Jurídica Pré e Pós Giro Linguístico*, p. 119.

²² DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo Pós-Moderno*, p. 143.

²³ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo Pós-Moderno*, p. 151.

A Constituição da República de 1988, na parte em que dispõe sobre a Organização do Estado, especificamente no contexto da Administração Pública, disciplinou o seguinte:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

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;

IV - **durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira**²⁴ (grifamos).

O constituinte elegeu o concurso como critério de acesso aos cargos público, garantindo ao aprovado, no prazo de validade previsto no edital, o direito de ser convocado com prioridade sobre novos concursados.

Não seria forçoso concluir que o inciso IV determina que o edital seja cumprido. Seria esse cumprimento apenas no que diz respeito ao prazo de validade do concurso ou também no que tange à observância de seus demais critérios, dentre eles o número de vagas e o direito à imediata nomeação do candidato classificado?

Parece-nos que a resposta há de ser afirmativa no sentido de que a integralidade dos dizeres do Edital vincula não apenas aos cidadãos interessados no concurso, mas também sua principal interessada, a Administração Pública, sendo esta também a conclusão de Fabrício Mota sobre a questão, para quem o Poder Público “encontra-se tão ou mais sujeito à observância do edital que os candidatos, pelo simples fato de que presidiu sua elaboração e, portanto, determinou seu conteúdo.

²⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 09 abr. 2010.

Por isso, a Administração não pode evadir-se simplesmente das regras que ela mesma determinou e às quais aderem os candidatos”²⁵.

Veja-se que a Administração Pública, percebendo a deficiência de seu quadro de pessoal, convence-se da necessidade de realização de novo concurso de ingresso, abrindo procedimento administrativo para promover

“minucioso levantamento dos cargos vagos nos diversos setores administrativos, como são os ministérios, na esfera federal, as secretarias, no âmbito dos Estados e de alguns Municípios, e os departamentos, na maioria das municipalidades, indicando a denominação, o número de cargos ou empregos públicos que poderão ser postos em disputa, os requisitos de provimento, o vencimento e a lei que os criou. Com o inventário dos cargos e empregos vagos, promove-se o custo das futuras admissões ou contratações com os respectivos encargos e verifica-se se com esse acréscimo as despesas com pessoal permanecem dentro dos limites fixados pela Lei de Responsabilidade Fiscal.”²⁶

Cumpridas essas formalidades é fundamental que destaque a dotação orçamentária capaz de suportar as despesas com as futuras nomeações e contratações. “Enquanto essa medida não estiver plenamente concluída, o processo de concurso de ingresso no serviço público deve ficar sobrestado”²⁷. Uma vez regularizadas as necessidades e as finanças públicas, exige-se lei criadora dos novos cargos ou ampliativa dos já existentes, publicando-se edital para que os interessados sejam cientificados de que a Administração Pública necessita de suas variadas aptidões.

Após percorrer todo esse trajeto, dispendioso para os cofres públicos, a Administração Pública possui o dever de cumprir um cronograma que ela mesma traçou. Nesse dever está incluído, por óbvio, o respeito que deve ter por sua própria “vontade”, o que significa que deve agir com lealdade ao direito do candidato aprovado dentro do número de vagas que externou necessitar.

²⁵ MOTTA, Fabrício. *Concurso Público e a Confiança na Atuação Administrativa: Análise dos Princípios da Motivação, Vinculação ao Edital e Publicidade*. In: MOTTA, Fabrício (Coord.). *Concurso Público e Constituição*, p. 148.

²⁶ GASPARINI, Diógenes. *Concurso Público – Imposição Constitucional e Operacionalização*. In: MOTTA, Fabrício (Coord.). *Concurso Público e Constituição*, p. 53.

²⁷ GASPARINI, Diógenes. *Concurso Público – Imposição Constitucional e Operacionalização*. In: MOTTA, Fabrício (Coord.). *Concurso Público e Constituição*, p. 54.

