

André Saddy

SILÊNCIO ADMINISTRATIVO NO DIREITO BRASILEIRO

• Contém análise de ordenamentos jurídicos estrangeiros



SILÊNCIO ADMINISTRATIVO NO DIREITO BRASILEIRO



O GEN | Grupo Editorial Nacional reúne as editoras Guanabara Koogan, Santos, Roca, AC Farmacêutica, Forense, Método, LTC, E.P.U. e Forense Universitária, que publicam nas áreas científica, técnica e profissional.

Essas empresas, respeitadas no mercado editorial, construíram catálogos inigualáveis, com obras que têm sido decisivas na formação acadêmica e no aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e de estudantes de Administração, Direito, Enfermagem, Engenharia, Fisioterapia, Medicina, Odontologia, Educação Física e muitas outras ciências, tendo se tornado sinônimo de seriedade e respeito.

Nossa missão é prover o melhor conteúdo científico e distribuí-lo de maneira flexível e conveniente, a preços justos, gerando benefícios e servindo a autores, docentes, livreiros, funcionários, colaboradores e acionistas.

Nosso comportamento ético incondicional e nossa responsabilidade social e ambiental são reforçados pela natureza educacional de nossa atividade, sem comprometer o crescimento contínuo e a rentabilidade do grupo.

André Saddy

SILÊNCIO ADMINISTRATIVO NO DIREITO BRASILEIRO

- Contém análise de ordenamentos jurídicos estrangeiros



Rio de Janeiro

- A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição, aí compreendidas a impressão e a apresentação, a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo. Os vícios relacionados à atualização da obra, aos conceitos doutrinários, às concepções ideológicas e referências indevidas são de responsabilidade do autor e/ou atualizador.

As reclamações devem ser feitas até noventa dias a partir da compra e venda com nota fiscal (interpretação do art. 26 da Lei n. 8.078, de 11.09.1990).

- Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa

Copyright © 2014 by

EDITORA FORENSE LTDA.

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Travessa do Ouvidor, 11 - Térreo e 6º andar - 20040-040 - Rio de Janeiro - RJ

Tel.: (0XX21) 3543-0770 - Fax: (0XX21) 3543-0896

forense@grupogen.com.br | www.grupogen.com.br

- O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

- Capa: Rodrigo Lippi
Produção: Freitas Bastos

- CIP - Brasil. Catalogação na fonte.
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

S128s

Saddy, André

Silêncio administrativo no direito brasileiro / André Saddy. - Rio de Janeiro : Forense, 2013.

Inclui bibliografia

ISBN 978-85-309-5102-3

1. Direito administrativo - Brasil. 2. Administração pública. I. Título.

13-02267

CDU: 342.9(81)

*Aos meus sobrinhos
Guilherme Gomes Saddy, Helena Tavares Saddy e Fernando Tavares
Saddy.*

AGRADECIMENTOS

No decorrer dos últimos anos, tenho me beneficiado do incentivo, das sugestões, dos contributos, da consideração e, sobretudo, da amizade e do afeto de muitas pessoas.

Pela importância que tem tido na minha vida profissional e acadêmica, devo prestar sinceras homenagens e registrar o meu especial agradecimento ao Prof. Dr. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, com quem aprendo a arte de viver toda vez que nos encontramos.

Também não poderia deixar de mencionar meu eterno mestre, que tão cedo nos deixou, Marcos Juruena Villela Souto. Obrigado pela luz que ainda me traz!

A Paulo César Melo da Cunha, Flávio Amaral Garcia e Aline Paola Correa Braga Camara de Almeida, pela amizade e prestimosa ajuda que sempre me oferecem na discussão de temas de minhas preocupações.

A todos do escritório Rolim, Viotti & Leite Campos - Advogados, em especial aos sócios Cristiano Augusto Ganz Viotti, João Dácio Rolim e Maria João C. P. Rolim, pela oportunidade no meu reingresso ao mercado brasileiro.

Ao Prof. Dr. Fernando Botija, pelo comprometimento com que leva sua vida e pela sempre pronta e amável disponibilidade.

Ao Prof. Dr. Denis J. Galligan, pelo apoio e supervisão nos períodos em que pesquiso na Universidade de Oxford.

Aos colegas e alunos da Universidade Federal Fluminense (UFF) e do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC), pela atenção e carinho no trato acadêmico em sala de aula e fora dela.

Aos companheiros do Centro para Estudos Empírico Jurídico (CEEJ), pela ajuda neste projeto que pretende oferecer uma nova vertente à linha de pesquisa no Direito brasileiro.

A todos os meus amigos e familiares, nunca podendo deixar de mencionar minha mãe, Leonidia Ferreira Arantes, pelo amor incondicional.

NOTA À 1.^a EDIÇÃO

Trata-se de obra pertinente à inatividade formal ou omissão específica da Administração Pública, também conhecida como silêncio administrativo.

Sua pretensão foi dar a conhecer dito instituto à doutrina e jurisprudência brasileira, que tanto o deixaram de lado. Buscou-se abordar a teoria geral do instituto, mas, principalmente, analisar os efeitos do silêncio administrativo no Brasil, ou seja, o silêncio positivo ou concessório e o efeito negativo ou denegatório.

Apesar de não existir uma lei específica sobre o silêncio administrativo no Brasil, este é disposto de forma tímida em alguns diplomas legais.

Além de evidenciar o atual estado de tal instituto no Direito brasileiro, pretendeu-se também suscitar o debate sobre sua função e utilidade na atualidade. Para tanto, se realizou breve análise de ordenamentos jurídicos estrangeiros a fim de possibilitar à figura empreender um caminho próprio no nosso ordenamento.

A. Saddy

MMXIII, fevereiro, Rio de Janeiro, Brasil
andresaddy@yahoo.com.br

PREFÁCIO

André Saddy brilhantemente nos brinda com uma análise minuciosa e fundamental do chamado “silêncio administrativo” no direito brasileiro e na perspectiva do direito comparado. Cuida-se de obra da mais alta relevância para discutir fórmulas de interditar o arbítrio da Administração Pública e fomentar mais eficiência administrativa. Para tanto, inicialmente enfrenta o fundamento axiológico do instituto: o dever de decidir e a exigência constitucional de motivação administrativa. Esse fundamento está associado, como refere o autor, aos princípios constitucionais que presidem a Administração Pública brasileira. Ao historiar as origens do silêncio administrativo no Direito Francês, Saddy refere a importância do Conselho de Estado. Em sua análise, incursiona nos sistemas francês, italiano, espanhol, português, alemão, argentino, boliviano, chileno e peruano. No Brasil, além do campo federal, percorre ordenamentos jurídicos estaduais, para detalhar tratamentos dispensados ao silêncio administrativo e discutir sua natureza jurídica, o centro gravitacional do instituto. Em seu campo analítico entram institutos análogos ao silêncio, mas que com ele não se confundem, tais como o ato implícito ou a inércia (com efeitos preclusivos). Trata-se de uma análise detalhada do assunto.

Tema polêmico, que não escapa ao crivo do autor, diz respeito aos efeitos positivos do silêncio administrativo. Como se sabe, o silêncio pode ser dividido em silêncio negativo (que enseja presunção de denegação de um pleito) ou positivo (presunção de seu acolhimento total ou parcial). Natureza jurídica, consequências (em várias direções), limites, tipos e espécies são tópicos que integram sua abordagem.

Seguramente, um tema importante, que não é trivial, diz respeito à responsabilidade de agentes públicos em face do silêncio administrativo, até mesmo diante da Lei 8.429/1992, eis que resulta claro que o comportamento omissivo pode adquirir magnitude de ofensa a valores e princípios constitucionais, além de direitos fundamentais dos administrados, inclusive traduzindo crime contra a Administração Pública (prevaricação, por exemplo). O Direito Administrativo Sancionador possui uma importância ímpar na consolidação de mecanismos de controle das condutas omissivas de agentes públicos.

A obra ora prefaciada tem um valor inegável por sua utilidade prática e pelas pesquisas que traz sobre um tema árido e pouco explorado no Brasil. André Saddy, cujo doutoramento ocorreu na Universidade Complutense de Madri, versando o tema da discricionariedade administrativa, é talentoso professor/pesquisador, que reúne condições singulares de produção jurídica na linha da inovação e do rompimento de barreiras tradicionais, exatamente o que necessitamos no Brasil. A produção acadêmica, de um modo geral, deveria lançar um olhar sobre as necessidades concretas da comunidade jurídica e da sociedade brasileira. O que esta obra apresenta é uma contribuição de grande valor para uma discussão essencial ao aperfeiçoamento da Administração Pública em nosso País. Ignorar o instituto do silêncio administrativo, com escassa atenção aos seus desdobramentos, seus limites e consequências, é postura, por si só, omissiva e negligente de nossa doutrina. Creio que o presente estudo vem suprir uma lacuna importante, dedicando um olhar agudo à conduta administrativa que, de um modo ou de outro, integra o cotidiano de todos: a omissão, o silêncio e a ineficiência.

Fábio Medina Osório

Mestre em Direito Público
pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.
Doutor em Direito Administrativo
pela Universidade Complutense de Madri.

ABREVIATURAS E SIGLAS

INTRODUÇÃO

PARTE I

SILÊNCIO ADMINISTRATIVO NO DIREITO BRASILEIRO

Capítulo I - DEVERES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E TEORIA DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

- 1.1 Administração Pública e suas formas de exteriorização da vontade
 - 1.1.1 Linguagem escrita como veículo de comunicação administrativa
- 1.2 Dever de decisão e motivação da Administração Pública
- 1.3 Teoria do silêncio administrativo
 - 1.3.1 Origem da teoria
 - 1.3.2 Situação da teoria no Brasil

Capítulo II - CONCEITO E REQUISITOS DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

- 2.1 Conceito e classificação de silêncio administrativo
- 2.2 Divergência em torno da natureza jurídica do silêncio administrativo
- 2.3 Requisitos básicos do silêncio administrativo e seus efeitos
 - 2.3.1 Procedimento administrativo iniciado de ofício ou pelo interessado e o dever legal de decidir
 - 2.3.2 Inatividade formal ou omissão específica da Administração durante determinado período de tempo
 - 2.3.2.1 Solicitação de elementos adicionais para o procedimento (suspensão da contagem do prazo)
 - 2.3.2.2 Prorrogação do prazo
 - 2.3.3 Necessária disposição expressa dos efeitos
- 2.4 Críticas e mecanismos de solução ao silêncio administrativo
- 2.5 Relações entre os princípios constitucionais e o silêncio administrativo
- 2.6 Casos em que não se produz o silêncio administrativo
- 2.7 Silêncio administrativo e a teoria da invalidez dos atos administrativos
- 2.8 Diferenças entre silêncio administrativo e institutos afins
 - 2.8.1 Ato implícito
 - 2.8.2 Inércia administrativa (silêncio preclusivo)

Capítulo III - EFEITOS POSITIVOS DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

- 3.1 Efeitos positivos do silêncio administrativo
- 3.2 Natureza jurídica do silêncio positivo
- 3.3 Fundamento do silêncio positivo
- 3.4 Consequências e limites jurídicos do silêncio positivo
- 3.5 Tipos ou espécies de silêncio positivo
 - 3.5.1 Silêncio positivo próprio

- 3.5.1.1 Zona Franca de Manaus
- 3.5.1.2 Planos e projetos de desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural
- 3.5.1.3 Parcelamento de obrigações pecuniárias vencidas e não pagas
- 3.5.1.4 Parcelamento de débitos devidos em decorrência da aplicação de multas de trânsito
- 3.5.1.5 Reajuste ou revisão das tarifas de delegatários de serviço público
- 3.5.1.6 Baixa nos registros de microempresas e empresas de pequeno porte
- 3.5.1.7 Alterações da razão social e dos sócios
- 3.5.1.8 Renovação de autorizações de uso de radiofrequência
- 3.5.1.9 Aprovação de atos de concentração econômica
- 3.5.1.10 Autorização para execução da obra de ocupação de faixas de domínio
- 3.5.1.11 Acionamento do fundo garantidor pelo parceiro privado nas Parcerias Público-Privadas
- 3.5.2 Silêncio positivo condicionado
 - 3.5.2.1 Licenciamento de obras
- 3.5.3 Silêncio positivo implícito
 - 3.5.3.1 Lançamento por homologação

Capítulo IV - EFEITOS NEGATIVOS DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

- 4.1 Efeitos negativos do silêncio administrativo
- 4.2 Natureza jurídica do silêncio negativo
- 4.3 Fundamento do silêncio negativo
- 4.4 Tipos ou espécies de silêncio negativo
 - 4.4.1 Silêncio negativo próprio
 - 4.4.1.1 Parcelamento de solo urbano
 - 4.4.1.2 Construção e exploração de instalação portuária
 - 4.4.1.3 Primeiro pedido de licença ambiental
 - 4.4.2 Silêncio negativo condicionado
 - 4.4.3 Silêncio negativo implícito
 - 4.4.3.1 Exaurimento da instância administrativa para impetração de Mandado de Segurança
 - 4.4.3.2 Órgão ou entidade depositária do registro ou banco de dados

Capítulo V - CONTROLE ADMINISTRATIVO E JUDICIAL DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

- 5.1 Resolução expressa tardia e revogação dos efeitos do silêncio administrativo
- 5.2 Controle do judiciário em relação ao silêncio administrativo
- 5.3 Prescrição e silêncio administrativo
- 5.4 Responsabilidade do estado em casos de silêncio administrativo

PARTE II

SILÊNCIO ADMINISTRATIVO NO DIREITO COMPARADO

Capítulo I - DIREITO FRANCÊS

- 1.1 Introdução
- 1.2 O silêncio negativo como regra geral
- 1.3 Silêncio positivo
- 1.4 O problema da fundamentação
- 1.5 Possibilidade legal de revogação

Capítulo II - DIREITO ESPANHOL

- 2.1 Introdução
- 2.2 Imprecisões terminológicas
- 2.3 O silêncio positivo como regra geral formal
- 2.4 Silêncio positivo como ato presumido
- 2.5 Natureza jurídica do silêncio negativo
- 2.6 Publicidade do silêncio administrativo

Capítulo III - DIREITO PORTUGUÊS

- 3.1 Introdução
- 3.2 Previsão geral sobre silêncio positivo
- 3.3 Natureza jurídica do silêncio
- 3.4 Necessidade de lei para criar novos casos de silêncio
- 3.5 Admissibilidade da criação de silêncio positivo quando exista discricionariedade
- 3.6 Revogação e nulidade

Capítulo IV - DIREITO ITALIANO

- 4.1 Introdução
- 4.2 Três espécies de silêncio administrativo (duas substanciais e uma formal)
- 4.3 Inexistência de regra geral
- 4.4 Silenzio-assenso (positivo)
- 4.5 Possibilidade de revogação
- 4.6 Proteção legal contra o silêncio

Capítulo V - DIREITO ALEMÃO

- 5.1 Introdução
- 5.2 Utilização de meios contenciosos de reação
- 5.3 Limites ao judiciário
- 5.4 Existência de casos pontuais de silêncio administrativo

Capítulo VI - DIREITO ARGENTINO

- 6.1 Introdução
- 6.2 Natureza jurídica do silêncio administrativo na Argentina
- 6.3 A regra do silêncio negativo como conduta inapta da Administração
- 6.4 Modificações introduzidas pela Lei 25.344
- 6.5 Resolução expressa tardia
- 6.6 Revogabilidade das decisões administrativas

Capítulo VII - DIREITO BOLIVIANO

- 7.1 Introdução
- 7.2 Recursos administrativos e exceção à regra do silêncio negativo
- 7.3 Natureza jurídica do silêncio negativo e positivo
- 7.4 Revogabilidade das decisões administrativas

Capítulo VIII - DIREITO CHILENO

- 8.1 Introdução
- 8.2 Possibilidade de silêncio positivo como regra em casos de denúncia
- 8.3 Ato certificatório
- 8.4 Efeitos do silêncio administrativo

8.5 Invalidação e revogação

Capítulo IX - DIREITO PERUANO

9.1 Introdução

9.2 Âmbito de aplicação

9.3 A regra de silêncio positivo automático

9.4 Previsão genérica de silêncio negativo

9.5 Responsabilidade do funcionário e servidor público

9.6 Texto único de procedimentos administrativos

Capítulo X - DIREITO MEXICANO

10.1 Introdução

10.2 Obrigação de resolver

10.3 Elementos do silêncio administrativo

10.4 Negativa fictícia como regra

10.5 Natureza jurídica da negativa fictícia

10.6 Confissão de mora

CONCLUSÕES

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APÊNDICE - PROJETO DE LEI DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

ABREVIATURAS E SIGLAS

- § - Parágrafo
- AAVV - Vários Autores
- AC - Apelação Cível
- ACP - Ação Civil Pública
- ADC - Ação Declaratória de Constitucionalidade
- ADCT - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
- ADIn ou ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade
- ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
- AG - Agravo de Instrumento
- AGENERSA - Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro
- AGETRANSP - Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro
- AGRAR - Agravo Regimental na Ação Rescisória
- AGRSEL - Agravo Regimental na Suspensão de Execução de Liminar
- AGU - Advocacia-Geral da União
- AI-AgR - Ag. Reg. no Agravo de Instrumento
- AIS - Ações Integradas de Saúde
- ANATEL - Agência Nacional de Telecomunicações
- ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica
- ANP - Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
- apud citado - Significando conforme segundo
- Apud - Na obra de
- Art./Arts. - Artigo/Artigos
- ASEP - Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro
- c/c - Combinado com
- CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica
- Cap. - Capítulo
- CB - Constituição Brasileira
- CC - Código Civil
- CDC - Código de Defesa do Consumidor
- CF - Constituição Federal
- Co. - Company
- Const. - Constituição
- Coord. - Coordenador
- CPA - Código do Procedimento Administrativo
- CPTA - Código de Processo nos Tribunais Administrativos
- CRA - Central de Risco Administrativo
- CRFB - Constituição da República Federativa do Brasil
- CTN - Código Tributário Nacional
- D.O. - Diário Oficial
- dir. - Diretor
- DJ - Diário de Justiça

DJU - Diário de Justiça da União
DL - Decreto-lei
DNAEE - Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica
Dr. - Doutor
E.g. - Egrégio
EC - Emenda Constitucional
ed. - Edição
Et. al. - E outros
Etc. - Etecetera
Ex.: - Exemplo
FGP - Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas
Ibidem ou *ibid* - na mesma obra
idem ou *id* - igualmente a anterior
In - Dentro de
Inc. - Inciso
INPI - Instituto Nacional de Propriedade Industrial
IPI - Imposto sobre Produtos Industrializados
LC - Lei Complementar
LGT - Lei Geral de Telecomunicações
LNPA - Lei Nacional de Procedimento Administrativo
LPA - Lei reguladora de jurisdição contencioso-administrativa
LPAG - Lei de procedimento administrativo geral
LPC - Lei do regime jurídico da Administração Pública e do procedimento administrativo comum
m. - Mês
MERCOSUL - Mercado Comum do Sul
n. - Número
Núm. - Número
Op. cit. - *Opus citatus* (obra citada)
Org. - Organizador
p. - Página
PAES - Parcelamento Especial
Pars - Parágrafo
PL - Projeto de Lei
pp - Página
PPP - Parceria Público-Privada
Rel. - Relator
RESP - Recurso Especial
RMS - Recurso em Mandado de Segurança
ROMS - Recurso Ordinário em Mandado de Segurança
S.A. ou S/A - Sociedade Anônima
Sr. - Senhor
ss. - Seguintes
STA - Supremo Tribunal Administrativo
STF - Supremo Tribunal Federal
STJ - Superior Tribunal de Justiça
SUFRAMA - Superintendência da Zona Franca de Manaus
TRF - Tribunal Regional Federal
TUPAs - Texto Único de Procedimentos Administrativos
v. - Versus
v. - Volume
Vol. - Volume

INTRODUÇÃO

Indiscutivelmente, o crescimento exagerado da máquina estatal, a falta de controle sobre seus agentes e o excesso de assuntos para que um único agente resolva fazem com que, hodiernamente, generalize-se uma omissão administrativa que, por conseguinte, gera um Estado impotente e ineficaz¹.

A omissão ou inatividade administrativa é uma prática perniciosa detectável em todos os âmbitos da Administração e estreitamente arraigada na consciência dos agentes públicos. Entende-se que o volume físico, as dificuldades de tramitação e os problemas intrínsecos aos procedimentos administrativos existem, mas tais não podem ser utilizados como desculpas para o mau funcionamento da Administração.

O direito administrativo adaptando-se a este tipo de situação criou uma importante figura: o silêncio administrativo. Trata-se de uma resposta ao fato do particular não poder ficar indefinidamente em um limbo jurídico por um “não atuar” da Administração. No entanto, o silêncio administrativo não descansa apenas na presunção de uma resposta, mas, também, em alguns ordenamentos, na possibilidade de acudir a ação contenciosa-administrativa, pois, em tais sistemas, não se admite demanda caso não se esgote previamente a via administrativa e, para tanto, precisa a Administração manifestar-se. Dessa maneira, a ausência de resposta por parte da Administração ocasiona a impossibilidade de revisar judicialmente a omissão administrativa, dada a inexistência de ato administrativo².

Inicialmente, o silêncio não comporta declaração de vontade, não tem qualquer significado. Há, porém, exceções, porque o ordenamento jurídico, eventual sentença e até mesmo certos contratos outorgam algum valor determinado ao silêncio ou porque a conduta passiva do sujeito possa inferir a existência de uma vontade.

A existência da “declaração silenciosa de consentimento”, por exemplo, demonstra que eventual omissão de resposta pode significar, juridicamente, a aceitação de uma oferta previamente formulada. De certa forma, foi toda a concepção e ideias desenvolvidas a respeito desse fenômeno que originou a Teoria do Silêncio Administrativo.

São muitos os países que não estabelecem consequências jurídicas para casos de omissão da Administração no que concerne a resolver um procedimento. E, quando assim é, o interessado fica de mãos atadas, indefeso, porque basta a Administração não decidir, por conseguinte, silenciar-se, que o particular poderá, por exemplo, deixar de exercer determinado direito.

Os sistemas jurídicos que estabelecem, normalmente, consequências jurídicas para a omissão administrativa, assim o fazem porque possuem uma configuração revisora no sentido de existir necessariamente um “ato prévio” como pressuposto processual exigível para acessar o Judiciário, o que não é o caso do Brasil. O regime do silêncio administrativo foi um mecanismo encontrado por tais sistemas para lograr que dito requisito não constituísse um atentado aos direitos a obter a revisão jurisdicional da atuação administrativa, que pode efetivamente ocorrer caso o ordenamento jurídico não o preveja, dessa maneira, ferindo a ideologia da tutela jurisdicional efetiva.

Foi, portanto, na tentativa de eliminar tão cruel efeito que muitos sistemas jurídicos, começando pelo francês, presumiram que, apresentada uma petição, solicitação, reclamação ou recurso e cumpridos determinados requisitos sem que a Administração dite um ato expresso, produzir-se-ia um ato presumido. Deste modo, em determinadas ocasiões, ante a ausência de uma vontade administrativa expressa, a lei substituía, por si mesma, essa vontade inexistente, ou seja, presumiam-se certos efeitos – ora negativos/denegatório, ora positivos/concessórios (silêncio negativo e positivo, respectivamente).

Em atinência ao tema enunciado por ora, os objetivos da presente obra focalizaram-se em analisar ambos os efeitos do silêncio administrativo no Brasil e demonstrar que, apesar de não existir uma lei específica sobre silêncio, este é disposto de forma inibida em alguns diplomas legais. Também se desejou individuar as distintas posições que se formaram em diferentes ordenamentos, com relação à diversidade de opiniões quanto à possível conexão (e sua intensidade) entre declaração de vontade e silêncio. Ao final, procurou-se averiguar as vantagens e desvantagens de um sistema que possua uma lei que trate especificamente sobre o silêncio administrativo e leis complementárias de caráter setorial que ofereçam certas peculiaridades em relação ao silêncio.

Sendo assim, considerou-se de interesse elaborar a presente obra no intuito de ajudar os profissionais no Brasil a minimizarem o mal da omissão administrativa. Não se tem, porém, a pretensão de esgotar o assunto, mas deseja-se introduzir o tema para incentivar futuras pesquisas e quiçá animar o legislador a proteger positivamente o particular das mazelas da Administração. A pretensão é trazer ao leitor uma obra ágil, simples e de rápida consulta de maneira que o leitor possa concluir da obra o fundamental da figura, seu alcance, conteúdo, além, é claro, de estabelecer por si mesmo seus prós e contras.

Para tanto, tentar-se-á responder a uma série de perguntas, tais como - o silêncio administrativo é um ato ou um fato administrativo? Quais as consequências disto? Pode o juiz atribuir ao silêncio determinado efeito, ainda que a lei não o tenha previsto? A falta de despacho nos recursos interpostos nos processos administrativos importará, tacitamente, na confirmação da decisão? Como se regula a mora administrativa a partir do Direito e do sistema positivo brasileiro? Entre muitas outras.

Ressalta-se que o trabalho, além de analisar um conjunto complexo de problemas e buscar passar uma visão didática do tema, intencionou pensar na prática administrativa, sobretudo nos problemas que a omissão administrativa causa ao particular.

No desenvolvimento do estudo, optou-se por uma metodologia que engloba fórmulas descritivas, indutivas, dedutivas, *ad auctoritate*, comparativas e documentais. Por vezes, são relatados conceitos de publicistas renomados - alguns e não todos - procurando-se extrair-lhes um corte nuclear comum. Outras vezes, parte-se de noções gerais para específicas. Também se analisa o regime do silêncio administrativo em outros ordenamentos jurídicos, tudo, com o intuito de tornar mais seguras as conclusões.

Para os efeitos expostos, estruturou-se a presente obra em duas partes. Assim, a primeira parte é composta de cinco capítulos. No primeiro capítulo, buscou-se demonstrar o dever de decisão da Administração Pública, a origem da teoria do silêncio administrativo e a atual situação desta no Brasil. No capítulo seguinte, definiu-se silêncio administrativo, além de enunciar seus requisitos e diferenciá-lo de outros institutos afins. O terceiro e quarto capítulos tratam, respectivamente dos efeitos jurídicos positivo e negativo do silêncio administrativo, enumerando em cada qual uma série de casos. O quinto capítulo, último da primeira parte, refere-se ao controle administrativo e judicial, além de tratar da responsabilidade do Estado em casos de silêncio administrativo.

A segunda parte analisa o regime do silêncio administrativo em ordenamentos jurídicos estrangeiros, entre eles: francês, espanhol, português, italiano, alemão, argentino, boliviano, chileno, peruano e mexicano. A opção pelo estudo desses ordenamentos estrangeiros funda-se em várias razões. Por um lado, são ordenamentos que, na sua maioria, têm profunda relação com o brasileiro. Por outro lado, o tema tem sido tratado com exatidão em ordenamentos como o espanhol, italiano e francês, em especial, no primeiro, o qual possibilitou diferentes tratamentos e soluções no Direito ibero-americano. A Argentina vale analisar por ser o principal parceiro comercial do Brasil no Mercado Comum do Sul (MERCOSUL). A Bolívia foi analisada por conta das recentes transformações vividas na sua ordem constitucional. O Chile é um país com enormes peculiaridades dentro da América Latina, valendo seu estudo para entender os avanços que lá se teve. O Peru é referência mundial no que diz respeito à normatização do silêncio. Por fim, o México foi estudado por sua aproximação ao modelo espanhol e ao norte-americano. Cabe, também, mencionar o caso alemão, que se afigura como uma exceção em comparação aos outros ordenamentos analisados. Sua resposta ao silêncio administrativo é totalmente diferente em relação àquela dos demais países e muito se assemelha à realidade brasileira atual. Por isso sua análise.

Ao final, com o objetivo de diminuir a distância entre o estudo realizado e a realidade legislativa do Brasil, junta-se ao trabalho um apêndice com uma proposta legislativa que visa a regulamentar o silêncio administrativo.

Ainda no âmbito da introdução, faz-se importante esclarecer que, em benefício da clareza, primou-se que o texto tratasse dos pontos principais que compreendem a matéria, reservando-se para as notas de rodapé as referências complementares, assim, disponibilizando ao leitor mais interessado, sempre que a citação permita, a rápida localização das fontes.

Elucida-se que o trabalho tratará, essencialmente, do Direito brasileiro e que as abordagens "comparativas", em momento algum, têm a presunção de realizar uma análise de direito comparado, mas tão somente trazer ao leitor uma ideia geral de diferentes ordenamentos para melhor compreender o assunto, além de visualizar peculiaridades e diferenças destes com nosso ordenamento.

Ademais, estão contidas, nas notas de rodapé, as jurisprudências do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais (das cinco

regiões) analisadas até o dia 31 de maio de 2012. Isso feito tendo-se a intenção de ilustrar a problemática estudada em casos concretos, bem como de fundamentar determinados entendimentos conforme a prática judiciária.

Por fim, vale ressaltar que também se reservou às notas de rodapé a inclusão de todos os artigos legais citados, tudo com o intuito de facilitar ao leitor sua verificação e desonerá-lo da incumbência de buscar o dispositivo legal em fontes aleatórias.

Quanto à terminologia empregada, torna-se importante, já na introdução, esclarecer a existência de conceitos diversos sobre o mesmo fenômeno, pois se utiliza silêncio administrativo, ato presumido, entre outras. A rigor, existem diferenças e os porquês de tais terminologias, as quais são abordadas ao longo do trabalho, no entanto todos reportam a um mesmo fenômeno, apesar disso, utiliza-se, neste estudo, a expressão silêncio administrativo por parecer mais adequada.

O mesmo ocorre com a terminologia silêncio positivo e silêncio negativo, que têm como sinônimos termos como deferimento tácito, indeferimento tácito, efeito concessório, efeito denegatório, entre outros. Apesar da imprecisão vocabular, pois o mais correto seria empregar a expressão “efeitos positivos do silêncio” e “efeitos negativos do silêncio”, adota-se, aqui, salvo quando de citações literais de autores ou de jurisprudência, a terminologia silêncio positivo e silêncio negativo.

Entende-se, também, ser a omissão administrativa sinônimo de inatividade administrativa, que engloba tanto a inércia e a passividade como a atuação ineficaz ou tardia (carente de diligência e prontidão) da Administração Pública. Encontram-se, nessa concepção, tanto a ideia de ausência total de atividade como a atividade deficiente.

Deve-se, do mesmo modo, desde já, esclarecer que o uso da expressão Lei Federal nada tem que ver com a distinção que se costuma fazer em relação às Leis Nacionais. Tal diz respeito única e exclusivamente ao fato dessa ter sido promulgada em âmbito federal.

Por fim, registra-se que o trabalho busca modestamente agregar valor à literatura brasileira existente. Seu intuito maior é propiciar ao particular mais mecanismos de salvaguarda perante a Administração e oferecer a esta diferentes modos de melhor administrar suas funções.

¹ Vale lembrar a ideia do “desgoverno”. ALEJANDRO NIETO (NIETO, Alejandro. *La nueva organización del desgobierno*. Madrid: Ariel, 1997. p. 9) define tal como a ação deliberada da classe política e de muitos agentes públicos de que as instituições, entre elas, a Administração, não funcionem como a coletividade deseja, assim, a corrupção e outras formas de atuação desonestas ficam garantidas. Afirma o autor (ibidem, p. 10) que a causa do desgoverno radica na: “organización de un aparato y de un sistema normativo que impiden necesariamente el buen funcionamiento de la cosa pública. Más todavía. Para asegurar el desastre se establecen mecanismos de contraorganización a través de los cuales se consigue distorsionar o paralizar una organización que, de no ser así, actuaría aceptablemente”.

² Não confundir o silêncio administrativo que se dá em sede administrativa com a omissão administrativa em âmbito judicial. A Administração também pode omitir-se, por meio da inatividade, na tramitação de processos judiciais. Refere-se, entre outras atividades, ao não envio de expediente administrativo, à não oposição à solicitação de medidas cautelares contra si, à não contestação das iniciais, à não participação na etapa probatória, à não apresentação de informes, etc. Tal omissão deveria ser tomada como uma presunção de arbitrariedade. A indiferença administrativa, em sede judicial, deve ser tida como contrária ao direito, devendo-se aplicar o que a lei processual afirma para cada caso, e ocorrendo essa omissão dever-se-ia estimar que a parte contrária assista de um bom direito, desse modo, a tutela judicial efetiva seria respeitada e se estimularia uma atuação administrativa positiva tanto em via administrativa como em via judicial.

.....

PARTE I

SILÊNCIO ADMINISTRATIVO NO DIREITO BRASILEIRO

DEVERES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E TEORIA DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

1.1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SUAS FORMAS DE EXTERIORIZAÇÃO DA VONTADE

Administração Pública é uma organização destinada ao serviço da sociedade, do bem comum e dos interesses públicos. Essa característica legitima a atribuição à Administração de um conjunto de poderes, faculdades e prerrogativas de direito público. Tais atribuições são os instrumentos necessários para que a Administração possa desempenhar a função que tem constitucionalmente encomendada: estar a serviço da coletividade. Sem tais atribuições o Estado não poderia alcançar os fins aos quais se destina¹.

O exercício da função administrativa que, em sua essencialidade, é exercida pelo Poder Executivo passa por múltiplas formas de ações. Podem ser deonticas ou não deonticas, ambas relevantes ao Direito. As inseridas no plano do dever ser, com produção de alterações no ordenamento e uso de linguagem diretiva, são as ações deonticas; e todas as restantes que estão no plano do ser, sem produção de alterações no ordenamento e sem o uso de linguagem diretiva, seriam as ações não deonticas².

A avaliação da função administrativa na distinção entre ações deonticas e ações não deonticas separa normas e decisões administrativas de todos os restantes comportamentos administrativos (como, por exemplo, opiniões, justificações, condutas técnicas meramente reprodutivas de normas ou decisões), sendo sua junção o conjunto de todas as condutas passíveis de serem realizadas pela Administração Pública.

Tais condutas podem ser exteriorizadas de distintas formas: expressamente, implicitamente (ou tacitamente) e presumidamente. A ação é a forma habitual de exteriorização da conduta; trata-se de um movimento comissivo, ou seja, comportamento positivo, diferente da omissão, a qual se caracteriza pela inatividade, pela abstenção em relação a algo ou alguém, podendo ela ser genérica, quando inexiste um dever de agir; ou específica, quando tal dever existe.

Segundo Manuel Gómez Puente³, é por meio da ação que o Estado cumpre suas funções, logo, a vocação dinâmica, chamada, na Espanha, de atividade da Administração Pública, insere-se na própria natureza instrumental que se deduz de sua localização institucional na distribuição constitucional do poder público. Desse modo, promover, remover, facilitar ou servir, conforme o autor, são verbos que expressam a ideia de atividade administrativa. Já a inatividade (ou omissão), portanto, é um comportamento que contradiz esta vocação dinâmica e a própria natureza de uma organização instrumental que, permanecendo inerte, não dá cumprimento aos objetivos que explicam sua existência. Sendo assim, o conceito de inatividade, para o autor, como hábito, pode ser definido por oposição ao que deveria ser seu comportamento normal: a realização ordinária das tarefas que lhe são encomendadas: a atividade.

Ambas (ação e omissão) são capazes de produzir consequências jurídicas e representam o aspecto físico, objeto da conduta administrativa, sendo a vontade o seu aspecto subjetivo. Desse modo, silenciar-se é a ausência de manifestação da vontade, logo, não se trata de mais uma categoria dentre as formas de exteriorização da vontade. Tais formas, por conseguinte, podem conceder efeitos ao silêncio administrativo⁴.

Assim, quando a Administração se manifesta de maneira expressa, estará ela exteriorizando sua vontade de maneira direta, clara e contundente, seja por meio da forma oral, escrita ou por signos. O silêncio apenas poder-se-á constituir de forma expressa quando as partes envolvidas em determinada circunstância acordarem que a passividade (silêncio) de uma delas, durante determinado período de tempo, teria um significado de consentimento concreto. Em tal caso, a atitude passiva poderia constituir-se em uma forma expressa de exteriorização da vontade⁵.

Existirá manifestação tácita ou implícita sempre e quando, respectivamente, a vontade administrativa derivar de fatos ou circunstâncias que permitem entender de maneira indireta que existe a vontade, ou quando se deduz de condutas expressas não dirigidas diretamente a determinado fim ou vontade. O silêncio poderá existir de forma tácita quando a norma limita-se, por exemplo, a fixar prazo sem indicar as consequências. Há, então, de

perquirirem-se os efeitos, que normalmente serão negativos.

Por fim, a declaração presumida é a que deriva diretamente da lei. A vontade presume-se existente e a lei impõe as consequências de tal conduta. Neste sentido, o silêncio também pode existir como declaração presumível, desde que a lei o preveja. O ato presumido, derivado deste tipo de manifestação é aquele que se produz na sequência de um silêncio administrativo mantido durante um determinado período temporal.

Definitivamente, não seria correto enquadrar o silêncio como uma categoria a mais de exteriorização da vontade.

1.1.1 Linguagem escrita como veículo de comunicação administrativa

A linguagem é um fator fundamental de formação da consciência e confere ao homem a capacidade de duplicar o mundo perceptível, assegurar o processo de abstração e generalização, bem como ser veículo fundamental de transmissão e informação. É ela constituída por elementos que podem ser gestos, sinais, sons, símbolos ou palavras, usados para representarem conceitos de comunicação, ideias, significados e pensamentos. Suas funções biológica e cerebral permitem a qualquer ser humano adquirir e utilizar uma língua, dessa maneira, distinguindo-o dos outros animais. Em virtude desta capacidade, o ser humano desenvolveu as linguagens oral, escrita e de sinais⁶.

Importa-nos, aqui, a linguagem escrita, pois é, por meio dela, que o administrador concede qualquer petição, solicitação ou reclamação ao administrado. É fato que, ao escrever, elabora-se um ato de linguagem com a finalidade de interagir com o receptor - o foco permanente da comunicação. É fundamental que, com esse propósito, o texto defina-se como unidade semântica e sintática em que todos os elementos mantenham as relações de dependência, indispensáveis à compreensão⁷.

O ser humano pensa em palavras ou interpreta imagens e sensações por meio de palavras, dando forma às ideias, sendo fácil perceber que o leque de situações, imagens e sensações sempre é maior que o número de palavras existentes. Assim, não é diferente com a Administração, que deve, a partir da palavra, transpor ao texto escrito sua posição, decisão ou desejo de forma semântica e sintática.

Portanto, diante da postulação de qualquer administrado, seja pessoa jurídica ou física, tem a Administração o dever de apreciar e expressamente decidir de forma clara e compreensível. Não se trata de decidir por decidir, tem ela a obrigação de decidir, conceder, responder o pleiteado, o solicitado, o requisitado ou o recorrido. É assim, não apenas por conta da nova configuração contemporânea do Estado, mas também pelo já consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), de 1988.

Os princípios da legalidade, da publicidade e da moralidade administrativa, consagrados no art. 37, *caput*, da CRFB e o princípio da motivação dos atos administrativos, implícito nas garantias constitucionais do direito ao recebimento de informações dos órgãos públicos (art. 5.º, XXXIII, da CRFB), direito de petição (art. 5.º, XXXIV, *a* e *b*, da CRFB), amplo acesso ao Judiciário (art. 5.º, XXXV, da CRFB), direito ao contraditório e a ampla defesa nos processos administrativos e judiciais (art. 5.º, LV, da CRFB) e o direito a uma razoável duração dos processos administrativos e judiciais (art. 5.º, LXXVII, da CRFB) garantem, atualmente, o direito de resposta da Administração⁸.

1.2 DEVER DE DECISÃO E MOTIVAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O inciso LXXVIII, do art. 5.º, da CRFB, acrescentado pela EC 45, de 8 de dezembro de 2004, garante a duração razoável do processo administrativo e de meios que assegurem a celeridade de sua tramitação.

Atualmente, dispõe o art. 5.º da Lei Federal 12.527, de 18 de novembro de 2011, como dever do Estado, garantir o direito de acesso à informação e esta deve ser franqueada mediante procedimento objetivo e ágil, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão.

Tem-se, também, o art. 1.º da Lei 9.051, de 18 de maio de 1995, que afirma o dever de expedir, no prazo improrrogável de 15 dias, contado do registro do pedido no órgão expedidor, quaisquer certidões para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações, requeridas aos órgãos da administração centralizada ou autárquica, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às fundações públicas da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

Por sua vez, além de garantir procedimentos céleres, transparentes e com linguagem de fácil compreensão e um prazo improrrogável para a expedição de certidões, estipula, o art. 48 da Lei Federal 9.784, de 29 de janeiro de 1999, regular o dever da Administração de decidir expressamente no processo administrativo no âmbito da Administração Pública

Federal. O art. 49 dispõe, inclusive, que, concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até 30 dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada⁹. Significa que a conclusão dos procedimentos administrativos não pode ser postergada indefinidamente.

A mesma Lei Federal impõe, também, a obrigação da Administração de motivar suas decisões, em determinadas hipóteses, indicando os fatos e os fundamentos jurídicos (art. 50)¹⁰.

Resultaria sem efeitos práticos a existência do direito de petição consubstanciado na faculdade de dirigir-se aos Poderes Públicos por meio de petição, para defender-se de direitos ou demonstrar ilegalidades ou abuso de poder¹¹, se não existisse o direito ao recebimento de informações dos órgãos públicos, ou melhor, o direito de acesso à informação, bem como o direito de resposta da Administração em um tempo razoável, caso contrário, estar-se-ia ferindo o direito ao contraditório e à ampla defesa¹².

Não se pode confundir, porém, o dever de garantir acesso à informação com o dever de decidir e de pronunciar-se. O acesso à informação independe de requerimento. O Poder Público tem o dever de divulgar, em local de fácil acesso, no âmbito de sua competência, informações de interesse coletivo ou geral por ele produzidas ou custodiadas. A regra, portanto, é o acesso livre à informação, apenas quando essa não tiver sido divulgada é que o particular poderá requerer a mesma. Tal dever precede o dever de decidir ou de pronunciar-se, eles apenas estarão vinculados se alguém interessado apresentar pedido de acesso à informação.

Além disso, decidir e pronunciar não são a mesma coisa. Toda decisão é uma pronúncia, mas nem toda pronúncia consubstancia uma decisão. Significa dizer que a Administração pode pronunciar-se sobre diferentes assuntos que são submetidos à sua consideração sem proferir, necessariamente, uma verdadeira decisão. Dessa maneira, sempre que a lei cominar um dever de decisão estará impondo, implicitamente, um dever de pronúncia, mas já o inverso não é verdade. Por isso, os pressupostos para a exigência de cada um são distintos. A pronúncia depende apenas de dois pressupostos: a submissão de um assunto à consideração do órgão competente e que essa submissão tenha sido feita por parte de um interessado dotado de legitimidade procedimental. Diversamente, a operacionalidade da decisão assenta num conjunto mais exigente de pressupostos que seriam: a apresentação de um pedido por parte de um interessado dotado de legitimidade procedimental; realizada perante um órgão competente; que a pretensão seja inteligível e tempestiva; e vise a defender direito ou interesse próprios e atuais do requerente¹³.

Há, ainda, alguns autores que preferem fazer uma distinção entre “dever formal de decidir” e “dever substantivo de decidir”, correspondendo o primeiro à obrigação de emitir qualquer resposta à pretensão do particular; e o segundo, à necessidade de responder ao problema de fundo colocado pelo administrado¹⁴.

Independente de tais distinções, o dever de decisão, consubstanciado na legislação brasileira, protege igualmente a pessoa física e a jurídica. Essa proteção ocorre até mesmo quando diante de situação em que o órgão já tenha decidido. Apesar de não ser obrigado a decidir novamente, pode existir o dever de decidir, pois as circunstâncias da decisão podem mudar com o tempo, principalmente, se a decisão for discricionária. Inclusive, cabe mencionar que, mesmo diante de atuações discricionárias, a Administração tem o dever de responder¹⁵.

Por conseguinte, o direito de resposta, tendo em vista os princípios da legalidade, da publicidade (em sua vertente da transparência) e da motivação, exige que a Administração expresse, por escrito e em prazo razoável, de maneira eloquente, o “porquê” de seus atos. Fazem-se necessárias, portanto, as razões de todos seus comportamentos, não bastando que exista um motivo para a atuação administrativa, sendo preciso sua enunciação, ou seja, sua motivação¹⁶, caso contrário, estará implicando um cerceamento de defesa do administrado, ferindo direitos que lhe são fundamentais, além de tornar impossível o controle da Administração¹⁷. Ademais, a inafastabilidade da prestação jurisdicional confirma a impossibilidade de admitir-se o silêncio como um comportamento administrativo sustentável, pois possuiria essa uma ausência de motivação a qual acarretaria um óbice à apreciação judicial.

A motivação deve ser, sempre que possível, explícita, suficiente, clara e congruente¹⁸. Somente por esse meio se possibilita a verificação da lógica do ato e a coerência dos critérios utilizados como fundamento para sua prática. Caso o administrador não motive, não se tem como realizar qualquer controle da sua atuação.

Assim sendo, é tendencioso sustentar que quaisquer que sejam os efeitos do silêncio administrativo poderá este ser impugnável e anulável com fundamento na falta de motivação.

Exige-se, portanto, que a Administração não apenas resolva o procedimento

administrativo, mas também que o resolva dentro do prazo e de forma justificada, visto que a Administração tem, frente ao cidadão, não só o dever constitucional de resolver motivadamente, porém, igualmente, o dever de realizá-lo em um prazo razoável, expressão que deve ter em conta o caso concreto, ou seja, as circunstâncias referidas nas diversas capacidades de trabalho e eficiência dos funcionários competentes¹⁹.

Não cabe dúvida, assim, de que a Administração pode não cumprir com a obrigação de resolver, simplesmente, guardando silêncio. Precisamente, nessa situação, entra em jogo, junto à possível exigência de responsabilidade do Estado, o instituto do silêncio administrativo. Os efeitos jurídicos que derivam do não cumprimento, por parte da Administração, de sua obrigação de resolver motivadamente, no prazo máximo estabelecido por lei, fazem surgir o instituto²⁰. Em efeito, todo e qualquer ordenamento jurídico deve conter medidas para que, nos casos de passividade administrativa, o administrado não fique indefeso, à mercê da Administração.

1.3 TEORIA DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

1.3.1 Origem da teoria

A teoria do silêncio administrativo tem sua origem no sistema contencioso-administrativo francês, mais precisamente na denominada *decision préalable*, ou seja, na regra da decisão prévia²¹. A Lei 16-24, de agosto de 1790, impediu que os Tribunais comuns (Judiciário) conhecessem dos litígios nos quais fosse parte a Administração. Tal vedação ocorreu porque se criou uma jurisdição administrativa (Tribunal administrativo), obrigando que toda reclamação dos administrados contra a Administração fosse julgada pela própria Administração.

Com o restabelecimento do *Conseil d'Etat* francês e sua configuração de jurisdição não judicial, a regra da decisão prévia foi-lhe aplicada. Dessa forma, o recurso contencioso-administrativo foi consagrado como um processo relacionado ao ato em que se protegia a legalidade objetiva. Bastava, portanto, que não existisse ato para que o reclamante ficasse à mercê da Administração.

Por isso, ante tal perigo, ou seja, diante do fato de não haver ato prévio a impugnar e, conseqüentemente, impraticável qualquer revisão judicial, surgiu a doutrina do silêncio administrativo.

A outorga de efeito jurídico, no entanto, ocorreu apenas com o Decreto de 02 de novembro de 1864, também editado na França, pelo qual seriam consideradas negadas todas as pretensões dirigidas aos ministros que, no prazo de quatro meses, não obtivessem resposta (art. 7.º). Da mesma forma, tal técnica foi prevista no Decreto de 16 de março de 1880, sobre as eleições ao conselho Superior de Instituições Públicas e aos Conselhos Acadêmicos e na Lei de 05 de abril de 1884 relativa às eleições municipais. Posteriormente, a Lei de 17 de julho de 1900, no seu art. 3.º, estendeu o tratamento jurídico a todos os reclamos veiculados perante qualquer órgão da Administração Pública francesa. Assim, transcorridos quatro meses sem qualquer pronúncia por parte da Administração, presumia-se, por lei, que a pretensão do particular fosse denegada, o que permitia a este promover contra tal denegação os correspondentes recursos jurisdicionais. Nascia, assim, o silêncio negativo²².

Por meio dessa criação francesa, os países ao seu entorno aplicaram-na de maneira distinta. Na Itália, por exemplo, os precedentes do silêncio administrativo encontram-se no *Consiglio di Stato* que utilizou, inicialmente, a noção de *silenzio-rifiuto* nas decisões de 02 de março de 1894 e de 22 de agosto de 1902. Positivamente, foi uma Lei Comunal e Provincial, o *Regio Decreto*, de 3 de março de 1934, n.º 383, que consagrou a técnica do silêncio administrativo em seu art. 5.²³

Na Espanha, assim como na França, o regime administrativo apenas admitia a possibilidade de recurso se existisse ato, logo, sem ato administrativo, não existia processo contencioso-administrativo, mas curiosamente, na Espanha, a técnica do silêncio administrativo não aparece com o surgimento do sistema do contencioso-administrativo. Esta técnica instaurou-se apenas com o Real Decreto de 20 de setembro de 1851 (arts. 6.º e 7.º). No entanto, apenas passou a ter caráter geral com o Estatuto Municipal, de 08 de março de 1924, também conhecido como Estatuto Municipal de Calvo Sotelo.

Na Alemanha, desconheceu-se a técnica do silêncio administrativo tal e qual foi concebida pelo legislador francês. Apesar de originariamente a justiça administrativa estar situada dentro da própria Administração, com a discórdia da doutrina alemã conseguiu-se que o particular tivesse a garantia de uma instância revisora judicial e independente da Administração. No ordenamento jurídico alemão, prevaleceu a ideia de um sistema de controle absoluto da Administração pelos Tribunais, permitia-se a impugnação jurisdicional

direta da passividade administrativa mediante a “demanda por omissão” (*Untätigkeitsklage*). Tal era permitido em todos os casos em que a Administração tinha obrigação de resolver²⁴.

No Brasil, como se poderá observar no próximo tópico, não há, até a presente data, diploma legal estabelecendo um efeito genérico ao silêncio administrativo. Tal situação, sem dúvida, provoca uma manifesta insegurança para os cidadãos ante a passividade administrativa. Por esta razão reclama-se uma instituição de caráter geral do silêncio administrativo, mesmo existindo, no Brasil, o princípio da jurisdição una, em que toda e qualquer ameaça a direito pode vir a ser ajuizada. Portanto, o modelo de justiça administrativa implantado no Brasil é judicialista, ou seja, o controle, tanto da comissão como da omissão administrativa, é encomendado a órgãos judiciais. Diversamente de outros sistemas, o brasileiro não obriga que exista um ato prévio para dirigir-se ao Judiciário, daí porque a “falta de atenção” ao instituto do silêncio administrativo²⁵.

