

A PROTEÇÃO À CONFIANÇA DO CANDIDATO APROVADO NO CADASTRO DE RESERVA EM CONCURSO PÚBLICO, E A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE ALAGOAS-TJ/AL FRENTE AOS PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Daniilo Moura Lacerda¹

RESUMO: O presente artigo tem por objeto o estudo do princípio da proteção à confiança legítima, como fundamento mais relevante, presente em decisões dos tribunais superiores brasileiros, comparando-se com a jurisprudência do Tribunal de justiça de Alagoas-TJ/AL, em que se reconhece o direito à nomeação dos candidatos aprovados 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 superior courts, comparing to the Alagoas Justice Court jurisprudence, that have recognized the subjective right to nomination of the candidate approved in public service entrance examination, inside 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.

KEY-WORDS: Public service entrance examination. Nomination. Subjective right. Public interest. Principle of The Legitimate Expectation.

INTRODUÇÃO

Não são raras as situações em que os candidatos são aprovados em uma seleção pública, contudo fora do número de vagas previstas no edital, integrando o cadastro de reserva. Essa realidade passou a ocorrer com uma maior frequência, após a jurisprudência fixar o entendimento de que os candidatos teriam direito subjetivo à nomeação², caso

¹ Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas - UFAL. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina - Unisul. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (2003). Atualmente é procurador federal.

² RMS 23331/RO, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJE de 5.4.2010; RE 598099, Relator(a): Min.

aprovados dentro do número de vagas, o que provocou uma redução acentuada das vagas indicadas nos editais.

A finalidade deste artigo é verificar qual o fundamento presente na argumentação contida nas decisões do Supremo Tribunal Federal - STF, que reconhecem o direito à nomeação do candidato aprovado no cadastro de reserva.

Da análise destas decisões, especialmente daquelas proferidas nos *leading cases*: Recurso Extraordinário n. 837.311/PI, e também no Recurso Extraordinário n. 598.099/MG; verificamos que ambos recorrem dentre outros princípios, ao princípio da proteção à confiança legítima.

Neste momento, cabe perguntar: é adequado a invocação de princípios para assegurar um direito que não foi previsto pelo legislador ordinário? Qual o âmbito de proteção do princípio da proteção à confiança legítima? Seu conteúdo normativo possui densidade suficiente para assegurar o direito subjetivo à nomeação fora do número de vagas? Em que condições?

Temos como objetivo, realizar uma breve análise sobre a força normativa dos princípios, especialmente no contexto da constitucionalização do direito administrativo, fazendo um estudo do conteúdo do princípio da proteção à confiança legítima como limite à discricionariedade, e as condições para sua aplicação à casuística que nos propomos a estudar.

1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO E A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS

Após a segunda Guerra Mundial, o constitucionalismo se fortalece como movimento de superação do positivismo formalista, com uma premente necessidade de aproximação do direito aos valores éticos e da defesa dos direitos humanos. Neste contexto, é que se desenvolve o movimento pela constitucionalização do direito, passando a Constituição a ser o centro de todo o sistema jurídico, com a potencialização normativa dos seus princípios e regras.

O evento da constitucionalização levou a uma inversão no modo em que os aplicadores do direito interpretavam e aplicavam as normas jurídicas. O neoconstitucionalismo traz consigo a necessidade de uma nova teoria do direito, que segundo Luis Pietro Sanchís, possui dentre suas principais características:

(...) mais princípios do que regras; mais ponderação do que subsunção; onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar de espaços livres para opção legislativa ou regulamentar; onipotência judicial ao invés da autonomia do legislador ordinário; e, por último, coexistência de uma constelação plural de valores, às vezes com tendências contraditórias, em lugar da homogeneidade ideológica em torno de um punhado de princípios coerentes entre si e em torno, sobretudo, das sucessivas opções legislativas (SANCHÍS, 2005, p.131-132).³

Se antes havia um predomínio das leis infraconstitucionais, resquício do positivismo exegético, que tinha como seu maior símbolo do código civil francês, tendo as normas constitucionais apenas valor simbólico desprovidas de força normativa; hoje, os diversos ramos do direito viram seus estatutos migrarem para a margem do sistema jurídico, onde a Constituição agora ocupa o centro, irradiando seus efeitos sobre todas as áreas, inclusive sobre o direito administrativo, que passa a testemunhar a sistematização dos seus institutos e princípios; o que era dificultado ante a sua acentuada fragmentação de conteúdo e diplomas, que formavam diversos microssistemas (BARROSO, 2011, p.397).

