

**Segurança jurídica no Direito Administrativo: expectativa de direito, proteção da confiança e direito adquirido.**

**O caso da Lei nº 12.772/2012 (*Plano de Carreiras e Cargos do Magistério Federal*) e da Nota Técnica nº 1/2013**

*Legal certainty in Administrative Law: expectation of right, protection of confidence and acquired right.*

*The case of Law nº 12.772/2012 (Careers and Jobs Plan's of Federal Professorship) and the Technical Note nº 1/2013*

Fábio Corrêa Souza de Oliveira\*

Larissa Pinha de Oliveira\*

**RESUMO:**

Estuda-se a segurança jurídica, em suas dimensões – direito adquirido, mera expectativa de direito e expectativa legítima de direito –, no âmbito do Direito Administrativo, a partir do advento de lei e ato administrativo normativo que implicaram em mudanças na seara de concursos públicos. Investigam-se hipóteses relativas à Lei nº 12.772/2012, que dispôs sobre o *Plano de Carreiras e Cargos do Magistério Federal*, bem como à Nota Técnica nº 1/2013, que vem a ser a regulamentação da referida lei. Problematizam-se *standards* da segurança jurídica: expectativa de direito, expectativa legítima, trazendo, pois, à baila a noção de proteção da confiança, em conjunto com o direito adquirido. Por outro lado, é examinada, sob um aspecto, a compatibilidade entre a nota técnica e a lei. É possível identificar na Lei nº 12.772/2012 e na Nota Técnica nº 1/2013, que já causam discussões, polêmicas, com

---

\* Coordenador do Mestrado/Doutorado em Direito da Universidade Estácio de Sá (UNESA). Professor Adjunto de Direito Administrativo da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e de Direito Constitucional da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Mestre em Direito e Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pesquisador Visitante e Pós-Graduação *Lato Sensu* na Faculdade de Direito de Coimbra (2004). Pós-Doutorado na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Coordenador do *Centro de Direito dos Animais, Ecologia Profunda*, UFRJ-UFF-UFRRJ. [www.animaisecologia.com.br](http://www.animaisecologia.com.br)

\* Professora Assistente de Direito Administrativo da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Bacharel em Direito e Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/RJ). Aluna especial do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito (Direito Administrativo) da Universidade de São Paulo (USP).

anúncios de judicialização, diferentes situações: ora de mera expectativa de direito, ora de proteção da confiança e ora de direito adquirido. A ausência de regras de transição colabora para acentuar a delicadeza dos casos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Segurança jurídica; expectativa de direito; direito adquirido; proteção da confiança.

**ABSTRACT:**

This article studies the legal certainty in its dimensions – acquired right, a mere expectation of rights and legitimate expectations of rights - in the context of Administrative Law, starting from the advent of Law n° 12.772/2012, which deals with the Careers and Jobs Plan's of Federal Professorship, and the Technical Note n° 1/2013, which comes to be the regulation of it. The text investigates hypotheses concerning Law n° 12.772/2012 and problematizes the standards of legal certainty: expectation of rights, legitimate expectation of rights, bringing up the notion of protection of confidence, together with the notion of acquired right. Moreover, it is examined, in one aspect, the compatibility between the technical note and the law. It is possible to identify that Law n° 12.772/2012 and Technical Note n° 1/2013, which has caused controversies, can create different situations: sometimes of mere expectation of rights, other times protection of confidence and acquired right. The absence of transition rules contributes to accentuate the delicacy of the cases.

**KEYWORDS:** Legal certainty; expectation of right; acquired right; protection of confidence.

**Sumário**

1) Introdução 2) Explicação conceitual: a segurança jurídica entre a expectativa de direito e o direito adquirido 3) A regência da Lei n° 12.772/2012 e da Nota Técnica n° 1/2013 na seara dos concursos públicos para o magistério universitário 4) Apreciação da constitucionalidade e da legalidade das hipóteses 5) Considerações finais 6) Referências bibliográficas

**1. Introdução**

Alguns temas são recorrentes na academia e nem por isso se revelam esgotados ou perdem interesse. Institutos de centralidade, tradicionais, o que não os impede de conhecer atualizações, sendo confrontados com novas e complexas hipóteses. Dentre tais categorias, a

problemática concernente à segurança jurídica, pela sua óbvia relevância, segue exigindo diligente cuidado, permanente atenção por parte da doutrina. Ora, segundo alguns, o Direito é identificado sobretudo pela segurança jurídica, esta teria sido a razão histórica decisiva, de apelo pragmático, para a sua constituição social.

Sem que se precise aqui avançar na discussão da gênese e do propósito do Direito, em um mergulho na epistemologia jurídica, fato incontestado é que a segurança jurídica, valor de primeira grandeza, não apresenta uma conceituação uniforme, manifestando dificuldade, escassez ou falta de consenso em algumas hipóteses. Independente deste fator se reconhece que a segurança, objeto tutelado pelo sistema normativo já desde a Constituição, expressando-se como direito fundamental, pode entrar em colisão com outros bens também salvaguardados pelo Direito. É comum a referência ao conflito entre segurança jurídica e justiça, o qual, apresentado assim em síntese, traduz o choque, em espécie, de diversos direitos. E, nesta linha, a segurança jurídica se depara com a acentuada rapidez, inconstância, mutabilidade das situações ou relações da contemporaneidade, a já denominada *época da velocidade*, sendo certo que a própria Administração Pública se põe como agente da celeridade em nome da eficiência, da agilidade de sorte a acompanhar as demandas que se sucedem, ou seja, da dinamicidade administrativa, sem que se possa, todavia, afastar a possibilidade de a ligeireza traduzir volubilidade, fraqueza ou ausência de planejamento, de comprometimento legal/programático, uma gestão sem rumo, ao léu, ao sabor das circunstâncias, dos ventos nem sempre republicanos.

Poder-se-ia fazer um longo inventário ilustrativo do noticiário recente e destacado da segurança jurídica e suas implicações. Pode-se citar a modulação temporal dos efeitos da decisão no controle de constitucionalidade; o debate sobre a coisa julgada inconstitucional; o reconhecimento de que o vício no âmbito do ato administrativo pode ser de nulidade relativa, não operando, portanto, efeitos *ex tunc*. Na esfera forense, do Supremo Tribunal Federal, o reconhecimento de município formado em descumprimento ao regramento constitucional<sup>1</sup>, de medidas provisórias convertidas em lei em inobservância ao processo constitucionalmente

---

<sup>1</sup> STF, ADI 2.240/BA, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, DJ 09.05.2007. A ação direta de inconstitucionalidade foi proposta pelo Partido dos Trabalhadores em face de lei estadual baiana (Lei 7.619/2000), que criou o município de Luís Eduardo Magalhães, em virtude de violação ao artigo 18, § 4º, da CRFB. Reconhecida a inconstitucionalidade, o STF utilizou-se da técnica da modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, em atenção ao princípio da segurança jurídica e do acolhimento da tese da força normativa dos fatos. Acerca da força normativa do fático e da possibilidade de se conhecer normalidade sem normatividade, porém não o inverso, conferir HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução por Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 299.

traçado<sup>2</sup>, a mutabilidade do regime jurídico do estatuto funcional<sup>3</sup>, o julgamento da ação mais antiga em tramitação no Supremo Tribunal Federal<sup>4</sup>, a alteração da jurisprudência no que tange à posição daqueles classificados, no contingente das vagas abertas<sup>5</sup>, em concursos públicos e nos últimos dias a questão levantada na ação direta de inconstitucionalidade que defende a invalidade da lei que promove a redistribuição dos royalties do petróleo<sup>6</sup>.