Apesar da via administrativa em muitos países possuir um caráter obrigatório, sendo um requisito de admissibilidade do recurso contencioso-administrativo, vem-se observando uma tendência à sua eliminação. É certo que foi tal caráter que deu vitalidade à técnica do silêncio administrativo. No entanto países como França e Itália já não possuem tal caráter obrigatório, mas sim “facultativo” dos recursos. A via administrativa como pressuposto processual é, nos países que ainda a possuem, Espanha, por exemplo, duramente criticada. Mesmo sendo “facultativa”, a técnica do silêncio administrativo segue sendo necessária, pois a Administração não se abstém do dever de responder às petições, solicitações, requerimentos ou reclamações dentro dos prazos legais.

1.3.2 Situação da teoria no Brasil

Apesar de ser, como já enunciado, um assunto carente de atenção no Brasil, na prática, a doutrina do silêncio administrativo possui um relevo extraordinário. Basicamente, o que se observa na doutrina brasileira é o atrelamento à discussão em torno do direito de indenização ao prejudicado à luz da teoria do desvio de poder/abuso de poder e a natureza jurídica do silêncio administrativo²⁶. Alguns admitem ser o silêncio uma “substituição” da manifestação da vontade estatal, o que, em certas hipóteses, acarretaria a equivalência à declaração do Estado, tendo-se, desse modo, a natureza de ato administrativo. Outros a admitem como um mero fato administrativo, não como uma declaração, nem mesmo uma pronúncia, mas algo que simplesmente ocorre. Há, também, quem o veja como ato tácito ou ato presumido²⁷, estabelecido como tal pela legislação²⁸.

Entende-se que quem silencia, nada diz, nada enuncia, nada manifesta, não declara. Significa que não existe, propriamente, manifestação de vontade, não podendo ser o silêncio administrativo configurado como ato. Isso não significa, porém, que o silêncio possua natureza de fato administrativo. São fatos administrativos toda conduta comissiva ou omissiva capaz de produzir efeitos jurídicos e cuja realização não influi de modo direto e imediato na vontade da Administração, ou seja, é o acontecimento que se produz sem a intervenção da vontade administrativa, mas que produz efeitos jurídicos a ela. Na verdade, o que existe é uma omissão administrativa que, dependendo do efeito jurídico concedido, possuirá natureza jurídica distinta, como se poderá visualizar avante.

Independente da natureza jurídica que possua, repudia-se a existência do silêncio administrativo, não só por não se conseguir cumprir com os deveres constitucionalmente consagrados, mas, também, pelas novas concepções do Estado Pós-Moderno. Desse modo, essa omissão da Administração deve ser extirpada, pois considera-se desvio de poder²⁹/abuso de poder³⁰. Sua prática pela Administração deve ser abandonada, senão, caso utilizada, deve ser condenada pelos prejuízos causados aos administrados.

Conquanto seja um instituto repudiado, quando algum efeito lhe é dado, não há necessariamente uma inconstitucionalidade.

Vale ressaltar, no entanto, que o silêncio administrativo, a princípio, não é inconstitucional. Trata-se, sim, de prática abusiva, de um mal que deve ser reprimido, afinal, não pode o administrador servir-se de suas prerrogativas para ferir direitos do administrado. Entende-se, que a inconstitucionalidade apenas sobrevirá caso a previsão de um regime de silêncio com efeitos positivos ou negativos ofenda um valor constitucionalmente protegido³¹.

É inadmissível a arbitrariedade do administrador público. É bom lembrar que a Administração não pode assegurar ao Poder Público a prerrogativa de não se manifestar, ficando inerte ou silenciado sobre qualquer petição, solicitação, requerimento ou reclamação.

Por estar estabelecido o dever de decidir, não se pode invocar a discricionariedade para não decidir, deixando de manifestar-se, seja para realizar direitos, obrigações e deveres, ou

para apreciar petição, solicitação, requerimento ou reclamação. Essa inobservância caracterizará má administração, conceito vinculado às ações e omissões do Estado, no desempenho da função administrativa, que não atendam aos princípios constitucionais e legais aplicados à Administração Pública.

O silêncio administrativo, portanto, não é uma situação “normal”, no sentido de estar conforme com a juridicidade. Trata-se de uma “anormalidade”. Dito silêncio pressupõe o não cumprimento da obrigação de resolver, identificando-se como a chamada inatividade formal ou omissão específica da Administração.

O Direito brasileiro não possui, em âmbito federal, uma regra geral, nem sobre como deve o administrado proceder nem sobre seus efeitos (positivos ou negativos). Pode-se atribuir tal deficiência à falta de contencioso administrativo que pressuponha uma maior rigidez das fórmulas processuais, bem como respeito aos prazos e outras exigências, afinal, muito se aproximam dos moldes do Judiciário. O ordenamento jurídico brasileiro remedia o silêncio administrativo com meios de acesso direto à via jurisdicional, normalmente, com ações de responsabilização do Estado, que não corrige o mal. Guarda ao cidadão a expectativa de que a Administração cumpra com seu dever. A responsabilidade não é o desejável, apesar de ser elementar, caso ocorra o descumprimento e a Administração se silencie.

Assim como o ordenamento alemão e italiano, o brasileiro é menos apegado à ideia de ato administrativo como meio típico de desenvolvimento da atividade administrativa, desse modo, têm-se adotado ações destinadas a condenar a Administração à prática de atos devidos quando esta não tenha se pronunciado ou decidido. Ou seja, não há a necessidade de “fabricar” um ato, pois, em nosso ordenamento, este não é um pressuposto processual exigível para acessar o Judiciário.

O que existe, no Brasil, são casos esporádicos em determinadas leis que preveem a atribuição de efeitos configurados, ora como silêncio positivo, ora como silêncio negativo. O intuito é amparar o administrado que se encontre prejudicado pelo silêncio. Por ser tal silêncio a situação de ausência de linguagem escrita afigurada em decisões, concessões e respostas frente a procedimentos administrativos iniciados de ofício ou pelo interessado, descumprindo-se, como visto, os princípios e deveres constitucionais tutelados e sendo sabedor de que ao atribuir efeitos ao silêncio não está a lei legitimando o descumprimento dos princípios e deveres antes analisados, faz-se necessário deixar claro, desde já, que a previsão de efeitos para o silêncio é medida que presta a evitar, ou ao menos, minimizar, as consequências às quais fica vulnerável o administrado.

Dessa maneira, para não permanecer o administrado desprotegido, avultam de importância os dispositivos legais, as sentenças judiciais ou até mesmo a autonomia contratual, que atribuem ao silêncio administrativo efeitos, conferindo à omissão, por ficção jurídica, uma significação que reduz a insegurança jurídica da mesma. Não se trata de uma sanção, mas sim, insista-se, de um mecanismo que se coloca em favor do administrado tendente a atenuar os prejuízos que lhe seriam provocados³².

Independentemente dos efeitos produzidos, certo é que a dicotomia entre silêncio negativo e positivo, ao menos em seu âmbito próprio, não abrange todo o leque de situações juridicamente possível, além do que, há de se ter presente que determinadas situações, por estritas impossibilidades lógicas, não poderão possuir nem silêncio negativo nem positivo.

De qualquer modo, entende-se que, possuindo um efeito negativo ou positivo, haverá de existir uma previsão³³. A princípio, realmente, não se vislumbra a possibilidade de qualquer efeito jurídico sem a devida previsão normativa, ou como se observará, imposição judicial ou relativa à autonomia de vontade.

Celso Luiz Braga de Castro³⁴, no entanto, defende possível o silêncio negativo ser aplicado quando não houver lei expressa. O que implicaria referir que, para o autor, os efeitos positivos do silêncio exigiriam uma previsão legal, não havendo tal exigência nas hipóteses dos efeitos negativos³⁵. A esse respeito, Hely Lopes Meirelles³⁶ afirma:

A omissão da Administração pode representar aprovação ou rejeição da pretensão do administrado, tudo dependendo do que dispuser a norma pertinente. Não há, em doutrina, um critério conclusivo sobre a conduta omissiva da autoridade. Quando a norma estabelece que, ultrapassado tal, o silêncio importa aprovação ou denegação do pedido do postulante, assim se deve entender, menos pela omissão administrativa do que pela determinação legal do efeito do silêncio. Quando a norma limita-se a fixar prazo para a prática do ato, sem indicar as consequências da omissão administrativa, há que se perquirir, em cada caso, os efeitos do silêncio. O certo, entretanto, é que o administrado jamais perderá seu direito subjetivo, enquanto perdurar a omissão da Administração no pronunciamento que lhe compete.

Apesar de não ser o nosso entendimento, seguindo o raciocínio dos doutrinadores mencionados, poder-se-ia entender também possível perquirir, dependendo do caso concreto, efeitos positivos em casos de descumprimento pela Administração de prazo para

apreciação de pedido, requerimento, solicitação, reclamação ou recurso, envolvendo Direitos fundamentais, mesmo não existindo disposição nesse sentido, afinal, tais normas possuem aplicação imediata³⁷. Isto é, as normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, independentemente da classificação abstrata que tenham, dão ensejo à prestação jurisdicional naquilo que comportarem, ou seja, a jurisdição não lhes pode ser negada. Deve-se recordar, também, o princípio da máxima efetividade possível dos direitos fundamentais que exigem que o intérprete sempre busque que o direito fundamental atinja a sua plena realização³⁸.

Porém, a Lei Federal 9.784/1999 não estabelece qualquer efeito para o silêncio, além de não estabelecer um prazo legal para que o administrado aguarde a manifestação da Administração.

Segundo Sérgio Ferraz e Adílson Abreu Dallari³⁹:

De se lastimar, contudo, tenham sido até criados alguns mecanismos de frontal contrariedade à realização do propósito de duração razoável do processo. Nesse sentido, para exemplificar: a) nada se prevê, em termos de prosseguimento do processo, quando um parecer, embora obrigatório e de efeito vinculante, requerido a um órgão consultivo, não seja emitido (art. 42, § 1.º); b) o mesmo praticamente ocorrerá se, reiterada e sucessivamente, diversos órgãos administrativos se esquivarem à produção de laudo técnico, requerido pela autoridade processante (art. 43); c) tampouco ousou o legislador enfrentar aberta e frontalmente a questão da consequência processual na hipótese de omissão do dever de decidir dentro dos prazos consignados no diploma (arts. 49 e 59).

Caso a previsão fosse imprescindível, ficaria o administrado à mercê do desvio ou abuso de poder por parte da Administração.

Questão pertinente, que cabe aqui alertar, diz respeito ao momento que poderão os efeitos do silêncio administrativo ser considerados produzidos. Entende-se que seria o dia seguinte ao prazo legal estipulado. Agora, quanto aos casos em que não houvesse um prazo legal, sendo, portanto, necessário decorrer um tempo razoável sem que se tenha ocorrido a manifestação da Administração, entende-se que dependerá do caso concreto e, também, do tempo que a Administração usualmente leva para decidir questão semelhante à que se encontra pendente.

O problema da falta de efeitos positivos ou negativos no Brasil é minimizado com a estipulação por algumas Constituições Estaduais de diferentes possibilidades. Algumas (Constituição do Estado de São Paulo, art. 114⁴⁰; Constituição do Estado de Pernambuco, art. 97, IV⁴¹; Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, art. 27, § 6.º⁴²; Constituição do Estado de Santa Catarina, art. 16, § 2.º⁴³) obrigam a Administração a fornecer a qualquer cidadão, para a defesa de seus direitos e esclarecimentos de situações de seu interesse pessoal, em um prazo máximo que varia conforme o estado (entre 10 dias úteis e 30 dias corridos), certidão de atos, contratos, decisões ou pareceres, sob pena de responsabilidade da autoridade ou servidor que negar ou retardar a sua expedição. Apesar de tratar de atos, entende-se que aqui o legislador constituinte estadual se referiu a atos da administração, também, inserindo os fatos administrativos. Outras vão mais avante, pois, além de fixarem tal obrigação, também, expressamente afirmam que as omissões do Poder Público que tornem inviável o exercício dos direitos constitucionais deverão ser sanadas na esfera administrativa, dentro de determinado prazo, que também varia entre os estados, normalmente de 90 (noventa) dias do requerimento do interessado, incidindo ainda em penalidade de destituição de mandato administrativo ou de cargo ou função de direção o agente público que injustificadamente deixar de fazê-lo (Constituição do Estado do Amazonas, art. 3.º, §§ 1.º e 5.º, e art. 105, § 10⁴⁴; Constituição do Estado da Paraíba, art. 3.º, § 1.º, e art. 30, V⁴⁵; Lei Orgânica do Distrito Federal, arts. 22, II, e 23, II e parágrafo único⁴⁶). E há ainda aquelas que se limitam a impor as penalidades mencionadas nos casos de omissão que inviabilizem o exercício de direito constitucional (Constituição do Estado de Minas Gerais, art. 4.º, § 1.º⁴⁷; Constituição do Estado do Pará, art. 5.º, § 2.º⁴⁸; Constituição do Estado de Piauí, art. 5.º, § 1.º⁴⁹) e as que se limitam apenas a garantir aos cidadãos, sempre que requeiram, informações sobre o andamento dos processos em que sejam diretamente interessados, bem como sobre as decisões nestes proferidas (Constituição do Estado de Alagoas, art. 44, VIII⁵⁰).

O estado brasileiro mais avançado, no que diz respeito ao silêncio administrativo, é o do Rio Grande do Norte, que, em sua Constituição (art. 7.º)⁵¹ e Lei de Procedimento Administrativo, como se observará mais adiante, define um silêncio-inadimplemento (silêncio formal), ao estipular que a pessoa que não receber, no prazo de 10 (dez) dias, informações requeridas a órgãos públicos estaduais, pode, não sendo hipótese de *habeas data*, exigí-las judicialmente. Neste caso, o juiz competente, ouvido quem as deva prestar, no prazo de 24 horas, deve decidir, em 5 (cinco) dias, intimando o responsável pela recusa

ou omissão a fornecer as informações requeridas sob pena de desobediência. Exclui-se, dessa disposição, as hipóteses de sigilo imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado.

O problema da solução brasileira, que se fundamenta basicamente nas vias contenciosas e na existência de casos esporádicos em determinadas leis que preveem a atribuição de efeitos, não parece ser a melhor solução possível, afinal, o particular é onerado com a necessidade de uma reação demorada, custosa e, muitas vezes, ineficiente.

- ¹ São prerrogativas tradicionais da Administração Pública: a normativa, a de direção ou hierárquica, a sancionatória, a discricionária e a regulatória. Tais faculdades comportam algumas atividades, como a polícia administrativa, a prestação de serviços públicos, o fomento, o ordenamento econômico e o ordenamento social. Para um aprofundamento de cada uma das prerrogativas tradicionais do administrador e das atividades que essas funções comportam, vide: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 1993; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: RT, 1974; SOUTO, Marcos Jurueña Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- ² DAVID DUARTE (DUARTE, David). *A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 327-336) refere que tal distinção não é tão simples. Além das diferenças da inserção ou não no plano do dever ser ou da produção ou não de alterações ao ordenamento, a distinção de ambas está na natureza diretiva ou não do discurso, onde se vê que o uso de linguagem diretiva expressa uma ação deontica; e o não uso, uma ação não deontica. A dependência de norma de competência também seria outra distinção das ações deonticas, pois é traço comum de todo exercício da função administrativa. As ações não deonticas não dependem de norma de competência.
- ³ GOMÉZ PUENTE, Manuel. *La inactividad de la Administración*. Pamplona: Aranzadi, 1997. p. 43-47.
- ⁴ Conforme ERNESTO GARCÍA-TREVIJANO GARNICA (GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto). *El silencio administrativo en el derecho español*. Madrid: Civitas, 1990. p. 73), “es erróneo sostener que el silencio únicamente comporta una exteriorización de voluntad cuando así lo establezca una ley concreta, toda vez que tal voluntad puede derivarse también, por exemplo, porque así lo hayan establecido contractualmente las partes intervinientes, o simplemente porque tal voluntad se deduzca teniendo en cuenta las circunstancias particulares, los usos del lugar, la calidad de las personas, etc. No cabe desconocer que el principio de confianza y la necesidad social de dar certidumbre a las relaciones jurídicas constituyen firmes fundamentos favorables a otorgar al silencio un significado”.
- ⁵ Segundo ERNESTO GARCÍA-TREVIJANO GARNICA (ibidem, p. 81): “El silencio administrativo es objeto de continuos abusos por parte de la Administración: por un lado, por lo abultado del número de veces que no responde a lo que se le solicita a pesar de estar obligada a ello; por otro lado, porque en ocasiones llega a situaciones verdaderamente irónicas, como era el caso del denominado “silencio expreso”. Não são poucas as ocasiões em que a Administração decide silenciá-la diante de alguma petição. Assim o faz como se fosse uma forma de atuação regular, esquecendo-se da obrigação de decidir expressamente. O que é mais grave é que se faz de maneira consciente e voluntária. Não se pode admitir que se dê ao procedimento um trâmite de silêncio. Quando assim expressar a Administração no procedimento administrativo não existe um ato denegatório expreso, mas sim um “silêncio expreso”. JOSÉ ANTONIO GARCÍA-TREVIJANO FOS (GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio). *Los actos administrativos*. Madrid: Civitas, 1986. p. 218) utiliza a expressão “silêncio expreso” para a prática viciosa e constante da Administração, como consequência do elevado número de vezes que não contesta expressamente às petições ou recursos que se lhe formulam.
- ⁶ Na linguagem oral, o falante tem diante de si o interlocutor, inserido em um contexto, participando ativamente do processo, manifestando-se e intervindo no curso da mensagem. Conta, ainda, com recursos paralinguísticos como gestos, expressões faciais, postura corporal e entonação, que complementam e individualizam a mensagem. Na linguagem escrita, o texto tem de suprir a falta desses elementos, organizando a mensagem de forma clara, coesa, coerente, enfim, inteligível. Assim, também o é na linguagem de sinais, apesar de utilizar muitos recursos paralinguísticos.
- ⁷ De origem latina, a palavra “textos” prende-se ao verbo *texere*, tecer, enlaçar, entrelaçar. Desse modo, o autor de um texto, seja ele quem for, deve urdir as ideias e as palavras para produzir um enunciado capaz de transmitir uma mensagem com um todo significativo, estabelecendo contato entre o emissor e o receptor.
- ⁸ Destaca-se que a Lei de acesso à informação (Lei Federal 12.527, de 18 de novembro de 2011) define mecanismos, prazos e procedimentos para entrega de informação solicitada, além de prever medidas de responsabilização dos agentes que retardarem ou negarem indevidamente a entrega de informação. Sigilo, hoje, aplica-se apenas em casos de segurança do Estado ou da própria sociedade.
- ⁹ “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”.
- ¹⁰ “Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V - decidam recursos administrativos; VI - decorram de reexame de ofício; VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo. § 1.º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato. § 2.º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados. § 3.º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito”.
- ¹¹ Trecho de voto proferido pelo Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS no Superior Tribunal de Justiça

- afirma: “O direito de petição, inserido entre as garantias fundamentais do art. 5.º da nossa Constituição Federal, tem como corolário o direito à resposta. Não houvesse obrigação de responder, o direito de petição mereceria integrar o acervo das solenes inutilidades. Enquanto não responde ao requerimento, a Administração está em mora. O silêncio traduz inadimplência, não resposta implícita” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 16.284/PR, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJ* 23.03.1992, p. 3.447, *RSTJ* vol. 32, p. 416).
- ¹² Segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 446): “É importante frisar que o direito de petição não pode ser destituído de eficácia. Não pode a autoridade a quem é dirigido escusar pronunciar-se sobre a petição, quer para acolhê-la quer para desacolhê-la com a devida motivação. Algumas constituições contemplam explicitamente o dever de responder (Colômbia, Venezuela, Equador). Bem o disse Bascuñan: ‘O direito de petição não pode separar-se da obrigação da autoridade de dar resposta e pronunciar-se sobre o que lhe foi apresentado, já que, separado de tal obrigação, carece de verdadeira utilidade e eficácia. A obrigação de responder é ainda mais precisa e grave se alguma autoridade a formula, em razão de que, por sua investidura mesmo, merece tal resposta, e a falta dela constitui um exemplo deplorável para a responsabilidade dos Poderes Públicos’”.
- ¹³ Sobre tal distinção vide: GONÇALVES, Pedro Costa; OLIVEIRA, Mário Esteves de; AMORIM, João Pacheco de. *Código do Procedimento Administrativo - Comentado*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007 (7.ª Reimpressão da Edição de 1997), p. 167.
- ¹⁴ GOMÉZ PUENTE, Manuel. *La inactividad de la Administración*. Pamplona: Aranzadi, 1997. p. 478-481.
- ¹⁵ Para BERNADO DINIZ DE AYALA (AYALA, Bernardo Diniz de. *O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa*. Lisboa: Lex, 1995. p. 143): “o facto de o órgão ser titular de uma competência discricionária não o dispensa de responder (pronunciando-se e decidindo) aos pedidos formulados por interessados, nem inviabiliza a formação de acto tácito, o que sucede é que, havendo discricionariedade de escolha, ele poderá responder e decidir como muito bem entender, deferindo, indeferindo, ou mesmo dizendo que não deseja assumir nesse momento qualquer posição sobre a pretensão do interessado (pois ainda haverá uma resposta expressa e não um silêncio)”.
- ¹⁶ É aqui oportuno registrar a distinção realizada por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 394-395) entre motivo e motivação. Para o autor (ibidem, p. 395), o motivo do ato compreende “a própria situação material, empírica, que efetivamente serviu de suporte real e objetivo para a prática do ato”, ao passo que a motivação, sendo uma espécie de exposição dos motivos, “integra a ‘formalização’ do ato, sendo um requisito formalístico dele”.
- ¹⁷ O Judiciário brasileiro já teve a oportunidade de afirmar que o direito de petição é aquele que pertence a uma pessoa de invocar a atenção do Poder Público sobre uma questão ou situação. Sustentou o Tribunal Regional Federal da Terceira Região que “a omissão da Administração em apreciar a postulação administrativa em prazo razoável, configura o silêncio administrativo e enseja a impetração de mandado de segurança para determinar à autoridade pública a apreciação do pedido, mas também para que o Poder Judiciário conceda o direito pleiteado” (BRASIL. Tribunal Regional Federal - Terceira Região. AMS 200.482, Processo: 200003990250967/SP, 3.ª Turma, Rel. Nery Junior, Data da decisão: 09.06.2004 Documento: TRF300095620, *DJU* 31.08.2005, p. 157).
- ¹⁸ Como refere BERNADO DINIZ DE AYALA (op. cit., p. 219): “Diz-se suficiente a fundamentação que exterioriza todos os elementos com base nos quais a Administração fez uso do seu poder discricionário, de forma a poder reconstituir-se o ‘iter’ lógico e jurídico do procedimento que culminou na decisão final; a fundamentação é clara se for perceptível, inteligível, sem ambiguidades ou obscuridades; e a fundamentação é congruente se se verificar existir uma relação de adequação e consonância entre os pressupostos do acto (de facto e de direito) e os motivos do mesmo”.
- ¹⁹ BULLINGER, Martin. Procedimientos administrativos al ritmo de la economía y de la sociedad (directivas constitucionales para una reforma). *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, a. XVIII, n. 69, p. 5-16, jan.-mar. 1991, p. 9.
- ²⁰ LUCIANO PAREJO ALFONSO (PAREJO ALFONSO, Luciano. El silencio administrativo en el Proyecto de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. In: SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Estudios sobre la nueva Ley de Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*. Barcelona: Ajuntament de Barcelona, 1993. p. 32) coloca: “es concretamente en los efectos del incumplimiento de la referida obligación donde se incardina el instituto del silencio administrativo”.
- ²¹ ANDRÉ DE LAUBADÈRE (LAUBADÈRE, André de. *Traité de droit Administratif*. 6. ed. Paris: Pichon et Durand Auzias, 1973. t. 1, p. 496) afirmava que o silêncio administrativo, convenientemente regulado, equivaleria à decisão prévia.
- ²² MOREAU, Félix. *Manuel de Droit Administratif*. Paris: Fontemoing, 1909; BERTHELEMY, Henry. *Traité élémentaire de Droit Administratif*. 10. ed., Paris: Rousseau et Cie, 1923.
- ²³ ABBAMONTE, Giuseppe. Silenzio-rifiuto e processo amministrativo. *Rivista di Diritto Processuale Amministrativo*, Milano, a. 1, n. 2, abr.-jun. 1985, p. 20-47.
- ²⁴ ROYO VILLANOVA, Segismundo. El procedimiento administrativo como garantía jurídica. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, a. IX, n. 48, p. 55-118, nov.-dic. 1949, p. 97; GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago José. *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*. Madrid: Civitas, 1993. p. 400.
- ²⁵ Vale ressaltar a existência de duas exceções à regra da jurisdição uma no Brasil. O caso da Justiça Desportiva, que exige que primeiro se termine o curso na esfera administrativa para só então se socorrer ao Judiciário (art. 217, §§ 1.º e 2.º, da CRFB) e o caso da Reclamação ao STF quando omissão ou ato administrativo contrarie enunciado de súmula vinculante que também estabelece que o uso de tal instrumento só será admitido após esgotamento das vias administrativas (art. art. 7.º, § 1.º, da Lei 11.417, de 19 de dezembro de 2006). Ambos os casos estão submetidos à denominada “jurisdição condicionada” ou, como preferem alguns autores, “contencioso administrativo vinculado”, já que o acesso ao Judiciário só será admitido depois de esgotadas as vias administrativas. Sobre o tema, vide: MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 2172; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 58; NERY JÚNIOR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 4. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 96-97; REIS, Palhares Moreira. *Reclamação constitucional e súmula vinculante*. Brasília: Consulex, 2010; ALVIM, Eduardo Arruda. Do cabimento de reclamação pelo descumprimento de súmula vinculante à luz da lei 11.417/06. *Revista Forense*, v. 103, n. 394, nov.-dez. 2007, p. 45-69.
- ²⁶ Nesse sentido: TÁCITO, Caio. O abuso de poder administrativo no Brasil: conceito e remédios. *Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores*, Brasília, v. 17, n. 72, dez. 1959, p. 35-64; e FAGUNDES, Seabra. Responsabilidade no Estado: indenização por retardada decisão administrativa. *Revista de Direito Público*, São

Paulo, v. 14, n. 57/58, jan.-jun. 1981, p. 7-17.

- ²⁷ Dependendo do país, utiliza-se como delimitador da ideia de silêncio administrativo a expressão ato tácito (Portugal) ou ato presumido (Espanha), ou melhor, utilizam-se tais terminologias por referência ao silêncio administrativo de maneira omnicompreensiva, incluindo, portanto, o silêncio negativo e positivo. É bem verdade que sempre quando se utiliza o termo ato para denominar a ideia de silêncio, há quem critique. Na Espanha, por exemplo, ERNESTO GARCÍA-TREVIJANO GARNICA (GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. *El silencio administrativo en el derecho español*. Madrid: Civitas, 1990. p. 75-76) esclarece que o silêncio negativo não dá lugar propriamente a um ato presumido, sendo, portanto, incorreto afirmar que são sinônimos a ideia de ato presumido e silêncio administrativo. A expressão, segundo o autor, não é exata, mas quem a usa não confunde a natureza jurídica de cada efeito (positivo e negativo) do silêncio.
- ²⁸ Quanto à natureza jurídica do silêncio, muitos são os trabalhos. Vale aqui transcrever o resumo que ARTUR CORTÉZ BONIFÁCIO (BONIFÁCIO, Artur Cortez. *Direito de petição: garantia constitucional*. São Paulo: Método, 2004. p. 149, nota 47) realizou: “Consideram o silêncio um fato administrativo: Celso Antônio Bandeira de Mello (ob. 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 (ob. 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*, n.º 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*, n.º 69) e Régis Fernandes de 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”.
Na jurisprudência, o Tribunal Regional Federal da Primeira Região afirma que o silêncio da administração não constitui ato administrativo (BRASIL. Tribunal Regional Federal - Primeira Região. AC 8901211556/DF, 2.ª Turma, Rel. Orlanda Ferreira, Data da decisão: 10.10.1989, Documento: TRF100000664, DJ 27.11.1989).
- ²⁹ De acordo com MONIQUE PAUTI (PAUTI, Monique. Les décisions implicites d'acceptation et la jurisprudence administrative. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, Paris, a. 91, p. 1.525-1.576, 1975, p. 1.563) pode-se atacar o silêncio com fundamento no desvio de poder; basta tanto que a Administração, deliberadamente, utilize do silêncio para que um determinado particular obtivesse uma permissão sem que a Administração se houvesse comprometido com uma posição expressa. O problema é a prova, ou seja, poder demonstrar que a Administração deliberadamente deixou de manifestar sua vontade em um ato, preferindo não exteriorizá-la, utilizando-se do silêncio para deferir ou indeferir determinada solicitação.
- ³⁰ Não são poucos os casos em que o Judiciário afirma que o silêncio administrativo se configura como um abuso. O Tribunal Regional Federal da Segunda Região em caso relativo à demora no julgamento dos pedidos administrativos relacionados à licença de importação definiu que o silêncio administrativo caracteriza omissão injustificada e ilegal do administrador (BRASIL. Tribunal Regional Federal - Segunda Região. AMS 27.356, Processo: 199902010408750/RJ, 4.ª Turma, Rel. Rogério Carvalho, Data da decisão: 27.06.2000, Documento: TRF200072168, DJU 17.10.2000). O mesmo Tribunal, agora da Primeira Região, entendeu que, quando não houver prazo legal, regulamentar ou regimental para a decisão administrativa, deve-se aguardar por um tempo razoável a manifestação da autoridade ou do órgão competente, o qual ultrapassado, o silêncio da Administração converte-se em abuso de poder, corrigível pela via judicial adequada (BRASIL. Tribunal Regional Federal - Primeira Região. REO 199701000433911/MA, Processo: 199701000433911, 1.ª Turma, Rel. Juiz Aloisio Palmeira Lima, Data da decisão: 08.06.2000, Documento: TRF100095610, DJ 29.06.2000, p. 31). Esse tribunal em outro caso afirmou que esse silêncio, que se caracteriza como abuso, deve ser corrigido mediante a concessão de ordem para determinar à autoridade impetrada a conclusão dos processos em prazo razoável (BRASIL. Tribunal Regional Federal - Primeira Região. AMS 200736000000097, 7.ª Turma, Rel. Juiz Federal Gilda Sigmaringa Seixas (Conv.), e-DJF1 04.03.2011, p. 539, Data da Decisão: 22.02.2011). Em caso sobre pedido de revisão de débitos inscritos em dívida ativa, novamente, o Tribunal Regional Federal da Segunda Região manifestou que, além de ser uma garantia a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, todos são detentores de uma Administração eficiente, traduzindo-se na qualidade dos serviços públicos prestados. Daí porque sustentou que a falta de servidores e o excesso de trabalho alegados não podem inviabilizar o direito do administrado de obter resposta ao seu pedido, entendendo que as conclusões dos procedimentos administrativos não podem ser postergadas indefinidamente. O silêncio da Administração, nesse caso, caracterizou para o Tribunal um abuso a ser corrigido mediante a concessão de ordem para determinar à autoridade impetrada a conclusão dos processos em prazo razoável (BRASIL. Tribunal Regional Federal - Segunda Região. REOMS 69.556, Processo: 200651010238906/RJ, 3.ª Turma Esp., Rel. Paulo Barata, Data da decisão: 18.09.2007, Documento: TRF200171119, DJU 27.09.2007, p. 170-171). O mesmo entendimento é observado em outras decisões, agora do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, que entende que a “omissão ou o silêncio da Administração, quando desarrazoados, configuram não só desrespeito ao princípio constitucional da eficiência, mas também rematado abuso de poder” (BRASIL. Tribunal Regional Federal - Terceira Região. REOMS 301.926, Processo: 200561090061067/SP, 8.ª Turma, Rel. Fonseca Gonçalves, Data da decisão: 07.04.2008 Documento: TRF300155226, D.E. 06.05.2008; BRASIL. Tribunal Regional Federal - Terceira Região. AMS 268.401, Processo: 200361090047220/SP, 8.ª Turma, Rel. Vera Jucovsky, Data da decisão: 19.11.2007, Documento: TRF300139443, DJU 23.01.2008, p. 463; BRASIL. Tribunal Regional Federal - Terceira Região. REOMS 280.997, Processo: 200561040053658/SP, 8.ª Turma, Rel. Newton de Lucca, Data da decisão: 23.07.2007, Documento: TRF300131020, DJU 26.09.2007, p. 716).
- ³¹ O STF afastou a alegação de que o § 3.º, do art. 26 da Lei Federal 9.478, de 6 de agosto de 1997, seria inconstitucional. Afirmou, apenas, tratar-se de conduta negativa da Administração, eis que a lei dá regulação neste ponto, ao chamado “silêncio da Administração”, sendo, portanto, matéria infraconstitucional (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.273/DF, Rel. Carlos Britto, DJ 02.03.2007, p. 25, Ement. vol-02266-01, p. 102; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.366/DF, Rel. Carlos Britto, DJ 02.03.2007, p. 26, Ement. vol-02266-02, p. 281).
- ³² De acordo com JOSÉ AFONSO DA SILVA (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 446): “A Constituição não prevê sanção à falta de resposta e pronunciamento

da autoridade, mas parece-nos certo que ela pode ser constrangida a isso por via do mandado de segurança, quer quando se nega expressamente a pronunciar-se quer quando se omite; para tanto, é preciso que fique bem claro que o peticionário esteja utilizando efetivamente o direito de petição, o que se caracteriza com maior certeza se for invocado o art. 5.º, XXXIV, *a*. Cabe, contudo, o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, quando a petição visar corrigir abuso, conforme disposto na Lei n.º 4.898/65”.

- ³³ O Judiciário, por meio do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, já teve oportunidade de afirmar que o silêncio da Administração só produz efeito quando assim expressamente determinar a lei (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Terceira Região. REOMS 189.199, Processo: 199903990380792/SP, 6.ª Turma, Rel. Miguel Di Piero, Data da decisão: 05.04.2006, Documento: TRF300103555, DJU 02.06.2006, p. 430).
- ³⁴ CASTRO, Celso Luiz Braga de. *Desvios de Conduta da Administração Pública*. 2000. 195fls. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2001.
- ³⁵ O Judiciário brasileiro já teve a oportunidade de afirmar que “o silêncio da Administração Pública tem o efeito que a lei determina (ou de aquiescência ou de negativa), outro não se podendo materializar, *in casu*, senão o de desautorização”. Para o Tribunal o silêncio da Administração Pública não pode ser considerado aquiescência tácita, haja vista os princípios norteadores dos atos administrativos (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Quinta Região. AC 454.059, 1.ª Turma, Rel. Des. Fed. Francisco Cavalcanti, DJE 12.04.2010, p. 260, Data da decisão: 25.03.2010).
- ³⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 98-99.
- ³⁷ Nesse sentido: SILVEIRA, João Tiago. *O deferimento tácito (esboço do regime jurídico do acto tácito positivo na sequência de pedido do particular) à luz da recente reforma do contencioso administrativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 163.
- ³⁸ Segundo INGO WOLFGANG SARLET (SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 10, jan. 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-INGO-WOLFGANG-SARLET.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2012, p. 9): “a despeito das interpretações divergentes e que aqui não teremos condições de examinar, sustentamos que a norma contida no art. 5.º, parágrafo 1.º da nossa Constituição, para além de aplicável a todos os direitos fundamentais (incluindo os direitos sociais), apresenta caráter de norma-princípio, de tal sorte que se constitui em uma espécie de mandado de otimização, impondo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem e imprimirem às normas de direitos e garantias fundamentais a maior eficácia e efetividade possível. Vale dizer, em outras palavras, que das normas definidoras de direitos fundamentais, podem e devem ser extraídos diretamente, mesmo sem uma interposição do legislador, os efeitos jurídicos que lhe são peculiares e que, nesta medida, deverão ser efetivados, já que, do contrário, os direitos fundamentais acabariam por se encontrar na esfera da disponibilidade dos órgãos estatais. De modo especial no que diz com os direitos fundamentais sociais, e contrariamente ao que propugna ainda boa parte da doutrina, tais normas de direitos fundamentais não podem mais ser considerados meros enunciados sem força normativa, limitados a proclamações de boas intenções e veiculando projetos que poderão, ou não, ser objeto de concretização, dependendo única e exclusivamente da boa vontade do poder público, em especial, do legislador. Que tal postulado (o princípio que impõe a maximização da eficácia e efetividade de todos os direitos fundamentais) não implica em desconsiderar as peculiaridades de determinadas normas de direitos fundamentais, admitindo, dadas as circunstâncias, alguma relativização (...)”.
- ³⁹ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 41.
- ⁴⁰ 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.
- ⁴¹ Art. 97. A administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes do Estado e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, além dos relacionados nos artigos 37 e 38 da Constituição da República Federativa do Brasil e dos seguintes: (...) IV – fornecimento obrigatório a qualquer interessado, no prazo máximo de quinze dias, de certidão de atos, contratos, decisão ou pareceres, nos termos da alínea *b* do inciso XXXIV do artigo 5.º da Constituição da República, sob pena de responsabilização de autoridade ou servidor que negar ou retardar a sua expedição.
- ⁴² Art. 27. Para a organização da administração pública direta, indireta ou das fundações de qualquer dos Poderes do Estado é obrigatório o cumprimento do seguinte: (...) § 6.º A administração pública é obrigada a fornecer, no prazo de trinta dias, a qualquer cidadão, para a defesa de direitos, certidão de quaisquer atos e a atender, no mesmo prazo, se outro não for fixado, às requisições judiciais.
- ⁴³ Art. 16. Os atos da administração pública de qualquer dos Poderes do Estado obedecerão aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. (...) § 2.º. A administração é obrigada a fornecer a qualquer interessado certidão ou cópia autenticada, no prazo máximo de trinta dias, de atos, contratos e convênios administrativos, sob pena de responsabilidade da autoridade competente ou do servidor que negar ou retardar a expedição.
- ⁴⁴ Art. 3.º O Estado, nos limites de sua competência, assegura, em seu território, a brasileiros e estrangeiros, a inviolabilidade dos direitos e garantias fundamentais declarados na Constituição da República. § 1.º As omissões do Poder Público que tornem inviável o exercício dos direitos constitucionais serão sanadas, na esfera administrativa, dentro de noventa dias do requerimento do interessado, incidindo em penalidade de destituição de mandato administrativo ou de cargo ou função de direção, em Órgão da administração pública direta ou indireta, o agente público que injustificadamente deixar de fazê-lo. (...) § 5.º Todos têm direito de requerer e obter, no prazo de trinta dias, informações objetivas de seu interesse particular, coletivo ou geral, acerca dos atos e projetos do Estado e dos Municípios, bem como dos respectivos órgãos da administração pública direta e indireta. (...) Art. 105. A Administração Pública é direta quando efetivada por órgão de qualquer dos Poderes do Estado e Municípios. (...) § 10. A Administração é obrigada a fornecer a qualquer interessado, no prazo máximo de quinze dias, certidão de atos, contratos, decisões ou pareceres que não tenham sido previamente declarados sigilosos, sob pena de responsabilidade da autoridade ou servidor que negar ou retardar a sua expedição e, no mesmo prazo, deverá atender às requisições judiciais, se outro não for fixado pelo juiz.
- ⁴⁵ Art. 3.º O Estado e os Municípios asseguram, em seus territórios e no limite de suas competências, a plenitude e inviolabilidade dos direitos e garantias fundamentais que a Constituição Federal reconhece e confere aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, bem como outros quaisquer decorrentes do regime e dos princípios adotados. § 1.º Incide na penalidade de destituição de mandato administrativo, de cargo ou função de direção, em órgão da administração pública direta ou indireta, o agente público que, dentro de noventa dias do

requerimento do interessado, deixar, injustificadamente, de sanar omissão inviabilizadora do exercício de direito constitucional. (...) Art. 30. A administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes do Estado obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) V - a administração é obrigada a fornecer a qualquer interessado, no prazo previsto em lei federal, certidão de atos, contratos, decisões ou pareceres que não tenham sido previamente declarados sigilosos, sob pena de responsabilidade da autoridade ou do servidor que negar ou retardar a sua expedição.

⁴⁶ Art. 22. Os atos da administração pública de qualquer dos Poderes do Distrito Federal, além de obedecer aos princípios constitucionais aplicados à administração pública, devem observar também o seguinte: (...) II - a administração é obrigada a fornecer certidão ou cópia autenticada de atos, contratos e convênios administrativos a qualquer interessado, no prazo máximo de trinta dias, sob pena de responsabilidade de autoridade competente ou servidor que negar ou retardar a expedição; (...) Art. 23. A administração pública é obrigada a: (...) II - fornecer a qualquer cidadão, no prazo máximo de dez dias úteis, independentemente de pagamento de taxas ou emolumentos, certidão de atos, contratos, decisões ou pareceres, para defesa de seus direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal ou coletivo. Parágrafo único. A autoridade ou servidor que negar ou retardar o disposto neste artigo incorrerá em pena de responsabilidade, excetuados os casos de comprovada impossibilidade.

⁴⁷ Art. 4.º O Estado assegura, no seu território e nos limites de sua competência, os direitos e garantias fundamentais que a Constituição da República confere aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País. § 1.º Incide na penalidade de destituição de mandato administrativo ou de cargo ou função de direção, em órgão da administração direta ou entidade da administração indireta, o agente público que deixar injustificadamente de sanar, dentro de noventa dias da data do requerimento do interessado, omissão que inviabilize o exercício de direito constitucional.

⁴⁸ Art. 5.º O Estado do Pará acolhe, expressamente, insere em seu ordenamento constitucional e usará de todos os meios e recursos para tornar, imediata e plenamente efetivos, em seu território, os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais, de nacionalidade e políticos, abrangidos no Título II da Constituição Federal. (...) § 2.º Incide na penalidade de destituição de mandato administrativo ou de cargo ou função de direção, em órgão da administração direta ou indireta, o agente público que, dentro de noventa dias do requerimento do interessado, deixar, injustificadamente, de sanar omissão inviabilizadora do exercício de direito constitucional.

⁴⁹ Art. 5.º O Estado assegura, no seu território e nos limites de sua competência, a inviolabilidade dos direitos e garantias fundamentais que a Constituição federal confere aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país. § 1.º Incorre na penalidade de destituição de mandato administrativo, de cargo ou função de direção, em órgão da administração direta ou indireta, o agente público que, dentro de noventa dias do requerimento do interessado, deixar, injustificadamente, de sanar omissão inviabilizadora do exercício de direito constitucional.

⁵⁰ Art. 44. São diretrizes específicas de observância obrigatória pela Administração Pública: (...) VIII - garantia aos cidadãos, sempre que o requeiram, a informações sobre o andamento dos processos em que sejam diretamente interessados, bem como sobre as decisões nestes proferidas;

⁵¹ Art. 7.º 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.

CONCEITO E REQUISITOS DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

2.1 CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO DE SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

Assim como se distingue ato da Administração de ato administrativo, também se pode distinguir silêncio da Administração de silêncio administrativo. A primeira forma é mais ampla, pois nem toda omissão (inatividade ou passividade) da Administração enseja o surgimento do denominado silêncio administrativo (positivo ou negativo). Pode-se inferir, então, que aquele é o gênero no qual este é a espécie¹.

Ernesto García-Trevijano Garnica² diferencia, ainda, o silêncio administrativo em sentido amplo e estrito. Para o autor, o primeiro englobaria não apenas a chamada inatividade formal da Administração, mas também a do administrado em qualquer de suas formas, ou seja, que impeça ou não a continuação do trâmite e, portanto, paralisa o procedimento administrativo. Tal, também, é considerado, pelo autor, como silêncio administrativo, pois está no seio de um procedimento administrativo. Frente a essa definição ampla, tem-se o conceito estrito e genuíno de silêncio administrativo, que é a inatividade formal da Administração, à qual a lei assinala determinados efeitos.

Felipe Clemente de Diego³ traz outra distinção importante. Trata do silêncio qualificado e do silêncio simples. O primeiro é mantido quando se tem obrigação de falar por preceito legal, por ordem do juiz ou por convênio precedente das mesmas partes. Naturalmente que, nestes casos, quem calar sofrerá as consequências de seu silêncio. No denominado silêncio simples, deve-se ter em conta a singularidade de cada caso em que o silêncio se produz, para que, segundo cada situação, possa-se ponderar, avaliar e determinar a eficácia deste, ou seja, pode-se ou não reputar tal manifestação como vontade⁴.

Desse modo, toda e qualquer situação de ausência de linguagem escrita, depois de transcorrido certo prazo máximo, afigurada em decisões, concessões ou respostas frente a procedimento administrativo iniciado de ofício ou pelo interessado que produza determinados efeitos denegatório ou concessório, configurará o silêncio administrativo⁵.

2.2 DIVERGÊNCIA EM TORNO DA NATUREZA JURÍDICA DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

Já se assinalou que existe uma enorme divergência doutrinal a respeito da natureza jurídica do silêncio administrativo e que tal só pode ser sanada por meio do efeito jurídico atribuído ao mesmo.

Uma primeira corrente doutrinal vê o silêncio administrativo como uma técnica de interpretação legal da vontade administrativa, tanto o silêncio positivo como o negativo seriam uma interpretação legal da omissão administrativa baseada na circunstância de que, se esta tivesse algo a objetar, tê-lo-ia feito antes do prazo para decisão. De acordo com tal doutrina, as previsões legais a respeito permitem interpretar a ausência de vontade ora como sinal positivo ora como negativo, culminando em um ato administrativo. Não parece legítimo que a lei interprete uma vontade, pois a tarefa interpretativa envolve um esforço de ponderação e análise que não se compadece com soluções automáticas. De qualquer modo, tal doutrina não dita ser tal posição a natureza jurídica do silêncio, não revela o que ela é verdadeiramente, apenas, opina quanto à sua forma de revelação e explica a forma de atuação da lei sobre a omissão administrativa⁶.

Outra posição com aspectos semelhantes à primeira é a da legitimação por via legal (*ex lege*). Para tal corrente, a lei legitima o particular a agir em casos de silêncio administrativo, ou seja, a possibilidade de atuar ou ingressar em juízo decorre diretamente da norma. Assim como a corrente anterior, nesta, a lei possui um papel central, contudo aqui a lei não se destina a interpretar a vontade administrativa, pelo contrário, visa apenas a suprir sua ausência⁷. A crítica que se faz a tal doutrina é no sentido de que ela não garante uma tutela judicial efetiva pelo fato de não existir ato administrativo ou fenômeno a ele equiparável para impugnar, além do que, tal corrente incide essencialmente sobre a origem da criação do meio em causa (a lei), não esclarecendo quanto ao fenômeno em si, que é o resultado obtido, seja negativo ou positivo. Logo, assim como a corrente anterior, não há qualquer posição quanto à natureza jurídica em si do silêncio administrativo e seus efeitos⁸.

Há também a corrente que define ser o silêncio administrativo uma presunção. Assim ocorre porque, na dificuldade de conhecer a vontade administrativa, a lei, através de uma presunção, permite a produção de efeitos associados ao do ato expresso⁹. Há quem critique esta posição por não ser compatível com a correta aceção de presunção. Segundo os críticos, a presunção não é forma de declarar vontades, mas de conhecer a realidade, sendo um meio de prova destinado a facilitar a produção da mesma perante determinadas situações de fato. Distingue-se da ficção por esta destinar-se a “fazer de conta” que existe algo que, na realidade, não tem existência¹⁰. Assim sendo, para quem não concorda com a ideia de presunção legal, afirma não ser o silêncio administrativo um indício objetivo e seguro de manifestação da vontade administrativa¹¹.

Muitos defendem que o silêncio administrativo tem a natureza de um verdadeiro ato administrativo. Alguns afirmam ser o silêncio administrativo espécie de direito de veto suscetível a ser exercido em prazo determinado, passado o qual se obteria o *nihil obstat* ao solicitado. Significa que, quando não exercesse o direito de veto, estaria emitindo uma declaração de vontade, assim, um ato administrativo¹². Outros entendem que como a lei manda presumir a vontade do órgão administrativo, ao qual estão associados todos os seus efeitos típicos¹³, essa presunção aparece como forma de revelação da vontade administrativa, e não como caracterizador da natureza do silêncio¹⁴.

Para que o ato administrativo exista é necessária uma declaração de vontade, e esta não existe no silêncio, pelo contrário, o que existe é uma ausência dela. Assim sendo, entende-se que o silêncio administrativo é uma ficção jurídica em que ora se aplicará o regime do ato administrativo (ato ficcional); e outras vezes se lhe outorgará apenas efeitos processuais¹⁵. A ideia é “fingir” que existe um ato administrativo dotado de uma vontade administrativa quando esta não existe ou não se encontra exteriorizada. Trata-se de ficção, pois esta constitui um processo de extensão de um regime jurídico a uma realidade que não preenche os requisitos para que este seja-lhe aplicável. Tal ficção é o mecanismo legal destinado a associar a uma determinada realidade os efeitos de um ato. Finge-se a existência de um ato expresso, apto a produzir efeitos, mas é certo que este não se verifica¹⁶.

Deve ficar claro, desde já, que tal presunção de existência equivale a uma garantia a favor do administrado frente à indefensabilidade produzida pela omissão da Administração. Os diferentes efeitos atribuídos ao silêncio existem, precisamente, para defender os direitos e interesses dos administrados e não como um meio de aludir obrigações e compromissos da Administração. Isso impede qualquer interpretação que prejudique a quem se desejou favorecer. A figura do silêncio, portanto, deve sempre estar submetida a uma interpretação *pro cives*, isto é, em favor do administrado, podendo igualmente se realizar interpretações extensivas ou supletórias que permitam a extensão constante do silêncio. Está certo Ernesto García-Trevijano Garnica¹⁷ ao afirmar que a técnica do silêncio administrativo: “se trata de una institución prevista en favor del Administrado, principio que debe presidir su interpretación. Y, en efecto, tal finalidad – favorecer al administrado – debe estar presente a la hora de resolver los problemas derivados de su aplicación práctica”.

2.3 REQUISITOS BÁSICOS DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO E SEUS EFEITOS

Em regra, são três os requisitos básicos para que exista e produza efeitos o silêncio administrativo, no entanto, em determinados casos, podem existir mais, tendo em vista a norma que regule cada caso concreto de silêncio.

