SILÊNCIO-INADIMPLEMENTO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO¹

GEORGHIO ALESSANDRO TOMELIN²

1. Introdução. 2. Silêncio: fictio iuris. 2.1. Conseqüências do silêncio: ou substanciais ou formais. 3. Prazo da mora administrativa. 4. Conclusão. 5. Bibliografia.

1. Introdução

O silêncio fala por si.

Paradoxalmente, constitui dificuldade humana entender o silêncio. Não sem razão, a eloqüência do silêncio é ruidosamente debatida desde os tempos imemoriais. “Às vezes calar não é menos eloqüente do que falar” (Plínio, o Jovem)³.

Deste substantivo masculino, aprioristicamente considerado, não extraímos qualquer conteúdo positivo ou negativo. Já no verbo que dele deriva — silenciar —, enxergamos a expressão maior da restrição à subjetividade humana: o homem é porque fala, se cala não é.

E a lei? O mandamento normativo expressão racional da vontade geral sempre fala: “*Lex semper loquitur*” (Papiniano). Na lei sempre há dicção, prescrição, fala, mandamento. É papel do jurista fazer a lei falar. Quando se diz que o magistrado é a boca da lei, a um só tempo, se autorizam e se restringem os móveis da interpretação. O direito serve para a modalização da conduta humana, e é assim que nosso mecanismo de *seleção do comportamento* muito se funda, justamente, no “engajamento pelo silêncio”⁴.

1 Este trabalho nasceu, já primitivamente, como homenagem ao Professor Caio Tácito, e acabou sendo, demais disso, laureado com o “Prêmio Caio Tácito de monografia”, outorgado pelo Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA), por ocasião do “XV Congresso Brasileiro de Direito Administrativo”, que se realizou entre 22 e 24 de agosto de 2001, na cidade de Curitiba – PR.

2 Mestrando em Direito Administrativo na PUC-SP. Professor de Direito Administrativo.

3 “*Non minus interdictum oratorium esse tacere quam dicere*”.

4 Tercio Sampaio Ferraz Júnior, na “*Função Social da Dogmática Jurídica*”, p. 110.

Quando criamos um ente supraindividual é para que dê resposta aos anseios sociais constitucionalmente esboçados. Eis a síntese luminosa de Caio Tácito: *a Constituição é mais de dar do que de exigir*.⁵ Por isso, o silêncio formalmente negativo decursivo da inércia da administração é um mal a ser reprimido. Não pode o administrador esconder-se atrás de suas prerrogativas funcionais, para afogar os direitos do administrado na obscura maré dos escaninhos estatais.

2. Silêncio: *fictio iuris*

Normas são ficções institucionais, e a sociedade por elas regulada é um nó górdio. No Brasil, a trama administrativa tem sido uma verdadeira “teia de Penélope”, já o dizia o Visconde do Uruguay em 1862, no primeiro grande tratado de direito administrativo aqui produzido.⁶ Mesmo hoje, ainda é minúscula a história da administração pública brasileira. Mal se constrói, já se perde. E pior, quando permanece, está mais na falível memória dos seus servidores do que na pálida documentação que com dificuldade encontramos. Vive nossa administração simplesmente *daquilo que geralmente acontece*.

Numa administração que sobrevive deste “*id quod plerumque fit*”⁷ “*não-historicizado*”, o engajamento pelo silêncio e a ausência de qualquer questionamento das ficções institucionais são contingências da realidade jurídica⁸.

Assim, no que se refere à expedição de atos administrativos pelo órgão competente, a lei estabelece “ficções legais”. Casos haverá em que a lei equipará o silêncio fato administrativo negativo⁹ a atos de provimento ou de desprovimento. Se

5 Em “Proteção dos direitos fundamentais”, publicado nos *Temas de direito público*, v. I, p. 429.

6 Em verdade, este foi o terceiro livro de direito administrativo escrito no Brasil: “Ensaio sobre o direito administrativo”, Typographia Nacional, 1862. A alusão a Homero está na p. 23, Tomo I.

7 Assevera Carlos Maximiliano que “a lei, disposição, frase ou cláusula se refere ao que é vulgar, ao que mais comumente acontece *quod plerumque fit*, ou *quod plerumque accidit*; não a casos raros, excepcionais”. Em “Hermenêutica e Aplicação do Direito”, Freitas Bastos, 1947, p. 314, §313E.

