

# MANDADO DE SEGURANÇA E SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

*Writ of Mandamus and the administrative silence*

Marina de Lima Lopes<sup>1</sup>

## SUMÁRIO

1. Mandado de Segurança – breve histórico. 2. Hipóteses de cabimento. 3. Silêncio Administrativo. 4. Mandado de Segurança em face do Silêncio Administrativo. 4.1. Primeira hipótese: previsão legal de prazo para a prática do ato e das consequências da omissão. 4.2. Segunda hipótese: previsão legal de prazo para a prática do ato, sem imposição de consequências para a omissão. 4.3. Terceira hipótese: ausência de previsão legal de prazo para a prática do ato e das consequências da omissão. 4.3.1. Ausência de resposta a requerimento administrativo. 4.3.2. Falta de cumprimento de dever legal. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

## RESUMO

O estudo analisa as hipóteses de admissão da ação constitucional de mandado de segurança contra atos omissos do Poder Público. Aborda os casos com previsão legal de prazo para a prática do ato; com ausência de prazo fixado para a prática do ato; a ausência de resposta ao requerimento administrativo e, por fim, a falta de cumprimento de dever legal.

## ABSTRACT

The present study analyzes the appliance for Mandamus and its hypothesis as a constitutional writ against the Public Power omission. Addressing cases for an absence on a legal term for a state action, or for a public response to the administrative requests, or finally to the public administration to compliance with a legal duty.

**Palavras-chaves:** Processo. Constitucional. Mandado de Segurança. Silêncio Administrativo. Hipóteses. Prazo Decadencial.

**Keyword:** Process. Constitutional. Writ of Mandamus. Public Power omission. Legal duty.

## 1. MANDADO DE SEGURANÇA – BREVE HISTÓRICO

O mandado segurança, como instrumento processual-constitucional de proteção judicial contra lesões a direitos subjetivos públicos, foi consagrado inicialmente na Constituição de 1934<sup>2</sup>, sob influência dos *writs* do direito americano, após a restrição do *habeas corpus* às hipóteses de ofensa ao direito de locomoção feita pela Emenda Constitucional de 1926.

A Carta de 1934, em seu art. 113, 33, previa o mandado de segurança como remédio para a defesa de “direito, certo e incontestável”, nos seguintes termos:

33) Dar-se-á mandado de segurança para defesa de direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será

<sup>1</sup> Procuradora do Estado. Especialista em Direito Processual Civil e Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo ( ESPGE)

<sup>2</sup> MENDES. Gilmar Ferreira *et al.* *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p.632.

o mesmo do habeas corpus, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado de segurança não prejudica as ações petitórias competentes.

A previsão constitucional manteve-se em quase todos os textos posteriores, constando de modo semelhante do Art. 141, §24, da Constituição de 1946, do Art. 150, §21, da Constituição de 1967 e do Art. 153, §21, da Emenda Constitucional nº 01/1969:

Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946

Art. 141 [...] §24 - Para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1967

Art. 150 [...] §21 - Conceder-se-á mandado de segurança, para proteger direito individual líquido e certo não amparado por habeas corpus, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.

Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969

Art. 153. [...] § 21. Conceder-se-á mandato de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.

Exceção se deu na Carta de 1937, que apenas previu o *habeas corpus*. No entanto, conforme ressalta André Ramos Tavares<sup>3</sup>, apesar da falta de assento constitucional, o instituto permaneceu disciplinado, à época, no âmbito infraconstitucional:

[...] o Decreto-lei 6, de 16 de novembro de 1937, reafirmou a medida, praticamente nos termos do que dispunha a antiga Lei nº 191/1936, embora perdendo o assento constitucional e as garantias que lhe eram inerentes por força dessa inserção normativa máxima.

O Código de Processo Civil nacional de 1939 acolheu o instituto, considerando-o um processo especial e disciplinando-o no art. 319.

Atualmente o mandado de segurança está previsto no Art. 5º, LXIX, do Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, do Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, da Constituição Federal de 1988, que dispõe expressamente que:

---

<sup>3</sup> TAVARES, André Ramos. *Manual do Novo Mandado de Segurança: Lei 12.016/2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.26.

LXIX – conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por “habeas-corpus” ou “habeas-data”, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Trata-se de garantia instrumental, que visa assegurar a efetividade dos direitos fundamentais, classificada doutrinariamente como *cláusula pétrea* e protegida pelo Art. 60, § 4<sup>o</sup>, da Constituição da República, não podendo, portanto, ser suprimida ou ter seu espectro de proteção alterado ou alijado, por meio de Emenda Constitucional<sup>5</sup>.

Ademais, o assento constitucional deste instrumento processual também impede uma interpretação restritiva de seu cabimento e veda a imposição de novos condicionamentos por lei regulamentadora.

Importante notar que a Constituição Cidadã inovou ao expressamente prever a possibilidade de impetração de mandado de segurança coletivo, em seu Art. 5<sup>o</sup>, LXX<sup>6</sup>, que pode ser proposto por partido político com representação no Congresso Nacional ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

No âmbito infraconstitucional o mandado de segurança está hoje disciplinado pela Lei n<sup>o</sup> 12.016/2009, que normatizou completamente o instituto, revogando expressamente a legislação anterior<sup>7</sup> sem, contudo, implementar grandes alterações, visto que se limitou a repetir os antigos dispositivos, acrescentando entendimentos já consagrados na doutrina e jurisprudência pátria.

---

<sup>4</sup> “Art. 60. [...] § 4<sup>o</sup> - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

<sup>i</sup> – a forma federativa de Estado;

<sup>ii</sup> – o voto direto, secreto, universal e periódico;

<sup>iii</sup> – a separação dos Poderes;

<sup>iv</sup> – os direitos e garantias individuais.”

<sup>5</sup> “A garantia de permanência em que consiste a cláusula pétrea, em suma, imuniza o sentido dessas categorias constitucionais protegidas contra alterações que aligeirem o seu núcleo básico ou delimitem a proteção que fornecem. Nesse sentido se deve compreender o art. 60, §4<sup>o</sup>, da Constituição Federal, como proibição à deliberação de proposta tendente a abolir, isto é, a mitigar, a reduzir, o significado e a eficácia da forma federativa do Estado, do voto direto, secreto, universal e periódico, a separação de Poderes e os direitos e garantias individuais.” (MENDES. Gilmar Ferreira *et al.* *Curso de Direito Constitucional*. 5<sup>a</sup> ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 297 – grifo do autor)

<sup>6</sup> Art. 5<sup>o</sup>. [...] “LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

<sup>a</sup>) partido político com representação no Congresso Nacional;

<sup>b</sup>) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;”

<sup>7</sup> Foram expressamente revogados pelo Art. 29, da Lei n<sup>o</sup> 12.016/2009, a Lei n<sup>o</sup> 1.533/1951, a Lei n<sup>o</sup> 4.166/1962, a Lei n<sup>o</sup> 4.348/1964 e a Lei n<sup>o</sup> 5.021/ 1966, além do Art. 3<sup>o</sup>, da Lei n<sup>o</sup> 6.014/ 1973, do Art. 1<sup>o</sup>, da Lei n<sup>o</sup> 6.071/1974, do Art. 12, da Lei n<sup>o</sup> 6.978/1982, e do Art. 2<sup>o</sup>, da Lei n<sup>o</sup> 9.259/ 1996.