O primeiro requisito básico é a existência de procedimento administrativo iniciado de ofício ou pelo interessado. O segundo requisito básico é o vencimento do prazo máximo sinalizado pela norma jurídica, juiz ou documento contratual que estabelece o silêncio, sem que a Administração conteste expressamente, ou seja, a omissão da Administração durante determinado período de tempo. Por fim, o terceiro e último requisito diz respeito à produção de efeitos, e não propriamente ao silêncio administrativo, tal seria a necessidade de uma disposição expressa que preveja o efeito do silêncio administrativo.

Ernesto García-Trevijano Garnica¹⁸ considera como requisito a possibilidade de resolver da Administração. Afirma que a petição ou o recurso devem estar formulados de maneira que permitam ao órgão competente resolver sobre os mesmos. Este tem de conhecer e poder resolver, pois para guardar silêncio precisa poder falar. Concorde-se com o autor, mas não se considera tal situação como um requisito a mais, pois tal possibilidade vem atrelada ao primeiro requisito, ou seja, ao dever de apresentar a petição com a devida documentação e respeitando seus requisitos básicos.

Passa-se a verificar cada um desses requisitos.

2.3.1 Procedimento administrativo iniciado de ofício ou pelo interessado e o dever legal de decidir

O dever de decidir estende-se a todo tipo de procedimento administrativo, seja qual for sua forma de iniciação, isto é, tanto os iniciados de ofício como aqueles iniciados pelo interessado. Seja qual for a forma de iniciação do procedimento, fato é que esse é o primeiro e principal requisito para surgir o silêncio administrativo. Ou seja, é necessária a existência de um procedimento administrativo no qual exista o dever legal de decidir.

O procedimento administrativo quando iniciado de ofício, isto é, a iniciativa da própria Administração, procede, em geral, nos casos de atuações administrativas que podem resultar limitativas, privativas ou prejudiciais aos particulares (como é o caso do exercício de poder sancionador ou expropriatório), além de também poder ocorrer nos casos de implantação e prestação pela mesma de um serviço público (através, por exemplo, da realização de uma obra pública). Ainda que o procedimento tenha se iniciado de ofício, esta continua com a obrigação de resolver, logo, pode configurar-se o silêncio administrativo.

Por sua vez, é requisito para a existência do silêncio administrativo, em procedimentos administrativos iniciados pelo interessado, a apresentação de petição, solicitação, reclamação ou recurso dirigido à Administração acompanhado, é claro, de toda documentação necessária. Ou seja, é necessária a existência de uma prévia petição, solicitação, reclamação ou recurso realizado por terceiro ante a Administração competente pelo qual se requeira a emissão de alguma decisão, concessão ou resposta que declare a vontade da mesma.

Quaisquer das formas apresentadas pelo interessado devem ser válidas, senão, os efeitos do silêncio administrativo não poderão ocorrer, isto é, deve respeitar todos os requisitos processuais estipulados em lei, além, é claro, de ter os documentos necessários para sua validade. Isso significa que, basicamente, deve ter um, ou mais, pedido delimitado, compreensivo e concreto; o pedido deve referir-se a algo possível e real, e não a algo inexistente ou contrário ao ordenamento jurídico; e deve conter toda documentação precisa para que a Administração tome um adequado conhecimento do assunto, possibilitando, inclusive, que a Administração resolva o assunto adequadamente. Independente da expressão (petição, solicitação, reclamação ou recurso), o importante é que se provoque a Administração de forma correta.

Os arts. 48 e 49 da Lei Federal 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regulam o dever da Administração de decidir expressamente, não diferenciam se o procedimento deve ou não ser iniciado a instância de parte ou se iniciado de ofício. O silêncio administrativo, normalmente, opera em casos de procedimentos iniciados a instância de parte, mas há exceções em que permite que casos de procedimentos iniciados de ofício também, no caso de descumprimento, tenham consequência jurídica.

Assim sendo, é imprescindível a pretensão a um órgão para que este adote um ato administrativo. Todavia não se trata de qualquer órgão, este deve ser o legalmente habilitado para adotar o ato administrativo que se solicita, ou seja, deve ele ser o órgão competente. Além disso, o silêncio só se forma se o órgão possuir um dever legal de decidir a questão colocada pelo particular¹⁹.

2.3.2 Inatividade formal ou omissão específica da Administração durante determinado período de tempo

A inatividade formal administrativa²⁰ ou omissão específica da administração²¹, ou seja, a falta de decisão, concessão ou resposta que declare a vontade administrativa durante um período de tempo, como predeterminado pela norma jurídica, é o segundo requisito básico do silêncio administrativo.

Existem, na verdade, dois elementos dentro deste requisito, o vencimento de um prazo máximo sinalizado pela norma jurídica, juiz ou por instrumento bilateral de manifestação da autonomia de vontade, e a omissão administrativa ou a falta expressa de decisão, concessão ou resposta da Administração. Ambos os elementos desse requisito devem ocorrer para que se tenha caracterizado o silêncio.

Vale aqui mencionar que Celso Antônio Bandeira de Mello²², nas hipóteses de não haver previsão legal específica de prazo para a oferta de resposta pela Administração, entende aplicar, subsidiariamente, o lapso de 30 dias, conforme previsto na Lei Federal 9.784/1999²³.

Essa omissão pode ocorrer em distintos graus. Luis A. Ortiz-Alvarez²⁴ distingue a inatividade (ou omissão) ocorrida em primeiro grau, onde não existe ato prévio, daquela ocorrida em segundo grau, ou seja, quando existe um ato expresso prévio. Segundo o autor, quando a falta de resposta se localiza em primeiro grau, o silêncio administrativo é inoperante, correspondendo ao particular a interposição de recurso de acordo com a omissão (específica ou genérica) apresentada. Em contrário, quando a falta de resposta se apresenta em segundo grau, em que não existe um ato expresso inicial, neste caso, sim, é operante e pertinente a figura do silêncio administrativo, sem fazer maiores distinções entre

obrigações específicas ou genéricas, sustentando a operacionalidade do silêncio administrativo, mas não a dos recursos.

2.3.2.1 Solicitação de elementos adicionais para o procedimento (suspensão da contagem do prazo)

Muitas vezes, a Administração solicita ao requerente elementos adicionais para que possa tomar a decisão sobre o caso em questão. Significa que a Administração entendeu ser pertinente outros documentos além dos usualmente solicitados para que possa tomar a decisão. Neste caso, suspende-se o prazo entre o momento em que foi efetuada a solicitação e o da resposta. Dessa maneira procedendo porque a Administração não é responsável por decidir durante o tempo em que ela não detém os elementos necessários para poder decidir. Ou seja, mesmo que queira, a Administração, por falta de informação, não pode decidir.

Desse modo, admitir que o prazo se interrompesse seria excessivo perante a razão de ser do silêncio administrativo, seria esquecer todo o tempo que a Administração levou para apreciar os elementos enviados. Melhor, portanto, é entender que se elimina, para efeitos de computo temporal, o lapso correspondente ao período entre o momento em que a Administração verificou não ter condições para proferir um ato expresso (que é o momento em que é solicitado novo elemento ao particular) e o momento em que este responde, enviando os elementos necessários. Consequentemente, apenas se deve contabilizar o tempo desperdiçado por não existirem condições de decidir. Logo, a solicitação de novos elementos ao particular apenas provoca a suspensão da contagem dos prazos²⁵.

João Tiago Silveira²⁶ afirma, acertadamente, que os prazos apenas devem ser suspensos quando os elementos solicitados pela Administração estiverem exigidos por lei. Afirma que o contrário seria o mesmo que “conceder à Administração o expediente ideal para impedir a formação do acto tácito, pelo que estaríamos em presunção de uma absoluta ‘fraude’ ao instituto”. Desse modo, se os elementos legalmente exigíveis resultarem de comportamento faltoso do particular, parece ser claro que o prazo se deve suspender. O silêncio resultante de uma entrega defeituosa do requerimento não deve ser imputado à Administração, uma vez que esta não tem condições para decidir. Porém se tais resultarem da Administração, seja porque perdeu documentos ou porque formulou incorretamente alguma questão, por exemplo, induzindo ao particular a ideia de que apenas teria de entregar alguns dos elementos necessários, o prazo não se deve suspender.

Conclui-se, portanto, que a contagem do prazo deve ser suspensa sempre e quando o procedimento se encontrar parado por motivo imputável ao particular, podendo durar apenas o período durante o qual se subsistir a paragem por esses motivos²⁷.

2.3.2.2 Prorrogação do prazo

Tem sido discutida a possibilidade de prorrogar o prazo estabelecido para o silêncio administrativo. A princípio, entende-se que o prazo legal, estipulado na sentença ou no contrato, poderia ser prorrogado desde que justificado e notificado aos interessados, caso contrário, não teria este qualquer meio seguro de efetuar a contagem do prazo para a formação dos efeitos do silêncio, pois não teria qualquer conhecimento acerca da extensão do prazo²⁸. Tal apenas será possível se a legislação, sentença ou contrato o permitir.

2.3.3 Necessária disposição expressa dos efeitos

O terceiro e último requisito diz respeito aos efeitos do silêncio administrativo e não ao silêncio propriamente dito. O silêncio administrativo para existir não precisa deste requisito, mas para que seus efeitos se produzam precisará de expressa disposição normativa, decisão judicial ou instrumento contratual.

No direito administrativo, toda vontade deve exteriorizar-se de acordo com a forma e procedimento determinado, logo, o silêncio apenas pode produzir efeitos caso a lei, o juiz ou o contrato o preveja expressamente. Como já afirmado, apesar de posicionamento contrário na doutrina, não se vislumbra a possibilidade de qualquer efeito jurídico sem a devida previsão normativa, imposição judicial ou estipulação contratual²⁹.

Os efeitos do silêncio administrativo podem ser concessórios ou denegatórios (positivos ou negativos), e para que tais efeitos sejam válidos necessitam respeitar a juridicidade. A previsão legal é a forma mais evidente de existência dos efeitos do silêncio administrativo³⁰. Não é a única. Uma decisão ou sentença judicial pode também estabelecer efeitos jurídicos ao silêncio administrativo. E, por fim, a própria vontade contratual precedente da Administração pode impor determinados efeitos por meio da autonomia de vontade.

Não existindo quaisquer efeitos, estará o administrado desprotegido. Nesses casos, segundo alguns autores, como exposto, emerge a necessidade da doutrina e da

jurisprudência fixarem as consequências, dentro do ordenamento jurídico, passíveis de pleitearem-se. Tais casos podem ser chamados de silêncio neutro.

Caso contrário, restará ao particular a faculdade de postular um recurso administrativo ou socorrer-se ao Judiciário depois que decorrer o prazo sem a devida manifestação da Administração, ou no caso de inexistência de prazo, depois de decorrido um tempo razoável.

Sustenta Celso Antônio Bandeira de Mello³¹ que o administrado poderá formular em juízo dois tipos de pedido: a) o suprimento da manifestação administrativa e deferimento do pedido naqueles atos que forem vinculados; b) determinação de prazo para a Administração manifestar-se, sob pena de multa diária em caso de descumprimento, para aqueles atos que tiverem conteúdo discricionário, uma vez que o administrado tem direito a uma decisão motivada.

Entende-se que poderá, quando diante de hipótese de discricionariedade, solicitar ao Judiciário, além de manifestação sob pena de multa diária, em caso de descumprimento, também, alternativamente, sob pena de reconhecimento do indeferimento da pretensão, para assim permitir ao administrado que se socorra às vias recursais da Administração, ou de novamente ingressar no Judiciário, pleiteando seus direitos.

José dos Santos Carvalho Filho³²:

Caso não tenha êxito na via administrativa para obter manifestação comissiva 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 administrado com as consequências de eventual descumprimento.

Quanto ao tempo razoável, propõe Celso Antônio Bandeira de Mello³³, salvo para os casos de urgência, o prazo de 120 dias a partir do pedido, conforme estabelecido no art. 18, da Lei Federal 1.533, de 31 de dezembro de 1951, atual art. 23 da Lei Federal 12.016, de 7 de agosto de 2009, que dispõe sobre matérias relativas ao mandado de segurança.

Tal construção doutrinária não é de todo errada, mas parece que esse aspecto dependerá do caso concreto e, também, do tempo que a Administração usualmente leva para decidir questão semelhante à que se encontra pendente. Assim, pode inclusive ser menor que 120 dias, mesmo não sendo caso de urgência.

Fixou-se, então, um período máximo de tolerância para o administrado. Usando-se o mesmo parâmetro para criar um critério isonômico, a mesma regra poderá ser aplicada quanto ao silêncio administrativo, estabelecendo-se tal período, em qualquer hipótese, como o máximo admissível para a pronúncia tempestiva.

Isso não significa que, dadas as circunstâncias, possa o prazo ser substancialmente menor quando a demanda encaminhada não envolva maior complexidade, *verbi gratia*, o fornecimento de certidões.

Ocorre que, em algumas ocasiões, não poderá o particular recorrer administrativamente, pois não possui decisão para recorrer. Nesses casos, poderá depois de decorrido o prazo, ou, se não estipulado o prazo, depois de prazo razoável, notificar a administração para que, em determinado prazo, o qual também há de ser razoável, pronuncie-se, sob pena de entender como negativa a sua manifestação.

Igualmente, há de recordar o problema do interesse de agir que aqui impedirá o ajuizamento de qualquer ação. Segundo a nossa jurisprudência, existe sim o interesse de agir da parte no exato momento em que o apelante tem o direito de ver solucionado o seu pleito perante a Administração Pública. O processo administrativo é uma sucessão encadeada de atos administrativos que tendem a um resultado final e conclusivo. Para que se dê o processo administrativo cumpre que haja uma sequência de atos conectados entre si, armados em uma ordenada sucessão visando a um ato final. Conforme a doutrina, o processo administrativo atende a dois objetivos, resguarda os administrados e concorre para uma atuação administrativa mais clara, principalmente, com a fixação de prazos para cumprimento dos atos. Logo, existindo o silêncio da Administração, esse dará ensejo à impetração de mandado de segurança³⁴, seja para determinar que a autoridade pública aprecie o pedido ou para, até mesmo, substituir a decisão administrativa caso exista uma atuação vinculada.

Tal solução parece plausível, principalmente, para os casos em que a manifestação da Administração for condição para que o particular possa utilizar-se de outras medidas em defesa dos seus interesses e direitos e recorrer a outra autoridade administrativa ou judicial.

Pode-se citar como exemplo o art. 24 da Lei Federal 11.457, de 16 de março de 2007, que dispõe sobre a Administração Tributária Federal. Fixa prazo de 360 dias, a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte, para que a Administração profira decisão, mas não impõe qualquer efeito para o silêncio³⁵.

O mesmo ocorre com a Lei de Acesso à Informação (Lei Federal 12.527, de 18 de novembro de 2011), que, em seu art. 11, estabelece que se não for possível conceder o acesso imediato à informação requerida por qualquer interessado, o órgão ou entidade que receber o pedido deverá, no prazo não superior a 20 dias, decidir sobre o requerimento, sem qualquer efeito para o silêncio³⁶.

2.4 CRÍTICAS E MECANISMOS DE SOLUÇÃO AO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

Há duras críticas à instituição do silêncio administrativo, mas é certo que não parece predicável sua absoluta desapareção, melhor seria sua evolução dirigida ao melhoramento das soluções que se outorgam a muitos dos problemas práticos que geram o silêncio administrativo. Em alguns sistemas jurídicos, a solução passa pela criação de vias administrativas opcionais e não obrigatórias; e, em outros, um sistema generalizado de silêncio positivo, invertendo a regra mais comum do silêncio negativo.

Entre as críticas, a mais preocupante diz respeito ao silêncio ser um propiciador de adoção de comportamentos ilícitos, dessa maneira, colocando em causa o próprio ordenamento jurídico e o interesse público. Tal crítica não procede se for vedado o silêncio *contra legem*, ou seja, se a legislação e a jurisprudência eliminarem do particular a possibilidade de obter algo que não poderia obter através de um ato expresso, seja de maneira expressa ou apenas possibilitando que o ato derivado do silêncio possa ser revogado ou declarado nulo pelas vias administrativas ou judiciais.

Também é criticável pelo fato de potencializar vícios no funcionamento da Administração. Muitas vezes, a Administração conta com o silêncio e simplesmente deixa de responder, pois já sabe o efeito que este terá. Ocorre que a formação de eventual ato pelo silêncio não é algo normal e que deva ser admissível e desejável, pelo contrário, como apresentado, é tido como um desvio de poder/abuso de poder. Não se pode encarar como natural terminar um procedimento administrativo pelo silêncio. Imagine situação como essa em países cujo nível de corrupção é elevado, bastaria ao agente silenciar-se para cumprir com o ilícitamente prometido, assim, ficando sua culpabilidade difícil de ser provada, pois este sempre justificaria sua atitude na falta de meios ou na complexidade do problema. Tal circunstância também pode levar a outro efeito, ou seja, pode ser que a Administração se sinta pressionada a apressadamente indeferir uma pretensão sem ponderar, unicamente com o intuito de evitar a formação do deferimento, por exemplo.

O silêncio pode também atentar contra os interesses públicos e de terceiros. Inexistindo ponderação, pode-se ferir tais interesses. E, desse modo, ocorre quando existe uma regra geral de silêncio positivo ou negativo, mas mesmo assim o legislador enumera casos excepcionais em que a regra não se aplica. Nesses casos, o legislador terá ponderado previamente e, assim o realizando, poderá entender que o interesse do solicitante ficaria mais prejudicado pelo silêncio, e conseqüente deferimento ou indeferimento, que beneficiados os outros interesses concorrentes. Ou seja, o particular teria mais a perder com a não adoção da regra do silêncio positivo ou negativo do que o interesse público e terceiros a ganhar com essa circunstância³⁷.

Há também críticas aos seus efeitos negativos. José Ignacio Morillo-Velarde³⁸ infere que o silêncio negativo é “una institución garantizadora vergonzante”, que em si mesmo não garante nada. Em todo caso, o fundo da crítica estava dirigido ao fato de que, lamentavelmente, é enorme a quantidade de vezes que é necessário acudir a tal técnica, o que evidencia um mau funcionamento das Administrações Públicas. Agrega o autor que “el silencio administrativo se há convertido en símbolo de una Administración que no funciona (...) y, de rechazo, de un manso, lento e igualmente ineficaz Poder judicial”. O silêncio negativo, portanto, não constitui uma garantia verdadeiramente eficaz em favor do administrado, existindo inclusive quem a chame de disparate jurídico³⁹.

Quanto aos efeitos positivos, há críticas relacionadas à ponderação e motivação dos atos. Os atos derivados ficticiamente do silêncio positivo não possuem qualquer avaliação e, muito menos, motivação. Seus efeitos práticos, também, são objetos de críticas por parte da doutrina, pois a atividade administrativa poderia deixar de ser obra da Administração para converter-se em labor dos administrados, dessa forma, correspondendo a uma atribuição de

competência decisória aos particulares⁴⁰. Traz também insegurança jurídica porque nunca se saberá se o silêncio positivo produzirá efeitos ou não. Inexistindo ato expresso, o particular não tem a garantia de o ato ser legal. Existe também a dificuldade na sua execução, afinal, não existe qualquer documentação que prove que o silêncio se transformou em ato, tal crítica é minimizada pela ideia dos certificados que podem ser emitidos, porém estes, como se terá oportunidade de verificar, não são convenientes. Ademais, o efeito positivo do silêncio pode ter consequências transcendentais, sendo, para muitos, mais seguro enumerar os casos possíveis de aplicação desse efeito do que o transformar em regra geral⁴¹.

Essas críticas, na verdade, são dirigidas à própria Administração que não cumpre com seu dever de decidir. O instituto do silêncio administrativo em si não é o problema, ele constitui-se, como alguns dizem, em um mal necessário⁴². Há, porém, mecanismos de reação que poderiam minimizar este mal.

Entre os mecanismos para denunciar a falta de decisão, concessão ou resposta da Administração, pode-se citar a *reclamación en queja*, instituída pelo Direito espanhol. Trata-se de um mecanismo em que o particular dirige-se à Administração para reclamar dos defeitos detectados na tramitação do procedimento administrativo e, em especial, para ir contra eventuais paralizações ou infrações relacionadas ao prazo legal no procedimento. O problema é que, na prática, tal mecanismo não funcionou. Ernesto García-Trevijano Garnica⁴³ relata que: “En síntesis, podría decirse -quizá de una manera un tanto irónica- que el principal remedio (distinto del silencio administrativo mismo) previsto contra la pasividad de la Administración, como es la reclamación en queja, es fuente precisamente de uno de los mayores focos de pasividad (falta de resolución) de la Administración”.

Outro mecanismo seria a comunicação prévia à Administração. Em uma primeira hipótese, o particular poderia desenvolver imediatamente a atividade pretendida, estando a Administração habilitada a impedi-lo através de seus mecanismos de controle, condicionando ou impedindo aquele de continuar a agir.

Outra alternativa seria exigir o decurso de um lapso temporal sem que a atividade pudesse ser desenvolvida imediatamente, se o silêncio persistisse, estaria o particular habilitado para atuar, como ocorre no ordenamento italiano.

Assim, mesmo existindo meios de forçar a Administração a manifestar-se, ela sempre terá a possibilidade - não o direito - de manter-se em silêncio, daí porque se afirma que o instituto do silêncio administrativo é um mal necessário.

Por fim, vale ressaltar a existência, na Europa, da Recomendação 90/246/CEE, de 28 de maio de 1990⁴⁴, relativa à execução de uma política de simplificação administrativa nos Estados-membros da Comunidade Europeia a favor das pequenas e médias empresas. Essa recomendação busca uma gestão administrativa rápida do Poder Público que evite moléstias desnecessárias aos administrados.

Apesar de tratar exclusivamente sobre a execução de uma política de simplificação administrativa nos Estados-membros a favor das pequenas e médias empresas, recomenda que estes dediquem especial atenção: “4. (...) d) Substituição do maior número possível de decisões formais por procedimentos de aprovação tácita segundo os quais, passado um determinado prazo sobre a apresentação do pedido, a ausência de reação por parte das autoridades competentes seja considerada uma decisão”.

Não parece sensata nem prudente tal recomendação, pois esta deveria ser no sentido de dar resposta aos administrados, mas, caso isso não seja possível, que o silêncio positivo seja a alternativa para se forçar uma manifestação da Administração.

2.5 RELAÇÕES ENTRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

A doutrina do silêncio administrativo possui uma estreita relação com direitos constitucionalmente estabelecidos⁴⁵.

O silêncio negativo tem relação, por exemplo, com os direitos à tutela judicial efetiva e da celeridade procedimental, direitos que supõem a articulação de qualquer técnica que permita extinguir obstáculos relacionados com o tradicional caráter revisor da jurisdição contencioso-administrativa, permitindo, entre outras questões, o rápido e efetivo acesso a ela, além da célere tramitação⁴⁶.

Também se pode sustentar que o silêncio negativo é uma manifestação do princípio constitucional da eficácia administrativa, no sentido de que a técnica do silêncio não isenta à Administração de seu dever de decidir e, ao mesmo tempo, se pelos efeitos optar o particular, permite a este acessar as instâncias administrativas ou judiciais subsequentes, dessa maneira, evitando que a omissão administrativa se torne um obstáculo insanável. Essa razão conecta o silêncio, também, ao princípio da segurança jurídica⁴⁷.

Ainda quanto ao silêncio negativo, este também se conecta àquele da legalidade, no

sentido de que, obviamente, converte-se numa fórmula que permite facilitar o controle da conduta administrativa por parte do Judiciário.

Já o silêncio positivo tem maior conexão com os princípios constitucionais da eficácia administrativa e da legalidade, pois eles permitem que a omissão administrativa não obstaculize as atividades dos particulares, além de permitir, por via da substituição legislativa, entender que a Administração outorgou ou satisfaz, tal como impõe a lei, o requerimento do interessado.

Igualmente, têm relação com o silêncio positivo os princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, pois, por um lado, converte-se em um contundente remédio à insegurança criada por toda falta de resposta, substituindo tal omissão em um ato presumido concessório e, por outro lado, ao conceber-se o ato presumido como um ato equivalente e de igual força a uma decisão administrativa expressa, o particular fica protegido pelo manto da estabilidade que estas decisões implicam, tirando-lhes validade das decisões tardias e impedindo a revogação, salvo por meio de situações previstas na lei, com o correspondente direito à indenização se for o caso. Nesse sentido, tais princípios não podem ser utilizados pela Administração para obter um benefício derivado de sua própria omissão. A Administração causante não pode aduzir a seu favor uma situação criada por ela mesma, situação a qual, por sua vez, pode por fim, a qualquer momento, cumprindo com o dever que lhe é exigido legalmente, ou seja, ditar uma resolução expressa.

Tal silêncio também terá conexão com outros direitos, como a livre iniciativa e o direito de propriedade, por exemplo, que, no caso particular, pretendam satisfazer ou desenvolver-se através de uma lícita solicitação à Administração e que, por desídia administrativa, não encontram resposta expressa em dita sede⁴⁸.

2.6 CASOS EM QUE NÃO SE PRODUZ O SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

Já se afirmou que os efeitos produzidos no silêncio (negativo ou positivo) não abrangem todo o leque de situações juridicamente possíveis. Pode-se dizer que existem casos em que pensar em silêncio administrativo seria um absurdo. É basicamente o que sucede quando não existe obrigação de resolver.

Os casos de caducidade, desistência, renúncia e perda sobrevividos do objeto são casos excepcionais do dever de resolver, são formas anormais de terminação do procedimento em que se excepciona o dever de resolver sobre o fundo do assunto. Apesar de Ernesto García-Trevijano Garnica⁴⁹ afirmar que o silêncio administrativo “constituye precisamente una forma específica de terminación del procedimiento administrativo”, esse instituto não se confunde com os citados. Deve-se ter claro que o silêncio administrativo é uma garantia prevista exclusivamente em favor do particular, não se trata, absolutamente, de uma forma mais cômoda para a Administração concluir o procedimento administrativo. Inclusive, como visto, se tal ocorrer, ter-se-á desvio ou abuso de poder.

Por fim, é impossível produzir o silêncio administrativo por procedimentos terminados pela via da resolução extrajudicial (conciliação, mediação ou arbitragem), afinal, neles não possui a Administração o dever de decidir.

2.7 SILÊNCIO ADMINISTRATIVO E A TEORIA DA INVALIDEZ DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Sabe-se que o ato administrativo pode ser invalidado, isto é, desfazer-se em virtude de vício de legalidade. Por conseguinte, deverá o ato ser anulado sempre que existirem tais vícios.

Não se pode confundir a anulação do ato com o silêncio administrativo. Mesmo existindo na declaração de anulação eficácia retroativa (*ex tunc*) não haverá silêncio, pelo contrário, houve um ato administrativo, mas esse estava eivado de ilegalidade. O vício só existe porque o ato existe, e este só terá como ser detectado *a posteriori*, seja por decisão judicial ou administrativa.

Quando diante de hipóteses de silêncio negativo, nenhuma relação pode ser feita com a teoria da invalidez dos atos administrativos, afinal, a princípio, esse constitui mera ficção jurídica que, em momento algum enseja um ato administrativo. Isto é, como não há produção de ato, não poderá o silêncio negativo ser invalidado.

Já o silêncio positivo, como é uma substituição por lei, decisão judicial ou contrato da vontade administrativa e por existir um verdadeiro ato administrativo, pode surgir o questionamento se esse poderia ser declarado como inválido por vício de legalidade. Como observado, independente da adequação da petição, solicitação, reclamação ou recurso, caso transcorra determinado prazo sem que a Administração decida, automaticamente, surgirá um ato por silêncio positivo. Logo, independente da adequação de tais instrumentos, poderá o administrado beneficiar-se de um ato eivado de ilegalidade. Isso não pode ocorrer. Não se

pode outorgar por silêncio aquilo que não se faria de forma expressa. Por conseguinte, somente se pode outorgar por silêncio aquilo que seja legalmente possível. Sendo assim, se tal ato for contrário à lei: ou ele simplesmente não existirá para o Direito (será inexistente), afinal, não se pode afirmar que tal ato possui vícios, mas apenas que este não existe⁵⁰; ou ele existirá e, por estar eivado de vícios, deverá ser declarado nulo ou anulado, pois é possível que, em determinadas situações, o ato decorrente de um silêncio positivo adoeça de “vício inoperante”⁵¹.

Segundo Ernesto García-Trevijano Garnica⁵², para que um ato presumido não seja inexistente, três requisitos devem ocorrer: 1) a solicitação deve ser formulada corretamente, de maneira congruente, acompanhada de toda documentação e deverá apresentar-se perante o órgão competente; 2) o interessado deve seguir os trâmites legalmente previstos para que surja o silêncio; 3) o solicitado não pode ser contrário à lei.

A omissão de qualquer destes requisitos dará lugar à inexistência do ato administrativo, por conseguinte, o silêncio positivo não terá produzido efeitos.

Sob essa perspectiva, o regime de invalidez do silêncio positivo é equiparável ao do ato administrativo em tudo quanto não contrarie a sua natureza⁵³. Dessa forma, poderão existir atos decorrentes de silêncio positivo anuláveis, nulos e inexistentes. No entanto, a diferente natureza das figuras impossibilita uma total equivalência entre regimes, havendo situações em que é inconcebível a aplicação de determinadas causas de nulidade ou dos motivos de inexistência ao ato administrativo de deferimento. Quem assim entende afirma que existirá inexistência toda vez que faltar um elemento qualificador para que o ato administrativo possa ser como tal considerado, ou seja, quando não se encontrem preenchidos os requisitos para formação do silêncio. Já a nulidade ocorrerá apenas quando o ato carece de um elemento essencial de direito fundamental ou quando seu objeto for impossível/ininteligível, além, é claro, de se constituir crime⁵⁴.

2.8 DIFERENÇAS ENTRE SILÊNCIO ADMINISTRATIVO E INSTITUTOS AFINS

2.8.1 Ato implícito

Atos implícitos são aqueles comportamentos dos quais se depreende uma declaração de vontade de um órgão administrativo sem seguir o correspondente procedimento. Existe, no ato implícito, uma vontade de adotar determinada decisão, embora essa decisão não tenha sido expressamente declarada, dado que ela se deduz de outro ato por meio de um esforço de interpretação. Ou seja, a vontade administrativa manifesta-se por meio de um ato que esteja incluído noutro. Existe, portanto, uma necessária correlação de dependência com outro ato que necessariamente é expresse⁵⁵.

O ato implícito pressupõe a existência de uma vontade, a qual não existe no silêncio administrativo. Diferencia-se, portanto, em relação ao silêncio administrativo. Enquanto o silêncio se produz na ausência de resposta administrativa a uma petição, solicitação, reclamação ou recurso do administrado, de forma que é esta a que vai determinar o conteúdo do ato, que não é outro que a aceitação ou o rechaço do pedido que originou o procedimento; no ato implícito, não existe ausência de resposta a uma petição, solicitação, reclamação ou recurso prévio, mas sim uma resposta administrativa atípica, através de um procedimento distinto ao estabelecido⁵⁶.

Ressalta-se, desde já, a diferença que se fará, a partir do próximo capítulo, quando se classificará o silêncio positivo e negativo em implícito. Tais não se confundem com o que aqui se denomina ato implícito. No que se chamou de silêncio positivo implícito e silêncio negativo implícito, não há ato expresse, seja anterior ou posterior, à omissão administrativa. Como se poderá observar, a sua ocorrência é deduzida de disposição normativa, judicial ou contratual⁵⁷.

2.8.2 Inércia administrativa (silêncio preclusivo)

A inércia administrativa não se confunde com o silêncio administrativo, apesar de ser uma forma de silêncio da Administração. O silêncio decorrente da inércia administrativa na defesa de direitos, obrigações e deveres não se confunde com o silêncio decorrente da ausência de decisão, concessão, respostas em razão de pedido, solicitação ou reclamação. A principal diferença entre a inércia e o objeto de estudo do presente trabalho reside no já referido fato não nascer de uma pretensão de um particular dirigida à Administração. Trata-se de práticas cujo decurso de prazo sem pronunciamento da autoridade dispensa pura e simplesmente a realização da mesma, por isso, entende-se que se poderia denominar a inércia administrativa de silêncio preclusivo. Tal silêncio seria todas as hipóteses em que o decurso do tempo dispensa sua prática, impedindo que o processo de decisão administrativa

fique paralisado devido àquela inércia. Tudo se passa no âmbito das relações interorgânicas da Administração ou de outros Poderes Públicos. Será inteiramente desnecessária a atribuição dos efeitos do silêncio revelando-se a regra do silêncio negativo dispensável. Trata-se de casos em que a formalidade é dispensada, tornando-se a manifestação administrativa inexigível.

Temístocles Brandão Cavalcanti⁵⁸ alerta para a distinção entre inércia da Administração, na defesa dos direitos seus ou da coletividade, com o silêncio na decisão provocado por terceiros. O primeiro caso pode implicar na decadência do direito. No segundo, afirma que não implica o silêncio, necessariamente, no reconhecimento tácito de um direito. Dessa forma, criando-se uma hipótese para o primeiro caso, a falta do exercício de poder de polícia, de medidas coercitivas e de restrições ao exercício de direitos, quanto à maneira e à forma de praticá-lo, implicarão, tacitamente, no consentimento. Mas a falta de despacho em um pedido, requerimento ou solicitação, não pode ser considerada assentimento tácito, reconhecimento implícito da legitimidade da pretensão de terceiros perante o Estado ou a Administração.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello⁵⁹ declara que o silêncio pode decorrer da inação (a qual, para o autor, gera manifestação de vontade, logo, ato administrativo), mas jamais da inércia (essa apenas gera a decadência do direito)⁶⁰.

É o enfoque do silêncio decorrente da ausência de decisão, concessão, respostas em razão de pedido, solicitação, reclamação ou recurso que a presente obra pretende tratar. Este enfoque diferencia-se da inércia, e a melhor maneira de compreender é através de alguns exemplos de inércia para que tal distinção pareça mais clara.

O primeiro exemplo que se pode citar é a inércia do Presidente em caso de sanção presidencial. Determina o art. 66, § 3.º, da CRFB, que decorrido o prazo de 15 dias (entende-se úteis) desde o envio de projeto de lei ao Presidente da República, para em aquiescendo, sancioná-lo, sem que esse se manifeste, importará seu silêncio uma sanção tácita⁶¹. Considerou-se conveniente atribuir a inércia do chefe do Poder Executivo efeito positivo, com significado de anuência para que não existisse a possibilidade de deter o processo legislativo.

O art. 30 da Lei Federal 6.448, de 11 de outubro de 1977, que dispõe sobre a organização política e administrativa dos municípios tem disposição similar ao dispor que aprovado o projeto de lei, na forma regimental, será ele, no prazo de 15 dias úteis, enviado ao Prefeito que, em igual prazo, deverá sancioná-lo e promulgá-lo, ou então vetá-lo, se o considerar contrário ao interesse do município ou infringente da Constituição ou de lei federal. Decorrido o prazo sem a manifestação do Prefeito, considerar-se-á sancionado o projeto, sendo obrigatória a sua promulgação pelo Presidente da Câmara, no prazo de cinco dias, sob pena de responsabilidade⁶².

Outro exemplo é a inércia do congresso nacional em casos de manifestação a respeito de medida provisória. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com forma de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. A falta de manifestação do Congresso no prazo de 60 dias, prorrogáveis uma vez por igual período, significa que as relações jurídicas decorrentes da medida provisória não convertida em lei sejam disciplinadas pela própria medida provisória⁶³.

Ainda no âmbito do Legislativo, há a inércia da comissão técnica em casos de parecer desta comissão em projeto de lei. O art. 20 do Regimento Comum do Congresso Nacional (Resolução 1, de 1970-CN) determina que uma vez esgotado o prazo para que a comissão técnica opine por meio de parecer, este é encaminhado ao Plenário com supressão de instância, apesar de ter a obrigação de proferir o parecer oralmente, em plenário, por ocasião da discussão da matéria⁶⁴.

Quanto à inércia da Administração em sentido estrito, pode-se citar o caso do estágio probatório. Determina o art. 41, § 4.º, da CRFB ser a estabilidade dos servidores adquirida após três anos de efetivo exercício de serviço público, desde que haja avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade⁶⁵. Percebe-se que não se estabeleceu os efeitos de eventual inércia nem prazo para que tal procedimento tenha início e fim.

Aqui não existe uma petição, solicitação, requisição ou recurso do administrado, simplesmente, esse fica à mercê da Administração, não podendo ser prejudicado caso essa não venha a instaurar tal comissão ou, em instaurando, não aprecie sua situação.

Mesmo sendo sabedor de que a Administração para busca da eficiência necessita de bons administradores e podendo, caso não haja tal avaliação, existir servidores descomprometidos com a função pública, entende-se que a preponderância do interesse público não pode extinguir por completo o interesse privado, devendo-se levar em

consideração a boa-fé do servidor e a avaliação por concurso público, colocadas como parâmetros para interpretar a inércia com efeitos positivos, considerando-se, assim, adquirida a estabilidade⁶⁶.

A segunda hipótese existente em âmbito federal é o art. 4.º da Lei Complementar Federal 24, de 7 de janeiro de 1975, que dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, e dá outras providências⁶⁷.

Tais convênios serão celebrados em reuniões, com a presença de representantes da maioria das Unidades da Federação, para as quais tenham sido convocados representantes de todos os estados e do Distrito Federal, sob a presidência de representantes do governo federal.

A concessão de qualquer benefício dependerá sempre de decisão unânime dos estados representados, podendo dispor que a aplicação de qualquer de suas cláusulas seja limitada a uma ou a algumas Unidades da Federação; a sua revogação total ou parcial dependerá de aprovação de quatro quintos, pelo menos, dos representantes presentes⁶⁸.

Celebrados os convênios, o Poder Executivo de cada Unidade da Federação terá o prazo de 15 dias contados da publicação no Diário Oficial da União, e independentemente de qualquer outra comunicação, para publicar Decreto ratificando-os ou não, considerando-se ratificação tácita dos convênios a falta de manifestação em tal prazo.

Outra hipótese, nesse caso mais evidente, vem estipulada no Decreto Federal 4.176, de 28 de março de 2002, que estabelece normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal.

Seu art. 35 dispõe que compete à Subchefia de Coordenação da Ação Governamental da Casa Civil solicitar informações, quando julgar conveniente, a outros Ministérios e a órgãos da Administração Pública Federal para instruir o exame dos atos normativos sujeitos à apreciação do Presidente da República. O parágrafo único de dito artigo estabelece que seja considerada concordância tácita os casos em que tais entes não examinem a matéria objeto da consulta, imprerivelmente, no prazo fixado por dita subchefia⁶⁹.

O Decreto-lei Federal 6.259, de 10 de fevereiro de 1944, que dispõe sobre o serviço de loterias, também, é outro exemplo. Em seu art. 17, estabelece que não serão postos em circulação bilhetes de loteria cujos planos não tenham sido previamente aprovados pelo Diretor das Rendas Internas do Tesouro Nacional, quando se tratar da loteria federal, ou pelo Delegado Fiscal no respectivo estado, quando se tratar de loteria estadual. Caso tais autoridades não se manifestem no prazo de 15 dias da data da apresentação dos planos, considerando-se tais tacitamente aprovados⁷⁰.

Ainda no âmbito federal, também, há inércia do Poder Executivo em casos de patente originária do Brasil cujo objeto interesse à defesa nacional. A Lei 9.279, de 14 de maio de 1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, afirma, em seu art. 75, que o pedido de patente originário do Brasil cujo objeto interesse à defesa nacional será processado em caráter sigiloso e não estará sujeito às publicações previstas na lei⁷¹.

O Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) encaminhará o pedido, de imediato, ao órgão competente do Poder Executivo⁷² para, no prazo de 60 (sessenta) dias, manifestar-se sobre o caráter sigiloso. Decorrido o prazo sem a manifestação do órgão competente, o pedido será processado normalmente, ocorrendo assim uma supressão de instância.

Por fim, para não se estender mais, vale citar pelo menos um caso dentro do âmbito municipal. A Lei Municipal de Paranaíba 2.483, de 13 de janeiro de 2004, que dispõe sobre a estrutura do conselho municipal de saúde, relata, em seus arts. 8.º e 9.º, que decorrido o prazo máximo de 30 dias para apreciar os Programas e Projetos da Secretaria Municipal de Saúde sem apreciação do conselho, considerar-se-á aprovada tacitamente a proposição⁷³.

¹ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. *El silencio administrativo en el derecho español*. Madrid: Civitas, 1990. p. 76.

² *Ibidem*, p. 77.

³ CLEMENTE DE DIEGO, Felipe. *El silencio en el derecho*. Madrid: Reus, 1925. p. 94-95.

⁴ Para ERNESTO GARCÍA-TREVIJANO GARNICA (op. cit., p. 69): "En definitiva, en el silencio cualificado no existirá, en principio, dificultad alguna, pues los efectos de la conducta pasiva estarán en mayor o menor medida predeterminados. Será en el silencio simple en el que se plantearán frontalmente las dificultades derivadas de la necesaria interpretación del sentido de tal conducta pasiva, interpretación en la que influirán decididamente los parámetros anteriormente señalados, es decir, los usos, la conciencia social, la calidad de las personas y las circunstancias en que éstas actúan según las costumbres del tráfico".

⁵ ERNESTO GARCÍA-TREVIJANO GARNICA (*ibidem*, p. 79) define silencio administrativo como "una presunción o ficción legal por virtud de la cual, transcurrido cierto plazo sin resolver la Administración, y producidas además determinadas circunstancias, se entenderá (o podrá entenderse) denegada u otorgada la petición o el recurso formulado por los particulares u otras Administraciones".

⁶ CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo I*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 474; GIANNINI, Massimo Severo. *Istituzioni di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1981. p. 441.

⁷ ROBERTO, A. de. Silenzio-assenso e legittimazione "ex lege" nella legge Nicolazzi. *Diritto e Società*. Padova, a.

- X, n. 1, jan.-mar. 1983, p. 163 e ss.
- ⁸ PARISIO, Vera. Il silenzio della pubblica amministrazione nella Legge 7 Agosto 1990 n. 241. *Diritto e Società*. Padova, a. XIX, n. 1, jan.-mar. 1992, p. 170.
- ⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. *Curso de derecho administrativo I*. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004. p. 571.
- ¹⁰ SILVEIRA, João Tiago. Op. cit., p. 81.
- ¹¹ Segundo JOÃO TIAGO SILVEIRA (op. cit., p. 84): “a presunção serve para concluirmos acerca da existência de uma determinada realidade mediante factos que apontem nesse sentido, devendo esses factos, em termos objectivos, constituir indícios de que, com alguma probabilidade, se terá verificado uma determinada circunstância. Ora, a existência de um silêncio da Administração durante um período de tempo não pode ser considerada como um indício da vontade administrativa num ou noutro sentido, uma vez que não constitui um dado objectivo para que se dê como certa determinada realidade”.
- ¹² GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; RAMON FERNANDEZ, Tomás. Op. cit., p. 575.
- ¹³ OLIVEIRA, Mário Esteves de. *Direito administrativo I*. Coimbra: Almedina, 1984. p. 374-479.
- ¹⁴ CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo I*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 474-475.
- ¹⁵ SILVEIRA, João Tiago. Op. cit., p. 94; BAENA DEL ALCAZAR, Mariano. Naturaleza jurídica del silencio de la Administración. *Revista de Estudios de la Vida Local*, Madrid, a. XX, n. 121, p. 1-24, enero-febrero 1962, p. 20; GOMÉZ PUENTE, Manuel. *La inactividad de la Administración*. Pamplona: Aranzadi, 1997. p. 577-584; SENSALE, Massimo. *Il silenzio della pubblica amministrazione nel diritto urbanistico*. Padova: Cedam, 1991. p. 43; TRAVI, Aldo. *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*. Padova: Cedam, 1985. p. 92-94, 98, 102.
- ¹⁶ SILVEIRA, João Tiago. Op. cit., p. 95-99.
- ¹⁷ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. Op. cit., p. 199.
- ¹⁸ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. Op. cit., p. 170.
- ¹⁹ Há quem sustente, distintamente do aqui defendido, que o silêncio administrativo surge da inobservância não apenas de um dever de decidir, mas também de um dever legal de controlar a atividade administrativa (art. 70, caput, da CRFB) e de um dever regulamentar para a fiel execução das leis (art. 84, IV, parte final, da CRFB). ADRIANA ANCONA DE FARIA (FARIA, Adriana Ancona de. Silêncio administrativo. 2002. 186fls. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP, São Paulo, 2002, p. 135) define silêncio administrativo como: “a inatividade formal da Administração Pública, constitutiva de violação à ordem jurídica, em face da falta de resposta a requerimento de particular postulando interesse próprio, da inação indevida de órgãos controlador ou em virtude da falta de edição de ato normativo necessário para o exercício de direito constitucional consagrado”. Vide, também: LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. O silêncio administrativo: a inatividade formal do Estado como uma refinada forma de ilegalidade! *Boletim de Direito Administrativo*, Curitiba, a. XXVII, n. 4, p. 403-423, abr. 2011, p. 405 e 406. Entende-se que tais hipóteses, na verdade, são situações de inércia administrativa; e essas, como se poderá vislumbrar mais adiante, não se confundem com o silêncio administrativo.
- ²⁰ Segundo MANUEL GOMÉZ PUENTE (GOMÉZ PUENTE, Manuel. *La inactividad de la Administración*. Pamplona: Aranzadi, 1997. p. 58 e ss.), o conceito jurídico de inatividade pode se constituir a partir de dois elementos: “uno material, la constatación de una situación de pasividad o inercia de la Administración; y otro formal, que convierte dicha situación en una omisión por infracción de un deber legal de obrar o actuar y determina su antijuridicidad. Este deber legal de actuar puede resultar tanto del reconocimiento expreso de una obligación administrativa de hacer como de una facultad administrativa (por ejemplo, la titularidad de una potestad funcional)”. Recorda o autor que, muitas vezes, por questões econômicas, políticas, sociais e até culturais, pode existir uma redução ou até o desaparecimento da antijuridicidade que permitiria atacar a inércia administrativa como comportamento repugnante ou contrário ao ordenamento jurídico. Assim, o conceito jurídico de inatividade é um conceito aberto, variável e mutável. Já ALEJANDRO NIETO (NIETO, Alejandro. La inactividad de la administración y el recurso contencioso-administrativo. *Revista de Administración Pública*, Madrid, a. XII, n. 37, p. 75-126, ene./abr. 1962, p. 80) distingue a inatividade formal da material explicando que a primeira diz respeito à passividade da Administração dentro de um procedimento, sendo a simples não contestação de uma petição, solicitação, reclamação ou recurso dos particulares. Já a inatividade material consiste em uma passividade, isto é, em um deixar de fazer da Administração, no marco de suas competências.
- ²¹ GUILHERME COUTO (apud CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 169) estabelece a diferença entre omissão genérica e específica. Entende ser a omissão genérica aquela em que não há dever específico de agir. Quando houver, a omissão será específica.
- ²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 408.
- ²³ Para MARCELO SCIORILLI (SCIORILLI, Marcelo. Silêncio e Administração Pública. *Justitia*. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/artigos/6850x7.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2012), à falta de previsão legal poder-se-ia aplicar a regra geral prevista no art. 49 da Lei 9.784/1999 (que regula o processo administrativo no âmbito federal), ou seja, 30 dias. Cuida-se de prazo mais exíguo, porém entendido pelo legislador como suficiente à prolação de decisões no âmbito da Administração Federal, ressalvada a possibilidade de prorrogação por igual período expressamente motivada.
- ²⁴ ORTIZ-ALVAREZ, Luis A. *El silencio administrativo en el derecho venezolano*. Caracas: Sherwood, 2000. p. 81 e ss.
- ²⁵ Neste sentido: SILVEIRA, João Tiago. Op. cit., p. 177; PARADA, Ramon. *Derecho administrativo I*. 16. ed. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 117. Em sentido inverso, no direito francês a contagem do prazo só se inicia com a entrega de todos os documentos legalmente exigíveis: CHAPUS, René. *Droit administratif général*. 15. ed. Paris: Montchrestien, 2001. p. 456 e 457.
- ²⁶ SILVEIRA, João Tiago. Op. cit., p. 178.
- ²⁷ Tal situação complica-se caso sejam vários os interessados e não apenas um. Como a Administração, muitas vezes, não tem a obrigação de notificar os interessados acerca da data do início e termo da suspensão, alguns dos mesmos podem ficar sem saber exatamente quando se iniciou e quando terminou a suspensão.
- ²⁸ GONÇALVES, Pedro Costa; OLIVEIRA, Mário Esteves de; AMORIM, João Pacheco de. *Código do Procedimento Administrativo - Comentado*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007 (7.ª Reimpressão da Edição de 1997). p. 457.
- ²⁹ ROMANO, Santi. *Curso di diritto amministrativo*. 3. ed. Padova: CEDAM, 1937. p. 258.
- ³⁰ VALLES, Arnaldo de. *Elementi di diritto amministrativo*. 2. ed. Padova: CEDAM, 1951. p. 174; SAYAGUES LASO, Enrique. *Tratado de derecho administrativo*. Montevideo: Depalma, 1953. p. 435.
- ³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.

