

Xenc P 41

# Mandado de Segurança contra omissão administrativa e a futura Constituição

EDMIR NETTO DE ARAÚJO \*

## 1. MANDADO DE SEGURANÇA E ATO DE AUTORIDADE

O mandado de segurança é, na expressão consagrada, o confencioso da legalidade, garantia constitucional do administrado contra lesões a seus direitos que possam ser causadas pela atividade dos agentes públicos, especialmente quando essa atividade se reveste de alguma dose de discricionariedade.

Com efeito, sua impetração cabe contra ato de qualquer autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder, para proteger direito individual líquido e certo não amparado por *habeas corpus* (art. 153, § 21, da Constituição da República), ou, mais detalhadamente (Lei n. 1.533, de 31.12.1951 - "Lei do Mandado de Segurança"), sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, alguém sofrer violação de direito seu, individualizado e dessa espécie (líquido e certo), ou mesmo que haja justo receio de sofrê-la por parte de qualquer autoridade.

Ato de autoridade, no caso, é aquele ato revestido de tonalidade decisória, que lesa ou impede a fruição do direito do administrado; podendo também autorizar o uso do *mandamus* a razoável presunção, comprovada de imediato, de que a prática de certos atos causará prejuízos muitas vezes irreparáveis a esse direito. Mas também são "atos" de autoridade, na modalidade omissiva, as (como o nome o diz) omissões de despachos, decisões, atos administrativos ou providências que legalmente deveriam ser praticados pelo agente público e, não o sendo, produzem consequências prejudiciais ao titular do direito em questão.

Autoridade, para fins de mandado de segurança, é aquela investida de competência decisória para o ato questionado, ou seja, por cuja ordem é praticado o ato ou por cuja omissão não o é, podendo ser o mesmo agente que decide e pratica ou omite; ou, no sentido inverso, quem poderá dar a contra-ordem ao ato praticado ou a ordem ao ato omitido, tendo competência para cumprir ou fazer cumprir a ordem judicial, liminar ou definitiva, quando concedida.

Incluem-se, portanto, na idéia geral de ato de autoridade, os atos administrativos (mais comumente), os atos judiciais, sob certas condições (art. 5º, II, da Lei n. 1.533/51), e até mesmo os atos legislativos, se dotados de auto-executoriedade imediata e efeitos concretos para prejudicar direito individual.

## 2. ATO DE AUTORIDADE E OMISSÃO DA AUTORIDADE

Muitas vezes, para que o direito do administrado possa ser exercitado ou fruído, é necessária a participação ativa do agente público encarregado de formalizá-lo ou viabilizá-lo.

É comum constatar-se, no dia a dia, que nascem direitos para o administrado com a edição de normas legais, mas que esses direitos não são exercitados ou fruídos enquanto não são praticados determinados atos no âmbito das repartições administrativas.

Certa lei, por exemplo, concede algum tipo de vantagem a servidor público. Entretanto, este só poderá receber seus benefícios pecuniários após o devido apostilamento de seu título, ou de seu enquadramento funcional.

Como geralmente a lei não fixa prazo para a prática de tais atos pela Administração, o que se vê é passarem-se às vezes três, quatro, cinco ou mais meses até que o nome do servidor esteja regularmente, na nova situação, incluído na folha de pagamento do Poder Público, enquadrado e apostilado, para poder passar a receber os direitos pecuniários: todavia, como a Administração, que deverá pagar as diferenças de vencimentos nessa ocasião, o fará, em regra, singelamente, sem correção monetária, os prejuízos advindos dessa demora serão irreparáveis administrativamente, obrigando o interessado à demanda judicial para obviá-los, o que se agrava sobremaneira em um país com economia (até prova em contrário) inflacionária e instável como o nosso.

Na verdade, no caso em que o interessado tem direito a que a autoridade pratique determinado ato e esta não o faz, cabe mandado de segurança (veja-se, por exemplo, TJSP, em RDA n. 113/79), sendo que, até mesmo a Súmula STF n. 429 afirma que nem a existência de recurso administrativo com efeito suspensivo impede o uso da segurança contra a omissão da autoridade.