8 Afirma Tercio Sampaio Ferraz Júnior, na sua “Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, decisão, Dominação”, 2ª edição, Atlas, 1996, pp. 241-242: “É isto que explica o *engajamento pelo silêncio*. Nesse sentido, a institucionalização é um mecanismo social que nos permite avaliar com sucesso a expectativa geral. Nesse aspecto, porém, a institucionalização é um *processo* cujo resultado é visivelmente *fictício* e, por isso, muito sensível à comunicação dos fatos. Instituições, assim, não são idéias puras, que pairam sobre a realidade, como o “espírito do povo”, nem são substâncias reais, algo que subsiste como coisa, mas processos que se verificam enquanto atuam e não deixam rastro quando param de funcionar. Quem tem uma expectativa contra a instituição carrega o peso de uma presumida evidência contra si”. Itálicos do original e negritos da transcrição.

9 O professor Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu “Curso de Direito Administrativo”, cuida do silêncio administrativo dentro do capítulo referente a atos administrativos, justamente para excluí-lo, afirmando tratar-se de um “fato jurídico administrativo” (IX/ 52, 13ª edição, Malheiros, 2001, p. 369). Agustín Gordillo, por seu turno, equipara a denegação tácita, decorrente de silêncio da administração, ao ato administrativo e não ao fato (*Tratado de Derecho Administrativo*, vol. III, cap. III, p. III-4).

o sistema legal não fixar consequências substanciais para o silêncio, deverá, ao menos, atribuir-lhe efeitos formais, garantido o início da contagem do prazo da mora administrativa. O silêncio configura mais uma das inúmeras ficções legais de nosso sistema: é o nada conseqüente.

2.1. Consequências do silêncio: ou substanciais ou formais

A máxima romana “quem cala consente”¹⁰, da qual se retira a idéia de silêncio-positivo¹¹, tornou-se dito popular em praticamente todas as culturas. O tema foi debatido em vários textos de direito antigo. No último livro do Digesto, se afirma que “quem cala não confessa, mas é verdade que não nega”¹². Daí se extrai o princípio do silêncio-inadimplemento.¹³ Adimplemento, do verbo “adimplir”, está aqui utilizado no sentido de *cumprimento*, de *execução de ofício*. Vale dizer: formalmente não foi cumprido o que a lei determinava, e sequer se tangenciou o conteúdo.

Em tese, seria de se aceitar que o silêncio exortasse o *nada*, a *indiferença*, a *ausência* e, porque não, a *neutralidade*. Todavia, uma vez que o “*o silêncio seja circunstanciado, ele cessa de constituir um fato neutro sem significado determinado, ele se torna silêncio eloqüente e adquire força obrigatória*”.¹⁴

Toda a consequencialidade da ausência de manifestação deve, assim, estar esculpida na lei, para que do silêncio se extraíam efeitos substantivos¹⁵. Neste ponto, o silêncio se equipara aos atos omissivos e na omissão a causalidade é sempre normativa sob pena de estarmos diante do nada, do vazio normativo. Se não existir

10 “Qui tacet consentire videtur”.

11 Na Itália, à idéia de “silenzio-assenso” (positivo) se opõe à de “silenzio-diniego” (negativo), sendo ambas espécies do gênero “silenzio significativo”. Aí estão duas hipóteses de silêncio substancial, pois a lei culmina um efeito substantivo para a inércia administrativa. É de se ressaltar que a doutrina italiana não é unânime nesta matéria.

12 “Qui tacet non utique fatetur: sed tamen verum est eum non negare”. A frase é atribuída ao jurisconsulto Paulo (Dig. 50.17.142). A posição de Ulpiano sobre o tema também está registrada no Digesto (D. 11.1.11.4).

13 Na Itália é denominado de “silenzio-rifiuto” ou “silenzio-inadempimento”, ao qual, em regra, também não se conecta qualquer efeito substancial, pelo fato de a lei, nestes casos, não descrever a necessária “fattispecie di inerzia”. Possui efeitos meramente procedimentais. Para aprofundar esta idéia, ver o texto “Il Rito del Silenzio nel Processo Amministrativo”, redigido por Nino Paolantonio e incluído na obra coletiva coordenada por Maurizio de Paolis (CEDAM, 2001, pp. 139 e ss.).

14 O texto é de Henri Roland e Laurent Boyer: “... dès l’instant que le silence est circonstancié, il cesse de constituer un fait neutre sans signification déterminée, il devient silence éloquent et acquiert force obligatoire.” Em “Locutions Latines et Adages du Droit Français Contemporain”, vol. II – Adages.