- ³² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 95-96.
- ³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 408.
- ³⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal – Quinta Região. AC 459.927, 4.ª Turma, Rel. Des. Fed. Frederico Pinto de Azevedo, *DJE* 27.05.2010, p. 896, Data da decisão: 18.05.2010.
- ³⁵ 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.
- ³⁶ Art. 11. O órgão ou entidade pública deverá autorizar ou conceder o acesso imediato à informação disponível.
- § 1.º Não sendo possível conceder o acesso imediato, na forma disposta no caput, o órgão ou entidade que receber o pedido deverá, em prazo não superior a 20 (vinte) dias:
- I - comunicar a data, local e modo para se realizar a consulta, efetuar a reprodução ou obter a certidão;
- II - indicar as razões de fato ou de direito da recusa, total ou parcial, do acesso pretendido; ou
- III - comunicar que não possui a informação, indicar, se for do seu conhecimento, o órgão ou a entidade que a detém, ou, ainda, remeter o requerimento a esse órgão ou entidade, cientificando o interessado da remessa de seu pedido de informação.
- § 2.º O prazo referido no § 1.º poderá ser prorrogado por mais 10 (dez) dias, mediante justificativa expressa, da qual será cientificado o requerente.
- § 3.º Sem prejuízo da segurança e da proteção das informações e do cumprimento da legislação aplicável, o órgão ou entidade poderá oferecer meios para que o próprio requerente possa pesquisar a informação de que necessitar.
- § 4.º Quando não for autorizado o acesso por se tratar de informação total ou parcialmente sigilosa, o requerente deverá ser informado sobre a possibilidade de recurso, prazos e condições para sua interposição, devendo, ainda, ser-lhe indicada a autoridade competente para sua apreciação.
- § 5.º A informação armazenada em formato digital será fornecida nesse formato, caso haja anuência do requerente.
- § 6.º Caso a informação solicitada esteja disponível ao público em formato impresso, eletrônico ou em qualquer outro meio de acesso universal, serão informados ao requerente, por escrito, o lugar e a forma pela qual se poderá consultar, obter ou reproduzir a referida informação, procedimento esse que desonerará o órgão ou entidade pública da obrigação de seu fornecimento direto, salvo se o requerente declarar não dispor de meios para realizar por si mesmo tais procedimentos.
- ³⁷ SILVEIRA, João Tiago. Op. cit., p. 276.
- ³⁸ MORILLO-VELARDE, José Ignacio. Hacia la nueva configuración del silencio administrativo. *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, a. XIII, n. 49, p. 65-84, ene-mar, 1986, p. 74; MORILLO-VELARDE, José Ignacio. El silencio administrativo. In: BARNES, Javier (coord.). *El procedimiento administrativo en el Derecho comparado*. Madrid: Civitas, 1993. p. 161.
- ³⁹ GARRIDO FALLA, Fernando. El silencio administrativo en la nueva ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. *Revista de estudios de la vida local*, Madrid, a. XV, n. 91, jul.-set. 1957, p. 52.
- ⁴⁰ JOÃO TIAGO SILVEIRA (Op. cit., p. 278) discorda de tal crítica e afirma: “não se trata de atribuir competência decisória aos particulares, mas antes de encontrar uma solução para a posição do particular ao qual não pode ser exigido, devido aos valores em presença, que se contente com o mero silêncio da Administração, resultante, ou não, de uma vontade desta em não actuar”.
- ⁴¹ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. Op. cit., p. 118.
- JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR (SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Silencio positivo: una primera reflexión sobre las posibilidades de revitalizar una técnica casi olvidada. *Documentación administrativa*, Madrid, a. XI, n. 208, p. 107-120, ene.-dic. 1986) traz uma visão pessimista sobre o silêncio positivo, chegando a classificar a estipulação legal sobre o mesmo como um puro adorno, por falta de uso e por desnaturalização, que se apresentam como um convite ao caos social.
- ⁴² ERNESTO GARCÍA-TREVIJANO GARNICA (GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. *El silencio administrativo en la nueva ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*. Madrid: Civitas, 1994. p. 21): “no debe perderse de vista que el silencio administrativo constituye ‘un mal necesario’, ‘mal’ porque opera ante el previo incumplimiento de la Administración de su deber de resolver y ‘necesario’ por cuanto su inexistencia daría lugar a situaciones hoy inaceptables (especialmente en el caso del silencio negativo), teniendo en cuenta el contenido del artículo 24 de la constitución y el carácter revisor de nuestra jurisdicción contencioso-administrativa”.
- ⁴³ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. *El silencio administrativo en el...* op. cit., p. 213.
- ⁴⁴ *Diário oficial das Comunidades Europeias*, n. L 141/56, de 02.06.1990.
- ⁴⁵ Para uma análise detalhada sobre as relações entre princípios constitucionais e o silêncio administrativo, vide: GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. *El silencio administrativo en el...* op. cit., p. 107 e ss.; GOMÉZ-FERRER MORANT, Rafael. El silencio administrativo desde la perspectiva constitucional. *Documentación administrativa*, Madrid, a. XI, n. 208, p. 81-106, ene.-dic. 1986; DIEZ SÁNCHEZ, Juan José. *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*. Madrid: Civitas, 1992. p. 285 e ss.; GUILLÉN PÉREZ, María Eugenia. *El silencio administrativo: el control judicial de la inactividad administrativa*. 2. ed. Madrid: Colex, 1997. p. 82 e ss.
- ⁴⁶ MARTÍN MATEO, Ramón. *Manual de derecho administrativo*. 28. ed. Madrid: Aranzadi, 2009. p. 322; AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2001. v. II, p. 328-329.
- ⁴⁷ MORILLO-VELARDE, José Ignacio. *Hacia...* op. cit., p. 72; PAUTI, Monique. Op. cit., p. 1.545.
- ⁴⁸ MARTÍN MATEO, Ramón. Op. cit., p. 323; PAUTI, Monique. Op. cit., p. 1.546.
- ⁴⁹ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. *El silencio administrativo en el...* op. cit., p. 115.
- ⁵⁰ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Silencio positivo: una primera reflexión sobre las posibilidades de revitalizar una técnica casi olvidada. *Documentación administrativa*, Madrid, a. XI, n. 208, p. 107-120, ene.-dic. 1986, p. 113.
- ⁵¹ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. *El silencio administrativo en el...* op. cit., p. 297.
- ⁵² *Ibidem*, p. 298.
- ⁵³ SILVEIRA, João Tiago. Op. cit., p. 218 e ss.
- ⁵⁴ “(...) a falta de um dos elementos que permitam qualificar o acto administrativo como tal não pode gerar a inexistência do deferimento tácito porque são realidades diferentes. Aliás, defender a inexistência do deferimento tácito perante o não preenchimento dos elementos da noção de acto administrativo acarretaria o absurdo de inviabilizar a existência de actos tácitos de deferimento, pois nenhum tem possibilidade de o fazer”

(idem, ibidem, p. 227).

- ⁵⁵ ESCUIN PALOP, Vicente. *El acto administrativo implícito*. Madrid: Civitas, 1999; TUCCI, Massimo A. *L'atto amministrativo implicito: profili dottrinali e giurisprudenziali*. Milano: Giuffrè, 1990. p. 39; SILVEIRA, João Tiago. Op. cit., p. 19; GOMES, José Osvaldo. *Fundamentação do acto administrativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 1979. p. 44.
- ⁵⁶ Segundo ADRIANA ANCONA DE FARIA (op. cit., p. 56): “se entende por ato implícito a decisão administrativa que se infere de uma outra decisão manifesta; e por silêncio administrativo a inatividade formal da Administração que, após transcurso de prazo legal, ou reconhecido como razoável, deixa de agir ou se omite de decidir, quando deveria fazê-lo”. Vide: MONNIER, Mireille. *Les décisions implicites d'acceptation de l'administration*. Paris: LGDJ, 1992. p. 28; PAUTI, Monique. Op. cit., p. 1.536 e ss.
- ⁵⁷ Imagine, por exemplo, um pedido de autorização de uso de bem público, caso o Poder Público conceda a outra pessoa em regime de exclusividade, necessariamente se infere que seu pedido foi indeferido. Não haveria, no caso, um silêncio administrativo, mas sim um ato implícito, Ocorre que seu requerimento não foi respondido e, passando o lapso temporal para tanto, poder-se-ia ter os requisitos do silêncio preenchidos. Como saber, portanto, quando se estará diante de silêncio administrativo ou ato implícito. Simples, o ato implícito somente decorre de pedido próprio. Logo, no caso em questão, ter-se-ia silêncio administrativo, pois a pessoa não tem obrigação de saber do pedido da outra pessoa. Agora se a Administração concede alvará de funcionamento sem manifestação anterior quanto a alvará de instalação, por certo, tem-se como implícito o ato que promoveu a instalação requerida. Aqui o ato expresso foi requerido pela mesma pessoa tendo essa os meios de saber que seu pedido foi concedido ou não via ato implícito.
- ⁵⁸ CAVALCANTI, Temístocles Brandão. A teoria do silêncio no direito administrativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 77, a. 36, n. 427, p. 579-581, jan.-mar. 1939, p. 579-580.
- ⁵⁹ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Op. cit., p. 504.
- ⁶⁰ RAIMUNDO MÁRCIO RIBEIRO LIMA (op. cit., p. 405) confunde claramente o conceito de silêncio administrativo com inércia administrativa. Afirma o autor que existe inércia da Administração sempre que esta deixe de regulamentar matéria delegada por lei. Esses casos, para o autor, enseja “indiscutivelmente” a ocorrência do silêncio administrativo. Está correto o autor ao afirmar que o silêncio é uma forma de inatividade (ou omissão) administrativa, mas não se pode confundir tal com a inércia.
- ⁶¹ Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.
(...)
§ 3.º Decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção.
- ⁶² Art. 30. Aprovado o projeto, na forma regimental, será ele no prazo de 15 (quinze) dias úteis, enviado ao Prefeito que, em igual prazo, deverá sancioná-lo e promulgá-lo, ou então vetá-lo, se o considerar contrário ao interesse do Município ou infringente da Constituição ou de lei federal.
§ 1.º Decorrido o prazo sem a manifestação do Prefeito, considerar-se-á sancionado o Projeto, sendo obrigatória a sua promulgação pelo Presidente da Câmara, no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de responsabilidade.
§ 2.º O veto poderá ser total ou parcial, devendo, neste caso, abranger o texto do artigo, parágrafo, inciso, item, número ou alínea.
§ 3.º A apreciação do veto pela Câmara deverá ser feita dentro de 15 (quinze) dias de seu recebimento em uma só discussão e votação, em escrutínio secreto.
§ 4.º Se o veto não for apreciado, no prazo estabelecido no parágrafo anterior, considerar-se-á acolhido pela Câmara.
§ 5.º Se aprovada, a matéria vetada será promulgada pelo Presidente da Câmara, dentro de 10 (dez) dias, entrando em vigor na data em que for publicada.
- ⁶³ Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional 32, de 2001).
(...)
§ 3.º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7.º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes. (Incluído pela Emenda Constitucional 32, de 2001).
- ⁶⁴ Art. 20. Esgotado o prazo destinado aos trabalhos da Comissão, sem a apresentação do parecer, este deverá ser proferido oralmente, em plenário, por ocasião da discussão da matéria.
- ⁶⁵ Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. (Redação dada pela Emenda Constitucional 19, de 1998)
(...)
§ 4.º Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade. (Incluído pela Emenda Constitucional 19, de 1998).
- ⁶⁶ “Uma observação deve ser feita a propósito das novas condições para a aquisição de estabilidade. De um lado, a Constituição impõe o cumprimento de requisito temporal (art. 41, *caput*) e, de outro, exige que o servidor tenha seu desempenho aprovado por comissão de avaliação (art. 41, § 4.º). Dependendo da situação, todavia, poder-se-á enfrentar conflito aparente de normas, a ser resolvido pela ponderação dos interesses tutelados pelas citadas regras. Caso a Administração não institua a comissão ou esta retarde sua decisão para após o prazo de três anos, deverá considerar-se que o servidor, cumprido o prazo, terá adquirido a estabilidade, mesmo sem a avaliação da comissão. É que a norma da avaliação funcional por comissão especial foi criada em favor da Administração, de modo que, se esta não concretiza a faculdade constitucional, deve entender-se que tacitamente avaliou o servidor de forma positiva. O que não se pode é prejudicar o servidor, que já cumpriu integralmente o período de estágio, pela inércia ou ineficiência dos órgãos administrativos. Assim, para conciliar os citados dispositivos, será necessário concluir que a avaliação do servidor deverá encerrar-se antes de findo o prazo necessário para a aquisição da estabilidade, para, então, se for o caso, ser providenciado o processo de exoneração do servidor avaliado negativamente” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 610).
THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI (CAVALCANTI, Temístocles Brandão. A teoria do silêncio no direito administrativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 77, a. 36, n. 427, p. 579-581, jan.-mar. 1939, p. 580) já apontava, em seu artigo, que a inércia da Administração no exercício do poder de polícia deveria ser compreendida como consentimento.
- ⁶⁷ Art. 4.º Dentro do prazo de 15 (quinze) dias contados da publicação dos convênios no Diário Oficial da União, e independentemente de qualquer outra comunicação, o Poder Executivo de cada Unidade da Federação

publicará decreto ratificando ou não os convênios celebrados, considerando-se ratificação tácita dos convênios a falta de manifestação no prazo assinalado neste artigo.

§ 1.º O disposto neste artigo aplica-se também às Unidades da Federação cujos representantes não tenham comparecido à reunião em que hajam sido celebrados os convênios.

§ 2.º Considerar-se-á rejeitado o convênio que não for expressa ou tacitamente ratificado pelo Poder Executivo de todas as Unidades da Federação ou, nos casos de revogação a que se refere o art. 2.º, § 2.º, desta Lei, pelo Poder Executivo de, no mínimo, quatro quintos das Unidades da Federação.

⁶⁸ Dentro de dez dias, contados da data final da reunião a que se refere este artigo, a resolução nela adotada será publicada no Diário Oficial da União.

⁶⁹ Art. 35. Compete à Subchefia de Coordenação da Ação Governamental da Casa Civil:

I - examinar os projetos quanto ao mérito, à oportunidade e à conveniência política, mesmo no tocante à compatibilização da matéria neles tratada com as políticas e diretrizes estabelecidas pelas Câmaras do Conselho de Governo.

II - articular com os órgãos interessados para os ajustes necessários nos projetos de atos normativos; e

III - solicitar informações, quando julgar conveniente, a outros Ministérios e a órgãos da Administração Pública Federal, para instruir o exame dos atos normativos sujeitos à apreciação do Presidente da República.

Parágrafo único. No caso do inciso III, os Ministérios e os órgãos da Administração Pública Federal que não participaram da elaboração do projeto deverão examinar a matéria objeto da consulta, impreterivelmente, no prazo fixado pela Subchefia de Coordenação da Ação Governamental da Casa Civil, sob pena de concordância tácita com a proposta de ato normativo.

⁷⁰ Art. 17. Não serão postos em circulação bilhetes de loteria cujos planos não tenham sido previamente aprovados pelo Diretor das Rendas Internas do Tesouro Nacional, quando se tratar da loteria federal, ou pelo Delegado Fiscal no respectivo Estado, quando se tratar de loteria estadual.

Parágrafo único. A decisão será comunicada ao interessado dentro de quinze (15) dias da data da apresentação dos planos, considerando-se tacitamente aprovados se a autoridade não se houver manifestado dentro do referido prazo.

⁷¹ Art. 75. O pedido de patente originário do Brasil cujo objeto interesse à defesa nacional será processado em caráter sigiloso e não estará sujeito às publicações previstas nesta Lei.

§ 1.º O INPI encaminhará o pedido, de imediato, ao órgão competente do Poder Executivo para, no prazo de 60 (sessenta) dias, manifestar-se sobre o caráter sigiloso. Decorrido o prazo sem a manifestação do órgão competente, o pedido será processado normalmente.

§ 2.º É vedado o depósito no exterior de pedido de patente cujo objeto tenha sido considerado de interesse da defesa nacional, bem como qualquer divulgação do mesmo, salvo expressa autorização do órgão competente.

§ 3.º A exploração e a cessão do pedido ou da patente de interesse da defesa nacional estão condicionadas à prévia autorização do órgão competente, assegurada indenização sempre que houver restrição dos direitos do depositante ou do titular.

⁷² Vide Decreto 2.553, de 16 de abril de 1998, que regulamentou o artigo ora mencionado.

⁷³ Art. 8.º O CMS terá o prazo máximo de 30 (trinta) dias para apreciar os Programas e Projetos da Secretaria Municipal de Saúde.

Art. 9.º Decorrido o prazo do artigo anterior sem apreciação do CMS, considerar-se-á aprovada tacitamente a proposição.

EFEITOS POSITIVOS DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

3.1 EFEITOS POSITIVOS DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

O efeito positivo do silêncio administrativo origina-se da máxima romana “qui tacet consentire videtur” (quem cala consente). A atribuição de efeitos positivos ao silêncio administrativo legitima o administrado a realizar o que foi petitionado, solicitado, requerido ou recorrido se decorrido prazo para a autoridade pronunciar-se. Ou seja, ganhará o administrado a legitimação da Administração para atuar conforme o que tenha pedido, solicitado, requerido ou recorrido. Chama-se, portanto, de silêncio positivo à atribuição de efeito de acolhimento da pretensão do particular em face da omissão administrativa.

Trata-se de uma ficção jurídica que aplica o regime do ato administrativo para conceder ao particular, nos casos e condições legalmente previstos, a correspondente pretensão na sequência do decurso de um lapso temporal sem que a Administração se pronuncie.

A produção de tais efeitos não autoriza que o administrado ultrapasse os limites do quanto requerido, por isso, o correto seria só se falar de efeitos positivos quando a solicitação fosse de tal forma nítida que não permita dúvidas acerca do que se obtém, daí porque se proclama que tais efeitos não se operam em providências discricionárias, só podendo tratar de efeitos positivos do silêncio quando a omissão administrativa seja de caráter vinculado¹.

Além de tal dificuldade, os efeitos positivos do silêncio administrativo apresentam problemas ao pensar-se em sua comprovação. Normalmente, não terá o administrado um documento, a não ser o protocolo de sua petição, dessa maneira, ficará vulnerável às circunstâncias, caso necessite comprovar tais efeitos.

Na tentativa de resolver tal situação, determinados ordenamentos, como o espanhol, introduziram a chamada “certificação de atos presumidos” para que, uma vez nascido o ato fictício, o interessado ou a própria Administração pudesse fazer valê-lo tanto frente à própria Administração como perante a qualquer outra pessoa, física ou jurídica, pública ou privada². Trata-se de um meio para reconhecer a eficácia dos atos fictícios, ou seja, a apresentação da solicitação ou o objeto do procedimento seguido, a data de iniciação, o vencimento do prazo para ditar resolução e os efeitos gerados pela ausência de resolução expressa³. Sua finalidade consiste, basicamente, em que o interessado possa atuar frente a terceiros como se realmente a Administração tivesse ditado uma decisão expressa. O problema da certificação é que deixa sem o inicial efeito pretendido a simples superação do prazo para tramitar e resolver os procedimentos. Apesar de positiva, não é a única maneira existente. Há as ações meramente declarativas, dirigidas a conseguir do órgão judicial competente a confirmação do ato presumido concessório.

Faz-se importante recordar que, nos ordenamentos que possuem tal certificação, o momento do silêncio positivo e o momento a partir do qual o mesmo produz efeitos são distintos. O primeiro caso, ou seja, o nascimento do silêncio positivo, dá-se pela simples inatividade formal ou omissão específica da Administração durante o prazo máximo estabelecido, já a eficácia do mesmo fica condicionada à prévia solicitação ou transcurso do prazo para a realização de tal certificação⁴.

Tal certificação deve ser requerida pela parte, isto é, deve o interessado dirigir-se à Administração silente para que esta reconheça, por escrito, que se silenciou, desse modo, produzindo os efeitos legais decorrentes de tal silêncio. Tal certificação converte-se, assim, numa nova carga para o administrado, que deverá suportá-la se pretende que o ato fictício tenha efeitos. Tendo, conseqüentemente, direito à certificação. Daí porque Ernesto García-Trevijano Garnica⁵ coloca:

En una análisis realista y práctico (aunque en el plano formal pueda discutirse), el administrado no tendrá nada en tanto no se, expida la certificación (o transcurran los referidos veinte días desde su solicitud), sea cual sea el tiempo que haya transcurrido desde que se formuló la solicitud y, por tanto, por muy palmario que sea el incumplimiento de la Administración en lo que al plazo para tramitar y resolver el procedimiento se refiere.

Durante o prazo de emissão de tal certificação, pode a Administração guardar silêncio

novamente, resolver expressamente o procedimento, emitir a certificação, ou negar-se expressamente a emitir a certificação.

No caso de produzir-se um novo silêncio, o ato presumido será igualmente eficaz depois de decorrido o prazo para tal e poderá certificar-se mediante a exibição da petição da certificação, sem que fique por isso desvirtuado o caráter concessório legal, judicial ou contratualmente estabelecido. A possibilidade de resolver expressamente existe, pois a Administração sempre possui essa obrigação, mas é discutível se pode resolver até a emissão do certificado ou não. Isso dependerá da vontade do legislador. A emissão da certificação produzirá, como já referido, o efeito correspondente, como se ato expresso o fosse, podendo fazer valer junto a qualquer pessoa. Por fim, pode a Administração negar-se a emitir a certificação, seja por não reunir os requisitos que precisa, seja porque não acredita existir fundamento para a certificação, ou seja, por achar que não exista o silêncio. Neste caso, em sistemas como o espanhol, em que existe contencioso administrativo, haverá um verdadeiro ato e, por conseguinte, poderá o particular socorrer-se ao Judiciário para saná-lo.

Outro problema relativo ao silêncio positivo, agora particularmente no Direito brasileiro, diz respeito ao fato de apenas afigurar-se possível a provocação do Judiciário quando se tem interesse de agir. Desse modo, ao administrado que tenha tido seu pleito atendido em decorrência de um silêncio positivo, faltará interesse para antes de ver-se ameaçado por algum questionamento da sua posição jurídica, socorrer-se ao Poder Judiciário para obter aquilo que já lhe tenha sido concedido por lei, sentença ou contrato.

Questiona-se, também, a compatibilidade do silêncio positivo com os princípios da motivação e do dever de decidir exigidos pela Administração, além de violar os princípios da "reserva de procedimento", necessários para grande maioria das decisões administrativas⁶.

Vê-se, assim, que o silêncio positivo contribui para alimentar o que tenta extirpar, ou seja, a insegurança jurídica, afinal, sempre restará incertezas tanto para o administrado, que não terá como comprovar documentalmente seu direito, quanto para a sociedade, que viverá a incerteza dos efeitos que na prática são auferidos pelo próprio beneficiário.

No mais, resta registrar que, conquanto não exista no ordenamento jurídico a certificação, a Administração também poderá, a qualquer momento, ofertar uma resposta expressa, ainda que tardia, à petição, solicitação, requerimento ou recurso do administrado. E sendo hipótese de silêncio positivo e tendo a Administração decidido posteriormente de maneira contrária ao concedido fictamente pelo silêncio anterior, restará o administrado investido de interesse de agir para pleitear, além de possuir eventual possibilidade de indenização⁷.

Por todos esses motivos, retifica-se a necessidade de disposição legal, judicial ou contratual para que seus efeitos sejam válidos⁸.

3.2 NATUREZA JURÍDICA DO SILÊNCIO POSITIVO

O silêncio positivo é considerado, pela maioria da doutrina, como um ato administrativo por ficção jurídica, denominado, por muitos, de ato presumido⁹. Equivale a dizer que este ato concessório é um ato expresso, finalizador do procedimento. A doutrina considera tal ato presumido como um verdadeiro ato administrativo¹⁰. O silêncio equivale a um verdadeiro ato administrativo, tão criador de direito como poderia ter sido um ato administrativo expresso, um ato presumido que, como tal, tem as condições e efeitos que de ordinário têm os atos administrativos.

Entende-se não se tratar de um verdadeiro ato administrativo, mas sim de uma ficção jurídica na qual se aplica o regime do ato administrativo. A ficção funciona como um mecanismo legal destinado a associar a uma determinada realidade (o silêncio) os efeitos de um ato. Finge-se a existência de um ato expresso apto a produzir efeitos, contudo é certo que este não se verifica¹¹.

Trata-se, pois, de um caso de substituição da vontade da Administração pela do legislador¹², do juiz ou da própria vontade expressa previamente em um contrato. O que se tem são atos jurídicos (atos ficcionais) com efeito positivo *ex lege* (por presunção *iure et de iure*), *ex juris* e até mesmo *ex voluntate*¹³.

Manuel Gómez Puente¹⁴ entende que o silêncio positivo não dá lugar a um verdadeiro ato administrativo, tampouco existe uma declaração de vontade legalmente tipificada. O silêncio, para este autor, ainda que positivo, é uma ausência de vontade administrativa, pelo que dificilmente pode interpretar-se ou presumir-se seu sentido. Assim, o máximo que a lei pode fazer não é ditar um ato administrativo, mas sim ordenar, perante uma situação dada de omissão, os efeitos jurídicos próprios de um ato, pelo que, somente em sentido figurado, pode concluir-se que do silêncio positivo surge um ato administrativo.

No entanto este autor aceita que os efeitos do silêncio positivo são mais intensos que os do silêncio negativo, pois o mesmo pode suscitar todos os efeitos de uma decisão

administrativa típica, bem que não deixe de destacar os riscos e as supostamente necessárias limitações (excepcionalidade, interpretação restritiva, im procedência *contra legem*, etc.) do silêncio positivo.

Outros autores, como Ernesto García-Trevijano Garnica¹⁵, inferem que o silêncio administrativo positivo, quando operante, dá lugar ao surgimento de um ato presumido, e, como tal, a um verdadeiro ato administrativo. Entende que: “en realidad, concurre la voluntad de la Administración (por presumirlo así la ley) consistiendo en una ‘declaración de voluntad legalmente tipificada’; en tal caso se produciría una interpretación *ex lege* de la voluntad de la Administración”. E aduz que esta última posição não é tecnicamente acertada e, mais que presumir a vontade da Administração, a lei a estaria substituindo diretamente.

Há, ainda, quem entenda como Eduardo García de Enterría¹⁶, para quem o silêncio positivo traduz-se, em definitivo, em um direito de veto da Administração, do qual pode fazer uso durante um determinado período de tempo. Segundo o autor, o silêncio vem, em rigor, a substituir a técnica de autorização ou aprovação prévia por um veto (ainda que tenha de apresentar-se na forma convencional de denegação do ato requerido).

Acrescenta-se, ainda, que também se debate, na doutrina portuguesa, a natureza jurídica do que eles chamam de decisão fictícia positiva (silêncio positivo)¹⁷. Há quem admita, por um lado, que o silêncio positivo seja um ato administrativo por determinação legal; e, por outro lado, há aqueles que admitem a aplicação do mesmo regime jurídico dos atos reais ou expressos da administração aos atos fictícios. Para Diogo Freitas do Amaral¹⁸, a decisão fictícia positiva, no atual sistema português, é sempre ilegal, ao menos no tocante à forma especial que os atos legais devem ter, além de ser uma falha na motivação e para terceiros poderem defender-se¹⁹.

Entende-se que, na prática, frente à inatividade formal ou omissão específica da Administração, o particular beneficiado tem por ficção um ato administrativo em sentido figurado, ao qual, em princípio, é aplicada a teoria geral dos atos administrativos, salvo, aquelas peculiaridades derivadas de sua específica natureza. Desse modo, caso a Administração decida produzir ato de signo contrário ao ficticiamente realizado, poderá fazê-lo, pois continua possuindo o dever de responder expressamente ao administrado, mas terá de indenizar mesmo se venha a sofrer algum dano com a retirada do mundo jurídico do ato fictício anterior.

3.3 FUNDAMENTO DO SILÊNCIO POSITIVO

O silêncio positivo, apesar de não dar lugar a um verdadeiro ato, possui, por ficção jurídica, idênticas garantias de existência que um ato expresso. Sua finalidade, para Ernesto García-Trevijano Garnica²⁰: “responde a la necesidad de dar agilidad administrativa a determinados sectores, y que, sin embargo, la realidad demuestra que, por falta de medios, desidia o por las razones que fueran, no existe tal agilidad”.

Sob esse paradigma, a existência de efeitos positivos ao silêncio administrativo, por um lado, incentiva à Administração a resolver de forma expressa o caso, do contrário, o administrado estará legitimado a atuar no sentido de seu pedido²¹; e, por outro lado, permite que o interessado atue de acordo com o pedido, solicitado, requerido ou recorrido, tendo a garantia de que, sendo um ato fictício em que se aplica o regime do ato administrativo, seus efeitos repercutirão plenamente no mundo jurídico.

3.4 CONSEQUÊNCIAS E LIMITES JURÍDICOS DO SILÊNCIO POSITIVO

A consequência que tal concepção traz, logicamente, será a impossibilidade de que, uma vez produzido o silêncio positivo, a Administração dite um ato expresso que o revogue total ou parcialmente. Impossibilidade essa mitigada pela possibilidade de anulação ou revogação condicionada à eventual indenização. A administração não pode ver-se limitada unicamente a uma atuação atemporal, confirmatória do silêncio positivo, mas, caso decida por produzir um ato posterior de signo contrário, terá o dever de indenizar o administrado. Assim, nem a Administração fica impossibilitada de atuar, nem o administrado fica prejudicado pela inoperância da inatividade formal ou omissão específica da Administração²².

Outra consequência do silêncio positivo é pertinente à sua validade perante a Administração e terceiros. O regime do silêncio positivo pode ser contraproducente nos casos em que resultem afetados os direitos de terceiros, ou seus interesses legítimos. Daí, porque, diz-se ser conveniente subordinar a produção do silêncio positivo à intervenção dos terceiros dentro do procedimento, intervenção esta que deveria poder ativar quem iniciou o procedimento mediante sua solicitação.

Há também entendimento que entende que, quando estiver em jogo um interesse público

relevante, seria exigível um ato expresso, bem como um procedimento administrativo efetivamente levado a cabo²³.

Assim, torna-se de extrema importância conhecer os requisitos para a produção de silêncio positivo. Três são as questões que podem ser levantadas aqui: a primeira, é saber o que acontecerá no caso em que a documentação apresentada pelo particular resulta incompleta; a segunda, indaga o que ocorrerá nos casos em que se exigem determinados informes preceptivos e vinculantes, quando os mesmos não se solicitam ou não são emitidos; e, terceiro, o que ocorre nos casos em que o solicitado é ilegal.²⁴

Quando diante de defeitos na documentação apresentada, discute-se se o silêncio se produz ou não. Parece que alegar que simplesmente não há silêncio não seja correto, afinal, o que é realmente indispensável para resolver e o que não é? Além disso, se alguma documentação é indispensável, deve a Administração solicitá-la, o particular não tem obrigação de conhecer todos os requisitos das solicitações. É certo, que, em muitos casos, sem a documentação adicional, literalmente, não se pode resolver a questão, por desconhecer o que deseja o particular. Sendo assim, na dúvida, caso esses efeitos sejam questionados judicialmente, melhor seria declarar a existência de um ato fictício positivo e, tendo em vista as circunstâncias, declarar a impossibilidade material e legal de executá-los, estabelecendo indenização ao particular. Outra solução é entender que não há silêncio positivo e considerar que existe uma responsabilidade da Administração²⁵.

Em relação à ausência de informes preceptivos e vinculantes, está-se diante de casos de compartilhamento de poderes decisórios, que podem ser emanados de uma mesma Administração ou de Administrações distintas. Em efeito, cabe diferenciar de acordo com o fato de o informe ser solicitado ou não. Primeiro, caso o informe seja solicitado e não se emita, o procedimento pode continuar. Não teria sentido que a omissão da Administração, que deveria emitir o informe, comporte uma espécie de veto na atuação daquela que formalmente deve adotar a decisão final. Segundo, nos casos em que a Administração na qual tramita o informe não chega sequer a solicitá-lo, caberia ao particular acionar judicialmente contra a falta de solicitação do informe, no entanto, por ser custosa para os poucos frutos que se pode sacar dela, é uma solução desprezada. Outra solução é que, nesses casos, considere-se o silêncio como negativo. O particular não pode pagar pela falta de coordenação e manejo da máquina administrativa. Por fim, deve-se pensar em casos em que o órgão ou ente da Administração emita o informe vinculante, mas faça-o em sentido negativo, sendo, assim, um informe obstativo. Assim sendo, o órgão que deve resolver o procedimento principal não o realiza. Caso o informe obstativo seja emitido dentro do prazo, pode alguém recorrer; todavia, se tiver sido emitido fora do prazo, não deverá possuir relevância ao se ditar a resolução final²⁶.

Por fim, tem-se o caso de conteúdo *contra legem* do silêncio positivo²⁷. Aqui, a divergência sobre as consequências jurídicas são enormes. Há quem conceba não ser viável a produção do silêncio positivo quando o resultado for contrário ao ordenamento. Em outros casos, há quem entenda que é preciso proceder à revisão de ofício ou, em seu caso, declaração de lesividade e ulterior impugnação judicial do ato fictício positivo ilegal, sem possibilidade de que a Administração o desconheça²⁸. Um terceiro setor vem sustentando que tudo depende do tipo de vício de que se trate. Se o vício é de nulidade absoluta, referem que nada pode ser adquirido por silêncio positivo, mas se o vício é de anulabilidade, neste caso, sim, sem prejuízo da declaração de lesividade e ulterior processo judicial²⁹. Parece que a melhor posição é a que afirma que o particular não pode adquirir mais do que se poderia outorgar de maneira expressa, além é claro de não poder ser contrária ao Direito, caso contrário, ter-se-ia uma outorga "ilegal", "ilegítima" ou "imoral", conseguida por meio do silêncio administrativo. Essa, com certeza, não é a finalidade do instituto, não se poderia admitir que tal legitimasse atuações contrárias ao Direito. Sua função é, como já se afirmou, trazer agilidade a determinado setor. Não se admite, portanto, o silêncio positivo *contra legem*³⁰.

Tais consequências levam ao perigo de o administrado ter de decidir por si mesmo se sua petição, solicitação, reclamação ou recurso está ou não de acordo com o Direito³¹. Já se referiu a tal crítica anteriormente. Essa decisão pode ser grave, pois, errando, poderá ver o ato derivado do silêncio positivo invalidado. Assim, optar ou não por considerar que existam efeitos positivos no silêncio significa um risco para o administrado, porque poderá ter o ato decorrente desse silêncio positivo declarado inexistente e não nulo ou anulável, como visto no final do capítulo II³².

Ainda que o administrado tenha certeza da existência do ato decorrente do silêncio positivo, não existirá qualquer documentação que expressamente lhe conceda ou outorgue o desejado. Isso leva a uma ineficiência, afinal, caso seja questionado por terceiros, não terá como demonstrar que é realmente detentor de tal direito³³.

Por fim, como também já se observou, o silêncio positivo pode ter efeitos transcendentais,

sendo, para muitos, considerado mais seguro enumerar cada um dos casos em que se pode ser aplicado do que transformá-lo em regra geral.

3.5 TIPOS OU ESPÉCIES DE SILÊNCIO POSITIVO

Existem três tipos ou espécies de silêncio positivo. O silêncio positivo próprio ocorre sempre que houver a atribuição legal, judicial ou contratual que expressamente concede o que foi peticionado, solicitado, requerido ou recorrido se decorrido prazo para a autoridade pronunciar-se; o silêncio positivo condicionado é aquele também previsto, mas condicionado à realização de determinada tarefa, ou seja, a realização de alguma exigência material por sua conta e risco, sob pena de não obter o efeito positivo do silêncio; e, por fim, o silêncio positivo implícito, que existirá sempre que a previsão normativa, judicial ou contratual não expressamente conceda o peticionado, solicitado, requerido ou recorrido, mas que lhe presta, indiretamente, um efeito positivo à petição, solicitação, reclamação ou recurso.

3.5.1 Silêncio positivo próprio

3.5.1.1 Zona Franca de Manaus

Determina o art. 11, do Decreto Federal 61.244, de 28 de agosto de 1967, que regulamentava o Decreto-Lei Federal 288, de 28 de fevereiro de 1967, que altera as disposições da Lei Federal 3.173, de 6 de junho de 1957 e cria a Superintendência da Zona Franca de Manaus - SUFRAMA, que estão isentas do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) todas as mercadorias industrializadas na Zona Franca de Manaus, quer se destinem ao seu consumo interno, quer à comercialização em qualquer ponto do território brasileiro. Para tanto, deve-se submeter à aprovação da SUFRAMA que ouvirá o Ministério da Fazenda quanto aos aspectos fiscais. Dita o § 1.º, do art. 11, que fica implicada a aprovação tácita por este último, caso não haja qualquer manifestação no prazo de 30 dias contados do pedido de audiência³⁴.

3.5.1.2 Planos e projetos de desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural

Outra hipótese que se pode mencionar é o caso do art. 26, da Lei Federal 9.478, de 6 de agosto de 1997, que dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, além de instituir o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo³⁵.

A exploração de petróleo e gás natural, também chamada de pesquisa, pode ser concedida por três anos, podendo ser prorrogada por um prazo máximo de dois anos, que dependerá de um requerimento formal. Trata-se do conjunto de operações ou atividades destinadas a avaliar áreas, objetivando descoberta de petróleo e gás natural. Divide-se, basicamente, em pesquisa e perfuração. A pesquisa levanta os diversos fatores que indicam a formação de grandes acumulações de hidrocarbonetos. Uma vez identificados todos estes fatores, é feita a perfuração do poço. Completa-se com a exploração propriamente dita e a avaliação de eventuais descobertas. Existe, nesta fase, um programa exploratório mínimo que deve ser cumprido. Descoberto-se petróleo, há de ser feita uma notificação de descoberta, para que, então, avalie-se a mesma no intuito de declarar ou não esta como comercial, que é, vale mencionar, uma faculdade do concessionário. Caso esta não ocorra, deverá devolver à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) a área de desenvolvimento (é o chamado direito de desistência)³⁶.

Uma vez realizada a declaração de comercialidade, há de ser feito um plano e projetos de desenvolvimento e produção que sejam preparados de acordo com as boas práticas da indústria do petróleo. Deve a ANP aprovar os planos e projetos em 180 (cento e oitenta) dias³⁷. Decorrido tal prazo e não havendo manifestação, os planos e projetos estarão automaticamente aprovados, tendo em vista o silêncio da Administração. Ressalta-se, que essa aprovação "tácita" não é ato administrativo, mas sim fato jurídico³⁸.

3.5.1.3 Parcelamento de obrigações pecuniárias vencidas e não pagas

Tem-se, também, a hipótese do art. 11, § 4.º, da Lei Federal 10.522, de 19 de julho de 2002, que rege o Programa de Parcelamento Especial - PAES³⁹. De acordo com tal artigo, ao formular o pedido de parcelamento de obrigações pecuniárias vencidas e não pagas para com os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, o devedor que, a partir desse momento, confessa irretratavelmente sua dívida⁴⁰ deverá comprovar o recolhimento de valor correspondente à primeira parcela, conforme o montante do débito e o prazo solicitado. Fica a concessão do parcelamento condicionada à apresentação, pelo

devedor, de garantia real ou fidejussória, inclusive fiança bancária, idônea e suficiente para o pagamento do débito⁴¹. Enquanto não deferido o pedido, o devedor fica obrigado a recolher a cada mês, como antecipação, valor correspondente a uma parcela, caso contrário, haverá o indeferimento do pedido. Agora, considerar-se-á automaticamente deferido o parcelamento, no caso de não manifestação da autoridade fazendária no prazo de 90 (noventa) dias, contados da data da protocolização do pedido⁴².

3.5.1.4 Parcelamento de débitos devidos em decorrência da aplicação de multas de trânsito

É relativamente comum, no âmbito municipal, a existência de leis que autorizam o parcelamento de débitos devidos em decorrência da aplicação de multas de trânsito de alçada municipal.

A Lei 5.464, de 17 de maio de 2000, do município de Blumenau, por exemplo, estabelece a possibilidade de parcelamento por 18 (dezoito) meses, de formas iguais e sucessivas, uma vez atendidas as condições da lei. Para tanto, o condutor deve assinar um Termo de Confissão e Parcelamento de Débito junto à entidade executiva de trânsito municipal. Esse termo constitui confissão irretroatável de dívida e impossibilita a transferência da propriedade do veículo enquanto não saldada a integridade do débito confessado.

Segundo o art. 5.º de tal lei, considera-se automaticamente deferido o parcelamento, em caso de não manifestação da autoridade municipal de trânsito no prazo de 15 dias, contados da data de assinatura do Termo de Confissão e Parcelamento de Débito⁴³.

No mesmo sentido, com pequenas modificações quanto às quantidades de parcelas e prazos, tem-se a Lei 3.458, de 6 de setembro de 2002, do município de Limeira⁴⁴, e a Lei 3.529, de 29 de outubro de 2002, do município de Mauá⁴⁵.

3.5.1.5 Reajuste ou revisão das tarifas de delegatários de serviço público

Também no âmbito das infraestruturas, deve-se mencionar que o estado do Rio de Janeiro, na Lei Estadual 2.869, de 18 de dezembro de 1997 (art. 20)⁴⁶, e na Lei Estadual 2.752, de 2 de julho de 1997 (art. 10)⁴⁷, com o intuito de resolver o problema da morosidade na apreciação de pedidos, determina que as concessionárias ou permissionárias daquele estado possam colocar em prática as condições constantes da respectiva proposta de reajuste ou revisão das tarifas que não tenham sido apreciadas pelas Agências Reguladoras do Estado⁴⁸, nos prazos conferidos na lei ou no contrato de concessão, até que a mesma decida de outra forma⁴⁹.

3.5.1.6 Baixa nos registros de microempresas e empresas de pequeno porte

Determina o art. 78 da Lei Complementar Federal 123, de 14 de dezembro de 2006, que as microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem sem movimento há mais de três anos poderão dar baixa nos registros dos órgãos públicos federais, estaduais e municipais, independentemente do pagamento de débitos tributários, taxas ou multas devidas pelo atraso na entrega das respectivas declarações nesses períodos⁵⁰.

Terão tais órgãos o prazo de 60 dias para efetivar a baixa nos respectivos cadastros, contados da solicitação. Ultrapassado tal prazo sem manifestação do órgão competente, presumir-se-á a baixa dos registros das microempresas e as das empresas de pequeno porte⁵¹.

3.5.1.7 Alterações da razão social e dos sócios

Lei Municipal 1.271, de 26 de dezembro de 1966, do município de Passo Fundo, que dispõe sobre a concessão e execução dos serviços de transporte coletivo urbano e suburbano, é um claro exemplo de silêncio positivo em âmbito municipal.

Segundo o art. 77, todas as alterações da razão social e dos sócios, quando provoquem ou modifiquem o controle da empresa concessionária, bem como a sua venda, dependem de prévio conhecimento do Conselho Municipal de Transportes que, em caso de significarem ameaça para a boa continuidade do serviço concedido, podem provocar a declaração da perda de concessão. Caso o Conselho não se manifeste em cinco dias após tal comunicação, sua aprovação será tácita⁵².

3.5.1.8 Renovação de autorizações de uso de radiofrequência

A Lei Federal 9.472, de 16 de julho de 1997, conhecida como Lei Geral de Telecomunicações (LGT), possibilita a existência de dois planos de prestação dos serviços públicos, a saber, serviço público prestado em regime público e serviço público prestado em

regime privado⁵³.

Nos serviços públicos privativos prestados em regime privado, há a figura do autorizatário, e não do permissionário e do concessionário como no público, logo, não há a figura da encampação, podendo o prestador renunciar à sua autorização, deixando de prestar o serviço sem ser punido por isso. Aliás, tais autorizações poderão ser extintas também por cassação, caducidade, decaimento ou anulação.

No que se refere ao prestador em regime privado, há uma proteção ao direito do consumidor ao invés do direito do usuário, portanto não existe uma preocupação com a universalização e a continuidade como no regime público. Ou seja, no regime de direito público, a lei estabelece a exigência de um serviço adequado (art. 6.º da Lei Federal 8.987/1995), já no regime privado é o órgão regulador quem afixa critérios de qualidade, tomando como paradigma os mesmos critérios dos serviços adequados, com a devida adaptação a um regime de concorrência. São eles: generalidade, uma vez que posto à disposição necessitam ser dispostos a quem solicitar, porém sem o dever de universalidade e modicidade⁵⁴, pois se rege conforme as regras da livre iniciativa e livre concorrência⁵⁵; regularidade, que obriga o operador a prestar o serviço vinculado a uma prestação devida de acordo com as regras, normas e condições preestabelecidas para esse fim, ou que lhe sejam aplicáveis à medida que disponibilizar os serviços; eficiência, que se volta ao melhor atendimento possível das finalidades legais, sendo o serviço prestado com um padrão mínimo de qualidade previsto no termo de autorização fixado pelo órgão regulador; atualidade, que compreende a modernidade das técnicas, dos equipamentos, das instalações e sua conservação, sendo aplicado ao regime de direito privado desde que o usuário pague o valor correspondente a tal exigência; segurança, que seria a salvaguarda das pessoas e bens afetos ao serviço; e cortesia, que se traduz no bom acolhimento ao público e do direito de reclamação.

Outra distinção seria que o prestador de serviço público em regime privado possui um sistema de preços e não de tarifas. Como tal, os autorizatários exploraram os serviços por sua conta e risco, dentro de um regime de ampla e justa competição, com preços livres, ao contrário da tarifa, a qual é regulada no contrato de concessão ou no termo de permissão. A tarifa deve ser módica, pois o preço é livre desde que razoável e não discriminatório, inexistindo, a princípio, um controle estatal a respeito. Por conseguinte, não há o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Tal regra, porém, não é absoluta, pois, caso exista limitação do número de autorizações, deverá haver procedimento licitatório para a escolha do operador, assim como no caso de outorga de autorização em caráter especial e emergencial (art. 49 da Lei Federal 10.233/2001). Em ambos os casos, não se aplicarão a liberdade de preços, sujeitando-se o operador autorizado, nesses casos, ao regime de preços estabelecido pelo órgão regulador.

Todavia, interessa, aqui, a distinção relativa ao prazo. No regime privado, não há contrato com o Poder Público, mas sim uma relação jurídica não contratual, um termo, que advém exatamente da figura do autorizatário, assim, o direito de exploração dos serviços é por prazo indeterminado, porque, senão, caso tivesse um prazo, ter-se-ia um direito subjetivo para o operador de vê-lo respeitado e, caso contrário, ensejaria a responsabilidade da Administração Pública.

Atrelada a essa diferença, não há, nos serviços públicos privativos prestados em regime privado, qualquer limite ao número de prestadores, a não ser que haja limitação ao número de autorizações. A LGT fixou um prazo máximo de 20 anos para outorga do direito de exploração do uso de radiofrequência por tratar-se de um recurso escasso (espectro de radiofrequência), limitando, assim, o número de prestadores que deverão participar de procedimento licitatório, como já mencionado.

O art. 167 da LGT admite um prazo máximo de 20 anos para a autorização, prorrogável uma única vez por igual período. A prorrogação, que será sempre onerosa, poderá ser requerida até três anos antes do vencimento do prazo original, devendo o requerimento ser decidido pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) em, no máximo, 12 meses. Além disso, a LGT define as razões que podem justificar o indeferimento do pedido de prorrogação: se o interessado não estiver fazendo uso racional e adequado da radiofrequência; se houver cometido infrações reiteradas em suas atividades; ou se for necessária a modificação de destinação do uso da radiofrequência.

O objetivo da LGT foi conceder o direito de prorrogação ao autorizatário, caso contrário, não teria definido as hipóteses de indeferimento do pedido. Por tal motivo, a ANATEL, ao regulamentar a matéria, estipulou que o prazo para sua decisão deve ser contado da data da protocolização do pleito de prorrogação (art. 56, § 2.º, da Resolução ANATEL 259, de 19 de abril de 2001). O mesmo dispositivo estipulava, até há pouco tempo, em seu § 3.º⁵⁶, que, caso a ANATEL não se manifeste no prazo de 12 meses, contados do protocolo do

requerimento, a prorrogação restaria tacitamente aprovada nas mesmas condições de operações anteriormente autorizadas, desde que não contrariasse a regulamentação vigente. Parece acertado afirmar que o efeito a ser extraído da falta de decisão só possa ser a aprovação do requerimento, pois, se inversamente o fosse, tornaria sem efeito o § 2.º do art. 167 da LGT⁵⁷. No entanto a ANATEL, tendo em vista impasse em torno da renovação das licenças de MMDS, que venciam em fevereiro de 2009 e ocupavam a disputada faixa de 2,5GHz, para por um fim aos questionamentos quanto ao cumprimento dos prazos do processo de prorrogação das licenças decidiu, por meio do Ato 763, de 12 de fevereiro de 2009, simplesmente anular, com efeitos *erga omnes* e *ex tunc*, o parágrafo que estabelecia que a prorrogação restará tacitamente aprovada caso a ANATEL não se manifeste no prazo máximo de 12 meses.

Entendeu a ANATEL que o § 3.º do art. 56 contém vício de legalidade, citando ainda o que consta do Processo 53500.012882/2008. Sustentou sua decisão no art. 48 da Lei Federal 9.784/1999, o qual dispõe que a Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência, afastando a possibilidade de que a Administração decida por omissão. Afirmou, também, que a LGT não previu a possibilidade de prorrogação tácita da Autorização de Uso de Radiofrequências e que o princípio da autotutela previsto no art. 53 da Lei Federal 9.784, de 29 de janeiro de 1999, obriga que a Administração anule seus próprios atos quando eivados de vício de legalidade.

Considera-se arbitrária tal atuação, motivo pelo qual foi citada no presente trabalho, com a ressalva ao impasse que ainda não tem resposta, mas sobre o qual, em breve, o Judiciário deve manifestar-se.

3.5.1.9 Aprovação de atos de concentração econômica

O art. 54, § 7.º, da antiga Lei Federal 8.884, de 11 de junho de 1994, dispunha que a eficácia dos atos, que limitassem ou de qualquer forma prejudicassem a livre concorrência, ou resultassem na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, condicionava-se à aprovação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), caso em que retroagiria à data de sua realização.

Caso o CADE não apreciasse o pedido no prazo de 30 dias, tais atos eram automaticamente considerados aprovados. Típico caso de silêncio positivo próprio. Ocorre que tal artigo foi revogado pela Lei Federal 12.529, de 30 de novembro de 2011, e o dispositivo que previa esse silêncio, no caso, art. 64, foi simplesmente vetado, por contrariedade ao interesse público e inconstitucionalidade, pela Mensagem 536, de 30 de novembro de 2011.

Prescrevia o art. 64 da Lei Federal 12.529: “o descumprimento dos prazos previstos nesta Lei implica a aprovação tácita do ato de concentração econômica”. Já seu parágrafo único estipulava que: “comprovada nos autos a aprovação tácita a que se refere o *caput* deste artigo, deverá ser providenciada a imediata apuração das responsabilidades penal, cível e administrativa de quem lhe deu causa”.

Como razões de veto, argumentava-se: “da forma como redigido, o artigo estabelece a aprovação tácita dos atos de concentração como consequência automática do descumprimento de quaisquer dos prazos estabelecidos pela lei, resultado em medida desproporcional e com o potencial de acarretar graves prejuízos à sociedade. Note-se que a legislação já oferece mecanismos menos gravosos e aptos a apurar as responsabilidades pelo eventual desrespeito aos prazos estabelecidos em lei”.

Segundo parecer da Advocacia-Geral da União (AGU), tal veto não aboliu a aprovação por decurso de prazo a partir de uma interpretação histórica, teleológica e sistemática⁵⁸. Mas, conforme esse parecer, o CADE, através da análise de atos de concentração, realiza o chamado controle prévio ou preventivo que visa a uma proteção à concorrência de forma prospectiva, ou seja, a evitar dano de natureza futura e incerta, mas provável. Assim, o veto do art. 64 geraria uma omissão legislativa quanto aos efeitos pelo decurso de prazo, modificando a previsão que era expressa na anterior, Lei Federal 8.884. Para a AGU, tal omissão, ou seja, a omissão do CADE, após 240 dias, importa em aprovação por decurso de prazo.