Significa que deve reconhecer o direito subjetivo do cidadão, aprovado dentro do número de vagas, à imediata nomeação e posse, porquanto:

“ao contrário d’outrora, quando atos de império ficavam a *latere* do controle jurisdicional, o uso da discricionariedade atualmente passa a ser visto como exercício de competência normada por regras (leis) e princípios, ambos expressões de dever-ser, tudo na busca da máxima efetividade constitucional”²⁸.

Em análise da jurisprudência pátria sobre o assunto, temos dois entendimentos conflitantes, mas coexistentes sobre o assunto:

- a) o aprovado em concurso público dentro do número de vagas não tem direito à imediata nomeação, salvo se dentro do prazo de validade do concurso houver preenchimento da vaga sem a observância da ordem de classificação – esse entendimento culminou na edição da Súmula n. 15 do STF;
- b) o aprovado em concurso público dentro do número de vagas tem direito à imediata nomeação dentro do prazo de validade do concurso – entendimento não unânime.

Consubstanciado na Súmula n. 15 do Supremo Tribunal Federal, o primeiro entendimento é o mais antigo a respeito do direito de nomeação dos aprovados em concurso público e reflete a posição jurisprudencial ainda de meados do século XX, quando a súmula foi editada em conclusão dos julgamentos, dentre outros, da apelação cível n. 7.387, de 09/08/1944, e dos recursos ordinários em mandado de segurança n. 8.724, de 09/05/1961, e n. 8.578, de 27/09/1961.

Chamou-nos a atenção um trecho do voto do então Ministro Orosimbo Nonato, sobre como era (é) o entendimento dispensado à Administração Pública:

“(…) não pode, a meu ver, e data-venia, alegar o embargado com o ‘direito adquirido’, ao fito de reclamar a nomeação. **Aquele alegado ‘direito adquirido’ inexistente, no caso; apenas se configura uma ‘spes iuris’, ainda na fórmula da antiga lei de Introdução;** porque subordinada estava

²⁸ FERRAZ, Luciano. *Concurso Público e Direito à Nomeação*. In: MOTTA, Fabrício (Coord.). *Concurso Público e Constituição*, p. 247.

a prazo, que se exaurira, e porque **a Administração não está constrangida a prover os cargos neste ou naquele discurso de tempo. Razões de ordem econômica e administrativa impediriam pudesse assumir o porto de ‘obrigação’ o ‘dever’ de prover cargos públicos em prazo determinado. (...) O concurso em si, não é poderoso a originar direito à nomeação**, de acordo com a lei do tempo em que se efetivou. E esta consideração basta para eliminar a possibilidade de se configurar, na hipótese, direito adquirido.”²⁹ (grifamos).

É com respaldo nesse discurso que, infelizmente, perpetua-se a aplicação da Súmula 15 do STF, como se os fundamentos ali invocados tivessem alguma aplicação/legitimidade na atualidade.

Ainda no ano de 2003, o Supremo decidia que a Administração era quem dava a última interpretação pela conveniência e oportunidade a respeito da nomeação de candidato aprovado e classificado dentro do número de vagas em concurso público de ingresso no serviço público. O trecho abaixo diz respeito aos fundamentos utilizados pela Ministra Ellen Gracie no julgamento do agravo de instrumento n. 373.054/SP:

“a jurisprudência desta Corte já se encontra pacificada no sentido de que a aprovação em concurso público não gera direito adquirido à investidura no cargo, que deve estar condicionada ao juízo de conveniência e oportunidade a ser avaliado pela administração pública.”³⁰

O que a aprovação em concurso assegura ao candidato, continua o Supremo, “é uma salvaguarda, uma expectativa de direito à não-exclusão, e à não-preterição por outro concorrente com classificação inferior à sua, ao longo do prazo de validade do certame.”³¹

Ignorou-se que a atual ordem constitucional garante direitos manifestamente incompatíveis com a realidade então vigente à época da edição da Súmula n. 15.

