

# Direito Administrativo

## A teoria do silêncio no Direito Administrativo (\*)

THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI  
Procurador da República no Distrito Federal

A teoria do *silêncio*, como tese jurídica, tem sido pouco estudada entre nós; e, si o tem sido pouco no terreno do direito privado, onde mais numerosas são as monografias e os escritos jurídicos, pode-se dizer que, no campo do direito público, e especialmente no do direito administrativo, tem sido de todo abandonada.

Merece, no entretanto, o assunto, algumas palavras, notas à margem dos estudos do direito administrativo, pondo-se em evidência, antes de tudo, a feição prática da tese.

Como pode o *silêncio* constituir manifestação da vontade?

Quando pode o *silêncio* ser considerado, tacitamente, como manifestação dessa vontade?

Quais os efeitos do *silêncio*, no direito administrativo?

Como deve ser considerada a falta de manifestação da vontade?

São êsses os aspectos mais interessantes da doutrina.

Quando se fala em manifestação da vontade, pressupõe-se uma afirmação, uma declaração escrita ou oral, por meio da qual se verifique o assentimento ou a negação, a concordância ou a discordância.

Nesse caso, a declaração ou afirmação constitui manifestação expressa da vontade. Quando, porém, é provocada a manifestação e a pes-

soa conserva-se em silêncio, como deve ser interpretado êsse *silêncio*?

Quando deve êle ser tido como concordância, ou discordância tácita?

O direito civil tem procurado solver as questões relacionadas com o *silêncio*, e um ilustre Juiz do Distrito Federal, Dr. Serpa Lopes, reuniu em uma tese, intitulada "*Do silêncio como manifestação da vontade*", estudos do maior interesse.

O Direito Romano já havia procurado resolver, com as suas fórmulas e sentenças lapidares, êsses problemas.

O nosso velho provérbio — "Quem cala consente" — exprime, apenas, o mesmo sentido daquela sentença: "*Qui tacet quum loqui potuit et debuit, consentire videtur*", que, no entretanto, é mais sábia e menos categórica.

Desta última sentença, porém, partiu a doutrina preponderante com as restrições e reticências nela própria contidas.

A aplicação do princípio não tem tido o rigos que, aparentemente, poderia ter, diante dos seus termos. Considera-se, todavia, que o *silêncio* equivale ao consentimento, quando a boa fé ou a razão prática teriam requerido uma oposição, caso não houvesse concordância. (Espinola, "*Sistema de Direito Civil Brasileiro*", vol. I, pág. 531; Dernburg, "*Pandette*", ed. ital., vol. I, § 98).

Outros trechos podem, igualmente, ser mencionados relativamente ao mesmo assunto, ora applicaveis ao processo e à confissão *in jure*, ora ao Direito Civil.

A verdade estará, ainda, com a outra norma jurídica, que afirma que o *silêncio* por si só nada significa; "*Qui tacet neque negat, neque utique facetur*".

(\*) Êste artigo foi escrito especialmente para a "Revista da Faculdade de Direito de São Paulo", tendo sido publicado no Vol. XXXIV, fasc. II, págs. 122-130, da mesma.

Em face do inegável interesse que o assunto apresenta aos estudiosos do Direito Administrativo e atendendo a algumas solicitações que recebeu, a "Revista do Serviço Público" transcreve-o em suas colunas. (N. da R.)

Sobre este assunto, devem ser consultados os civilistas como Demogue, "*Traité des obligations en général*", vol. I, pág. 302; Capitant, "*Introduction à l'étude du Droit Civil*", pág. 282; etc.

Si, no campo do direito privado, as questões relativas à manifestação da vontade e suas consequências são de fácil evolução, porque é muito mais simples objetivar a personalidade do Homem, ou das pessoas jurídicas de direito privado, quando se trata do Estado, porém, essa personalidade vai se diluindo por uma infinidade de representantes, a quem cabe manifestar a vontade.

As formas de sua manifestação 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 problema tem, assim, outros aspectos. É preciso, por isso mesmo, não confundir a inércia da administração, na defesa dos direitos seus ou da coletividade, com o *silêncio* na decisão, provocada por terceiros.

No primeiro caso, pode o silêncio, a inércia, a falta de iniciativa importar na decadência do direito. No segundo, não implica o silêncio, necessariamente, no reconhecimento tácito de um direito.

Assim, na primeira hipótese, a falta do exercício do poder de polícia, de medidas coercitivas, de restrições ao exercício de direitos, quanto à maneira e à forma de praticá-los, implicará, tacitamente, no consentimento.

Mas a falta de despacho em um pedido, em um requerimento, não pode ser considerada assentimento tácito, reconhecimento implícito da **legitimidade da pretensão de terceiros, perante o Estado ou a administração.**

Na França, na Itália, na Argentina, e em outros países, o silêncio da administração, quanto às suas consequências jurídicas, tem sido regulamentado pela lei, especialmente pela lei processual administrativa, como veremos em seguida.

