

RECEBIDO EM: 31/05/2016

APROVADO EM: 25/08/2016

O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA LEGÍTIMA E O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DO CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO

*THE PRINCIPLE OF THE LEGITIMATE EXPECTATION AND
THE SUBJETIVE RIGHT TO NOMINATION OF THE CANDIDATE
APPROVED IN PUBLIC SERVICE ENTRANCE EXAMINATION*

Danilo Moura Lacerda

Procurador Federal - AGU

Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas - UFAL

Especialista em Direito Constitucional pela

Universidade do Sul de Santa Catarina - Unisul

SUMÁRIO: Introdução; 1 Princípios constitucionais aplicáveis aos concursos públicos; 2 Jurisprudência dos tribunais superiores; 3 Princípio da proteção à confiança legítima; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem por objeto o estudo do princípio da proteção à confiança legítima, como fundamento mais relevante, presente em decisões recentes dos tribunais superiores brasileiros, que reconhecem o direito à nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas ou que figurem no cadastro de reserva nos concursos públicos. O entendimento jurisprudencial sobre o tema tem sofrido modificações substanciais, especialmente após a Constituição Federal de 1988, com o incremento da densidade normativa dos princípios. São etapas necessárias para o estudo adequado do tema: a análise dos julgados dos tribunais superiores; dos princípios aplicáveis aos concursos públicos; e, dos requisitos necessários para aplicação do princípio da proteção à confiança legítima.

PALAVRAS-CHAVE: Concurso Público. Nomeação. Direito Subjetivo. Interesse Público. Princípio da Proteção à Confiança Legítima.

ABSTRACT: The present article has an specific goal, that is to study the principle of the legitimate expectation as the most important reason of the recent decisions of the brazilian higher courts that have recognized the subjective right to nomination of the candidate approved in public service entrance examination, inside the number of places or on the waiting list. The jurisprudential understanding about it has incurred in substantial changes, especially after the 1988 Constitution that increased the normative density of the principles. Some steps are necessary for the appropriate study of the theme: the analysis of the higher courts decisions; the principles that applying in public service entrance examinations; and the application conditions of the principle of the legitimate expectation.

KEYWORDS: Public Service Entrance Examination. Nomination. Subjective Right. Public Interest. Principle of The Legitimate Expectation.

INTRODUÇÃO

A análise das situações em que o candidato aprovado em concurso público teria o direito subjetivo à nomeação, já é tema recorrente na doutrina e jurisprudência nacional, e não temos a intenção de inovar defendendo uma nova hipótese de configuração deste direito.

O objetivo do presente estudo é analisar o fundamento que vem sendo utilizado em diversos julgados nas demandas que versam sobre este assunto: o princípio da proteção à confiança legítima.

Acreditamos que este princípio possua a força normativa necessária para justificar, inclusive como fundamento prevalente sobre os demais, o interesse na efetiva nomeação daqueles candidatos aprovados dentro do número de vagas ou não, visto que em determinadas situações e verificadas certas condicionantes, também surgiria o direito subjetivo à nomeação, mesmo para aqueles aprovados fora do número de vagas, mas que figurem no cadastro de reserva.

Para melhor compreensão do tema que ora se apresenta, é importante realizar um levantamento do entendimento atual dos nossos Tribunais Superiores, especialmente do Supremo Tribunal Federal - STF, a exemplo do julgado proferido no Recurso Extraordinário 837.311/PI, e também no RE 598.099/MG, *leading cases* que sintetizam o atual estágio da jurisprudência sobre o tema.

Neste diapasão, temos como finalidade no presente estudo, a análise do fundamento e conteúdo do princípio da proteção à confiança legítima, e as condições para sua aplicação à casuística que nos propomos a estudar, sem deixar de verificar a evolução jurisprudencial a respeito do tema, e os princípios aplicáveis aos concursos públicos, especialmente, os princípios constitucionais incidentes.

1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AOS CONCURSOS PÚBLICOS

O fenômeno da constitucionalização do direito atinge todos os ramos desta ciência, inclusive o direito administrativo. Quando se parte de um sistema em que a Constituição Federal é o fundamento de validade de todas as normas subsequentes, estando no ápice do ordenamento jurídico e, ainda, num ramo como o direito administrativo, tão fragmentado em diversos diplomas legais de todos os níveis hierárquicos, em que existem múltiplos microssistemas, é imprescindível

ter como foco e fonte a Constituição Federal trazendo harmonia para o sistema¹.

Sobre o evento da constitucionalização do direito administrativo, Diogo de Figueiredo Moreira Neto faz referência à utilização rigorosa dos princípios de autoridade pela Administração Pública, e chama a atenção para o resgate do atraso desta, reconhecida pelo autor, como o ramo mais conservador do Estado:

Dois fatores, entre outros, merecem ser destacados como importantes concausas do resgate da Administração Pública e do Direito Administrativo da situação descrita. Um fator sócio-político: o surgimento da sociedade, como indispensável protagonista de um novo e expandido diálogo democrático, e um fator juspolítico, a afirmação do constitucionalismo, como indispensável instrumento de um novo e expandido diálogo liberal².

