Nº 34 – abril/maio/junho de 2013 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

ATO ADMINISTRATIVO NULO E DECURSO DO TEMPO: SEU REGIME JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

José Sérgio Monte Alegre
Constitucional e Administrativo na UNIT/SE; Procurador do Ministério Público Especial junto ao TCE/SE; e Presidente do Instituto Sergipano de Direito Administrativo.

1.Introdução - A esta altura, decorridos vinte e dois anos de sua promulgação, há, quando menos, uma certeza, na Constituição da República Federativa do Brasil, extraída da leitura do seu texto, tanto quanto da interpretação que lhe faz o Supremo Tribunal Federal, Sim, porque "*Quem quiser conhecer o Direito tal como é realmente aplicado e "vive", não pode contentar-se com as normas, tem de inquirir do entendimento que lhe é dado pela jurisprudência. Os precedentes são, pois, uma fonte de conhecimento do Direito. Não, porém, uma fonte de normas jurídicas imediatamente vinculativas* [...]" (trecho do autor KARL LARENZ, extraído da sua "Metodologia da Ciência do Direito, p. 499, item n.4, 2ª edição, 1978, Fundação Calouste Gulbenkian, citado pelo Ministro CELSO DE MELLO, na relatoria da Reclamação nº 10707/MC/DF, com o inteiro teor publicado no DJe de 4/11/2010, sem o itálico).

Pois bem. Essa certeza é a de que cabe à Suprema Corte a palavra derradeira no processo de conhecimento e revelação do sentido e alcance das normas constitucionais, isso por força do Art.102, caput, da Lei Republicana, tal como interpretado pela jurisprudência do Excelso Sodalício. Confira-se, desde logo: "[...] *A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – a quem se atribuiu a função eminente de "guarda da Constituição" (CF, art. 102, "caput") – assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo jurídico-político vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental.*" (MS 26603/DF, no DJe 241, divulgado em 18/12/2008 e publicado em 19/12/2008, Relator o Ministro CELSO DE MELLO, Pleno, sem o itálico).

Isso acertado, o que se espera da jurisdição constitucional e do seu guardião é a interpretação que defina, para além e acima de toda a dúvida razoável, com clareza e objetividade, qual a pauta vinculante que há de presidir as relações entre os indivíduos e o Poder Público, sobretudo nas relações de Direito Público, considerados os princípios de extração direta e imediata da Constituição, especialmente o da segurança jurídica, ora reputado como "*projeção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana e elemento conceitual do Estado de Direito*" (MS 26.117/DF, no DJe 142, divulgado em 13/11/2007 e publicado em 14/11/2007, Pleno, Relator o Ministro CARLOS BRITTO, sem o itálico), ora como sub-princípio desse mesmo Estado (RTJ 192/620-621, Pleno,Relator o Ministro GILMAR MENDES), ora simplesmente como postulado que lhe serve de expressão (MS 26603/DF, no DJe 241, divulgado em 18/12/2008 e publicado em 19/12/2008, Pleno, Relator o Ministro CELSO DE MELLO).

Com efeito, nunca é demasiada a lembrança da lição magistral de BECARIA, citado pelos notáveis NORBERTO BOBBIO E MAURIZIO VIROLI, segundo a qual "*A conseqüência mais grave da erosão do governo da lei é a difusão do senso de insegurança."* (Direitos e Deveres na República, ELSEVIER Editora, p.60).

É precisamente deste tema que trata este artigo.

Afinal, qual o padrão normativo que se irá aplicar no enlaçamento entre indivíduo e Estado, no tocante ao ato inválido que permanece com aparência de válido e, pois, inquestionado, durante considerável decurso de tempo, isso segundo a hermenêutica definida pelo Supremo Tribunal Federal?

Rememoro aqui "*que o tema é pedra angular do Estado de Direito sob a forma de proteção da confiança*." (MS 24.268-0/MG, STF, Pleno, em 05/02/2004, Relator o Ministro GILMAR MENDES, sem o destaque).

Noutro dizer: certeza e segurança jurídicas são, enquanto valores jurídicos fundamentais, exigências inerentes ao Estado Democrático de Direito, tal como conformado pela Constituição Federal (RE 594350, no DJe 11/6/2010 e no Informativo STF 591/2010, Relator o Ministro CELSO DE MELLO).

2. O Decurso do Tempo, na Constituição. Seu Regime Jurídico – Vale aqui, como luva encomendada, trecho do Ministro CARLOS BRITTO acerca do tempo, no universo do Direito. Escreveu ele na relatoria do MS 291168, no DJe nº 217, de 11 de novembro de 2010, p.63, sem o itálico no original: "[...] *Todo o Direito Positivo é permeado por essa preocupação com o tempo enquanto figura jurídica, para que a sua prolongada passagem em aberto não opere como fator de séria instabilidade inter-subjetiva ou mesmo intergrupal . Quero dizer: a definição jurídica das relações interpessoais ou mesmo coletivas não pode se perder no infinito. Não pode descambar para o temporalmente infindável, e a própria Constituição de 1988 dá conta de institutos que têm no perfazimento de um certo lapso temporal a sua própria razão de ser. É o caso dos institutos da prescrição e da decadência, a marcar explícita presença em dispositivos como o inciso XXIX do art. 7º, o §5º do art.37, o §5º do art. 53 e a aliena "b" do inciso III do art. 146* [...]."

Na mesma linha e com igual ênfase, a Ministra CÁRMEN LÚCIA escreveu como tatuagem gravada a ferro e fogo: "*Se nem certeza do passado brasileiro pode ter, de que poderia ele se sentir seguro no Direito? [...] Já se disse que o Brasil vive incerteza quanto ao futuro (o que é da vida), mas também insegurança quanto ao presente (o que precisa ser depurado para que as pessoas vivam com o conforto da certeza das coisas). O que é, entretanto, pior e incomum, parece que é ter como regular ter-se a incerteza quanto ao passado*" (ADI 4.307/REF-MC/DF, Pleno, no DJE nº 40, divulgado em 4/3/2010 e publicado em 5/3/2010, Relatora a Ministra CÁRMEN LÚCIA, sem o itálico).

Na doutrina, e por todos, o sempre lembrado VICENTE RÁO, há mais de três décadas, deixou lição preciosa e inexcedível, grafada com pena de ouro, sem o destaque no itálico: "*A inviolabilidade do passado é princípio que encontra fundamento na própria natureza do ser humano, pois segundo as sábias palavras de Portalis, "o homem, que não ocupa senão um ponto no tempo e no espaço, seria o mais infeliz dos seres, se não se pudesse julgar seguro nem sequer quanto à sua vida passada. Por essa parte de sua existência, já não carregou todo o peso de seu destino? O passado pode deixar dissabores, mas põe termo a todas as incertezas. Na ordem da natureza só o futuro é incerto e esta própria incerteza é suavizada pela esperança, a fiel companheira de nossa fraqueza. Seria agravar a triste condição da humanidade, querer mudar, através do sistema da legislação, o sistema da natureza, procurando, para o tempo que já se foi, fazer reviver nossas dores, sem nos restituir as nossas esperanças."*(O Direito e a Vida dos Direitos, Editora Resenha Universitária, 1976, Volume I, Tomo III, p. 355, sem o itálico).

Bem a propósito, em comunhão de pensamentos, fragmento de voto do Ministro CARLOS VELLOSO, evocado pelo Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, que o sucedeu na Corte, em cujas linhas se lê clara repulsa a esse reavivar de dores, aflições, desassossegos, sobressaltos do indivíduo diante de omissões ou comportamentos tardios do Poder Público: "[...] *uma das razões mais relevantes para a existência do direito está na realização do que foi acentuado na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 1776, o direito do homem de buscar a felicidade. Noutras palavras, o direito não existe como forma de tornar amarga a vida dos seus destinatários, senão de fazê-la feliz."* [...]" (AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 419.620-1/AMAZONAS, 1ª Turma, no DJe nº 104, divulgado em 04/06/2009 e publicado em 05/06/2009, Relator o Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, sem o destaque no itálico).

Nesta busca do regime jurídico do ato inválido nos seus embates contra o tempo, em primeiro plano está a Constituição enquanto fundamento de validade de toda a ordem jurídica positiva em seus conhecidos desdobramentos do Direito Público e do Direito Privado.

Nela, Constituição, se acha recortado, com absoluta visibilidade, o **regime jurídico** do ato nulo, considerado o decurso do tempo no Direito, este como norma de conduta humana cuja eficácia é garantida pela coerção, via de regra, monopolizada pelo Estado.

Com efeito, uma leitura atenta dos seus preceitos induz o leitor à conclusão de que tudo quanto nela **não** se deseja é que o tempo seja um indiferente jurídico que

transita entre o nada e a coisa nenhuma, desimportante nas relações entre indivíduo e Estado. A técnica usada para tanto é a da regra geral e a da exceção. Ou, na conhecida fórmula latina, "Inclusio unius est exclusio alterius" (a inclusão de um é a exclusão de outros).