15 Assevera Pietro Virga: “Solo nell’ipotesi in cui la legge attribuisce un preciso significato all’inerzia dell’amministrazione, il silenzio può equipararsi ad una manifestazione tacita di volontà. Talora è la legge stessa che attribuisce all’inerzia un significato positivo”. Na 6ª e última edição do seu “Diritto Amministrativo – Atti e ricorsi – 2”, Giuffrè Editore, 2001, p. 39.

a “fattispecie normativa”, a omissão não deve ser tratada nem como silêncio-negativo, nem como silêncio-positivo, mas formalmente como silêncio-inadimplemento (vazio de conteúdo). Por óbvio, para alguém da causalidade normativa (direito material, no caso, delineador do fato negativo), faz-se necessária a incidência de todas as regras do devido processo legal (direito formal) sobre a mesma realidade circunstanciada.

Ou seja, temos *três hipóteses* para as consequências do silêncio administrativo: duas substanciais e uma formal. Pode equivaler, substancialmente, ao deferimento do pleito administrativo (silêncio-positivo)¹⁶ ou a uma denegação tácita (silêncio-negativo)¹⁷. Ou aplicamos o preceito que dita que *quem cala nem diz nem nega* (“*qui tacet non utique fatetur: sed tamen verum est eum non negare*”), para simplesmente localizar no tempo o início do prazo da mora administrativa (silêncio contado do momento da não-decisão: silêncio-inadimplemento).

Neste texto, vamos tratar genericamente dos casos em que a administração nada diz (e a lei não culmina consequências substanciais, positivas ou negativas, para esta inércia), não restando para o administrado alternativa diferente de recorrer ao Poder Judiciário com base no disposto nos artigos 24, 48 e 49 da Lei Federal 9.784/99, até porque nossa lei de procedimento foi silente e não disciplinou quaisquer consequências substanciais para o silêncio administrativo. Andou bem o legislador, pois laborava em sede de lei geral de procedimento. Jamais poderia ter dito, genericamente, que a inércia da administração devesse ser considerada como silêncio-positivo.¹⁸ Para se atribuir efeito de positividade ou negatividade aos “muxoxos da administração” é necessário que haja lei específica.¹⁹

O fato de a lei não o ter feito expressamente não nos exime de encontrar uma solução para o “engavetamento” de processos e pedidos ampliativos de direitos,

16 Na doutrina italiana muito se “discute se il silenzio-assenso possa qualificarsi come un vero e proprio atto e possa, ad esempio, equipararsi in tutto al provvedimento positivo. In altri termini e la giurisprudenza va orientandosi in questo senso è la legge che attribuisce, attraverso una fictio iuris, un valore legale tipizzato al silenzio dell'Amministrazione, equiparandone gli effetti a quelli di un provvedimento”. Essa a lição de Guido Landi, Giuseppe Potenza e Vittorio Italia, no “*Manuale di Diritto Amministrativo*”, 11ª edição, Giuffrè Editore, 1999, § 131, p. 188. Em França se trata do tema sob a rubrica “*décision implicite*”.

17 O tema do silêncio-negativo é muito debatido no direito italiano, nomeadamente como *silenzio-rigetto* ou *silenzio-diniego*.

18 Respeitamos quem pensa em sentido diverso. O insigne professor carioca, Sergio Ferraz, neste ponto, é peremptório ao afirmar que “melhor seria, aliás, que a lei tivesse enfrentado expressamente o problema do silêncio administrativo, a ele conectando a consequência de se ter por *procedente* o pleito.” No texto “Processo administrativo: prazos e preclusões”, inserido na obra coletiva “As Leis de Processo Administrativo”, editada por SBDP e Malheiros editores, sob a coordenação de Carlos Ari Sundfeld e Guillermo Andrés Muñoz, 2000, p. 296.

19 Um exemplo de silêncio-positivo no direito administrativo brasileiro é a aprovação em estágio probatório, que se dá pelo simples decurso de prazo. Transcorridos 3 anos (art. 41, CF) o servidor nomeado para cargo de provimento efetivo torna-se automaticamente estável, sem qualquer cerimônia ou formalização.

quando promovidos pelos órgãos administrativos, em seu modo irresponsável de transcurar dos direitos dos cidadãos.²⁰

3. Prazo da mora administrativa.

O tempo é fator essencial em tudo que envolva um percurso. As distâncias encurtam à medida que a evolução técnica garante que sejam vencidas em menor lapso temporal. O mesmo ocorre no processo administrativo. A administração, entretanto, se esconde atrás do “noli me tangere”²¹. *Não me toques* “porque me chamo leão” (“quia nominor leo”)²². Sim, administrar, na prática, efetiva o *trazer na mão* (“ad manus trahere”)²³, e com *mão-de-ferro*; quando, do ponto de vista jurídico, deveria o administrador subir a finalidade, exortá-la. Quando age, o faz sempre sob a capa da supremacia, do regime de primazia pautado num direito público não-contido e muita vez desconectado da “finalidade pública”.