Todos os princípios identificados pela doutrina tradicional como integrante do conteúdo do regime jurídico administrativo estão sendo revisitados, a exemplo dos princípios da indisponibilidade e supremacia do interesse público. Neste ponto, interessante a observação realizada por Di Pietro quando afirma que melhor seria falar em constitucionalização dos princípios do direito administrativo e não do direito administrativo em si, pois este já é altamente regulado pela constituição³.

Como exemplo, podemos citar o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”, que apesar de ainda possuir importantes defensores de seu conteúdo tradicional, como Di Pietro e Bandeira de Mello, está enfrentando substanciais críticas de autores como de Humberto Ávila⁴, Gustavo Binembojm⁵, e Andreas Krell, rejeitando-se a ideia de que a “supremacia” seria um princípio jurídico autoevidente e que seria incorreto defender a existência de apenas um interesse público preestabelecido, mas

1 BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 397.

2 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 11-12.

3 DI PIETRO, in: MARRARA, Thiago. (organizador). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 9.

4 ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 11, set./out./nov. 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 26 nov. 2013.

5 BINEMBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia, e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2008.

de vários interesses públicos a serem identificados em cada caso concreto, de acordo com as precisas palavras de Krell, é esclarecido que:

No Estado Democrático de Direito, o interesse público não ocupa mais uma posição autoevidente de superioridade em relação aos interesses particulares. O legislador passou a exigir uma ponderação acurada entre interesses públicos e privados na concretização do próprio bem público, e a administração exerce também funções de proteção de interesses privados, que devem ser sopesados com interesses públicos. Qualquer restrição estatal de um interesse particular constitucionalmente protegido deve ser normativamente fundamentada, não bastando a referência a fórmulas tradicionais⁶.

Este exemplo busca demonstrar o resultado da irradiação das normas constitucionais sobre o direito administrativo, que apresentam diante de nós conclusões novas, e irrefutáveis, bastando para tanto a mudança da lente pelo qual se observava o objeto de estudo. O uso das lentes constitucionais faz com que muitos operadores do direito se questionem como as conclusões atuais não tinham sido descobertas antes, e muitas destas conclusões contrariam a escola tradicional até então predominante.

Neste contexto de constitucionalização do direito administrativo, o estudo dos princípios ganha relevância, pois o incremento da sua força normativa, aliado à hermenêutica constitucional, potencializaram e racionalizaram, especialmente por meio da utilização da ponderação e da argumentação jurídica, a aplicação destes princípios.

Especialmente nas duas últimas décadas, após a promulgação da Constituição de 1988, que turbinou a garantia e necessidade de implementação de diversos direitos fundamentais, consolidando-se, pelo menos no âmbito normativo-constitucional, como um verdadeiro Estado social (art. 170, C.F); o Estado passou a ser cobrado cada vez mais na sua atuação de fiscalização e controle, mas também na prestação de serviços, o que levou a um aumento exponencial da necessidade de recrutamento de pessoal, isso aliado à realidade econômica do nosso país, com os elevados índices de desemprego, levaram boa parte da população economicamente ativa a se interessar pelos concursos públicos, visando ocupar um cargo garantidor de uma certa estabilidade.

6 KRELL, Andreas J. *Discrecionalidade administrativa e conceito legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 154.

Neste diapasão, o estudo sistematizado dos aspectos jurídicos que regulam o acesso aos cargos públicos, passam a ter um importante protagonismo, sendo, inclusive, já reconhecida a existência de uma garantia fundamental de todo o cidadão a ter um devido processo isonômico de seleção⁷.

O direito de acesso aos cargos públicos, também integram o status ativo do cidadão frente ao Estado (teoria dos quatro status de George Jellinek), visto que este permite uma participação efetiva do cidadão nas decisões e condução da Administração Pública, sob este enfoque, é interessante a análise de trecho do voto do Min. Luiz Edson Fachin no julgamento do RE 837.311/PI:

O direito à nomeação é um direito público subjetivo e decorre, como ensina a Ministra Cármen Lúcia, do princípio da acessibilidade aos cargos públicos. Esse princípio, por sua vez, tem especial vinculação com os princípios (i) democrático de participação política, (ii) republicano e (iii) da igualdade. Trata-se, nos termos do voto do Min. Gilmar Mendes, de um status activus dos cidadãos.

Os processos seletivos públicos visam garantir a igualdade e a meritocracia, sendo estes reconhecidos como princípios basilares dos concursos públicos⁸.

Igualdade e meritocracia são valores que se complementam na medida em que é necessário que se viabilize a ampla participação nos concursos públicos (igualdade formal), mas não só isso, devem ser utilizados mecanismos que também garantam uma igualdade material, como por exemplo: a isenção das taxas de inscrição para os candidatos de baixa renda; sistema de cotas; ou até, o custeio de cursos preparatórios; só assim haverá uma verdadeira meritocracia, pois se estará concorrendo em igualdade de condições; evidente que nem todos terão as mesmas oportunidades de acesso à educação, contudo, cabe ao Estado criar um ambiente e políticas públicas que permitam, na máxima medida possível, minimizar as diferenças, e que aqueles que demonstrem o interesse, tenham oportunidades semelhantes.