Desconsideraram-se os fundamentos do Estado Democrático, que na lição de Luciano Ferraz é “fundado em valores tais como cidadania, dignidade humana,

²⁹ STF. Apelação cível n. 7.387, julgada em 09/08/1944.

³⁰ STF. AI 373.054/SP. Rel. Min. Ellen Gracie. Publicado no DJ de 27/09/2002, p. 100.

³¹ STF. RMS 24.551/DF. Rel. Min. Ellen Gracie. Publicado no DJ de 24/10/2003, p. 30.

pleno emprego, livre iniciativa e pluralismo político”. Esqueceram-se de que a Constituição da República tem buscado a “superação do legalismo, não como recurso a idéias metafísicas ou abstratas, mas pelo reconhecimento de valores compartilhados por toda comunidade”³².

Somente no ano de 2004, no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 15.034/RS, é que houve o primeiro entendimento segundo o qual as vagas previstas no edital devem ser obrigatoriamente preenchidas, reconhecendo-se a existência de direito subjetivo à nomeação e posse, e não uma salvaguarda, uma expectativa de direito apenas:

“Não obstante seja cediço, como regra geral, que a aprovação em concurso público gera mera expectativa de direito, tem-se entendido que, no caso do candidato classificado dentro das vagas previstas no Edital, há direito subjetivo à nomeação durante o período de validade do concurso. Isso porque, nessa hipótese, estaria a Administração adstrita ao que fora estabelecido no edital do certame, razão pela qual a nomeação fugiria ao campo da discricionariedade, passando a ser ato vinculado”³³.

Isso ocorreu devido às provocações de cidadãos lesados pelos inúmeros atos da Administração Pública, entendedora de que o ato de nomeação é mera liberalidade, um ato discricionário público e descompassado das normas constantes não apenas no Edital, mas do ordenamento jurídico e, sobretudo, na Constituição da República.

“A partir do *leading case*, consagrou-se o entendimento de que as vagas previstas no edital devem ser obrigatoriamente preenchidas até o fim do prazo de validade do concurso ou da respectiva prorrogação, obedecida a ordem de classificação. O ato de nomeação, que sempre havia sido tratado como ato discricionário típico, sofreu temperamentos principiológicos: se antes havia mera expectativa de direito, agora ‘... há direito subjetivo à nomeação durante o período de validade do concurso. Isso Porque, nessa hipótese, estaria a Administração adstrita ao que fora estabelecido no Edital do certame, razão pela qual a nomeação fugiria ao campo da discricionariedade, passando a ser ato vinculado.”³⁴

³² FERRAZ, Luciano. *Concurso Público e Direito à Nomeação*. In: MOTTA, Fabrício (Coord.). *Concurso Público e Constituição*, p. 247.

³³ STJ. RMS 15.034/Rs. Re. Min. Felix Fischer. 5ª Turma. Publicado no DJ de 29/03/2004.

³⁴ FERRAZ, Luciano. *Concurso Público e Direito à Nomeação*. In: MOTTA, Fabrício (Coord.). *Concurso Público e Constituição*, p. 252.

A partir de então, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça passou reconhecer a existência de direito subjetivo à nomeação e posse, e não apenas mera expectativa daquele candidato aprovado e classificado dentro do número de vagas. Em outras oportunidades o Tribunal entendeu que:

“o candidato aprovado em concurso público, dentro do número de vagas previstas em edital, possui direito líquido e certo à nomeação e à posse. 2. A partir da veiculação, pelo instrumento convocatório, da necessidade de a Administração prover determinado número de vagas, a nomeação e posse, que seriam, a princípio, atos discricionários, de acordo com a necessidade do serviço público, tornam-se vinculados, gerando, em contrapartida, direito subjetivo para o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas em edital”³⁵.