O presente estudo aborda a incidência da segurança jurídica, por meio dos seus *standards*, expectativa de direito, proteção da confiança e direito adquirido, no caso muito recente da disciplina trazida pela Lei nº 12.772/2012, lei esta que dispôs sobre o *Plano de*

---

<sup>2</sup> STF, ADI 4.029/AM, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 08.03.2012. Neste julgado, o Supremo Tribunal Federal, após ter declarado inconstitucional a lei criadora do Instituto Chico Mendes (Lei nº 11.516/07), por violação ao artigo 62, *caput* e § 9º da CRFB (não houve a emissão de parecer pela comissão mista parlamentar), voltou atrás e decidiu pela constitucionalidade da referida lei. Assim, com fundamento no princípio da segurança jurídica, o Tribunal se valeu do comando do artigo 27 da Lei 9.868/99, para modular os efeitos de sua decisão, evitando que a declaração de inconstitucionalidade produzisse um cenário de instabilidade institucional, na medida em que, se a primeira decisão fosse mantida, aproximadamente 500 medidas provisórias convertidas em lei poderiam (deveriam) ser afetadas.

<sup>3</sup> STF, AI 598.229 AgR/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 13.12.2006.

<sup>4</sup> STF, ACO 79/MT, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 15.03.2012. “Ementa: ato administrativo. Terras públicas estaduais. Concessão de domínio para fins de colonização. Área superiores a dez mil hectares. Falta de autorização prévia do Senado Federal. Ofensa ao art. 156, § 2º, da Constituição Federal de 1946, incidente à data dos negócios jurídicos translativos de domínio. Inconstitucionalidade reconhecida. Nulidade não pronunciada. Atos celebrados há 53 anos. Boa-fé e confiança legítima dos adquirentes de lotes. Colonização que implicou, ao longo do tempo, criação de cidades, fixação de famílias, construção de hospitais, estradas, aeroportos, residências, estabelecimentos comerciais, industriais e de serviços, etc.. Situação factual consolidada. Impossibilidade jurídica de anulação dos negócios, diante das consequências desastrosas que, do ponto de vista pessoal e socioeconômico, acarretaria. Aplicação dos princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima, como resultado da ponderação de valores constitucionais. Ação julgada improcedente, perante a singularidade do caso. Votos vencidos. Sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima, não podem ser anuladas, meio século depois, por falta de necessária autorização prévia do Legislativo, concessões de domínio de terras públicas, celebradas para fins de colonização, quando esta, sob absoluta boa-fé e convicção de validade dos negócios por parte dos adquirentes e sucessores, se consolidou, ao longo do tempo, com criação de cidades, fixação de famílias, construção de hospitais, estradas, aeroportos, residências, estabelecimentos comerciais, industriais e de serviços, etc..”.

<sup>5</sup> Trata-se de mudança significativa de entendimento, no sentido de que o candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas anunciadas no edital possui direito subjetivo, líquido e certo à nomeação. STF, RE 227.480/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 16.09.2008. “Ementa: Direitos Constitucional e Administrativo. Nomeação de aprovados em concurso público. Existência de vagas para cargo público com lista de aprovados em concurso vigente: direito adquirido e expectativa de direito. Direito subjetivo à nomeação. Recusa da Administração em prover cargos vagos: necessidade de motivação. Artigos 37, incisos II e IV, da Constituição da República. Recurso Extraordinário ao qual se nega provimento. 1. Os candidatos aprovados em concurso público têm direito subjetivo à nomeação para a posse que vier a ser dada nos cargos vagos existentes ou nos que vierem a vagar no prazo de validade do concurso. 2. A recusa da Administração Pública em prover cargos vagos quando existentes candidatos aprovados em concurso público deve ser motivada, e esta motivação é suscetível de apreciação pelo Poder Judiciário. 3. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento.” Conferir também: STF, RE 598.099/MS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 10.08.2011.

<sup>6</sup> A ação direta de inconstitucionalidade (ADI 4917) foi ajuizada pelo governador do Estado do Rio de Janeiro contra os dispositivos da Lei 12.734/2012, que preveem novas regras de distribuição de royalties do petróleo. No dia 18 de março de 2013, em caráter liminar, a ministra Cármen Lúcia suspendeu as novas regras de distribuição, acolhendo praticamente na íntegra o pedido formulado pelo Rio de Janeiro, notadamente no tocante à possibilidade de abalo ao princípio da segurança jurídica diante dos riscos de incerteza e distorções prejudiciais os Estados produtores.

*Carreias e Cargos do Magistério Federal*, bem como pela regulamentação disposta pela Nota Técnica Conjunta nº1/2013, SETEC-SESU-SAA-MEC, no que diz com o ingresso na referida carreira docente.

A questão, que já suscita controvérsia, certo aturdimento, inclusive na Administração Pública, tem que ver com os efeitos da mencionada disciplina nos concursos públicos em andamento e mesmo já finalizados para o magistério federal, vez que, a partir de 1º de março do corrente ano, 2013, o ingresso na carreira deve se dar obrigatoriamente no primeiro nível da classe de professor auxiliar, se no magistério superior; ou nível 1 da classe D I, se no magistério do ensino básico, técnico e tecnológico.

O foco deste trabalho é o cabimento da aplicação desta regra aos concursos públicos em trâmite e mesmo já encerrados no domínio das Universidades. A aludida nota técnica estabelece que, independente do edital do certame, aquele que tomar posse, após 1º de março, deve ingressar como professor auxiliar, nível 1. Fácil perceber, pois, a delicada questão gerada, mesmo porque não foi previsto regime de transição para a hipótese.