Os administradores brasileiros estão imantados por verdadeira “estatolatria”. *“Ora, esta visão apertada, na qual o indivíduo não tem lugar, a não ser que o próprio Estado o permita (...), quando não traduz uma crença autocrática na*

20 Na obra coletiva “Il Nuovo Processo Amministrativo”, coordenada por Maurizio De Paolis, afirma-se que “*sino quando l'amministrazione non viene esposta a ritorsioni giudiziarie di vario genere, essa può legittimamente continuare ad ignorare il 'preciso significato' delle istanze dei cittadini*” (p. 142).

21 A célebre frase latina foi dita pelo Cristo ressuscitado ao sair do sepulcro, exatamente no momento em que Maria Madalena tentava beijar-lhe os pés. Disse Ele: “Não me retenhas porque ainda não subi ao Pai” (São João XX,17). Roland e Boyer, em comentário a este brocardo no direito, o dividem em duas visões, “in proprio corpore” e “in corpore alieno”, concluindo “*Le problème de l'atteinte au corps se présente de façon radicalement différente selon qu'il s'agit ou non d'une situation où l'intérêt de la société est en cause. Ici [in corpore alieno], la puissance souveraine qui peut contraindre les citoyens dans leur corps, là [in proprio corpore], des particuliers qui ne disposent les uns sur les autres d'aucune supériorité.*” Ob. cit., p. 139, esclarecemos nos colchetes.

22 No Brasil, o fisco encarnou, de fato e de direito, a figura do Leão. A máxima “quia nominor leo”, cunhada por Fedro, é utilizada no direito para nominar todos os que abusam de sua força. La Fontaine emprega no mesmo sentido “a parte do leão”, para nos fazer lembrar a voracidade da majestade. Se estivessem escrevendo hoje, estar-se-iam referindo às arbitrariedades da administração.

23 Não concordamos com esta etimologia, mas é de se ressaltar que a informação foi colhida nas abalizadas lições de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (ob. cit., vol. I, p. 34). Asseveramos ser da nossa preferência a etimologia do vocábulo “administração” apresentada por Ruy Cirne Lima: “*Conjugam-se, na palavra administração, de um lado, o prefixo “ad”, a implicar aqui na ação, à qual é aposto, adequação ou tendência a um fim; e, de outro lado, o tema “min”, indicativo de diminuição e, comparativamente, de subordinação ou subalternidade, do qual procedem as vozes ‘minor’ e ‘minister’.*” E prossegue: “*essa fidelidade a um fim é própria daqueles que cumprem ordens alheias, como o inferior (“minor”) e o criado (“minister”) já que, para estes, ater-se ao fim designado, não é simples faculdade, sensível a razões de oportunidade ou conveniência, é dever.*” Em “Preparação à Dogmática Jurídica”, 2ª edição, Livraria Sulina, Porto Alegre, 1958, pp. 150-151.

exclusividade da direção estatal no exercício da atividade administrativa, indiscutivelmente favorece-a sobremodo” (Sérgio Ferraz).²⁴

Pois bem. O grande tema, no que se refere a silêncio administrativo, é o da *fixação do prazo a partir do qual estará em mora a administração*, sobretudo no momento atual, quando a lei federal de procedimento cuja comissão de juristas redatores foi presidida pelo ilustríssimo Caio Tácito bem disciplinou o tempo no processo. Eis um bom exemplo a ser seguido pelas unidades federadas²⁵.

Não podemos buscar a solução para tal problema no regramento de regência do procedimento “*interna corporis*”. Não se resolve o problema da inércia do administrador sem o reconhecimento do direito público subjetivo a um procedimento célere a que faz *jus* o administrado²⁶. A norma interna administrativa cede lugar à prevalência “*prima facie*” dos direitos fundamentais (Alexy).²⁷

No direito italiano, lei e doutrina foram mais longe: “*La fase del ricorso amministrativo si intende esaurita se, dopo novanta giorni dalla data di presentazione dell’istanza, l’organo preposto non si sia pronunciato; l’interessato può allora proporre ricorso giurisdizionale direttamente contro il provvedimento originario* (Galli R. 1996, 500)”.²⁸

Nesse mesmo sentido, o “*Conseil constitutionnel*” francês decidiu que “*a partir de um princípio geral do direito francês o silêncio mantido pela administração equívale a uma decisão de rejeição, e que, perante os casos específicos, este princípio só pode ser excepcionado por um mandamento legal*”.²⁹ Assim, havido por denegado

24 Ob. cit., p. 281.

25 O Estado de São Paulo já possui a sua lei de procedimento, que não pôde aqui ser analisada ante o curto espaço. Apesar disso, vale rapidamente ressaltar que na Lei Estadual nº 10.177/1998 como bem lembrou Vera Scarpinella Bueno a solução dada ao tema do silêncio é outra, pois ultrapassado o prazo para decisão (em regra de 120 dias) “o interessado poderá considerar rejeitado o requerimento na esfera administrativa” (art. 33, § 1º).