Além de seus princípios basilares, regem os concursos públicos, os princípios constitucionais garantidores da segurança jurídica, proveniente do estado democrático de direito; devido processo legal; contraditório e

7 MOTTA, Fabrício. *Concurso Público: direito à nomeação e a existência de “cadastro de reserva”*. Interesse Público IP, Belo Horizonte, ano 12, n. 61, maio/jun. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=67666>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

8 CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. *Principiologia do Concurso Público: elementos para formação de uma teoria geral*. Maceió: EDUFAL, 2015. p. 83.

ampla defesa; e, aqueles aplicáveis também à administração pública de uma forma geral, que são: a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, e eficiência (art. 37, C.F).

Como veremos a seguir, sem desconhecer a importância dos demais princípios, o princípio da proteção à confiança legítima é aquele que melhor se adequa para justificar o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas, ou integrante do cadastro reserva (em determinadas situações), pois efetiva o princípio da segurança jurídica, servindo todos os demais princípios como reforço argumentativo.

2 JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Pela natureza competitiva dos certames que visam o recrutamento do pessoal que irá integrar os quadros do funcionalismo público, e, especialmente, pela ausência de uma lei geral⁹, ou pelo menos leis específicas de cada Ente Federado regulamentando os concursos públicos, hoje, a regra é a judicialização dos concursos públicos, sendo questionadas todas as fases do certame, desde o momento da inscrição, até o resultado final e homologação, indo além, nas etapas de nomeação e posse.

No concurso público, diante do caráter competitivo do procedimento administrativo, surgirão, inevitavelmente, inúmeras insatisfações com as decisões tomadas pela Administração Pública, gerando conflitos desta com os candidatos.¹⁰

As demandas judiciais que discutem as regras do concurso público ou as decisões tomadas pela banca examinadora, geralmente, desaguam por meio do controle difuso no STF, por conta dos dispositivos constitucionais expressos que tratam dos concursos públicos (art. 37, I, e IV), e a ausência, em regra, de leis infraconstitucionais que regulem os certames, o que impede o controle de legalidade perante o Superior Tribunal de Justiça - STJ.

Por vezes se tem acesso ao STJ, contudo esta via apenas é acionada por meio de sua competência originária para julgamento de Mandados de Segurança contra atos de Ministros de Estado, ou quando do julgamento de

9 A necessidade da produção de uma lei geral dos concursos públicos é objeto de análise do professor Fábio Lins de Lessa Carvalho, dentre outros assuntos, em sua obra *Principiologia do Concurso Público: Elementos para formação de uma teoria geral*. CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. *Principiologia do Concurso Público: elementos para formação de uma teoria geral*. Maceió: EDUFAL, 2015.

10 CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. *Principiologia do Concurso Público: elementos para formação de uma teoria geral*. Maceió: EDUFAL, 2015. p. 206.

recursos ordinários apresentados contra decisões denegatórias da segurança originária dos Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais Federais.

Portanto, a análise dos julgados proferidos por estes dois Tribunais, em especial do STF, nos orienta no sentido preciso do atual estágio da jurisprudência sobre o tema relativo ao direito à nomeação do candidato aprovado em concurso público.

Historicamente no STF, a questão foi pacificada no sentido da mera expectativa de direito do candidato aprovado dentro do número de vagas, reconhecendo-se a discricionariedade da Administração Pública para prover os cargos ofertados, desde que houvesse o respeito à ordem de classificação, este entendimento foi consolidado por meio do enunciado n. 15 da súmula daquele Tribunal, datado de 1963:

SÚMULA 15.

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

Naquele momento histórico, em que havia o predomínio da metódica hermenêutica clássica/legalista, mesmo sem previsão constitucional expressa semelhante à insculpida no art. 37, IV, da Carta Magna de 1988, o STF reconheceu o direito subjetivo à nomeação do candidato preterido indevidamente na ordem de classificação.

Portanto, ressalvada a hipótese de inobservância da classificação, já que a nomeação era tida como ato discricionário, era lícito à Administração não nomear os candidatos provados, abrir novo concurso dentro do prazo de validade do anterior, ou até realizar contratações precárias para suprir as vagas não providas, a depender de sua conveniência e oportunidade. Esse entendimento estava tão consolidado há época, que em 2005, uma lei do estado do Rio de Janeiro que determinava a nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas, foi declarada inconstitucional pelo STF no julgamento da ADI 2931/RJ.