O problema do mandado de segurança contra atos omissivos reside em saber-se quando, a partir de que momento, essa omissão passaria a ser atacável pelo *writ of mandamus*, ou seja, quais os requisitos para o início da fluência do prazo decadencial de 120 dias para a impetração.

## 3. ATOS OMISSIVOS E DIAS A QUO

Partindo-se do princípio segundo o qual cabe o mandado de segurança a partir do momento em que o direito individual líquido e certo é exercitável pelo impetrante e é violado pela autoridade, podemos dizer, no caso da violação omissiva, que o termo inicial para a impetração do *writ* situa-se no momento em que o comportamento da autoridade administrativa pode ser exigido pelo interessado. Este particular aspecto do *mandamus*, embora pouco focalizado pelos autores, é da maior importância para a fixação do dia a quo para a impetração de segurança contra omissões do Poder Público.

Quando a norma jurídica (lei, decreto etc.) fixa prazo para a realização de ato *ex officio*, independentemente de requerimento do interessa-

do, o prazo para impetração começa a partir do lapso determinado pela norma, pois aí se inicia a lesão: a não realização do ato no prazo legal equivale à denegação da pretensão ou recusa da autoridade em cumprir a prescrição legal. O mesmo raciocínio se aplica a pedidos ou requerimentos que possuam prazo legalmente instituído para serem atendidos: se há norma geral determinando que devam ser despachados em certo prazo, a partir de seu recebimento protocolado ou comprovado, é claro que, ao fim do lapso de tempo, cabe o mandado de segurança, se a autoridade se omitir.

O problema surge, entretanto, quando não existe prazo legalmente fixado para a prática de ato, decisão ou despacho sobre o pedido, ou cumprimento de providências legalmente determinadas.

Como no exemplo anteriormente citado, uma coisa é receber a vantagem pecuniária imediatamente, outra é passar a recebê-la dez meses (p. ex.) depois da data da lei que a instituiu, embora com retroação e pagamento de atrasados. Ou então, quando a lei não fixa prazo para expedição de certidão a que o interessado tenha direito, e essa certidão seja indispensável para ingressar em juízo, por exemplo. Ou, ainda, em caso que não haja prazo legal para que a administração decida sobre certo pedido, que, assim, poderá ficar "engavetado" até durante anos, até que a autoridade (ainda por exemplo) receba uma pressão política e se disponha a fazê-lo.

É inegável que, em qualquer desses casos, o interessado possui direito incontestável de obter uma manifestação de vontade da administração, seja positiva, de atendimento, seja negativa ou de rejeição, que, neste caso, poderá eventualmente ferir direito líquido e certo do interessado. É óbvio que a inércia do Poder Público poderá trazer prejuízos incontornáveis para o administrado, urgindo que se determine a partir de que momento a lesão poderá ser legitimamente cobrada pela segurança.

A teoria do silêncio (ausência de manifestação da vontade), que, na esfera civil muitas vezes tem o valor de assentimento tácito ("quem cala consente"), tem outro tratamento no direito público: exceto o caso em que o direito positivo atribui consequências expressas à omissão administrativa, a ausência de manifestação da autoridade pública implica em denegação da pretensão, do direito ou de sua operacionalidade.

Ou seja, o administrado se encontra diante de uma decisão implícita de rejeição, que lhe possibilita o acesso ao Judiciário para a proteção do que julga ser seu direito. Mas, para fins de mandado de segurança, isso não é o bastante, pois não há no direito positivo norma geral constitucional ou infraconstitucional explicitando disciplina sobre prazos para despachar, decidir ou praticar atos devidos a cargo da administração, ao contrário do que ocorre em outros países, como por exemplo a França (Lei de 17.7.1900, art. 3º), Espanha (Lei de 27.12.1958, art. 38) ou Itália (Lei comunal e provincial de 3.3.1934, art. 5º).