26 As Constituições brasileiras de 1934 e de 1937 já asseguravam aos administrados “*o rápido andamento dos processos nas repartições públicas*” (CF/34 art. 113, n. 35 e CF/46 art. 141, § 36, inc. I). Se aceitarmos a tese da “desconstitucionalização dos direitos fundamentais” aqui entendida como a recepção, em nível de lei ordinária, dos dispositivos estatuidores de direitos que não tenham sido repetidos nas Constituições posteriores, é forçoso concluir que desde o antanho constitucional brasileiro já estava assegurado o rápido andamento dos processos. Este dever, hoje, está genericamente imposto aos agentes estatais, em nível federal, quando se afirma que devem “*atender com presteza ao público em geral...*” (art. 116, inc. V, “a”, da Lei 8.112/90).

27 Na “*Teoría de los Derechos Fundamentales*”, Madrid, 2001, pp. 130 e ss.

28 cf. Nicola Centofanti, in “*Il silenzio della Pubblica Amministrazione e i procedimenti sostitutivi*”, CEDAM, 1999, pp. 72/73.

29 Retiramos este excerto da decisão de nº 69-55 L du 26 juin 1969 (Rec. 27; J.C.P. 1969.I.229 chr. Voisset) do Conselho de Estado Francês, citada nas observações feitas por Long *et al.*, no clássico “*Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*” (11ª edição, Dalloz, 1996, p. 566), quando se comenta o “*arrêt Syndicat Général des Ingenieurs-Conseils*”, que versa sobre “*pouvoir réglementaire principes généraux du droit*”. Aqui fizemos uma adaptação do trecho original, que é o seguinte: “*d’après un principe général de notre droit le silence gardé par l’administration vaut décision de rejet, et qu’en l’espèce, il ne peut y être dérogé que par une décision législative*”.

o pedido, fica imediatamente aberta a possibilidade de recurso hierárquico. Vemos que noutros países o efeito da inércia é imediato.

Ainda na Itália, ao tema se deu alteração recente. A Lei nº 205, de 21.7.2000, acrescentou à Lei nº 1034 de 6.12.71³⁰ o *art. 21-bis*³¹, o qual previu que, uma vez constatado o silêncio, poderá o juiz administrativo fixar um prazo de 30 dias para que a administração efetivamente se manifeste, purgando-se da omissão. Caso a administração, ainda assim, se mantenha silente, pode o juiz administrativo *nomear um comissário* para a prática do ato.

Tal solução legislativa é totalmente inviável em países nos quais não exista a dualidade de jurisdição. O que a lei italiana está a dizer é que o juiz administrativo, num primeiro momento, pode fixar a “oportunidade” (fixando o prazo) e, num segundo, a “conveniência” (nomeando um comissário). Isto é bem compreensível se consideramos que a noção de discricionariedade sempre teve, em Itália, uma concepção mais larga do que entre nós.

Em nosso sistema, diferentemente, o poder de nomear um comissário um substituto para a prática do ato só poderia recair sobre autoridade integrante da própria administração, mas nunca se poderia atribuir tal encargo ao Poder Judiciário, sob pena de inconstitucionalidade por invasão das funções do executivo. É tranqüilo o entendimento de que o mérito dos atos administrativos é insindicável pelo Poder Judiciário.³²

E então: *quid iuris?* Como se regula a mora administrativa a partir do direito e do sistema positivo brasileiros? Em nosso direito, o dever de decidir está regulado pelos artigos 48 e 49 da Lei de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99), nos seguintes termos:

Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.

No artigo 24 temos o prazo genérico dentro do qual devem ser expedidos os atos no processo administrativo:

Art. 24. Inexistindo disposição específica, os atos do órgão ou autoridade responsável pelo processo e dos administrados que dele participem devem ser praticados no prazo de cinco dias, salvo motivo de força maior.

30 Institui e regulamenta a competência dos Tribunais Administrativos Regionais (TARs).

31 O novo texto legal é o seguinte: “2. In caso di totale o parziale accoglimento del ricorso de primo grado, il Giudice amministrativo ordina all'Amministrazione di provvedere di norma entro un termine non superiore a trenta giorni. Qualora l'Amministrazione resti inadempiente oltre il detto termine, il giudice amministrativo, su richiesta di parte, nomina un commissario che provveda in luogo della stessa.”