Este novo diploma legal foi elaborado por uma Comissão de Juristas, composta em 1996, por Caio Tácito, Arnaldo Wald, Menezes Direito, entre outros, nomeados pela Advocacia Geral da União, com o propósito de consolidar as regras existentes em uma única lei, compatibilizar o uso deste remédio ao modelo processual previsto na Constituição Federal de 1988 e à jurisprudência consolidada, bem como disciplinar o mandado de segurança coletivo, que ainda não tinha regência própria. A sua aprovação constava como meta do II Pacto Republicano de Estado, firmado pelos Presidentes, da República; do Senado Federal; e da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal, em 13 de abril de 2009, por um sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo<sup>8</sup>.

## 2. HIPÓTESES DE CABIMENTO

De acordo com a legislação de regência, Lei nº 12.016/2009, será concedida a segurança para proteção de direito líquido e certo, não amparável por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando seu titular estiver sofrendo, ou na iminência de sofrer, violação em razão de ilegalidade ou abuso de poder praticado por ato ou omissão de Autoridade:

Art. 1º. Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

A lei, portanto, repetiu o conceito constitucional contido no Art. 5º, LXIX, apenas explicitando a já consagrada possibilidade de cabimento do *mandamus* de forma preventiva.

Assim, o mandado de segurança poderá ser impetrado tanto repressiva como preventivamente, em face de ato ou fato comissivo ou omissivo de autoridade, ilegal ou abusivo, desde que não seja exclusivamente violador da liberdade de locomoção e da tutela de dados pessoais – caráter residual da ação mandamental.

O mandado de segurança repressivo é aquele impetrado contra ato vigente e eficaz, que produz atual violação a direito líquido e certo do autor. Já o denominado

---

<sup>8</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al.* *Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança: Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Método, 2009, p. 18.

mandado de segurança preventivo visa a resguardar direito líquido e certo que está sendo ameaçado por ato futuro e iminente ou, ainda, por ato atual, mas sem eficácia.

Todavia, não é qualquer ameaça que enseja tal proteção, a ameaça precisa ser real, objetiva e atual, consoante adverte José dos Santos Carvalho Filho<sup>9</sup>:

Advirta-se apenas, quanto à tutela preventiva, que não é qualquer ameaça que habilita o interessado à propositura da ação, até porque existem posturas que só representam ameaça a espíritos frágeis. Desse modo, a ameaça reclama: a) realidade, para que o interessado demonstre se é efetiva a prática iminente do ato ou de seus efeitos; b) objetividade, indicando-se que a ameaça deve ser séria, e não fundada em meras suposições; e c) atualidade, significando que a ameaça é iminente e deve estar presente ao momento da ação, não servindo, pois, ameaças pretéritas e já ultrapassadas.

Atente-se que o caráter residual desta ação constitucional, em relação ao *habeas corpus* e ao *habeas data*, deve ser analisado com o devido critério, pois se a defesa da liberdade de locomoção e de dados pessoais for apenas um meio ou condição para resguardar outro direito, objeto principal da segurança, será cabível o *mandamus* em detrimento dos outros remédios constitucionais.

Também será cabível a impetração da segurança nos casos de punições disciplinares militares, que não se sujeitam a impugnação via *habeas corpus*, por expressa vedação constitucional (Art. 142, §2º<sup>10</sup>, da Constituição Federal).

Ainda dentro da análise do cabimento, cumpre indicar que a menção feita pela lei ao abuso de poder<sup>11</sup>, ao lado da ilegalidade, como hipóteses de impetração da segurança, é criticada por parte da doutrina. Isto porque não há conduta abusiva que não seja ilegal, portanto:

[...] a melhor interpretação há de ser aquela segundo a qual o mandado de segurança visa a atacar a ilegalidade, seja ela praticada ou não com abuso de poder. Afinal, ilegalidade é gênero do qual o abuso de poder constitui espécie. Pretendeu-se apenas dar ênfase à necessidade de conter condutas abusivas.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 950.

<sup>10</sup> “Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

[...] § 2º - Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares.”

<sup>11</sup> O abuso de poder foi incluído como causa a justificar a impetração apenas na Constituição de 1946, visto que a Constituição de 1932 restringia o remédio à “ilegalidade manifesta”.

<sup>12</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 947.

Ademais, a ilegalidade aludida deve ser entendida da maneira mais ampla possível, para também abranger a inconstitucionalidade e a violação à lei em sentido formal. Além disso, conforme destaca Michel Temer<sup>13</sup>, está relacionada, como regra, a ato vinculado, pois o abuso de poder refere-se, de modo geral, a atos discricionários.

Relevante, ainda, destacar que o remédio constitucional, em análise, não foi previsto pela Constituição para defesa de toda e qualquer lesão a direito líquido e certo, mas somente para combater abuso ou ilicitude praticada, em linhas gerais, pelo Estado.

Nesse sentido, não pode ser impetrado mandado de segurança em face do particular, a exceção se dá quando este exercer função pública, pois não basta o ato em si para a propositura desta ação especial, sendo necessário ainda que tenha sido praticado pelo Poder Público ou por quem lhe faça as vezes (Art. 1º, §§ 1º e 2º<sup>13</sup>, da Lei nº 12.016/2009).

Entretanto, a Lei nº 12.016/2009 estabelece, em seu art. 5º, algumas hipóteses em que não se imporá a segurança:

- Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:
- I – de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução;
  - II – de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo;
  - III – de decisão judicial transitada em julgado. [...]

**a) Primeira Hipótese:** interessante ressaltar, a respeito da primeira hipótese (Art. 5º, I), que a opção pela via administrativa, antes da judicial, cabe exclusivamente ao interessado, visto que facultativa, em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição (Art. 5º, XXXV, da Constituição Federal).

Assim, a existência de recurso administrativo com efeito suspensivo somente será impeditiva da segurança caso o impetrante tenha optado inicialmente por aquela via e também se, por óbvio, tratar-se de ato comissivo da Autoridade<sup>14</sup>. Isto porque nesses casos não estará configurado o interesse de agir, pois o ato, até então, não terá produzido efeitos.

Admite-se, no entanto, que o interessado renuncie expressamente ao direito de recorrer e impetre diretamente a segurança ou o faça depois de transcorrido *in albis* o prazo recursal.

Observa-se, por oportuno, que a Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, prevê a possibilidade de ser atribuído excepcional efeito suspensivo ao recurso, de ofício

<sup>13</sup> TEMER, Michel, 1991:183 apud TAVARES, André Ramos. *Manual do Novo Mandado de Segurança: Lei 12.016/2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 37.

<sup>14</sup> Neste ponto merece destaque o enunciado da Súmula 429, do E. Supremo Tribunal Federal: “A existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão da autoridade.”

pela Autoridade Administrativa responsável ou mediante provocação, desde que haja receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente de sua execução – Art. 61, parágrafo único<sup>15</sup>. Nesta hipótese, verificar-se-á o cabimento do *mandamus* e o prazo para sua impetração a partir da decisão que receber o recurso, concedendo-lhe os regulares efeitos.

**b) A segunda hipótese**, prevista no Art. 5º, II, acima transcrito, prevê a impossibilidade da impetração para impugnar decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo, pois o mandado de segurança não pode ser utilizado como simples sucedâneo recursal. Nada obstante, convém destacar a ressalva feita pela professora Maria Sylvania Zanella Di Pietro<sup>16</sup>:

Contudo, aceita-se ainda mandado de segurança para imprimir efeito suspensivo à decisão judicial se o impetrante tiver indeferido o pedido de efeito suspensivo a que se refere o artigo 558 do CPC; por outras palavras, tendo sido interposto o agravo de instrumento, com pedido de seu recebimento com efeito suspensivo, se indeferido esse pedido, aí sim é cabível o mandado de segurança contra o despacho de indeferimento, objetivando o efeito suspensivo denegado.