Os pilares do regime jurídico administrativo: supremacia e indisponibilidade do interesse público; que até então eram considerados verdadeiros dogmas, passam a ser questionados diante da prevalência direitos fundamentais.

Neste contexto de constitucionalização do direito administrativo, o estudo dos princípios ganha relevância, pois o incremento da sua força normativa aliado à hermenêutica constitucional potencializou e racionalizou a aplicação destes princípios.

O estudo sistematizado dos princípios jurídicos que regulam o acesso aos cargos públicos ganha uma notável relevância, especialmente frente a uma inexistência de leis específicas sobre o tema, sendo, inclusive, já reconhecida a existência de uma garantia fundamental de todo o cidadão a ter um devido processo isonômico de seleção (MOTTA, 2010).

Os processos seletivos públicos visam garantir a igualdade e a meritocracia, sendo estes reconhecidos como princípios basilares dos concursos públicos (CARVALHO, 2015, p.83).

Além de seus princípios basilares; regem os concursos públicos os princípios constitucionais garantidores da segurança jurídica; devido processo legal; contraditório e ampla defesa; e, aqueles que orientam toda a administração pública, que são: a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, C.F).

³Tradução livre realizada pelo autor.

Os princípios são tidos como razões para as regras, assim como para decisões no caso concreto (ALEXY, 2008, p. 107), e seguindo este raciocínio, as regras sempre seriam fruto de um sopesamento entre princípios colidentes realizadas pelo legislador (BUSTAMANTE, 2010, p.156-157), e, em casos em que o legislador não previu, não havendo regras abstratas que regulem aquela situação, os princípios incidem diretamente, sendo criada uma regra específica para aquela decisão concreta.

É isso que ocorre, na maioria dos julgados envolvendo os diversos matizes do concurso público, na ausência de regras específicas⁴, há a incidência direta dos princípios para solução do caso concreto.

Em Alagoas, entrou em vigor em dezembro de 2016, a lei geral do concursos públicos (lei n. 7.858/2016), o que representa um grande avanço, contudo, sobre o objeto específico ora estudado, apesar de ser vedada a realização de concurso para formação apenas de cadastro de reserva (VIII, art. 11⁵), o seu artigo 81⁶ deixa margem para que não se contrate sequer os aprovados dentro do número de vagas, o que é inconstitucional e afronta o princípio da proteção à confiança legítima, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal, já avançando a jurisprudência para reconhecer o direito subjetivo à nomeação dos aprovados integrantes do cadastro de reserva, conforme será analisado a seguir.

Dentre os princípios invocados para o reconhecimento do direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado fora do número de vagas, está o princípio da proteção à confiança legítima, que entendemos tem um âmbito de proteção adequado para a solução desta espécie de demanda, sendo necessário o estudo das condições para sua aplicação ao caso concreto, visando uma maior segurança e previsibilidade das decisões sobre o tema, assim como a inibição do decisionismo judicial, evitando que se reconheça eventual direito à nomeação em situações pouco razoáveis.

⁴ 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: Editora EDUFAL, 2015.

⁵ Art. 11. É vedado:

(...)

VIII – realizar concurso que se destine, exclusivamente, à formação de cadastro de reserva.

⁶ Art. 81. O fim do prazo de validade do concurso sem que tenham sido nomeados os aprovados em número igual ao de vagas impõe à administração o dever de apresentar justificativa objetiva e fundamentada das razões do não aproveitamento dos remanescentes.

2 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA LEGÍTIMA

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. Almiro Couto e Silva escreveu artigo pioneiro sobre o tema, que por sua relevância, torna-se imperioso citar um trecho da obra deste autor⁷.

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 (COUTO E SILVA, 2004, p. 36).

O Estudo do referido princípio remonta ao movimento de constitucionalização do direito da Alemanha pós-guerra, ganhando autonomia reconhecida pela doutrina mais abalizada, quando voltado para a Administração Pública, o âmbito de proteção deste princípio incide limitando a atuação administrativa em diversas situações, dentre elas: como limite à autotutela administrativa (anulação e revogação); ao poder regulamentar, na expedição de atos normativos; assim como na vinculação administrativa aos seus precedentes.

Para os fins específicos do presente estudo, o princípio será analisado na função limitadora da 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".

A proteção à confiança legítima é identificada pela primeira vez como um valor constitucional 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 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.