Condensando os diversos princípios que regulam o assunto, Velasco ("*El acto administrativo*", pág. 206) formula as seguintes regras, a saber:

1.º) O silêncio tem que estar previsto ou interpretado na lei. Sua significação própria não deriva de atos ou de omissões, a menos que lhes

tenha outorgado a lei uma significação determinada.

2.º) Omitir um ato de natureza discricionária não tem significação jurídica alguma; é um ato indiferente ao direito.

3.º) Por conseguinte, a noção do silêncio administrativo é uma noção empírica, que afasta toda regra abstrata.

4.º) Manifesta-se diante da faculdade-poder, visto como, diante da faculdade-dever, deve-se considerar mera abstração. Nesse caso do silêncio, a administração pode falar, mas não tem o dever de fazê-lo. Caracteriza-se, também, porque somente aparece nos atos requeridos, e não nos espontâneos, que o próprio conceito elimina.

Essas regras, porém, têm um valor relativo, porque, como o próprio autor observa, não é possível predeterminar as consequências deste ou daquele procedimento do Estado em suas variadíssimas manifestações.

Vamos, assim, examinar algumas hipóteses mais interessantes:

I — A falta de despacho nos recursos interpostos nos processos administrativos importará, tacitamente, na confirmação da decisão?

*Quid*, si a autoridade administrativa não proferir a sua decisão dentro do prazo fixado pela lei?

Com relação a estas questões, as nossas leis administrativas, até agora, nada contêm que possa orientar uma opinião decisiva.

O professor Rafael Bielsa, no "*Proyecto do Código do Contencioso Administrativo da Provincia de Santa Fé*", na Argentina, dispôs no

"Art. 144. — *El Poder Ejecutivo dictará resolución dentro de los quince días siguientes al de promoción del recurso si no hubiese prueba, y de treinta días siguientes al decreto de clausura del término de prueba o de la presentación del informe. Si el Poder Ejecutivo no resolviera en ese término se considerará que ha rechazado el recurso*".

Estudando o assunto, escreveu o mesmo autor:

"*En caso de silencio de la Administración pública ante la reclamación del interesado, esta reclamación debe tenerse por tacitamente rechazada si pasado un plazo determinado no hay decisión expresa. Ese pla-*

zo debe ser uniforme en cada esfera administrativa : nacional, provincial (y, comprendida en esta, la comunal)".

E em outro trecho da mesma obra :

"La Administración pública tiene un plazo legal para decidir, y su silencio, pasado ese plazo, se considera como denegación tácita, por lo que entonces el trámite del recurso procede como si hubiera pronunciamiento contrario" ("Ideas generales sobre lo contencioso administrativo").

No direito francês, as dúvidas foram eliminadas pela Lei de 17 de julho de 1900, que considerou o silêncio da administração, nos casos de recurso para o Conselho de Estado, como simples recusa, indeferimento. (Roger Bonnard, "Précis de droit administratif", pág. 195; Waline, "Manuel élémentaire de droit administratif", pág. 96).

No direito italiano, aplicam-se os mesmos princípios, devendo se considerar o assentimento tácito como excessão, conforme se vê na excelente obra de Leonidas Ragnisco, "I ricorsi amministrativi" pág. 91).

A lei de 3 de março de 1934, naquele país, em matéria de recurso administrativo, formulou expressamente a regra de que o silêncio persistente e contínuo da administração, para pronunciar-se a respeito de um recurso hierárquico, dever-se-á ter como confirmação do ato, e, portanto, a denegação do recurso. (Ragnisco, *op. cit.* pág. 253. Pode-se consultar também sobre este assunto, a numerosa bibliografia ali existente, notadamente as seguintes obras, que apenas indicamos para não alongar este trabalho: Raneletti, "Le garantigie della giustizia della pubblica amministrazione"; Zanobini "Corso di diritto amministrativo", 1938, vol. II, pág. 119; Borsi, "La giustizia amministrativa", pág. 75; o mesmo, "Giurisprudenza italiana", 1903, vol. 61; Ugo Forti, "Diritto amministrativo", vol. II, pág. 165; La Torre, "Nozioni di diritto amministrativo", 2.<sup>a</sup> ed., pág. 201; "Rivista di diritto pubblico", 1933, vol. II, pág. 75; "Rivista di diritto processuale e civile", n.º 2, 1932).

Não temos, em nosso direito, como dissemos, nenhuma disposição legal que regule defini-

tivamente o assunto, embora certos regulamentos, como o do imposto de renda, prescrevam um prazo dentro do qual devem ser proferidas as decisões administrativas, sem contudo impôr qualquer sanção.

Pode atribuir-se essa deficiência do nosso processo administrativo à falta de contencioso administrativo, que pressupõe maior rigidez das fórmulas processuais e respeito a prazos e outras exigências, muito aproximadas daquelas de natureza judicial. (Ribas, "Direito administrativo", págs. 137 e seguintes; Uruguai, "Ensaio sobre direito administrativo", vol. I, págs. 173 e seguintes).

Procurando codificar o processo administrativo uniformizando as normas processuais, tivemos oportunidade de estudar o assunto, dispondo sobre os diversos prazos para serem proferidas as decisões administrativas, e determinando as consequências jurídicas decorrentes da demora ou do excesso do prazo.