Também tem a doutrina e a jurisprudência dos Tribunais Superiores admitido a impetração da segurança, independente da existência de recurso com efeito suspensivo, nas hipóteses de decisão teratológica e quando o *mandamus* for de terceiro, que deveria ter sido parte na ação - litisconsórcio necessário – e não o foi, para evitar que sofra os efeitos da decisão.<sup>17</sup>

Note-se, entretanto, que diferentemente da hipótese anterior – recurso administrativo com efeito suspensivo –, se o interessado deixar transcorrer em branco o prazo para interposição de recurso judicial não lhe será permitida, subsidiariamente, impetrar a segurança como sucedâneo recursal, visto que a impossibilidade de utilização desta via decorre da simples previsão legal de recurso judicial e não de seu efetivo exercício, como na seara administrativa.

**c) A terceira hipótese** (Art. 5º, III) retrata entendimento que já estava consolidado na Súmula 268, do E. Supremo Tribunal Federal: “não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado”.

---

<sup>15</sup> “Art. 61. Salvo disposição legal em contrário, o recurso não tem efeito suspensivo.

Parágrafo único. Havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução, a autoridade recorrida ou a imediatamente superior poderá, de ofício ou a pedido, dar efeito suspensivo ao recurso.”

<sup>16</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 793.

<sup>17</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al.* *Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança: Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Método, 2009, p. 46.

Justifica-se a vedação em razão do princípio da estabilidade/segurança das relações jurídicas. Todavia, também nesse caso, excepciona-se a possibilidade de impetração por terceiro, que não foi parte na relação processual<sup>18</sup>.

Oportuno destacar que o projeto de lei, que redundou no texto da atual norma que rege o mandado de segurança, continha um parágrafo único, neste art. 5º, supratranscrito, que foi vetado e previa que:

Art. 5º. [...] Parágrafo único. O mandado de segurança poderá ser impetrado, independentemente de recurso hierárquico, contra omissões da autoridade, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, após sua notificação judicial ou extrajudicial.

A razão do veto foi retirar a necessidade de notificação prévia, como condição para utilização desta ação mandamental, nos casos de omissão e, com isso, evitar dúvidas, que poderiam surgir, a respeito do início da contagem do prazo para impetração. Tais questionamentos poderiam derivar, segundo constou da motivação do veto, da ausência de tempo razoável para a prática do ato ou da incompetência da Autoridade notificada.

Insta salientar que também restará prejudicada a impetração caso a situação, mesmo com a concessão da segurança, não possa ser reposta ao *status quo ante*. Isto porque em se tratando de ação especial, de rito mais célere, não se justifica demandá-la para reparar uma situação já devassada, ou seja, quando não seria mais possível resguardar o direito líquido e certo invocado:

Ainda que possa ser invocada, alguma urgência para fins de reparação (necessidade financeira do interessado), trata-se, aqui, de situação diversa daquela para a qual foi cogitada a celeridade do mandado de segurança, que é aquela referente ao direito “principal”, e não à solução em perdas e danos.<sup>19</sup>

Da mesma forma, não se admite mandado de segurança contra lei ou ato normativo em tese, conforme entendimento já assentado no Enunciado da Súmula nº 266, do E. Supremo Tribunal Federal pois, “enquanto regras gerais e abstratas, não atingem os direitos individuais e permanecem inatacáveis por ações ordinárias ou, mesmo, por mandado de segurança”.

<sup>18</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 951.

<sup>19</sup> TAVARES, André Ramos. *Manual do Novo Mandado de Segurança: Lei nº 12.016/2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.44. nota de rodapé 10.

É cabível, porém, a impetração contra norma de efeitos concretos ou auto-executórias, “porque já trazem em si os resultados administrativos objetivados. Não são atos normativos gerais, mas sim deliberações individualizadas revestindo a forma anômala de lei ou decreto.”<sup>20</sup> Nesses casos, as autoridades coatoras serão o Legislativo e o Chefe do Executivo que sancionou a lei (ato complexo).

Também é possível a impetração da segurança nos casos de violação do processo legislativo, inclusive o constitucional. Trata-se de utilização diferenciada do *mandamus*, através da qual não se estaria assegurando direito líquido e certo do parlamentar, mas sim resolvendo peculiar conflito de atribuições ou de órgãos e resguardando a regularidade jurídico-constitucional do processo político de deliberação e aprovação de leis e emendas constitucionais<sup>21</sup>.

Todavia, os atos *interna corporis*<sup>22</sup>, que são aqueles que regulam internamente determinado Poder ou órgão, e os atos políticos, que têm previsão constitucional e podem ser proferidos no âmbito de discricionariedade do administrador, também não são passíveis de impugnação via *mandamus*, desde que regularmente editados. Isto porque o Judiciário não pode substituir, nesses casos, a vontade do Executivo ou de outros órgãos e somente poderá fazer o controle de legalidade. Destarte, por exemplo, não pode ser impetrado mandado de segurança contra veto de lei, ato político do chefe do Executivo.

A Lei nº 12.016/2009, em seu art. 23, também estabelece prazo para impetração da segurança: “O direito de requerer mandado de segurança extingue-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.”

A discussão a respeito da constitucionalidade da previsão de tal limitação temporal, por lei infraconstitucional, já foi travada na égide da legislação anterior e sedimentada no sentido de que esta não configura qualquer ofensa a Constituição Federal<sup>23</sup>:

A orientação do Supremo Tribunal Federal sempre caminhou no sentido de reconhecer a constitucionalidade da norma que fixava a preclusão processual para impetração do mandado de segurança, sob o fundamento de que se cuida de providência consentânea com a singularidade e especialidade da garantia. O perfil de garantia institucional do mandado de segurança não parece excluir a adoção de fórmula de

<sup>20</sup> MEIRELLES, Hely Lopes et al. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. ..., 2010, p. 749.

<sup>21</sup> MENDES. Gilmar Ferreira et al. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 637.

<sup>22</sup> “São atos específicos produzidos no âmbito da competência reservada a determinados órgãos do Estado e decorrem de valoração de conveniência e oportunidade marcada pela discricionariedade. Assim, são inidôneos para ofender direitos individuais ou transindividuais. É o caso das normas de regimentos de Tribunais e Casas Legislativas.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 951).

<sup>23</sup> Enunciado da Súmula 632, do E. Supremo Tribunal Federal: “É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança.”

preclusão, especialmente se ela não dificulta ou impossibilita o exercício do direito.<sup>24</sup>

Trata-se de prazo decadencial que não admite, portanto, suspensão ou interrupção.

A contagem do prazo inicia-se da ciência do ato lesivo pelo interessado, quer seja pela sua notificação, publicação, quer, ainda, quando decidido o último recurso administrativo interposto com efeito suspensivo.

Nos casos de omissão, conforme será melhor exposto a seguir, iniciar-se-á pelo decurso do prazo regularmente previsto para a atuação administrativa ou, na falta deste, desde que transposto prazo razoável para tanto.

### 3. SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

O estudo do silêncio administrativo, embora seja escasso na doutrina brasileira, pelas suas repercussões, tem curial importância prática para a administração e para os administrados, especialmente nas hipóteses ensejadoras de mandado de segurança.

No entanto, não se trata de tema novo, pois Marcelo Sciorilli<sup>25</sup> refere-se a artigo publicado, já em 1939, intitulado “A Teoria do Silêncio Administrativo”<sup>26</sup>, de autoria de Themístocles Brandão Cavalcanti, advertindo que não poderiam ser utilizadas, no âmbito administrativo, as soluções dadas ao silêncio na esfera privada:

Isso porque as formas de manifestação da vontade estatal são mais complexas; dependem, muitas vezes, do concurso de diversas autoridades, de formalidades burocráticas, indispensáveis à determinação da vontade do Estado, por meio de um ou mais órgãos competentes.