Outra questão suscitada e igualmente já objeto de debate, que será também apreciada neste escrito, diz com a compatibilidade entre a Lei nº 12.772/2012 e a Nota Técnica Conjunta nº1/2013 no pertinente à titulação exigida no campo dos concursos. É que a redação da nota técnica denota uma ambiguidade: é saber se, em que pese o concurso ter que ser aberto para a classe professor auxiliar, a exigir, nos termos da lei, o requisito do diploma de graduação, a Universidade pode requisitar outras titulações acadêmicas e, se pode, em que termos, em conformidade com a abertura dada pela nota técnica.

## **2. Explicação conceitual: a segurança jurídica entre a expectativa de direito e o direito adquirido**

Diversas são as previsões acerca do princípio da segurança jurídica no ordenamento jurídico brasileiro. Mencionado pela Constituição (art. 5º, *caput*, e art. 103-A, §1º),<sup>7</sup> pelas Leis 9.868/99 (art. 27),<sup>8</sup> 9.882/99 (art. 11),<sup>9</sup> bem como pela lei que regula o processo

---

<sup>7</sup> “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.” Art. 103-A, §1º: “A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.”

<sup>8</sup> “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

administrativo no âmbito da Administração Pública Federal (Lei nº 9.784/1999, arts. 2º e 54),<sup>10</sup> o princípio suscita indagações quanto ao seu sentido, notadamente quando empregado pelo legislador.

Nesta linha, embora comumente associadas, as expressões *boa-fé*, *segurança jurídica* e *proteção à confiança*, não são sinônimas, como bem assevera Almiro do Couto e Silva<sup>11</sup>. Boa-fé é noção originária do Direito Privado, implica na adoção de um comportamento adequado entre as partes na formação e no decurso dos contratos. É passível de invocação tanto pelo Estado quanto por particulares<sup>12</sup>, além de ser bipartida em duas noções: boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva. A boa-fé subjetiva diz respeito ao conhecimento ou à ignorância do sujeito em relação a certos fatos, relaciona-se com a intenção da pessoa, sua íntima convicção.<sup>13</sup> Já a chamada boa-fé, em seu sentido objetivo, constitui inovação do atual Código Civil e indica o respeito, a lealdade e a retidão que devem pautar o comportamento recíproco das partes contratantes. Traduz um dever de colaboração que deve permear toda a execução do contrato.<sup>14</sup>

Já o princípio da segurança jurídica, vetor basilar do Estado Democrático de Direito<sup>15</sup>, assume estreita conexão com o princípio da proteção da confiança. Tomado por alguns como um desdobramento do conceito de segurança jurídica,<sup>16</sup> o princípio da proteção da confiança pode ser aceito como uma dimensão específica do primeiro. Isso porque, há quem defenda que o princípio da segurança jurídica pode comportar uma análise sob duas vertentes distintas: a objetiva, relacionada aos elementos objetivos, materiais da ordem

---

<sup>9</sup> “Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

<sup>10</sup> “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.” “Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em 5 (cinco) anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.”

<sup>11</sup> SILVA, Almiro do Couto e. *O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei 9.784/99)*. In: Revista Eletrônica de Direito do Estado, número 2, 2005, p. 2.

<sup>12</sup> ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 36.

<sup>13</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro, volume III: contratos e atos unilaterais*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 35.

<sup>14</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 42.

<sup>15</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 123.

<sup>16</sup> MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. 2ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 246.

jurídica, tais como a necessidade de estabilidade e realização do direito,<sup>17</sup> e a perspectiva subjetiva, concernente à proteção da confiança dos indivíduos, ou seja, à previsibilidade e à continuidade esperada pelos cidadãos no tocante à atuação do Estado e aos efeitos jurídicos de seus atos. Cumpre ressaltar que a contemporaneidade, na esteira da doutrina mais moderna, conhece a vindicação pela existência de dois princípios jurídicos diversos: o princípio da segurança jurídica (dimensão objetiva) e o princípio da proteção à confiança (atinentes ao aspecto subjetivo).<sup>18</sup>

Nesse contexto, o princípio da proteção à confiança vem paulatinamente recebendo atenção da doutrina, porquanto constitutivo da confiança dos indivíduos na subsistência e continuidade de normas e de atos administrativos. Diz respeito à concretização e tutela de promessas feitas pela Administração Pública aptas a produzir expectativas legítimas nos cidadãos. Almeja a proteção dos administrados contra mudanças repentinas e suas consequências. Mais: a proteção da confiança “[a]presenta-se mais ampla que a preservação dos direitos adquiridos, porque abrange direitos que não são ainda adquiridos, mas se encontram em vias de constituição ou suscetíveis de se constituir.”<sup>19</sup>

Feitos tais comentários, é necessário observar que a jurisprudência nacional que trata do princípio da segurança jurídica, o faz majoritariamente sob a ótica subjetiva, ou seja, privilegia a adoção da noção de proteção à confiança.<sup>20</sup> Tal fato evidencia a existência de

---

<sup>17</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 252.

<sup>18</sup> SILVA, Almiro do Couto e. Op. Cit., p. 4 e 7.

<sup>19</sup> MEDAUAR, Odete. Op. Cit., p. 247.

<sup>20</sup> SILVA, Almiro do Couto e. Op. Cit., p. 9. Um exemplo de utilização do princípio da segurança jurídica como proteção à confiança pode ser verificado na ementa do seguinte julgado: STF, RE 598.099/MS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 10.08.2011: “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. Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. 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. Quando a Administração torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras previstas nesse edital. Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento. Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos. III. Situações excepcionais. Necessidade de motivação. Controle pelo Poder Judiciário. Quando se afirma que a

dificuldades na efetivação da segurança jurídica e suas dimensões no ordenamento jurídico brasileiro. Em especial no que tange às consequências práticas de sua aplicação. Surgem indagações: Como fazer prova de uma expectativa legítima (âmbito da subjetividade) de um indivíduo após uma alteração em seu regime jurídico? Como não estender essa mesma expectativa a todos que se encontrem tecnicamente em uma mesma situação jurídica? Como delimitar quais as expectativas serão atendidas, qual o critério? O reconhecimento da dimensão subjetiva do princípio (proteção da confiança) não implicaria em uma limitação excessiva da liberdade de alterar a legislação ou a disciplina normativa existente?<sup>21</sup>

Ou seja, o direito brasileiro ainda carece de um tratamento sistemático e efetivo no sentido de consolidação do princípio da segurança jurídica e, isso talvez explique a adoção, em boa parte dos casos na jurisprudência, de uma perspectiva polarizada das disputas envolvendo a segurança jurídica e o direito adquirido. Vale dizer, a solução tomada na maioria dos casos ainda se opera na sistemática do tudo ou nada: direito adquirido (tudo) e expectativa de direito (nada).