A segurança jurídica, reconhecida como um sobreprincípio constitucional, do qual a

⁷A relevância da obra do professor Almiro Couto e Silva, rendeu dentre diversas homenagens, a publicação do livro: *Fundamentos do Estado de Direito*, organizado por Humberto Ávila.

proteção à confiança é fruto, teve sua aplicação à Administração Pública positivada de forma expressa no sistema jurídico pátrio, no art. 2º, da lei 9.784/99⁸, assim como no seu corpo são inseridos diversos princípios e normas que vão nortear e operacionalizar sua aplicação.

Percebemos que o inciso I, do art. 2º, da lei do processo administrativo (lei 9.784/99), foi diretamente influenciado pelo direito alemão, e traz a ideia de atuação da Administração Pública conforme não só à lei, mas também ao direito (juridicidade), norma igualmente prevista no art. 20, item 3, da lei fundamental de Bonn.⁹

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 princípio (DIPIETRO apud MARRARA, 2012, p. 15).

Apesar de não fazer referência expressa ao princípio da proteção à confiança legítima, a lei do processo administrativo traz mais uma inovação, que é a previsão em seu art. 54¹⁰, de prazo decadencial de 05 (cinco) anos para que a Administração Pública possa anular os atos que tenham gerados efeitos favoráveis para os 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.

O princípio da proteção à confiança legítima visa proteger as expectativas dos cidadãos em situações jurídicas favoráveis criadas pela própria Administração Pública, vinculando-se a administração à sua conduta inicial, tendo o efeito de gerar a transição de uma simples expectativa de direito em direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado dentro do cadastro de reserva, e, conseqüentemente, reduzindo a zero a discricionariedade da Administração pública, esse controle da discricionariedade seria realizado, na maioria das

⁸ 7Art. 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.

⁹Artigo 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.

¹⁰ 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.

vezes, por meio do controle do poder judiciário, ao julgar cada caso concreto.

Não existem atos imunes ao controle judicial, sejam eles vinculados ou "discricionários", pois sempre há alguma espécie de vinculação à lei e ao direito. No caso específico do princípio da proteção da confiança legítima, Gustavo Binbenbojm reconhece que este seria capaz de reduzir a zero a discricionariedade administrativa. (BINENBOJM, 2014, p. 248).

Esse controle também pode ser realizado pelo próprio poder executivo, que tem a obrigação de obediência aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais, devendo, contudo, ser criados procedimentos e instâncias decisórias bem definidas para decidir nas situações em que um regulamento, ou a própria lei deve ser afastada ou interpretada à luz dos valores constitucionais, evitando-se assim que cada servidor público faça a interpretação que lhe aprouver, criando ainda mais insegurança jurídica.

Sobre os concursos públicos, Justen Filho (2013, p. 928) 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 edital.

Nos casos em que estejam presentes atos administrativos discricionários, o princípio da proteção à confiança legítima, instrumento concretizador da segurança jurídica em seu aspecto subjetivo, serve justamente para impedir que a administração revogue ou altere seus atos geradores de efeitos favoráveis aos administrados de forma indiscriminada, bastando para tanto, a invocação da supremacia do interesse público, especialmente, se levarmos em consideração a prevalência *prima facie* dos direitos fundamentais, garantidos na CF/88 (ALEXY, 2004, p. 207).

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 público¹¹, eficiência, moralidade, impessoalidade¹², e proteção à confiança legítima, sendo este o argumento que entendemos suficiente.

É importante definir e delimitar o campo específico de incidência do princípio da proteção à confiança legítima, reduzindo a zona de incerteza sobre os fatos que sofreriam a sua incidência, visando diminuir o decisionismo judicial, evitando que o julgador utilize um

¹¹ RE 598099, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2011

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

ou outro princípio apenas como um artifício retórico, sem uma maior precisão dogmática.

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 Patrícia Baptista (2006, p. 45), 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.

Ainda quanto ao seu campo específico de atuação, nestes casos se aplica o princípio da proteção à confiança legítima e não a boa-fé objetiva, apesar de ambos fazerem parte da mesma constelação de valores, neste ponto não se confundem, pois nos casos de exercício da competência normativa (edital dos concursos), não existe uma relação intersubjetiva concreta, não havendo sequer a participação ou influência do interessado na formação do ato ou decisão administrativa (ARAÚJO, 2016, p. 154/155).

Quanto aos demais princípios constitucionais 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 à 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.

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.