O autor identificava à época 02 (duas) hipóteses de silêncio administrativo, a primeira consistiria na inércia da Administração na defesa de seus direitos e da coletividade e a segunda na ausência de decisão de pedido administrativo. A consequência, no primeiro caso, para Cavalcanti, seria interpretar o silêncio como consentimento tácito e, no segundo, como recusa tácita.

---

<sup>24</sup> MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 640.

<sup>25</sup> SCIORILLI, Marcelo. *Silêncio e Administração Pública*. In: Revista Eletrônica Justitia – A Revista do Ministério Público de São Paulo, São Paulo. Disponível em <<http://www.justitia.com.br/artigos/6850x7.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2011, p. 03/11.

<sup>26</sup> CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *A Teoria do Silêncio Administrativo*. In: *Revista Forense*, março de 1939, p. 171. apud SCIORILLI, op. cit., p. 03/4..

Anota, ainda, que o silêncio no caso de recurso de decisões administrativas implicaria a confirmação implícita destas e na hipótese de inércia no fornecimento de certidões conferiria ao administrado o direito de exigí-la judicialmente. Contudo, já advertia o autor, à época, que seria desejável a regulamentação do assunto pelo Direito Positivo, para um tratamento geral e igualitário das questões.

O tema não evolui muito, especialmente em razão da ausência da já reclamada regulamentação geral dos efeitos do silêncio administrativo. Todavia, a doutrina, em grande parte, insurgiu-se contra os chamados efeitos tácitos, resultantes do silêncio imotivado da Administração e, ao mesmo tempo, foram promulgadas algumas leis esparsas que qualificaram a omissão administrativa nesses casos, identificando o momento da caracterização da inação e atribuindo certos efeitos legais a esta.

Na verdade, para analisar o silêncio administrativo é preciso, em contrapartida, ter em foco o dever de resposta da Administração, que segundo André Saddy<sup>27</sup>, seria decorrente do previsto no Art. 37, da Constituição Federal, em especial dos comandos derivados dos princípios da legalidade, da publicidade e da moralidade administrativa.

Resultaria, também, do princípio da motivação dos atos administrativos, implícito nas garantias constitucionais do direito ao recebimento de informações dos órgãos públicos (Art. 5º, XXXIII), do direito de petição (Art. 5º, XXXIV, *a* e *b*), do direito ao amplo acesso ao Judiciário (Art. 5º, XXXV) e do direito ao contraditório, ampla defesa e razoável duração dos processos administrativos e judiciais (Art. 5º, LV e LXXVII):

Tal resposta, tendo em vista o princípio da legalidade, da publicidade (em sua vertente da transparência) e da motivação exige que a Administração expresse, por escrito, num prazo razoável, de maneira eloquente o “*porquê*” de seus atos. Faz-se necessária, portanto, as razões de todos seus comportamentos, não bastando que exista um motivo para a atuação administrativa, sendo necessária sua enunciação, ou seja, sua motivação, caso contrário, estará implicando um cerceamento de defesa do administrado, ferindo direitos que lhe são fundamentais, além de tornar impossível o controle da Administração. Além do mais, a inafastabilidade da prestação jurisdicional confirma a impossibilidade de se admitir o silêncio como um comportamento administrativo sustentável, uma vez que possuiria essa uma ausência de motivação a qual acarretaria um óbice à apreciação judicial.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> SADDY, André. *Efeitos Jurídicos do Silêncio Positivo no Direito Administrativo Brasileiro*. In: Revista Eletrônica de Direito do Estado – REDE, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público n° 20, outubro/novembro/dezembro, 2009. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-20-OUTUBRO-2009-ANDRE-SADDY.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2011, p. 02.

<sup>28</sup> SADDY, op. cit., p.02.

Todavia, tais dispositivos constitucionais, ao mesmo passo em que asseguraram o direito ao administrado de obter uma resposta da Administração, também impõem a ela a obediência ao devido processo administrativo, consistente no respeito às etapas indispensáveis para a prática dos seus atos.

A Administração sempre deve pautar sua atuação no ordenamento jurídico vigente – princípio da legalidade – tanto para que seja proferida uma decisão, como para seja fornecida uma resposta a requerimento administrativo.

Neste cenário, somente estará caracterizado o silêncio administrativo ou silêncio da Administração quando verificada a inação desta, quer seja pela ausência de efetiva resposta à provocação do administrado, quer seja pela falta de cumprimento do dever de ofício, desde que ultrapassado o prazo regulamentar para tanto.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>29</sup>:

Se a Administração não se pronuncia quando deve fazê-lo, seja porque foi provocada por administrado que postula interesse próprio, seja porque um órgão tem de pronunciar-se para fins de controle de ato de outro órgão, está-se perante o silêncio administrativo.

Destaca-se, ainda, que esta omissão, conforme já adiantado, poderá ser ainda qualificada pela própria lei, quando lhe for atribuído um efeito, ou seja, quando o silêncio implicar efetiva resposta da administração, positiva ou negativa, por expressa disposição legal que denega – “silêncio negativo” – ou concede – “silêncio positivo” – o requerido, se decorrido determinado prazo para a administração se pronunciar e esta permanecer inerte.

Nesse caso, para a doutrina portuguesa, teríamos a prática de um ato administrativo tácito<sup>30</sup>. Contudo, adverte Celso Antônio que, na verdade, a natureza jurídica do silêncio administrativo não é de ato jurídico, tampouco de ato administrativo, mas sim de fato jurídico<sup>31</sup>, pois quem se absteve, nada declarou, portanto,

---

<sup>29</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011, p. 413.

<sup>30</sup> “Em alguns casos a lei atribui dado efeito ao silêncio. Estabelece que, decorrido *in albis* o prazo nela previsto para pronunciamento da Administração, considera-se deferida ou indeferida (que é mais comum) a pretensão do administrado ou, então, que o ato sob controle está confirmado ou infirmado.

<sup>30</sup> Direito português ambas as hipóteses são denominadas ‘atos tácitos’. [...]” (MELLO, op. cit., p. 413)

<sup>31</sup> Contudo a questão não é pacífica conforme adverte Bonifácio: “Consideram o silêncio um fato administrativo: Celso Antônio Bandeira de Mello (op. cit.), Temístocles Brandão Cavalcanti (In: Revista Forense 03/1939, APUD Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, vol. XXXIV, fasc. II, p. 122-130), Renato Alessi [...], André Gonçalves Pereira (Erro e Ilegalidade no Ato Administrativo, São Paulo, Ática, 1962), Eduardo Garcia de Enterría (Curso de Direito Administrativo, São Paulo, RT, 1991) e Agustín Gordillo (op. cit.), entre outros. Consideram-no ato administrativo Alberto Xavier (apud Antônio Carlos Cintra, Extinção do Ato Administrativo), Sérgio Ferraz (In: Curso de Direito Administrativo, Instrumentos de Defesa dos Administrados, São Paulo, Saraiva, 1986), José Wilson Ferreira Sobrinho (In Silêncio Administrativo e Licença de Construção, RT, Revista de Direito Público, nº 99). Atribuem-no o caráter de ato administrativo condicionando à expressa previsão legal ou à fixação de prazo para sua emanção, respectivamente, Neyde Falco Pires Corrêa (em O Silêncio da Administração, RT, Revista de Direito Público, nº 69) e Régis Fernandes de

nenhum ato praticou, ainda que a lei tenha imposto uma consequência a este silêncio - “*imputação legal*”:

Aliás, se fora possível, em tais casos, considerar o silêncio como ato (e já se viu que não pode sê-lo), além de se ter que admitir a existência de um ato sem formalização – pior ainda, sem forma sequer (o que é logicamente impossível) – tratar-se-ia de um ato ilícito. Com efeito, a formalização é, de regra, uma garantia, quer para a Administração, quer para o administrado, pois cumpre a função de conferir segurança e certeza jurídicas, as quais, destarte ficariam suprimidas. Além disto, o pseudo-ato incorreria no vício de falta de motivação. Frustraria uma formalização que é uma garantia do administrado e um direito descendente do princípio de que todo o poder emana do povo, o qual, bem por isto, tem o direito de saber as razões pelas quais a Administração se decide perante dado caso.<sup>32</sup>

No entanto, uma vez configurado este fato, o silêncio administrativo, resta ainda à análise da possibilidade de sua impugnação via ação mandamental.