Com a entrada em vigor da C.F/88, e o incremento da força normativa dos princípios constitucionais, no contexto do fenômeno da constitucionalização dos direitos, isso aliado a utilização de métodos hermenêuticos constitucionais próprios, o entendimento jurisprudencial evoluiu, e a partir de decisões dos diversos Tribunais do país, sendo

acolhidas primeiramente pelo STJ, e posteriormente no STF, o direito subjetivo à nomeação vem sendo reconhecido nas seguintes hipóteses:

- 1) Desrespeito à ordem de classificação¹¹ ;
- 2) Preterição de candidato aprovado, por meio de contratações temporárias;¹²
- 3) Aprovação dentro do número de vagas;¹³
- 4) Aprovação além do número de vagas, mas dentro do cadastro de reserva, quando surgirem novas vagas ou for aberto novo concurso público durante o prazo de validade do certame anterior, comprovando-se a necessidade do serviço, e ocorrer a preterição arbitrária ou imotivada dos candidatos já aprovados.¹⁴

São dois os arestos que concentram o entendimento mais atual do STF sobre o tema: o RE 598.099/MG de relatoria do Ministro Gilmar Mendes; e o RE 837.311/PI, que tem como relator o Ministro Luiz Fux.

No julgamento do RE 598.099/MG, o STF assegura o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas, com fundamento nos princípios da segurança jurídica, boa-fé, e proteção à confiança.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. I. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. (...) II. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. BOA-FÉ. PROTEÇÃO À CONFIANÇA. O dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional

11 STF, Súmula 15. STF, REAgR 419013, Relator Min. Carlos Velloso, DJ, 25 jun. 2004. STJ, ROMS 200701555305, Relatora Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ, 17 nov. 2008.

12 STF, AIaGR 440895, Relator Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ, 20 out. 2006.

13 RMS 23331/RO, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 5.4.2010; RE 598099, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2011.

14 RE 837311, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2015.

respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança.

(STF, RE 598099, Relator Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2011). (Grifo nosso).

É reconhecido o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora do número vagas, mas inseridos no cadastro de reserva, no julgamento do RE 837.311/PI; que também utiliza como um dos fundamentos o princípio da proteção à confiança:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 784 DO PLENÁRIO VIRTUAL. CONTROVÉRSIA SOBRE O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO NO CASO DE SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. IN CASU, A ABERTURA DE NOVO CONCURSO PÚBLICO FOI ACOMPANHADA DA DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA NECESSIDADE PREMENTE E INADIÁVEL DE PROVIMENTO DOS CARGOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 37, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. ARBÍTRIO. PRETERIÇÃO. CONVOLAÇÃO EXCEPCIONAL DA MERA EXPECTATIVA EM DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, BOA-FÉ, MORALIDADE, IMPESSOALIDADE E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. FORÇA NORMATIVA DO CONCURSO PÚBLICO. INTERESSE DA SOCIEDADE. RESPEITO À ORDEM DE APROVAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A TESE ORA DELIMITADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. [...]. Assim, a discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (ErmessensreduzierungaufNull), fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, verbi gratia, nas seguintes hipóteses excepcionais: i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099); ii) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); iii) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo

concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima. [...].

(STF, RE 837311, Relator Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2015). (Grifo nosso).

Toda problemática envolvendo o surgimento do direito à nomeação do candidato aprovado em concursos públicos, resume-se à identificação das situações em que uma mera expectativa de direito se convola em direito subjetivo, vinculando-se a discricionariedade; foi isso que as decisões acima mencionadas fizeram, lançando mão de vasta argumentação jurídica para justificar as situações em que esta transformação ocorre.

Os principais fundamentos invocados pelos julgados acima são: o princípio da boa-fé, segurança jurídica, proteção da confiança, e força normativa do princípio do concurso público, contudo, entendemos que o princípio da proteção à confiança legítima tem um conteúdo com grande potencial para simplificar e melhor sistematizar a aplicação dos limites à atuação administrativa, garantindo os direitos já estabilizados e a confiança dos administrados frente a atos da administração que contrariam a segurança jurídica, segurança esta tão cara no dias de hoje, especialmente, em um país onde até o passado é incerto.

Neste ponto, pretendemos demonstrar a correção da invocação pelos Tribunais do princípio da proteção à confiança legítima como razão para o surgimento do direito subjetivo à nomeação, e para tanto, passaremos a estudar mais a fundo este princípio, visando uma melhor compreensão do seu conteúdo e campo de aplicação.

3 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA LEGÍTIMA

De acordo com as lições de Almiro Couto e Silva, que escreveu artigo lapidar sobre o assunto, o Princípio da proteção da confiança legítima advém do conteúdo subjetivo do Princípio da Segurança Jurídica que, por sua vez, é fruto do próprio Estado Democrático de Direito, vejamos:

A segurança jurídica é entendida como sendo um conceito ou um princípio jurídico de se ramifica em duas partes, uma de natureza objetiva e outra de natureza subjetiva. A primeira de natureza objetiva, é aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do

Estado até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Diferentemente do que acontece em outros países cujos ordenamentos jurídicos frequentemente tem servido de inspiração ao direito brasileiro, tal proteção está há muito incorporada à nossa tradição constitucional e dela expressamente cogita a Constituição de 1988, no art. 5º, inciso XXXVI.

A outra de natureza subjetiva, concerne à proteção à confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e outras condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação.