Como **regra**, a Constituição garante a **inviolabilidade** do direito à segurança, (art.5º, caput), inconfundível com o direito à incolumidade ou à integridade física e mental da pessoa humana (Art.5º, inciso XLIX, e Art.144), estas abrangidas naquela, mas que não a esgotam. Da segurança e de sua inviolabilidade cuida a Constituição logo no Preâmbulo e o faz como **valor supremo**, de par com a liberdade, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a **justiça,** esta última diferente da **jurisdição** enquanto função estatal, isso a despeito mesmo da má redação do Capítulo IV do TÍTULO IV da Constituição Republicana. Realmente, a epígrafe do TÍTULO é DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA e o artigo inaugural (127) ocupa-se do Ministério Público como instituição essencial à função **jurisdicional** do Estado, aquela mesma de que trata o Art.2º, ao cuidar dos três conjuntos orgânicos a que dá o nome de Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, e que se traduz na "*atividade de execução de normas jurídicas*", para uns (Ministro EROS GRAU, no MI 1788/DF, no DJe 201, divulgado em 23 de outubro e publicado em 26 de outubro de 2009, p. 32, sem o itálico). Função estatal da qual já se disse: "*Entenda-se por função estatal a expressão do poder estatal - tomando-se aqui a expressão "poder estatal" no seu sentido material – enquanto preordenado a finalidades de interesse coletivo e objeto de um dever jurídico*." (EROS GRAU, idem, sem o destaque). *Função não como poder, mas, sim, como dever-poder, na medida em que, e somente nesta, o poder é utilizado instrumentalmente a fim de cumprir um dever jurídico* (RMS 27.920/DF, STF, 2ª TURMA, no DJe nº 228, divulgado em 3 de dezembro e publicado em 4 de dezembro de 2009, Relator o Ministro EROS GRAU,idem). Ou, como querem outros, "*atividade de aplicação da lei, contenciosamente*" (SEABRA FAGUNDES, no seu O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, ... edição, p. sem o itálico). Segurança jurídica a exigir, como sua natural decorrência, institutos como a prescrição, a decadência, a coisa julgada, o ato jurídico perfeito, o direito adquirido, e, de ordinário, a irretroatividade das leis.

Como **exceção**, a Constituição carimba determinados comportamentos com o selo raro da **imprescritibilidade** - "este tempo jurídico que se escoa sem encontrar termo [...], o triunfo da lembrança sobre o esquecimento" (HC 824/RS, Pleno, no DJ de 19/09/2003, Relator Originário o Ministro MOREIRA ALVES e Relator p/o Acórdão o Ministro MAURÍCIO CORRÊA), tamanha a afronta que carregam, exemplificativamente, contra valores especialmente encarecidos como projeções concretas da dignidade da pessoa humana, do produto do esforço comum (Erário), da supremacia da Constituição, da Democracia como "*Princípio constitucional de maior densidade axiológica e mais elevada estatura sistêmica*" (STF ADI 130/MC, Pleno, no DJe 231, divulgado em 25/02/2010 e publicado em 26/02/2010, Relator o Ministro CARLOS BRITTO, sem o destaque), e da proteção aos povos das florestas, as populações indígenas.

Assim, são i**mprescritíveis** – não sofrem a ação do tempo – a prática do racismo (Art.5º, inciso XLII), a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (Art.5º, inciso XLIV) e as ações de

ressarcimento decorrentes de danos ao Erário, prevista no Art. 37, §5º, constitucional, e os direitos sobre as terras indígenas (Art. 231, §4º). Talvez se possa incluir nesse rol a proibição de usucapião de imóveis públicos, rurais e urbanos, considerado que usucapião é prescrição aquisitiva (Art. 183,§3º, e Art. 191, Parágrafo único). Somente! Veja-se que nem a tortura e os demais crimes de horror – com toda a carga de sofrimentos que provocam na inteireza do ser humano e de indignação na consciência de povos civilizados -, nem eles foram aquinhoados com a imunidade temporal, mas somente com a exclusão da fiança e da anistia. E isso só pode significar que, no ponto, a Constituição adotou a doutrina do **silêncio eloqüente**, de elaboração pretoriana (AP 470 AgR/MG, Pleno, em 23/10/2008, no DJe nº 079, divulgado em 29/04/2009 e publicado em 30/04/2009, relator o Ministro JOAQUIM BARBOSA; RMS 24.334/PB, em 31/05/2005, 2ª Turma, no DJ de 26/08/2005, Relator o Ministro GILMAR MENDES; ADI 371, Pleno, em 05/09/2002, no DJ de 23/04/2004, Relator o Ministro MAURÍCIO CORRÊA; MS 22.432/RS, Pleno, em 26/06/1998, no DJ de 06/12/2002, Relator o Ministro ILMAR GALVÃO; RE 135.637/DF, em 25/06/1991, 1ª Turma, no DJ de 16/08/2001, e RE 130.552/SP, em 04/06/1991, 1ª Turma, no DJ de 28/06/1991, ambos da relatoria do Ministro MOREIRA ALVES).

Onde houver silêncio sobre o decurso do tempo, aí a interpretação mais razoável, a que mais se aproxima da Constituição, será a de que prevalece a regra geral, que é a da incidência das fórmulas preclusivas em Direito admitidas. E a **regra geral** é a da **segurança jurídica**, como está no caput do Art.5º (excepcionada nos dispositivos citados), que, em estudo de muitos anos atrás (Revista de Direito Público, Editora Malheiros, nº53/54, pp.153 a 160), chamei de "estabilidade e certeza das relações jurídicas como fatores de limitação da anulação de ofício do ato administrativo", antes mesmo de autores de nomeada, publicistas de justa fama – e naturalmente sem o brilho deles - se decidissem a escrever com profundidade sobre o tema, talvez só com a exceção de Miguel Reale, no seu conhecido Revogação e Anulamento do Ato Administrativo, no capítulo que tem por título "Nulidade e Temporalidade"

Nesse diapasão, tenha-se presente que a atual Constituição, contrariamente à Carta decaída que silenciou a respeito, em norma de completa explicitude, prescreveu que "*A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento*." (Art.37, §5º, sem o destaque).

Ora, "ilícitos praticados por qualquer agente público" é expressão de máxima abrangência, de textura aberta, a denotar que, ao menos no desempenho da função administrativa nos diversos níveis federados no âmbito de todos os Poderes de Estado, nenhum deles estará imune à passagem do tempo. Subjacente ao texto está o princípio que tudo submete às dobras do tempo. Prescritibilidade e decadência são os **princípios gerais** de Direito. Aqui, vale, mais do que sempre, a regra de hermenêutica segundo a qual onde a lei não distingue, não é lícito ao intérprete fazê-lo, ainda quando esse intérprete seja o Supremo Tribunal Federal, pois ninguém, absolutamente ninguém, está acima da Constituição, todos, ao contrário, lhe devendo fiel acatamento. Confira-se: "A AUTORIDADE HIERÁRQUICO-NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA IMPÕE-SE A TODOS OS

PODRES DO ESTADO" (ADI 2105, Pleno, unânime, no DJ de 28/04/200, pp.00071, Relator o Ministro CELSO DE MELLO).

Vem bem a propósito, acerca das fórmulas de preclusão ou de extinção da exigibilidade de um direito, no caso, de um direito-dever, ou dever-poder, o que escreveu JOSÉ AFONSO DA SILVA, sem o destaque: "*A prescritibilidade, como forma de perda da exigibilidade de direito, pela inércia de seu titular,* ***é um princípio geral de direito****. Não será, pois, de estranhar que ocorram prescrições administrativas sob vários aspectos, quer quanto às pretensões de interessados em face da Administração, quer quanto às desta em face dos administrados. Assim é* ***especialmente*** *em relação aos ilícitos administrativos. Se a Administração não toma providência à sua apuração e à responsabilização do agente, a sua inércia gera a perda do seu ius persequendi. É o princípio que consta do art.37, §5º, que dispõe: [...] Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário. É uma ressalva constitucional e, pois, inafastável, mas, por certo,* ***destoante*** *dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (dormientibus non sucurriti ius*) (Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo, Malheiros, 2006, p.673, sem o destaque, citado no MS 27.309-7/DF, no DJe nº 164, divulgado em 31 de agosto e publicado em 01 de setembro de 2009, p. 32, Relator o Ministro RICARDO LEWANDOWSKI).

Nem se alegue que a razoabilidade como **critério ou medida** (Representação 930/DF); ou somente como **critério** (HC 93250/MC); ou como **princípio** (RE 365.368-AgR e no RE 536.345- AgR/RS); ou como **critério e método** (HC 94.661/SP); ou como **parâmetro** (HC 94.517/SP e no HC 95.045/RJ); ou como **juízo** ((RHC 88.339/ES); ou como **requisito** (AC/MC 813); ou como **postulado** (ADI 3.378/DF); ou como **medida** (ADI 1.910/MC);ou como **princípio e critério** (RE 363.368 AgR/SC, no Informativo STF 468/2007); ou como **máxima** (IF 237/SP, Pleno, em 19/03/2003, no DJ de 19/03/2003, Relator originário o Ministro MARCO AURÉLIO e Redator para o Acórdão o Ministro GILMAR MENDES), em qualquer desses múltiplos significados, a ponto de não se saber exatamente o que é a razoabilidade/proporcionalidade, levaria a relativizar o texto, porque, seja o que for, "*A razoabilidade não pode ser usada como pretexto para corrigir lei*" (sem o itálico, RE 209.843-4/SP, Pleno, em 10/11/2004, no DJ de 19/12/2006, Relator originário o Ministro MARCO AURÉLIO, Redator para o Acórdão o Ministro EROS GRAU).

Além disso, a Constituição elevou à categoria de direito fundamental, com o reforço da garantia de eternidade, posto que nem o poder derivado de emenda o pode suprimir, a coisa julgada, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, postos a salvo da irretroatividade das leis, ao menos, é certo, das mais gravosas (Art.60, §4º, inciso IV), que, por sua vez, são projeções das mais emblemáticas da segurança jurídica, sem a qual qualquer sociedade humana está fadada à erosão dos seus pilares de sustentação e, assim, incapacitada de conservar-se e de prosperar.

Com efeito, parece impensável uma comunhão social de seres humanos, convivendo em suas múltiplas dimensões e com os mais variados interesses, sem que desfrutem, como regra geral ao menos, da garantia de que suas relações sob o manto do Direito não permanecerão em aberto e nem serão passíveis de invalidação seja qual for o tempo decorrido, não importando a idade que ostentem. Em um

ambiente assim, quem se animaria a se relacionar com quem a respeito de qualquer assunto?