#### 4. MANDADO DE SEGURANÇA EM FACE DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

O mandado de segurança, consoante já exposto, é um instrumento processual-constitucional de proteção judicial contra lesões a direito subjetivo público, desde que esse direito seja qualificado como líquido e certo e não esteja protegido por *habeas corpus* ou *habeas data* e que o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder, decorrente de ato comissivo ou omissivo, seja autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Todavia, a configuração da hipótese que pode ser agasalhada por tal remédio constitucional, nos casos de lesões oriundas de omissão da autoridade tida por coatora, é bastante tormentosa, sobretudo em razão da dificuldade em distinguir o

---

Oliveira (Ato Administrativo, 4ª ed., São Paulo, RT, 2002). Lúcia Vale Figueiredo (Disciplina Urbanística da Propriedade, São Paulo, 1980), referindo-se à licença para construir, admite o silêncio, como ato administrativo de deferimento sob condição resolutória. Então, do silêncio tem-se por deferida a continuidade das obras mediante comunicação, a fim de se constituir a administração em mora, marcando-se o prazo para preclusão. Hely Lopes Meirelles (Direito de Construir, 1987) sustenta ser o silêncio uma conduta omissiva da Administração” (BONIFÁCIO, Artur Cortez. *Direito de Petição: garantia constitucional*. São Paulo: Método, 2004, p. 149, nota 47 apud SADDY, André. *Efeitos Jurídicos do Silêncio Positivo no Direito Administrativo Brasileiro*. Revista Eletrônica de Direito do Estado – REDE, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público nº 20, outubro/novembro/dezembro, 2009. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-20-OUTUBRO-2009-ANDRE-SADDY.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2011, p. 05).

<sup>32</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011, p. 415.

que caracterizaria a real omissão, também denominada de silêncio da Administração, dentro do procedimento administrativo que deve ser observado para a prática do ato.

Destarte, visando a melhor analisar a matéria, podemos identificar e separar 03 (três) hipóteses distintas de silêncio administrativo, tendo em vista seus efeitos e repercussões legais.

A primeira ocorre quando a lei prevê um prazo para a prática do ato administrativo, já impondo as consequências ao seu descumprimento. A segunda hipótese estará configurada quando a lei, embora estabeleça um prazo para a ação administrativa, não prevê sanções ou consequências explícitas ao seu descumprimento. E, por fim, temos a terceira hipótese, quando não há previsão específica de prazo para a prática do ato nem dos efeitos que serão atribuídos a omissão.

Insta ressaltar que em todas essas hipóteses o manejo da segurança será, em tese, possível, dentro do prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias. Por isso, o exato momento em que nasce a omissão da administração, embora não seja de simples identificação – como ocorre na hipótese de ato comissivo – tem crucial importância para fins de impetração, pois é a partir da sua caracterização que tem início o cômputo deste prazo decadencial.

Destarte, passaremos a análise de cada uma das hipóteses acima elencadas, visando exatamente identificar este exato momento em que surge a omissão administrativa, para que possa ser avaliado se, no caso concreto, este silêncio ainda será passível de impugnação pelo *mandamus* ou se o interessado terá que se valer das vias ordinárias para a proteção de seu direito, porque preclusa a via especial.

#### **4.1. Primeira hipótese: previsão legal de prazo para a prática do ato e das consequências da omissão**

Neste primeiro caso, há uma limitação temporal para a prática do ato com explicitação das consequências da inação administrativa, por exemplo, deferimento ou indeferimento do pedido.

A Lei de Parcelamento de Solo Urbano, Lei nº 6.766/1979, que prevê, em seu Art. 16, §1º e 2º, que uma vez transcorrido o prazo previsto, sem a manifestação do Poder Público, o projeto de parcelamento apresentado será considerado rejeitado e as obras recusadas, pode ser indicada como exemplo desta hipótese:

Art. 16. A lei municipal definirá os prazos para que um projeto de parcelamento apresentado seja aprovado ou rejeitado e para que as obras executadas sejam aceitas ou recusadas.

§ 1º Transcorridos os prazos sem a manifestação do poder público, o projeto será considerado rejeitado ou as obras recusadas, assegurada a indenização por eventuais danos derivados da omissão.

§ 2º Nos municípios cuja legislação for omissa, os prazos serão de noventa dias para a aprovação ou rejeição e de sessenta dias para a aceitação ou recusa fundamentada das obras de urbanização.

A caracterização da omissão, para fins de mandado de segurança, neste caso, é mais simples. Durante o prazo previsto em lei para execução do ato, não poderá ser imputada à Administração qualquer ilegalidade ou abuso de poder decorrente de sua inação, pois lhe é lícito usufruir todo este período para regularmente praticá-lo.

Findo este, caso a Administração se omita, a inércia importará na consequência legal imposta, o que da mesma forma não implicará, em princípio, na prática de qualquer ilegalidade ou abuso de poder que pudesse ser impugnada via *mandamus*, pois a própria lei interpreta esta inação, impondo a ela determinada repercussão jurídica. Todavia, poderá ser apurada eventual responsabilidade das autoridades omissas, a depender do caso concreto.

Portanto, nesta primeira hipótese, somente após o término do prazo disposto em lei para a prática do ato é que se inicia a contagem do prazo decadencial, de 120 (cento e vinte) dias, para a impetração do mandado de segurança.

Contudo, entendemos que tal impetração não poderá ter por fundamento a simples omissão, mas sim deverá servir para impugnar os efeitos concretos dados pela lei ao silêncio administrativo, por exemplo, deferimento ou indeferimento do pedido.

Todavia, caso a lei conceda um efeito positivo ao silêncio da administração – como temos no exemplo do deferimento do pedido –, faltará ao beneficiado interesse de agir para propor eventual ação impugnando os efeitos desta omissão, antes de se ver ameaçado por algum questionamento da sua posição jurídica, pois não pode requerer que o Judiciário conceda aquilo que a lei já lhe concedeu.

#### **4.2. Segunda hipótese: previsão legal de prazo para a prática do ato, sem imposição de consequências para a omissão**

Já nesta segunda hipótese em que, embora haja uma limitação quanto ao momento para a prática do ato, a lei não prevê expressamente os efeitos da omissão, somente poderá ser utilizada a via mandamental depois de exaurido o tempo concedido à administração. Isto ocorre, por exemplo, na Lei nº 11.457/2007, que dispõe sobre a administração tributária federal e fixa prazo, em seu Art. 24, para que a administração profira decisão, sem imputar, todavia, nenhuma consequência à inação:

Art. 24. É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte.

Dessa forma, o prazo de 120 (cento e vinte) dias para a impetração terá início com o fim do prazo legalmente previsto para a prática do ato administrativo.

Nesse caso, o *mandamus* deverá impugnar o silêncio em si, visto que a própria omissão estaria causando lesão a direito líquido e certo. O impetrante demandará ao juízo que determine à autoridade impetrada a pronúncia administrativa, em prazo razoável, pois não é possível que o Poder Judiciário pratique diretamente o ato omitido.