Primeiramente, argumenta a seu favor uma interpretação histórica, afirmando que tal possibilidade era prevista na lei anterior e que tal medida era considerada salutar tanto pelos administrados quanto pela autoridade administrativa. Aduz-se, também, que o veto foi realizado porque a redação do artigo poderia conduzir a interpretações de descumprimento de “qualquer dos prazos” (e não apenas do prazo total previsto no art. 88 da Lei Federal 12.529). Confirma a AGU que realmente seria irrazoável crer que o descumprimento de qualquer prazo pudesse gerar aprovação tácita. Tal apenas poderia surgir se o prazo de 240

dias do art. 88 fosse descumprido.

Sob o aspecto teleológico, refere o parecer, ser notória a finalidade da reforma legislativa, qual seja, a celeridade na análise dos atos de concentração. Não seria, portanto, condizente para a AGU ir contra o intento do legislador, não acarretando qualquer consequência ao decurso do prazo, ou mesmo sua reprovação.

Por fim, com base em uma interpretação sistemática, argumenta ser o prazo do art. 88 de caráter peremptório.

Sendo assim, conclui que não é razoável que o descumprimento do prazo pela própria Administração, em relação a solicitações legítimas e constitucionalmente asseguradas aos administrados, permaneça indefinidamente sem pronunciamento ou que o mesmo seja considerado negado.

Seguindo tal orientação, o Regimento Interno do CADE (Resolução 1, de 29 de maio de 2012), em seu art. 133, estabelece que "o descumprimento dos prazos previstos nos §§ 2.º e 9.º do art. 88 da Lei n.º 12.529, de 2011, implica a aprovação tácita do ato de concentração econômica".

3.5.1.10 Autorização para execução da obra de ocupação de faixas de domínio

O Decreto Federal 84.398, de 16 de janeiro de 1980, estabelece que a ocupação de faixas de domínio de rodovias, ferrovias e de terrenos de domínio público, e a travessia de hidrovias, rodovias, ferrovias, oleodutos e linhas de transmissão de energia elétrica de outros concessionários por linhas de transmissão, subtransmissão e distribuição de energia elétrica de concessionários de serviços públicos de energia elétrica serão autorizadas pelo órgão público federal, estadual ou municipal ou entidade competente, sob cuja jurisdição estiver a área a ser ocupada ou atravessada (art. 1.º).

Seu art. 3.º estabelece que o órgão público ou entidade competente deverá manifestar-se sobre os projetos, concedendo autorização formal para execução da obra, no prazo máximo de 30 dias⁵⁹, contados da data de seu recebimento, restringindo-se, na apreciação, ao trecho de ocupação ou travessia de área sob sua jurisdição. Caso tal órgão ou entidade competente não se manifeste neste prazo, implicará na outorga tácita de autorização pretendida para execução da obra (§ 2.º do art. 3.º)⁶⁰.

Aqui, cabe ressaltar que, antes da mudança da redação do § 2.º pelo Decreto Federal 86.859, de 1982, tinha-se uma hipótese de inércia administrativa e não de silêncio administrativo. Estabelecia o § 2.º que, expedida a autorização para execução da obra pelo órgão ou administração competente, ou não havendo comprovadamente manifestação deste, nos prazos previstos, o projeto seria submetido à aprovação da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)⁶¹. Observe-se que, no caso, não se tinha inferido determinado efeito (a outorga tácita), simplesmente, eximia de resposta os órgãos públicos federal, estadual ou municipal ou entidade competente, ocasionando assim uma suspensão de instância, submetendo o projeto apenas à aprovação da ANEEL.

3.5.1.11 Acionamento do fundo garantidor pelo parceiro privado nas Parcerias Público-Privadas

Com o objetivo de fomentar os investimentos em infraestrutura por meio de Parceria Público-Privada (PPP), a Lei 12.766, de 27 de dezembro de 2012, introduziu algumas alterações na Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004, entre elas, a redução do prazo mínimo para que o parceiro privado possa acionar o fundo garantidor e a possibilidade do silêncio positivo em tal acionamento.

Sabe-se que a iniciativa privada detém garantias nos contratos de PPP, uma delas é o Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP) que vem estipulado nos arts. 8.º, V, e 16 a 21 da Lei 11.079/2004.

O FGP, inicialmente, constava no projeto, depois, foi excluído para ser objeto de lei específica, posteriormente, novamente incluído (arts. 16 a 21). Em 2011, sofreu mudanças pela Lei 12.409, de 25 de maio, e, agora, tem suas disposições alteradas pela Lei 12.766, de 27 de dezembro de 2012.

Segundo o art. 16, ficam a União, seus fundos especiais, suas autarquias, suas fundações públicas e suas empresas estatais dependentes autorizadas a participar, no limite global de R\$ 6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais), em FGP, que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais, distritais, estaduais ou municipais em virtude das parcerias.

Tal FGP deve ser visto como uma garantia a mais e não necessariamente precisa ser utilizado em todo e qualquer projeto de PPP. Terá ele natureza privada e patrimônio próprio separado do patrimônio dos cotistas e será sujeito a direitos e obrigações próprios.

O patrimônio do FGP será formado pelo aporte de bens e direitos realizado pelos cotistas,

por meio da integralização de cotas e pelos rendimentos obtidos com sua administração.

Os bens e direitos transferidos ao FGP serão avaliados por empresa especializada, que deverá apresentar laudo fundamentado, com indicação dos critérios de avaliação adotados e instruídos com os documentos relativos aos bens avaliados.

A integralização das cotas poderá ser realizada em dinheiro, títulos da dívida pública, bens imóveis dominicais, bens móveis, inclusive ações de sociedade de economia mista federal excedentes ao necessário para manutenção de seu controle pela União, ou outros direitos com valor patrimonial. Esta integração será feita independentemente de licitação, mediante prévia avaliação e autorização específica do Presidente da República, por proposta do Ministro da Fazenda.

Ressalta a Lei, ainda, que o FGP responderá por suas obrigações com os bens e direitos integrantes de seu patrimônio, não respondendo os cotistas por qualquer obrigação do Fundo, salvo pela integralização das cotas que subscreverem.

O aporte de bens de uso especial ou de uso comum no FGP será condicionado a sua desafetação de forma individualizada.

O art. 17 da Lei 11.079/2004 evidencia que o FGP será criado, administrado, gerido e representado judicial e extrajudicialmente por instituição financeira controlada, direta ou indiretamente, pela União, com observância das normas às quais se refere o inciso XXII do art. 4.º da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e seu estatuto e regulamento serão aprovados em assembleia dos cotistas⁶². A esta instituição financeira, caberá deliberar sobre a gestão e alienação dos bens e direitos do FGP, zelando pela manutenção de sua rentabilidade e liquidez.

As garantias do FGP, que, na versão original da Lei, eram prestadas, na forma aprovada pela assembleia dos cotistas, proporcionalmente ao valor da participação de cada cotista, sendo vedada a concessão de garantia cujo valor presente líquido, somado ao das garantias anteriormente prestadas e demais obrigações, supere o ativo total do FGP, atualmente, são estabelecidas pelo estatuto e pelo regulamento do FGP. Segundo a nova redação do art. 18 da Lei 11.079/2004, é o estatuto e o regulamento do FGP que devem deliberar sobre a política de concessão de garantias, inclusive no que se refere à relação entre ativos e passivos do Fundo.

Essa garantia será prestada por meio de: fiança; penhor de bens móveis ou de direitos integrantes do patrimônio do FGP; hipoteca de bens imóveis do patrimônio do FGP; alienação fiduciária; outros contratos que produzam efeito de garantia; e garantia, real ou pessoal, vinculada a um patrimônio de afetação constituído em decorrência da separação de bens e direitos pertencentes ao FGP (§ 1.º do art. 18).

Em complementação a essas diferentes modalidades, introduziu a Lei 12.766, de 27 de dezembro de 2012, o § 4.º, então, concedendo a possibilidade de o FGP prestar, ainda, garantia mediante contratação de instrumentos disponíveis em mercado. Desejou, com isso, reforçar a ideia de variabilidade das formas de garantia pelo FGP, afinal, o caráter exemplificativo das garantias já estava claro quando afirmava que "outros contratos" poderiam servir como modalidades, porém, certamente, tal inclusão servirá como incentivo para o investidor privado que queira participar de uma PPP.

Poderá haver contragarantias a seguradoras, instituições financeiras e organismos internacionais que garantirem o cumprimento das obrigações pecuniárias dos cotistas em contratos de PPP (§ 2.º do art. 18).

A quitação, pelo parceiro público, de cada parcela de débito garantido pelo FGP, importará exoneração proporcional da garantia. E sua quitação definitiva importará sua sub-rogação nos direitos do parceiro privado (§ 3.º do art. 18).

Os prazos para acionar o FGP foi outro ponto alterado pela Lei 12.766. Enquanto a redação original afirmava que, no caso de crédito líquido e certo, constante de título exigível, aceito e não pago pelo parceiro público, a garantia poderia ser acionada pelo parceiro privado a partir do 45.º dia do seu vencimento, agora, tais créditos podem ser acionados após 15 dias contados da data de vencimento. Já os débitos constantes de faturas emitidas e ainda não aceitas pelo parceiro público, desde que, transcorridos mais de 90 dias de seu vencimento, não tenha havido sua rejeição expressa por ato motivado, que também poderiam acionar o FGP, agora, possuem prazos de 45 dias, contados da data de vencimento, desde que não tenha ocorrido rejeição expressa por ato motivado (atual § 5.º, incisos I e II, do art. 18).

É certo, porém, que o parceiro público pode recusar eventual fatura e, por conseguinte, evitar que o parceiro privado acione, nos prazos acima expostos, o FGP. Evidenciou a Lei 12.766, esse aspecto ao prever que o FGP é obrigado a honrar faturas aceitas e não pagas pelo parceiro público, assim como estipulou que o FGP é proibido de pagar faturas rejeitadas expressamente por ato motivado (§§ 9.º e 10 do art. 18). Logo, caso a rejeição não

seja motivada, o FGP deverá efetuar o pagamento ao parceiro privado.

A fim de evitar, portanto, o acionamento do FGP pelo parceiro privado, incluiu-se o § 11 do art. 18, que define ser dever do parceiro público informar ao FGP sobre qualquer fatura rejeitada e seus motivos, no prazo de 40 dias, contados da data de vencimento. Apenas, assim, ficará o FGP avisado, evitando, desse modo, o pagamento pelo FGP ao parceiro privado.

Agora, existindo a ausência de aceite ou rejeição expressa de fatura por parte do parceiro público no prazo de 40 dias, contado da data de vencimento, tal implicará aceitação tácita, é dizer, silêncio positivo (§ 12 do art. 18).

Significa que basicamente três hipóteses poderão ocorrer para o acionamento do FGP.

A primeira seria a aceitação expressa. Conforme o inciso I do § 5.º, do art. 18, caso o parceiro público tenha aceitado expressamente a fatura apresentada pelo privado, poderá este acionar o FGP no prazo de 15 dias, contado da data de vencimento.

A segunda hipótese poderá ocorrer caso não tenha se dado a rejeição expressa e motivada. Conforme o inciso II do § 5.º, do art. 18, nesse caso, o particular poderá acionar o FGP no prazo de 45 dias, contados da data de vencimento.

Por fim, a terceira hipótese ocorrerá sempre que houver a “aceitação tácita”, ou seja, sempre, que a primeira ou a segunda hipóteses não ocorram no prazo de 40 dias, contado da data de vencimento ou quando existir a segunda hipótese, é dizer, a rejeição expressa, mas essa não for motivada. O simples fato de rejeitar não pode ser suficiente para o não acionamento pelo particular do FGP. Deve essa rejeição ser motivada, do contrário, possuirá vício de legalidade, a qual promoverá a sua anulação e, por conseguinte, a ausência de ato. Como o efeito é *ex tunc*, ou seja, por retroagir à data de sua realização, o que existirá, na verdade, é uma ausência de aceite ou rejeição expressa de fatura por parte do parceiro público, pois trará à forma anterior aquilo que o ato criou ou modificou. Ou seja, se não motivar, existirá, a “aceitação tácita”, ou seja o silêncio positivo.

A fim de conceder eficácia ao dever de decidir motivadamente e, por conseguinte, ao silêncio positivo aqui mencionado, incluiu a Lei 12.766, o § 13, que responsabiliza civil, administrativa e penalmente o agente público que contribuir por ação ou omissão para a “aceitação tácita” ou que rejeitar fatura sem motivação. Apesar de essa norma ser um avanço para a doutrina do silêncio administrativo brasileiro, vinculou-se a quaisquer dessas formas de responsabilização (civil, administrativa e penal) a existência de dano causado pelo agente. Ora, o simples silêncio positivo pode parecer e levar o intérprete a um entendimento de que não exista dano, isto é, o fato de ocorrer o aceite tácito, em princípio, pode transparecer que nenhum dano se gerou. É equivocado tal entendimento, pois, como já se observou, a Administração possui sempre o dever de decidir e sua ausência, por si, viola a ordem jurídica que, por conseguinte, enseja o dever sucessivo de reparação⁶³. Melhor, obviamente, seria a ausência da expressão “pelos danos que causar”, além de desnecessária, evitaria interpretações errôneas.

Por fim, vale recordar que, em caso de inadimplemento, os bens e direitos do Fundo poderão ser objeto de constrição judicial e alienação para satisfazerem as obrigações garantidas (§ 7.º do art. 18).

3.5.2 Silêncio positivo condicionado

3.5.2.1 Licenciamento de obras

O art. 49 da Lei Federal 10.257, de 10 de julho de 2001, que regulamenta os arts. 182 e 183 da CRFB, estabelecendo diretrizes gerais da política urbana, também conhecido como Estatuto da Cidade, disciplina o processo administrativo, determinando que, no prazo de 90 dias, a unidade federativa competente fixe prazo para a prática de atos administrativos relativos à expedição de diretrizes de empreendimentos urbanísticos, aprovação de projetos de parcelamento e de edificação, realização de vistoria e expedição de termo de verificação e conclusão de obras. Não fixando tal prazo, estabelece o parágrafo único do art. 49 que o mesmo será de 60 dias para a realização de cada um dos referidos atos administrativos, valendo até que os estados e municípios disponham em lei de forma diversa⁶⁴.

Não cabe à União legislar sobre normas gerais de processo administrativo, motivo pelo qual os prazos não podem ser veiculados por normas federais, que detêm competência apenas para legislar sobre normas gerais de direito urbanístico (art. 24, I, da CRFB). Desse modo, o prazo de 60 dias não poderá prevalecer nos casos em que houver omissão legislativa dos entes federados⁶⁵.

Sendo da competência dos municípios (art. 30, VIII, da CRFB) a concessão de licença ou autorizações urbanísticas, poderá a Lei Municipal prever o efeito do silêncio como desejava⁶⁶.

No âmbito do município de São Paulo, especificamente, nas hipóteses de licenciamento de

obras, afigura-se caso de silêncio positivo condicionado. Os itens 4.2.3 e 4.2.4 do Código de Obras e Edificações do Município de São Paulo (Lei Municipal 11.228, de 25 de junho de 1992) e no item 4.B.4 do Decreto Municipal 32.329, de 23 de setembro de 1992, que regulamenta a mesma, autoriza o interessado a iniciar a obra submetida à licença no caso de silêncio da Administração, sendo de inteira responsabilidade do proprietário e dos profissionais envolvidos a eventual adequação da mesma às posturas municipais⁶⁷, desde que comunique à repartição técnica competente e se sujeite a eventuais efeitos de uma possível denegação de licença, que são a sustação da construção com a consequente demolição do que tiver sido construído⁶⁸.

De igual modo, o município de Salvador (art. 44 da Lei Municipal 3.903, de 27 de julho de 1988) também autoriza, depois de esgotado o prazo de 20 (vinte) dias para a decisão, que o requerente dê início à obra, desde que comunique o fato por escrito à Prefeitura e recolha as taxas relativas à concessão de Alvará de Licença. Afirma-se, ainda, que tais obras ficarão sujeitas à demolição das partes que estejam em desacordo com as normas municipais, sem prejuízo de outras penalidades cabíveis.

Por fim, e para não se estender em demasia, tem-se a Lei do Município de Belo Horizonte (art. 15, § 8.º, da Lei 9.725, de 15 de julho de 2009), que autoriza o responsável técnico pela obra a dar início às mesmas mediante notificação ao Secretário Municipal competente por violação dos prazos definidos nos §§ 1.º e 6.º do art. 15. Tal possibilidade, no entanto, não isenta, segundo o § 9.º, desse artigo, o proprietário e o responsável técnico pela obra do cumprimento do disposto na lei e na legislação pertinente, bem como da sujeição às penalidades nela também previstas⁶⁹.

Em nenhum desses casos, poder-se-á alegar direitos adquiridos⁷⁰.

3.5.3 Silêncio positivo implícito

3.5.3.1 Lançamento por homologação

De acordo com o art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN (Lei Federal 5.172, de 25 de outubro de 1966), compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento. Esta, diante de um procedimento administrativo, verifica a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determina a matéria tributável, calcula o montante do tributo devido, identifica o sujeito passivo e, sendo caso, propõe a aplicação da penalidade cabível.

Dentre as modalidades de lançamento, tem-se o lançamento por homologação, - aquele cujo sujeito passivo antecipa o pagamento do tributo sem prévio exame da autoridade competente. Tomando conhecimento, a autoridade administrativa homologa, dessa maneira, operando-se simultaneamente a constituição definitiva do crédito tributário e a sua extinção.

Caso a lei não fixe prazo para essa homologação, determina o § 4.º, do art. 150 do CTN, que este será de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador. Se expirado este prazo sem que a Fazenda Pública se pronuncie, considerar-se-á homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. Logo, o silêncio da administração produz a decadência, ou seja, a impossibilidade do Fisco rever os procedimentos efetuados pelo sujeito passivo. No caso, portanto, tem-se o silêncio positivo próprio ocorrendo diante da omissão da Administração em relação à homologação do lançamento, mas há silêncio positivo implícito quanto à extinção do crédito tributário⁷¹.

¹ Mesmo nesses casos, o silêncio da Administração não desobriga o administrado de atuar nos limites da lei, afinal, por via de regra, o ato nulo não é apto a produzir efeitos. Foi assim pelo menos que decidiu o Tribunal Regional Federal da Primeira Região em caso relativo à Autorização para Transporte de Produtos Florestais - ATPF. No caso, o administrado alegava que, tendo apresentado a documentação necessária à protocolização do plano de manejo, omitindo-se a autarquia (IBAMA) em deliberar sobre o plano no prazo regulamentar, fazia ele jus à obtenção de ATPFs. Ou seja, desejava o administrado a obtenção do silêncio positivo por se estar diante de uma atuação vinculada da Administração. Decidiu o Tribunal que a Administração não está obrigada a expedir, incondicionalmente, tal autorização. Afirmou que a ATPF não é mera chancela burocrática, de que dependa o comércio de madeiras. Ela é um instrumento de controle, o qual visa à consecução do princípio do desenvolvimento sustentável preconizado pela Constituição (art. 225 da CRFB). Para o Tribunal, nada obsta, por exemplo, que a Administração, se a atividade fiscalizatória o justificar, suspenda a emissão de ATPF, independentemente da dinâmica comercial. Parece, então, que, para o Tribunal, existe alguma margem de liberdade ao IBAMA e, por conseguinte, não se poderia atribuir o silêncio com o efeito desejado, ou seja, positivo. Por fim, confirmou a necessidade, ou melhor, o dever, da Administração explicitamente emitir decisão conforme o art. 48 da Lei n. 9.784/99 (BRASIL. Tribunal Regional Federal - Primeira Região. AC 200339020010896, 5.ª Turma, Rel. Juiz Fed. Jamil Rosa de Jesus (Conv.), e-DJF1 23.04.2010, p. 202, Data da decisão: 07.04.2010).

² ERNESTO GARCÍA-TREVIJANO GARNICA (*El silencio administrativo en la...* op. cit., p. 83 e ss.) afirma que a

legislação espanhola outorga um tratamento unitário injustificado à certificação e sustenta que esta “puede tener virtualidad respecto al silencio positivo, su aplicación sin más al negativo se convierte en una traba añadida y de alguna manera en una especie de denuncia de mora”. Para o autor, exigir que se solicite a certificação em casos de silêncio negativo traduz-se em configurar a própria solicitação de certificação como uma espécie de aviso à Administração de que “va a ser utilizada la producción de efectos del silencio negativo” (ibidem, p. 84), transformando, com isso, a certificação em um requisito para o nascimento do ato presumido. Este autor defende a inadmissibilidade da expedição de ofício da certificação por entender que se estaria produzindo de fato uma certa equiparação com a adoção de uma resolução expressa mas sem motivação, o que não condiz com os princípios da Administração (ibidem, p. 94 e ss.). Outro assunto abordado pelo autor diz respeito às certificações tardias, que se distinguem das anteriores, pois são aquelas emitidas depois do prazo de 20 (vinte) dias previsto no apartado 2 do art. 44.2. Para o autor, uma vez transcorrido o prazo de 20 (vinte) dias cessa o dever da Administração de resolver de maneira expressa a situação, mas isso não lhe impede de emitir o certificado, afinal, o silêncio é um remédio ante o não cumprimento do dever de resolver, sendo sua expedição nada mais que um favorecimento ao interessado (ibidem, p. 97-98).

- ³ Não se exige motivação, por isso, a diferença entre a certificação e a resolução expressa tardia. Tal faz com que se questione a comodidade para a Administração em emitir apenas a certificação, deixando de cumprir com seu dever de resolver.
- ⁴ NICOLÁS GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO (GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Derecho procesal administrativo*. Madrid: Tirant lo Blanch, 1991. p. 316) afirma que a certificação de atos presumidos “no constituye un requisito para la obtención del acto presunto, sino para su eficacia”. Também sobre tal certificação LUCIANO PAREJO ALFONSO (op. cit., p. 55) põe de manifesto que a certificação é válida para todos casos de silêncio administrativo, mas o âmbito natural de desenvolvimento da certificação encontra-se nos atos presumidos concessórios; e não, nos denegatórios, pois “ningún sentido tiene obligar al interesado a acreditar el acto presunto desestimatorio, cuyo contenido ya consta, para realizar inmediatamente la opción impugnatoria”, que consistirá, precisamente, na possibilidade de interpor um recurso.
- ⁵ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. *El silencio administrativo en la...* op. cit., p. 87.
- ⁶ BRANDÃO, Cláudio. O controle das omissões e do silêncio da Administração Pública. In: OSÓRIO, Fábio Medina Osório. *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- ⁷ Tal indenização, inclusive, poderá englobar terceiros de boa-fé, se a eles advierem danos comprovadamente derivados da decisão.
- ⁸ O Judiciário brasileiro, em caso relativo a contrato administrativo de locação de máquinas e equipamentos da IBM, definiu que o “silêncio da Administração Pública não pressupõe prorrogação tácita do contrato de locação, porque, ao reverso, toda prorrogação de prazo deverá ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato (art. 57, § 2.º, Lei n.º 8.666/93)” (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. AC 200001000702396, Processo: 200001000702396/BA, 5.ª Turma, Rel. Fagundes de Deus, Data da decisão: 03.03.2006, Documento: TRF100224923, DJ 20.03.2006, p. 87). Em outro caso julgado pelo mesmo Tribunal entendeu-se que o descumprimento pela Administração do prazo para apreciação do requerimento de registro de medicamento não implica em concessão automática do registro, que está sujeito à análise técnica pelo órgão competente. Sustentando, assim, implicitamente a necessária disposição legal dos efeitos do silêncio (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. REOMS 9601094881/DF, Processo: 9601094881, 3.ª Turma Suplementar, Rel. Vallisney de Souza Oliveira (Conv.), Data da decisão: 24.02.2005, Documento: TRF100208048, DJ 31.03.2005, p. 50). Por fim, cabe citar outro caso que também deixa implicitamente entendido essa ideia. O Tribunal Regional Federal da Primeira Região entendeu que eventual pedido de licença para acompanhar cônjuge, no caso em questão, não encontrava respaldo na legislação trabalhista. Logo, o simples silêncio da Administração (empregadora no caso) deveria ser interpretado como indeferimento do pedido (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. RO 8901054213/DF, Processo: 8901054213, 2.ª Turma, Rel. Antônio Sávio, Data da decisão: 23.11.1998, Documento: TRF100075575, DJ 19.04.1999, p. 115).
- ⁹ RAMÓN MARTÍN MATEO (MARTÍN MATEO, Ramón. *Silencio positivo y actividad autorizante*. *Revista de Administración Pública*, Madrid, a. XV, n. 48, p. 205-239, sep./dic. 1965, p. 216 e ss.) entende não existe um ato presumido concessório.
- ¹⁰ GONZÁLEZ PEREZ, Jesus. *Comentario a la ley de procedimiento administrativo*. Madrid: Civitas, 1977. p. 760 e 773; VILLAR PALASÍ, José Luis; VILLAR EZCURRA, José Luis. *Principio de derecho administrativo: actos, recursos y jurisdicción contencioso-administrativo*. Madrid: Universidad Complutense, 1987. v. II, p. 96; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004. p. 582; entre outros.
- ¹¹ JOÃO TIAGO SILVEIRA (op. cit., p. 101) enuncia: “o deferimento tácito não será um verdadeiro acto administrativo, mas antes um facto jurídico ao qual, por meio de uma ficção legal, é aplicado o regime jurídico desse acto administrativo”. Assim, tal autor afirma estarmos diante de um ato ficcional que concede ao particular o correspondente à sua pretensão.
- ¹² Assim defende GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto (*El silencio administrativo en el...* op. cit., p. 81 e ss.).
- ¹³ O Judiciário brasileiro já teve a oportunidade de colocar que “o silencio da administração, em julgar impugnação a pedido de registro de sindicato no cadastro nacional de entidades sindicais não acarreta o deferimento automático da pretensão”. Assim o fez por não existir qualquer disposição legal que outorga-se tal efeito (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 4.416, Rel. Humberto Gomes de Barros, DJ 27.05.1996, p. 17.798).
- ¹⁴ GOMÉZ PUENTE, Manuel. *La inactividad de la Administración*. Pamplona: Aranzadi, 1997. p. 581 e ss.
- ¹⁵ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. *El silencio administrativo en el...* op. cit., p. 81.
- ¹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Sobre el silencio administrativo y recurso contencioso. *Revista de Administración Pública*, Madrid, a. XV, n. 47, p. 207- 227, may./ago. 1965.
- ¹⁷ SILVEIRA, João Tiago. Op. cit., p. 77 e ss.; SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Direito Administrativo Geral*. Lisboa: Don Quixote, 2007. t. III, p. 391 e ss.
- ¹⁸ AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2001. v. II, p. 332.
- ¹⁹ Alguns autores argumentam que existem prescrições legais que simplesmente não se aplicam à decisão fictícia positiva, via de regra, em tais casos, não é possível aplicar as regras relativas ao dever de fundamentação do Estado, o direito de ser ouvido, o direito de emitir uma notificação ou publicar a decisão, o direito de exigir relatórios consultivos, etc., do contrário, estas decisões fictícias seriam sempre inválidas, o que parece contrário aos propósitos de implementar um sistema de silêncio positivo (SILVEIRA, João Tiago. Op. cit., p. 195 e ss.; MACHETE, Pedro. *A audiência dos interessados no procedimento administrativo*. Lisboa: Univ. Católica,

1995. p. 456; CORREIRA, Sérvulo. *Noções fundamentais de direito administrativo*. Lisboa: Danúbio, 1982. t. I, p. 396-398 e 423-427).
- ²⁰ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. *El silencio administrativo en el...* op. cit., p. 103.
- ²¹ JAIME RODRÍGUEZ-ARANA (RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. Prólogo. In: SUAY RINCÓN, José. *La ley 4/1999 de procedimiento administrativo: reforma de la Ley 30/1992*. Madrid: Colex, 2000) defende o silêncio positivo como regra geral afirmando: "El silencio positivo es dinamizador de la actividad administrativa y coadyuva convenientemente a que la Administración cumpla con la obligación de resolver. Resulta, además, una técnica simplificadora evitando a su vez la provocación de pleitos innecesarios (...). Constituye, en definitiva, en mecanismo sencillo, máxime si nos encontramos ante un silencio automático, sin imposición de cargas a los particulares que les obliguen a recordar a la Administración algo que ésta ya conoce perfectamente: su propio incumplimiento".
- ²² Em sentido contrário, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ (Op. cit.) consideram que, quando o sentido legal do silêncio fora positivo, a Administração deverá ficar vinculada a dito caráter concessório quando resolvesse intempestivamente e, isso, pelo simples motivo de que, do contrário, a Administração estaria se beneficiando da sua própria falta.
- ²³ O Tribunal de justiça da União Europeia condenou à República italiana, por ter adotado o silêncio positivo, ao transpor a Diretiva 80/68/CEE, de 17 de dezembro de 1979, relativa à proteção de águas subterrâneas contra a sua contaminação por certas substâncias perigosas (art. 15 da Lei 319/1976).
- ²⁴ ALONSO MAS, María José; NARBÓN LAINEZ, Edilberto. *El silencio administrativo y su problemática procesal*. Valencia: Tirant, 2009. p. 38.
- ²⁵ ALONSO MAS, María José; NARBÓN LAINEZ, Edilberto. Op. cit., p. 39 e ss.; SILVEIRA, João Tiago. Op. cit., p. 188; ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *O procedimento administrativo de avaliação de impacto ambiental*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 208-209 e 700.
- ²⁶ ALONSO MAS, María José; NARBÓN LAINEZ, Edilberto. Op. cit., p. 45 e ss.
- ²⁷ Ibidem, p. 58 e ss.
- ²⁸ SANZ RUBIALES, Iñigo. Silencio administrativo y prohibición de adquirir licencias contrarias al ordenamiento urbanístico. *Revista de Administración Pública*, Madrid, a. LVI, n. 171, p. 181-214, sep./dic. 2006, p. 181 e ss.; FERNÁNDEZ PASTRANA, José María. Reivindicación del silencio positivo: reflexiones para su recuperación en el ámbito de las autorizaciones administrativas. *Revista de Administración Pública*, Madrid, a. XLII, n. 127, p. 103-144, ene./abr. 1992, p. 106 e ss.; MORILLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio. El silencio administrativo tras la reforma de 1999. Un cambio inadvertido y unas posibilidades inéditas. *Revista de Administración Pública*, Madrid, a. LII, n. 159, p. 87-135, sep./dic. 2002, p. 87 e ss.
- ²⁹ RIVERO GONZÁLEZ, Manuel. Silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud del interesado. In: AAVV. *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común*. Pamplona: Aranzadi, 2000. p. 296.
- ³⁰ No ordenamento espanhol, o silêncio *contra legem* é considerado nulo de pleno direito, por aplicação direta do art. 62.1.f da LAP. Isso significa que existe a possibilidade, neste ordenamento, da consolidação de um ato fictício *contra legem*, basta a Administração não declarar a nulidade do mesmo, afinal se um ato expresso nulo de pleno direito pode chegar a consolidar-se no mundo jurídico não há razão para não fazer o mesmo com o que eles chamam de ato presumido (vide: GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. *El silencio administrativo en la...* op. cit., p. 35).
- ³¹ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. *El silencio administrativo en el...* op. cit., p. 178.
- ³² Segundo JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR (op. cit., p. 112), o interessado encontrar-se-á diante o dilema de fazer ou não fazer uso do silêncio.
- No Brasil, em vista do princípio da jurisdição una, poderá o interessado até ingressar com uma ação declaratória para solicitar ao Judiciário a declaração da existência do direito, mas este meio além de lento e custoso, vai contra a finalidade propriamente dita do instituto.
- ³³ Como visto, tal crítica é minimizada pela ideia dos certificados que podem ser emitidos, porém estes, como já se observou, não são de todo convenientes.
- ³⁴ Art. 11. Estão isentas do imposto sobre produtos industrializados todas as mercadorias industrializadas na Zona Franca de Manaus, quer se destinem ao seu consumo interno, quer a comercialização em qualquer ponto do território nacional.
- § 1.º Os projetos para a produção, beneficiamento ou industrialização de mercadorias que pretendam gozar dos benefícios do Decreto-lei n.º 288-67 serão submetidos à aprovação da SUFRAMA, ouvido o Ministério da Fazenda, quanto aos aspectos fiscais, implicando em aprovação tácita a falta de manifestação desse Ministério no prazo de 30 (trinta) dias contados do pedido de audiência.
- § 2.º Os projetos serão apresentados de conformidade com critérios e procedimentos estabelecidos pela SUFRAMA, mediante instruções aprovadas pelo Ministro do Interior.
- § 3.º O Superintendente da SUFRAMA poderá rejeitar, de plano, ouvido o Conselho Técnico, os projetos que, visando a obtenção dos incentivos fiscais previstos no Decreto-lei n.º 288-67, tenham por fim a produção, industrialização ou beneficiamento das mercadorias capituladas no parágrafo 1.º do artigo 3.º do referido Decreto-lei, inclusive as alterações supervenientes por Decreto (Decreto-lei n.º 288-67 artigo 3.º, parágrafo 2.º).
- ³⁵ Art. 26. A concessão implica, para o concessionário, a obrigação de explorar, por sua conta e risco e, em caso de êxito, produzir petróleo ou gás natural em determinado bloco, conferindo-lhe a propriedade desses bens, após extraídos, com os encargos relativos ao pagamento dos tributos incidentes e das participações legais ou contratuais correspondentes.
- § 1.º Em caso de êxito na exploração, o concessionário submeterá à aprovação da ANP os planos e projetos de desenvolvimento e produção.
- § 2.º A ANP emitirá seu parecer sobre os planos e projetos referidos no parágrafo anterior no prazo máximo de cento e oitenta dias.
- § 3.º Decorrido o prazo estipulado no parágrafo anterior sem que haja manifestação da ANP, os planos e projetos considerar-se-ão automaticamente aprovados.
- ³⁶ Seguidamente, há a fase da produção, também chamada de lavra, que cobre as atividades anteriormente mencionadas (desenvolvimento), uma vez que tem início na data da declaração de comercialidade e a produção propriamente dita do petróleo ou do gás natural. Tal fase é o conjunto de operações de extração de petróleo ou gás natural e de preparo para sua movimentação. Pode ser concedida por até 27 anos, podendo ser reduzida ou prorrogada se requerido e após análise da ANP. Até este ponto, as indústrias de petróleo e gás natural caminham juntas.
- ³⁷ Pode a ANP, dentro de suas atribuições, solicitar modificações para sua melhor adequação. O concessionário

obriga-se a cumprir o plano, caso contrário, pode a ANP aplicar sanções (advertência ou multa) ou até rescindir o contrato. Deve o concessionário, portanto, submeter à ANP qualquer alteração que se mostre conveniente e oportuna.

³⁸ Vale recordar que o STF afastou a alegação de que o § 3.º, do art. 26, seria inconstitucional por traduzir conduta negativa da Administração, pois a lei dá regulação, neste ponto, ao chamado “silêncio da Administração”, tratando-se, portanto, de matéria infraconstitucional (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.273/DF, Rel. Carlos Britto, *DJ* 02.03.2007, p. 25, Ement. vol-02266-01, p. 102; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.366/DF, Rel. Carlos Britto, *DJ* 02.03.2007, p. 26, Ement. vol-02266-02, p. 281).

³⁹ Art. 11. Ao formular o pedido de parcelamento, o devedor deverá comprovar o recolhimento de valor correspondente à primeira parcela, conforme o montante do débito e o prazo solicitado.

§ 1.º Observados os limites e as condições estabelecidos em portaria do Ministro de Estado da Fazenda, em se tratando de débitos inscritos em Dívida Ativa, a concessão do parcelamento fica condicionada à apresentação, pelo devedor, de garantia real ou fidejussória, inclusive fiança bancária, idônea e suficiente para o pagamento do débito, exceto quando se tratar de microempresas e empresas de pequeno porte optantes pela inscrição no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples, de que trata a Lei n.º 9.317, de 5 de dezembro de 1996.

§ 2.º Enquanto não deferido o pedido, o devedor fica obrigado a recolher, a cada mês, como antecipação, valor correspondente a uma parcela.

§ 3.º O não cumprimento do disposto neste artigo implicará o indeferimento do pedido.

§ 4.º Considerar-se-á automaticamente deferido o parcelamento, em caso de não manifestação da autoridade fazendária no prazo de 90 (noventa) dias, contado da data da protocolização do pedido.

§ 5.º O pedido de parcelamento constitui confissão irretratável de dívida, mas a exatidão do valor dele constante poderá ser objeto de verificação.

§ 6.º Atendendo ao princípio da economicidade, observados os termos, os limites e as condições estabelecidos em ato do Ministro de Estado da Fazenda, poderá ser concedido, de ofício, parcelamento simplificado, importando o pagamento da primeira parcela confissão irretratável da dívida e adesão ao sistema de parcelamentos de que trata esta Lei.

§ 7.º Ao parcelamento de que trata o § 6.º não se aplicam as vedações estabelecidas no art. 14.

§ 8.º Descumprido o parcelamento garantido por faturamento ou rendimentos do devedor, poderá a Fazenda Nacional realizar a penhora preferencial destes, na execução fiscal, que consistirá em depósito mensal à ordem do Juízo, ficando o devedor obrigado a comprovar o valor do faturamento ou rendimentos no mês, mediante documentação hábil.

§ 9.º O parcelamento simplificado de que trata o § 6.º deste artigo estende-se às contribuições e demais importâncias arrecadadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, na forma e condições estabelecidas pelo Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social.

⁴⁰ A exatidão do valor cobrado poderá ser objeto de verificação.

⁴¹ Excetuam-se aqui as microempresas e empresas de pequeno porte optantes pela inscrição no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples, de que trata a Lei 9.317, de 5 de dezembro de 1996.

⁴² O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre o silêncio positivo da adesão ao programa de parcelamento - PAES. Tratava-se de caso de execução fiscal em que se suspendeu a execução por conta do deferimento em virtude do parcelamento tacitamente aceito e da realização mensal do pagamento, com ressalva de eventual decisão em contrário da autoridade previdenciária (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 724.576, Processo: 200500234805/PR, 1.ª Turma, Rel. Francisco Falcão, Data da decisão: 26.04.2005, Documento: STJ000615450, *DJ* 06.06.2005, p. 225). Acrescentou-se, em outro caso similar, que a falta de desistência do recurso administrativo, embora possa impedir o deferimento do programa de parcelamento, caso ultrapassada tal fase, não serve para motivar a exclusão do parcelamento, não se enquadrando em uma das hipóteses previstas nos artigos 7.º e 8.º da Lei 10.684/2003 (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 958.585, Processo: 200701300479/PR, 1.ª Turma, Rel. Francisco Falcão, Data da decisão: 14.08.2007, Documento: STJ000768744, *DJ* 17.09.2007, p. 230). O Judiciário, também, já teve a oportunidade de tratar dos requisitos de tal silêncio positivo. Decidiu o Tribunal Regional Federal da Primeira Região ser inadmissível o silêncio positivo de pedido de adesão ao Parcelamento Especial - PAES que não preencha os requisitos legais, entre eles, a receita bruta auferida pela empresa no mês imediatamente anterior ao vencimento da parcela como critério de cálculo das prestações mensais (Lei 10.522/2002, art. 11, § 4.º; Lei 10.684/2003, arts. 1.º, § 3.º, I, 4.º, III, e 5.º e seu § 1.º) (BRASIL. Tribunal Regional Federal - Primeira Região. AMS 200538000223867/MG, 7.ª Turma, Rel. Catão Alves, Data da decisão: 18.12.2006, Documento: TRF100243400, *DJ* 09.03.2007, p. 97). No mesmo sentido, outro Tribunal Regional Federal, agora o da Quarta Região, alertou que o parcelamento, depois dos 90 dias, deve ser deferido e que a exceção deve restar suspensa até seu cumprimento ou reativada na hipótese de descumprimento (BRASIL. Tribunal Regional Federal - Quarta Região. AC 200371000477235/RS, 1.ª Turma, Rel. Wilson Darós, Data da decisão: 28.09.2005, Documento: TRF400115808, *DJU* 26.10.2005, p. 378).

⁴³ Art. 5.º Considera-se automaticamente deferido o parcelamento, em caso de não manifestação da autoridade municipal de trânsito no prazo de 15 (quinze) dias contados da data de assinatura do Termo de Confissão e Parcelamento de Débito.

⁴⁴ Art. 5.º Considerar-se-á automaticamente deferido o parcelamento, em caso de não manifestação da autoridade municipal de trânsito no prazo de quinze dias contados da data da assinatura do Termo de Acordo.

⁴⁵ Art. 5.º Considerar-se-á automaticamente deferido o parcelamento em caso de não manifestação da autoridade municipal de trânsito no prazo de 15 (quinze) dias contados da data de assinatura do termo de confissão e parcelamento de débito.

⁴⁶ Art. 20. Caso haja descumprimento dos prazos conferidos na presente Lei ou no contrato de concessão pela Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro - ASEP/RJ, as concessionárias ou permissionárias poderão colocar em prática as condições constantes da respectiva proposta de reajuste ou revisão das tarifas.

§ 1.º Pronunciando-se a Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro - ASEP/RJ fora do prazo a ela conferido, as concessionárias ou permissionárias estarão obrigadas a observar, a partir de então, as condições constantes do pronunciamento, operando-se as compensações necessárias, no prazo que lhes for determinado.

§ 2.º Caso a Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro - ASEP/RJ não aprove o valor da tarifa reajustada ou revisada proposto pela concessionária ou permissionária, deverá ser apresentada à concessionária ou permissionária a respectiva decisão, devidamente fundamentada, expondo de

maneira clara e precisa as razões do indeferimento do pedido e indicando o valor correto do limite de reajuste ou revisão que poderá ser praticado.

- ⁴⁷ Art. 10. O descumprimento, pela Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro – ASEP-RJ, dos prazos a ela conferidos na presente Lei, ou no contrato de concessão, para pronunciar-se a respeito de propostas de revisão de tarifas, de reajuste de tarifas ou de alteração da estrutura tarifária, facultará à concessionária colocar em prática as condições constantes da respectiva proposta, até que a referida Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro – ASEP-RJ venha a se pronunciar.

Parágrafo único. Pronunciando-se a Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro – ASEP-RJ fora do prazo a ela conferido, a concessionária estará obrigada a observar, daí em diante, as condições constantes do pronunciamento, operando-se as compensações necessárias, no prazo que lhe for determinado.

- ⁴⁸ A ASEP/RJ foi extinta por meio da Lei Estadual 4.555, de 6 de junho de 2005, que criou a AGETRANSP – Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro (AGETRANSP). Atualmente, além desta, o Estado do Rio de Janeiro possui a Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro (AGENERSA), instituída pela Lei 4.556, de 6 de junho de 2005.

- ⁴⁹ “Na linha das polêmicas, cumpre ainda destacar a questão dos reajustes e revisões de tarifas, que têm o papel de preservar o equilíbrio do contrato. Tais procedimentos ocorrem mediante propostas do concessionário ao órgão regulador, tendo este um prazo para se manifestar sobre o pedido. O problema levantado decorre do eventual desatendimento do prazo de resposta, que tem como solução a imediata eficácia da planilha proposta. Isto foi tido por alguns como ‘ato tácito’ ou aceitação tácita, o que não corresponderia à sistemática do Direito Administrativo. Ora, não há ato tácito; o que há é definição das consequências do silêncio da Administração; se nada estiver previsto em lei, a regra é entender que, diante da omissão, presume-se negado o pedido. No entanto, a lei pode prever solução diversa, pois, afinal, não se admite que, no Estado de Direito, a Administração possa, pela omissão, deixar de atender pretensões legítimas, mormente diante do princípio da oficialidade do processo administrativo.

A solução prevista na Lei n.º 2.869/97, art. 20, foi admitir a vigência provisória da tarifa proposta até que ocorra a manifestação do órgão regulador, que pode determinar tarifa diversa e as consequentes compensações. Não existe, assim, uma inconstitucionalidade por violação ao princípio da motivação, eis que a decisão, quando ocorrer, deve ser motivada, produzindo efeitos a partir de sua prolação, inclusive determinando modificações quanto às situações vigentes.

É claro que, se isso é fácil de implementar em relação aos serviços de fornecimento de energia, gás e saneamento básico, vinculados a imóveis, o mesmo não se pode dizer quanto a transportes, nos quais o passageiro, na maioria dos casos, sequer tem um comprovante do ingresso pago. Há, pois, que se prever um mecanismo de defesa do usuário nesta situação, que, frise-se, é amparada por lei” (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das concessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 263).

Não existindo previsão legal, já posicionou o Judiciário, por meio do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, que o “silêncio da Administração acerca de pedidos referentes à revisão do preço contratado não pode ser interpretado como reconhecimento tácito desse direito, em face das normas e princípios que norteiam a atuação do administrador público (p. ex.: publicidade, impessoalidade, motivação etc.)” (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. AC 200601000178850/BA, Processo: 200601000178850, 5.ª Turma, Rel. João Batista Moreira, Data da decisão: 21.05.2007, Documento: TRF100253899, DJ 09.08.2007, p. 158).

- ⁵⁰ Nada impede que, posteriormente, sejam lançados ou cobrados impostos, contribuições e respectivas penalidades, decorrentes da simples falta de recolhimento ou da prática, comprovada e apurada em processo administrativo ou judicial, de outras irregularidades praticadas pelos empresários, pelas microempresas, pelas empresas de pequeno porte ou por seus sócios ou administradores, reputando-se como solidariamente responsáveis, em quaisquer dessas hipóteses, os titulares, os sócios e os administradores do período de ocorrência dos respectivos fatos geradores ou em períodos posteriores.

- ⁵¹ Art. 78. As microempresas e as empresas de pequeno porte que se encontrem sem movimento há mais de 3 (três) anos poderão dar baixa nos registros dos órgãos públicos federais, estaduais e municipais, independentemente do pagamento de débitos tributários, taxas ou multas devidas pelo atraso na entrega das respectivas declarações nesses períodos.

§ 1.º Os órgãos referidos no caput deste artigo terão o prazo de 60 (sessenta) dias para efetivar a baixa nos respectivos cadastros.

§ 2.º Ultrapassado o prazo previsto no § 1.º deste artigo sem manifestação do órgão competente, presumir-se-á a baixa dos registros das microempresas e as das empresas de pequeno porte.

§ 3.º A baixa, na hipótese prevista neste artigo ou nos demais casos em que venha a ser efetivada, inclusive naquele a que se refere o art. 9.º desta Lei Complementar, não impede que, posteriormente, sejam lançados ou cobrados impostos, contribuições e respectivas penalidades, decorrentes da simples falta de recolhimento ou da prática, comprovada e apurada em processo administrativo ou judicial, de outras irregularidades praticadas pelos empresários, pelas microempresas, pelas empresas de pequeno porte ou por seus sócios ou administradores, reputando-se como solidariamente responsáveis, em qualquer das hipóteses referidas neste artigo, os titulares, os sócios e os administradores do período de ocorrência dos respectivos fatos geradores ou em períodos posteriores.

§ 4.º Os titulares ou sócios também são solidariamente responsáveis pelos tributos ou contribuições que não tenham sido pagos ou recolhidos, inclusive multa de mora ou de ofício, conforme o caso, e juros de mora.

- ⁵² Art. 77. As alterações da razão social e dos sócios, quando provoquem ou modifiquem o controle da empresa, bem como a sua venda, dependem de prévio conhecimento do Conselho Municipal de Transportes que, em caso de significarem ameaça para a boa continuidade do serviço concedido, podem provocar a declaração da perda de concessão.

Parágrafo único. Tomando conhecimento prévio das alterações mencionados neste artigo, o Conselho Municipal de Transportes obrigará em 5 dias após a que sua aprovação será tácita.

- ⁵³ A classificação dos diferentes serviços públicos, com variados índices de publicização (regime público e privado), foi aprovada no julgamento da medida liminar na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 1.668 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.668 (medida liminar)/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, D.O. 31.08.1998, Requerentes: Partido Comunista do Brasil – PC do B, Partido dos Trabalhadores – PT, Partido Democrático Trabalhista – PDT, Partido Socialista Brasileiro – PSB – Resultado da Liminar: Indeferida, Data da publicação: 31.08.1998).

- ⁵⁴ O consumidor apenas poderá questionar a modicidade tarifária se ensejar efeitos anticoncorrenciais.