Com efeito, o artigo 5º, XXXVI, da CRFB, constitui verdadeira cláusula de salvaguarda do direito adquirido no ordenamento jurídico brasileiro, porquanto dispõe que: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Neste

---

Administração Pública tem a obrigação de nomear os aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, deve-se levar em consideração a possibilidade de situações excepcionalíssimas que justifiquem soluções diferenciadas, devidamente motivadas de acordo com o interesse público. Não se pode ignorar que determinadas situações excepcionais podem exigir a recusa da Administração Pública de nomear novos servidores. Para justificar o excepcionalíssimo não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração Pública, é necessário que a situação justificadora seja dotada das seguintes características: a) Superveniência: os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente posteriores à publicação do edital do certame público; b) Imprevisibilidade: a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital; c) Gravidade: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital; d) Necessidade: a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária, de forma que a Administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível. De toda forma, a recusa de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas deve ser devidamente motivada e, dessa forma, passível de controle pelo Poder Judiciário. IV. Força normativa do princípio do concurso público. Esse entendimento, na medida em que atesta a existência de um direito subjetivo à nomeação, reconhece e preserva da melhor forma a força normativa do princípio do concurso público, que vincula diretamente a Administração. É preciso reconhecer que a efetividade da exigência constitucional do concurso público, como uma incomensurável conquista da cidadania no Brasil, permanece condicionada à observância, pelo Poder Público, de normas de organização e procedimento e, principalmente, de garantias fundamentais que possibilitem o seu pleno exercício pelos cidadãos. O reconhecimento de um direito subjetivo à nomeação deve passar a impor limites à atuação da Administração Pública e dela exigir o estrito cumprimento das normas que regem os certames, com especial observância dos deveres de boa-fé e incondicional respeito à confiança dos cidadãos. O princípio constitucional do concurso público é fortalecido quando o Poder Público assegura e observa as garantias fundamentais que viabilizam a efetividade desse princípio. Ao lado das garantias de publicidade, isonomia, transparência, impessoalidade, entre outras, o direito à nomeação representa também uma garantia fundamental da plena efetividade do princípio do concurso público.”

<sup>21</sup> Esta observação é feita por Odete Medauar. MEDAUAR, Odete. Op. Cit., p. 248.

sentido, a tutela do direito adquirido pela Constituição se dá tanto em face do legislador ordinário quanto do poder constituinte reformador, porquanto a não-retroatividade configura direito individual, protegido pelas limitações materiais previstas no artigo 60, § 4º, IV, da CRFB. Esta compreensão está assentada na doutrina<sup>22</sup> e na jurisprudência<sup>23</sup>

Construído a partir da norma constitucional, o conceito de direito adquirido encontra definição na legislação ordinária, conforme estatuído na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga Lei de Introdução ao Código Civil), art. 6º, § 2º:<sup>24</sup> “Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”. Também a doutrina busca demarcar o seu significado, por intermédio de acepção que reforça o caráter patrimonial da tutela, porquanto define o direito adquirido como consequência de um fato idôneo que se incorpora de forma definitiva ao patrimônio do titular.<sup>25</sup>

Já a expectativa de direito traduz situação em que o fato aquisitivo do direito ainda não se processou de maneira integral, ou seja, ainda não ingressou no patrimônio do cidadão: “Trata-se de um direito em vias de aquisição”,<sup>26</sup> mero “interesse jurídico simples”.<sup>27</sup>

Ainda nessa temática, cabe indagar se o indivíduo investido no cargo tem ou não direito a que as regras iniciais sejam as que indefinidamente continuem regendo as suas relações com o Estado. Vale dizer: pergunta-se da existência ou não de direito adquirido do servidor ao estatuto jurídico inicial.

Sobre o assunto, é pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de inexistência de direito adquirido a regime jurídico, conforme assentado no Recurso Extraordinário 226.855/RS<sup>28</sup>, ou ainda no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento

---

<sup>22</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 182.

<sup>23</sup> STF, ADI 2.356 MC/DF, Tribunal Pleno, Rel. p/Acórdão Min. Ayres Britto, DJ 25.11.2010.

<sup>24</sup> A Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010, alterou a ementa da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, passando a denominá-la de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, ampliando, expressamente, o seu campo de aplicação.

<sup>25</sup> Essa a opinião de Gabba que ainda orienta a definição de direito adquirido. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p.52.

<sup>26</sup> ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Op. Cit., p. 68.

<sup>27</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 20ª. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p.433.

<sup>28</sup> STF, RE 226.855/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 31.08.2000: “Ementa: Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS. Natureza jurídica e direito adquirido. Correções monetárias decorrentes dos planos econômicos conhecidos pela denominação Bresser, Verão, Collor I (no concernente aos meses de abril e de maio de 1990) e Collor II. - O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), ao contrário do que sucede com as cadernetas de poupança, não tem natureza contratual, mas, sim, estatutária, por decorrer da Lei e por ela ser disciplinado. - Assim, é de aplicar-se a ele a firme jurisprudência desta Corte no sentido de que não há direito

598.229/PR<sup>29</sup>. Nessa conformidade, é oportuna a conclusão de que, como regra, não há direito adquirido à imutabilidade do estatuto, na medida em que este, como toda lei em sentido material, é em sua essência mutável, modificável.

Outra questão interessante, afeta à problemática de eventual direito adquirido à disposição editalícia, também já mereceu pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 318.106/RN<sup>30</sup>. Trata-se de caso em que o edital de determinado concurso exigia do candidato apenas o diploma de primeiro grau. Posteriormente, após a realização das inscrições e das provas, porém antes homologação do concurso, foi editada lei exigindo grau de escolaridade maior. A decisão foi no sentido de prestigiar o princípio da legalidade, concluindo que, enquanto não homologado o concurso público, possível a retificação de edital anterior para adaptá-lo à nova legislação. Isso porque, a homologação possui natureza jurídica de ato administrativo de confirmação, situa-se no âmbito do poder hierárquico da Administração Pública<sup>31</sup>, submete-se, portanto, ao que for estatuído pela normatividade superior; na hipótese, a lei.

Pois bem, exposta a problemática, é necessário perceber que, em boa medida, a jurisprudência e a doutrina brasileira acolhem a premissa de que só há tutela quando há a aquisição integral do direito<sup>32</sup>, ou seja, o direito brasileiro ainda opera predominantemente segundo a aproximação dicotômica, binária – direito adquirido e expectativa de direito.