Entretanto, não se olvida a existência de posicionamento doutrinário no sentido de que, nesses casos, o impetrante poderia também demandar ao Juízo que fosse suprida a inação administrativa, quando se tratasse de ato de conteúdo vinculado, reservando às hipóteses de ato discricionário, a mera determinação judicial de pronunciamento administrativo<sup>33</sup>.

Contudo, com o devido respeito aos defensores desta tese, não seria possível ao Judiciário substituir a vontade da Administração, mesmo que seja esta vinculada, conforme adverte José dos Santos Carvalho Filho<sup>34</sup>:

Caso não tenha êxito na via administrativa para obter manifestação commissiva da Administração, não restará para o interessado outra alternativa senão recorrer a via judicial. Diferentemente do que sucede na hipótese em que a lei indica que a omissão significa denegação - hipótese em que se pretende desconstituir relação jurídica -, o interessado deduzirá pedido de natureza *mandamental* (ou para alguns, condenatória para cumprimento de obrigação de fazer), o qual, se for acolhido na sentença, implicará a expedição de ordem judicial à autoridade administrativa para que cumpra seu poder-dever de agir e formalize manifestação volitiva expressa, sob pena de desobediência a ordem judicial. Há juristas no entanto, que sustentam que, se a Administração estava vinculada ao conteúdo do ato não praticado (ato vinculado), e tendo o interessado direito ao que postulava, poderia o juiz suprir a ausência de manifestação. Ousamos dissentir desse entendimento, porquanto não pode o órgão jurisdicional substituir a vontade do órgão administrativo; pode, isto sim, obrigá-la a emití-la, se a lei o impuser, arcando o administrador com as conseqüências de eventual descumprimento.

Interessante, nesse ponto, mencionar a disposição contida na Constituição do Estado do Rio Grande do Norte, que prevê uma espécie de “interpelação judicial”,

---

<sup>33</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011, p. 416.

<sup>34</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 95/96.

quando a informação requerida não for prestada, pelos órgãos públicos estaduais, no prazo de 10 (dez) dias, desde que não seja hipótese de *habeas data*:

Art. 7º. Quem não receber, no prazo de dez (10) dias, informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, requeridas a órgãos públicos estaduais, pode, não sendo hipótese de *habeas data*, exigí-las, judicialmente, devendo o Juiz competente, ouvido quem as deva prestar, no prazo de vinte e quatro (24) horas, decidir, em cinco (5) dias, intimando o responsável pela recusa ou omissão a fornecer as informações requeridas, sob pena de desobediência, salvo a hipótese de sigilo imprescindível à segurança da sociedade ou do Estado.

#### **4.3. Terceira hipótese: ausência de previsão legal de prazo para a prática do ato e das consequências da omissão**

Por fim, temos a última hipótese, que ocorre quando a Administração não está sujeita a prazo específico para a prática do ato e também não há, em princípio, consequência jurídica desta inação.

Todavia, neste caso, será preciso distinguir se a inação imputada se refere à ausência de resposta a requerimento de administrado ou à falta de cumprimento do dever de ofício.

Em ambos os casos, porém, o mandado de segurança também impugnará a própria omissão administrativa, geradora de lesão a direito líquido e certo, reque-rendo-se judicialmente a pronúncia administrativa, pois, como já salientado, o Poder Judiciário não pode substituir a vontade da Administração e determinar diretamente a prática do ato, ainda que se trate de atuação vinculada.

##### **4.3.1. Ausência de resposta a requerimento administrativo**

Caso se trate de omissão em relação a pedido administrativo, formulado por interessado, deverá ser aplicada a regra prevista em lei para regular os procedimentos administrativos de modo geral, que nestes casos possui caráter subsidiário.

Isto porque a Administração está sempre adstrita ao princípio da legalidade – art. 37, *caput*, da Constituição Federal –, porquanto só lhe é exigível que faça o que é previsto em lei e, assim, se não houvesse prazo regulamentando o momento de sua ação em determinada hipótese, poderia se argumentar que o tempo de tal resposta estaria dentro do âmbito de sua discricionariedade – conveniência e oportunidade administrativa – e, portanto, nenhuma omissão lhe poderia ser imputada.

Todavia, não se olvida do dever de decidir que tem a Administração e do princípio da eficiência, que também rege sua atuação, e impõe a célere resolução dos procedimentos administrativos. Dessa forma, nestas hipóteses, deverão incidir as regras gerais de procedimento administrativo, de observância obrigatória pela Administração, que disciplinam genericamente o direito de resposta dos administrados.

Nesse contexto, temos a Lei Federal nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, e prevê em seus arts. 48 e 49 o prazo de até 30 (trinta) dias, após a conclusão da instrução administrativa, para que a Administração decida. Tal norma, entretanto, não confere nenhum efeito ao silêncio se ultrapassado esse período:

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

Ressalta-se, por oportuno, o caráter nacional e subsidiário da referida lei federal, que estabeleceu normas básicas para os procedimentos administrativos em geral, dando aplicação aos princípios constitucionais que garantem os direitos do cidadão perante a Administração, consoante leciona Maria Sylvia Zanella de Pietro, que, no entanto, adverte:

Note-se que a Lei não estabeleceu procedimento específico a ser adotado pelos órgãos administrativos. Ela estabeleceu normas básicas sobre processos administrativos em geral. O objetivo da Lei não foi apenas estabelecer normas sobre processo; se fosse o caso, a Lei poderia ser considerada de âmbito federal apenas. Ocorre que ela não se limitou a isso. Ela foi além. O seu principal objetivo foi o de dar aplicação a princípios constitucionais pertinentes aos direitos do cidadão perante a Administração Pública. Ora, quando se fala em princípios constitucionais e em direitos do cidadão, entra-se na esfera de temas de interesse nacional e, portanto, de competência da União. [...] Isso não impede que Estados e Municípios também legislem sobre a matéria de processo administrativo, com vistas à aplicação dos mesmos princípios constitucionais. Com relação às leis estaduais e municipais validamente promulgadas, a Lei Federal terá aplicação subsidiária, da mesma forma que ocorre com relação às leis federais sobre procedimentos específicos<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *A Lei de Processo Administrativo: sua ideia matriz e âmbito de aplicação*.

No Estado de São Paulo o procedimento administrativo está disciplinado pela Lei Estadual nº 10.177/1998, que prevê em seu Art. 33 o prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias para a decisão de requerimentos administrativos, findo este deverá ser considerado rejeitado o pedido (“silêncio negativo”):

Artigo 33 - O prazo máximo para decisão de requerimentos de qualquer espécie apresentados à Administração será de 120 (cento e vinte) dias, se outro não for legalmente estabelecido.

§ 1º - Ultrapassado o prazo sem decisão, o interessado poderá considerar rejeitado o requerimento na esfera administrativa, salvo previsão legal ou regulamentar em contrário.

§ 2º - Quando a complexidade da questão envolvida não permitir o atendimento do prazo previsto neste artigo, a autoridade cientificará o interessado das providências até então tomadas, sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior.

§ 3º - O disposto no § 1º deste artigo não desonera a autoridade do dever de apreciar o requerimento.

Portanto, no caso do Estado de São Paulo, o prazo para a prolação de decisão administrativa será, em regra, de no máximo de 120 (cento e vinte) dias, independentemente da conclusão ou não da instrução, salvo previsão especial. A Lei Nacional nº 9.784/1999 – somente terá aplicação subsidiária em relação à Lei Estadual – Lei Estadual nº 10.177/1998.