Nossos Tribunais têm entendido (TFR, em RDA n. 160/208) que "ao direito de petição das pessoas (físicas ou jurídicas) corresponde o dever de decidir da autoridade administrativa, deferindo ou indeferindo o requerimento, sendo abusivo o proceder de negar-se a recebê-lo ou despachá-lo".

Pode-se tentar forçar esse pronunciamento, através de interpelação ou requerimento, para fixar a data da eventual denegação. Não obstante, a Administração, sem se negar a despachar, decidir ou praticar ato, pode alegar, por exemplo, que não o fez até aquela data em razão do acúmulo dos serviços, descaracterizando a violação ensejadora do mandado de segurança.

## 4. O ART. 153, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Na realidade, a omissão da autoridade na prática de atos, despachos ou decisões, para os quais não haja prazo legalmente fixado, não pode eternizar-se, impondo-se a concessão da segurança quando a inércia administrativa ultrapassar níveis razoáveis; e a missão de fixar tais níveis cabe, na ausência da norma legal positiva, à jurisprudência, para que, nesse caso especial, não se descaracterize a índole do mandado de segurança.

Por não concordar com a idéia de que, não havendo prazo fixado e não se explicitando a decisão denegatória não principia a fluir o prazo para impetração do *mandamus*, por não se caracterizar a violação (o que não é verdade, pois não há violação mais humilhante que essa omissão para o administrado, que fica impotente, à mercê da disposição de certas autoridades em cumprir seus deveres funcionais), temos entendido que o nível máximo razoável de tolerância da omissão administrativa já se encontra delineado pelo artigo 153, § 4º, da Constituição da República, com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional n. 7/77.

Tal dispositivo, além de manter o princípio do monopólio jurisdiccional do Poder Judiciário (uma vez, uma jurisdição), acrescenta que "o ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exija garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de 180 dias para a decisão sobre o pedido" (grifos nossos).

Pela ausência de norma geral fixadora de prazo para a exaustão das vias administrativas, temos aqui uma compulsão de fato, a que se aguarde, caso nesse sentido se legisle, a disposição da Administração em

formalizar ou operacionalizar o direito do interessado.

Mas não se trata de norma que já condiciona o ingresso em juízo à exaustão referida. Entretanto, mesmo sendo editada a norma legal que o faça, esta deverá respeitar tal paradigma: em qualquer caso, a via judiciária estaria livre após cento e oitenta dias contados do protocolamento do requerimento, recurso ou petição.

Deve-se esclarecer, ainda, que contra omissão em cumprir "obrigação de fazer" decorrente de sentença judicial (inclusive de mandado de segurança), não cabe o *writ of mandamus*, pois a prestação jurisdiccional que com sua impetração se obteria seria basicamente a mesma: um comando judicial a agente público para fazer algo de sua competência. O que caberia, em tese, seria a responsabilidade criminal do agente, por desobediência, ou, em certos casos, outras medidas, como intervenção, sequestro de rendas públicas, ou impeachment de Chefes de Executivo.

## 5. O ANTEPROJETO DE CONSTITUIÇÃO DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO DA CONSTITUINTE

Após a apresentação das propostas encaminhadas à Comissão de Sistematização da Assembleia Nacional Constituinte, o anteprojeto de Constituição relatado pelo deputado BERNARDO CABRAL focaliza o mandado de segurança no Título III, "Capítulo I" ("Disposições Gerais" das "Garantias Constitucionais"), art. 35 e seu parágrafo único:

"Art. 35 — Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, individual ou coletivo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, seja o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado".

O dispositivo, obviamente ainda sujeito a alterações e emendas até sua aprovação final, traz como inovação, além da menção expressa a abuso de poder e às pessoas privadas, a exclusão dos direitos protegidos por *habeas data* e a possibilidade de proteção, pela via da segurança, de direito coletivo, ao contrário da exigência da individualização (titularização) do direito agredido em pessoas físicas ou jurídicas determinadas, da normatização constitucional atual. Seu parágrafo único atribui a titularidade do jus postulandi, em mandado de segurança, também a "partidos políticos, organizações sindicais, associações de classe e associações legalmente constituídas em funcionamento há, pelo menos, um ano, na defesa dos interesses de seus membros ou associados".