- ⁵⁵ Verifica-se que continuidade, também, não é uma das obrigações dos operadores de serviços públicos prestados em regime privado.
- ⁵⁶ Art. 56. A prorrogação da autorização de uso de radiofrequências será efetuada pelo prazo solicitado pelo interessado, observados os seguintes limites:
- I. no caso dos serviços objeto de concessão ou permissão, o prazo de vigência do contrato; e
- II. no caso de serviços objeto de autorização, o estabelecido no regulamento específico para o serviço de telecomunicações ou, na ausência deste, o prazo máximo de 20 (vinte) anos.
- § 1.º No caso previsto no inciso II, a prorrogação só poderá ser efetuada uma única vez.
- § 2.º A prorrogação deverá ser requerida até 3 (três) anos antes do vencimento do prazo original, devendo o requerimento ser decidido no prazo máximo de 12 (doze) meses, contado de seu protocolo junto à Agência.
- § 3.º Caso a Agência não se manifeste no prazo de 12 (doze) meses, contado do protocolo do requerimento referido no parágrafo anterior, a prorrogação restará tacitamente aprovada, nas mesmas condições de operação anteriormente autorizada desde que não contrarie a regulamentação vigente.
- ⁵⁷ Para CARLOS ARI SUNDFELD e JACINTHO ARRUDA CÂMARA (SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Silêncio administrativo e renovação de autorizações de uso de radiofrequência: o caso MMDS. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações*, Belo Horizonte, a. 3, n. 4, p. 9-24, jan.-jun. 2008, p. 16): “o efeito de ser extraído da falta de decisão só pode ser a aprovação do requerimento. Se não fosse assim, a mera inércia da Administração inviabilizaria a prorrogação, tornando sem efeito a previsão contida no § 2.º do art. 167, que taxativamente arrolou as hipóteses de recusa do pedido”.
- ⁵⁸ BRASIL. Advocacia-Geral da União. Parecer PROCADE 17/2012/PROCADE/PGF/AGU. Brasília, dezembro de 2011.
- ⁵⁹ Em caso de solicitação de esclarecimentos adicionais ou exigências regulamentares ao concessionário, o órgão público ou administração competente terá novo prazo, improrrogável, de 30 dias.
- ⁶⁰ Art. 3.º O órgão público ou entidade competente deverá manifestar-se sobre os projetos, concedendo autorização formal para execução da obra, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, contados da data de seu recebimento, restringindo-se, na apreciação, ao trecho de ocupação ou travessia de área sob sua jurisdição.
- § 1.º Em caso de solicitação de esclarecimentos adicionais ou exigências regulamentares ao concessionário, o órgão público ou administração competente terá novo prazo, improrrogável, de 30 (trinta) dias, contados a partir do recebimento dos esclarecimentos ou da satisfação das exigências regulamentares, para pronunciamento final.
- § 2.º A não manifestação do órgão ou entidade competente, nos prazos previstos neste artigo, implicará na outorga tácita de autorização pretendida, para execução da obra (Redação dada pelo Decreto n.º 86.859, de 1982).
- ⁶¹ A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), por meio da Lei 9.427, de 26 de dezembro de 1996, substituiu o DNAEE.
- ⁶² A representação da União na assembleia dos cotistas dar-se-á na forma do inciso V do art. 10 do Decreto-Lei 147, de 3 de fevereiro de 1967.
- ⁶³ Tratar-se-á da questão da responsabilidade do Estado no capítulo V.
- ⁶⁴ Art. 49. Os Estados e Municípios terão o prazo de noventa dias, a partir da entrada em vigor desta Lei, para fixar prazos, por lei, para a expedição de diretrizes de empreendimentos urbanísticos, aprovação de projetos de parcelamento e de edificação, realização de vistorias e expedição de termo de verificação e conclusão de obras. Parágrafo único. Não sendo cumprida a determinação do caput, fica estabelecido o prazo de sessenta dias para a realização de cada um dos referidos atos administrativos, que valerá até que os Estados e Municípios disponham em lei de forma diversa.
- ⁶⁵ FIGUEIREDO, Lucia Valle. Normas de processo administrativo no Estatuto da Cidade. In: DALLARI, Adilson Abreu, FERRAZ, Sérgio (coords.). *Estatuto da Cidade (comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 365 e ss. Defende a autora que a Administração que se omitir de legislar deverá ser constituída em mora, a fim de que se demarque a preclusão administrativa, com as consequências jurídicas que possam advir de sua atitude.
- ⁶⁶ “O silêncio da Administração, quanto à decisão do pedido de aprovação de projeto e de outorga da licença pra edificar, terá o efeito que a legislação local estabelecer. Será silêncio negativo, que importará recusa da licença, quando a lei determinar esse efeito com o transcurso do prazo previsto para a decisão, sem que esta se verifique, como se dá na Itália, por exemplo, com o chamado ‘silêncio rifiutto’, Será silêncio positivo, quando, ao contrário, a transição do prazo sem decisão importar em outorga da licença. Ambas as soluções são ruins, visto que é dever da Administração responder, favorável ou desfavoravelmente, o mais rapidamente possível, os pedido dos administrados. O silêncio negativo lesa o direito do que estes têm ao provimento administrativo, ainda que seja em seu desfavor; O silêncio positivo pode importar, por seu turno, em lesão ao interesse público, quando, porventura, implique aprovação do projeto e a consequente outorga da respectiva licença em desacordo com as normas edilícias e urbanísticas. Por isso, o silêncio positivo não pode ser absoluto. Há de ser condicionado a observância de todas as condições legais a respeito da matéria” (SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 397).
- ⁶⁷ De acordo com o parágrafo único, do art. 2.º, do Decreto Municipal 43.232, de 22 de maio de 2003, não se aplica aos casos de solicitação de potencial construtivo adicional mediante outorga onerosa a possibilidade de início de execução de obra ou edificação antes de sua aprovação.
- ⁶⁸ Afirma LUCIA VALLE FIGUEIREDO (op. cit., p. 366): “podemos afirmar que o silêncio administrativo aliado a ato do particular - a comunicação feita à repartição competente - terá efeito do ato administrativo de deferimento sob condição resolutória. Esta operar-se-á se ocorrer o indeferimento do pedido (nesse caso, ainda que serôdio), obviamente desde que se tenham verificado originariamente os pressupostos legais da expedição da licença”. E acrescenta (ibidem, p. 367) a possibilidade da Administração continuar inerte, mesmo após a comunicação à repartição técnica competente e afirma que terá o particular o “direito a obter o ‘auto de conclusão’, depois da vistoria, desde que se compadeça a obra com a legislação vigente à época em que deveria ter sido deferida a licença”.
- ⁶⁹ Art. 15. O prazo máximo para o Executivo concluir a análise do projeto, aprovando-o ou emitindo ao responsável técnico e ao proprietário comunicação por escrito relativa às normas infringidas e aos erros técnicos cometidos é de 45 (quarenta e cinco) dias, contados da data de seu protocolo.
- § 1.º Mediante despacho fundamentado, o Secretário Municipal competente poderá prorrogar, por igual período, o prazo previsto no *caput* deste artigo.
- § 2.º A prorrogação de prazo prevista no § 1.º deste artigo é prerrogativa exclusiva do Secretário Municipal competente.
- § 3.º É responsabilidade do Executivo providenciar, quando for o caso, a manifestação de todos os órgãos e

unidades da Administração Direta e Indireta do Município, que deverão se pronunciar acerca da aprovação do projeto dentro do prazo previsto neste artigo.

§ 4.º Os projetos que estiverem em desacordo com a legislação vigente ou contiverem erros técnicos poderão ser corrigidos pelo responsável técnico e reapresentados ao Executivo para aprovação.

§ 5.º O responsável técnico terá o prazo de 30 (trinta) dias, contados de sua intimação, para corrigir o projeto, sendo que o não atendimento desse prazo implica o indeferimento do projeto.

§ 6.º Apresentadas as correções previstas nos §§ 4.º e 5.º deste artigo, o Executivo procederá à conferência do projeto quanto ao atendimento de todas as modificações solicitadas, devendo, no prazo de 25 (vinte e cinco) dias, aprová-lo ou indeferi-lo.

§ 7.º Decorridos os prazos previstos nos §§ 1.º e 6.º deste artigo sem que a análise do projeto tenha sido concluída, o proprietário poderá notificar o Secretário Municipal competente para, no prazo de 15 (quinze) dias, aprovar ou indeferir o projeto.

§ 8.º Esgotado o prazo previsto no § 7.º deste artigo sem que haja manifestação conclusiva do Secretário Municipal competente, fica o responsável técnico autorizado a dar início à obra, mediante notificação a este.

§ 9.º O disposto no § 8.º deste artigo não isenta o proprietário e o responsável técnico pela obra do cumprimento do disposto nesta Lei e na legislação pertinente, bem como da sujeição às penalidades previstas no Anexo VII desta Lei.

§ 10. O descumprimento dos prazos previstos neste artigo implica apuração de responsabilidade, nos termos da legislação própria.

§ 11. Cada projeto será distribuído a um único servidor, que ficará responsável por toda a sua análise até a conclusão, sendo vedada a transferência para outro servidor, ressalvadas as hipóteses de afastamentos legais ou determinação expressa do Secretário Municipal competente, conforme dispuser o regulamento.

§ 12. Nos projetos para os quais haja previsão legal de manifestação dos conselhos municipais, os prazos de que tratam o caput e os §§ 1.º e 6.º deste artigo ficarão suspensos durante sua análise por esses conselhos.

⁷⁰ Conforme o Supremo Tribunal Federal, uma vez que a lei local tolera o início da construção, após certo prazo contado do pedido de aprovação da planta, mas sujeita o proprietário à demolição se a licença for denegada, não se pode falar em direito adquirido, nem em lei retroativa (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 68.954/SP, Rel. Aliomar Baleeiro, *DJ* 12.06.1970).

⁷¹ EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI (SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Lançamento tributário*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 223-224) corrobora o posicionamento aduzindo: “Não há ato administrativo tácito que homologa o crédito formalizado pelo particular: é a decadência do direito da administração efetuar de ofício este ‘lançamento’ (art. 150, § 4.º) que outorga definitividade ao crédito tributário instrumental”.

EFEITOS NEGATIVOS DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

4.1 EFEITOS NEGATIVOS DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

A atribuição de efeitos negativos ao silêncio administrativo surgiu como forma de fazer efetivos os direitos dos administrados ante a eventual desídia da Administração, isto é, foi regulado como uma garantia a favor do administrado frente à indefensibilidade produzida pela omissão da Administração.

É, originalmente, um mecanismo que possibilita ao particular o acesso à jurisdição contencioso-administrativa em ausência de decisão expressa da Administração. O silêncio negativo surgiu, portanto, para produzir efeito jurídico-processual, uma vez que sua funcionalidade radicava em permitir o acesso à instância seguinte.

Eduardo García de Enterría¹ assinala que, na Espanha:

(...) el silencio es una denegación presunta, una presunción legal, y no un acto tácito o declaración de voluntad administrativa, está montado en beneficio del particular y como facultad suya, al cual por consiguiente, corresponde la opción, que expresamente se define, de impugnar el silencio o de esperar la resolución expresa, por cuanto que lo que el silencio no es, en todo caso, es una manera de pronunciarse la Administración, a la cual se recuerda por ello su estricta obligación de resolver y hacerlo fundamentalmente.

Também, na Itália, o silêncio administrativo está configurado como uma presunção para assegurar ao administrado a garantia jurisdicional. O silêncio, neste país, não exime a Administração de sua obrigação de decidir.

A situação é diferente na França, onde existe também uma regra legislativa que permite aos interessados aderirem à via contencioso-administrativa se, no lapso temporal determinado, não seja produzida uma decisão expressa da Administração, mas a jurisprudência interpretou restritamente que, vencido o lapso assinalado, a Administração não tem obrigação de decidir; e, se o administrado não exerceu o recurso correspondente, perde a possibilidade de apresentá-lo posteriormente. Posição jurisprudencial enormemente criticada pela doutrina. Genevieve Benezra², por exemplo, afirma que a ficção legal do recurso contra o silêncio administrativo não é mais um meio para proteger ao administrado e de sancionar a inércia culpável da Administração. Configura-se como um novo procedimento posto à disposição da Administração pelos textos, legalmente em vigor, para evitar o controle judicial dos assuntos que podem submeter-se ao contencioso de anulação.

O silêncio negativo consagra, assim, desde sua origem, uma garantia jurídica, que se traduz em um benefício para os administrados. Tal garantia deve ser interpretada em sentido amplo e não restrito, pois, de outro modo, não se estaria favorecendo o administrado, mas sim estimulando a arbitrariedade e reforçando os privilégios da Administração.

O silêncio negativo não é, em si, um ato, mas sim uma abstenção de pronunciamento e, por conseguinte, não cabe referir que se confirme pelo simples transcurso do prazo. O ato administrativo requer uma declaração de vontade da Administração; e, no caso da omissão administrativa, o que existe é precisamente o contrário: uma ausência de manifestação da vontade. O silêncio administrativo é, na realidade, uma inatividade formal ou omissão específica configurada pelo transcurso de tempo sem que exista resposta da Administração; inatividade ou omissão esta que se concede por meio de dispositivo normativo, sentenças judiciais ou, até mesmo, contratos³.

Existe, assim, uma ficção pela qual, transcorrido um tempo necessário para que a Administração decida, esta se abstenha de decidir e, como consequência, esgota-se a instância na qual se encontra o assunto e se abre para o administrado a possibilidade de exercer os recursos subsequentes para assegurar seus direitos.

É necessário destacar que a ficção existe apenas no âmbito processual, nenhum efeito material pode ser atribuído à ficção do silêncio negativo. Esse efeito é o esgotamento da instância em que se encontra o assunto e a possibilidade do particular exercer os recursos subsequentes.

Não obstante a inexistência de um ato, deve-se considerar o agente público silente como o

autor da conduta, apenas, nos efeitos de determinar a competência para conhecer tal “ato” em via judicial.

O silêncio negativo possui, portanto, uma forte carga processual, uma vez que será tal efeito imprescindível para que o administrado possa se valer do recurso administrativo. Apesar de importante para minimizar a insegurança jurídica, a atribuição de tal silêncio pode originar abusos por parte da Administração que, diante da situação em que se imponha a denegação do pedido, solicitação, reclamação ou recurso, pode se sentir tentada a silenciar-se, dessa maneira, forçando a produção dos efeitos e subtraindo do administrado o direito de resposta devidamente motivada. Por mais que a legalidade possa estar a seu lado, estar-se-á, por certo, ferindo a legitimidade e a licitude, pois a decisão expressa é sempre o desejável. O silêncio não exime a Administração do dever de ditar um pronunciamento expresso, devidamente fundamentado.

Em âmbito federal, o Brasil não possui uma regra genérica sobre silêncio negativo, mas algumas leis estaduais sobre o processo administrativo na esfera das suas Administrações o regulam, como ocorre nos estados de São Paulo, Mato Grosso e do Rio Grande do Norte.

O art. 33 da Lei Estadual 10.177, de 30 de dezembro de 1998, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual de São Paulo, afirma que o prazo máximo para qualquer decisão de requerimento apresentado à Administração do Estado será de 120 dias, se outro não for legalmente estabelecido⁴.

Ultrapassado o prazo sem decisão, o interessado poderá considerar rejeitado o requerimento na esfera administrativa, salvo previsão legal ou regulamentar em contrário. No entanto o administrador não está desonerado do dever de apreciar o requerimento, conforme dita o § 3.º do mesmo artigo.

Ressalva-se que, nos casos de complexidade da questão envolvida não permitir o atendimento do prazo de 120 dias, a autoridade cientificará o interessado das providências até então tomadas.

Mesmo sendo essa a regra no estado de São Paulo, dispõe o mesmo artigo, ora mencionado, que pode haver previsão legal ou regulamentar em contrário.

Com redação similar ao art. 33 do estado de São Paulo, tem-se o art. 37, § 1.º, da Lei do estado de Mato Grosso 7.692, de 1.º de julho de 2002, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual e os arts. 66 e 67 da Lei Complementar do estado do Rio Grande do Norte 303, de 9 de setembro de 2005, que dispõe sobre normas gerais pertinentes ao processo administrativo no âmbito de sua Administração Pública Estadual.

A lei mato-grossense afirma, assim como a lei paulista, que o prazo máximo para decisão de requerimentos será de 120 dias, se outro não for legalmente especificado, e estabelece que, ultrapassado esse prazo sem decisão, o interessado poderá considerar rejeitado o requerimento na esfera administrativa, salvo previsão legal em contrário. Além disso, evidencia que tal não desonera a autoridade do dever de apreciar o requerimento⁵.

Já a lei do Rio Grande do Norte coloca que a Administração estadual tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos em matéria de sua competência, num prazo de 60 dias, depois de concluída a instrução, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada pelo agente e aprovada pelo titular do órgão ou entidade da Administração Pública⁶.

Ultrapassado o prazo sem decisão, o interessado poderá solicitar que a Administração Pública se manifeste quanto ao seu pedido em dez dias. Na hipótese de persistir o silêncio administrativo, o pedido formulado pelo interessado será considerado denegado.

Ainda com relação ao silêncio negativo, conquanto alguns prefiram denominá-lo de silêncio-inadimplemento⁷, por possuir apenas efeitos formais, que possibilitam a parte interessada ingressar em juízo ou a recorrer à instância administrativa superior, não se pode deixar de evidenciar, como já mencionado no capítulo I, a solução encontrada pela Constituição do estado do Rio Grande do Norte, que, em seu art. 7.º⁸, estipula que a pessoa que não receber, no prazo de dez dias, informações requeridas a órgãos públicos estaduais, pode, não sendo hipótese de *habeas data*, exigí-las judicialmente. Nesse caso, o juiz competente, ouvido quem as deva prestar no prazo de 24 horas, deve decidir em cinco dias, intimando o responsável pela recusa ou omissão a fornecer as informações requeridas, sob pena de desobediência. Exclui-se, dessa disposição, as hipóteses de sigilo imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado.

4.2 NATUREZA JURÍDICA DO SILÊNCIO NEGATIVO

O silêncio negativo pode equivaler a uma ficção legal que abre as portas à tutela judicial ou a recorrer à instância administrativa superior, sendo estabelecido um prazo preclusivo para recorrer, sem prejuízo da possibilidade de poder recorrer posteriormente a esse prazo,

caso haja uma resolução expressa extemporânea ou, assim como o silêncio positivo, pode equivaler a um ato administrativo por ficção jurídica, denominado, por muitos, de ato presumido. Quando assim for, a lei precisará estabelecer a solicitação de um certificado de ato presumido e, só depois de expedida ou decorrido um período curto de tempo, que o particular poderia ter acesso à via jurisdicional. Em suma, o certificado de ato presumido (ou sua solicitação, acrescido o transcurso do tempo) constitui uma condição *sine qua non* para o nascimento do ato presumido denegatório.

Sendo assim, a natureza jurídica do silêncio negativo dependerá do disposto na norma jurídica, podendo ser configurado como uma ficção jurídica com efeitos processuais ou um ato administrativo por ficção jurídica.

Considerando-o como um ato presumido, deve-se questionar o que sucede com o prazo para resolver entre o período da solicitação do certificado e sua expedição; assim como qual poderia ser o conteúdo da certificação. Há quem considere que, como o ato presumido denegatório somente ocorre uma vez expedido o certificado ou transcorrido o prazo legal para sua expedição; e, subsistindo a obrigação de resolver expressamente, a Administração não restaria até este momento vinculada ao sentido legal do silêncio. Desse modo, se o silêncio era negativo, todavia estaria a tempo da Administração ditar uma resolução expressa concessória.

Verdade é que o silêncio negativo não deveria ser considerado como ato administrativo por ficção jurídica. Sua natureza deveria ser, como mencionado, uma ficção jurídica que permitisse aos interessados acessar os órgãos judiciais ou a recorrer à instância administrativa superior. María José Alonso Mas e Edilberto Narbón Lainez⁹ abordam uma série de questões relacionadas com a problemática processual do silêncio administrativo, entre os pontos que destacam, por exemplo, estão:

(...) en primer lugar, lo relativo a los plazos para recurrir (o ausencia de plazos) en los supuestos en que existe silencio administrativo. En segundo lugar, habremos de analizar el recurso pro inactividad regulado en el art. 29 de la LJCA y sus relaciones con el silencio administrativo; dado que, aunque dicho recurso se configura como un remedio frente a la inactividad material y no frente a la inactividad formal, existen una serie de puntos de contacto que conviene analizar. En tercer lugar, habrá que estudiar asimismo en qué medida la configuración del silencio contra legem y sus efectos inciden sobre el objeto del proceso y sobre el régimen de adopción de las medias cautelares.

Nessa perspectiva, seria o silêncio negativo uma simples ficção jurídica de efeitos exclusivamente processuais. Isso significa que o silêncio com efeitos denegatórios não é um ato administrativo, mas somente uma ficção que surge pelo simples transcurso do tempo fixado na norma, na sentença ou no contrato. Consiste, portanto, somente em uma garantia do particular que, em qualquer caso, tenha acesso ao Judiciário ou à instância administrativa superior¹⁰.

Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández¹¹ são contundentes ao declararem que o silêncio negativo não origina o nascimento de um verdadeiro ato administrativo, somente expressa uma ausência de atividade da Administração. Configura-se, para os autores, como uma ficção jurídica de efeitos exclusivamente processuais aos efeitos de presumir a existência de um ato administrativo.

Comparte-se, assim, a ideia da doutrina majoritária de que o silêncio negativo não é ou não produz um ato, tampouco existe presunção ou substituição da vontade da Administração. Trata-se de uma ficção jurídica de efeitos essencialmente processuais, consistentes em permitir o acesso à instância administrativa superior ou ao Judiciário.

É, portanto, uma ausência ou abstenção de pronunciamento ao qual, *ex lege*, *ex juris* ou *ex voluntate* e por via de *fictio iuris*, se outorga efeitos procedimentais opcionais para o particular, em cujo benefício, e com intenção de garantir o controle judicial rápido e efetivo, se há instaurado a instituição.

Ernesto García-Trevijano Garnica¹² afirma:

No surge estrictamente acto alguno (ni sus efectos tienen el valor de un acto en toda su amplitud), pues ni concurre la voluntad (por presunción) de la Administración, ni la Ley la sustituye directamente (...). No se trata de que la Ley presuma la voluntad de la Administración cuando ésta no responda a las peticiones que se le formulen; tampoco que la Ley sustituya la voluntad de la Administración produciendo directamente un acto del silencio negativo. Este es concebido simplemente como un remedio procedimental ante la inactividad formal de la Administración (...). Se trata, por tanto, de una simple ficción legal que permite a los interesados el acceso a la instancia siguiente y, finalmente, a la vía jurisdiccional, ante la ausencia de resolución expresa sobre sus peticiones o recursos; constituye así el contrapeso necesario e imprescindible al carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa.

No mesmo contexto, Manuel Gómez Puente¹³ sustenta:

El silencio, pues, no desvela ni interpreta una oscura voluntad de la Administración, sino que combate determinados inconvenientes que derivan de la ausencia de una decisión ejecutiva para quien legítimamente la espera (...). El silencio se refiere, pues, a una mera situación fáctica, recae sobre un simple *factum* consistente en la omisión de una decisión ejecutiva transcurridos ciertos plazos y cumplidas ciertas condiciones (...). Los efectos del silencio administrativo negativo son exclusivamente procesales.

No entanto, com a nova legislação espanhola, o primeiro autor citado passou a enunciar que¹⁴:

Ahora tanto el silencio positivo como el negativo son concebidos como productores de verdaderos actos administrativos, a los que les será de aplicación, por tanto, la teoría general sobre los mismos, con las matizaciones obvias derivadas de su propia forma de exteriorizarse.

Isso evidencia a possibilidade de duas naturezas jurídicas, dependendo da norma, como afirmado no início deste tópico.

4.3 FUNDAMENTO DO SILÊNCIO NEGATIVO

O fundamento do silêncio negativo está na exigência de um ato prévio para acessar o Judiciário ou mesmo a instância administrativa superior. Segundo Ernesto García-Trevijano Garnica¹⁵: “podría decirse que la trascendencia del silencio administrativo es directamente proporcional a la rigidez con que se configure el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa”.

Desse modo, o efeito negativo do silêncio da Administração possui um caráter essencialmente processual, sendo sua maior finalidade a autorização ao administrado de interpor o devido recurso, ou aderir à via jurisdicional. Existe, portanto, para permitir acesso à instância seguinte, seja ela superior ou não.

4.4 TIPOS OU ESPÉCIES DE SILÊNCIO NEGATIVO

Assim como no silêncio positivo, também existem três tipos ou espécies de silêncio negativo. O silêncio negativo próprio, provido de atribuição legal, judicial ou contratual, que expressamente denega o peticionado, solicitado, requerido ou recorrido se decorrido prazo para a autoridade pronunciar-se; o silêncio negativo condicionado, quando o administrado se vê condicionado à realização de determinada tarefa; e o silêncio negativo implícito, quando existe atribuição legal, judicial ou contratual que não expressamente denegue o peticionado, solicitado, requerido ou recorrido, mas que lhe preste, indiretamente, um efeito negativo à petição, solicitação, reclamação ou recurso.

4.4.1 Silêncio negativo próprio

4.4.1.1 Parcelamento de solo urbano

Exemplo do silêncio negativo próprio em âmbito federal é o parcelamento de solo urbano. Este poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento. Sendo que loteamento é a subdivisão de gleba em lotes destinados à edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes; e o desmembramento é a subdivisão de gleba em lotes destinados à edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes.

O art. 16 da Lei Federal 6.766, de 19 de dezembro de 1979, remete à lei municipal a definição dos prazos para que um projeto de parcelamento apresentado seja aprovado ou rejeitado e para que as obras executadas sejam aceitas ou recusadas¹⁶. Caso o município não estabeleça tal prazo, este será de 90 dias para a aprovação ou rejeição e de 60 dias para a aceitação ou recusa fundamentada das obras de urbanização. Determina o § 1.º, do mesmo artigo, que o projeto será considerado rejeitado ou as obras recusadas se transcorrido o prazo sem a manifestação do Poder Público, mas assegura indenização por eventuais danos derivados da omissão¹⁷.

4.4.1.2 Construção e exploração de instalação portuária

Outro exemplo de silêncio negativo próprio é tratado na Lei Federal 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, conhecida como lei dos portos e que dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias.

O art. 5.º desta lei estabelece que o interessado na construção e exploração de instalação portuária dentro dos limites da área do porto organizado deve requerer à Administração do porto a abertura da respectiva licitação. Em caso de indeferimento, cabe recurso, no prazo de 15 dias, ao Conselho de Autoridade Portuária e, sendo mantido o indeferimento, cabe outro recurso, no mesmo prazo, ao ministério competente. Todavia, caso o requerimento ou recurso não venha a ser decidido nos prazos de 30 dias e 60 dias, respectivamente, fica facultado ao interessado, a qualquer tempo, considerá-lo indeferido para fins de apresentação do recurso mencionado¹⁸.

4.4.1.3 Primeiro pedido de licença ambiental

A Lei Complementar Federal 140, de 8 de dezembro de 2011, fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII, do parágrafo único do art. 23 da CRFB, para a cooperação entre a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora.

Segundo o seu art. 14, os órgãos licenciadores devem observar os prazos estabelecidos para tramitação dos processos de licenciamento. Tais prazos serão suspensos no caso de existir qualquer exigência de complementação oriunda da análise do empreendimento ou atividade¹⁹. Estes voltarão a fluir após o seu atendimento integral pelo empreendedor.

O decurso dos prazos de licenciamento, sem a emissão da licença ambiental, não implica emissão tácita nem autoriza a prática de ato que dela dependa ou decorra, mas instaura a competência supletiva referida no art. 15²⁰.

Percebe-se, portanto, que a regra, perante um procedimento inicial de concessão de uma licença ambiental, é o silêncio negativo. Caso, porém, esteja-se diante de um pedido de renovação de licença ambiental, assenta o § 4.º, ainda do art. 14, que essa deve ser requerida com antecedência mínima de 120 dias da expiração de seu prazo de validade, fixado na respectiva licença, ficando este automaticamente prorrogado até a manifestação definitiva do órgão ambiental competente. Observa-se a existência, também, de hipótese de silêncio positivo, com uma peculiaridade de que tal possuirá tais efeitos até a manifestação definitiva do órgão, sendo que o problema configura-se caso este deixe de manifestar-se²¹.

4.4.2 Silêncio negativo condicionado

Em atinência ao silêncio negativo condicionado, não se conhece nenhum exemplo no Direito brasileiro.

4.4.3 Silêncio negativo implícito

4.4.3.1 Exaurimento da instância administrativa para impetração de Mandado de Segurança

Determina o art. 5.º, I, da Lei Federal 12.016, de 7 de agosto de 2009, que não comporta Mandado de Segurança quando se tratar de ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução. Dessa forma, o legislador ordinário convidou a parte a exaurir a instância administrativa, inibindo a exercitação de ação judicial que protege seu direito líquido e certo, sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade administrativa²².

Exercitando a esfera administrativa e não obtendo qualquer resposta, silenciando a mesma quanto ao recorrido, estará o particular prejudicado por uma falta de efeito negativo, tendo que se socorrer ao Judiciário tão somente para obter a pronúncia administrativa e, a partir do resultado obtido, encetar nova lide judicial.

Trata-se de uma total irrazoabilidade obrigar o particular a ajuizar duas ações para obter um direito líquido e certo. Basta visualizar o atual contexto do Judiciário brasileiro, sempre assoberbado de processos. Evitar-se-ia, assim, o abarrotamento das instâncias judiciais. Conquanto tenha sido essa a intenção do legislador, não é esse o resultado que se encontra, pelo contrário. Necessita-se, portanto, buscar rápidas respostas para tentar minimizar os efeitos do silêncio para o administrado.

Motivo esse que se entende existir, em tal caso, um silêncio negativo implícito decorrido um prazo razoável para a manifestação no recurso.

4.4.3.2 Órgão ou entidade depositária do registro ou banco de dados

No Direito brasileiro, considera-se de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não

sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações. Qualquer cidadão pode requerer ao órgão ou entidade depositária do registro ou banco de dados informação sobre a sua pessoa, o que deverá ser deferido ou indeferido no prazo de quarenta e oito horas, sendo feita a comunicação da decisão ao requerente em vinte e quatro horas.

A Lei 9.507, de 12 de novembro de 1997, que regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do *habeas data*, evidencia em seu art. 8.º, parágrafo único, que a falta de manifestação do órgão ou entidade depositária do registro ou banco de dados sobre os requerimentos formulados pelo interessado caracteriza recusa tácita²³, pois legitima o mesmo a ingressar com o *habeas data*, concedendo-lhe interesse de agir.

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Sobre el silencio administrativo y recurso contencioso. *Revista de Administración Pública*, Madrid, a. XV, n. 47, may./ago. 1965, p. 207-227.

² BENEZRA, Geneviève. Le silence de l'Administration. Vicissitudes de la réglementation française. *La Revue Administrative*, Paris, a. XIX, n. 119, 1967, p. 540-546.

³ Recordar-se, como visto, que existe posicionamento na doutrina que entende ser o silêncio negativo a regra, aplicável, quando não houver lei expressa (CASTRO, Celso Luiz Braga de. Op. cit.).

⁴ Art. 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.

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

§ 2.º 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.

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

⁵ Art. 37. O prazo máximo para decisão de requerimentos de qualquer espécie apresentados à Administração Pública Estadual será de 120 (cento e vinte) dias, se outro não for legalmente estabelecido.

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

§ 2.º 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.

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

⁶ Art. 66. A Administração Pública tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos em matéria de sua competência.

Art. 67. Concluída a instrução, e observado o disposto no art. 62 desta Lei Complementar, a Administração Pública tem o prazo de até 60 (sessenta) dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada pelo agente e aprovada pelo Titular do órgão ou entidade da Administração Pública.

§ 1.º Ultrapassado o prazo sem decisão, o interessado poderá solicitar que a Administração Pública se manifeste sobre o seu pedido em 10 (dez) dias.

§ 2.º Na hipótese de persistir o silêncio administrativo, após observado o prazo a que se refere o § 1.º, deste artigo, o pedido formulado pelo interessado será considerando denegado.

⁷ TOMELIN, Georghio Alessandro. Silêncio-inadimplemento no processo administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 226, out./dez. 2001, p. 281-292.

⁸ Art. 7.º 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", exigir-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.

⁹ ALONSO MAS, María José; NARBÓN LAINEZ, Edilberto. Op. cit., p. 133 e ss.

¹⁰ A maioria da doutrina entende que o silêncio negativo não é um verdadeiro ato, vide: GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. Recursos contra denegaciones presuntas por silencio administrativo. *Revista de Administración Pública*, Madrid, a. XXXVI, n. 110, p. 31-53, may./ago. 1986, p. 32; ARCENEGUI, Isidro E. de. Modalidades del acto administrativo. *Revista de Administración Pública*, Madrid, a. XXVII, n. 84, p. 3-25, sep./dic. 1977, p. 15; VILLAR PALASI, José Luis. El silencio administrativo en la doctrina y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Actualidad Administrativa*, Madrid, a. III, n. 3, ene. 1988, p. 154; ARIAS SENOSEAIN, Manuel. La obligatoriedad del recurso de alzada contra las denegaciones presuntas por silencio administrativo. *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, a. III, n. 9, p. 349-359, abr./jun. 1976, p. 356.

No entanto, um setor minoritário considera que o ato presumido seja um verdadeiro ato administrativo com a mesma transcendência jurídica que os atos expressos, vide: CAZORLA PIETRO, Luis María. *Temas de derecho administrativo*. Madrid: Ministerio de Hacienda, 1978. p. 238; ENTRENA CUESTA, Rafael. *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Tecnos, 2002. v. 1, t. 1, p. 237; GUAITA MARTORELL, Aurelio. El concepto de acto administrativo. *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, a. II, n. 7, p. 551-572, oct./dic. 1975, p. 568.

¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Op. cit., p. 577.

¹² GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. *El silencio administrativo en el...* op. cit., p. 87-89.

¹³ GOMÉZ PUENTE, Manuel. Op. cit., p. 577 e ss.

¹⁴ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. *El silencio administrativo en la...* op. cit., p. 26.

¹⁵ Idem, p. 81.

¹⁶ 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. (Redação dada pela Lei 9.785, 29.01.1999).

§ 1.º 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. (Incluído pela Lei 9.785, 29.01.1999).

§ 2.º 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. (Incluído pela Lei 9.785, 29.01.1999).

- ¹⁷ Para TOSHIO MUKAI (MUKAI, Toshio. Rejeição de pedido de aprovação de parcelamento urbano por decurso de prazo é inconstitucional. São Paulo: Saraiva, 2001, Disponível em: <<http://www.saraivadata.com.br/menuesquerdo/doutrinaArtigosDetalhe.aspx?Doutrina=42>>. Acesso em: 21 nov. 2011): “É flagrantemente inconstitucional, portanto, o § 1.º do art. 16 da Lei n. 6.766/79, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 9.785/99, por ofensa absoluta ao direito de propriedade, consagrado pelo art. 5.º, XXII, da Constituição como direito e garantia individual”.
- ¹⁸ Art. 5.º O interessado na construção e exploração de instalação portuária dentro dos limites da área do porto organizado deve requerer à Administração do Porto a abertura da respectiva licitação.
§ 1.º Indeferido o requerimento a que se refere o *caput* deste artigo cabe recurso, no prazo de quinze dias, ao Conselho de Autoridade Portuária de que trata a Seção I do Capítulo VI desta lei.
§ 2.º Mantido o indeferimento cabe recurso, no prazo de quinze dias, ao ministério competente.
§ 3.º Na hipótese de o requerimento ou recurso não ser decidido nos prazos de trinta dias e sessenta dias, respectivamente, fica facultado ao interessado, a qualquer tempo, considerá-lo indeferido, para fins de apresentação do recurso a que aludem os parágrafos anteriores.
- ¹⁹ Tais exigências devem ser comunicadas pela autoridade licenciadora de uma única vez ao empreendedor, ressalvadas aquelas decorrentes de fatos novos.
- ²⁰ Art. 15. Os entes federativos devem atuar em caráter supletivo nas ações administrativas de licenciamento e na autorização ambiental, nas seguintes hipóteses:
I - inexistindo órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente no Estado ou no Distrito Federal, a União deve desempenhar as ações administrativas estaduais ou distritais até a sua criação;
II - inexistindo órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente no Município, o Estado deve desempenhar as ações administrativas municipais até a sua criação; e
III - inexistindo órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente no Estado e no Município, a União deve desempenhar as ações administrativas até a sua criação em um daqueles entes federativos.
- ²¹ Art. 14. Os órgãos licenciadores devem observar os prazos estabelecidos para tramitação dos processos de licenciamento.
§ 1.º As exigências de complementação oriundas da análise do empreendimento ou atividade devem ser comunicadas pela autoridade licenciadora de uma única vez ao empreendedor, ressalvadas aquelas decorrentes de fatos novos.
§ 2.º As exigências de complementação de informações, documentos ou estudos feitas pela autoridade licenciadora suspendem o prazo de aprovação, que continua a fluir após o seu atendimento integral pelo empreendedor.
§ 3.º O decurso dos prazos de licenciamento, sem a emissão da licença ambiental, não implica emissão tácita nem autoriza a prática de ato que dela dependa ou decorra, mas instaura a competência supletiva referida no art. 15.
§ 4.º A renovação de licenças ambientais deve ser requerida com antecedência mínima de 120 (cento e vinte) dias da expiração de seu prazo de validade, fixado na respectiva licença, ficando este automaticamente prorrogado até a manifestação definitiva do órgão ambiental competente.
- ²² Art. 5.º 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.
- ²³ Art. 8.º A petição inicial, que deverá preencher os requisitos dos arts. 282 a 285 do Código de Processo Civil, será apresentada em duas vias, e os documentos que instruírem a primeira serão reproduzidos por cópia na segunda.
Parágrafo único. A petição inicial deverá ser instruída com prova:
I - da recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de dez dias sem decisão;
II - da recusa em fazer-se a retificação ou do decurso de mais de quinze dias, sem decisão; ou
III - da recusa em fazer-se a anotação a que se refere o § 2.º do art. 4.º ou do decurso de mais de quinze dias sem decisão.

CONTROLE ADMINISTRATIVO E JUDICIAL DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

5.1 RESOLUÇÃO EXPRESSA TARDIA E REVOGAÇÃO DOS EFEITOS DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

O administrador tem o dever de apreciar e expressamente decidir a postulação de qualquer administrado, portanto, não resta jamais desonerado do dever de decidir. Assim sendo, existe a possibilidade, de forma extemporânea, de anular ou revogar o efeito concessório ou denegatórios do silêncio administrativo. Chama-se tal circunstância de “resolução expressa tardia”.

Ernesto García-Trevijano Garnica¹ diferencia resolução expressa tardia de simples resolução tardia. Segundo o autor, a simples resolução tardia significa que a Administração se pronunciou de maneira expressa, ainda que fora do prazo previsto, para a conclusão ordinária do procedimento administrativo. Já a resolução expressa tardia existe quando o pronunciamento ocorre depois de já existir um efeito em relação ao silêncio administrativo, ou seja, quando a Administração dita a resolução uma vez transcorrido o prazo e tendo sido cumpridos todos os requisitos precisos para fazer operar o silêncio. De acordo com o autor², estas formas de resolução nem sempre coincidem. É possível que a Administração dite uma resolução fora do prazo previsto para a conclusão do procedimento administrativo, sem que, a sua vez, tenham sido cumpridos os requisitos necessários para que produza efeitos ao silêncio administrativo.

Admitindo-se tal distinção como correta, questiona-se a possibilidade ou não da Administração realmente ditar as resoluções expressas tardias. Isto é, pode a Administração sustar os efeitos do seu próprio silêncio? E o particular poderia impugnar ou recorrer de dita resolução? Até que momento subsiste essa possibilidade para a Administração?

Existem, basicamente, três possibilidades lógicas: negar à Administração dita possibilidade, concedendo, assim, operacionalidade automática ao silêncio administrativo; permitir à Administração o direito de sustar os efeitos, negando ao interessado a possibilidade de impugnar/recorrer; ou, por fim, admitir à Administração tal resolução com possibilidade ao interessado de impugnar/recorrer.

Conforme jurisprudência assentada nos Tribunais brasileiros, a primeira opção não seria viável, tendo em vista o dever de decisão da Administração. Portanto apenas as duas últimas alternativas seriam viáveis.

Já foi época em que se afirmava, por exemplo, que a Administração não poderia ir contra seus próprios atos, principalmente, caso desejasse realizar um ato de signo contrário. Atualmente, seja em casos de silêncio negativo, em que, como analisado, não existe propriamente a culminação de um ato administrativo; ou diante de um silêncio positivo, em que se outorga ao particular, por ficção, um ato administrativo, é possível que a Administração dite resolução expressa tardia desde que respeite os direitos adquiridos, senão, deverá indenizar o administrado³.

Ernesto García-Trevijano Garnica⁴ exprime que “debe resaltarse que para el peticionario el acto presunto por silencio positivo constituirá un acto declarativo de derechos. Su retirada del mundo jurídico únicamente podrá efectuarse a través de las vías legalmente previstas al efecto para los actos expresos”. É exatamente isso que prevê a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal⁵. Assim como se tivesse praticado um ato de modo concreto, o administrador pode anular ou revogar os efeitos do silêncio positivo, atendidas as consequências exteriorizadas na súmula. A solução, portanto, é substancialmente idêntica ao regime do ato expresso. Após a formação do deferimento, a Administração deixou, tal como quanto ao ato expresso, de ter um dever de decidir expressamente a pretensão, dada a natureza de ato constitutivo de direitos que o deferimento normalmente terá. Assim, o deferimento decorrente do silêncio tem o regime do ato expresso, podendo ser revogado nos casos e situações em que aquele o possa.

No entanto tal prerrogativa não é ilimitada, pelo contrário, existem determinadas situações jurídicas que não rendem ensejo à revogação, como os atos que exauriram os seus efeitos; os que derivam de situações vinculativas, pois, nestes, o administrador não tem margem de liberdade; os atos que geram direitos adquiridos (art. 5.º, XXXVI, da CRFB);

entre outros. Em qualquer caso, o efeito será *ex nunc*.

Desse modo, há uma possibilidade geral para revogar, anular ou mudar o efeito positivo do silêncio administrativo, além de poder adicionar condições e limitações às decisões tácitas depois que estas passem a existir⁶.

No entanto, diante de efeitos positivos, parece que só será admissível a via anulatória em face do respeito que o Poder Público deve ao ato jurídico perfeito e acabado. Assim o será, se o efeito positivo tiver se exteriorizado em ato. É o caso do reajuste ou revisão das tarifas de delegatários de serviço público do estado do Rio de Janeiro (art. 20 da Lei Estadual 2.869, de 18 de dezembro de 1997, e art. 10 da Lei Estadual 2.752, de 2 de julho de 1997), que autoriza a colocação em prática da proposta que não tenha sido apreciada pelo órgão competente até que o mesmo decida de outra forma, operando-se as compensações necessárias no prazo que lhes for determinado. Como também há o caso da normativa sobre licenciamento de obras no município de São Paulo (itens 4.2.3 e 4.2.4 do Código de Obras e Edificações do Município de São Paulo; Lei Municipal 11.228, de 25 de junho de 1992; e no item 4.B.4 do Decreto Municipal 32.329, de 23 de setembro de 1992) e de Salvador (art. 44 da Lei Municipal 3.903, de 27 de julho de 1988) que autorizam o interessado a iniciar a obra submetida à licença no caso de silêncio da Administração, no entanto, reserva expressamente seu direito de indeferir ou não o pedido.

Ressalva-se o caso do art. 150, § 4.º, da Lei Federal 5.172, de 25 de outubro de 1966, que prevê para o silêncio administrativo a decadência do direito da Administração, ou seja, a impossibilidade do Fisco rever os procedimentos efetuados pelo sujeito passivo.

Admitindo-se a possibilidade da Administração de ditar resoluções expressas tardias revogando ou anulando os efeitos do silêncio administrativo, diverge-se sobre a possibilidade ou não do administrado impugnar ou recorrer. Para sistemas em que as resoluções expressas tardias são meras confirmações da vontade administrativa emanada anteriormente em que a Administração não poderia ditar ato posterior de signo contrário ao efeito previamente concedido, a impugnabilidade é irrelevante, afinal se estaria diante dos mesmos efeitos, mas agora com um ato administrativo realmente expedido pela Administração.

No caso brasileiro, como existe a possibilidade de anular ou revogar os efeitos do silêncio, onde poderia se estar mudando o efeito, sendo este contrário ao anterior, ou seja, negativo ou positivo, seria absolutamente susceptível à impugnação de tal ato, afinal, existe um dever de ditar solução expressa e tal dever propicia outras consequências, entre as quais, encontra-se precisamente a de ser tal resolução susceptível de recurso, como qualquer outro ato expresso, dentro dos prazos legais.

Por fim, resta saber até que momento subsiste a possibilidade para a Administração de sustar os efeitos do silêncio administrativo. Mesmo existindo um dever de decidir, o administrado não pode ficar à mercê da Administração, assim, esperando eternamente a resolução, por conseguinte, sem poder usufruir em paz dos efeitos do silêncio causado pela própria Administração. No tocante a tal questão, Ernesto García-Trevijano Garnica⁷ declara que:

(...) el deber de la Administración de resolver expresamente subsiste durante la tramitación del proceso contencioso-administrativo, y únicamente cede cuando se ha dictado sentencia por el Tribunal competente. Una vez dictada tal resolución judicial estará vedado a la Administración adoptar una resolución contraria al contenido de aquélla. Si dictare una resolución posterior incluso a la sentencia, pero acorde con su contenido, en realidad estaríamos ya fuera de la problemática derivada de la resolución expresa tardía, para entrar dentro de los actos administrativos dictados en cumplimiento o ejecución de resoluciones judiciales.

Obsérvese, no obstante, que la extinción del deber de resolver de la Administración únicamente cede respecto a aquellos aspectos resueltos directa o indirectamente por la sentencia, de tal forma que nada impedirá, sino todo lo contrario, que subsista en la Administración dicho deber de resolver en relación con otras cuestiones no pretendidas ni resueltas por la sentencia y, sin embargo, planteadas en su día a la Administración en el escrito de petición o recurso que a la postre ocasionó el litigio judicial.

Contudo tal hipótese não constitui perda das prerrogativas da Administração, trata-se apenas de uma limitação à sua atuação com a finalidade de conceder segurança jurídica ao administrado.

5.2 CONTROLE DO JUDICIÁRIO EM RELAÇÃO AO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

No Brasil, vigora o princípio da jurisdição una, o que implica dizer que “nenhuma lesão ou ameaça de lesão escapará à apreciação do Poder Judiciário” (art. 5.º, XXXV, da CRFB). Desse modo, qualquer ato administrativo pode ser controlado pelo Judiciário. A decisão administrativa apenas se torna definitiva com o trânsito em julgado, prevalecendo sobre

eventual decisão que tenha sido tomada ou pudesse vir a ser tomada⁸. Aqui, o contencioso-administrativo restou substituído pela unicidade da jurisdição estatal⁹, por isso, afirma-se que o administrado não está obrigado a esgotar os recursos administrativos para, só então, ingressar em juízo, podendo fazê-lo tão logo o seu pedido seja formalmente indeferido ou na hipótese de silêncio administrativo no cumprimento da obrigação que a lei lhe impõe¹⁰.

Desse modo, em quaisquer dos casos de silêncio administrativo (positivo ou negativo), preferindo o administrado socorrer-se na esfera judicial, não estará o Judiciário ingerindo indevidamente, no âmbito administrativo, ao impor multa à Administração para que esta conceda uma resposta, nem mesmo ter-se-á infração caso esse ofereça a própria resposta à qual tem direito o administrado.

É certo, porém, que o particular terá uma dificuldade instrumental, pois não existe, no Direito brasileiro, um instrumento desenvolvido para tanto, dessa maneira, dificultando, ainda mais, o direito do administrado de receber sua resposta. No entanto, tem o particular algumas opções.

A Súmula 429 do Supremo Tribunal Federal admite o uso genérico do Mandado de Segurança contra qualquer omissão da autoridade, tendo um prazo de 120 dias para impetrar o mesmo em um juízo competente (art. 23 da Lei Federal 12.016, de 7 de agosto de 2009)¹¹. A omissão da Administração em apreciar a postulação administrativa em prazo razoável configura o silêncio administrativo e enseja a impetração de Mandado de Segurança para determinar, à autoridade pública, a apreciação do pedido, mas, também, para que o Poder Judiciário conceda o direito pleiteado¹².

O problema da utilização de tal remédio constitucional recai sobre o fato de que o Judiciário não pode, em determinados casos, determinar a prática de certos atos, mas tão somente reconhecer que houve violação a direito líquido e certo, ou seja, se diante de postulações que tivessem uma manifestação vinculada por parte da Administração, poderá o Judiciário suprir diretamente o administrador, concedendo judicialmente os efeitos que se pretendia extrair da decisão administrativa¹³. Por conseguinte, sendo o poder absolutamente vinculado, não há qualquer obstáculo para que o Tribunal declare aquilo que já se encontra na lei, determinando a obrigação da Administração em praticar um ato com determinado conteúdo concreto. Todavia, se o ato estiver fundado em manifestação discricionária da Administração, não caberá outra solução ao Judiciário, que determinar ao administrador que decida¹⁴, assinalando-lhe um prazo e, sendo o caso, fixando multa diária pelo descumprimento da ordem judicial¹⁵. Em tais casos, não é possível à Administração determinar o conteúdo concreto do ato a praticar, mas apenas delimitar o espaço de manobra da Administração na sequência da sentença.

Observa-se que, diante de casos de discricionariedade administrativa, ocorrendo o silêncio sem haver qualquer estipulação dos efeitos deste, estará o administrado obrigado a socorrer-se ao Judiciário tão somente para obter a pronúncia administrativa e, a partir do resultado obtido, encetar-se nova lide judicial.

Ressalta-se o que já foi colocado anteriormente, trata-se de uma total irrazoabilidade obrigar o particular a ajuizar duas ações para obter um direito. Basta visualizar o atual contexto do Judiciário brasileiro, sempre assoberbado de processos. Dar efeito ao silêncio, como se demonstrou anteriormente, poderia ser um mecanismo para evitar o abarrotamento das instâncias judiciais.

Outra possibilidade é a utilização do *habeas data*, que permite ao impetrante obter informações a seu respeito, existentes em registro ou banco de dados que contêm informações que sejam ou possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações. Tem-se aqui um âmbito limitado.

O mandado de injunção também pode valer como uma opção nos casos de silêncio da Administração quando um direito, previsto na Constituição, não puder ser exercido por falta de regulamentação. O problema é que só poderia ser ajuizado caso a regulamentação fosse atribuída ao órgão da estrutura administrativa que se silenciou.

Desse modo, na atualidade, todos os mecanismos existentes são insuficientes para uma verdadeira tutela judicial efetiva. Tal princípio exige que exista meio processual idôneo para garantir a pretensão do administrado, não sendo admissível que esta deixe de ser tutelada devido à ausência de tal meio, além é claro dos meios processuais existentes serem suficientemente eficazes para garantir a posição jurídica dos administrados. Tal como observado ocorre de maneira supérflua e insatisfatória e fere o princípio da tutela judicial efetiva.

A única saída mais concreta que possui o administrado contra o silêncio é a ação de responsabilidade do Estado, mas essa não corrige o mal em si, deixando o administrado com a expectativa de que a Administração cumpra com seu dever.

Em suma, mesmo existindo, no Brasil, o princípio da jurisdição una, deve-se atrelá-lo ao princípio da tutela judicial efetiva, a qual exige que o Tribunal vá tão longe quanto puder na sua decisão jurisdicional, com vista à satisfação da pretensão do recorrente.

5.3 PRESCRIÇÃO E SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

Não se pode admitir a eterna incerteza nas relações intersubjetivas a que o Direito confere juridicidade. A prescrição visa justamente a conferir estabilidade a tais situações, pois imprime solidez e firmeza ao liame jurídico constituído entre os integrantes desta relação. Confere também segurança jurídica, vez que extingue o direito de ação em razão da inércia do seu titular pelo decurso de determinado lapso temporal. O que se extingue é a ação, e não propriamente o direito, ficando este incólume, impoluto, porque não terá nenhuma eficácia no plano prático, não podendo ser efetivamente desfrutado. É, portanto, a prescrição a perda da ação atribuída a um direito e de toda sua capacidade defensiva, em consequência do não uso dela, durante um determinado espaço de tempo.

Já se evidenciou o princípio da autotutela administrativa, a qual se revela na possibilidade de anulação ou revogação de seus atos, seja por vícios de ilegalidade, seja por motivos de conveniência e oportunidade. No tocante à invalidação dos atos administrativos, tal poder-dever não é absoluto, porquanto encontra limites que o tolhem, resguardando, assim, com total justificação, diversos princípios jurídicos de fundamental observância. Desse modo, a questão temporal também se coloca, fazendo-se necessário perquirir se a Administração pode, a qualquer tempo, invalidar seus atos.