Modernamente, no direito comparado, a doutrina prefere admitir a existência de dois princípios distintos, apesar das estreitas correlações existentes entre eles. Falam os autores, assim, em princípio da segurança jurídica quando designam o que prestigia o aspecto objetivo da estabilidade das relações jurídicas, e em princípio da proteção à confiança, quando aludem ao que atenta para o aspecto subjetivo.¹⁵

Conforme bem explicado no trecho acima, hoje a doutrina mais abalizada já atribui autonomia ao princípio da proteção da confiança legítima, que é aplicável à administração pública em diversas situações, mais especificamente: na anulação de atos ilegais; revogação de atos válidos; na expedição de atos normativos; e, defesa da vinculação dos precedentes administrativos.

No presente caso, o princípio será aplicado como limite à discricionariedade, e à expedição de atos normativos, no caso os editais, que corporificam os regulamentos dos concursos públicos; lembrando sempre da máxima: “o edital é a lei do concurso”.

Este princípio, tem origem na Alemanha pós-segunda guerra mundial, sendo uma construção jurisprudencial do Superior Tribunal Administrativo de Berlim, no “caso da viúva de Berlim”, no ano de 1956; neste processo, uma mulher viúva de um funcionário público recebeu a oferta de uma pensão do Estado caso se mudasse para a Berlim ocidental. Após transcorrido aproximadamente um ano, constatou-se que ela não teria preenchido todos os requisitos legais para concessão daquele benefício, sendo este cessado e determinada a devolução dos valores recebidos. Julgado

15 COUTO E SILVA, Almiro. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da administração pública de anular os seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista da Procuradoria-Geral do Estado (do Rio Grande do Sul)*, Porto Alegre, n.57, 2004. p. 36.

o caso, decidiu-se não só pela irrepetibilidade dos valores pagos, assim como pela manutenção da pensão, tendo como fundamento o princípio da proteção à confiança.

O princípio é reconhecido e aplicado em diversos países, a exemplo da Alemanha, Portugal e Espanha, contudo, neste último é mais comum a utilização do princípio da boa-fé, com a mesma finalidade, a exemplo da obra de Jesús Gonzalez Pérez, intitulada *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*; como exemplo da aplicação do princípio da proteção à confiança no direito português, recorreremos às preciosas lições de J.J. Gomes Canotilho.

O homem necessita de uma certa segurança para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente sua vida. Por isso, desde cedo se considerou como elementos constitutivos do Estado de direito o princípio da segurança jurídica e da confiança do cidadão.

[...]

A ideia de segurança jurídica reconduz-se a dois princípios materiais concretizadores do princípio geral da segurança: princípio da determinabilidade de leis claras e densas e o princípio da proteção da confiança, traduzindo na exigência de leis tendencialmente estáveis, ou, pelo menos, não lesivas da previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos jurídicos.¹⁶

Resta ainda consignar que o princípio da confiança legítima está consagrado nos §§ 48 e 49 da lei de procedimento administrativo alemã, na lei fundamental de Bonn, assim como no art. 3º, nº 1 da lei espanhola n. 4/1999 (*Ley de Régimen Jurídico de Procedimiento Administrativo Común*).

Inversamente do que ocorreu na Alemanha, no Brasil, a introdução da proteção à confiança se deu pela produção doutrinária, que depois foi assimilada pela jurisprudência.

Quanto ao princípio da segurança jurídica aplicável à Administração Pública, este foi incorporado ao sistema jurídico pátrio de forma expressa

16 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 372.

no art. 2º, da lei 9.784/99¹⁷, assim como no seu corpo são inseridos diversos princípios e normas que vão nortear e operacionalizar sua aplicação.

De pronto, constatamos uma clara influência do direito alemão, quando o inciso I do art. 2º, traz a ideia de atuação conforme não só à lei, mas também ao direito (juridicidade), norma igualmente prevista no art. 20, item 3, da lei fundamental de Bonn¹⁸. Afirma Di Pietro, a qual integrou a comissão de juristas que elaborou o anteprojeto da lei do processo administrativo, que a intenção inicial da inclusão do princípio da segurança jurídica no texto seria impedir a aplicação retroativa da nova interpretação dada pela administração pública, conforme determina o inciso XIII, do art. 2º, mas a própria autora reconhece que isto não esgota todo o sentido do princípio¹⁹.

A primeira lei brasileira que se tem conhecimento da previsão expressa do princípio da confiança legítima, é a lei n. 5.427/2009, do Estado do Rio de Janeiro, que em seu art. 2ª, prevê dentre outros o princípio da proteção da confiança legítima²⁰.

17 Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

[...]

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

[...]

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

18 Artigo 20 (Princípios constitucionais – Direitos de Resistência).

[...]

(3) O poder legislativo está submetido à ordem constitucional; os poderes executivo e judiciário obedecem à lei e ao direito.

[...]

19 DI PIETRO, In: MARRARA, Thiago. (organizador). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 15.

20 Art. 2º O processo administrativo obedecerá, dentre outros, aos princípios da transparência, legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, impessoalidade, eficiência, celeridade, oficialidade, publicidade, participação, proteção da confiança legítima e interesse público.