3 OS PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E SUA APLICAÇÃO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE ALAGOAS

As demandas judiciais que discutem as regras do concurso público e os direitos à

nomeação, passam pelo STJ nos casos de mandados de segurança originários - MS ou recursos ordinários RMS, mas geralmente, deságuam por meio do controle difuso no STF, por conta dos dispositivos constitucionais que regem a Administração Pública (art. 37, I, e IV), além das demais garantias constitucionais como a ampla de defesa e contraditório, e o devido processo legal.

A análise dos julgados proferidos pelo STF, orienta no sentido preciso do atual estágio da jurisprudência sobre o tema relativo ao direito à nomeação do candidato aprovado em concurso público dentro do cadastro de reserva.

O entendimento jurisprudencial vem evoluindo para reconhecer o direito subjetivo à nomeação nas seguintes hipóteses: a) Desrespeito à ordem de classificação¹³; b) Preterição de candidato aprovado, por meio de contratações temporárias;¹⁴ c) Aprovação dentro do número de vagas;¹⁵ d) 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.¹⁶

O direito à nomeação aos candidatos aprovados fora do número de vagas, mas no cadastro de reserva, desde que comprovada a existência de cargo vago e a necessidade do serviço, foi inicialmente reconhecido pelo STJ, no ano de 2010, no julgamento do RMS nº 22.908-RS¹⁷, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, neste julgado, utilizou-se como fundamento os princípios da boa-fé objetiva e da segurança jurídica, ainda não fazendo referência ao princípio da proteção à confiança legítima, que passou a se mencionado após o julgamento do RE 598.099/MG, julgado pelo STF em 2011, a exemplo do MS 19369/DF¹⁸.

¹³ STF, Súmula 15. STF, REAgR 419013, Relator Min. Carlos Velloso, DJ, 25 jun. 2004.

¹⁴ STF, AIAgR 440895, Relator Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ, 20 out. 2006.

¹⁵ STF, RE 598099, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2011. ¹⁵RE 837311, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2015.

¹⁶ RE 837311, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2015.

¹⁷ RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PROFESSOR. ENSINO MÉDIO. APROVAÇÃO EM PRIMEIRO LUGAR. RESERVA TÉCNICA DE VAGAS. PREENCHIMENTO DE VAGAS ACIMA DO NÚMERO PREVISTO NO EDITAL A TÍTULO DE CADASTRO-RESERVA. CONVOCAÇÃO REITERADA DE OUTRO PROFESSOR PARA REGIME ESPECIAL DE TRABALHO. NECESSIDADE DO SERVIÇO DEMONSTRADA. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. 1. Tem direito líquido e certo à nomeação o candidato, aprovado dentro do número inicial de vagas previstas a título de reserva técnica em edital de concurso público, ante a ulterior nomeação de candidatos em número superior ao previsto no edital, e a reiterada convocação de professor do quadro efetivo para o exercício de carga horária adicional no cargo para o qual foi aprovado, que demonstram a efetiva necessidade do serviço. 2. Recurso ordinário provido. (RMS 22.908/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 28/09/2010, DJe 18/10/2010).

¹⁸ (MS 19.369/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL

São dois os arestos que concentram o entendimento mais atual do STF sobre o tema: o RE 598.099/MG, julgado em 2011, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que trata do direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital; e o RE 837.311/PI, julgado em 2015, relatado pelo Ministro Luiz Fux, que trata especificamente das situações em que os candidatos aprovados que estão no cadastro de reserva teriam direito à nomeação, vejamos:

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 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).

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. ARBITRÁRIO. 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 (Ermessensreduzierung auf Null), 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).

O cerne destes julgados trata das situações em que haveria uma limitação da discricionariedade administrativa (conveniência e oportunidade), quanto ao provimento dos cargos públicos mediante concurso. O fundamento constitucional destes julgados é lastreado nos princípios 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.

Em busca jurisprudencial realizada no sítio do Tribunal de Justiça de Alagoas – TJ/AL, a decisão mais antiga encontrada tratando sobre este objeto, foi proferida pelo Pleno em 15/12/2015, ao julgar o MS 0802930-05.2015.8.02.0000, relatado pelo Desembargador Fábio Bittencourt, em que se decidiu por unanimidade conceder a segurança, reconhecendo o direito líquido e certo à nomeação de candidata aprovada fora do número de vagas de concurso do próprio TJ/AL, considerando que havia servidores que foram cedidos ao Tribunal após o certame, para o exercício de função que correspondia ao cargo para o qual a impetrante logrou êxito.

Este acórdão, apesar de concluir pelo direito à nomeação, não faz referência aos princípios da proteção à confiança legítima e nem às decisões do STF, citadas acima.