Destaca-se que o prazo de 30 (trinta) dias previsto no Art. 114<sup>36</sup>, da Constituição deste Estado, somente se aplica ao fornecimento de informações ou certidões, não abrangendo, portanto, a hipótese acima mencionada, que pode ter prazo diverso também por expressa previsão do Constituinte Estadual (Art. 113<sup>37</sup>).

Dessa forma, temos que neste último caso de omissão administrativa, em relação a requerimentos formulados pelo administrado, somente estará identificada a inação da administração se, depois de findo o prazo previsto em lei que regula os procedimentos administrativos de modo geral, não houver nenhuma resposta administrativa.

---

In NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (organizadores). *Processo Administrativo: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 190/191.

<sup>36</sup> “Artigo 114 – A administração é obrigada a fornecer a qualquer cidadão, para a defesa de seus direitos e esclarecimentos de situações de seu interesse pessoal, no prazo máximo de dez dias úteis, certidão de atos, contratos, decisões ou pareceres, sob pena de responsabilidade da autoridade ou servidor que negar ou retardar a sua expedição. No mesmo prazo deverá atender às requisições judiciais, se outro não for fixado pela autoridade judiciária.”

<sup>37</sup> “Artigo 113 – A lei deverá fixar prazos para a prática dos atos administrativos e estabelecer recursos adequados à sua revisão, indicando seus efeitos e forma de processamento.”

Caracterizada desse modo a inação, inicia-se, a partir dela, o cômputo do prazo de 120 (cento e vinte) para impetração, sob pena de, uma vez exaurido, não mais poder ser utilizada a via mandamental, restando aos administrados apenas as vias ordinárias.

### **4.3.2. Falta de cumprimento de dever legal**

Considerando, ainda, esta terceira hipótese (item 3), caso se trate de omissão relacionada a dever decorrente de lei – e não de ausência de resposta a requerimento administrativo –, quando não houver prazo expressamente previsto para a atuação da Administração, como regra, esta deverá ser tida por omissa a partir da vigência da própria norma, que deveria ter sido observada e não foi, ou desde quando o impetrante fizesse jus ao benefício nela previsto que não lhe foi concedido.

Ora, como já salientado, a administração está adstrita ao princípio da legalidade, portanto, entrando em vigor uma lei que comine a prática de determinado ato administrativo e uma vez caracterizada a hipótese de incidência, sua observância é obrigatória e imediata, revestindo-se de ilegalidade a injustificada inação administrativa.

Assim, caracterizada a omissão, terá início o prazo decadencial para utilização da via mandamental.

É conveniente, no entanto, destacar, pelas suas peculiares características, as hipóteses de omissão diante de legislações que impõem à administração prestações de natureza continuada ou de trato sucessivo, relativas aos administrados ou aos próprios servidores. Isso ocorre, por exemplo, em relação às leis que prevêem o pagamento mensal de determinada gratificação aos funcionários públicos.

A jurisprudência remansosa de nossos tribunais se revela no sentido de que, nesses casos, por haver a determinação legal de pagamento periódico de tais prestações, o descumprimento da obrigação imposta seria constatado em cada um dos períodos, renovando-se também periodicamente o prazo decadencial.

Nesse sentido, trazemos a colação os julgados a seguir transcritos:

MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ORDINÁRIO. SERVIDORES DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA. VANTAGEM PESSOAL. REAJUSTE. RELAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA.

1. Servidores públicos buscam, na impetração, tutela jurisdicional em face de omissão da autoridade impetrada, que se nega a reajustar vantagem pessoal na mesma proporção do aumento concedido por lei estadual ao vencimento básico. Tratando-se de impetração contra omissão administrativa de efeitos continuados, não está configurada a decadência.

2. Recurso ordinário provido.

(Superior Tribunal de Justiça - RMS 32982 / RO - Recurso Ordinário em Mandado de Segurança - 2010/0179369-7 - Relator: Ministro Teori Albino Zavascki - Órgão Julgador: T1 - Primeira Turma - Data do Julgamento: 27/09/2011)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO RECORRIDO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. SERVIDOR PÚBLICO. VANTAGEM PESSOAL. ATO OMISSIVO DA ADMINISTRAÇÃO. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA.

[...] 2. A jurisprudência desta corte firmou entendimento no sentido de que, tratando-se de mandado de segurança no qual se impugna alegada omissão da autoridade coatora em pagar parcela remuneratória, o prazo de decadência para a impetração do mandado de segurança renova-se mês a mês.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(Superior Tribunal de Justiça – AgRg no REsp 949523 / MS – Agravo Regimental no Recurso Especial – 2007/0102725-6 – Relator: Ministro Og Fernandes – Órgão Julgador: T6 – Sexta Turma – Data do Julgamento: 21/05/2009)

Por outro lado, também não se olvida que em determinadas hipóteses a ação imposta pela lei precede necessariamente da adoção de determinadas medidas administrativas para a sua prática.

No exemplo hipotético de uma lei que determinasse, a partir de sua vigência, que todas as repartições públicas dispusessem de ar refrigerado, para maior conforto dos administrados, tal atuação, para ser implementada, dependeria de regular procedimento licitatório prévio dentre outros atos necessariamente antecedentes a sua prática.

Nestes casos, por não tratar-se de ato isolado, a Administração deveria dar início aos vários procedimentos que o precedem em “prazo razoável”. Ultrapassado este estaria caracterizada a omissão, dando ensejo, da mesma forma, à decadência da via especial.

Isto porque não é admissível a utilização de uma ação emergencial, como é o mandado de segurança, para impugnar uma situação que tenha se prolongado no tempo, em muitos casos por anos e anos, sem qualquer contestação. O uso deste excepcional remédio constitucional deve ser reservado, pela sua própria natureza, a situações prementes.

Com isso, destaca-se, novamente, que não se está impossibilitando o acesso ao Judiciário, pois a imposição de prazo decadencial, para impetração, não atinge o direito substantivo que a fundamenta e poderá ser defendido pelas vias ordinárias. Apenas haverá a decadência do direito à utilização deste remédio constitucional pelo decurso de prazo superior a 120 (cento e vinte) dias:

No caso do *mandado de segurança*, há um direito subjetivo público (constitucional), de defesa dos direitos líquidos e certos feridos ou ameaçados, utilizando-se a via do *mandamus*, e é desse direito que decai o interessado que não a utiliza nos cento e vinte dias, não do direito substantivo que fundamenta a impetração, o qual pode, eventualmente, ser defendido por outros meios processuais.<sup>38</sup>

Assim, podemos indicar que seria, como regra, prazo “razoável” se aguardar a atuação administrativa por 120 (cento e vinte) dias, por analogia ao próprio prazo previsto para impetração da segurança<sup>39</sup>. Exceção logicamente deve haver nas hipóteses mais urgentes, em que o interesse pereceria em menor prazo, ou nas hipóteses que dependessem de atos anteriores complexos, que demandariam, de forma sempre justificada, maior tempo para seu cumprimento.

A utilização, por analogia, do prazo previsto para a impetração do mandado de segurança está amparada, mais uma vez, na própria natureza do remédio constitucional, que visa resguardar ofensas prementes a direito e não a situações que se prolongaram no tempo.

Deste modo, o interessado deveria aguardar o prazo de 120 (cento e vinte) dias para a atuação administrativa, sendo que ultrapassado este estaria caracterizada a omissão, o que daria ensejo ao início do prazo decadencial, também de 120 (cento e vinte) dias, para sua impugnação via *mandamus*. Findos estes 240 (duzentos e quarenta) dias, somente restaria ao interessado o uso das vias ordinárias para a defesa de seu pretense direito.