Nossa lei do processo administrativo traz mais uma inovação, que é a previsão em seu art. 54²¹, de prazo decadencial de 05 (cinco) anos para que a Administração Pública possa anular os atos que tenham gerados efeitos favoráveis para o administrados, salvo comprovada má-fé. Esta regra incide nas situações que se pretende preservar os efeitos de atos ilegais geradores de direitos aos administrados de boa-fé.

Contudo, o campo de aplicação deste princípio não se esgota aí, como dito alhures, incide também na limitação do exercício da discricionariedade administrativa.

As condições exigidas para aplicação deste princípio à revogação ou modificação dos atos discricionários são diversas daquelas necessárias para preservação dos efeitos do ato ilegal, como por exemplo, ausência de necessidade de comprovação da boa-fé do administrado, visto que o ato discricionário é legal, e coberto pela presunção de legitimidade; assim como prescinde da passagem de um lapso temporal razoável para consolidar a situação, pelo mesmo motivo, o ato gerador da expectativa legítima ser lícito, e apesar de “discricionário”, produz a expectativa de estabilidade.

No direito administrativo, o princípio da proteção da confiança legítima visa proteger as expectativas do cidadão em situações jurídicas favoráveis criadas pela própria Administração, vinculando-se a administração à sua conduta inicial, tendo o efeito de no presente caso gerar a transição da expectativa de direito para o direito subjetivo à nomeação, e conseqüentemente, reduzindo a zero a discricionariedade da Administração pública.

Falando em discricionariedade, a doutrina administrativista mais moderna, já não admite a existência da dicotomia entre atos administrativos vinculados e discricionários, mas que os atos administrativos teriam diferentes níveis de vinculação à juridicidade (leis e princípios), estando os atos vinculados em uma escala decrescente: às regras; aos conceitos jurídicos indeterminados; ou diretamente aos princípios.

Mas sempre haveria alguma espécie de vinculação, não existindo atos imunes ao controle jurisdicional. No caso específico do princípio da

21 Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

proteção da confiança legítima, Gustavo Binembojm reconhece que este seria capaz de reduzir a zero a discricionariedade administrativa.²²

Mesmo para os que adotam a dicotomia forte entre ato vinculado/discricionário, a conveniência e oportunidade se evidencia de forma mais intensa no momento da decisão administrativa de escolha do conteúdo do ato, mas isso não quer dizer que os seus efeitos sejam instáveis, frágeis. Enquanto permanecerem as mesmas condições existentes no momento da sua produção, o ato administrativo é irretratável, porque do contrário se estaria virando as costas para segurança jurídica, e frustrando as expectativas legítimas geradas nos administrados.

Marçal Justen Filho, quando trata dos concursos públicos, ensina que a discricionariedade da Administração Pública se exercita de forma mais contundente na elaboração do regulamento do certame, estando sua aplicação posterior autovinculada ao edital²³, ressaltamos a discricionariedade técnica da banca examinadora na elaboração e correção das questões, mas mesmo esta, possui alguns balizamentos, como a necessidade de se seguir o programa das matérias previstas no edital, no momento da elaboração dos quesitos.

O princípio da proteção à confiança legítima, como instrumento concretizador da segurança jurídica, nos caso dos atos administrativos discricionários, serve justamente para impedir que a administração revogue ou altere seus atos geradores de efeitos favoráveis aos administrados ao seu bel prazer, bastando para tanto, a invocação da supremacia do interesse público, interesse público este que não mais possui uma supremacia autoevidente se levarmos em consideração o protagonismo concedido pela Carta Magna de 1988 à garantia dos direitos fundamentais e da segurança jurídica.

É necessária a realização de uma ponderação no caso concreto entre o interesse público e o privado envolvidos, e na questão referente à nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas, esta ponderação foi resolvida em favor do interesse privado, justamente porque o Poder Judiciário entendeu que neste caso, a Administração Pública estaria vinculada à expectativa gerada nos candidatos, devendo se comportar de forma a atender aos princípios da moralidade, eficiência, e impessoalidade.

22 BINEMBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo - direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2008. p. 234.

23 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 928.

Quanto à alegação de que o que existiria seria apenas uma mera expectativa de direito, cabe argumentar que é reconhecido pela doutrina, a dificuldade de se distinguir, na prática, o direito adquirido da expectativa de direito, pois muitas das vezes, um direito é tido como uma mera expectativa apenas por uma decisão política de não se reconhecer o seu exercício, ou para permitir a retroatividade da lei ou ato normativo, vejamos as lições do professor português José de Oliveira Ascensão, ao tratar da teoria dos direitos adquiridos adotada no Brasil:

Há sobretudo a notar que a teoria é insuficiente como critério de distinção, pois há numerosas situações que não recebem nenhum esclarecimento desta noção. Assim, porque a distinção entre direito adquirido e mera expectativa de direito é na prática difícil de traçar, os autores acabam por chamar expectativas a umas situações e direitos a outras consoante pretendem ou não a aplicação da nova lei, o que representa a inversão do método.²⁴

Vendo com as lentes da proteção à confiança, publicado o edital, e neste expresso o número de vagas, existe um ato administrativo contendo uma manifestação de vontade da Administração Pública, no sentido de que precisa do preenchimento daqueles cargos para manutenção e continuidade das suas atividades, ato este com presunção de legitimidade porque legal, gerando, obviamente, a legítima expectativa no cidadão/candidato de que efetivamente serão nomeados pelo menos aquele número de aprovados.