É bem este o caso de buscar o apoio do qualificado magistério de KARL LARENZ, para quem: "*O ordenamento jurídico protege a confiança suscitada pelo comportamento do outro e não tem mais remédio que protegê-la, porque poder confiar [...] é condição fundamental para uma pacífica vida coletiva e uma conduta de cooperação entre os homens e, portanto, da paz jurídica.*" (sem o itálico, no original). E prossegue o autor tedesco: "*Dito princípio – ele se refere ao princípio da confiança que se apresenta com um componente de ética jurídica – consagra que uma confiança despertada de um modo imputável deve ser mantida quando efetivamente se creu nela. A suscitação da confiança é imputável, quando o que a suscita sabia ou tinha que saber que o outro ia confiar. Nesta medida é idêntico ao princípio da confiança. [...] Segundo a opinião atual, [este princípio da boa fé] se aplica nas relações jurídicas de direito público."* ((Derecho Justo, Fundamentos de Ética Jurídica, Madri, Civitas, 1985, pp.91, 95 e 96, citado pelo Ministro GILMAR MENDES, Relator para o Acórdão, no MS 24.268/MG, em 05/02/2004, julgado pelo pleno do STF, sem o destaque).

E não custa relembrar que a segurança jurídica, nela incluída a previsibilidade da ação estatal, abre o Capítulo dos DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS (Art.5º, caput), o primeiro dos cInco Capítulos do TÍTULO II – DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. Direito subjetivo fundamental, portanto, inclusive e sobretudo na interpretação do Supremo Tribunal Federal, conforme se deduz do seguinte excerto: "[...] *a quem assiste* (a ementa tratava do cidadão-eleitor) *o direito de receber, do Estado, o necessário grau de segurança e de certeza jurídicas contra alterações abruptas das regras inerentes ao sistema eleitoral.*" (sem o itálico, ADI 3.345, Pleno, Relator o Ministro CELSO DE MELLO, citada na ADI 3685/DF, Pleno, em 22/03/2000, no DJ de 10/08/2006, Relatora a Ministra ELLEN GRACIE). E prossegue: "*Além de o referido princípio conter, em si mesmo, elementos que o caracterizam como uma garantia fundamental oponível até mesmo às atividades do legislador constituinte derivado, nos termos dos arts. 5º,§2º, e 60,§4º,IV, a burla ao que contido no art.16 ainda afronta os direitos individuais da segurança jurídica (art.5º, caput) e do devido processo legal (art.5º, LIV).*" (ADI 3685/DF, sem o itálico).

Tal apreensão intelectiva do tema ora exposto parece encontrar, também, acolhimento na interpretação que prestigia os princípios da força normativa da Constituição, e da sua unidade, e da máxima efetividade das normas constitucionais, especialmente daquelas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

Deveras, no tocante ao primeiro, já se escreveu: "*A Constituição é, contudo, uma totalidade. Não um conjunto de enunciados que se possa ler palavra por palavra, em experiência de leitura bem comportada ou esteticamente ordenada. Dela são extraídos, pelo intérprete, sentidos normativos, outras coisas que não somente textos. A força normativa da Constituição é desprendida da totalidade, totalidade normativa que a Constituição é*. [...]" (Reclamação 6.568/SP, Pleno, em 21/05/2009, no DJe 181, divulgado em 24/09/2009 e publicado em 25/09/2009, Relator o Ministro EROS GRAU, sem o destaque).

Quanto ao valor da **força normativa** da Constituição em matéria de hermenêutica jurídica, em algum lugar do passado mais recente ficou consignado pelo Supremo Tribunal Federal, a quem cabe "*o monopólio da última palavra em matéria de interpretação constitucional*" (sem o destaque, ADI 3510/DF, Pleno, em 04/10/2007, no DJe nº 96, divulgado em 27/05/2010 e publicado em 28/05/2010, Relator o Ministro CARLOS BRITTO), "*que representa diretriz relevante no processo de interpretação concretizante do texto constitucional*"(ADI 3510, idem).

Relativamente à **máxima efetividade**, o seu caráter de princípio, e não de simples regra, vem sublinhado em diversos pronunciamentos da Eg. Corte. Servem de amostras, por ora: (AI 555806 AgR /MG, 2ª Turma, no DJe nº 070, em 01/04/2008, divulgado em 17/04/2008 e publicado em 18/04/2008, Relator o Ministro EROS GRAU; RE 328812 ED/AM, Pleno, em 06/03/2008, no DJe nº 078, divulgado em 30/04/2008 e publicado em 02/09/2008, Relator o Ministro GILMAR MENDES; ADI 3345/DF, Pleno, no DJe 154, divulgado em 19/08/2005 e publicado em 20/08/2010, Relator o Ministro CELSO DE MELLO; Reclamação nº 2600 AgR/SE, Pleno, em 02/08/2007, no DJe nº 072, divulgado em 02/08/2007 e publicado em 03/08/2007, Relator o Ministro CÉZAR PELUSO; RE 22.7001- ED/DF, 2ª Turma, em 18/09/2007, no DJe nº 117, divulgado em 01/10/2007 e publicado em 06/10/2007, Relator o Ministro GILMAR MENDES; ADI 3255/PA, Pleno, em 22/06/2006, no DJe nº 157, divulgado em 06/02/2007 e publicado em 07/12/2007, Relator o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE).

Então, o que ressai do vocabulário constitucional é, deveras, que a virada do tempo não é indiferente à Constituição nem conspira em detrimento do seu prestígio normativo, ou de sua máxima efetividade, **desde que interpretada como um sistema, um todo lógico e coerente de sentido, de vasos comunicantes, e não "em tiras", retalhada, esquartejada, aos pedaços.**

Com efeito, a Carta Republicana vai ao ponto de garantir a todos, no âmbito judicial tanto quanto no administrativo, a razoável duração do processo, enquanto direito fundamental (Art.5º, inciso LXVIII). E não é de figura de retórica que se cuida. Essa cláusula, em matéria penal, é suficiente para atuar em benefício inclusive do acusado de crime hediondo – inafiançável e não sujeito à graça ou anistia (Art.5º, inciso XLIII) -, sempre que houver "*excessiva mora da custódia cautelar*" ou "*situações anômalas derivadas da superação abusiva e irrazoável do prazo de duração de prisões meramente cautelares*", isso para efeito até mesmo de Habeas Corpus de ofício (HC 86.346, 2ª Turma, no DJ de 02/02/2007, Relator o Ministro JOAQUIM BARBOSA, com citação de precedentes, sobretudo o HC 85.237, Relator o Ministro CELSO DE MELLO, na RTJ 195/212-213, sem o itálico). A soltura do réu estigmatizado com a feia acusação de crime particularmente abjeto não constrange a Corte, mas a conduz, isto sim, a censurar energicamente o intolerável abuso estatal.

O que dizer, agora, de quem nunca foi acusado, indiciado, nem processado, nem preso por tal tipo de crime, mas que teve praticado em seu favor ato administrativo de longa permanência temporal, no qual tinha todas as razões para acreditar estivesse em conformidade com a ordem jurídica, até porque ornado de presunção de veracidade e legalidade, que lhe reconhecem a doutrina e a jurisprudência, sem exceção? Ali, no crime hediondo, haveria situação de censurável anomalia do

Estado, fazendo recair sobre o indivíduo todo o peso da sua lerdeza. Mas, aqui, não? Seria isso mesmo? Não parece evidente que esse modo invertido e pervertido de ler a Constituição – tratar com benignidade o ilícito grave e com severidade o ilícito menor - atentaria contra o sistema de normas presumidamente gravitando em torno de um eixo de coerência ao invés da lógica do absurdo? E o argumento "ad absurdum" não é daqueles universalmente consagrados como técnica de exclusão de bizarrices, de contumélias irremissíveis no plano da argumentação?

Nem a decretação judicial de inconstitucionalidade da lei e de outros atos normativos, em abstrato, por via de ação direta, para os quais estão legitimados somente aqueles enumerados no Art. 103 da Constituição Federal, escapa de um tal regime jurídico-normativo. Aqui, a gravidade da transgressão, a despeito da sua seriedade, não é suficiente para afastar do mundo jurídico os efeitos gerados pelo ato, desde a origem inconstitucional, e, assim, não prevalece com exclusividade a regra geral do efeito retro-operante, ou, na linguagem preferida, ex tunc, ou retroativo. Confira-se: "*Continua a dominar no Brasil a doutrina do princípio da nulidade da lei inconstitucional. Caso o Tribunal não faça nenhuma ressalva na decisão, reputa-se aplicado o efeito retroativo. [...]. Aplicabilidade, ao caso, da excepcional restrição dos efeitos prevista no art.27 da Lei 9.868/99. Presentes não só razões de segurança jurídica, mas também de excepcional interesse social (preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio – primado da segurança jurídica), capazes de prevalecer sobre o postulado da nulidade da lei inconstitucional.* [...]" (ADI 360 ED/DF, Pleno, em 09/09/2010, no DJe nº 244, divulgado em 14/12/2010 e publicado em 15/12/2010, Relator o Ministro DIAS TOFFOLI, sem o itálico no original).