Importante destacar que esse Tribunal também reconheceu o direito subjetivo à imediata nomeação e posse do candidato aprovado e classificado além do número das vagas, mas beneficiado pela desistência de candidato classificado em posição antecedente à sua, quando a Administração manifestar inequívoco entendimento de que necessita do preenchimento da vaga:

“A prática de ato, pela Administração, que evidencie a necessidade de preenchimento de vagas previstas em edital de concurso público, não ocupadas por aprovados dentro do número estabelecido, gera direito subjetivo à nomeação dos candidatos classificados inicialmente além daquele número. (...) Explicitada a necessidade de a Administração nomear 88 defensores públicos, deixou de ser discricionário para se tornar vinculado o ato de nomeação dos recorrentes, que, embora não inicialmente classificados até o 88º lugar, diante do desinteresse de alguns dos aprovados em tomarem posse, enquadraram-se dentro do número de vagas”³⁶.

Outros Tribunais pátrios também firmaram posicionamento pelo direito subjetivo à nomeação em casos de a Administração Pública exteriorizar sua vontade pela necessidade do candidato classificado:

“Ao publicar edital convocando os seis primeiros classificados para nomeação e posse, evidencia a Administração a sua necessidade e faz exsurgir o direito líquido e certo para os candidatos que obtiveram a classificação necessária. Ocorrendo, como no caso, a desistência de três daqueles primeiros, o direito líquido e certo à nomeação e posse exsurge

³⁵ STJ. RMS 20.718/SP. Rel. Min. Paulo Medina. 6ª Turma. Publicado no DJ de 03/03/2008, p. 1

³⁶ STJ. RMS 19.635/MT. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. 6ª Turma. Publicado no DJ de 26/11/2007, p. 247.

para aqueles outros candidatos que, em igual número, são os seguintes na ordem classificatória”.³⁷

E também:

1. Impetrante que pretendeu ser nomeada para o cargo de Assistente Social da UFPB, após ter sido aprovada em 5º lugar no concurso público e ter havido desistência do candidato aprovado em 4º lugar. 2. Negativa da UFPB em nomeá-la, sob o argumento de que o seu nome não constou na lista de homologação do concurso, por ter obtido classificação posterior à previsão do edital, que limitou a homologação do resultado ao dobro do número de vagas existentes à época do concurso. 3. Limitação das regras do certame que feriu os princípios da razoabilidade e da continuidade dos serviços públicos, eis que a limitação da quantidade de candidatos para a homologação do resultado, ao número de 4 (quatro), embora existissem 10 (dez) candidatos aprovados, impossibilitou que a UFPB procedesse com a nomeação da Impetrante, próxima candidata da ordem de classificação, bem como a nomeação dos demais candidatos aprovados que futuramente pudessem ser convocados, de modo a dar continuidade à prestação dos serviços públicos oferecidos por aquela Universidade. 4. Interesse da Administração demonstrado ao ter admitido que convocara a Impetrante para tomar as providências para tomar posse no cargo, bem como ao expressar a necessidade do preenchimento da vaga. Direito subjetivo à nomeação.³⁸

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, não obstante carecer de unanimidade entre suas Turmas sobre o entendimento, também já manifestou sua aderência à questão quando do julgamento da Apelação em Reexame Necessário n. 2008.34.00.009486-6/DF39 e da Apelação em Mandado de Segurança n. 2008.34.00.015630-0/DF40, destacando-se desse último o entendimento pelo “Direito à nomeação e posse, como consectário lógico da aprovação em todas as etapas do concurso”.

Essa interpretação do ordenamento jurídico, apartando o modo de agir da Administração da concepção de Direito típico do modelo liberal do século XIX, é medida que se impõe, diante de aspectos jurídicos ligados à economicidade (art. 70,

³⁷ TJRO. Apelação cível n. 100.015.2007.008869-5. Rel. Des. Renato Martins Mimessi. 2ª Câmara Especial Cível. Publicado em 14/05/2008.