Interessante, neste ponto, consignar o posicionamento de Vicente Greco Filho que defende que, nas hipóteses em que não há norma legal reguladora para caracterizar a omissão e a conseqüente violação a direito líquido e certo de alguém, não haveria alternativa senão provocar a mora administrativa, interpelando por escrito, por meio de petição administrativa ou notificação judicial ou extrajudicial, para que a autoridade se manifeste em prazo estabelecido pelo prejudicado<sup>40</sup>.

Talvez seja essa a postura mais segura ao administrado, para garantir o uso da via constitucional. Cumpre porém, salientar, que por tratar-se de prazo decadencial tal interpelação não teria o condão de interrompê-lo ou suspendê-lo.

<sup>38</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, 1228.

<sup>39</sup> Este era o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello até 16ª edição de seu *Curso de Direito Administrativo*, contudo, alterou seu entendimento nas edições posteriores, consignando que “onde faltar lei disciplinando a matéria haver-se-á de entender como prazo razoável, por analogia ao disposto na lei federal de processo, o mesmo prazo nela estabelecido” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011, p. 416). Todavia, ressalvado nosso respeito pelo mestre, não acompanhamos a alteração de seu posicionamento, pois entendemos que o prazo contido na lei federal de processo administrativo somente se aplica às hipóteses de inação frente a pedidos administrativos e não quando houver omissão relativa a dever de ofício, por se tratar de hipótese distinta.

<sup>40</sup> GRECO FILHO, Vicente. *O novo mandado de segurança: comentários à Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 25.

Anota-se, no entanto, posicionamento divergente de Maria Sylvia Zanella de Pietro, que defende que nessa terceira hipótese de silêncio administrativo, de modo geral – visto que a professora não faz essa distinção entre os casos de ausência de resposta a requerimento de administrado e de falta de cumprimento do dever de ofício –, não se cogitaria em decadência para o mandado de segurança, “*por inexistência de um termo a quo; enquanto persistir a omissão, é cabível o mandado*”<sup>41</sup>.

Este também é o entendimento de Humberto Theodoro Júnior que leciona que quando o ato ilegal ou abusivo é praticado de forma omissiva não há termo inicial para abertura do prazo decadencial em comento.<sup>42</sup>

Oportuno, por fim, consignar que, no Estado de São Paulo, a discussão acima se torna, em princípio, despicienda, pois a já mencionada Lei nº 10.177/1998, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual, estabelece, em seu art. 18, prazo para a prática de atos que não sejam derivados de processos administrativos, mas que decorram diretamente da aplicação da lei ou de decisão administrativa:

Artigo 18 – Será de 60 (sessenta) dias, se outra não for a determinação legal, o prazo máximo para a prática de atos administrativos isolados, que não exijam procedimento para sua prolação, ou para a adoção, pela autoridade pública, de outras providências necessárias à aplicação de lei ou decisão administrativa.

Parágrafo único – O prazo fluirá a partir do momento em que, à vista das circunstâncias, tornar-se logicamente possível a produção do ato ou a adoção da medida, permitida prorrogação, quando cabível, mediante proposta justificada.

Merece transcrição o comentário do professor Edmir Netto de Araújo a respeito da norma em destaque:

Verifica-se que, no Estado de São Paulo, ultrapassados os sessenta dias, para os atos que não tenham “outra determinação legal”, contados da operacionalidade mencionada no parágrafo único, poderá caracterizar-se a decisão implícita de rejeição, coibindo a centenária prática do “engavetamento de processos” e possibilitando o mandado de segurança. Fica o exemplo para outras Administrações.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 802.

<sup>42</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O mandado de segurança segundo a Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 30/31.

<sup>43</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1230.

Portanto, estará configurada a omissão da Administração Paulista, passível de impugnação via *mandamus*, quando ultrapassado o prazo previsto de 60 (sessenta) dias, sem a prática do ato que decorra diretamente de lei ou decisão administrativa e desde que preenchidos os requisitos legais para sua prolação.

## 5. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, concluímos que nas hipóteses de mandado de segurança contra omissão, tem especial importância a identificação do silêncio administrativo, que decorre da inação da Administração, caracterizada tanto pela ausência de efetiva resposta à provocação do administrado, quanto pela falta de cumprimento do dever de ofício.

Assim, caso a lei preveja um prazo para a prática do ato administrativo, já impondo as consequências do seu descumprimento, somente depois de findo este é que poderá se cogitar da impetração, que deverá impugnar os efeitos concretos dados pela lei ao silêncio e não propriamente a omissão. Caso a lei, embora estabeleça um prazo para a ação administrativa, não preveja sanções ou consequências explícitas do seu descumprimento, depois de exaurido o tempo concedido à Administração, poderá ser utilizada a via mandamental para impugnar a própria omissão e exigir a pronúncia administrativa.

Por fim, se não houver previsão específica de prazo para a prática do ato nem dos efeitos que serão atribuídos a omissão e se ela estiver relacionada a pedido administrativo, somente estará caracterizada a inação da Administração e terá início o prazo decadencial se, depois de findo o prazo previsto em lei que regula os procedimentos administrativos de modo geral, não houver qualquer resposta administrativa.

Mas se a hipótese acima disser respeito à omissão relativa a dever decorrente de lei, a Administração, como regra, deverá ser tida por omissa a partir da vigência da própria norma, que deveria ter sido observada e não foi, ou desde quando o impetrante fizesse jus ao benefício nela previsto que não lhe fora concedido.

Adverte-se, todavia, que nos casos de omissão diante de legislação que imponha à Administração prestações de natureza continuada ou de trato sucessivo, por haver a determinação legal de pagamento periódico de tais prestações, o descumprimento da obrigação imposta será constatado em cada um dos períodos, renovando-se também periodicamente o prazo decadencial.

Por fim, caso se trate de lei que imponha uma ação que preceda necessariamente da adoção de determinadas medidas administrativas para a sua prática, estas deverão ser adotadas pela Administração em “prazo razoável”, sob pena de ensejar a impugnação judicial da omissão via mandado de segurança. É considerado razoável se aguardar a atuação administrativa por 120 (cento e vinte) dias,

por analogia ao próprio prazo previsto para impetração da segurança, visto que tal remédio constitucional visa resguardar ofensas prementes a direito e não situações que se prolongam no tempo.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários à nova lei do mandado de segurança – Lei 12.016/09*. Curitiba: Juruá Editora, 2010.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2001.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *O Poder Público em juízo*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2011.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. *Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança: Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Método, 2009.
- GRECO FILHO, Vicente. *O novo mandado de segurança: comentários à Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007.
- MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *O mandado de segurança e o Direito Administrativo*. In: Revista Eletrônica Justitia – A Revista do Ministério Público de São Paulo, São Paulo. Disponível em < <http://www.justitia.com.br/artigos/6253c4.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2011.
- MEIRELLES, Hely Lopes et al. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (organizadores). *Processo Administrativo: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99*. São Paulo: Atlas, 2011.
- FUX, Luiz. *Mandado de Segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- TAVARES, André Ramos. *Manual do Novo Mandado de Segurança: Lei 12.016/2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O mandado de segurança segundo a Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SADDY, André. *Efeitos Jurídicos do Silêncio Positivo no Direito Administrativo Brasileiro*. In: Revista Eletrônica de Direito do Estado – REDE, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público nº 20, outubro/novembro/dezembro, 2009. Disponível em <<http://www.direito-doestado.com/revista/REDE-20-OUTUBRO-2009-ANDRE-SADDY.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2011.

SCIORILLI, Marcelo. *Silêncio e Administração Pública*. In: Revista Eletrônica Justitia – A Revista do Ministério Público de São Paulo, São Paulo. Disponível em <<http://www.justitia.com.br/artigos/6850x7.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2011.