

ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA OAB

Recurso MS 13.807/
Tribunal STF
Relator JOSÉ ARNALDO DA FONSECA

TEORIA DO FATO CONSUMADO — APLICAÇÃO - PRESSUPOSTOS

RESUMO

- A viabilidade de se reconhecer como válida uma situação de fato e de direito consolidada no tempo, por decorrência de concessão de liminar, não obstante as críticas doutrinárias sofridas, já foi reconhecida pelo colendo Supremo Tribunal Federal. Há precedentes do Pretório Excelso aplicando a denominada "teoria do fato consumado". - Não se pode olvidar, porém, da excepcionalidade de sua aplicação, normalmente destacada nas ementas: RMS n. 13.807/GB, RTJ 37/248; RE n. 73.381/GB, DJ 29.06.72; RE n. 93.752/RS, RTJ 97/1392; RE n. 85.179/RJ, RTJ 83/921; RE n. 67.487/RJ, DJ 29.05.78, p. 3.730; RE n. 108.010/PB, RTJ 119/828. Nesta Corte, pode-se citar como exemplo o RMS n. 1.422/RJ, RSTJ 39/325. - Sobre o assunto, vale a pena destacar as críticas tecidas pelo eminente Min. MOREIRA ALVES em seu voto, como Relator, no AG n. 120.893-7/SP (DJ 11.12.87, p. 28.277): "1. Não desconheço que esta Corte tem, vez por outra, admitido - por fundamento jurídico que não sei qual seja - a denominada "teoria do fato consumado", desde que se trate de situação ilegal consolidada no tempo quando decorrente de deferimento de liminar em mandado de segurança. Jamais compartilhei esse entendimento que leva a premiar quem não tem direito pelo fato tão-só de um Juízo singular ou de um Tribunal retardar exagerada e injustificadamente o julgamento definitivo de um mandado de segurança em que foi concedida liminar, medida provisória por natureza, ou de a demora, na desconstituição do ato administrativo praticado por força de liminar posteriormente cassada, resultar de lentidão da máquina administrativa. (...) Ora, admitir - como por vezes tem feito esta Corte - que se mantenha m situações de fato consolidadas no tempo por atraso da prestação jurisdicional não implica sustentar (o que este Tribunal jamais fez) que há direito adquirido à preservação de quaisquer situações de fato que, por qualquer motivo, se prolongaram no tempo. Para que haja direito adquirido se faz necessária a existência de um direito, o que, nesses casos, não ocorre a toda evidência". - A pretensão do impetrante de ter reconhecido seu direito à nomeação através da aplicação dessa teoria não tem procedência. Pretende-se o reconhecimento de uma situação como consolidada, mas que simplesmente não existe ainda. - A teoria do fato consumado pressupõe que a situação de fato, embora pendente de julgamento, em face da demora na prestação jurisdicional - demora considerável, de anos -, se encontre já consolidada, tenha atingido estabilidade tal que torne "desaconselhável" sua alteração. Aquela situação assegurada pela liminar, após anos e anos, como que perde sua provisoriedade, e passa a ser merecedora de amparo. - Do voto do eminente Ministro BILAC PINTO no RE n. 85.179/RJ (RTJ 83/921), colho texto do renomado jurista Miguel Reale (Revogação e Anulamento do Ato Administrativo, Forense, 1968), que traz valiosos ensinamentos sobre o assunto: "Não é admissível, por exemplo, que, nomeado irregularmente um servidor público, visto carecer, na época, de um dos requisitos complementares exigidos por lei, possa a Administração anular seu ato, anos e anos volvidos, quando já constituída uma situação merecedora de amparo e, mais do que isso, quando a prática e a experiência podem ter compensado a lacuna originária. Não me refiro, é claro, a requisitos essenciais, que o tempo não logra por si só convalescer, - como seria, por exemplo, a falta de diploma para ocupar cargo reservado a médico, - mas a exigências outras que, tomadas no seu rigorismo formal, determinariam a nulidade do ato. Escreve com acerto JOSÉ FREDERICO MARQUES que a subordinação do exercício do poder anulatório a um prazo razoável poder ser considerado requisito implícito no princípio do "due process of law". Tal princípio, em verdade, não é válido apenas no sistema do direito

norte-americano, do qual é uma das peças basilares, mas é extensível a todos os ordenamentos jurídicos, visto como corresponde a uma tripla exigência, de regularidade normativa, de economia de meios e formas e de adequação à atipicidade fática. Não obstante a falta de termo que em nossa linguagem rigorosamente lhe corresponda, poderíamos traduzir "due process of law" por devia atualização do direito, ficando entendido que haverá infração desse ditame fundamental a toda vez que, na prática do ato administrativo, foram preteridos algum dos momentos essenciais à sua ocorrência; foram destruídas, sem motivo plausível, situações de fato, cuja continuidade seja economi

EMENTA

O candidato aprovado em concurso público tem mera expectativa de direito à nomeação, mas passa a ter direito a ela se a nomeação para o mesmo cargo com quebra da ordem classificatória, desde que dentro do prazo de validade do certame.

NOTA DA REDAÇÃO

RTJ