O Decreto Federal 20.910, de 6 de janeiro de 1932, regula a prescrição quinquenal. Sabe-se que as dívidas passivas da União, dos estados e dos municípios, bem como todo e qualquer direito ou ação contra a fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, e todo o direito e prestações correspondentes a pensões vencidas ou por vencerem, ao meio soldo e ao montepio civil e militar ou a quaisquer restituições ou diferenças, prescrevem em cinco anos, contados da data do ato ou fato do qual se originarem¹⁶.

Tal panorama mudou com a edição do Novo Código Civil, tendo em vista o art. 206, § 3.º, V, a prescrição dar-se-á em três anos nas pretensões de reparação civil. Entende-se que o prazo prescricional da ação de reparação por danos em face da Administração, diminuiu de cinco para três anos, ficando prejudicada a norma do antigo Código Civil, por óbvio, e as normas do art. 1.º do Decreto Federal 20.910/1932 e do art. 1.º-C da Lei Federal 9.494/1997¹⁷.

Independente do prazo prescricional, importa saber que se admite que a Administração possa frustrar processo por ela mesma estabelecido. Basta deixar de despachar no mesmo durante um período de três anos, para afinal beneficiar-se com a prescrição. Determina o art. 4.º do Decreto¹⁸ que não corre a prescrição durante a demora que, no estudo, no reconhecimento ou no pagamento da dívida, considerada líquida, tiverem as repartições ou funcionários encarregados de estudar e apurá-la. Logo, enquanto pender sem resposta requerimento dirigido à Administração, o fluxo prescricional em favor desta não se inicia. Por isso que somente a manifestação expressa da Administração pode marcar o início do prazo prescricional¹⁹.

5.4 RESPONSABILIDADE DO ESTADO EM CASOS DE SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

Como existe o dever de decisão, pode-se indicar que é pressuposto do silêncio administrativo a ocorrência de uma ilegalidade. A constatação da inatividade formal ou omissão específica da Administração por si já viola a ordem jurídica que, por conseguinte, enseja o dever sucessivo de reparação, cuja responsabilidade é um dever jurídico sucessivo decorrente da violação de um dever jurídico originário que resulta uma obrigação jurídica sucessiva de indenizar o prejuízo.

Ademais, observou-se que a Administração nunca deixa de possuir o dever de decidir, logo, as resoluções expressas tardias não são *per se* ilegais. São, na verdade, lícitas e os particulares têm direito a que as mesmas sejam ditadas e, se for o caso, de beneficiarem-se delas. Não obstante, o ordenamento jurídico não é indiferente às situações de retardo ou silêncio e, conseqüentemente, perante os casos de resolução expressa tardia, logo, podem surgir responsabilidades administrativa, civil e penal do Estado²⁰.

Recorda-se, apenas, que a responsabilidade nunca é a vontade do legislador, o que se deseja com a criação de um enunciado normativo que crie o silêncio administrativo é estimular a celeridade e o respeito dos lapsos temporais legalmente estabelecidos.

Não é desejo aqui realizar uma análise profunda ou detalhada do tema da responsabilidade do Estado nos casos de inatividade formal ou omissão específica da

Administração, mas, simplesmente, fazer breves referências aos esquemas de responsabilidade que podem e devem surgir em caso de omissão ou decisões administrativas tardias.

Existindo uma lei, pode essa recorrer a possibilidades de exigir responsabilidades disciplinar e pecuniária do agente público, ou seja, responsabilidade administrativa do agente competente que se silencia. Sempre que o atraso não se justificar devidamente, poderá o agente público ser responsabilizado. Tais ameaças aos agentes públicos são comuns nos mais diversos sistemas jurídicos, mas, na prática, são soluções que não alcançam o resultado desejado, qual seja, a diminuição de casos de silêncio administrativo. Fundamentalmente, porque quem tem de sancionar “compreende” e, até mesmo, tolera como normal o atraso²¹. É, assim, necessária a responsabilização pessoal do agente administrativo que, mantendo-se inerte, furtou-se do dever de responder aos pleitos do administrado²².

Genericamente, a lei que regula o acesso a informações (Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011), apesar de não ter feito qualquer referência ao silêncio administrativo, estabelece hipóteses de responsabilização dos agentes públicos que retardarem ou negarem indevidamente a entrega de informação.

Segundo o art. 32, I, dessa lei, constituem condutas ilícitas que ensejam responsabilidade do agente público recusar-se a fornecer informação, retardar deliberadamente o seu fornecimento ou fornecê-la intencionalmente de forma incorreta, incompleta ou imprecisa²³.

Caso o retardamento não seja deliberado, isto é, com dolo, o agente público não será responsabilizado. Do contrário, deverá ser atendido o princípio do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal para que tais condutas sejam consideradas infrações administrativas, que deverão ser apenadas, no mínimo, com suspensão, segundo os critérios estabelecidos na Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Destaca-se que quem silencia indevidamente age com negligência e incorre em infração funcional (art. 116, I e III, da Lei 8.112/1990). Além disso, o agente público poderá responder, também, por improbidade administrativa, conforme o disposto nas Leis 1.079, de 10 de abril de 1950, e 8.429, de 2 de junho de 1992.

Além da responsabilidade administrativa, existe aquela civil do Estado perante o particular. O Brasil, como se sabe, agasalhou a teoria do risco administrativo para fundamentar a responsabilidade civil objetiva do Estado (art. 37, § 6.º, da CRFB) quando diante de atos comissivos. Desse modo, o Estado responde pelas condutas comissivas de seus agentes²⁴ independentemente da presença do elemento culpa, caso ocasionem dano a terceiros. Para isso basta que ocorra um fato ou ato administrativo - culposo ou não -, um dano e o nexo de causalidade entre esse fato, o ato e o dano, para o Estado ser obrigado a ressarcir a pessoa lesada.

Porém, quando diante de atuações omissivas, existe uma forte divergência na doutrina e jurisprudência. Odete Medauar²⁵ evidencia tal situação ao manifestar que: “reina certa nebulosidade na doutrina e jurisprudência pátrias quanto à responsabilidade por omissão. Há afirmações no sentido de tratar-se de responsabilidade subjetiva”. Hoje, no entanto, vem ganhando força o posicionamento que admite a responsabilidade objetiva quando a omissão administrativa for específica, ou seja, quando existe o dever de agir²⁶.

Entende-se que os casos de silêncio administrativo ou de resolução expressa tardia geram responsabilidade civil objetiva do Estado, pois tais casos são configurados como ausência ou atraso de um dever jurídico de agir e, portanto, equiparam-se a um ato ilícito. Assim, restando comprovado o silêncio e se demonstrado o dano e o nexo causal, torna-se inegável, hodiernamente, sustentar a incidência da responsabilidade civil objetiva. Ressalte-se que as hipóteses de responsabilização também são aplicáveis às situações cuja resposta surja quando já superado o tempo legal previsto para a situação ou, em não o existindo, o tempo razoável para aquela manifestação²⁷.

De acordo com Ernesto García-Trevijano Garnica²⁸, a desídia da Administração em respeitar os prazos não invalida eventual ato administrativo realizado *a posteriori*. Conforme o autor, apesar da Administração possuir o dever de decidir dentro de determinado prazo, o fato de não o realizar se caracteriza como uma mera irregularidade que não afeta a validade do ato final se não exista disposição específica que estabeleça o contrário. Apesar de não gerar invalidez, uma vez que a atuação administrativa é exigível, gera responsabilidade²⁹.

O silêncio é, assim, apenas uma técnica que se pode utilizar ou não em caso de omissão, não exonera a Administração do dever de decidir, obrigação que, em caso de violação, gera uma falha ou anormal funcionamento da Administração, gerando responsabilidade civil do Estado.

Luis A. Ortiz-Alvarez³⁰, na tentativa de proteger ainda mais o administrado, enuncia que o

lapso temporal violado não é necessariamente o legal, mas, sim, o razoável. Esse é importante para a determinação da anormalidade administrativa. Assim é, pois o lapso razoável pode ser superior (ou inclusive inferior) ao lapso legal para decidir. Visto que a questão sempre se determinará baseada em *standards* de prazo razoável, cuja análise é necessária para concretizar a existência da falta de serviço ou do funcionamento anormal do mesmo.

No mesmo sentido, Ernesto García-Trevijano Garnica³¹ sublinha que, para que exista responsabilidade do Estado, é necessário haver um atraso injustificado, devendo ter em conta, para tanto, as circunstâncias particulares do caso e a superação de um *standard* normal, ou seja, por mais que a norma diga que o prazo é tal, a responsabilidade unicamente surge quando exceda aos prazos razoáveis que se estipularão de acordo com as circunstâncias concretas, tendo presente a complexidade do assunto, os distintos trâmites internos a realizar, bem como a própria conduta do interessado.

Manuel Gómez Puente³² também explica que:

Antes que nada, debe señalarse que no todo perjuicio ocasionado por la tardanza de la Administración, incluso superado el término legal, puede ser tenido por daño a efectos indemnizatorios. Según jurisprudencia reiterada, al menos en cuanto a la responsabilidad, el interesado tiene derecho no a que se resuelva en plazo legal, sino a que se resuelva en un plazo razonable. La concreción de expresión jurídica indeterminado exige una valoración o ponderación de las circunstancias del caso concreto (...). Pero es cierto que la superación del término legal constituye un indicio de irrazonabilidad a menos que otras circunstancias (la dificultad del expediente, la necesidad de recabar múltiples informes o realizar trámites diversos, la propia conducta dilatoria del interesado) permitan excluir ésta y concluir en la imposibilidad material de cumplir en el término legal.

Tal autor é quem sustenta que o prazo razoável a que se tem direito pode ser inferior ao legalmente estabelecido e aduz³³:

Con la regla del plazo razonable se viene a distinguir o separar, cuando las circunstancias fácticas así lo exigen, el funcionamiento normal/anormal del cumplimiento/incumplimiento de los términos legales. El funcionamiento anormal, según esto, puede no depender tanto de la falta de resolución en plazo, cuando de la falta de adecuación de la actividad administrativa a las circunstancias específicas del caso. De donde puede concluirse que, por lo que respecta a la responsabilidad, las nociones de funcionamiento anormal y resolución extemporánea no han de ser necesariamente coincidentes y pueden tener una existencia independientes. Si se acepta lo que acabo de decir, no será difícil admitir una responsabilidad por omisión o falta de resolución administrativa, aun inconcluso el plazo legal para resolver, siempre que circunstancias de urgencia o necesidad, de las que la Administración tuviera constancias, hagan exigible una mayor celeridad en la resolución y éste sea materialmente posible según una razonabilidad media³⁴.

Assim sendo, a responsabilidade civil do Estado permite exigir deste uma indenização pelos danos e prejuízos que ocasionam qualquer conduta (comissiva ou omissiva) dos poderes públicos ao patrimônio do cidadão, ou seja, qualquer dano consequente de funcionamento normal ou anormal dos serviços públicos, interpretado este em sentido amplo – como sinônimo de atividade administrativa³⁵.

Por fim, quanto à responsabilidade penal do Estado, pode-se exprimir que essa também é possível, desde que a norma jurídica assim a estabeleça³⁶.

Quando diante de pessoas jurídicas de direito privado, essa se evidencia com maior nitidez. Com relação às empresas públicas e sociedades de economia mista, por exemplo, a própria CRFB (art. 173, §§ 1.º e 2.º) proibiu-as do estabelecimento de privilégios e as considerou capazes de assumir obrigações, inclusive, trabalhistas e tributárias. Essas empresas possuem patrimônio próprio e interesses específicos e, no exercício de suas atividades, também, podem agir ilicitamente, sendo passíveis de repressão de caráter penal.

Já quando diante de pessoas jurídicas de direito público, há controvérsias entre a doutrina quanto à sua possibilidade ou não.

Alguns argumentam pela irresponsabilidade penal de ditas pessoas sob o argumento de que elas não possuem liberdade ou possibilidade de manifestar suas próprias vontades, pois devem sempre respeitar a legalidade administrativa. Sabe-se que não é bem assim. Tais pessoas possuem o chamado interesse público secundário, além de possuírem delegação legislativa para integrar a norma jurídica (discricionariedade), realizando-o por meio de uma margem de liberdade caracterizada por caráter volitivo.

Argumenta-se, também, que essas pessoas, em razão de somente poderem perseguir fins que conciliem com o interesse público primário, não poderiam praticar crimes em seu interesse ou benefício. Pelo mesmo argumento anterior, ou seja, por existir interesses públicos secundários, próprios da pessoa jurídica de direito público.

Outro argumento diz respeito à dificuldade prática de aplicar-se penas ao Estado, pois determinadas penas poderiam prejudicar o administrado que nada tem que ver com o ilícito cometido pela pessoa jurídica de direito público. Imagine, por exemplo, uma pena de suspensão parcial ou total de atividade e de interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade. Se diante de serviço público, tal pena ocasionaria a violação do princípio da continuidade, a pena de multa não seria de fato uma sanção à pessoa jurídica de direito público, mas sim ao cidadão, pois é esse quem estaria pagando, além, é claro, de o Estado realizar um pagamento para si mesmo, confundindo-se os conceitos de despesas e receitas públicas.

Para quem assim entende, essas pessoas não poderiam ser responsabilizadas penalmente, ou como afirma Sérgio Salomão Shecaira³⁷, tal é considerada “desnecessária e desaconselhável”. Haveria em tais circunstâncias desvio de poder ou finalidade do administrador e apenas, esse, pessoa física, deveria responder pessoalmente pelo ilícito penal. No caso, o retardamento ou a omissão indevida na prática de ato de ofício, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal, caracteriza o delito de prevaricação (art. 319 do Código Penal). Também constitui crime de responsabilidade do Chefe do Poder Executivo municipal deixar de fornecer certidões de atos ou contratos municipais dentro do prazo estabelecido em lei (art. 1.º, XV, do Decreto-Lei 201/1967).

Corrente contrária afirma existir sim a possibilidade das pessoas jurídicas de direito público responderem penalmente, para tanto, deve existir norma jurídica estabelecendo tal possibilidade. Assim sendo, essa pode cometer um ilícito dentro do seu âmbito próprio de atuação, afinal, seus interesses (os chamados secundários) poderão sobrepor-se sobre os primários, principalmente quando diante de subjetividades ou autonomia pública (liberdade de configuração, discricionariedade, margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados ou apreciatividade).

Pode-se, então, inferir que existe a possibilidade de responsabilidade do Estado derivada da atuação extemporânea, ou seja, a responsabilidade como consequência da omissão específica, isto é, do silêncio administrativo, desde que assim o preveja a norma jurídica e possua essa penas condizentes de serem implementadas.

¹ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. *El silencio administrativo en el...* op. cit., p. 189.

² *Ibidem*, p. 190.

³ HERALDO GARCIA VITTA (VITTA, Herald Garcia. O silêncio no direito administrativo. *Boletim de direito administrativo*, São Paulo, v. 16, n. 8, p. 569-587, ago 2000, p. 586) lembra que mesmo vencido o prazo legal para se pronunciar, pode sempre a Administração Pública se manifestar, exceto para o autor, “no caso de competência vinculada do agente, e tendo sido decidida a questão pelo juiz, isto é, tendo este decidido a pretensão do particular”.

⁴ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. *El silencio administrativo en el...* op. cit., p. 208.

⁵ Súmula 473: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

⁶ Na França, é distinto. Tem-se entendido que o silêncio positivo não pode ser revogado, mesmo que se encontre viciado. Neste país, o prazo de revogação dos atos administrativos conta-se a partir do momento em que os mesmos são notificados ou publicados, uma vez que a revogação com fundamento em invalidade não pode ocorrer a todo o tempo. Ora, como no silêncio positivo não há, em regra, obrigatoriedade de notificação ou publicação, tem-se entendido que ele é irrevogável, dado que outra solução prejudicaria demasiadamente o particular, devido à insegurança jurídica que daí resultaria (CHAPUS, René. *Droit administratif general* 1. 15. ed. Paris: Montchrestien, 2001. p. 1.044; MONNIER, Mireille. *Les Décisions implicites d'acceptation de l'administration*. Paris: LGDJ, 1992. p. 140-144).

⁷ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. *El silencio administrativo en el...* op. cit., p. 205.

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 840.556, Processo: 200600851969/AM, 1.ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, Data da decisão: 26.09.2006, Documento: STJ000720517, DJ 20.11.2006, p. 286, RDDT vol. 00138, p. 170, REVFOR vol. 00390, p. 401 Data da publicação: 20.11.2006.

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 762.049, Processo: 200501034303/PR, 1.ª Turma, Rel. Luiz Fux, Data da decisão: 10.04.2007, Documento: STJ000743254, DJ 26.04.2007, p. 218, Data da Publicação: 26.04.2007.

¹⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal - Quarta Região. AC 9504615899/RS, 3.ª Turma, Rel. Eduardo Vandré Oliveira Lema Garcia, Data da decisão: 19.11.1998, Documento: TRF400068314, DJ 03.02.1999, p. 585.

¹¹ Súmula 429: A existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão da autoridade.

¹² BRASIL. Tribunal Regional Federal - Terceira Região. AMS 200.482, Processo: 200003990250967/SP, 3.ª Turma, Rel. Nery Junior, Data da decisão: 09.06.2004, Documento: TRF300095620, DJU 31.08.2005, p. 157.

¹³ O Judiciário brasileiro não, poucas vezes, supre a Administração quando diante de providência de caráter vinculado. O Tribunal Regional Federal da Segunda Região declarou que, em caso de omissão por parte da autoridade administrativa, mesmo quando preenchidas todas as condições objetivas de pedido de autorização para a prestação do serviço de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, esta pode ser suprida pelo Judiciário (BRASIL. Tribunal Regional Federal - Segunda Região. AGTEIAC 206.514, Processo: 199902010363418/RJ, 3.ª Turma, Rel. Francisco Pizzolante, Data da decisão: 15.12.1999, Documento: TRF200081062, DJU 17.05.2002, p. 364-371).

No entanto, o próprio Judiciário reconhece que não o é dado, em sede de cognição sumária, alterar unilateralmente dispositivo contratual, ao fundamento de que o silêncio da Administração nele previsto não pode ser invocado em favor de particular e concluir pela nulidade do contrato ou até mesmo o seu

descumprimento, a ponto de definitivamente negar-lhe vigência (BRASIL. Tribunal Regional Federal - Quarta Região. AG 200304010318976/PR, 4.ª Turma, Rel. Valdemar Capeletti, Data da decisão: 19.11.2003, Documento: TRF400091949, DJU 26.11.2003, p. 654).

¹⁴ É lógico que poderá haver possibilidades de substituição da decisão administrativa pelo Poder Judiciário, afinal, já, há muito, não se debate se deve ou não haver controle judicial na atuação discricionária da Administração, isso é certo, o que se debate é até onde, ou seja, que tipo de controle e com que intensidade deve este existir. Apesar dessa substituição não caber a princípio, é evidente que, se aplicada à teoria da redução da discricionariedade a zero (*Ermessensreduzierung auf Null*), a substituição será não somente possível como necessária, pois é a única que se ajusta à regra da tutela judicial efetiva. Não se substitui a discricionariedade, unicamente sua desaparecimento permite a substituição. Assim, se o particular solicitar ao órgão judicial não só a anulação, mas também o reconhecimento de uma situação jurídica individualizada, o Tribunal poderá declarar qual a solução correta e o direito que corresponde ao autor, mas isso só se a redução da discricionariedade chegar a zero, ou melhor, um. Isso não supõe que o Judiciário esteja excedendo a sua função. É necessário recordar, também, a diferença entre pedidos, solicitações e requerimentos bilaterais e multilaterais. É distinto substituir a Administração em caso de pedido de licença de arma ou de subvenção do que em concessões de serviços públicos, por exemplo. Nas relações bilaterais que tenham uma discricionariedade de resposta afirmativa ou negativa existe uma maior possibilidade de redução ou até eliminação da discricionariedade, podendo inclusive ocorrer injustiças já que não há ninguém que tenha legitimidade para recorrer em caso de concessão injusta do pedido. Ocorrendo um aumento da discricionariedade, visto que consolida fatos de situações irregulares, assim, convertendo ilegalidades em discricionárias e que inicialmente e legalmente era vinculado. Agora, se a relação é multilateral, essa possibilidade diminui, assim como a diminuição ou eliminação da discricionariedade, principalmente se esta for de muitas respostas alternativas e disjuntivas.

¹⁵ Afirma GEORGHIO ALESSANDRO TOMELIN (TOMELIN, Georghio Alessandro. Silêncio-inadimplemento no processo administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 226, p. 281-292, out./dez. 2001) que se extrai da expressão “qui tacet non utique fatetur: sed tamen verum este um non negare” (quem cala não confessa, mas é verdade que não nega) o princípio do silêncio-inadimplemento. Para o autor, as soluções, a partir do ordenamento jurídico-positivo brasileiro, são as seguintes: “1. A contar da notificação do administrado que lhe informa o fim da instrução do processo administrativo (art. 44, L. 9.784/99) começa a correr o prazo de 30 dias para que a administração decida. Transcorrido *in albis* este prazo, a administração estará em mora, e sua omissão será atacável pela via mandamental. Pode, então, o magistrado suprir diretamente a inércia do administrador nos aspectos vinculados do ato combatido, concedendo judicialmente os efeitos que se pretendia extrair da decisão administrativa faltante. Nos casos de ato fundado em poder discricionário, determinará ao administrador que decida imediatamente, assinando-lhe o prazo genérico de 5 dias (art. 24, L. 9.784/99), após o que se poderá fixar multa diária pelo descumprimento da ordem judicial. 2. Nos casos em que a administração tenha se manifestado pela prorrogação do prazo, até o trigésimo dia, por ‘despacho motivado’, passa esta decisão a ser o ato atacável pela via mandamental, quando esteja carente de motivação legal ou se resista da falta de sustentáculo fático suficiente. Nesses casos, o magistrado decidirá se foi ou não legalmente válida a dilação do prazo. Uma vez anulado a decisão de conteúdo (pleiteada originariamente pelo administrado perante a administração), nos casos de conduta vinculada, ou determinar que a administração o faça em 5 dias (art. 24, L. 9.784/99), quando estivermos diante de atos fundados em discricionariedade, fixando ‘astreinte’ por dia de descumprimento da ordem judicial. 3. Nas hipóteses em que for válido o ato de dilação do prazo, o direito ao mandado de segurança nasce tão somente a partir do sexagésimo primeiro dia, com as mesmas consequências expostas nos dois itens anteriores”.

¹⁶ O prazo é de cinco anos não porque tem como fundamento o fato de que, verificada a prescrição judicial da ação popular, não teria mais a Administração a possibilidade de revisão de seus atos, e sim, porquanto se adota, por analogia, o prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei Federal 9.784/1999.

Art. 54. “O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”.

¹⁷ Esse também é o entendimento de: GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 190; e CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 529.

¹⁸ Art. 4.º Não corre a prescrição durante a demora que, no estudo, no reconhecimento ou no pagamento da dívida, considerada líquida, tiverem as repartições ou funcionários encarregados de estudar e apurá-la. Parágrafo único. A suspensão da prescrição, neste caso, verificar-se-á pela entrada do requerimento do titular do direito ou do credor nos livros ou protocolos das repartições públicas, com designação do dia, mês e ano.

¹⁹ É esse o entendimento do Judiciário brasileiro. O Supremo Tribunal Federal já afirmou que a conduta omissiva da Administração, importando inadimplemento do dever de providenciar sobre a matéria posta a seu exame, não dá ensejo à prescrição do Direito do Administrado (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 115.033/MG, Rel. Carlos Madeira, DJ 11.03.1988, p. 4.749, Ement. vol-01493-04, p. 790). Noutra ocasião, o mesmo Tribunal, agora, na íntegra do voto, teve a oportunidade de manifestar-se por meio do Ministro OSWALDO TRIGUEIRO que: “Admitir-se que a Administração pudesse frustrar, por inteiro, o processo por ela própria estabelecido – deixando de despachar o processo durante cinco anos, para afinal beneficiar-se com a prescrição – é coisa que, além de moralmente contestável, parece não encontrar guarida em nosso direito positivo” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos no Recurso Extraordinário 75.941/SP, Rel. Xavier de Albuquerque, DJ 15.03.1974, RTJ vol-66594).

Do mesmo modo, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que “enquanto pender sem resposta requerimento dirigido a Administração, o fluxo prescricional em favor desta não se inicia” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 7.374/BA, Rel. Humberto Gomes de Barros, DJ 17.12.1992, p. 24.213; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 19.405/SP, Rel. Humberto Gomes de Barros, DJ 16.11.1992, p. 21.096). E mais, afirmou esse mesmo Tribunal que a “teoria do silêncio eloquente e incompatível com o imperativo de motivação dos atos administrativos. Somente a manifestação expressa da administração pode marcar o início do prazo prescricional” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 16.284/PR, Rel. Humberto Gomes de Barros, DJ 23.03.1992, p. 34.47, RSTJ vol. 32, p. 416).

²⁰ LUIS A. ORTIZ-ALVAREZ (ORTIZ-ALVAREZ, Luis A. *El silencio administrativo en el derecho venezolano*. Caracas: Sherwood, 2000. p. 114) refere que: “Aunque el incumplimiento por parte de la Administración de los plazos o lapsos para decidir no tiene una virtualidad invalidante (pues la resolución tardía no es ilegal por sí misma, es decir, por el mero hecho de ser tardía), ello no significa que tales lapsos no sean vinculatorios y que su irrespeto no tenga consecuencias de alto impacto. Efectivamente, pueden articularse – de hecho están

articuladas y previstas – otro tipo de sanciones o consecuencias para la Administración ineficaz, tal como lo es comprometer, frente al particular afectado, su responsabilidad patrimonial. Ello, debe también quedar claro, al margen y con independencia de la articulación paralela de la figura del silencio administrativo, concebida con un mero correctivo optativo y de consecuencias meramente procesuales, más no curativas de la enfermedad administrativa cuya patología es el retardo y sus consecuencias dañosas”.

²¹ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. *El silencio administrativo en la...* op. cit., p. 18.

²² O Judiciário, quando diante de um caso de silêncio administrativo de requerimento administrativo pedindo a devolução do indébito tributário, julgou, de acordo com o princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais, ser justo e equitativo que toda sociedade, através do Estado, arque com o prejuízo do administrado, no caso a contratação de advogado para pelear (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. AC 9101100513/DF, 3.ª Turma, Rel. Adhemar Maciel, Data da decisão: 30.10.1991, Documento: TRF100009373, DJ 18.11.1991, p. 28.974).

²³ Art. 32. Constituem condutas ilícitas que ensejam responsabilidade do agente público ou militar:

- I - recusar-se a fornecer informação requerida nos termos desta Lei, retardar deliberadamente o seu fornecimento ou fornecê-la intencionalmente de forma incorreta, incompleta ou imprecisa;
- II - utilizar indevidamente, bem como subtrair, destruir, inutilizar, desfigurar, alterar ou ocultar, total ou parcialmente, informação que se encontre sob sua guarda ou a que tenha acesso ou conhecimento em razão do exercício das atribuições de cargo, emprego ou função pública;
- III - agir com dolo ou má-fé na análise das solicitações de acesso à informação;
- IV - divulgar ou permitir a divulgação ou acessar ou permitir acesso indevido à informação sigilosa ou informação pessoal;
- V - impor sigilo à informação para obter proveito pessoal ou de terceiro, ou para fins de ocultação de ato ilegal cometido por si ou por outrem;
- VI - ocultar da revisão de autoridade superior competente informação sigilosa para beneficiar a si ou a outrem, ou em prejuízo de terceiros; e
- VII - destruir ou subtrair, por qualquer meio, documentos concernentes a possíveis violações de direitos humanos por parte de agentes do Estado.

²⁴ Atualmente, a CRFB expurgou o termo funcionário que tanto questionamento ensejou no regime anterior. Em seu sentido técnico, funcionário, é somente aquele que ocupa cargo público. Ao utilizar o vocábulo agente, sendo todo aquele que era incumbido da realização de algum serviço público, protege de uma maior maneira o lesado, afinal, tanto faz quem causou o dano para este.

²⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 15. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 390.

²⁶ Esse é o posicionamento de FLÁVIO DE ARAÚJO WILLEMANN (WILLERMAN, Flávio de Araújo. *Responsabilidade civil das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 31-32) ao defender que: “não se pode chegar ao absurdo de imaginar que todas as situações que configurarem omissão estatal serão passíveis de fazer surgir o dever de indenizar das pessoas jurídicas de direito público, com fundamento na sua responsabilização objetiva. O Estado não pode ser concebido com uma seguradora universal de todos os males ocorridos na sociedade, mais especificamente do segmento regulado. Somente as omissões específicas é que devem ser levadas em consideração para a deflagração do nexo de causalidade e, assim, da consequente obrigação de indenizar, ante a regra inserta no artigo 403, do Código Civil 2002”.

No mesmo sentido, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 517-518) esclarece: “Todavia, quando a conduta estatal for omissiva, será preciso distinguir se a omissão constitui, ou não, fato gerador da responsabilidade civil do Estado. Nem toda conduta omissiva retrata desleixo do Estado em cumprir um dever legal; se assim for, não se configurará a responsabilidade estatal. Somente quando o Estado se omitir diante do dever legal de impedir ocorrência do dano é que será responsável civilmente e obrigado a reparar os prejuízos. A consequência, dessa maneira, reside em que a responsabilidade civil do Estado, no caso de conduta omissiva, só se desenhará quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa”.

²⁷ MANUEL GÓMEZ PUENTE (GOMÉZ PUENTE, Manuel. *La inactividad de la Administración*. Pamplona: Aranzadi, 1997. p. 784 e ss.) expressa: “Que a través del silencio pueda llegarse, salvando la eventual inactividad de la Administración, a la resolución del procedimiento no significa que estemos ante una situación de funcionamiento normal de la Administración. No lo es porque la técnica del silencio, pese a garantizar el ejercicio de algunos derechos, es también fuente de problemas e inseguridad jurídica, no excluye la producción de resultados o situaciones contrario al interés público, no constituye ninguna panacea y, por regla general, presupone una conducta ilegal: el incumplimiento de la obligación administrativa de resolver en plazo (la inactividad)”. O silêncio, pois, “no es, ni puede ser un instituto jurídico normal, sino la garantía que impida que los derechos de los particulares se vacíen de contenido cuando su Administración no atiende eficazmente y con la celeridad debida las funciones que tiene encomendada”.

²⁸ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. *El silencio administrativo en el...* op. cit., p. 221.

²⁹ Para ERNESTO GARCÍA-TREVIJANO GARNICA (*El silencio administrativo en el...* op. cit., p. 225-226): “es la Administración la responsable del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, de tal forma que, si procediera indemnización por la demora, ésta podría exigirse directamente de la Administración, como titular del servicio cuyo incorrecto funcionamiento ha ocasionado los perjuicios al interesado. Para éste será indiferente que el causante directo de la demora haya sido un funcionario, varios, o incluso ninguno en concreto, pues, en definitiva, el fundamento de su pretensión estribará exclusivamente en el incorrecto funcionamiento de un servicio público, expresión ésta que, a la sazón, debe tomarse en un sentido amplio, equivalente a actuación administrativa.

Por supuesto que si hubiera un funcionario responsable el perjudicado podría iniciar la pertinente acción de responsabilidad directamente contra él, posibilidad que lógicamente en la práctica no se da por dos razones fundamentales: en primer lugar, porque la capacidad económica de un individuo es notablemente inferior a la de la Administración; en segundo lugar, porque al reclamante le correspondería probar la existencia de «culpa o negligencia graves» -en los términos del art. 43 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado- del funcionario implicado, frente a la no necesidad de tal actuación probatoria cuando se reclama de la Administración, precisamente por el principio de responsabilidad objetiva de esta última. Frente a lo que acontece con la Administración, la responsabilidad personal del funcionario en modo alguno es objetiva”.

³⁰ ORTIZ-ALVAREZ, Luis A. *El silencio administrativo en el derecho venezolano*. Caracas: Sherwood, 2000. p. 116.

³¹ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. *El silencio administrativo en el...* op. cit., p. 228-230.

³² GOMÉZ PUENTE, Manuel. Op. cit., p. 787-788.

³³ Op. cit., p. 790.

³⁴ No Brasil, não se observa tal interpretação quanto aos prazos razoáveis, mas já se decidiu que “ainda que se

reconheça a possibilidade de a Fazenda Nacional necessitar realizar diligências complementares antes de decidir o pleito administrativo - com evidente prejuízo do prazo regulamentar -, não se afigura razoável o prazo de 15 meses para a análise do pedido de restituição do imposto de renda". Desse modo, por mais que a doutrina não argumente como tais doutrinadores, entende-se plausível essa forma de interpretação em nosso ordenamento. Vale, ainda, ressaltar que, nesse caso, em particular, decidiu-se que a falta de análise do pedido caracterizava-se como silêncio administrativo e esse dá ensejo à impetração de mandado de segurança para determinar à autoridade pública a apreciação do pedido (BRASIL. Tribunal Regional Federal - Primeira Região. REOMS 200538000313762, 8.ª Turma, Rel. Des. Fed. Maria do Carmo Cardoso, e-DJF1 17.12.2010, p. 2.286, Data da decisão: 26.11.2010).

³⁵ De acordo com MARÍA EUGENIA GUILLÉN PÉREZ (GUILLÉN PÉREZ, María Eugenia. *El silencio administrativo: el control judicial de la inactividad administrativa*. 2. ed. Madrid: Colex, 1997. p. 154-155), a incidência de responsabilidade do Estado, no âmbito da técnica do silêncio administrativo, goza de distinta repercussão segundo o efeito outorgado legalmente à inatividade formal da Administração, e sustenta: "mientras que en los supuestos de silencio administrativo positivo, es obvia la falta absoluta de operatividad de la responsabilidad patrimonial por causa de su inactividad formal, ya que el interesado se encuentra beneficiado por los efectos estimatorios del acto ficticio y, en consecuencia, puede ejercitar el derecho de que se trate, en los casos de silencio administrativo negativo, por el contrario, es donde puede discutirse acerca de la operatividad de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia objeto de estudio ha sido vacilante. Mientras que en algunos pronunciamientos jurisprudenciales ha afirmado, con carácter general, que los daños derivados de la demora en la resolución de los expedientes administrativos no son indemnizables, en otros, por el contrario y excepcionalmente, los ha estimado indemnizables. Sin embargo, frente a dicha posición del Tribunal supremo la doctrina ha sido contundente al aseverar que la inactividad formal de la Administración Pública en resolver en el plazo establecido los expedientes administrativos obedece a un 'retraso injustificado' y si excede de un 'plazo razonable', podrá exigírsele a la Administración la responsabilidad patrimonial".

Vide também: GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. *El silencio administrativo en el...* op. cit., p. 228-229; GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Derecho administrativo español II*. Pamplona: Aranzadi, 1997. p. 516; LLISSET BORRELL, Francisco; ROMERO HERNÁNDEZ, Federico; LÓPEZ PELLICER, José Antonio. *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común (comentarios a la ley 30/1992, modificada por la ley 4/1999, y su conexión con el régimen local)*. 2. ed. Madrid: Abella, 2000. p. 152.

³⁶ No Brasil, existe uma grande discussão sobre a responsabilidade penal do Estado no âmbito do direito ambiental. VLADIMIR PASSOS DE FREITAS (FREITAS, Vladimir Passos de (org.)). *Direito ambiental em evolução*. Curitiba: Juruá, 1998), por exemplo, enuncia que as pessoas jurídicas de direito público não podem cometer ilícito penal no seu interesse ou benefício. Estas só podem perseguir fins que alcancem o interesse público.

Outros, como MARIA CELESTE CORDEIRO LEITE SANTOS, sustentam que a responsabilidade penal do Estado, bem como de suas pessoas de direito público, deve ser admitida e punida sempre que ocorrem os delitos ambientais (SANTOS, Maria Celeste Leite dos. *Crimes contra o meio ambiente: responsabilidade e sanção penal*. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002).

³⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: RT, 1999.

.....

PARTE II

SILÊNCIO ADMINISTRATIVO NO DIREITO COMPARADO

1.1 INTRODUÇÃO

A teoria do silêncio administrativo tem sua origem no sistema contencioso-administrativo francês, precisamente, na *decision préalable*. A origem legal de tal doutrina foi um Decreto de 02 de novembro de 1864, pelo qual seriam consideradas negadas todas as pretensões dirigidas aos Ministros que, no prazo de quatro meses, não obtivessem resposta (art. 7.º). Posteriormente, a Lei de 17 de julho de 1900, no seu art. 3.º, estendeu o tratamento jurídico a todos os reclamos veiculados perante qualquer órgão da Administração Pública francesa. Depois, regulou a Lei de 7 de junho de 1956 e o Decreto de 11 de janeiro de 1965 e, atualmente, é a Lei 2000-321, de 12 de abril de 2000, que rege o silêncio administrativo na França¹.

A terminologia utilizada na França para tratar do silêncio administrativo é *décisions implicites de l'administration*. Diferenciam-se, nesse país, as decisões explícitas (ou expressas) das decisões implícitas (ou tácitas). As decisões implícitas são aquelas com caráter fictício. Assume-se que uma decisão foi realizada após um lapso de tempo provocado por um pedido à Administração. Atualmente, a decisão implícita resulta do silêncio administrativo durante dois meses e corresponde a uma negação.

1.2 O SILÊNCIO NEGATIVO COMO REGRA GERAL

Na França, desde sua criação até hoje, existe uma previsão geral de silêncio negativo. O art. 21 da Lei 2000-321, de 12 de abril de 2000, relativa aos direitos dos cidadãos em suas relações com a Administração, configura o silêncio negativo como regra geral. Em específico, na França, o silêncio da Administração por dois meses é o mesmo que uma decisão negativa. O que se pôde verificar com o surgimento desta lei foi a mudança no prazo de formação do silêncio negativo, passando este de quatro para dois meses, exceto em casos de especial complexidade ou urgência, o que permite a inversão da regra por decreto².

Tem-se discutido, na França, se o silêncio negativo é um princípio geral de direito ou não, pois traz grande efeito para excepcionar a regra do silêncio negativo e transformar determinado caso em silêncio positivo. Se tido como um princípio, tal regra apenas poderá ser derogada por via legislativa, ou seja, por Lei da Assembleia Nacional. Ao invés, se lhe for negada a natureza de princípio, uma disposição regulamentar do governo poderá prever o silêncio positivo como consequência do silêncio administrativo³.

Enquanto o *Conseil Constitutionnel* já se pronunciou pela inconstitucionalidade da adoção da regra de silêncio positivo por via regulamentar, entendendo que a regra de silêncio negativo é um princípio geral de direito⁴, o *Conseil d'État* tem opinião diversa⁵. Tal polêmica aparentemente permanece aberta, pois os regulamentos que consagravam o silêncio positivo não foram convertidos em lei e o governo criou novos casos de silêncio positivo via decreto. No entanto, o *Conseil Constitutionnel* voltou a pronunciar-se em 1995, então, lembrando que o silêncio negativo é um princípio geral de direito⁶.

1.3 SILÊNCIO POSITIVO

Na França, somente em específicos casos pode existir silêncio positivo, a regra é o silêncio negativo. Desse modo, admite-se a inversão da regra geral, por meio da adoção do silêncio positivo, por decreto, conforme sustenta o *Conseil d'État*, ou por Lei, segundo a posição do *Conseil Constitutionnel*.

Diante de tal possibilidade, Bernard Stirn e Simon Formery⁷ assinalam que listar todos os casos em que uma permissão pode ser outorgada ficticiamente pela Administração é bastante complicado porque existem muitos casos.

É importante saber que os efeitos positivos nas decisões administrativas devem ser estabelecidos por um texto especial e que não há regra geral no que diz respeito ao prazo para apelar de tal decisão. Tudo depende da específica previsão que estabelece o efeito positivo da decisão⁸.

Menciona-se, ainda, que o art. 22-2 da Lei 2000-321, de 12 abril de 2000, proíbe efeitos positivos nas decisões em algumas situações: quando contrário a tratado internacional que a França seja signatária, quando diante de ordem pública e de proteção de liberdades e outros direitos constitucionais. Ademais, também é proibido estabilizar silêncio positivo quando se tratar de demandas financeiras (exceto no campo da seguridade social)⁹.

Ainda quanto ao regime do silêncio positivo, dispõe-se que o respectivo prazo se conta a partir da data de recepção do pedido pelo órgão competente, devendo esse órgão informar o interessado da respectiva recepção (art. 22-1).

Por fim, prevê-se a possibilidade de solicitar-se à Administração a passagem de uma certidão que confirme a formação de um ato presumido derivado do silêncio positivo.

Não existe uma norma que estabeleça regras supletivas sobre o silêncio positivo, ou seja, regra de situações em que o silêncio positivo poderia ser considerado aceitável. Simplesmente, pode-se observar que são frequentes em leis sobre planejamento, trabalho e do setor rural¹⁰.

1.4 O PROBLEMA DA FUNDAMENTAÇÃO

O problema da fundamentação do silêncio negativo foi regulado de forma expressa no ordenamento francês. O art. 5.^o da Lei de 11 de julho de 1979, complementada pela Lei de 17 de janeiro de 1986, desenvolvida pela Circular do Primeiro-Ministro, de 28 de setembro de 1987, determina que os atos presumidos não careçam de fundamentação quando as correspondentes decisões expressas dela necessitem. E excepciona expressamente o silêncio negativo da obrigação de fundamentação.

Isto não significa, no entanto, que o particular não possa levar a juízo determinada situação de silêncio. Segundo a legislação, o particular pode solicitar à Administração a fundamentação do silêncio negativo durante o prazo que tem para interpor o recurso contencioso, devendo esta responder num prazo de um mês. Se a Administração nada disser, pode propor o recurso contencioso a todo o tempo e obter a anulação do ato por vício de forma. Pelo contrário, se a Administração fundamentar o ato, pode o particular recorrer, num prazo de dois meses a contar da resposta do indeferimento¹¹.

1.5 POSSIBILIDADE LEGAL DE REVOGAÇÃO

Na França, qualquer decisão implícita de aceitação (*décision implicite d'acceptation*) pode ser revogada porque existe uma previsão especial que assim possibilita. Trata-se do art. 23 da Lei 2000-321, de 12 de abril de 2000, que estatui que uma decisão positiva implícita possa ser revogada se for ilegal: durante um período de dois meses, se a decisão não tiver sido publicada; se tiver sido publicada, durante um período de dois meses contados da publicação (esses dois meses são o prazo legal para que qualquer pessoa possa entrar com ação legal contra ato administrativo na lei administrativa francesa); e se houver uma apelação contra a decisão, durante o tempo em que o caso estiver pendente de julgamento.

Por isso, as regras gerais de revogação aplicáveis a atos administrativos franceses não são aplicáveis às decisões implícitas.

Quanto à possibilidade de adicionar condições e/ou limitação numa decisão fictícia é praticamente impossível uma vez que seria considerada uma revogação da primeira decisão, no entanto, a possibilidade de revogar ainda é possível.

A possibilidade de apelar a um Tribunal contra uma decisão positiva implícita é a mesma que aquela contra uma decisão real. Não existe nenhuma previsão especial, na legislação francesa, nessa questão. No entanto, uma vez sabedor de que a possibilidade de apelar a um Tribunal contra uma decisão administrativa depende da publicação do ato, como mencionado, o prazo é de dois meses depois da publicação do ato, ou da notificação. Decisões positivas implícitas normalmente não são publicadas, mas normalmente são notificadas ao peticionário. Isso quer dizer que a maioria das decisões positivas implícitas pode ser contestada a qualquer tempo, não existindo um prazo. Uma vez que tal possibilidade pode ser perigosa, regras específicas existem, impondo a publicação de algumas decisões positivas implícitas. É o caso da permissão para construir, que deve ser publicada no lugar onde a construção será edificada e na prefeitura¹².

¹ Vide: SAINT MARC, Renaud Denoix de. Le silence de l'administration. In: Institut Français des Sciences Administratives. *Administration: droits et attentes des citoyens*. Paris: La documentation française, 1998. p. 126.

² Acentua JEAN RIVERO e JEAN WALINE (RIVERO, Jean; WALINE, Jean. *Droit Administratif*. 17. ed. Paris: Dalloz, 1998. p. 881): "La décision puet d'après être purement tacite: Iorsque l'Administration, saisie d'une demande, n'y a pas répondu dans um délai de quatre mois, son silence est normalment interpreté comme um refus;

exceptionnellement, lorsqu'un texte le prévoit, comme une acceptation".

- ³ LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-claude, GAUDEMET, Yves. *Droit administratif I*. 14. ed. Paris: LGDJ, 1996. p. 677; RIVERO, Jean; WALINE, Jean. *Droit Administratif*. 17. ed. Paris: Dalloz, 1998. p. 211.
- ⁴ Decisão do Conseil Constitutionnel de 26/6/69, caso Protection des sites. In: FAVOREAU, Louis e PHILIP, Loic. *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*. 7. ed. Paris: Sirey, 1993. p. 228-241.
- ⁵ Decisão do Conseil d'État de 27.02.1970, caso Commune de Bozas. In: GILLI, Jean-Paul; CHARLES, Hubert; LANVERSIN, Jacques de. *Les grands arrêts du droit de l'urbanisme*. 3. ed. Paris: Sirey, 1989. p. 235-245.
- ⁶ Decisão do Conseil Constitutionnel de 18.01.1995, caso Loi relative à la sécurité. In: FAVOREAU, Louis e PHILIP, Loic. *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*. 7. ed. Paris: Sirey, 1993. p. 440 e ss.
- ⁷ STIRN, Bernard, FORMERY, Simon. *Code de l'administration*. Paris: Litec, 2004. p. 169.
- ⁸ MONNIER, Mireille. *Les Décisions implicites d'acceptation de l'administration*. Paris: LGDJ, 1992.
- ⁹ Por exemplo, o Conselho de Estado francês decidiu, em 2003, que não é possível estabelecer um mecanismo de silêncio positivo nas demandas que visam à possibilidade de ocupar "domínio público", (propriedade pública) uma vez que pode afetar direito constitucional, como o direito de circulação ("liberté d'aller et venir") (CE 21 mars 2003 Synd. Intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux, req. n. 189191).
- ¹⁰ Segue uma lista de casos importantes na legislação francesa que reconhecem o silêncio positivo: licença para construir; licença para construir aeroporto privado; licença para abrir *shopping center*; licença para começar uma exploração agrícola; licença para derrubar fauna com propósito agrícola; licença para que uma empresa trabalhe mais horas que a hora limite legal; licença para que uma empresa autorize jovens trabalhadores a trabalhar à noite; licença para uma empresa contratar um menor; licença para adaptar a duração do contrato de um aprendiz; licença para fazer algumas pequenas mudanças em um medicamento; licença para que os médicos que não são normalmente trabalhando em um hospital para dar alguma assistência médica aos pacientes no hospital; entre outros.
- ¹¹ CHAPUS, René. *Droit administratif général*. 15. ed. Paris: Montchrestien, 2001. p. 1.024. Tal sistema tem sido criticado, principalmente porque os Tribunais têm exigido pouca fundamentação, se contentando inclusive com fundamentações vagas, ou com a utilização de modelos de respostas estereotipados (DEPUIS, Georges; GUÉDON, Marie-José; CHRÉTIEN, Patrice. *Droit administratif*. 5. ed. Paris: Armand Colin, 1996. p. 415). Por outro lado, também, tem sido criticada a falta de um procedimento para comunicação da fundamentação a terceiros interessados (LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-claude; GAUDEMET, Yves. *Droit administratif I*. 14. ed. Paris: LGDJ, 1996. p. 679).
- ¹² Sobre o assunto vide: CHAMINADE, André. De nouveaux droits pour les administrés. *La semaine juridique*, Paris, a. 25, n. 74, juin 2000, p. 1.174; TRAORÉ, Seydou. L'extension du champ de la décision implicite. *Droit administratif*, Paris, a. 39, n. 8-9, août-sept. 2000, p. 8-11.

2.1 INTRODUÇÃO

A Espanha introduziu a técnica do silêncio administrativo pelo Real Decreto de 20 de setembro de 1851 (arts. 6.º e 7.º). No entanto, apenas passou a ter caráter geral com o Estatuto Municipal de 08 de março de 1924, também conhecido como Estatuto Municipal de Calvo Sotelo. Foi, contudo, com a Lei Reguladora de Jurisdição Contencioso-Administrativa, de 27 de dezembro de 1956 (LPA), que, pela primeira vez, obteve-se, na Espanha, uma regulação geral do silêncio administrativo para as Administrações Públicas.

O art. 38 de tal lei estabelecia que, quando se formulasse alguma petição ante a Administração e esta não notificasse sua decisão no prazo de três meses, o interessado poderia denunciar a mora e, transcorridos três meses desde a denúncia, poderia considerar denegada sua petição ao efeito de formular frente a esta denegação presumida o correspondente recurso administrativo ou jurisdicional, segundo proceda, ou esperar a resolução expressa de sua petição.

Em todo caso, a denegação presumida não excluía o dever da Administração de ditar uma resolução expressa, e devidamente fundamentada.

Atualmente, o silêncio administrativo é regulado na Espanha, pela Lei 30/1992, 26 de novembro, que trata do regime jurídico da Administração Pública e do Procedimento Administrativo Comum (LPC).

Essa norma tentou superar a denominada doutrina do silêncio administrativo utilizando-se, no lugar de tal expressão, o termo *actos presuntos*. Considerava-se produzido um ato sempre e quando houvesse omissão administrativa. Isso supunha uma retificação à legislação anterior, a qual considerava o silêncio positivo como ato expresso; e o negativo como mera ficção jurídica, no entanto tal tentativa não teve sucesso, sendo muito criticada pela doutrina e jurisprudência, que acabou conseguindo ser ouvida pelo Legislativo, o qual ratificou tal situação pela Lei 4/1999, de 13 de janeiro, então, dando nova redação à LPC.

Segundo o atual texto da LPC, o silêncio administrativo (positivo e negativo) regula-se em dois artigos da norma, o art. 43 (a instância do interessado) e o art. 44 (ofício). É certo que, ao longo da LPC, existem referências explícitas ao sentido positivo ou negativo derivado da omissão formal ou omissão específica da Administração (por exemplo, arts. 102.4, 103.6, 111.4, 117, 119.3, 124.2, 125.2, 142.7 e 143.3).

Conforme Ernesto García-Trevijano Garnica¹, a nova legislação no que se refere à aplicação do silêncio positivo e negativo sustenta-se em três pilares fundamentais. Em primeiro lugar, a lei estabelece determinados casos aos quais será necessária a aplicação do silêncio positivo e negativo. Estabelece-se, dessa maneira, uma reserva de lei formal, de tal modo que a norma regulamentar não poderá alterar o regime estabelecido em tal sentido pela lei. Em segundo lugar, excluem-se os casos específicos nos quais a lei dispõe diretamente o sentido concessório ou denegatório da falta de resolução no prazo. Assim, cada norma de procedimento poderá dispor a aplicação para cada caso: ao silêncio positivo ou ao negativo. Por último, a lei entende aplicável, de maneira residual, o silêncio positivo a todos aqueles casos em que não se disponha de outra coisa na oportuna norma de procedimento.