Em ocasião anterior: "*Embora a lei inconstitucional pereça antes mesmo de nascer, os efeitos eventualmente por ela produzidos podem incorporar-se ao patrimônio dos administrados, em especial quando se considere o princípio da boa-fé*" (RE 359043 AgR/AM, 2ª Turma, em 03/10/2006, no DJ de 27/10/2006, Relator o Ministro EROS GRAU, sem o itálico). É bem verdade que esse entendimento parece não contar com a adesão do Ministro MARCO AURÉLIO. Leia-se, por apego à fidelidade do fragmento do voto: "*Resisto sempre, Presidente, à modulação da decisão do Supremo quando conclui pelo conflito de certa lei com o texto constitucional. Por que o faço? Porque adoto o princípio segundo o qual toda lei editada à margem da Carta da República é írrita e, portanto, não tem como mitigar a eficácia da Constituição Federal. Além desse aspecto, há outro: o viés estimulante. A partir do momento em que o Supremo não declara – como deve, sob a minha ótica, fazê-lo – inconstitucional uma lei, desde o nascedouro, estimula as casas legislativas do Brasil a editarem leis à margem da Carta Federal, para que, com a passagem do tempo, existam "situações constituídas" – porque não são devidamente constituídas – e que posteriormente sejam endossadas, muitas embora no campo indireto, pelo Supremo, presente a modulação. Por isso, tenho sustentado – sempre o fiz e esperava inclusive pronunciar-me quanto à inconstitucionalidade do artigo 27 da Lei nº 9.868/99 – que não cabe no caso – sob pena de mitigação dos efeitos da decisão, como se, até aqui, a Constituição Federal não tivesse vigorado*." (ADI 2904-5/PR, Pleno, em 15/04/2009, no DJe nº 181, divulgado em 24/09/2009 e publicado em 25/09/2009, Relator o Ministro MENEZES DIREITO, sem o destaque no itálico).

Identicamente, no controle difuso de constitucionalidade há toda uma construção pretoriana no sentido da admissibilidade da **modulação de efeitos** do decreto judiciário de inconstitucionalidade, para atribuir-lhe virtude meramente prospectiva, ou seja, ex nunc. Em situações extremas, mas há. Repare-e: "[...] *A orientação do Supremo Tribunal Federal admite, em situações extremas, o reconhecimento de efeitos meramente prospectivos à declaração incidental de inconstitucionalidade* [...]." (AI 591311 AgR/RJ, 2ª Turma, em 21/11/2006, no DJ de 16/02/2007, Relator o Ministro JOAQUIM BARBOSA, sem o itálico).

Essa orientação jurisprudencial, nos dias atuais, está incorporada ao direito positivo nacional, mais exatamente no Art. 27 da Lei nº 9868/99, verbis: "*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 só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado*." (sem o itálico, no original).

Então, ainda quando se cuide de transgressão à Constituição, ostensiva ou dissimulada, ainda assim o tempo é o senhor da razão e remédio para todos os males, assim como a esperança o era para todos os infortúnios que escaparam da Caixa de Pandora.

São numerosos e bem conhecidos os exemplares de Acórdãos do Supremo Tribunal Federal que preservam o passado. Cito, por ora, o que deu pela inconstitucionalidade da Lei Complementar/PR nº 14/82, com a redação da Lei Complementar/PR nº 93/02, que dispunha sobre regras especiais de aposentadoria do policial civil, argüindo-se para tanto usurpação de competência do Poder Executivo, que, na matéria, possuía reserva exclusiva de iniciativa. A despeito da pronúncia de inconstitucionalidade, foram expressamente mantidas as aposentadoria concedidas durante todo o período de sua vigência incontrovertida. Período curto, diga-se de passagem, de seis anos entre a data da promulgação da lei e a do julgamento definitivo da ação direta (ADI 2.904/PR, Pleno, em 15/04/2009, no DJe nº 181, divulgado em 24/09/2009 e publicado em 25/09/2009, Relator o Ministro MENEZES DIREITO, com o voto vencido do Ministro MARCO AURÉLIO, já referido anteriormente). Também a ADI nº 2.240/BA, Pleno, no Informativo STF 474/2007, Relator o Ministro EROS GRAU, envolvendo a inconstitucionalidade da criação do Município baiano de LUÍS EDUARDO MAGALHÃES, sem pronúncia imediata de nulidade ex tunc, em que o princípio da segurança jurídica "prosperou em benefício da preservação do Município", cuja criação no plano dos fatos se dera há apenas 06 (seis) anos. Ainda, o MS 22.355/DF, que cuidou do reenquadramento de servidores e situação constituída, no Informativo STF 432/2006, Relator o Ministro EROS GRAU, em 22/06/2006. Mais: na ADI 1040 ED/DF, Pleno, em 31/05/2006, no Informativo STF nº 429/2006, Relatora a Ministra ELLEN GRACIE, o princípio da segurança jurídica voltou a agitar a superfície dos autos em questão envolvendo concurso de ingresso para o Ministério Público Federal, relativamente a candidatos aprovados, nomeados e empossados em virtude de decisões judiciais. A questão dizia com a argüição de inconstitucionalidade da exigência de 02 (dois) anos de bacharelado em Direito como requisito para a inscrição no concurso

Do quanto exposto resulta que todo um conjunto articulado de princípios – segurança jurídica; unidade da Constituição; máxima efetividade; presunção da confiança; da boa-fé; da veracidade e legalidade do ato administrativo - que o STF inovadoramente já chamou de "presunção de veridicidade", na ADI 1935/RO, Pleno, em 29/08/2002, no DJ de 04/10/2020, Relator o Ministro CARLOS VELLOSO) e de"*presunção de merecimento*" (sem o destaque, no original, MS 25284/DF, no DJe nº 149, divulgado em 12/08/2010 e publicado em 13/08/2010, Relator o Ministro MARCO AURÉLIO) - aponta para uma única direção: o decurso do tempo, tocado pelo Direito, a partir da Constituição, sepulta o passado e o ato contaminado na origem está purgado do seu pecado original, salvo situações de gravidade excepcional. Relembro que no autorizado magistério do Supremo Tribunal Federal, a quem cabe o monopólio da última palavra na interpretação constitucional, "[...] *presentes não só razões de segurança jurídica, mas também de excepcional interesse social (preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio – primado da segurança jurídica), capazes de prevalecer sobre o postulado da nulidade da lei inconstitucional* [...]" (ADI 360 ED/DF, acima, sem o destaque no itálico).

Enfim: no tocante ao tema deste artigo, a Constituição exibe o seu desvelo com o passar do tempo de modo vigoroso e em regime de linguagem visível. Dispensa-lhe tratamento conducente com a afirmação da existência de um **princípio geral de Direito de prescritibilidade de atos originariamente viciados**, que não deveriam ter ingressado no universo jurídico, mas que o fizeram e produziram efeitos os mais variados, na exata medida em que repercutiram na esfera jurídica dos seus (aparentes) destinatários. Não importa se esses atos eram ilegais ou inconstitucionais. Aqui, a hierarquia normativa do paradigma transgredido não tem qualquer importância. A tudo sobreleva um conjunto de princípios de extração **direta e imediata** da própria Constituição. Não se trata, pois, de a invalidade originária desafiar a autoridade e a supremacia da Constituição. Aqui, tal como na imutabilidade da coisa julgada - mesmo diante da superveniente decretação de inconstitucionalidade da lei em que se fundou a decisão - (RE 431.715-AgR/CE, Relator o Ministro AYRES DE BRITTO, citado como precedente no RE 594350/RS, no DJe de 11/05/2010, Relator o Ministro CELSO DE MELLO), **esse conjunto de princípios, a começar pela segurança jurídica, é a própria Constituição ou sua direta manifestação.** O valor fundamental da segurança jurídica, "enquanto expressão mesma do Estado de Direito" (RE 594350/RS), atua como o canto do Uirapuru: "A mata inteira fica muda ao seu cantar, tudo se cala para ouvir a sua canção [...]."

3. O Decurso do Tempo na Lei nº 9784/99 – No nível infraconstitucional, não é de hoje que o decurso do tempo tem servido para curar feridas abertas no tecido jurídico, sem importar a sua profundidade, nem a sua extensão. Deveras, a Suprema Corte tem reconhecido, com a autoridade da última palavra, que lhe foi delegada pelo Poder Constituinte Originário, que o tardio desfazimento do ato transgressor da norma com a qual deveria manter relação de respeito e de submissão, em vista das situações daí criadas, é suficientemente idôneo para constituir situação de fato e de direito que cumpre seja preservada e inalterada.

Até onde pude chegar, trago os seguintes exemplares, todos disponíveis em inteiro teor no site do STF: Recurso em Mandado de Segurança 14040, Pleno, em 13/04/195, Relator o Ministro EVANDRO LINS; Recuso Extraordinário nº 55587, no DJ de 23/06/1965, Relator o Ministro PEDRO CHAVES; Recurso Extraordinário nº

55476, no DJ de 05/08/1965, Relator o Ministro EVANDRO LINS; Recurso Extraordinário nº 55095, no DJ de 10/11/1965, Relator o Ministro HERMES LIMA; Recurso Extraordinário 56480, no DJ de 08/12/1965, Relator o Ministro PEDRO CHAVES; Recurso Extraordinário 60408, no DJ 01/06/1967, Relator o Ministro ELOY DA ROCHA; Recurso Extraordinário 56769, no DJ de 20/10/1967, Relator o Ministro LAFAYETE DE ANDRADA; Recurso Extraordinário 60406, no DJ de 05/04/1968, Relator o Ministro GONÇALVES DE OLIVEIRA; Recurso Extraordinário 61.371, no DJ de 28/06/1968, Relator o Ministro OSWALDO TRIGUEIRO; Recurso Extraordinário 70561, no DJ de 04/12/1970, Relator o Ministro LUIZ GALLOTTI; Recurso Extraordinário 70595, no DJ de 18/12/1970, Relator o Ministro DJACI FALCÃO; RMS 14040, NO DJ DE 19/05/1965, Relator o Ministro EVANDRO LINS; RMS 14017, no DJ de 23/06/1965, Relator o Ministro ANTÔNIO VILLAS BOAS; RMS 16742, NO DJ DE 26/05/1967, Relator o Ministro LUIZ GALLOTTI; RMS 16812, no DJ de 01/06/1967, Relator o Ministro CÂNDIDO MOTTA; re 73381, NO DJ DE 19/06/1972, Relator o Ministro THOMPSON FLORES; RMS 17144, no DJ de 30/11/1966; Relator o Ministro LAFAYETE DE ANDRADA; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 13.807 – GUANABARA, 3ª Turma, maioria, Relator para o Acórdão o Ministro PRADO KELLY, em 3/3/1966; Recurso Extraordinário nº 85.172/Rio de Janeiro, 1ª Turma, unânime, Relator e Presidente, o Ministro BILAC PINTO, em 4/11/1977, no DJ de 02/12/ 1977.