Logrado êxito em todas as fases do certame, e aprovado dentro do número de vagas, ou seja, preenchidas todas as condições do regulamento do concurso, não há razão para se rejeitar a existência de um verdadeiro direito adquirido à nomeação, sendo o único fundamento que justifique isto como mera expectativa, a supremacia do interesse público, que nesta hipótese funciona como um verdadeiro argumento de autoridade. Para evitar que isso ocorra, devem ser ponderados o interesse público e a confiança legítima.

A proteção à confiança vai além, e ampliando este entendimento, deixa claro o direito à nomeação daqueles candidatos aprovados fora do número de vagas, figurando no cadastro de reserva, até porque a própria existência deste cadastro denota a interesse da administração de aproveitar os aprovados para provimento das vagas que surgirem durante o prazo de validade do concurso, e havendo a comprovação da existência de vagas

24 ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina. 1997. p. 550.

e atos concretos da Administração que demonstrem a necessidade do serviço, aquela promessa deve ser cumprida.

Este princípio pela sua origem, desenho doutrinário, e jurisprudencial, possui a força normativa necessária para vincular a administração quanto ao número de vagas ofertadas ou surgidas durante o prazo de validade do concurso, ao dever de nomeação; transformando uma mera expectativa em direito subjetivo.

Dentre as várias decisões que reconhecem o direito da nomeação do candidato aprovado em concurso público, muitas usam como fundamento os princípios da boa-fé, segurança jurídica, força normativa do princípio do concurso público²⁵, eficiência, moralidade, impessoalidade²⁶, e proteção à confiança legítima, sendo este o argumento que entendemos suficiente.

Por fim, é importante definir e delimitar o campo específico de incidência do princípio da proteção à confiança legítima, e para tanto é necessário fazer uma distinção dos demais princípios mais comumente utilizados como fundamento do direito à nomeação dos candidatos aprovados em concursos públicos, a saber, os princípios: da boa-fé; segurança jurídica; força normativa do princípio do concurso público; eficiência; moralidade; impessoalidade.

Conforme leciona a professora Patrícia Baptista, com relação à segurança jurídica, o princípio da proteção à confiança legítima concretiza aquele sobreprincípio, e nos casos específicos é a proteção à confiança que incide, por conta da abertura e baixa densidade normativa do princípio da segurança jurídica:

É inequívoco que a segurança jurídica, mesmo constituindo uma densificação do princípio do Estado de Direito, ainda assim é um princípio de grande abstração. Quase sempre esse princípio tem eficácia indireta por meio de outros subprincípios e regras dele extraídos. O valor segurança jurídica aparece como substrato de um extenso rol de subprincípios e regras do ordenamento jurídico-constitucional. Por isso, a segurança jurídica é frequentemente indicada como um sobreprincípio ou como um princípio matricial.²⁷

25 RE 598099, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2011.

26 RE 837311, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2015.

27 BAPTISTA, Patrícia. *Segurança Jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo*. 2015. Edição kindle, posição 880.

Ainda quanto ao seu campo específico de atuação, o princípio da proteção à confiança legítima, apesar de fazer parte da mesma constelação de valores, não se confunde com o princípio da boa-fé. No caso, a boa-fé servirá de condição para aplicação da proteção à confiança legítima nas situações em que se pretende a manutenção de um ato ilegal gerador de uma expectativa legítima no administrado, a exemplo do art. 54 da lei 9.784/99, o que não é objeto do presente estudo, pois nos atos discricionário a comprovação da boa-fé é desnecessária.

Quanto aos demais princípios constitucionais administrativos utilizados como fundamento das decisões supracitadas (moralidade, eficiência, e impessoalidade), estes possuem um campo de aplicação mais abrangente, tendo a proteção à confiança uma maior utilidade para solução do caso prático sob o ponto de vista do administrado, seja pelo seus contornos bem definidos, aplicando-se a situações em que a administração faz surgir no administrado uma expectativa legítima qualificada, seja pela sua vocação de servir para solução de situações individuais específicas.

Este mesmo raciocínio se aplica ao princípio da força normativa do princípio do concurso público, que tem função relevantíssima na orientação dos certames como um todo, mas no caso específico da expectativa de nomeação gerada com a abertura do concurso público, a proteção à confiança tem uma melhor operatividade.

Repetimos, que isto não quer dizer que estes princípios não possuem sua importância argumentativa, contudo, o princípio da proteção à confiança legítima é aquele que melhor atua para o efetivo reconhecimento do direito à nomeação.