Também foi proferido um julgado em 2015, no AI 0800637-62.2015.8.02.0000¹⁹, mencionando o princípio da proteção à confiança legítima, inclusive citando doutrina atualizada sobre o tema, mas neste caso, a candidata foi aprovada dentro do número de vagas (fugindo do tema específico deste artigo), nesta decisão o TJAL seguiu o precedente do STF, oriundo do que restou consignado no RE 598.099/MG.

Outras decisões mais recentes²⁰, em que o direito à nomeação não foi reconhecido, também não foi mencionado o princípio da proteção à confiança, apesar de em um deles ter

¹⁹TJAL, AI 0800637-62.2015.8.02.0000, Rel. Desa. Elisabeth Carvalho Nascimento, 2ª Câmara Cível, DJ 15/11/2015.

²⁰TJAL, MS 0802939-64.2015.8.02.0000, Rel. Alcides Gusmão da Silva, Pleno, DJ 02/05/2017.

sido feita referência ao acórdão do STF no RE 837.311/PI²¹.

Apesar de não ser identificado um padrão argumentativo nos julgados da Corte de Justiça alagoana, tem-se como adequada a utilização do princípio da proteção à confiança legítima como fundamento para o reconhecimento do direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados e integrantes do cadastro de reserva, pois aquele tem um enorme potencial para sistematizar as condições e situações em que o judiciário pretende limitar a discricionariedade administrativa nas questões envolvendo o direito à nomeação de candidatos aprovados em concurso público.

Dentre os requisitos para sua aplicação, são identificados: a) a não proteção, no caso concreto, por outras garantias de estabilidade das relações jurídico-administrativas; b) o depósito da confiança no ato ou conduta administrativa (base de confiança positiva); c) que a confiança do administrado seja legítima; d) que o interesse do particular confiante, após o processo de ponderação, prevaleça sobre o interesse público (BAPTISTA, 2006, p. 130).

Para solução desta questão, é necessário a realização de uma ponderação no caso concreto entre os interesses públicos e os privados envolvidos.

No que concerne à nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas, esta ponderação já foi resolvida em favor do interesse do candidato, justamente porque aqui se entendeu que a Administração Pública estaria vinculada à expectativa gerada (confiança legítima), devendo se comportar de forma a atender aos princípios da moralidade, eficiência e impessoalidade. Mas será que esta mesma solução se aplica aos aprovados fora do número de vagas, dentro do cadastro de reserva?

Quanto à alegação de que o que existiria seria apenas uma mera expectativa de direito, cabe argumentar que é reconhecida 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 sobre fatos pretéritos, vejamos as lições de 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

²¹ TJAL, AC 0709762-43.2015.8.02.0001, Rel. Des. Paulo Barros da Silva Lima, 2ª Câmara Cível, DJ 24/04/2017.

a aplicação da nova lei, o que representa a inversão do método (ASCENSÃO, 1997, p. 550).

Já foi superada a tese de que o direito à nomeação dos aprovados dentro do número de vagas seria apenas uma mera expectativa de direito, contudo, a proteção à confiança vai além, e ampliando este entendimento, deixa claro que é possível o direito à nomeação daqueles candidatos aprovados fora do número de vagas, figurando no cadastro de reserva, desde que preenchidas algumas condicionantes, até porque a própria existência deste cadastro denota o 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 e atos concretos da Administração que demonstrem a necessidade do serviço, aquela promessa deve ser cumprida.

Cabe ainda esclarecer que, considerando a finalidade dos concursos públicos, que é o recrutamento de pessoal, não é possível o lançamento de edital apenas com cadastro reserva, salvo em 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. (MOTTA, 2010), no caso específico da lei geral dos concursos alagoana (lei n. 7.858/2016), esta veda expressamente essa hipótese no seu artigo 11, VII.

O direito à nomeação é reconhecido a partir de uma ponderação entre o princípio da proteção à confiança legítima e da garantia do interesse público²², então mesmo que o candidato seja aprovado dentro do número de vagas, pode ser que em determinadas situações o interesse público prevaleça e o candidato não tenha reconhecido o seu direito, desde que o fato ensejador da mudança de postura pela Administração Pública seja superveniente, imprevisível, grave e necessário, conforme bem decidiu o STF no RE 598099.

CONCLUSÃO

O direito administrativo, assim como os demais ramos do direito, vem sofrendo profundas mudanças causadas pelo movimento de constitucionalização do direito.