Todos esses precedentes, exceção feita ao RE 85.179/RJ, giraram em torno da situação de estudantes de nível superior de ensino aprovados com média inferior à exigida, e que se mantiveram na Faculdade, isso por força de segurança concedida ou de provimentos cautelares. Em nenhum deles, é certo, houve a evocação explícita dos princípios da dignidade da pessoa humana, do Estado de Direito, da segurança jurídica, da boa-fé, da proteção da confiança, da presunção de legitimidade dos atos administrativos, explicitamente, salvo no RE 85.172, em que se invocou o Due Process Of Law, com o significado de devida atualização do Direito, com base em lições de FREDERICO MARQUES, citado por MIGUEL REALE, e a segurança das relações sociais, que não podem ser postas em risco diante da inércia da Administração. Outro, o RE 56.480, sem o destaque: "*Embora de jure a razão esteja com a recorrente (a União Federal), por esta razão que é do conhecimento do Tribunal ((estudantes que, em 1960, obtiveram liminar para se matricularem no segundo ano e provavelmente já haviam concluído o curso) e que não pode ser posta de lado, porque é extremamente humana, conheço do recurso e lhe nego provimento*". Na verdade, são surpreendentemente lacônicos, concisos, de linguagem breve. Em todos, há sempre um ponto comum: situação de fato e de direito criada, consolidada – embora não o devesse ser – por decisões judiciais proferidas contra a lei e a inércia da Administração. No entanto, resulta claro que a Corte se deixou impressionar, por unanimidade ou maioria, com a passagem do tempo e os efeitos favoráveis produzidos na esfera jurídica dos estudantes-interessados, alguns chegados mesmo à colação de grau.

Passado o tempo, de lá para cá, vencidos quase 32 (trinta e dois) anos e com nova composição, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, e por unanimidade, no julgamento do MS 26117/DF, no DJe 208, de 05/11/2009, mantêm o mesmo entendimento do RE 85.179/RJ, citando-o logo na ementa do respectivo Acórdão, do qual foi Relator o Ministro EROS GRAU, isso em 20/05/2009. Após interrupção do julgamento motivada por pedido de vista do Ministro CARLOS BRITTO, o Tribunal

concedeu a ordem, ausentes à sessão, justificadamente, a Ministra ELLEN GRACIE e os Ministros JOAQUIM BARBOSA E MENEZES DIREITO.

Para ser fiel à ementa, dela consta também a citação do MS 26. 353, Relator o Ministro MARCO AURÉLIO, e do MS 22.357 como precedentes, Relator o Ministro GILMAR MENDES, no DJ de 5/11/2004. Agora, era de reclassificação, ou ascenção funcional, de INFRAERO, impugnada pelo Tribunal de Contas da União após dez anos da aprovação das contas da sociedade de economia mista (o STF acolheu a tese de que sociedades de economia mista há **mesmo sem serem anônimas e sem prévia autorização por lei**), com o que se afirmou a tese de que o TCU **não podia,** indefinidamente, **desfazer** atos que aprovara no passado, e, assim, que **havia limites** temporais também para o exercício do **controle externo** em matéria de atos de administração de pessoal. Está na ementa (sem o itálico) que "[...] *A Administração decai do direito de anular atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis aos destinatários após cinco anos, contados da data em que foram praticados* (art.54 da Lei n. 9784/99)."

Deu-se, portanto, **pela aplicação da Lei 9784 no âmbito do TCU**, cuja composição e fiscalização servem de paradigmas para os correspondentes nos Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme uniforme e conhecida jurisprudência do Supremo. Releva notar que o MS foi concedido **não** para assegurar o contraditório e a ampla defesa e **sim** para anular a glosa do TCU, com a **inalterabilidade** da situação que persistia durante dez anos, embora tida por inconstitucional: **manutenção** do impetrante no cargo que passara a ocupar por movimentação funcional, referida no Acórdão ora como ascenção funcional, ora como reclassificação, o que sugere que tinha havido preterição de concurso público para o cargo (ou emprego) em que houve uma ou outra, aliás, **invocada** pelo próprio TCU nas informações que prestou. Realmente, o mandado de segurança foi concedido nos termos do pedido e do voto do Relator: "*Requer, liminarmente, a suspensão da determinação contida no Acórdão TCU n. 47, confirmado pelos Acórdãos TCU ns. 1.650/2005 e 4666/2006, para que seja mantido no cargo de nível superior que ocupa atualmente, concedendo-se a ordem para que seja reconhecida a legalidade da reclassificação*." (o destaque não consta do original)

Então, o que se tem hoje é o que faltava no passado. Uma Lei de Processo Administrativo Federal – n. 9784/99 – , em desenvolvimento à Constituição, estabelecendo o prazo uniforme de 05 (cinco) anos para que a Administração decrete a nulidade de seus atos inválidos de que decorram efeitos favoráveis para os respectivos destinatários, contados da data em que praticados, salvo comprovada má-fé (Art. 54). Esse prazo qüinqüenal é tido como de decadência e não de prescrição e, assim, não se interrompe, nem se suspende. E a Lei aplica-se subsidiariamente ao exercício da atividade de controle externo do Tribunal de Contas da União.

É certo que a Lei (Art.54) grafa "anular" e não decretar a nulidade. Entretanto, é bem de ver que no Art. 53 não se fala em direito, mas em dever. Com boa vontade, pode-se recorrer à noção de direito-dever ou dever-direito, o que não deixa de ser embaraçoso, da perspectiva do raciocínio estritamente lógico. Nem por isso se haverá de dizer que a Lei acolheu a distinção de segmento doutrinário, que vê na invalidade o gênero e na nulidade e na anulação as espécies. Há precedentes que

abonam o não acolhimento dessa doutrina, sem desdouro para os que a defendem. Aliás, não é de agora que a doutrina acusa imperfeições na feitura das leis, inclusive semânticas. A própria Constituição Federal traz expressão no mínimo curiosa: emprego remunerado (Art. 54, inciso I, "b"). Algum há que o não seja??? A bem da verdade, no direito positivo brasileiro, a Lei n.4717/65, a de ação popular, contemplou a nulidade como gênero, abrangendo a absoluta e a relativa, e o fez no Art. 2º. No entanto, no Art. 1º, caput, a grafia foi pleitear a anulação e não a nulidade! A desuniformização da linguagem, o que tem sido comum até na Constituição Federal – o que no mínimo coloca em dúvida a crença em um legislador racional - pode realmente levar a perplexidades, porém não há dúvida de que os termos foram usados como sinônimos. Tanto faz quanto tanto fez.

Questão semelhante ocorreu com o Decreto n. 20910/32, que não distinguiu entre nulidade e inexistência do ato administrativo, nem entre nulidade e anulabilidade, nas ações contra a Fazenda Pública (depois estendida às Autarquias ou entidades e órgãos paraestatais. Em todas as situações, o prazo foi assinado em 05 (cinco) anos, quando de direitos pessoais se trate, isso nada obstante a linguagem reforçadamente aberta do Decreto: "As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim **todo e qualquer direito ou ação** contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, **seja qual for a sua natureza,** prescrevem em 5 (cinco) anos, contados da data do ato ou fato do qual se originarem." (Art1º). Todo e qualquer e seja qual for a sua natureza passaram, por construção pretoriana, a significar somente direitos pessoais e não também os reais.

Mais: a utilização da palavra Fazenda levou muitos a suporem que as ações eram somente as creditícias e nada mais, pois Fazenda não é sinônima de União, nem de Estado, nem de Município, que são pessoas jurídicas de direito público interno. Essas questões foram enfrentadas e resolvidas no RE 99.936-1/RS, 2ª Turma, unânime, Relator o Ministro MOREIRA ALVES, no DJ de 16/09/1983, que afirmou as seguintes teses: a) no direito administrativo brasileiro não há distinção entre atos administrativos nulos e os inexistentes, considerando-se ambos nulos; b) a falsidade ideológica ou material acarreta a nulidade do ato administrativo; c) também não há distinção entre atos administrativos nulos e anuláveis, à vista do Decreto 20.910/32.

Diante do precedente, também não deve impressionar, na Lei 9784/99, a palavra **anular**, grafada no Art. 53 e no Art.54, caput. Serve para a **anulação** tanto quanto para a **nulidade.** O mesmo que acontece com a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal: "A administração pode **anular** seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial." (sem o negrito). Antes dela, a Súmula 160, da jurisprudência predominante no STF: "É nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não argüida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício." Interpretada pela Corte na seguinte ementa: "Interpretação da Súmula 160/STF, que **não** faz distinção entre nulidade absoluta e relativa . Os atos praticados por órgão jurisdicional incompetente são atos nulos e não inexistentes, já que proferidos por juiz regularmente investido de jurisdição, que, como se sabe, é uma.{...]" (HC80.263/SP, Pleno, maioria, EM 20/02/2003, no DJ de 27/03/2003, Relator o Ministro ILMAR GALVÃO, sem o negrito no original).

D'outra banda – obviamente na minha leitura - o prazo de 05 (cinco) anos previsto da Lei n. 9784/99 **não é** para, após o seu transcurso, assegurar contraditório e ampla defesa a quem tiver sido alcançado pelos efeitos favoráveis do ato administrativo, achando-se, pois, anteriormente, em situação de vantagem. O prazo qüinqüenal é fixado como marco temporal peremptório, fatal e preclusivo, dentro do qual a Administração exercerá o dever-poder de **retirar** o ato transgressor da legalidade, inclusive em seu grau máximo, a inconstitucionalidade. Decorrido "in albis", sem que Administração o tenha feito, já não o poderá fazer mais. Isso, no exercício da autotutela administrativa. Se a via judicial estiver ainda aberta, poderá dela se socorrer.