32 Exceção feita às condutas administrativas desarrazoadas ou desproporcionais.

Esta legislação de regência em nível federal, se interpretada numa visão sempre favorável ao cidadão (incs. II e III do art. 1º da CF), leva à conclusão inexorável de que, após o transcurso de 30 dias, contados a partir do fim da instrução do processo administrativo³³, já estará em mora a administração, o que sujeita seu ato omissivo a controle pelo Judiciário, sobretudo por via mandamental.

Devemos fazer exceção aos casos nos quais a administração se valha do *favor legis*³⁴ que permite a prorrogação do prazo por mais 30 dias, desde que o faça com “expressa motivação”. Vale dizer, se tiver “motivo real” para tanto, e desde que o manifeste de modo expresse, pode a administração, utilizando-se deste favor legal, purgar a mora *sponte sua*³⁵, por mais trinta dias, elevando o prazo da ocorrência do silêncio-inadimplemento para 60 dias após o fim da instrução do processo administrativo.

As eventuais soluções a serem apontadas devem levar em consideração o fato de o Poder Judiciário observar limites cognitivos, no concernente ao enfrentamento do mérito dos chamados “atos discricionários”³⁶. Aqui, assinala-se, “*é mister não confundir a ponderação dos motivos que é sintoma típico da discricionariedade administrativa com a sua existência material ou a sua correlação com a lei que são aspectos de estrita legalidade*” (Caio Tácito)³⁷.

33 Ao final da instrução, o interessado deve ser notificado para que possa exercer seu direito de manifestação, previsto no art. 44 da Lei nº 9.784/99. É a partir do recebimento desta notificação que começa a fluir o prazo de 30 dias para a conclusão do procedimento. O texto do referido art. 44 é o seguinte: “Encerrada a instrução, o interessado terá o direito de manifestar-se no prazo máximo de dez dias, salvo se outro prazo for legalmente fixado”.

34 Em verdade, tecnicamente, não se trata de favor legal, mas de *dever legal*, uma vez que a motivação deve ser expressa, até para que se possa fiscalizar a persecução do interesse público. Mantivemos a locução pois admitimos que casos haverá nos quais a comprovada sobrecarga de trabalho poderá servir como escusa pessoal dos agentes administrativos, a justificar decisões proferidas a destempo.

35 Não nos esqueçamos que *spons, tis*, do latim, é a “vontade livre”. É importante ressaltá-lo uma vez que a vontade da administração é a vontade da lei, e não a vontade pessoal do administrador: “*a competência não adere à pessoa do agente, visto que se refere ao conteúdo da função pública*” (Caio Tácito, *Temas...*, v. I, p. 299). De outro modo, estaria aberto um campo vasto para a arbitrariedade, pois bastaria fabricar motivos “ad hoc” e o início da mora administrativa só existiria após 60 dias.

36 Não aceitamos a idéia de que existam atos discricionários. Os atos são sempre vinculados, pois só nascem após a apreciação das hipóteses fáticas da realidade. As normas, sim, podem expedir comandos vinculados ou discricionários, o que demonstra que não existe mais no direito moderno o “princípio da plenitude do ordenamento jurídico”, manifestação maior da “arrogância legiferante”.

37 A lição está no texto “Ato e Fato Administrativo”, publicado nos *Temas de direito público*, vol. I, p. 301. Nessa mesma toada, já decidiu o Conselho de Estado italiano no sentido de que, ao decidir recursos contra o *silenzio-rifiuto* aqui denominado silêncio-inadimplemento o Juiz deve delimitar claramente o campo de conteúdo vinculado em que atua, dele distinguindo a zona de discricionariedade que é reservada à Pública Administração. Afirma Nino Paolantonio, “*che la profondità del sindacato giurisdizionale sul rifiuto incontra comunque alcuni importanti limiti, correlati, di volta in volta, all'esistenza di 'marcati profili di discrezionalità amministrativa, il cui*

4. Conclusão.

Não deve o intérprete se deixar levar pelo “*horror vacui*” para justificar a ausência de soluções para as hipóteses que faticamente se apresentam. Não há vazio em matéria de procedimento (ubiquidade das formas processuais).

O tema da busca de prazos razoáveis, para que o tempo não seja um fator de destruição dos direitos fruíveis “*in natura*” pelos administrados, não deve ser confundido com o da *mora administrativa*, situação em que a administração sozinha escondendo-se atrás do regime de supremacia conduz à “perempção fática”³⁸ dos direitos dos cidadãos. A lei jamais poderia permiti-lo sem abrir caminhos para a oitiva do Poder Judiciário, sob pena de infração ao inc. XXXV do art. 5º da CF (ubiquidade da jurisdição). Ao abrir a possibilidade de dilação do prazo para decidir, a legislação jamais poderia transformar prazos administrativos em prazos impróprios. E, se a lei assim não distinguiu, não será o intérprete que poderá distinguir³⁹. Logo, não poderemos extrair, da legislação brasileira sobre procedimento, efeitos substanciais no que se refere ao silêncio, mas tão-somente efeitos processuais⁴⁰.