O princípio geral ali firmado, como se verá em publicação próxima, é o da confirmação tácita da decisão recorrida, em virtude do silêncio prolongado, e o da remessa automática do processo à autoridade hierarquicamente superior, pelo excesso do prazo para proferir a decisão por parte da autoridade hierarquicamente inferior.

A verdade é que, direito constituído, nada existe até agora entre nós.

II — Outra consequência do silêncio prolongado da administração (falta de decisão ou despacho) é aquela que diz com o curso da prescrição extintiva.

A jurisprudência italiana tem decidido que a demora no despacho importa no indeferimento do recurso, permitindo, no entretanto, outras vias para reforma das decisões das autoridades hierarquicamente inferiores.

Em nosso direito, o único recurso cabível é o judicial, por meio ou da propositura da ação competente, ou de simples notificação, que trazem sempre como consequência, nos termos do Código Civil, a suspensão do curso da prescrição.

Pode-se figurar, também, a hipótese de ser a dívida líquida e certa e o funcionário demorar-se no pagamento ou no despacho do pedido da parte credora do Estado. Neste caso, pode-se verificar, excepcionalmente, a suspensão do curso da prescrição, por meio de simples reclamação administrativa.

Não prevê a lei, porém, termo prefixado para o despacho da autoridade administrativa, cabendo à parte o direito de suspender o curso da prescrição dentro do prazo geral fixado pelo Código Civil para a prescrição das dívidas passivas da União, Estados e Municípios.

A Lei n.º 5.761, de 25 de junho de 1930, e o Decreto de 6 de janeiro de 1932 determinaram as condições em que se poderia dar interrupção da prescrição por via administrativa, quando se tratar de dívida líquida e certa, cujo pagamento ou despacho depender da diligência da autoridade administrativa.

Essa é uma das hipóteses em que as consequências do silêncio estão previstas pela lei e regulamentadas, embora deficientemente.

III — Outra hipótese interessante é aquela prevista por certos autores com relação à inércia da administração, à sua demora em prover certos cargos públicos ou em reconhecer o direito ao acesso de determinados funcionários.

Encontram-se, notadamente no direito italiano, algumas manifestações da jurisprudência do Conselho de Estado, nas quais foram reconhecidos direitos aos funcionários, cujo acesso estava assegurado pela lei, tendo sido fixado um prazo dentro do qual deveria a autoridade administrativa praticar o ato de promoção (*"Rivista di diritto pubblico"*, 1932, vol. I, pág. 434 e seguintes).

Em nosso direito, nada justifica a constituição em mora da administração ou a criação de sanções administrativas em consequência da demora e do silêncio em reconhecer o direito do funcionário à promoção, licença, ou outra qualquer vantagem, a menos que determine a lei prazo para ser proferida a decisão.

IV — Poderíamos mencionar alguns casos concretos que têm merecido a apreciação do Poder Judiciário. Limitar-nos-emos, porém, a dois:

1.º) Em certos casos de *habeas-corpus*, a autoridade coatora não satisfaz, em tempo oportuno, o pedido de informações. Tem admitido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que

o silêncio, nesses casos — silêncio reiterado e manifesto — importa no reconhecimento tácito da reclamação judicial.

Já se vê que, nestes casos, esta sanção representa um meio coercitivo usado para obrigar a autoridade a prestar a informação. Nada justifica considerar-se o silêncio, aí, como confissão.

Caso, porém, esteja a autoridade conscientemente convencida da legitimidade do seu ato, cabe-lhe justificá-lo perante o Poder Judiciário.

Quando se trata de mandado de segurança, nada aconselharia a aplicação desse princípio, visto como, ao representante da pessoa jurídica de direito público interessada, compete, também, a defesa do ato impugnado.

2.º) Finalmente, podemos mencionar um outro caso, e do maior interesse; a falta de despacho em um pedido de certidão, por parte do funcionário.

Esta hipótese, embora revestida de uma modalidade peculiar de recusa, foi objeto de uma decisão do Supremo Tribunal Federal, confirmatória de uma brilhante sentença do Juiz Castro Nunes, conforme se vê em sua *"Monografia sobre o Mandado de Segurança"*, pág. 412.

Reconheceu o Tribunal o direito certo e incontestável à certidão, de acordo com o disposto na Constituição de 1934, independentemente de motivação do pedido.

Este direito certo e incontestável contraria a hipótese de que o silêncio da administração importa no reconhecimento ou negação do direito; constitui, antes, uma falta atribuível ao funcionário, que pode ser coagido a praticar o ato por meios coercitivos, isto é, judicialmente.

Figuramos, assim, uma hipótese em que o silêncio não importa em manifestação da vontade, mas apenas na inércia e displicência da autoridade administrativa, hipótese, infelizmente, muito comum.

Estas ligeiras notas sobre um assunto pouco estudado, em geral, têm por fim, antes de tudo, lembrar a existência de uma tese que merece, pelas suas consequências, uma solução legislativa.