A influência dos princípios e valores constitucionais está levando os doutrinadores a

²² Apesar de abstratamente o interesse do candidato poder se identificar com o próprio interesse público na contratação de servidores qualificados, ao se ponderar no caso concreto, o que se verifica é um verdadeiro conflito entre o interesse privado e o interesse público, que por razões diversas, a Administração Pública não pretende mais realizar aquela nomeação. Sobre este assunto remetemos o leitor ao artigo de SILVA, Virgílio Afonso da. Na encruzilhada liberdade-autoridade: a tensão entre direitos fundamentais e interesses coletivos. in: Fernando Dias Menezes de Almeida et al (orgs.), **Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar**, Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 735-747.

revisitar os institutos básicos dos direitos administrativo, a exemplo do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, que perde sua condição de dogma.

Neste contexto, verifica-se o incremento da densidade normativa dos princípios, que passam a não só influenciar na interpretação da legislação infraconstitucional, mas incidem diretamente para solucionar situações concretas.

As questões envolvendo os concursos públicos é uma das que os aplicadores do direito se socorrem constantemente dos princípios constitucionais, tendo em vista o vácuo de leis regulando dos direitos e deveres dos candidatos, contudo, em Alagoas já existe lei específica.

Dentre estes, está o direito à nomeação dos aprovados em concurso público, em que a doutrina e a jurisprudência vem evoluindo a interpretação das normas constitucionais que garantem a nomeação, desde os casos da preterição pela inobservância da lista de classificação, passando pelo direito daquele aprovado dentro do número de vagas, e chegando na trincheira atual, que trata das condições para que os candidatos aprovados fora do número de vagas, mas dentro do cadastro de reserva, tenham direito subjetivo à nomeação.

Cada vez mais o judiciário restringe o âmbito de discricionariedade da Administração Pública, vinculando seu exercício aos valores previstos na Constituição: segurança jurídica, proteção à confiança, ampla defesa, contraditório, devido processo legal, legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência, força normativa do concurso público, etc.

As decisões dos tribunais superiores, especialmente do STF, invocam diversos destes princípios constitucionais, dentre eles o princípio da proteção à confiança legítima, que tem o âmbito de proteção adequado para servir como principal razão para garantia do direito à nomeação dos candidatos aprovados fora do número de vagas, desde que comprovada não só a existência de vaga, mas também a necessidade do serviço, e a preterição arbitrária e imotivada dos candidatos.

Na jurisprudência do Tribunal de Justiça de Alagoas-TJAL, apesar de existirem diversos julgados sobre o direito à nomeação dos candidatos aprovados dentro e fora do número de vagas, poucos fazem referência ao princípio da proteção à confiança legítima.

Este princípio seja por seu conteúdo normativo próprio, corolário do aspecto subjetivo da segurança jurídica, seja por sua vocação para solução de casos concretos, tem uma operatividade mais eficaz para assegurar o cumprimento das expectativas legítimas

criadas pela própria Administração Pública.

A segurança jurídica é concretizada por meio da proteção à confiança, garantido que aqueles que acreditaram na efetiva contratação após a tão almejada aprovação, mesmo que fora das vagas, tenham sua legítima expectativa respeitada, mas é claro, desde que presentes as condicionantes indicadas acima, até porque a regra ainda é que a Administração Pública tenha certa liberdade para escolher quando contratar, assim como o número de cargos do quadro funcional que pretende prover, sempre levando em consideração o atendimento do interesse público e os seus limites orçamentários.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Barcelona: Editora Gedisa, 2004.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança**: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. Niterói: Impetus, 2016.

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

ÁVILA, Humberto. **Fundamentos do Estado de Direito**: Estudos em homenagem ao professor Almiro Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005.

BAPTISTA, Patrícia. **Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima**: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro. 2006. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo.

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

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. Ed. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2014.

BUSTAMANTE, Thomas. Princípios regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabundância das regras jurídicas e das decisões *contra legem*. **Direitos, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro. n. 37 jul./dez. 2010. P. 152-180.

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

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

MOTTA, Fabrício. Concurso Público: direito à nomeação e a existência de "cadastro de reserva". **Interesse Público IP**, Belo Horizonte, ano 12, n. 61, mai./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=676666>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

SACCHÍS, Luis Pietro. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONEL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madri: Editorial Trotta, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. Na encruzilhada liberdade-autoridade: a tensão entre direitos fundamentais e interesses coletivos. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de et al. (Orgs.). **Direito público em evolução**: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 735-747.