Por fim, cabe ressaltar que considerando a finalidade dos concursos públicos, que é recrutar pessoal, não é possível o lançamento de edital apenas com cadastro reserva, salvo algumas situações específicas, como: adiantamento do certame enquanto tramita o processo legislativo para criação das vagas; sobra de cargos de concurso anterior; iminência da vacância de cargos, etc.²⁸ Igualmente, não é permitido o lançamento de um concurso prevendo determinado número de vagas, mas com uma cláusula de reserva de revogação, autorizando a administração definir unilateralmente se vai ou não prover as vagas oferecidas, neste sentido leciona a professora Patrícia Baptista:

28 MOTTA, Fabrício. Concurso Público: direito à nomeação e a existência de "cadastro de reserva". *Interesse Público IP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 61, maio/jun. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=67666>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

O ordenamento jurídico, porém, não pode compactuar com a aposição arbitrária e indiscriminada de reservas de revogação pelo Poder Público, como se fossem uma mera fórmula de estilo. Para que uma reserva de revogação possa validamente fundar a revogação de um ato administrativo regular e estável, sem a respectiva outorga de uma indenização compensatória, ela mesma deverá ser legal, ou seja, deverá estar amparada em alguma disposição legal que a autorize. Além do mais, a tão-só invocação da reserva como fundamento para a revogação de um ato favorável não bastará à validade dessa revogação. Será necessária, ainda, a indicação de uma razão de interesse público suficiente para justificá-la, nos termos vistos acima.²⁹

No mais, como o direito à nomeação é reconhecido a partir de uma ponderação entre o princípio da proteção à confiança legítima e da garantia do interesse público, pode ser que em determinadas situações, este prevaleça, e o candidato não tenha reconhecido o seu direito, mas desde que o fato ensejador seja superveniente, imprevisível, grave, e necessário, conforme bem decidiu o STF no RE 598.099.

4 CONCLUSÃO

Os nossos tribunais vem reconhecendo o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas ou que figuram no cadastro de reserva em diversas situações, trazendo as balizas argumentativas para tanto, especialmente com a aplicação de princípios constitucionais, que, após o fenômeno da constitucionalização, tiveram sua densidade normativa potencializada.

O STF entendia que a Administração Pública tinha discricionariedade para realizar a convocação dos candidatos aprovados em concurso público, mediante a análise de conveniência e oportunidade, ressalvadas a hipótese de desrespeito à ordem de classificação (súm. 15 do STF). Posteriormente à constituição de 1988, e no contexto do movimento de constitucionalização do direito, passou-se a reconhecer o direito à nomeação dos candidatos aprovados em outras situações, conforme indicamos no item 2.

Dois julgados do STF, RE 598.099/MG e RE 837.311/PI expõem o entendimento mais atual da Corte sobre o tema, e em ambos os julgados,

29 BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Segurança Jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo*. 2015. Edição kindle, posição 5197.

fez-se referência expressa ao princípio da proteção à confiança legítima, o que entendemos adequado.

O referido princípio é corolário do sobreprincípio da segurança jurídica, que visa garantir a estabilidade, previsão, e calculabilidade das normas e atos administrativos, fins almejados por um estado democrático de direito. Este possui um conteúdo com grande potencial para simplificar e melhor sistematizar a aplicação dos limites à atuação administrativa, garantindo os direitos já estabilizados e a confiança dos administrados frente a atos da administração que contrariam a segurança jurídica.

É evidente o desrespeito à confiança depositada pelos candidatos, nos casos em que a Administração Pública frustra a expectativa daqueles aprovados nos concursos públicos dentro do número de vagas, ou até fora, mas integrando o cadastro de reserva, que muitas vezes são preteridos por causa da realização de um novo concurso público dentro do prazo de validade do anterior, ou por meio de contratações precárias.

Na problemática estudada, instala-se um conflito entre os princípios da proteção à confiança legítima e da garantia do interesse público. No caso dos candidatos aprovados em concurso público dentro do número de vagas, ou no cadastro de reserva (neste último caso, desde que ocorra a comprovação da existência de vagas e necessidade do serviço), prevalece o interesse do particular que teve sua expectativa frustrada; mas também haverá situações em que o interesse público prepondera, especialmente quando surgir um fato superveniente, imprevisível, grave, e necessário, conforme decidiu o STF no RE 598099.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 11, set./out./nov. 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 26 nov. 2013.

BAPTISTA, Patrícia. *Segurança Jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo*. 2015. Edição kindle.

BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BINEMBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo - direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. *Principiologia do Concurso Público: Elementos para formação de uma teoria geral*. Maceió: EDUFAL, 2015.

COUTO E SILVA, Almiro. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da administração pública de anular os seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista da Procuradoria-Geral do Estado (do Rio Grande do Sul)*, Porto Alegre, n.57, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

KRELL, Andreas J. *Discrecionalidade administrativa e conceito legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MARRARA, Thiago. (organizador). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MOTTA, Fabrício. Concurso Público: direito à nomeação e a existência de “cadastro de reserva”. *Interesse Público IP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 61, maio/jun. 2010. Disponível em:<<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=67666>>. Acesso em: 22 abr. 2016.