Trata-se do mandado de segurança coletivo, como o dispositivo o denomina.

Exclui-se da esfera do mandado de segurança, além do direito protegido por *habeas corpus*, aquele amparado por *habeas data*, outra inovação, instituída pelo art. 34 do anteprojeto, destinado a assegurar conhecimento, para o interessado, de referências e informações pessoais suas e dos fins a que se destinam, registradas por entidades particulares ou públicas, inclusive policiais ou militares, ou ainda para retificação de tais dados.

Outra novidade, que se aproxima de uma tentativa de aprimorar a disciplina das garantias constitucionais para amparar direitos lesados por omissões administrativas é a proposta de criação do mandado de injunção, ao qual se deu, no anteprojeto, esta redação:

"Art. 36 — Conceder-se-á mandado de injunção observado o rito processual do mandado de segurança, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania do povo e à cidadania".

Tendo o rito do mandado de segurança, portará aquela celeridade que lhe é característica para obviar o prazo de sofrimento daqueles prejudicados com a omissão administrativa por ausência de regulamentação, pois se não for necessário revogar a Lei n. 1.533/51, mas apenas adaptá-la, como parece, e como já se fez na época da edição do Código de Processo Civil de 1973, teríamos o prazo de cento e vinte dias da instituição desse direito para a impetração do mandado de injunção, no caso de que o exercício ou a operacionalidade do direito dependa da regulamentação.

A idéia peca por não abranger providências ou atos de autoridades (refere-se apenas a ausência de regulamentação) não realizados, necessários para viabilizar o exercício de direitos. Além disso, a amplitude dada ao dispositivo para agasalhar liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania do povo e cidadania, gera imprecisão conceitual, não caracterizando liquidez e certeza de direito, o que não se compadece com a índole dos "remédios heróicos" da Constituição, e tornando, ao menos, confusa sua aplicabilidade.

Ou seja, esse dispositivo não soluciona a defesa de direitos feridos por ato omissivos para os quais não haja prazo fixado de realização. Na verdade, ao compulsarmos as Emendas posteriormente oferecidas (mais de seis mil) pelos constituintes ao "anteprojeto Cabral", localizamos várias emendas supressivas ao artigo 36, que o cria, como as de n. CS01417-1 e CS03146-8, argumentando-se que a atribuição de funções legislativas supletivas ao Poder Judiciário contraria o interesse público, porque agride o princípio da harmonia e interdependência dos Poderes, constante do art. 3º do anteprojeto, e que a ausência de prazo para a solução da normatização poderá causar dificuldades intransponíveis ao regular funcionamento da Administração.

Há que se convir que tais críticas

são realmente procedentes, pois realmente o Judiciário estaria se submetendo ao Legislativo, ao institucionalizar situações como as descritas ao arripio do próprio princípio de legalidade, mais geral, previsto no art. 12, IV, "a", do anteprojeto.

Por outro lado, o art. 12, XV, do anteprojeto, ratifica o monopólio jurisdiccional do Judiciário com o texto constitucional atualmente vigente (art. 153, § 4º), mas não menciona a possibilidade da lei instituir exigência da exaustão das vias administrativas para o ingresso em juízo, nem o prazo que não poderá ser ultrapassado, para esse fim, na instância administrativa. Diz, singelamente, que "a lei não poderá excluir o apreço do Judiciário em nenhuma lesão de direito".

Não vislumbramos, quer no texto do anteprojeto da Comissão de Sistematização, quer nas milhares de emendas a ele oferecidas, a solução expressa e adequada a proteção do direito do administrado contra a omissão administrativa não regulada, em termos e prazo máximo de tolerância antes do ingresso em juízo, apesar do referido dispositivo ter sido objeto de diversas emendas.