Deveras, a doutrina que **desautoriza** a Administração a desfazer na via administrativa os seus próprios atos quando hajam repercutido na esfera dos seus destinatários, consideradas a presunção de legitimidade de dupla face e os interesses contrapostos, sem obediência ao contraditório e a ampla defesa, parece ter sido construída pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a inspiração do Ministro MARCO AURÉLIO, e está assim resumida em modelo de clareza, densidade e concisão: "**ATO ADMINISTRATIVO – REPERCUSSÕES – PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE – SITUAÇÃO CONSTITUÍDA – INTERESSES CONTRAPOSTOS – ANULAÇÃO – CONTRADITÓRIO**. Tratando-se de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde de observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada. Presunção de legitimidade do ato administrativo praticado, que não pode ser afastada unilateralmente, porque é comum à Administração e ao particular [...]" (RE n. 199.733-8/MG, 2ª Turma, unânime, em 15/12/1998, no DJ de 30/ 04/1999; e RE 158543/RS, 2ª Turma, maioria, em 30/08/2004, no DJ de 06/10/1995, sem o destaque). A leitura da íntegra dos Acórdãos deixa à mostra a nenhuma preocupação com o prazo decorrido entre a prática do ato e a sua anulação (ou nulidade). O que contou foi somente o devido processo legal, no caso, inobservado, com o que se transgrediu o Art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que o exige para todas as situações em que haja **acusação em geral** (e não apenas a criminal) ou **litígio**, encarado este como contraposição de interesses, interesse conflitantes ou contrapostos, não necessariamente como lide.

Assim, se um servidor é **acusado** de estar no desfrute de aposentadoria a que **não** tem jus, ou o tem, porém em termos diferentes da que lhe foi concedida, acusação essa que, no âmbito do Tribunal de Contas, se formaliza desde logo pela instrução feita pelas unidades técnicas e no parecer do Ministério Público Especial que funcione no processo, então **não se tem como deixar de ouvir**, **antes de decidir**, o interessado, pois a decisão poderá repercutir desfavoravelmente na sua esfera individual, privando-o de uma situação de vantagem até então desfrutada com presunção de veracidade (ou vericididade) e de legalidade. Parece evidente também, nessa hipótese, que estarão em pauta **interesses contrapostos**, **litígio,** tudo a justificar a presença do devido processo legal. Aliás, é o que se lê na Lei 9784/99, nomeadamente no seu Art.3º, incisos II e III, combinado com o Art.9º, II. O primeiro deles assegura ao administrado diante da Administração o direito de "ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessados, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas"; e, o segundo, o de "formular alegações e

apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente." E quem é o **interessado**? Responde a Lei 9784/99: São legitimados como interessados no processo administrativo aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada (Art. 9º, inciso II). É assim que a Lei federal densifica o conteúdo do devido processo legal previsto no Art. 5º, LV, da Constituição Republicana, com o que desde logo se desqualifica eventual comentário malicioso, senão perverso, de que aqui se estaria interpretando a Constituição à luz da Lei, em uma inaceitável inversão da pirâmide normativa.

Não se trata, portanto, de decidir primeiro e ouvir depois, pelo recurso cabível, a exemplo do que se dizia nas casernas: atire antes e depois pergunte quem é...

Sequer se está fazendo doutrina original.

Com efeito, já foi costurada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, com o requinte de sempre, pelo Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, na qualidade de Redator para o Acórdão, que tinha como Relator originário o Ministro MARCO AURÉLIO, no MS 23.550-1/DF, Pleno, maioria, em 04/04/2001, no DJ de 31/10/2001, sem o negrito, com recurso à Lei n. 9784, Art. 3º, inciso II, que assegura aos administrados, entre outros, o direito a "ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, **formular alegações** e apresentar documentos **antes da decisão**, os quais serão objeto de consideração pelo órgãos competente". **E prossegue o Ministro**: "*A oportunidade de defesa assegurada ao interessado há de ser prévia à decisão, não lhe suprindo a falta a admissibilidade de recurso, mormente quando o único admissível é o de reexame pelo mesmo plenário do TCU, de que resultou a decisão*".

É correto que o caso tratava de anulação de licitação e do respectivo contrato pelo TCU, não de aposentadoria, reforma ou pensão.

Na mesma trilha, o sempre preciso Ministro CARLOS BRITTO, é verdade a propósito de ascenção funcional impugnada pelo TCU: "*E o que se deu no caso em análise? Tramitou perante a Corte de Contas um processo que resultou na anulação do ato administrativo de ascenção funcional do impetrante, sem que este fosse intimado para se defender. E não atende às garantias constitucionais a espontânea interposição de recurso de reexame (que nem houve no processo em causa). É que a amplitude da defesa exige que o interessado seja ouvido e posa produzir prova antes de qualquer decisão de mérito*" (MS 26.117/DF, Pleno, unânime, em 20/05/2009, no DJe 208, divulgado em 05/11/2009 e publicado em 06/11/2009, Relator o Ministro EROS GRAU).

Em ambos os precedentes, como dito, não era de aposentadoria, reforma ou pensão que se tratava. Isso nada obstante, em que a tese neles consagrada seria inaplicável àqueles casos? Neles também alguém se acha no gozo de uma situação que lhe é favorável; situação essa criada por ato administrativo com presunção de veracidade (ou veridicidade) e legitimidade, para cuja formação concorreu com o seu requerimento. A boa-fé é presumida. O ato é favorável ao seu destinatário, já existe completo, cheio, íntegro e aperfeiçoado. Há uma increpação ou imputação unilateral de que essa situação foi criada ilegal ou inconstitucionalmente. Há contraposição de

interesses em cena – de um lado, a ameaça real de desfazimento do ato e, do outro, o interesse na sua manutenção. Entretanto, mesmo assim, o ato será desfeito administrativamente, com todas as conseqüências daí resultantes, **sem** que o interessado – **legalmente definido como tal** - seja ao menos ouvido? Pode-se afirmar, sossegadamente, que não se configura nessa hipótese nem acusação, nem litígio, este no sentido de interesses contrapostos? Se for isso mesmo, a doutrina beira a institucionalização do arbítrio.

Nem mesmo se poderia avançar o argumento de que o contraditório e a ampla defesa se instaurariam após o desfazimento do ato e, pois, não haveria prejuízo para o aposentado, reformado ou pensionista. A uma, porque isso seria **reescrever** o texto da Lei 9784/99, o que **não** é dado nem ao Supremo Tribunal Federal. A duas, porque a Corte já teve ocasião de reconhecer que há um "**processo** de contas cujo objeto é o exame da legalidade dos **atos concessivos** de aposentadorias, reformas e pensões, e que há um **ato** de aposentadoria, reforma e pensão", **sobre** o qual incide apreciação de legalidade (MS 25.116, Pleno, em 8/9/2010, Relator o Ministro AYRES DE BRITTO, sem o destaque no original). **Processo administrativo**, evidentemente, abrangido no texto do Art. 5º, LV, da CF, onde há acusação e litígio. Registro, neste ponto, que, na discussão do enunciado ou verbete da Súmula Vinculante n. 3, o Ministro AYRES DE BRITTO sentenciou: "*Senhora Presidente, também aprovo e até louvo a nova redação, porque ela confirma a tese de que, **onde houver processo**, há de haver a parelha temática do contraditório e da ampla defesa.*" (DJe n. 78, de 10 de agosto de 2007, p.40, sem o destaque).Enfim, o argumento esbarraria na jurisprudência do Supremo, segundo a qual "*A oportunidade de **defesa** assegurada ao interessado há de ser **prévia** à decisão, não lhe suprindo a falta a admissibilidade de recurso, mormente quando o único admissível é o de reexame pelo mesmo plenário do TCU, de que emanou a decisão*" (Pleno, maioria, no DJ de 31/10/2001, Relator o Ministro MARCO AURÉLIO, e Redator para o Acórdão o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, sem o destaque). Não só aí, no entanto. Mais adiante no tempo, se lê: "*E o que se deu no caso em análise? Tramitou perante a Corte de Contas um processo que resultou na anulação do ato administrativo de ascenção funcional do impetrante, em que este fosse intimado para se defender. E não atende às garantias constitucionais a espontânea interposição de recurso de reexame (que nem houve no processo em causa). **É que a amplitude da defesa exige que o interessado seja ouvido e possa produzir provas antes de qualquer decisão de mérito***." (MS 26.117/DF, Pleno, unânime, no DJe 208, de 05/11/209, voto-vista do Ministro AYRES DE BRITTO). Por derradeiro, "Envolvida, no processo administrativo, situação constituída no tocante a terceiros, impõe-se a ciência do processo em curso, surgindo como regra a comunicação direta [...]" (MS 25.962-1/DF, no DJe 53, divulgado em 19/03/2009 e publicado em 20/03/2009, Pleno, Relato o Ministro MARCO AURÉLIO). A doutrina expressa neste excerto da ementa do Acórdão é clara. Processo administrativo em que se tem envolvida situação constituída no tocante a terceiros. Terceiros interessados, óbvio. Se assim for, assegura-se a estes o direito de ter ciência do processo e por comunicação direta. Nada de tempo, nem de inércia. E quem é interessado? Aquele cuja esfera jurídica pode ser alcançada pela decisão que venha a ser proferida no processo (Lei n.9784/99, Art.9º, inciso II). "Em processo de contas que tem por objeto a aposentadoria" (MS 25.116, Pleno, em 8/09/2010, Relato o Ministro CARLOS BRITTO), quem é o interessado? Somente quem expediu o respectivo ato? E não também o próprio aposentado? Será mesmo?...