Contudo, “mesmo que conservada esta oposição binária, é necessário trabalhar em um sentido que nos permita responder de modo flexível a uma realidade que apresenta

---

adquirido a regime jurídico. - Quanto à atualização dos saldos do FGTS relativos aos Planos Verão e Collor I (este no que diz respeito ao mês de abril de 1990), não há questão de direito adquirido a ser examinada, situando-se a matéria exclusivamente no terreno legal infraconstitucional. - No tocante, porém, aos Planos Bresser, Collor I (quanto ao mês de maio de 1990) e Collor II, em que a decisão recorrida se fundou na existência de direito adquirido aos índices de correção que mandou observar, é de aplicar-se o princípio de que não há direito adquirido a regime jurídico. Recurso extraordinário conhecido em parte, e nela provido, para afastar da condenação as atualizações dos saldos do FGTS no tocante aos Planos Bresser, Collor I (apenas quanto à atualização no mês de maio de 1990) e Collor II”.

<sup>29</sup> STF, AI 598.229 AgR/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 13.12.2006: “Ementa: I. Magistério do Estado do Paraná: reenquadramento na sistemática da LC 77/96: extensão aos inativos que preencherem os requisitos individuais exigidos. II. Servidor público: é da jurisprudência do Supremo Tribunal que não há direito adquirido a regime jurídico, no qual se inclui o nível hierárquico que o servidor ocupa na carreira. III. Recurso extraordinário: inviabilidade para o reexame dos fatos da causa, que devem ser considerados "na versão do acórdão recorrido". Precedentes”.

<sup>30</sup> STF, RE 318.106/RN, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 18.10.2005: “Ementa. Administrativo. Servidor público. Concurso. Alteração do edital. 1. Enquanto não concluído e homologado o concurso público, pode a Administração alterar as condições do certame constantes do respectivo edital, para adaptá-las à nova legislação aplicável à espécie. Antes do provimento do cargo, o candidato tem mera expectativa de direito à nomeação. Precedentes. 2. Recurso provido”.

<sup>31</sup> FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 292.

<sup>32</sup> ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Op. Cit. p.67.

fronteiras vaporosas, contornos incertos”.<sup>33</sup> A dinâmica dos fatos sinaliza para a insuficiência de “congelamentos conceituais”,<sup>34</sup> notadamente no que concerne à proteção das expectativas legítimas de particulares que se encontram em posição intermediária – entre o direito adquirido e a mera expectativa (esperança?) de direito. A perspectiva dualista (interpretação/aplicação, direito adquirido/expectativa de direito) já não se impõe na dogmática jurídica: “interpretação e aplicação do direito são uma só operação, de modo que interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo, não nos limitamos a interpretar (=compreender) os textos normativos, mas também compreendemos (=interpretamos) os fatos.”<sup>35</sup>

Nesta linha, a despeito das dificuldades expostas, o princípio da segurança jurídica, em suas duas vertentes (objetiva e subjetiva), desponta na contemporaneidade como forma de tutela capaz de abarcar uma dimensão distinta das duas perspectivas extremadas – direito adquirido (e seu viés patrimonial) e expectativa de direito, relativizando posições já sedimentadas na doutrina e jurisprudência (como, por exemplo, a tão corrente afirmação de que não existe direito adquirido ao estatuto jurídico) e exigindo, notadamente nos casos de mudança de regime jurídico, a adoção de um sistema claro de regras de transição,<sup>36</sup> capaz de conferir uma proteção mais ampla e efetiva das expectativas de particulares provenientes de atos do Poder Público.

### **3. A regência da Lei nº 12.772/2012 e da Nota Técnica nº 1/2013 na seara dos concursos públicos para o magistério universitário**

Após um longo período de difíceis conversações e de uma greve de mais de três meses nas Universidades Federais (e outras Instituições Federais de Ensino Superior), foi aprovada a Lei nº 12.772, de 28 de dezembro de 2012, no fechamento do ano portanto, produto do Projeto de Lei nº 4.368, apresentado à Câmara dos Deputados em 31 de agosto de

---

<sup>33</sup> ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Direito dos serviços públicos*. 3ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 10.

<sup>34</sup> Ibid. p.12. No mesmo sentido, ensina Canotilho: “A aplicação das leis não se reconduz, de forma radical, a esquemas dicotômicos de estabilidade/novidade”. CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. Cit. p.258.

<sup>35</sup> GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do Direito*. 5ª ed. rev. ampl. São Paulo: 2003, p. 26.

<sup>36</sup> Assim também sinalizam MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 429. Segundo os autores: “a não adoção de cláusulas de transição poderá configurar omissão legislativa inconstitucional grave”. Também Canotilho: “Por outras palavras: entre a permanência indefinida da disciplina jurídica existente e a aplicação incondicionada da nova normação, existem soluções de compromisso plasmadas em normas ou disposições transitórias”. CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. Cit., p. 258.

2012 e que tramitou em regime de urgência.<sup>37</sup> Esta lei tratou do *Plano de Carreiras e Cargos do Magistério Federal*, promovendo significativas mudanças na carreira do magistério universitário, a começar pela entrada nela.

No que toca a este artigo, a Lei nº 12.772/2012 estatui, no art. 8º, *caput*, que o ingresso na carreira do magistério superior deve ocorrer no primeiro nível da classe de professor auxiliar. Por força do art. 1º, *caput*, o *Plano de Carreiras e Cargos do Magistério Federal* fica implantado a partir do dia 1º de março de 2013.

Promovendo regulamentação ao texto da Lei nº 12.772/2012, a Nota Técnica Conjunta nº1, SETEC-SESU-SAA-MEC, de 25 de janeiro de 2013, trouxe a seguinte redação “As Instituições que nomearem candidatos aprovados em certames para provimento do cargo de docentes da Carreira de Magistério Superior, devem atentar para a data da posse do candidato, uma vez que, independentemente do que dispõe o edital do certame, se o candidato tomar posse a partir de 1º de março de 2013, deve ser observado o que estabelece o artigo 8º da Lei nº 12.772 de 2012”.<sup>38</sup>

Diante destas previsões temos a considerar algumas hipóteses, distintas, a fim de concluir pelo respeito ou não à segurança jurídica em cada uma delas, pressupondo sempre a vaga cogitada para classe diferente (professor assistente ou adjunto) daquela preconizada pela Lei nº 12.772/2012-Nota Técnica nº 1/2013 (professor auxiliar).

1º caso) Concursos ainda não abertos, editais não lançados. 2º caso) Concurso com edital aberto, em processo de inscrição. 3º caso) Concurso com inscrições encerradas. 4º caso) Concurso com resultado pela banca e pendente de homologação. 5º) Concurso com resultado já homologado pelo órgão competente. 6º) Concurso com a homologação publicada no diário oficial. 7º) Candidato nomeado e ainda pendente de posse. 8º) Candidato nomeado e empossado.