Quanto ao *silêncio-inadimplemento*, as soluções, a partir do ordenamento jurídico-positivo brasileiro, são as seguintes:

1. A contar da notificação do administrado que lhe informa o fim da instrução do processo administrativo (art. 44, L. 9.784/99) começa a correr o prazo de 30 dias para que a administração decida. Transcorrido *in albis* este prazo, a administração estará em mora, e sua omissão será atacável pela via mandamental.⁴¹ Pode, então, o magistrado suprir diretamente a inércia do administrador nos aspectos vinculados do ato combatido, concedendo judicialmente os efeitos que se pretendia extrair da

esercizio non è immediatamente surrogabile dal giudice nella fase cognitoria del giudizio, ovvero alla necessità di compiere particolari accertamenti o verifiche di ordine tecnico, riservate, almeno in prima battuta, agli organi dell'amministrazione [Cons. Stato, V, ottobre 1999, n. 1446, in Cons. St., 1999, I, 1618]”. Ob. cit. e loc. cit.

38 Adjetivamos a perempção como fática, pois, de regra, perempção ocorre “*ex lege*”. Aqui, entretanto, está ocorrendo pela inércia do administrador.

39 “*Ubi lex non distinguit, neque interpres distinguere potest*”.

40 Nada impede que legislação específica fixe diferentes prazos para decidir. Temos como exemplo o prazo de 60 dias após a instrução, nos processos que estejam sob a apreciação do CADE. O Plenário do Conselho deve decidir em 60 dias, sob pena de os atos serem considerados automaticamente aprovados (art. 54, §§ 6º e 7º, Lei nº 8.884/94). Eis um exemplo em que lei específica culminou à inércia da administração uma consequência substancial (positiva). Outro bom exemplo está no § 3º do art. 27 do novíssimo Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) que trata do exercício do direito de preempção: se o Município não se manifestar em 30 dias fica autorizada a alienação para terceiro.

41 Em momento anterior à novel lei federal, o professor Celso Antônio Bandeira de Mello optara pela solução de considerar como prazo razoável “o tempo não excedente de 120 dias a partir do pedido”, aplicando por analogia (art. 4º, LICC) o prazo decadencial para impetração do Mandado de Segurança (art. 18, LMS). Após a publicação da nova lei federal, tal solução não é mais possível, pois *legem habemus*. Cf. “Curso de Direito Administrativo”, §§ 51 a 54, Capítulo IX (Atos Administrativos), 13ª edição, Malheiros Editores, 2001.

decisão administrativa faltante. Nos casos de ato fundado em poder discricionário, determinará ao administrador que decida imediatamente, assinando-lhe o prazo genérico de 5 dias (art. 24, L. 9.784/99), após o que se poderá fixar multa diária pelo descumprimento da ordem judicial.

2. Nos casos em que a administração tenha se manifestado pela prorrogação do prazo, até o trigésimo dia, por “despacho motivado”, passa esta decisão a ser o ato atacável pela via mandamental, quando esteja carente de motivação legal ou se ressinta da falta de sustentáculo fático suficiente. Nesses casos, o magistrado decidirá se foi ou não legalmente válida a dilação do prazo. Uma vez anulado o despacho que pretendia dilatar o prazo para decidir, pode o magistrado expedir a decisão de conteúdo (pleiteada originariamente pelo administrado perante a administração), nos casos de conduta vinculada⁴², ou determinar que a administração o faça em 5 dias (art. 24, L. 9.784/99), quando estivermos diante de atos fundados em discricionariedade, fixando “astreinte” por dia de descumprimento da ordem judicial.

3. Nas hipóteses em que for válido o ato de dilação do prazo, o direito ao mandado de segurança nasce tão-somente a partir do sexagésimo primeiro dia, com as mesmas conseqüências expostas nos dois itens anteriores.

Nas três hipóteses acima, portanto, é de se notar que a lei federal de processo administrativo conteve a “oportunidade” para a prática de quaisquer atos vinculados ou discricionários dentro de balizas muito precisas. É certo que a lei italiana foi muito mais longe ao retirar do administrador também a “conveniência”, quando optou pela nomeação de um comissário. No Brasil, porém, tal solução não chegou a ser utilizada, razão por que o magistrado só poderá fixar a multa pelo descumprimento, mas jamais suprir a conveniência administrativa.