³⁸ TRF 5. Apelação em mandado de segurança n. 2005.82.00.010500-0. Rel. Des. Federal Frederico Azevedo. 3ª Turma. Julgado em 20/09/2007.

³⁹ TRF 1. Apelação em reexame necessário n. 2008.34.00.009486-6/DF. Des. Federal Selene Maria de Almeida. 5ª Turma. Publicado em 15/06/2009.

⁴⁰ TRF 1. Apelação em reexame necessário n. 2008.34.00.015630-0/DF. Rel. Des. Federal Selene Maria de Almeida. 5ª Turma. Publicado em 26/06/2009, p. 280.

caput, da CR) e também àqueles voltados à economia pública e ao seu controle (Lei Complementar federal n. 101/2000).

O direito subjetivo à imediata nomeação não poder ser observado sob o prisma da discricionariedade, pois realizar concurso público de ingresso no serviço público necessita acima de tudo da observância do binômio responsabilidade/lealdade dos administradores para com o ordenamento jurídico e os cidadãos.

Permitir que a atual Administração, seja na esfera Federal, Estadual ou Municipal subjugue o Edital do concurso de ingresso no serviço público e o próprio ordenamento jurídico que regula a matéria é possibilitar a continuidade de um paradigma já superado há muito. Ao Estado, nos dizeres de Romeu Bacellar Filho, “soberano e vassalo do ordenamento jurídico, não se permite inobservar o conjunto de regras por ele mesmo estabelecido”⁴¹.

Isso ocorre, na concepção habermasiana, porque a sociedade atual, multicultural e racionalista, rejeita tanto a metafísica religiosa dos antigos, quanto o apelo à legalidade/discricionariedade do positivismo, como mecanismos de legitimação do Direito⁴². Cabe aqui a constatação feita por Álvaro Ricardo de Souza Cruz:

“O Estado de Direito, tal como reconstruído por Habermas, conforme o paradigma lingüístico, deve garantir o exercício de fato dos direitos fundamentais por meio dos procedimentos jurídicos que permitam que a formação racional da vontade e da opinião se manifeste. O Estado de Direito deve encontrar expressões na formação de programas jurídicos concretos (isto é, produção de leis), na implementação desses programas pelas vias administrativa e judicial, e, sobretudo, desenvolver a capacidade de integração social pela estabilização de expectativas e efetivação coletiva desses programas”⁴³.

No Estado Democrático de Direito, concebido como paradigma do direito que somente se opera mediante o direito legítimo, deve haver a institucionalização de procedimentos comunicativos para formação de vontade e opinião discursivas que

⁴¹ BACELLAR FILHO, Romeu, *Apud* MOTTA, Fabrício. *Concurso Público e a Confiança na Atuação Administrativa: Análise dos Princípios da Motivação, Vinculação ao Edital e Publicidade*. In: MOTTA, Fabrício (Coord.). *Concurso Público e Constituição*, p. 148.

⁴² SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Habermas e o Direito Brasileiro*, p. 139.

⁴³ SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Habermas e o Direito Brasileiro*, p. 118, nota de rodapé.

habilitem o exercício da autonomia política dos indivíduos, enfim, deve haver condições necessárias para possibilitar aos cidadãos alcançarem um entendimento acerca de seus problemas e também de suas soluções, colocando fim à supremacia do público sobre o privado, principalmente no que diz respeito à legitimidade da interpretação que a administração impõe ao Direito.

3. CONCLUSÃO

A Administração não pode continuar emanando decisões e vontades típicas do modelo liberal do Estado de Direito, pois sua exação de vontade em contratar pessoal não é ato discricionário, diante do que prescreve o art. 37, II, da Constituição da República.