Por fim, outra questão ensejada pelo cotejo entre a nota técnica e a lei. A Lei nº 12.772/2012 prescreve simplesmente que no concurso público para o magistério superior,

---

<sup>37</sup> A ANDES, Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior, a entidade de maior representatividade, não aceitou o acordo com o Governo e, assim, não aprovou o Projeto de Lei (PL) enviado ao Congresso, o qual deu origem à Lei nº 12.772/2012. Também o Sindicato Nacional dos Servidores Federais da Educação Básica, Profissional e Tecnológica (SINASEFE) e a Confederação dos Trabalhadores no Serviço Público Federal (CONDSEF) rejeitaram o PL. Apenas o Sindicato de Professores de Instituições Federais de Ensino Superior (PROIFES) manifestou concordância com o Projeto de Lei. A greve docente teve a companhia da greve dos técnicos administrativos e da greve dos discentes.

<sup>38</sup> Lei 12.772/2012: “Art. 8º O ingresso na Carreira de Magistério Superior ocorrerá sempre no primeiro nível da Classe de Professor Auxiliar, mediante aprovação em concurso público de provas e títulos. § 1º No concurso público de que trata o caput, será exigido o diploma de curso superior em nível de graduação. § 2º O concurso público referido no caput poderá ser organizado em etapas, conforme dispuser o edital de abertura do certame, que estabelecerá as características de cada etapa e os critérios eliminatórios e classificatórios.”

agora sempre para professor auxiliar, é exigível o diploma de graduação.<sup>39</sup> E mais nada prevê a lei especificamente sobre titulação acadêmica a não ser que o edital do concurso estabelecerá critérios eliminatórios e classificatórios. Porém, a Nota Técnica nº 1/2013 veio a dispor que as Instituições Federais de Ensino Superior (IFES) podem exigir outros títulos de pós-graduação, de acordo com o interesse da Instituição.<sup>40</sup>

Qual o problema, portanto? É, em primeiro lugar, saber se tal previsão tem sentido de ser, o que nos leva a procurar identificar a lógica do mandamento legal, porquanto se a intenção for franquear a um maior número de possíveis interessados a participação em concurso público para o magistério, motivo pelo qual, cogita-se, a lei somente prevê expressamente o diploma de graduação, não teria sentido admitir que uma Universidade pudesse requerer título de doutor, nem para a inscrição (regular, deferimento) e nem para a posse, mesmo porque não seria compatível com a classe (doutorado para professor auxiliar).<sup>41</sup> Sem embargo, impõe avaliar se outros títulos (mestrado, doutorado, especialização) podem ser computados apenas para fins de classificação. Por outro lado, é responder se há conflito entre a nota técnica e a lei ou se a nota técnica dispôs para além da lei, *praeter legem*, assumindo, desta feita, estatuto autônomo, vez que teria configurado hipótese não contemplada previamente pela legislação.

#### **4. Apreciação da constitucionalidade e da legalidade das hipóteses**

Quando um ato administrativo, como é o edital de um concurso público, perde seu fundamento de validade, ilegalidade superveniente, diz-se, no Direito Administrativo, que configura caducidade do ato.<sup>42</sup> Ou seja: o ato passa a ter nulidade e, assim, ou deve ser corrigido, caso caiba convalidação, ou deve ser considerado suprimido do universo jurídico, sendo certo que alguns se referem ao fenômeno como sendo revogação.

---

<sup>39</sup> Transcrição do dispositivo na nota de rodapé anterior.

<sup>40</sup> No item nº 4 da nota técnica: “A partir de 1º de março de 2013, o ingresso na Carreira de Magistério Superior ocorrerá sempre no primeiro nível da Classe de Professor Auxiliar, e a exigência para o ingresso no cargo será o diploma de curso superior em nível de graduação, podendo as Instituições Federais de Ensino solicitar outros requisitos, como apresentação de títulos de Pós-Graduação, de acordo com o interesse da Instituição.”

<sup>41</sup> Como se sabe, há largo debate sobre o momento adequado para exigir a apresentação dos títulos, havendo a súmula 266 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) fixando a data da posse. Calha lembrar que a citada súmula não tem caráter vinculante. A propósito, abordando a autonomia universitária, a vinculação da Administração ao edital e outros aspectos, OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de Oliveira. *Voltando à problema da tipologia regras e princípios: primeiro ensaio*. Revista Juris Poiesis, Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Estácio de Sá, nº 13, 2010.

<sup>42</sup> Como se sabe, a palavra *caducidade* é plurívoca, tendo acepções distintas que variam pelas cadeiras jurídicas e mesmo no interior de uma mesma disciplina. Por exemplo, no Direito Administrativo, diferentemente do sentido pertinente ao contexto aqui analisado, a caducidade do decreto desapropriatório, conforme o art. 10 do Decreto-Lei 3.365/41 e o art. 3º da Lei 4.132/62.

Hipótese fácil é a primeira descrita no item anterior. Se a Administração Pública ainda não publicou o edital, deve fazê-lo nos termos da Lei nº 12.772/2012 e da Nota Técnica nº 1/2013. Ora, o ato administrativo em causa ainda não foi formalizado no plano externo da Administração, publicado, e, naturalmente, em função da legalidade e da regulamentação expedida, o Poder Público tem o dever de lançar o edital já nos termos da nova normatividade. Qualquer planejamento interno deve ser adaptado à lei e à nota técnica. Planejamento interno como a expectativa de ingressar um doutor para compor o quadro de um mestrado, quando anteriormente a Administração poderia abrir o concurso para professor adjunto, fica parcialmente prejudicado, vez a concorrência será, em tese, bem mais ampla, podendo vencer um candidato sem a referida titulação. Porém, ainda aqui, é de se perguntar se o interesse público não acabou por ser atingido por vias transversas: selecionar o melhor candidato.

O segundo caso, edital já publicado e com inscrições em curso, não parece acarretar conclusão diversa. É bem verdade que nesta hipótese a Administração já emitiu uma vontade. Todavia, é exagerado afirmar que os interessados ou candidatos já inscritos tenham uma posição, com esteio na segurança jurídica, forte o suficiente para obrigar a Administração a seguir com um edital que já não guarda correspondência com a lei e a sua regulamentação. Afinal, a disputa ainda não ocorreu, a banca ainda não foi constituída, não aconteceram as provas, as inscrições ainda não foram apreciadas (deferimento ou não), não há resultado (aprovação, reprovação, classificação). Em função do princípio da legalidade, a Administração deve retirar o edital e, desta feita, teria duas alternativas: ou publicar novo edital ou republicar o anterior (convalidado). Seja como for, em nome do princípio da publicidade, o Poder Público deve reabrir o prazo de inscrição, dado que a alteração da titulação (de doutor ou mestre para graduado) importa na potencialidade de um conjunto de candidatos maior.<sup>43</sup>

Consideremos que o período de inscrição já tenha encerrado. Entender que os candidatos inscritos possuem, albergados pela segurança jurídica, direito adquirido ou expectativa legítima de disputarem o certame apenas entre si, obstando um possível