Mais: em nenhum desses precedentes, há, breve e superficial que seja, alusão a prazo qüinqüenal e inércia administrativa. Considerou-se unicamente a existência de interesses contrapostos, de uma situação vantajosa do administrado desfeita unilateralmente, sem que se lhe desse oportunidade de fazer-se ouvir antes da decisão. O mesmo se deu no RE 199.733-8/MG, 2ª Turma, em 15/12/1998, no DJ de 30/04/1999, que cuidava de anulação do provimento de concursados sem o devido processo legal, e no RE 158.543/RS, 2ª Turma, em 30/08/1994, no DJ de 06/10/1995, que cuidava de modificação sumária nos proventos da aposentadoria de dado servidor, Relator de ambos o Ministro MARCO AURÉLIO.

Enfim, no MS 26.406-3/DF, Pleno, unânime, em 01/07/2008, no DJe n.241, divulgado em 18/12/2008 e publicado em 19/12/2008, Relator o Ministro CÉZAR PELUSO, ficou assentado, sem o destaque, no original: "*Na linha dos precedentes firmados pela Corte, em particular no MS 25.560, rel. o min. Cezar Peluso, DJE de 22.02.2008,* " ***não pode o Tribunal de Contas da União, sob fundamento ou pretexto algum***, *anular ascenção funcional de servidor operada e aprovada há mais de 5 (cinco) anos,* ***sobretudo*** *em procedimento que lhe não assegura o contraditório e a ampla defesa."* Aqui, sim, levou-se em conta o prazo de 5 (cinco) anos, ademais do "Due Process Of Law" e assim se fez para afirmar a **perda da exigibilidade do direito de a Administração de desfazer, por ato próprio, sem prévio recurso ao Judiciário, situação de vantagem para o administrado.**

Portanto, parece claro: os 5 (cinco) anos **são determinantes de decadência**, que como tal não se interrompe, nem se suspende uma vez iniciada. **Não** para que, a partir deles, se abra ao interessado oportunidade para se fazer ouvir antes da decisão. E como é de regra protetiva que se cuida, de defesa contra o abuso, o descomedimento e a extravagância da intemporalidade no desmanche de atos administrativos contrários à lei ou à Constituição, a expressar-se na conhecida fórmula, de viés nitidamente autoritário, do "anular a qualquer tempo," não se há de interpretá-la contra o que, ou quem, se desejou proteger. Não surpreende, pois, que, mesmo no âmbito do Tribunal de Contas, as competências **não** poderem ser exercitadas a qualquer tempo, salvo situações excepcionais, como a ordem de ressarcimento ao Erário, que é imprescritível por dicção constitucional (Art. 37, §5º). Há um limite, além do qual não é mais possível avançar o passo. Até para o Judiciário, que é Poder de Estado esse limite existe. Assim, por exemplo, poderia o Judiciário conhecer de ação rescisória após expirado o prazo decadencial de 02 (dois) anos? De mandado de segurança quando já decorrido o prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias? Ou a ação popular depois dos 05 (cinco) anos? Ou a ação civil pública, após o qüinqüênio? Não, não poderia, sabemos todos. Nem mesmo a dignidade constitucional dessas ações (à exceção da primeira) seria motivo suficiente para abrir as portas do Judiciário, após já vencido o respectivo prazo para o seu ajuizamento. Nada de heterodoxo, portanto, em sustentar a existência de fração do tempo para o exercício do controle externo dos Tribunais de Contas.

Entretanto, devo reconhecer que a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, se rendeu ao interessante e engenhoso argumento de que, no âmbito dos processos de aposentadorias, reformas e pensões, a relação jurídica é travada exclusivamente entre a Administração e o Tribunal de Contas, dela não fazendo parte o interessado. Somente quando decorridos os 5 (cinco) anos sem

pronunciamento da Corte, que incorre em atraso por sua exclusiva responsabilidade, é que nasce o direito ao contraditório e a ampla defesa prévia à decisão (MS 25.116, Pleno, Relator o Ministro AYRES DE BRITTO, no site A Constituição e o Supremo, pesquisa do Art.71, inciso III, da CF). Certamente que este foi um avanço considerável no quebrantamento da rigidez da Súmula Vinculante n.03, com o seguinte enunciado, aprovado por maioria, vencido o Ministro MARCO AURÉLIO: "Nos processos perante o Tribunal de Contas da União, asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão." (DJe n.78, de 10 de agosto de 2007). Louve-se no Ministro AYRES BRITTO a arguta percepção de que algo não lhe soava definitivo no considerar-se aposentadoria, reforma e pensão como atos complexos, sentido esse destoante daquele que lhe empresta a doutrina de muitos dos mais notáveis administrativistas. Contudo, ainda assim, a fórmula de persuasão que engendrou, respeitabilíssima, sem dúvida, ainda parece insuficiente para repor a questão nos seus devidos termos.

Com efeito, não deixa de impressionar (mal), dentre outras razões, que o STF tenha como complexo o que ele próprio reconhece no verbete da Súmula, literalmente, **ser um ato** e não um ato em formação, incompleto, imperfeito, que somente se aperfeiçoa como tal após o registro do Tribunal de Contas! Confira-se: "[...] excetuada a apreciação da legalidade do **ato** de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão" (sem o negrito no original). Aliás, é assim mesmo que está escrito na Constituição Federal: **ato** concessório (Art. 71, inciso III). Ou seja: a manifestação do Tribunal de Contas não é integradora do ato, mas, ao revés, o pressupõe, para apreciar a sua legalidade. Não se tem como confundir ato de apreciação com o ato apreciado! Trata-se de ato de controle de outro ato, praticado em diverso plano de competência. Nada a compor o perfil conceitual do "*ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas*" (ADI 1480/DF, Pleno, no DJ de 18/05/2001, pp. 00429, Relator o Ministro CELSO DE MELLO, sem o itálico). Ou, como se disse em passado mais remoto: "[...] uma pluralidade de atos provenientes de sujeitos diversos, com caráter homogêneo, sem colidência de interesses e que visam a um único fim imediato", e que não chega a aperfeiçoar-se se lhe falta uma das manifestações de vontade que necessariamente deve integrá-lo (ADI 192-2/RS, Pleno, no DJ de 04/12/1992, pp .00006, Relator o Ministro MOREIRA ALVES, citando SANDULLI).

Deveras, uma sucessão ordenada de atos e fatos causalmente vinculados entre si não configura ato complexo e **sim** processo, a desaguar em um ato final, expressivo da vontade estatal, como a sentença, o ato administrativo e a lei (daí os processos judicial, administrativo e legislativo), nele incluído o eleitoral. Leia-se: "***Processo eleitoral enquanto sucessão ordenada de atos e fatos causalmente vinculados entre si...*"** (RE n.129.392, em 16/04/1992, no DJ de 16/04/1993, trecho do voto do Ministro CELSO DE MELLO, sem o destaque).

Que o processo legislativo é verdadeiro processo, de modo a dissipar quizílias doutrinárias, está na Constituição Federal, no TÍTULO IV, Capitulo I, Seção VIII, e confirmado na ADI n. 1254, no Informativo STF 181/2000, da qual foi Relator o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, sem o *destaque* no original: "*Processo*

*legislativo: veto mantido pelo Legislativo: decreto-legislativo que, anos depois, sob fundamento de ter sido o veto intempestivo, desconstitui deliberação que o mantivera, e declara tacitamente sancionada a parte vetada do projeto de lei: inconstitucionalidade formal do decreto-legislativo, independentemente da indagação acerca da validade material ou não da norma por ele considerada sancionada: aplicação ao processo legislativo – **que é verdadeiro processo** - da regra de preclusão – que, como impede a retratação do veto, também obsta a que se retrate o Legislativo de sua rejeição ou manutenção: preclusão, no entanto, que não se confundindo com coisa julgada – esta, sim, peculiar ao processo jurisdicional -, não inibe o controle da eventual intempestividade do veto."*

Todavia, não só.

No ato complexo o seu aperfeiçoamento nesta categoria somente se dá quando manifestada a última vontade no seu ciclo de formação, ou, o que vale o mesmo, **antes** de manifestada a **última** vontade, **não se tem o ato** (complexo) e, pois, **não** pode produzir os efeitos para os quais se preordena. Trata-se de uma impossibilidade lógica. Essa concepção veio a ser externada em despacho monocrático do Ministro CELSO DE MELLO na Petição n.42/Medida Liminar/DF, no seguinte trecho: "Afinal, é esse o ato (o Ministro refere-se ao ato punitivo de remoção de magistrado como ato complexo) – que cumpriu o seu ciclo de formação e contém em si os elementos essenciais necessários à sua perfeição, validade e eficácia – que exprime a vontade estatal apta a produzir os resultados previstos e autorizados pelo ordenamento constitucional."(RTJ -139, pp.334). Há, no ato complexo, vontades que se unem para a formação de um **único** ato (MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, no seu Direito Administrativo, Editora Atlas, 17ª edição, p. 215; HELY LOPES MEIRELLES, no seu Direito Administrativo Brasileiro, 36ª edição, Editora Malheiros, PP.175). A questão **não** é de validade e, **sim**, de existência, ou de perfeição. O ato de aposentadoria não está sequer sujeito a condição ou a termo, de espécie alguma. Se o ato não responde aos elementos que o definem como ato complexo, **não existe** enquanto tal. Pode existir em outra categoria. Evidentemente, tudo da perspectiva doutrinária preferida neste artigo. Doutrina, a propósito, exposta, com a minúcia de sempre, pelo Ministro MOREIRA ALVES, na relatoria da ADI 192-2/RS (referida anteriormente), acerca da natureza do ato de criação de Município, já sob a vigência da Constituição de 1988, em cujo voto deixa à mostra que à falta de vontade integradora, o ato complexo **nem chega a se formar.** A última vontade, nesse ciclo, não é para atribuir definitividade á anterior e, sim, elemento de integração do ato que, sem ela- insisto – não existe. Assim, no caso da Petição n.42/Medida Liminar/DF (acima), poderia a sanção de remoção ou disponibilidade remunerada ter sido aplicada ao magistrado **antes** da exteriorização da derradeira vontade? É evidente que não! Em conclusão: sem o concurso das duas vontades coalescentes, convergentes e homogênesa, **não** se forma a realidade **unitária** e **indecomponível** do ato complexo.