Há, todavia, ao menos uma emenda que, se aperfeiçoada, poderá resolver o problema. Trata-se da Emenda CS01549-5, de autoria do constituinte Paulo Pimentel, que termina a inclusão, entre as alíneas do inciso XV do artigo 12 do anteprojeto, da alínea "y", com os seguintes dizeres:

"y — Quando a ação ou omissão estatal implicar agravo ou impedimento à fruição de um bem jurídico, interesse ou direito abstratamente previstos, caberá ação judicial para fazê-lo valer, ainda que o dispositivo que o contemple dependa de regulamentação. Consideram-se legitimados para propor (sic) a ação aqueles que, pessoalmente, usufrutam do bem jurídico; e as entidades de classe".

Essa norma complementa e se coaduna com o espírito de jurisdição mantido pelo anteprojeto, tratando que se estabeleça de forma clara e expressa o limite máximo além do qual a omissão administrativa seria intolerável, ensejando o mandado de segurança (e não o "mandado de injunção"), dando, portanto, início à fluência do seu prazo decadencial. Mas, sem fechar as portas à possibilidade da legislação ordinária, em casos específicos, fixar prazos para a realização da respectiva atividade do agente administrativo, necessária à fruição do direito, e com a vantagem de impedir demandas na regulamentação de leis aprovadas e sancionadas que dela dependam, ou mesmo que tais leis jamais venham a ser regulamentadas, não (se menos raro) do que se prevê atualmente.

Tal prazo poderia ser fixado, p. ex., em 30, 60, 90, 120 dias; o que a Constituinte decidisse ser o mais adequado.

Teríamos, então, uma redação como esta:

"y — Quando a ação ou omissão estatal implicar em agravar, impedir ou inviabilizar a fruição de bem jurídico, interesse ou direito abstratamente previstos, caberá ação judicial para fazê-lo valer, ainda que o dispositivo que o contemple dependa de regulamentação. Na ausência de disposição legal especial, a omissão administrativa em decidir, despachar e tomar as providências necessárias ao exercício de direitos não poderá ultrapassar o prazo de (30, 60, 90 etc) dias contados da concretização da situação jurídica que determina tais atividades".

Colocando, em dispositivo separado a parte final da emenda, acrescentaríamos a alínea "z":

"z — Consideram-se legitimados para propor a ação mencionada na alínea "y", aqueles que usufrutam do bem jurídico, interesse ou direito agravado; impedido ou inviabilizado pela ação ou pela omissão estatal".

Como se vê, o prazo para despachar, decidir e tomar providências poderá ser fixado pela lei, em cada caso concreto, para mais ou para menos que o paradigma constitucional, para atender à peculiaridades, circunstâncias ou motivos técnicos. Mas isto seria objeto de discussão pelos representantes do povo no legislativo, ficando inegavelmente o melhor defendido o administrado.

Por outro lado, não se obrigaria o Executivo a regulamentar, em prazo, leis que dependam dessa providência para aplicação, a não ser que o próprio projeto do Executivo o faça, pois tal compulsão fere o princípio da harmonia e interdependência dos Poderes. Entretanto, se a ausência de regulamentação deixar, como sugerido, de ser obstáculo para o ingresso em juízo, parece claro que o Executivo não deixará de apressá-lo, agilizando-a para melhor viabilizar e controlar a aplicação da lei.

Como igualmente parece claro que, com a fixação de prazos especiais ou gerais, para despachar, decidir ou tomar providências necessárias para operacionalizar a fruição de direitos, sairá fortalecida a exigência de tais deveres funcionais dos funcionários, evitando ou ao menos reduzindo as humilhantes vias administrativas (ou administrativas em geral) através das repartições, mendigando tais providências e não tem direito, ao procurando usar as influências para "fazer andar o processo", tudo porque, na inexistência de norma geral expressa, alguns funcionários, que, felizmente não são maioria, procrastinam o cumprimento das suas obrigações funcionais, gerando a omissão administrativa prejudicial.

Ai está a sugestão, ainda em tempo, aos nossos Constituintes Livre-Docente de Direito Administrativo da Faculdade de Direito USP e Procurador do Estado.