---

<sup>43</sup> Na UFRJ, diante da necessidade de adequação do Edital nº 312/2012 à Lei 12.772/12 e à Nota Técnica nº 1/2013, o processo de inscrição foi suspenso até a republicação do edital, o que ocorreu no dia 7 de fevereiro de 2013. Por ocasião da republicação foi conferido outro número ao edital (nº 28/2013), foi ampliado o prazo de inscrição, os inscritos nas categorias assistente ou adjunto foram transferidos automaticamente para auxiliar. Foi conferida a possibilidade de devolução da taxa de inscrição aos candidatos não mais interessados em participar do concurso. Também foi oferecida aos candidatos que já tinham efetuado o pagamento da inscrição a possibilidade de requerer a devolução do valor referente à diferença entre o valor da taxa para a classe inicialmente inscrita e o valor da taxa referente à classe de auxiliar.

alargamento do número de interessados em participar do concurso, soa exagerado. Não parece prosperar a alegação de vinculação da Administração ao edital, porquanto o que está em jogo é a própria validade do instrumento convocatório. O argumento de que os inscritos confiaram no ato editalício, para o efeito de que esta confiança deve ser blindada, não merece prosperar, nomeadamente levando em conta que os exames do concurso ainda não tiveram lugar, o que põe os candidatos, para ficar com as expressões no lugar-comum, em mera expectativa de direito.

Ressalte-se que nem a lei e nem a nota técnica prescrevem que os editais publicados, como nas duas situações anteriores, devam ser revogados ou anulados (conforme se entenda a natureza jurídica da medida) ou convalidados. Sem embargo, esta providência se impõe em causa exatamente da segurança jurídica, pois não faria sentido o Poder Público continuar com o certame para, ao final, nomear o candidato vencedor para classe diferente. Supondo, porém, que a Administração não o faça, que siga com o concurso a despeito da lei e da nota técnica, embora seja certo, por um lado, que com a continuidade das etapas do certame o candidato vai reforçando sua expectativa (de ingressar, por exemplo, como professor assistente) é certo também que o próprio candidato está ciente da previsão legal (ou, ao menos, esta é a pressuposição), qual seja, de que deverá entrar como professor auxiliar. Enuncia um notório postulado: ninguém pode se aproveitar da própria torpeza. Conquanto possa se afigurar exagerado afirmar que tal candidato teve comportamento torpe, fato é que se supõe que ele já sabia da previsão legal. A omissão administrativa não ampara o candidato. A pergunta, então, vem a ser: qual a referência da expectativa legítima do candidato? A lei ou o edital?

Evidencia-se a tese deste artigo: o efeito produzido pela Lei nº 12.772/2012 depende do estágio em que o concurso se encontrava à época. Ora, é o momento do concurso que vai determinar a existência de direito adquirido ou a incidência do princípio da proteção da confiança. E não a simples alegação de que o candidato confiou na conduta administrativa seja ela qual for.

Daí que podemos saltar para a última hipótese listada previamente: a do candidato já empossado, ou seja, já servidor público. Este servidor será atingido pela lei, pela nota técnica? Claramente que não. Quando adveio a lei ele já havia tomado posse. Logo, direito adquirido à classe do concurso que venceu. Nenhuma discussão.

Mas, e o candidato nomeado que ainda não havia tomado posse quando a Lei nº 12.772/2012 adquiriu eficácia? A questão é esclarecer o que se deve compreender por “ingresso na carreira”. Isto é: o candidato nomeado já ingressou na carreira? Ou a entrada somente se dá com a posse? Entendemos que o ingresso exige a posse, em consonância com o

art. 7º da Lei 8.112/90, o qual reza que a investidura no cargo ocorre com a posse. A partir da posse a pessoa já titulariza cargo público, tanto assim que, se não entrar em exercício no prazo de 15 dias a contar da data da posse, é exonerado do cargo (art. 15, § 1º, Lei 8.112/90). Não é, portanto, caso de expectativa legítima e sim de direito adquirido, em nada prejudicando a tese de que não existe direito à imutabilidade do regime (estatuto) jurídico. Sublinhe-se que não é necessária a entrada em exercício, bastando realmente a posse para salvaguardar a posição do indivíduo (se tomou posse como professor adjunto não terá a classe modificada para professor auxiliar).

A Nota Técnica nº 1/2013 estabelece que a posse após 1º de março deve obrigatoriamente acontecer na classe auxiliar. *A contrario sensu*, acaba, pois, por confirmar a exposição anterior: a lei não abarca aqueles já empossados no momento do começo da sua eficácia. Nada obstante, a nota técnica dispõe que, independente do ato de nomeação, que pode ter sido para outra classe (professor assistente ou adjunto), o candidato deverá tomar posse como professor auxiliar. Ora, há uma incongruência sem tamanho: um candidato não pode ser nomeado para um cargo e tomar posse em outro. Para o efeito da Nota Técnica nº 1/2013 deveria se expedida outra nomeação substituindo a primeira, agora para professor auxiliar, sem a qual a posse tem que se dar em conformidade com a única nomeação publicada. Porém, ainda assim, a interrogação é se a Administração pode/deve tomar esta medida: editar nova nomeação para a classe de auxiliar?

Entendemos que uma vez expedida a nomeação o candidato está amparado por direito adquirido de ingressar na carreira nos termos previstos no edital, na classe para a qual prestou o concurso. Ora, nomeação é forma de provimento de cargo público, força do art. 8º, I, da Lei 8.112/90, que só é tornada sem efeito se o nomeado não tomar posse em até 30 dias contados da publicação da nomeação (art. 13, § 1º e § 6º, Lei 8.112/90). A nomeação não é ato que tenha lugar no processo do concurso. O concurso já terminou, foi concluído. A nomeação é ato que decorre do concurso e não ato que acontece no curso (interim) do concurso. Conclui-se que a Lei nº 12.772/2012 e, nesta esteira, a Nota Técnica nº 1/2013 não podem afetar aqueles já nomeados para classe diversa da classe de auxiliar, configurando inconstitucionalidade da Lei nº 12.772/2012 por violação a direito adquirido.

Vejamos outra hipótese: concurso com resultado já homologado, mas sem nomeação. A homologação é o ato pelo qual a Administração Pública avaliza a regularidade do concurso (ou da licitação, por exemplo), o que significa atestar que o procedimento transcorreu de acordo com as previsões legais. Daí a indagação: se pendente a homologação quando do advento da lei em pauta, a Administração deve negar a homologação e declarar que o

concurso caducou? Supondo, porém, que a Administração homologue o resultado nos termos do edital, qual a posição na qual os candidatos são investidos? Parece-nos que, uma vez tendo ocorrido a homologação nos termos do edital, a despeito da lei e da nota técnica, o candidato está protegido pela confiança legitimamente depositada na Administração. É nesta linha o teor da decisão do Supremo Tribunal Federal tomada no Recurso Extraordinário nº 318.106, citada previamente.