Os candidatos aprovados dentro do número de vagas disponibilizadas no Edital, por sua vez, possuem direito subjetivo à imediata nomeação e posse, pois não seria forçoso concluir que o inciso IV, art. 37, da Constituição impõe à Administração o dever de cumprir o edital em todos os seus termos, e não apenas no que diz respeito ao prazo de duração do concurso. Entender de forma contrária seria privilegiar uma interpretação inconstitucional, tendo em vista todo o planejamento e procedimento que antecedem a necessidade de a Administração Pública contratar novos servidores.

A transcrição de decisões judiciais teve o objetivo de trazer dados da realidade para o texto, a fim de demonstrar que não obstante a Súmula 15/STF, publicada em 1964, ainda ser utilizada na fundamentação de entendimentos pretorianos que negam a existência do direito subjetivo do classificado à imediata nomeação e posse, existe recente entendimento jurisprudencial no sentido de reconhecer esse direito.

Finalmente, com a utilização de entendimentos de autores ligados à filosofia da linguagem procurou-se demonstrar a necessidade de superar a razão instrumental

ligada à positividade e ao formalismo do Direito, uma vez que a legitimidade do provimento estatal, seja de ordem legislativa, executiva ou judicial, opera-se através da participação do cidadão, como é o caso dos atos administrativos que, não raras vezes, negam o direito subjetivo à imediata nomeação do candidato aprovado em concurso público de ingresso.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 09 abr. 2010.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento n. 373.054/SP*. Rel. Min. ELLEN GRACIE. Publicado no DJ de 27/09/2002, p. 100.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Apelação cível n. 7.387*. Rel. Min. OROSIMBO NONATO. julgada em 09/08/1944.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Recurso em Mandado de Segurança n. 24.551/DF*. Rel. Min. ELLEN GRACIE. Publicado no DJ de 24/10/2003, p. 30.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Mandado de Segurança n. 15.034/RS*. Re. Min. FELIX FISCHER. 5ª Turma. Publicado no DJ de 29/03/2004.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Mandado de Segurança n. 19.635/MT*. Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. 6ª Turma. Publicado no DJ de 26/11/2007.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Mandado de Segurança n. 20.718/SP*. Rel. Min. PAULO MEDINA. 6ª Turma. Publicado no DJ de 03/03/2008.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno*. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 37.

Brasil. Tribunal de Justiça de Rondônia. *Apelação cível n. 100.015.2007.008869-5*. Rel. Des. RENATO MARTINS MIMESSI. 2ª Câmara Especial Cível. Publicado em 14/05/2008.

Brasil. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Apelação em reexame necessário n. 2008.34.00.009486-6/DF*. Des. Federal SELENE MARIA DE ALMEIDA. 5ª Turma. Publicado em 15/06/2009.

Brasil. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Apelação em reexame necessário n. 2008.34.00.015630-0/DF*. Rel. Des. Federal SELENE MARIA DE ALMEIDA. 5ª Turma. Publicado em 26/06/2009.

Brasil. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. *Apelação em mandado de segurança n. 2005.82.00.010500-0*. Rel. Des. Federal FREDERICO AZEVEDO. 3ª Turma. Julgado em 20/09/2007.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, n. 3, p. 481, mai, 1999.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FERRAZ, Luciano. *Concurso Público e Direito à Nomeação*. In: MOTTA, Fabrício (Coord.). *Concurso Público e Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 245-255.
GASPARINI, Diógenes. *Concurso Público – Imposição Constitucional e Operacionalização*. In: MOTTA, Fabrício (Coord.). *Concurso Público e Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 13-72.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. 5 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MENDES, Sônia Maria Broglia. *A Validade Jurídica Pré e Pós Giro Lingüístico*. São Paulo: Noeses, 2007.

MOTTA, Fabrício. *Concurso Público e a Confiança na Atuação Administrativa: Análise dos Princípios da Motivação, Vinculação ao Edital e Publicidade*. In: MOTTA, Fabrício (Coord.). *Concurso Público e Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 139-160.

PINZANI, Alessandro. *Habermas*. Porto Alegre: Artmed, 2009.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Habermas e o Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.