5. Bibliografia.

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales”, tradução de Ernesto Garzón Valdés, segunda reimpressão, Madrid, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros Editores, 13ª edição, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Forense, Rio de Janeiro, vol. I, 2ª edição, 1979.

CASTRO, Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Editora Forense, 1989.

CENTOFANTI, Nicola. *Il silenzio della Pubblica Amministrazione e i procedimenti sostitutivi*. CEDAM, 1999.

42 A igual conclusão chega o Juiz Federal Heraldo Garcia Vitta, quando afirma que, se estivermos diante de “competência vinculada, o próprio juiz poderá suprir a omissão, determinando ao Poder Público o cumprimento do que foi decidido, a entrega da pretensão pedida pela parte” (RDA 218/138).

- CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de Direito Administrativo*. Ed. Revista dos Tribunais, 5ª edição, 1982.
- DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio em co-autoria. *Processo Administrativo*. Malheiros Editores, 2001.
- FERRAZ, Tercio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. Editora Max Limonad, 1998, reedição (no prelo).
- . *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, decisão, Dominação*. Editora Atlas, 2ª edição, 1996.
- FERRAZ, Sérgio. “*Processo administrativo: prazos e preclusões*”, inserido na obra coletiva *As Leis de Processo Administrativo*. Editada por SBDP e Malheiros editores, sob a coordenação de Carlos Ari Sundfeld e Guillermo Andrés Muñoz, 2000.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros Editores, 5ª edição, 2001.
- . No texto “*Estado de Direito e Devido Processo Legal*”, por fotocópia.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*. Editorial Civitas, 8ª edição, 1997.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Fundación de Derecho Administrativo, 5ª edição, Buenos Aires, 2000.
- IARIA, Domenico. “*Il ricorso e la tutela contro il silenzio*”, incluído na obra *Trattato di Diritto Amministrativo*, organizada por Sabino Cassese (“*Diritto Amm. Speciale — Appendice al Tomo Quarto — La Riforma del Processo Amm.*”). Giuffrè Editorial, Milano, 2001.
- LALANDE, André. *Vocabulário – técnico e crítico – da Filosofia*. Rés-Editora, I vol., Porto.
- LANDI, Guido, POTENZA, Giuseppe e ITALIA, Vittorio. *Manuale di Diritto Amministrativo*. Giuffrè Editore, 11ª edição, 1999 (obs.: a partir da 12ª edição Vittorio Italia encabeça a obra).
- LAUBADÈRE, André de. *Traité de Droit Administratif*. L.G.D.J., Tome 1, 14ª édition, 1996.
- LIMA, Cirne. *Preparação à Dogmática Jurídica*. Livraria Sulina, 2ª edição, Porto Alegre, 1958.
- LONG et al. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. Dalloz, 11ª edição, 1996.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Editora Freitas Bastos, 4ª edição, 1947.
- PAOLANTONIO, Nino. “*Il Rito del Silenzio nel Processo Amministrativo*”, incluído na obra coletiva *Il Nuovo Processo Amministrativo*, coordenada por Maurizio de Paolis. CEDAM, Padova, 2001.
- PERFETTI, Luca R. e MICHELETTI, Matteo (organizadores). *Fonti Essenziali della Giustizia Amministrativa – normativa e leading cases*. CEDAM, Padova, 2001.
- RIVERO, Jean et WALINE, Marcel. *Droit Administratif*. Dalloz, Paris, 1994.
- ROLAND, Henri e BOYER, Laurent. *Locutions Latines et Adages du Droit Français Contemporain*. Editions L’Hermès, vol. II – Adages, Lyon.

- SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Forense, 4ª edição, Rio de Janeiro, 1967.
- SICHES, Recasens. *Filosofía del Derecho*. Editorial Porrúa, México, 1997.
- TÁCITO, Caio. *Abuso de Poder Administrativo no Brasil — Conceitos e Remédios*, 1959.
- _____. *Temas de direito público (Estudos e Pareceres)* — 1º Volume. Editora Renovar, Rio de Janeiro, 1997.
- VIRGA, Pietro. *Diritto Amministrativo*. Giuffrè editore, Sesta edizione aggiornata, Milano, 2001.
- _____. *Il provvedimento Amministrativo*. Giuffrè ed., Milano, 4ª ed., 1972.
- VISCONDE DO URUGUAY. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. Typographia Nacional, Rio de Janeiro, 1862.
- VITTA, Heraldo Garcia. “O silêncio no direito administrativo”. *Revista de Direito Administrativo* 218:113-138, Rio de Janeiro, out./dez. 1999.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-philosophicus*, tradução de Luiz Henrique Lopes dos Santos. Edusp, São Paulo, 1994.