Defende-se que, uma vez que o resultado seja proferido, incide a proteção da confiança, pois o candidato teve seu desempenho auferido para classe diversa e para esta foi aprovado e, desta sorte, possui expectativa legítima de que o concurso será mantido nos termos editalícios. Nestes termos, seguirá a homologação, a nomeação, a posse e a entrada em exercício. É razoável considerar que as provas de um concurso para professor adjunto ou assistente sejam mais complexas, difíceis do que de um certame para professor auxiliar. E também que alguém que tenha interesse em concurso para professor adjunto ou assistente não tenha para professor auxiliar, isto por várias razões, inclusive pela remuneração (na hipótese, especificamente, o vencimento básico, pois a lei assegura a retribuição por titulação). Após ter participado do concurso, ter se esforçado e obtido aprovação, não parece respeitoso com a expectativa do candidato, firme na segurança jurídica, que a classe seja alterada, ainda que esta modificação esteja prevista em lei.

O déficit da Lei nº 12.772/2012 e da Nota Técnica nº 1/2013 foi não ter trazido regras de transição, as quais tem seu campo precisamente na circunstância da proteção da confiança.

Vale realçar a seguinte questão. Especialmente em concursos para o magistério em Instituições de Ensino Superior é frequente que os candidatos tomem conhecimento dos resultados ainda antes da publicação. É comum a banca se reunir para divulgar (fazer a apuração) o resultado, que, então, só posteriormente será publicado no diário oficial. Possível entender que já desde este instante, da divulgação do resultado, os candidatos passam a gozar da proteção da confiança, isto é, passam a ter expectativa legítima.

Por fim, uma nota acerca da compatibilidade entre a nota técnica e a lei. A Lei nº 12.772/2012 determina que o edital deve prever os critérios, classificatórios e eliminatórios, do concurso. Nada demais. Por sua vez, a Nota Técnica nº 1/2013 dispôs que as Instituições Federais de Ensino podem solicitar, além do diploma de graduação, títulos de pós-graduação, de acordo com o interesse da Instituição. Forma-se a dúvida. Poderia uma IFES abrir concurso para professor auxiliar e exigir título de mestre? Entendemos que não, pois isto seria prejudicar totalmente o art. 8º, § 1º, da Lei nº 12.772/2012. Ora, teleologia do dispositivo legal é possibilitar a concorrência por um número maior de candidatos, já que somente é

necessário o título de graduado. Exigir o título de mestre seria burlar a inteligência do preceito, além de incorrer na contradição de requisitar uma titulação que não é indispensável à classe (é excessiva). Daí que se defende que títulos de mestrado e doutorado possam constar do barema, pontuando para os candidatos que os tenham, sempre em caráter classificatório, nunca eliminatório. Neste aspecto, a nota técnica parece conflitar com a lei, perdendo, portanto, seu fundamento de validade, não nos parecendo possa ser feita interpretação conforme, salvacionista do texto regulamentador, dado que a palavra empregada é *requisitos*: requisito é algo que, em não sendo cumprido, gera eliminação.

## 5. Considerações finais

Vive-se um tempo interessante no que tange à conceituação de segurança jurídica. Antes a questão era posta assim: ou se tinha direito adquirido e, deste modo, se tinha tudo; ou se tinha expectativa de direito e, desta maneira, não se tinha nada. Utilizava-se e ainda se utiliza a expressão *mera expectativa de direito*. O *mera* está sublinhando a debilidade da categoria: absolutamente nenhum direito.

Há alguns anos que, sentindo que esta dicotomia abissal não responde bem à plêiade de situações que se avolumam, a doutrina construiu um *tertium genus*, o qual podemos denominar de *expectativa legítima de direito* (mais, portanto, do que *mera expectativa*), ou seja, uma expectativa juridicamente protegida, traduzida como a proteção conferida à confiança depositada no Estado.

Neste caminhar, observa-se que por vezes (e não poucas) os conceitos se aproximam e mesmo se confundem. O que uns qualificam como direito adquirido outros qualificam de expectativa legítima e outros ainda de mera expectativa.<sup>44</sup> Subjacente o desafio de definir o instante onde a mera expectativa se transforma em legítima expectativa ou em que a legítima expectativa se transmuda em direito adquirido. Este ponto de mutação se apresenta mais elástico do que se gostaria. É assim que, no conjunto de julgados que passou a reconhecer que os candidatos classificados até o limite das vagas oferecidas possuem direito à nomeação, ora se encontra como fundamento o direito adquirido e ora a expectativa legítima (âncora na proteção da confiança). É algo similar ao que aconteceu e acontece, no terreno do Direito

---

<sup>44</sup> Neste sentido, STF, RE 227.480/RJ, Primeira Turma, Rel. p/Acórdão: Min. Cármen Lúcia, DJ 16.09.2008 e STF.

Constitucional, com a tipologia *norma definidora de direito* e *norma (meramente) programática*.<sup>45</sup>

O problema poderia ser desenvolvido a propósito da celeuma entre Roubier e Gabba, quando a discussão acerca da retroatividade ou eficácia imediata da lei, compondo o enfrentamento das três formas de retroatividade: máxima, média e mínima.<sup>46</sup>

As hipóteses examinadas neste artigo espelham uma ponderação entre valores: a segurança jurídica x a imperatividade/eficácia da lei.<sup>47</sup> Procurou-se mapear as hipóteses trazidas pela Lei nº 12.772/2012 e a Nota Técnica nº 1/2013 no campo dos concursos públicos, elenco que denota a aplicabilidade do direito adquirido, da expectativa *legítima* e da *mera* expectativa de direito.

## 6. Referências bibliográficas

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Direito dos serviços públicos*. 3ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 258.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro, volume III: contratos e atos unilaterais*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do Direito*. 5ª ed. rev. ampl. São Paulo: 2003, p. 26.

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução por Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

---

<sup>45</sup> Confira-se OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 401-416.

<sup>46</sup> STF, ADI 493/DF, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Moreira Alves, DJ 04.09.1992.

<sup>47</sup> Sobre sopesamento/ponderação: OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. 2ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo brasileiro* (atualizado por Eurico de A. Azevedo, Délcio B. Aleixo e José E. B. Filho). 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. *Voltando à problema da tipologia regras e princípios: primeiro ensaio*. Revista Juris Poiesis, Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Estácio de Sá, nº 13, 2010.

SILVA, Almiro do Couto e. *O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei 9.784/99)*. In: Revista Eletrônica de Direito do Estado, número 2, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 20ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002.