Talvez a comparação seja primária, mas o certo é que o casamento civil não existe como ato jurídico antes de os noivos dizerem sim, um ao outro. Antes disso, não produz qualquer dos efeitos que produziria se consumada a aquiescência dos nubentes. Veja-se, noutro giro: a lei é reconhecidamente um ato complexo, que se forma pela manifestação de vontade do Legislativo e do Executivo (via de regra). Enquanto não se completa o seu ciclo de gestação, **não** se tem lei e, então, é

incapaz de desencadear os efeitos que desencadearia se lei fosse. O projeto de lei que não se transforma em lei **frustra** o ato complexo que se tornaria acaso sobreviesse a sanção. A composição da lista sêxtupla para o provimento do quinto reservado aos advogados nos Tribunais Superiores também nada significa antes da escolha e nomeação pelo Presidente da República. O ato de provimento, aí, ainda está percorrendo o iter da sua formação. O mesmo se diga com o provimento do cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal. E uma vez completo, cheio, aperfeiçoado, o ato somente se desfaz pela vontade dos que participaram da sua formação. Se impugnado em juízo, a impugnação **só** surtirá efeito se todos os que intervieram na sua formação forem chamados ao processo, isso nada recente decisão em contrário do Supremo Tribunal Federal, dando pela possibilidade jurídica da impugnação judicial de cada um dos ciclos de formação do ato subjetivamente complexo (Reclamação n. 19707/MC/DF, Relator o Ministro CELSO DE MELLO, no DJE de 4/11/2010, e no Informativo STF 612/2010).

Ora, com o ato de aposentadoria nada disso acontece! Trata-se de ato administrativo **simples (**ao lado dos complexos, na classificação que tem em conta a composição da vontade produtora do ato, formulada pelo notável CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, no seu Curso de Direito Administrativo, Editora Malheiros, 27ª edição, p. 427**),** formado pela manifestação de **uma única** vontade. E, assim formado, **desde logo** produz todos os efeitos para os quais foi praticado (Art. 188 da Lei n. 8112/1990): o cargo fica vago, sujeito a novo provimento (Art.33 da Lei n.8112/1990, inciso VIII) e os vencimentos ou subsídios se transformam em proventos (Art. 40, §1º, incisos I, II e III, alínea b, e §§ 2º e 3º, da CF e Art. 189 da Lei n.8112/90); o aposentado já não enseja a responsabilidade objetiva do Estado, desde o instante da sua aposentadoria (Art.37, §6º, da CF); se desfrutasse de prerrogativa de foro, deixa de desfrutá-la; já não mais está sujeito ao regime estatutário no tocante, por exemplo, aos direitos, deveres e proibições. E outro tanto mais. Simplesmente, **deixa de ser servidor**, pois este "é a pessoa legalmente investida em cargo público" (Art.3º da Lei 8112/1990). E o aposentado não ocupa cargo algum. Na iniciativa privada, a Constituição distingue entre trabalhadores e aposentados (Art. 194, Parágrafo único, inciso VII).

A propósito da impugnação judicial, não deixa de chamar a atenção o fato de o Supremo classificar o ato de aposentação como complexo, que "somente se torna perfeito e acabado após o seu exame e registro pelo Tribunal de Contas da União" (dentre tantos outros, o MS 26085/DF, Pleno, unânime, no DJe n. 107 , divulgado em 12/06/2008, e publicado em 13/06/2008, Relatora a Ministra CÁRMEM LÚCIA), e, no entanto, admitir o mandado de segurança dirigido **exclusivamente** contra o Tribunal de Contas, deixando de lado a autoridade que o praticou e que, em tese, tem todo o direito, ou interesse, de manifestar-se na defesa da legalidade do ato para cuja formação e expedição concorreu decisivamente (MS 24.872/DF, Relator o Ministro MARCO AURÉLIO). Rigorosamente, e com as devidas vencias de estilo, são vacilantes os fundamentos da Suprema Corte quando o tema é o ato complexo. Ora se diz que o ato é complexo, sem, o envolvimento de litigantes (MS 24754/DF, Pleno, no DJ de 18/02/2005, PP.00006, Relator o Ministro MARCO AURÉLIO); ora porque submetido a condição resolutiva (MS 25072, Pleno, no DJe n.004, Relator para o Acórdão o Ministro EROS GRAU); ora porque só se torna perfeito e acabado após seu exame e registro pelo Tribunal de Contas da União (MS 26085/DF, Pleno, no DJe n. 107, Relatora a Ministra CÁRMEN LÚCIA); ora porque o registro do TCU é

que o dota de definitividade (MS 25409/DF, Relator o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE).

Mais persuasivo – inclusive porque de acordo com o princípio segundo o qual os atos se desfazem pelo mesmo modo por que são feitos - é o entendimento anterior, esposado no Recurso em Mandado de Segurança n. 11102, Pleno, no DJ de 05/09/1963, Relator o Ministro PEDRO CHAVES, sem o negrito no original: "SENDO A REMOÇÃO DO JUIZ POR MOTIVO DISCIPLINAR ATO COMPLEXO, **FAZ-SE MISTER A CITAÇÃO DE AMBOS, COMO COATORES**, NO PROCESSO DE MANDADO DE SEGURANÇA". Adiante, no MS 11102, Pleno, no DJ de 11/06/1964, mesmo Relator, sem o destaque: "MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO COMPLEXO. DELE NÃO SE CONHECE QUANDO **SÓ UMA** DAS AUTORIDADES É CITADA".

Em suma: o que se tem, na aposentadoria é um **ato** administrativo simples, de administração ativa, sobre o qual, mais adiante, incidirá **outro** ato, o de **controle**, como entidade juridicamente **autônoma**, exercitado pelo Tribunal de Contas. É apenas isso. Tome-se a Constituição Federal, no Art. 71, inciso III, cuja leitura revela que o que faz o Tribunal de Contas é apreciar a legalidade de outro ato. Qual? O ato concessório. De quê? Da aposentadoria! E esse controle sequer se dá no interior da entidade ou do órgão que expediu o ato de inativação. É exterior a ele, embora integrado na função administrativa ou na Administração Pública enquanto função estatal. Serve aqui a expressão, que o autor reconhece "[...] um tanto rebarbativa ou paradoxal", do "controle interno exterior" para designar o que é exercido pelo Ministério supervisor sobre a entidade supervisionada (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, no seu Curso de Direito Administrativo, Editora Malheiros, 27ª edição, p. 937).

Decididamente, aposentadoria não é ato complexo e, por, isso, não se lhe pode aplicar o regime jurídico peculiar a essa categoria de ato administrativo. Aqui, não anda bem o Supremo Tribunal Federal. Aliás, no passado também não, a propósito do controle de constitucionalidade de leis orçamentárias, quando sedimentou a jurisprudência que as excluía desse controle, por lhes faltar suficiente densidade de normatividade geral e abstrata. Desse "não andar bem" fez sadia e expressa confissão, recentemente, ao decidir, revendo jurisprudência anterior, que "[...] deve exercer sua função precípua de fiscalização de constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto." Então, deu pela "Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade." (ADI n. 4008- MC/DF, Pleno, no DJe n. 157, divulgado em 21/08/2008 e publicado em 22/08/2008, Relator o Ministro GILMAR MENDES).

Olhando para trás, parece que a origem de todo o equívoco acerca da natureza do ato de aposentadoria esteja naquele ditado popular de que o hábito do cachimbo acaba fazendo a boca torta. É que, durante a vigência da Constituição de 1946, havia a previsão expressa do registro prévio, antes da execução do ato de que decorreria a despesa (Art. 77,§2º), razão pela qual o ato de controle do Tribunal de Contas operava como fator de suspensividade da atuação do ato de aposentadoria. Ainda assim, isso não lhe atribuía – ao ato de aposentadoria – a natureza de ato

complexo, pois o registro era ato de controle de outro ato, praticado em diverso plano de competência e com diverso objetivo. A não ser assim, **não se teria como evitar a conclusão de que o Tribunal de Contas concede a aposentadoria**, pois que manifesta a derradeira vontade na composição desse "ato complexo", o que parece desbordar do razoável, tendo em vista o que dispõe a Constituição.

Em todo o caso, naqueles tempos, e à luz da Constituição decaída, a compreensão da aposentadoria como ato complexo, acolhida no STF, que só se aperfeiçoa com o registro do Tribunal de Contas, poderia mais fácil e insidiosamente induzir o intérprete a desgarrar-se da melhor doutrina. O texto da Constituição da época ensejava alguma contribuição para isso. A propósito, CAIO TÁCITO, em escrito de 1958: "*O Tribunal **não** concede a aposentadoria, reforma ou pensão, nem tampouco lhes confirma ou ratifica a concessão. Apenas examina a legalidade do ato, para efeitos financeiros, registrando a despesa correspondente...Não há, no sentido jurídico estrito, aprovação do ato da administração, mas, apenas, forma de controle da legalidade do ato acabado, cuja executoriedade **fica suspensa** até que se opere o julgamento do ente fiscalizador.*" Revista de Direito Administrativo, nº 53, p. 216, 1958, sem o destaque). No mesmo sentido, anos mais à frente, LAFAYETE PONDÉ, na Revista de Direito Administrativo nº 212, pp.41-47, 1998.

Aracaju, 25 de janeiro de 2011.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

ALEGRE, José Sérgio Monte. ATO ADMINISTRATIVO NULO E DECURSO DO TEMPO: SEU REGIME JURÍDICO-CONSTITUCIONAL. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 34, abril/maio/junho de 2013. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-34-ABRIL-2013-JOSE-SERGIO-MONTE-ALEGRE.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.