De modo geral, a redação dos arts. 42, 43 e 44, modificados pela Lei 4/1999, de 13 de janeiro, dando nova redação à LPC, nada mais fez que respeitar a distinção até então consagrada entre silêncio negativo e positivo. Ou seja, enquanto o primeiro era mera ficção jurídica de efeitos exclusivamente processuais; o segundo era considerado efetivamente um ato administrativo, ainda que presumido, e que equivalia a uma decisão expressa com efeitos concessórios. Nesta nova redação, voltou a ser tratado o silêncio, portanto, como uma garantia a favor do administrado, que lhe permite se defender em via contenciosa e evitar que a Administração deixe de contestar.

Outro problema enfrentado pela doutrina e jurisprudência espanholas, ainda sobre a seara da Lei 4/1999, dizia respeito ao silêncio positivo, que é, nesse país, como se poderá perceber, considerado regra, ainda que, na prática, haja muitas exceções, pois elas poderiam ser estabelecidas por atos administrativos (regulamentos) e não por lei.

Mais recentemente, a LPC foi novamente modificada, pela Lei 25/2009, de 22 de

dezembro, que trata das modificações de diversas leis para sua adaptação à lei sobre livre acesso às atividades de serviço e seu exercício, conhecida popularmente como Lei Omnibus. Entre outras matérias relativas ao procedimento administrativo, esta norma reformou o art. 43 da LPC.

Apesar de referir-se apenas aos procedimentos de instância dos interessados, a reforma tentou sanar o problema da imposição do silêncio positivo apenas como regra formal do direito. O que a Lei 25/2009 fez foi suprir a possibilidade denegatória do art. 43 da LPC, tentando deixar claro que toda falta de contestação, uma vez superado o prazo, provocaria automaticamente a concessão daquilo que se solicitou. No entanto, imediatamente depois, indica o art. 43 que tal regra pode ser excepcionada nos casos de normas com força de lei por “razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario”.

A novidade foi a inclusão da expressão *razones imperiosas de interés general*. Apesar de tentar fortalecer a norma geral do silêncio positivo, exigindo uma justificação extra à lei que imponha os efeitos denegatórios, parece complicado o realizar por meio de um conceito tão ambíguo quando o de interesse geral.

2.2 IMPRECIÇÕES TERMINOLÓGICAS

Muitos ainda denominam o silêncio administrativo na Espanha de “acto presunto”. Apesar de não ser um ato administrativo propriamente dito, a norma jurídica lhe dava valor assimilando-o ao ato administrativo sempre que houvesse inação da Administração.

José Ignacio Morillo-Velarde Pérez², por exemplo, afirma que o ato presumido seria aquele resultante do lapso temporal sem que a Administração tenha se pronunciado, mas apenas quando a este sejam equiparados os efeitos do ato expresso.

Mesmo sendo tal expressão muito mais utilizada pela doutrina espanhola, também, encontra-se quem entenda que ato tácito e ato presumido sejam sinônimos, pois em ambos se presume, a partir de determinados fatos, a vontade da Administração³. Há, ainda, quem defina a noção de ato tácito como aquele que se deduz de outro ato, esquecendo a noção de ato implícito⁴.

Resumidamente, pode-se afirmar que as distintas expressões que envolvem situações de omissão administrativa são utilizadas de forma pouco consistente, variando consoante o autor.

Essa imprecisão terminológica decorre da própria LPC, que se utilizou da terminologia *actos presuntos* para se referir ao silêncio administrativo, mas posteriormente, como abordado, com as modificações da Lei 4/1999, de 13 de janeiro, alterou esta expressão, voltando a utilizar “silêncio administrativo”.

Mesmo existindo esses questionamentos relacionados à terminologia, vale ressaltar o mérito do Direito espanhol ao criar as expressões silêncio positivo e silêncio negativo. Tais terminologias são hoje consagradas em âmbito mundial, em decorrência desse ordenamento e de sua grande difusão na América Latina.

2.3 O SILÊNCIO POSITIVO COMO REGRA GERAL FORMAL

Na atualidade, a ratificação da Lei 4/1999, de 13 de janeiro, dando nova redação a LPC, estabeleceu formalmente a “regra geral” do silêncio positivo, com algumas exceções⁵. Formalmente, porque, na realidade, o silêncio positivo podia ser enervado – como de fato foi – por simples normas regulamentares⁶. Tal ocasionou uma dispersão normativa sem precedentes nesta matéria e uma desnaturalização real da “regra geral” do silêncio positivo⁷.

Essa desnaturalização foi bastante criticada pela doutrina espanhola, mesmo assim considerou-se apropriado o fato do art. 42 da LPC ter generalizado a obrigação de resolver, de modo expresso e contundente, os procedimentos iniciados de ofício, e não apenas aqueles iniciados a instância de parte. Recentemente, após outra modificação na LPC, agora pela Lei 25/2009, de 22 de dezembro, houve a supressão da possibilidade denegatória do art. 43 da LPC, que trata dos procedimentos iniciados à instância do interessado, tentando deixar claro que toda falta de contestação, uma vez superado o prazo, provocaria automaticamente a concessão daquilo que se solicitou.

Outro ponto importante a ressaltar, dentro do Direito espanhol, é o desaparecimento da obrigatoriedade da certificação do silêncio administrativo, desse modo, para que o silêncio positivo se forme basta o decurso do prazo estabelecido sem que o particular tenha sido notificado de decisão expressa (art. 43.4 da LPC). De acordo com a doutrina espanhola, seria utópico pensar que a Administração iria reconhecer a existência do silêncio, o que consubstanciaria, em termos práticos, o reconhecimento de uma falha nos serviços pela

própria entidade faltosa, ou seja, a expedição da certificação não é mais que uma declaração de culpabilidade geradora de responsabilidade a teor do disposto no art. 42.3⁸. Três eram as posições relativas a tal certificação: para uns, a certificação nada acrescentava ao silêncio positivo já formado, tendo a natureza de um ato meramente declarativo de uma situação já existente⁹; um segundo grupo entendia que a produção do silêncio positivo só ocorreria no momento da emissão da certificação¹⁰; por fim, uma terceira tendência via na certificação uma condição de eficácia do silêncio positivo já formado, podendo-se, durante o período para a emissão da mesma, revogar o ato já formado, mas ainda não eficaz¹¹.

2.4 SILÊNCIO POSITIVO COMO ATO PRESUMIDO

Formalmente declarado como regra, o silêncio positivo é tido como um ato presumido, sendo, em tudo, equivalente ao ato expresso concessório. Assim estipula o próprio art. 43.2, que estabelece que a concessão por silêncio administrativo tem a todos os efeitos a consideração de ato administrativo finalizador do procedimento.

O silêncio administrativo constitui um autêntico ato administrativo presumido, em tudo equivalente ao ato expresso, pelo qual, uma vez vencido o prazo em caso estabelecido pela norma reguladora do procedimento, “la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo” (art. 43.3.a da LPC).

Tais atos administrativos valem tanto perante a Administração como a qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada. A produção do silêncio positivo também não requer pré-aviso, certificação ou denúncia de mora. O mesmo produz efeito desde o vencimento do prazo máximo em que deve ditar e notificar a resolução expressa sem que a mesma se tenha produzido (art. 43.4 da LPC).

Sua existência pode ser acreditada por qualquer meio de prova admitido no Direito, incluindo certificado do silêncio produzido, que poderá ser solicitado ao órgão competente para resolver, mas que não é obrigatório pedir. Solicitado o certificado, este deverá emitir-se no prazo máximo de 15 dias (art. 43.4, *in fine*, da LPC).

Produzido o silêncio positivo, seus efeitos são os mesmos que os de um ato administrativo expresso. Logo, se a situação criada pelo silêncio possui vício de legalidade, será a Administração que terá a carga de anular de ato. Inverte-se, portanto, a posição, é a Administração que necessita demonstrar que a situação carece de ilegalidade.

2.5 NATUREZA JURÍDICA DO SILÊNCIO NEGATIVO

Na Espanha, o silêncio negativo é tido como uma simples ficção jurídica de efeitos exclusivamente processuais. Segundo o art. 43.2 da LPC, a “desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente”. Outros artigos preveem a aplicação específica do silêncio negativo, simplesmente, de maneira enunciativa, cabe citar a revisão de ofício de atos nulos ou anuláveis (arts. 102.4 e 103.6, respectivamente), a resolução dos recursos ordinários e extraordinários de revisão (arts. 117 e 119.3, respectivamente), reclamações prévias ao exercício das ações cíveis e laborais (arts. 121.2 e 124.2) e reclamações relativas à responsabilidade patrimonial da Administração (arts. 142.7 e 143.3).

Distintamente do silêncio positivo, as hipóteses de silêncio negativo não põem fim ao procedimento nem exoneram a Administração de sua obrigação de ditar resolução expressa posterior ao vencimento do prazo, essa sem vinculação alguma ao sentido negativo do silêncio (art. 43.3.b da LPC). Salienta-se que não se admite qualquer exceção a essa obrigação (art. 42.1 “em todos procedimientos (...)”), nem mesmo nos casos de prescrição, renúncia do direito, caducidade do procedimento, etc. (art. 42.1, § 2.º).

A exceção relativa aos supostos de terminação do procedimento por pacto ou convênio e os procedimentos relativos ao exercício de direitos submetidos unicamente ao dever de comunicação prévia à Administração, a que se refere o § 3.º do art. 42.1, não são, a rigor, exceções à obrigação de ditar resolução expressa, pois, no primeiro caso, o pacto ou convênio é um modo alternativo de terminação do procedimento (art. 88 da LPC); e, no segundo, é desnecessário por hipótese qualquer pronunciamento da Administração.

Todas e cada uma dessas precisões retificam o alcance exclusivamente processual da figura do silêncio negativo.

Na prática, como se mencionou, mesmo antes da Lei Omnibus, o silêncio negativo era aplicado em inúmeros casos, tendo em vista a possibilidade legal de normas com *status* de lei fixar consequências denegatórias.

O art. 43.1, na segunda parte, impõe, expressamente e de forma genérica, o silêncio

negativo nos procedimentos relativos ao exercício do direito de petição, aqueles cuja concessão tiver como consequência a transferência ao solicitante ou a terceiro de faculdades relativas ao domínio público e ao serviço público, bem como os procedimentos de impugnação de atos e disposições, ou seja, qualquer recurso administrativo.

Também terão efeitos negativos os procedimentos iniciados de ofício sempre que deles pudesse derivar o reconhecimento de direitos ou a constituição de situações jurídicas favoráveis ao interessado (art. 44.1 da LPC).

2.6 PUBLICIDADE DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

A atual legislação espanhola exige a publicação dos tipos de silêncio aplicáveis em concreto a cada procedimento administrativo. Isso obrigou a Administração a criar listas de procedimentos que estabelecem os alcances e significados que, na ordem jurídica, possuem cada caso de inatividade formal ou omissão específica da Administração.

¹ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. *El silencio administrativo en la...* op. cit., p. 135-136.

² MORILLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio. Op. cit., p. 23-32.

³ BOQUERA OLIVER, José María. *Estudios sobre el acto administrativo*. 6. ed. Madrid: Civitas, 1990. p. 246-247; PAREJO ALFONSO, Luciano; ORTEGA ALVAREZ, Luis; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. *Manual de derecho administrativo*. 3. ed. Madrid: Ariel, 1990. p. 477-478; SANCHEZ DIAZ, José Luis. Actos presuntos y tácitos: su control jurisdiccional. *Actualidad Administrativa*, Madrid, n. 30, p. 343-348, 1992, p. 345.

⁴ MARTÍN MATEO, Ramón. Op. cit., p. 316-317; PARADA, Ramon. *Derecho administrativo I*. 16. ed. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 114.

⁵ MARÍA EUGENIA GUILLÉN PÉREZ (GUILLÉN PÉREZ, María Eugenia. *El silencio administrativo: el control judicial de la inactividad administrativa*. 2. ed. Madrid: Colex, 1997. p. 129-130) afirma que, na Espanha, a inversão de uma regra geral de silêncio negativo para positivo foi a adoção de uma postura da doutrina que fez eco no legislativo, por se entender que “en los momentos actuales la técnica del silencio administrativo negativo há fracasado”. Vide também: MORILLO-VELARDE, José Ignacio. Op. cit., p. 77.

Não obstante, JOSÉ VICENTE GIMENO SENDRA (GIMENO SENDRA, José Vicente. *El derecho a un proceso “administrativo” con todas las garantías*. *Justicia: revista de derecho procesal*, Madrid, a. XI, n. 1, p. 15-30, ene.-mar. 1991, p. 25) ressalta que, por mais que a técnica do silêncio administrativo precisasse de uma reforma, a mesma não deveria ir dirigida a estabelecer sua “conversión en silencio positivo”, posto que tal “conllevaría una desprotección del interes público” e inclusive uma lesão dos direitos e interesses de terceiros afetados pelo ato fictício.

⁶ JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR (SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Silencio positivo: una primera reflexión sobre las posibilidades de revitalizar una técnica casi olvidada*. *Documentación administrativa*, Madrid, a. XI, n. 208, p. 107-120, ene.-dic. 1986, p. 108-109) coloca que a regra do silêncio administrativo positivo fracassou no ordenamento jurídico espanhol fundamentalmente por duas circunstâncias: “por la resistencia administrativista”, ou seja, “resistencia de las estructuras administrativas a asumir una técnica em cierta manera extraña y discordante com los principio básicos del régime administratif” e pela “práctica em los escasos supuestos de empleo efectivo de aquella”.

O Ministério da Administração Pública publica todos anos uma lista com procedimentos que possuem silêncio administrativo. Nas relações de procedimentos, do nível central do governo, publicado pelo Ministério de Administraciones Públicas, existem 172 procedimentos (iniciada por solicitação do interessado), dos quais 122 têm um sentido negativo, porque o legislador considera uma decisão inadequada e fictícia. Além de tal lista, existem outras normas, tais como: art. 38.2 e 3 da lei de defesa da concorrência; art. 31.5 da lei de imigração; art. 18 da lei de assistência gratuita; art. 36.1 do real decreto sobre procuradores dos tribunais; art. 15 do real decreto sobre indústrias em geral; art. 30.1 da lei orgânica sobre direito de associação; art. 16 sobre o trabalhador do mar; entre outros.

⁷ MARÍA JOSÉ ALONSO MAS e EDILBERTO NARBÓN LAINEZ (ALONSO MAS, María José; NARBÓN LAINEZ, Edilberto. *El silencio administrativo y su problemática procesal*. Valencia: Tirant, 2009, p. 33-34), sobre as diferenças entre as leis espanholas, colocam: “la propia exposición de motivos de la Ley 4/99, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, recogió la romántica idea de que el silencio administrativo positivo resía la regla general (...) En cuanto al silencio administrativo, el art. 43 prevé como regla general el silencio positivo (...)”; a ingenuidade do legislador le levou a decir en la misma Exposición que prendía (...) se está tratando de establecer medidas preventivas contra patologías del procedimiento ajenas al correcto funcionamiento de la Administración que diseña la propia Ley. Pues bien, esta situación de falta de respuesta por la Administración – siempre indeseable – nunca puede causar perjuicios innecesarios al ciudadano (...). Como veremos nada de esto se hecho realidad mínimamente y la situación del ciudadano era negativo”.

⁸ ERNESTO GARCÍA-TREVIJANO GARNICA (*El silencio administrativo en la...* op. cit., p. 107) entende que se emitindo ou não a certificação, haverá responsabilidade, pela simples superação dos prazos para tramitar os procedimentos administrativos. E aduz (ibidem, p. 107-108): “Existe, por tanto, una doble y sucesiva responsabilidad: «responsabilidad disciplinaria» (formulación abstracta) por el incumplimiento de los plazos para tramitar y resolver el procedimiento, y la comisión de una «falta muy grave» (en este caso se concreta ya desde el punto de vista de la responsabilidad disciplinaria el tipo de infracción cometida) si no se emitiera la certificación. Obsérvese que dicha falta muy grave puede llevar incluso a la separación del servicio del funcionario, lo que ciertamente parece excesivo, incluso como simples amenaza. Ello justifica una cierta inquietud (al menos inicial) que puede percibirse en los funcionarios responsables de la tramitación de los expedientes”.

⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Op. cit., p. 580.

¹⁰ AGUADO I CUDOLÁ, Vicenç. *El silencio positivo tras el nuevo procedimiento administrativo común*. In: TORNOS MAS, Joaquín (coord.) *Administración pública y procedimiento administrativo: comentarios a la Ley 30/1992*, de 26 de Noviembre. Barcelona: Bosch, 1994. p. 183.

¹¹ PAREJO ALFONSO, Luciano. Op. cit., p. 581-584.

3.1 INTRODUÇÃO

Diferentemente do Brasil, Portugal possui um Código do Procedimento Administrativo (CPA). Esse impõe um dever de fundamentação expressa dos atos administrativos (arts. 124.º e 126.º do CPA). Trata-se de um dever formal, porque a justificação e a motivação devem ser contextuais.

Os portugueses visualizam o silêncio administrativo como declarações anômalas da Administração. A expressão mais comum entre os portugueses quando diante do silêncio é *acto tácito*.

De acordo com o Supremo Tribunal Administrativo português (STA), o *acto tácito* no direito administrativo traduz-se em poder interpretar, para certos efeitos e em certas circunstâncias previstas na lei, a passividade ou o silêncio de um órgão administrativo como significando o deferimento ou indeferimento de uma pretensão formulada pelo interessado, quando a Administração tem a obrigação de pronunciar-se com vista a proteger o interessado contra tal passividade¹.

O chamado *acto tácito* pode ser positivo ou negativo. Será negativo quando a omissão juridicamente relevante equivale a um indeferimento, conforme art. 109.º do CPA. Neste caso, presume-se indeferida a pretensão, o que fornece ao particular o direito de impugnação judicial desse indeferimento. O prazo é, salvo disposto em lei especial, de 90 dias, contados de acordo com o disposto no art. 109.º, n.º 3, do CPA. Já a atribuição ao *acto tácito* positivo cria, em determinadas situações, vantagens para que o particular veja sua pretensão satisfeita.

Desse modo, vislumbra-se o silêncio administrativo, no ordenamento jurídico português, como não cumprimento do dever de pronúncia ou decisão, no sentido de assentimento ou deferimento ou, pelo contrário, de recusa ou indeferimento.

3.2 PREVISÃO GERAL SOBRE SILÊNCIO POSITIVO

O chamado indeferimento tácito (silêncio negativo) foi, durante muito tempo, a regra geral no Direito administrativo português, ou seja, no Direito português, a regra era a de que o silêncio equivaleria à recusa, só excepcionalmente teria o silêncio significado positivo, mas, para tanto, a lei deveria impor². Tal resultava da conjugação dos arts. 108.º e 109.º do Código de Processo Administrativo (CPA)³.

Atualmente, com a reforma do contencioso administrativo, operada, em parte, pelo Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA)⁴, a regra geral consiste em permitir ao interessado uma reação contenciosa em face do silêncio administrativo, por meio de ação administrativa especial, por via de um pedido de condenação à prática de ato administrativo devido (arts. 67.º e 46.º, n.º 2.b, do CPTA). Desse modo, as disposições que previam a formação de silêncio negativo devem hoje considerar-se tacitamente revogadas, por incompatibilidade com o novo regime. Além da legislação avulsa existente, os arts. 109.º, n.º 1, e 175.º, n.º 3, do CPA estão parcialmente revogados, uma vez que ainda vigora a previsão sobre o prazo de que a Administração dispõe para responder ao interessado, bem como a forma de contar esse prazo.

O CPTA determina que a forma correta de reação contra as situações de silêncio administrativo em que antes se formava indeferimento tácito, agora, dá-se pela ação administrativa especial, solicitando-se a condenação da Administração à prática do ato devido (arts. 67.º e 46.º, n.º 2.b, do CPTA).

De qualquer modo, Portugal é um dos poucos países que possui uma previsão geral sobre silêncio positivo (art. 108.º do Código de Processo Administrativo) nos casos de aprovação e autorização, bem como por outra norma, constante no n.º 3, que considera integrados, nos conceitos de aprovação e autorização, as situações aí previstas⁵.

Determina o art. 108.º, n.ºs 1 e 2, do CPA que o silêncio positivo se forma, se outro prazo não for fixado por lei especial, caso a Administração não se pronuncie sobre a pretensão do particular num prazo de 90 (noventa) dias (úteis, nos termos do art. 72.º do CPA).

O art. 108.º, n.º 2, estabelece que tal prazo seja contado a partir do momento da

formulação do pedido ao requerente ou da apresentação do processo para esse efeito. Portanto, iniciar-se-á a contar tal prazo para a produção dos efeitos do silêncio a partir da entrada do requerimento em um serviço administrativo competente para efetuar a recepção da petição. Para João Tiago Silveira⁶, tal norma não inviabiliza a consagração de outras formas de contar o prazo relativo à formação dos efeitos do silêncio administrativo. Inclusive, exemplifica outras situações cujo momento em que se inicia a contagem do prazo é diferente.

Duas são as doutrinas a respeito da relação dessa previsão geral com as leis específicas. Há quem defenda que a previsão geral somente se aplica se a legislação especial assim estipular⁷. Outros entendem que a previsão geral do art. 108.º aplica-se sempre que a adoção de um ato administrativo ou o exercício de direitos por administrados depender de uma aprovação ou de autorização/permissão da entidade administrativa⁸.

É, no entanto, necessário esclarecer que os casos não expressamente incluídos no art. 108.º, n.º 3, já possuem a natureza jurídica de aprovação ou autorização. Isso significa que a previsão geral somente se aplica se for possível particularizar o conceito jurídico da aprovação e autorização. Nos casos expressamente referidos no art. 108.º, n.º 3, não há a necessidade de estabelecer sua natureza jurídica, pois a lei considerou-as com o significado de dependência de uma aprovação ou autorização/permissão da entidade administrativa⁹.

3.3 NATUREZA JURÍDICA DO SILÊNCIO

Existem, no Direito português, basicamente três correntes sobre a natureza jurídica do silêncio administrativo.

Uma parcela trata o *acto tácito* como um ato administrativo e, portanto, uma conduta voluntária da Administração. De acordo com esta concepção, existe, no “ato tácito” uma manifestação de vontade, pois a Administração conhece a lei, sabe que seu silêncio, decorrido determinado prazo e verificadas certas condições, enseja efeitos, isto é, será interpretado como decisão ora de deferimento, ora de indeferimento, portanto, caso nada diga, é porque deseja que sua decisão seja no sentido em que a lei manda interpretar aquele silêncio. Logo, trata-se de ato administrativo voluntário¹⁰.

Outra parte da doutrina sublinha que os denominados *actos tácitos* ensejam simplesmente a possibilidade de recorrer ao contencioso-administrativo. Tal ato funciona como um pressuposto, algo que permite ao administrado recorrer contenciosamente apesar de não existir, propriamente, um ato. Sendo assim, o *acto tácito* não é um ato administrativo, mas sim um pressuposto do recurso contencioso, um caso excepcional ao qual a lei permite interpor recurso que não tem por objeto um ato administrativo voluntário, e sim o simples decurso do tempo sem resposta da Administração.

Por fim, uma terceira corrente afirma que realmente não existe ato administrativo voluntário no chamado *acto tácito*, mas sustenta existir algo além de um simples pressuposto ao recurso contencioso, isso porque é tratado por lei como se fosse um ato administrativo, logo, pode ele ser revogado, suspenso, confirmado, alterado, interpretado, etc.

3.4 NECESSIDADE DE LEI PARA CRIAR NOVOS CASOS DE SILÊNCIO

No Direito português é possível adicionar novos casos de silêncio administrativo, positivo ou negativo, por lei, mas nunca por regulamento ou qualquer outra norma que não tenha força de lei¹¹. Assim sendo, novos casos de silêncio poderão ser aditados no ordenamento jurídico português, desde que através de atos legislativos, podendo os mesmos recair sobre tipos de ato que não se reconduzam à autorização ou aprovação. Está, por isso, vedada a utilização do regulamento para esse efeito¹².

Isso, no entanto, não significa que o regulamento possa desenvolver o regime jurídico traçado por alguma lei, fazendo referência e desenvolvendo alguns aspectos de regimes de silêncio administrativo previamente estabelecidos pela própria lei. Tal regulamento, não poderá exceder os limites legais do instituto, assim, não poderá, por exemplo, exigir denúncia de mora ou eventual certificação a não ser que a lei o exija.

Para a doutrina minoritária, o art. 108.º, n.º 1, estabelece um princípio geral do Direito. Consequentemente, quando alguma legislação especial estipular que certa atividade requer a autorização ou aprovação, a previsão geral aplica-se, dessa maneira, tal atividade pode ser concedida ficticiamente. A doutrina portuguesa particulariza o conceito de aprovação e autorização. Enquanto a aprovação é um ato administrativo que incide sobre outro ato, adotado por um órgão administrativo diferente, que, apesar de já ser dotado de definitividade, ainda não possui a indispensável executoriedade para produzir efeitos, a autorização consubstancia uma permissão para o exercício de um direito que já existe na

esfera do particular, o que não ocorre com a aprovação. Trata-se do controle de um ato adotado por um órgão administrativo, encontrando-se a executoriedade do ato primário dependente da aprovação.

3.5 ADMISSIBILIDADE DA CRIAÇÃO DE SILÊNCIO POSITIVO QUANDO EXISTA DISCRICIONARIEDADE

De acordo com a doutrina portuguesa é admissível criar um silêncio positivo mesmo quando diante de uma margem de liberdade para a decisão, em especial, quando tal margem resulte da discricionariedade. Conforme João Tiago Silveira¹³, não existe qualquer incompatibilidade entre o “poder discricionário” e o instituto do silêncio positivo, pois o primeiro “desaparece” uma vez esgotado o prazo durante o qual pode ser exercido. Ademais, sustenta que não existe obstáculo legal a que o silêncio positivo possa atuar quando a Administração possua um poder discricionário, pelo contrário. Excetua-se, tal possibilidade, a casos de ponderação de interesses contrários a liberdades e valores constitucionalmente consagrados, a obrigações internacionais e a legislação europeia.

Mas há quem argumente contra, então, afirmando que, quando a Administração possui uma conduta discricionária, precisará, diante da oportunidade e conveniência, realizar uma ponderação de interesses em jogo para decidir, e sendo admissível o silêncio positivo em determinada circunstância, tal ponderação estará inviabilizada, dado que a ação administrativa estará, a partir desse momento, condicionada.

3.6 REVOGAÇÃO E NULIDADE

Segundo a doutrina portuguesa, uma vez que o silêncio positivo seja consubstanciado em ato, este apenas será possível de ser eliminado do sistema jurídico se for ele nulo ou anulável, uma vez que este tipo de ato só pode ser revogado ou declarado nulo com fundamento na sua invalidade. Já o silêncio negativo não, este é livremente revogável.

Uma decisão fictícia nula de pleno direito não se submete a prazo (arts. 133.º e 134.º do CPA). Caso as causas de invalidade da decisão sejam causadas por um defeito de nulidade, o Tribunal pode declarar sua nulidade a qualquer momento. A declaração de nulidade não está sujeita a um limite de tempo (art. 58.º, n.º 1, do CPTA).

No entanto, revogar uma decisão submete-se a um prazo (art. 135.º, 136.º e 141.º e seguintes do CPA). Por conseguinte, caso a decisão seja ilegal devido a uma causa de invalidade, deve ela ser declarada nula dentro de um limite de tempo que, no caso português, é de: 01 (um) ano, se a reclamação ou o recurso for interposto pelo Ministério Público (art. 58.º, n.º 2, alínea *a*, do CPTA); 3 (três) meses, para qualquer outro caso não especificado (art. 58.º, n.º 2, alínea *b*, do CPTA).

O art. 59.º, n.º 3, do CPTA estipula que o prazo de três meses para a apresentação de um aviso de reclamação ou recurso interposto por terceiros, interessados contra um ato administrativo cuja publicação não é obrigatória, só é executada a partir das datas seguintes, contados a partir do primeiro evento que ocorra, no caso: a data de notificação; a data de publicação; ou a data em que um terceiro interessado descobre que a decisão existiu, ou que está sendo executado.

Existe, no Direito português, a possibilidade de adicionar condições/limitações às decisões fictícias positivas depois de emergirem no mundo existencial apenas nas mesmas condições e limites legais estabelecidos ou poder de anular e revogar atos administrativos (art. 121.º do CPA).

Segundo a doutrina portuguesa, a decisão fictícia positiva pode ser anulada em razão do desvio de poder, se há indícios de que a autoridade administrativa queria evitar a responsabilidade e ser responsável pela adoção de uma decisão ilegal expressa. Porém toda decisão real ou fictícia ilegal deve ser apresentada perante um Tribunal Administrativo a fim de ser declarada nula.

¹ PORTUGAL. Supremo Tribunal Administrativo. Acórdão de 11.01.2005, Processo 0560/04 e acórdão de 14.03.2006, Processo 0762/05.

² Conforme MARCELO CAETANO (CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo I*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 473), para que o silêncio origine um ato administrativo é necessário que o órgão administrativo seja solicitado a pronunciar-se num caso concreto, que esse tenha o dever legal de resolver, em certo prazo, o caso apresentado e que a lei atribua à abstenção de resolução dentro de tal prazo um significado determinado.

³ Aprovado pelo Decreto-lei 442/1991, de 15 de novembro, e alterado pelo Decreto-lei 6/1996, de 31 de janeiro.

⁴ Aprovado pela Lei 15/2002, de 22 de fevereiro, e alterado pela Lei 4-A/2003, de 10 de fevereiro.

⁵ SILVEIRA, João Tiago. Op. cit., p. 119.

⁶ *Ibidem*, p. 176.

⁷ AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2001. v. III, p. 129-130; CAUPERS, João. *Direito administrativo*. 3. ed. Lisboa: Notícias, 1998. p. 204.

⁸ SILVEIRA, João Tiago. Op. cit., p. 118.

- ⁹ Muitos são os casos de silêncio positivo no Direito português. Sem a pretensão de esgotar todos, citam-se alguns na sequência: regime jurídico da urbanização e edificação; licença de obra e outras relacionadas à área urbanística; reabilitação urbana; autorização para produção de energia hidroelétrica; licença para pesquisa e exploração de massas minerais-pedreiras; autorização do uso de águas; licença para exploração de energia hidráulica; autorização para infraestrutura de comunicação por rádio; alteração de autorização para exploração de estabelecimento de cultura oceânica; licença de comercialização de comida; instalação e funcionamento dos estabelecimentos de restaurante e bebidas; instalação e do funcionamento dos empreendimentos turísticos no espaço rural; licença de utilização para recintos de espetáculos e de divertimentos públicos; licença para o exercício da actividade de agências de viagem e turismo; licença para funcionário público acumular funções pública e privada; autorização para prorrogação de prazo de fabricação e autorização para redução ou exclusão do tempo de descanso dos trabalhadores; selecção e recrutamento do pessoal docente; formação continua de professores; registro de mudança ou alteração de plano de curso de estabelecimento de ensino superior; declaração de impacto ambiental; licença de gestão de resíduos e transmissão da licença de gestão de resíduos; procedimento para a extracção de inertes sob a tutela do instituto de navegabilidade do douro; regime jurídico do acesso e exercício da actividade industrial; licença para detenção de espécies não indígenas de fauna e flora; registro dos intermediários financeiros; decisão do pedido de admissão à CMVM; declaração de caducidade da garantia prestada para suspender a execução fiscal em caso de reclamação graciosa; Ilisão de presunções prevista nas normas de incidência tributária; decisão de reclamação contra pagamentos por conta; autorização de dedução dos prejuízos fiscais das sociedades fundidas aos lucros tributáveis da nova sociedade ou da sociedade incorporante; autorização para o pagamento em prestações das contribuições à segurança social e respectivos juros de mora, entre outros.
- ¹⁰ Quanto à natureza jurídica do silêncio administrativo em Portugal, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Lições de direito administrativo*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2010. p. 173) enuncia: “Mantém-se o deferimento tácito como acto administrativo de criação legal, com isenção de forma e com o conteúdo definido pelo requerimento, nos casos expressamente previstos na lei (art. 108.º do CPA)”.
- ¹¹ Segundo JOÃO TIAGO SILVEIRA (op. cit., p. 121), qualquer ato legislativo pode adotar a regra do silêncio positivo, como coloca: “não encontramos qualquer alínea dos artigos 164.º ou 165.º da CRP que justifique a inclusão de tal matéria nas competências da Assembleia da República, o que, aliás, é corroborado pela autorização legislativa que permitiu a aprovação do CPA através de Decreto-lei autorizado, que não sentiu necessidade de incluir esta matéria no seu texto (Lei n.1 32/91, de 20 de julho)”.
- ¹² Acórdão do tribunal constitucional n. 161/99 (proc. n.º 813/98) julgou inconstitucional, por violação do art. 115.º, n.º 5, da CRP, a norma do art. 177.º, n.º 2, do CPA, quando interpretada no sentido de admitir a previsão de um recurso tutelar numa norma de natureza regulamentar. O sentido desta decisão é perfeitamente transponível para o problema em questão.
- ¹³ SILVEIRA, João Tiago. Op. cit., p. 163.

4.1 INTRODUÇÃO

Na Itália, a inação da Administração diante de um pedido não é vista como um significado único. Afirma-se que ela pode ser considerada como instrumento ilegal e dar ensejo à responsabilidade do Estado; pode ser considerada sob o aspecto de responsabilidades organizacionais e funcionais de ordem administrativa; e pode ser condição objetiva imposta por previsão legal para a proteção de situações jurídicas.

Com referência a este último aspecto, o sistema jurídico italiano, assim como os demais analisados até aqui, também, busca remover ou prevenir os efeitos prejudiciais de silêncio administrativo.

Utilizado pela primeira vez pelo *Consiglio di Stato*, em 2 de março de 1894 e em 22 de agosto de 1902, o *silenzio della Pubblica Amministrazione* apenas ganhou força de lei em 1934, com a Lei Comunal e Provincial (Regio Decreto de 3 de março de 1934, n.º 383), que consagrou a técnica do silêncio administrativo em seu art. 5.^o⁹¹.

Atualmente, o silêncio é regido pela Lei 205, de 2000, e pelas Leis 15 e 80, de 2005, e 69, de 2009. O art. 2.^o da Lei 205, de 2000, introduziu, no corpo da lei que cria os Tribunais Regionais Administrativas (n.º 1.034, de 1971), um novo artigo (em 21-bis), no qual estabelece um juízo especial contra o silêncio administrativo². As principais características desse novo rito são a extrema rapidez do tempo processual e a simplificação³.

Nos termos da disposição em questão, os casos de silêncio administrativo devem ser decididos em câmara de conselho com sentença sucintamente fundamentada, sendo a audiência em câmara para discussão e a decisão fixadas no prazo de 30 dias, após o depósito do pedido (o que significa que, dentro de 60 dias após a notificação da ação, o administrado terá seu problema resolvido por decisão judicial). Caso o conselho necessite de investigação de conformidade, o pedido deve ainda ser decidido em câmara, no prazo de 30 dias, após a data da investigação iminente. Em caso de procedência total ou parcial do pedido, o juiz administrativo deve ordenar a Administração a fornecer dentro de um período, normalmente não superior a 30 dias, a resposta e, caso a Administração permaneça inativa além do prazo fixado, o Tribunal Administrativo nomeia um comissário que, no lugar da Administração, dá resposta ao administrado.

Além da Lei 205, de 2000, outras reformas foram introduzidas pela Lei 15/2005 e DL 35/2005 (convertido, com modificações, pela Lei 80/2005) e pela Lei 69/2009.

Depois de um longo e tormentoso processo de elaboração, a reforma da lei sobre o procedimento administrativo italiano (Lei 241, de 1990), resultou no texto normativo das Leis 15 e 80, de 2005, e da Lei 69, de 2009. Essa reforma, embora não tenha constituído uma ação verdadeiramente inovadora, alterou e atualizou os principais institutos do Direito Administrativo. Ela, de fato, moveu-se em duas direções: a harmonização das leis ao processo de mutação do direito público decorrente da globalização; e a reformulação de alguns princípios estabelecidos pela jurisprudência administrativa.

Entre as modificações implementadas, pode-se citar: a obrigação da Administração em concluir o processo administrativo; a modalidade e o conteúdo do contraditório procedimental; os pressupostos e limites de operação do módulo autorizador para a declaração de início de negociação no lugar do ato de autorização expressa; e a instituição do *silenzio assenso*⁴.

4.2 TRÊS ESPÉCIES DE SILÊNCIO ADMINISTRATIVO (DUAS SUBSTANCIAIS E UMA FORMAL)

No Direito italiano, o denominado *silenzio-assenso* ou *silenzio-accoglimento* (positivo) opõe-se à ideia de *silenzio-diniego* ou *silenzio-rigetto* (negativo), sendo ambas espécies do gênero *silenzio significativo* (substancial). No *silenzio-rifiuto* ou *silenzio-inadempimento*, não se concede qualquer efeito substancial, simplesmente, localiza-se, no tempo, o início do prazo da mora administrativa.

Logo, tem-se, no Direito italiano, três espécies de silêncio administrativo: duas substanciais e uma formal. Aqui, o particular apenas possui um interesse legítimo para que o órgão administrativo em causa decida expressamente, podendo fazê-lo valer por meio de

uma ação que o elimine, assim, gerando uma nova obrigação de decidir. Nesta ação, pode o Judiciário declarar a obrigação de decidir perante uma conduta discricionária, ou mesmo indicar o sentido do ato a adotar se a conduta for vinculante⁵. Caso a Administração insista no não cumprimento, poderá ser utilizada uma ação de *ottemperanza* para executar a decisão anterior⁶.

4.3 INEXISTÊNCIA DE REGRA GERAL

Desde sua criação até hoje, não existe, no Direito italiano, uma regra geral sobre o silêncio administrativo⁷.

A legislação atribui, algumas vezes, significado positivo (*silenzio-accoglimento*), como, por exemplo, a Lei de 5 de agosto de 1978, n.º 475, em matéria de edificações residenciais, que atribui efeitos concessórios à omissão administrativa, segundo seu art. 48, pelo transcurso de 60 dias desde a apresentação da solicitação⁸ e em outras ocasiões, prevê o efeito negativo (*silenzio-rigetto*). Nesse sentido, DPR, de 24 de novembro de 1971, n.º 1999, sobre recursos administrativos e que sustenta que o transcurso do prazo de 90 dias, desde a apresentação do recuso, sem que tenha sido resolvido, considera-se negado, segundo seu art. 6. Idêntico efeito denegatório é contemplado pela Lei de 16 de agosto de 1942, n.º 1150, que estabelece que, se transcorridos 60 dias, desde a apresentação da solicitação de concessão da edificação, segundo seu art. 31, considera-se a mesma denegatória.

Há quem afirme que o *silenzio-inadempimento* seria a regra para todo procedimento de 1.º grau, e que o *silenzio-rigetto* seria a regra quando diante do silêncio do superior hierárquico, na sequência de um recurso administrativo⁹.

Tal situação foi confirmada em 1990, com a entrada em vigor da Lei 241/1990, de 7 de agosto (alterada pela Lei 537, de 24 de dezembro de 1993), que dispõe sobre procedimento administrativo e direito de acesso aos documentos.

Este diploma impôs um dever de decidir expressamente em um prazo de 30 dias se outro não fosse estipulado por legislação especial em todos os casos iniciados a requerimento de interessados (art. 2.º). Caso tal prazo não fosse cumprido, ensejaria uma situação de *silenzio-inadempimento*, passível de permitir a reação contenciosa do particular.

A doutrina questionou a necessidade de denúncia de mora ou não após transcorrido o prazo de 30 dias. Parece que, depois de certa discussão, optou-se pela inutilidade desta, tendo em conta o Decreto-lei 163, de 12 de maio de 1995, que prevê um pedido facultativo de intervenção do diretor-geral do serviço caso a Administração não se pronuncie.

Atualmente, o art. 21-bis da Lei 205, de 21 de julho de 2000, prevê que, uma vez constatado o silêncio, poderá o juiz administrativo fixar um prazo de 30 dias para que a Administração efetivamente se manifeste, purgando-se da omissão. Caso a Administração ainda assim se mantiver silente, pode o juiz administrativo nomear um comissário para a prática do ato.

4.4 SILENZIO-ASSENSO (POSITIVO)

A Itália prevê, nas Leis 15/2005, 80/2005 e 69/2009, a disciplina do *silenzio-assenso*, disciplinado no art. 20 da Lei 241/1990. Tal previsão deve ser lida compartilhadamente com os arts. 18 (*autocertificazione*) e 19 (*d.i.a., dichiarazione di inizio attività*), que são duas outras opções para as permissões concedidas de modo fictício.

A diferença entre os dois grupos consiste no fato de que, no segundo caso (arts. 18 e 19), a permissão fictícia, mesmo se comparada a um ato administrativo, é dada pelo cidadão. Assim, todo o procedimento administrativo é ficticiamente considerado completo. No caso do *silenzio-assenso*, pelo contrário, apenas, o ato final é fictício (silêncio).

De acordo com o inc. IV, do art. 20, não podem ser objeto de silêncio positivo os procedimentos referentes ao patrimônio cultural e paisagístico, ambiental, defesa nacional, segurança pública, imigração, saúde pública, todos os casos que a legislação europeia requeira um ato formal e quando atos e procedimentos precisam ser individualizados por um ou mais decreto do Presidente do Conselho de Ministros, sob proposta do ministro da função pública, em consenso com o ministro competente.

A doutrina italiana também associa o silêncio positivo ao não cumprimento do dever de decidir. Para alguns autores, o não cumprimento leva a uma sanção que seria o próprio deferimento, porém esta sanção não desvincula a Administração de decidir, dado que só com uma decisão expressa se poderá realizar uma adequada ponderação dos interesses em jogo e um eventual controle. Outros entendem que não se trata de um dever de decisão, mas, antes, de um ônus. E também há quem sustente que o dever de decidir se extingue com a formação do ato tácito de deferimento¹⁰.

4.5 POSSIBILIDADE DE REVOGAÇÃO

Na Itália, existe uma possibilidade genérica para revogar ou anular as decisões com efeitos positivos (art. 20.3 da Lei 241/1990), assim como também existe uma previsão específica sobre o assunto, regulada no Decreto Legislativo, de 11 de fevereiro de 1998, n.º 32 (art. 1, III alínea), que excepciona alguns casos de poder revogar atos administrativos.

Por conta da generalização do silêncio positivo, veio à tona a ideia de “liberalização” da atividade privada das decisões públicas. Mas mesmo com o termo expedido, a Administração Pública pode tomar decisão *in via di autotutela* (art. 20.3), isso para exprimir que a Administração Pública pode revogar, mudar e anular seus consentimentos tácitos. Em outras palavras, mesmo com um ato atrasado, a autoridade pública pode negar aquele ato que a parte privada pensou em pegar. O poder público, dessa maneira, não reduz ou extingue depois do fim do procedimento. Ele sobrevive até mesmo depois do prazo final. Mas, nesses casos, é necessário verificar a existência de outros elementos para requerer a revogação ou a anulação do ato administrativo (art. 21 *quinquies* e art. 21 *nonies* da Lei 241/1990).

No mais, também pode a Administração Pública italiana, com seu dever-poder discricionário, mudar (condicionar/limitar) o consenso outorgado por silêncio positivo.

4.6 PROTEÇÃO LEGAL CONTRA O SILÊNCIO

Com relação à possibilidade de proteção legal, pode o peticionário tanto ajuizar ação no *Tribunale amministrativo regionale* como uma ação contra o silêncio (art. 21-bis da Lei 1.034/1971). Para tanto, terá o mesmo limites da proposta de uma ação ordinária (60 dias da notificação do primeiro ato, 30 dias para protocolar depois da última notificação).

Com relação à possibilidade de abrir procedimento contra o silêncio, engloba todos os tipos de silêncio (negativo e positivo) porque a previsão é extremamente genérica (*Rito avverso il silenzio*). Trata-se de um procedimento particular, supostamente criado para ser concluído em um curto período de tempo.

Uma vez impugnado o *silenzio*, o Judiciário pode chegar a especificar o concreto sentido do ato a emitir pela Administração, pronunciando-se assim acerca da viabilidade da pretensão do particular, caso se trate de uma atividade vinculada. Se, ao invés, for discricionária, apenas poderá ser emitida uma declaração genérica em como a Administração está obrigada a decidir.

A principal característica desse procedimento está no fato de que o juiz pode nomear um *commissario ad acta*, que seria espécie de *longa manus* tanto da Administração Pública como do próprio juiz (existe divergência doutrinária sobre essa classificação), que pode decidir até o mérito. Isso significa que se a Administração Pública mantiver-se calada, o *commissario* pode decidir por ela.

Assim como em outros países, na Itália, existem muitas previsões estatais e regionais prevendo o silêncio positivo. A previsão especial prevalece sobre a geral, de acordo com o princípio: *lex specialis derogat legi generali*. Logo, a previsão geral deve ser aplicada, a menos que a legislação específica estipule de maneira diversa. Inclusive de acordo com a doutrina, a previsão geral é considerada um modelo para todos os casos especiais, na hipótese destes não serem completos¹¹.

¹ ABBAMONTE, Giuseppe. Silenzio-rifiuto e processo amministrativo. *Rivista di Diritto Processuale Amministrativo*, Milano, a. 1, n. 2, abr.-jun. 1985, p. 20-47.

² Sobre o tema vide: VERONELLI, Manuela. Azione diretta e immediata avverso il silenzio della pubblica amministrazione (commento a TAR Campania, sez. I, 22 novembre 2001, n. 4977). *Giornale di Diritto Amministrativo*, Milano, a. VIII, n. 1, 2003, p. 45; VIZZARI, Giorgio. Sul ricorso avverso il silenzio della P. A. (nota a Cons.St., sez.V, 4 febbraio 2004 n.376). *Il Foro amministrativo - CdS*, Milano, a. III, v. 3, f. 3, p. 855-963, 2004, p. 855.

³ CIOFFI, Alessandro. Osservazioni sul dovere di provvedere e sul «silenzio» nell'art. 21-bis della legge 6 dicembre 1971 n. 1034. *Diritto amministrativo: rivista trimestrale*, Milano, a. XI, n. 3, p. 633-647, out.-dez. 2004, p. 633.

⁴ Sobre a novidade do silêncio assenso vide: OLIVERI, Luigi. Ambito di applicazione del silenzio assenso nella nuova legge 241/1990. *LexItalia.it*. Roma, n. 6/2005. Disponível em: <http://www.lexitalia.it/articoli/oliveri_silenzio.htm>. Acesso em: 9 abr. 2012.

⁵ GRECO, Guido. Silenzio della Pubblica Amministrazione e oggetto del giudizio amministrativo. *Giurisprudenza Italiana*, Roma, v. CXXXV, n. 7, jul. 1983, p. 137 e ss.; PARISIO, Vera. *I silenzi della pubblica amministrazione*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 67.

⁶ RAGONESI, Vittorio. *Manuale di diritto amministrativo*. Milano: Il sole 24 ore, norme e tributi, 1996, p. 251.

⁷ Vide: BASSANI, Mario (coord.). *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti*: Legge 7 agosto 1990, n. 241. Milano: Giuffrè, 1991; TUCCI, Massimo A. *Latto amministrativo implicito: profili dottrinali e giurisprudenziali*. Milano: Giuffrè, 1990, p. 33-41; GIANNINI, Massimo Severo. *La giustizia amministrativa*. Roma: Ateneo, 1959, p. 49-50.

⁸ Outros casos de silêncio positivo: intervenção na propriedade no âmbito cultural; licença de construção;

expropriação regulatória; trade; licença para posto de Gasolina; licença relacionada ao setor de telecomunicações; entre outras.

⁹ PAJNO, Alessandro. Gli articoli 19 e 20 della Legge n. 241 prima e dopo la Legge 24 Dicembre 1993 n. 537 intrapresa dell'attività privata e silenzio dell'amministrazione. *Diritto processuale amministrativo*, Milano, a. XII, n. 1, p. 32-48, 1994, p. 39.

¹⁰ PARISIO, Vera. *I silenzi della pubblica amministrazione*. Milano: Giuffrè, 1996. p. 162; SENSALE, Massimo. *Il silenzio della pubblica amministrazione nel diritto urbanistico*. Padova: Cedam, 1991. p. 46-48; TRAVI, Aldo. *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*. Padova: Cedam, 1985. p. 160; SCOCA, Franco Gaetano; D'ORSOGNA, Marina. Silenzio, clamori di novità. *Diritto processuale amministrativo*, Milano, a. 13, n. 3, p. 393-450, set. 1995, p. 413.

¹¹ ANDREIA, Massimo; PELLEGRINI, Remo; CARLIN, Massimo; BOTTINO, Gabriele. *Silenzio-assenso semplificazione competitive e D.I.A.* Milano: Giuffrè, 2005.

5.1 INTRODUÇÃO

A abordagem do Direito alemão em comparação com os demais ordenamentos é bastante diferente do até aqui analisado. A forma encontrada por tal ordenamento para resolver o problema da omissão administrativa reside, principalmente, na utilização de meios contenciosos de reação. Sendo assim, a proteção do particular perante o silêncio administrativo se faz por meio da via contenciosa e não por meio de ficções jurídicas destinadas a conceder-lhe o equivalente à sua pretensão ou permitir o acesso ao contencioso de mera anulação¹.

5.2 UTILIZAÇÃO DE MEIOS CONTENCIOSOS DE REAÇÃO

Prefere-se, no Direito alemão, abrir as portas do Judiciário a criar uma ficção jurídica ou um ato administrativo. Desse modo, existe uma ação denominada *Untätigkeitsklage*, variante da *Verpflichtungsklage*, destinada a obter do Judiciário uma intimação ou condenação da Administração Pública para a prática de ato na sequência de um silêncio administrativo².

Ou seja, no ordenamento alemão, o silêncio administrativo, ao fim de um certo prazo, habilita o particular a acionar a Administração para a prática do ato devido. O Judiciário verificará se está perante um caso em que a Administração disponha de discricionariedade ou se, pelo contrário, sua atividade é vinculada. Significa, tal procedimento, que o Judiciário poderá declarar a obrigação da autoridade administrativa emitir o ato solicitado desde que a questão esteja em condições de ser decidida pelo Tribunal (§ 113.5 da *Verwaltungsgerichtsordnung*). Assim sendo, na sequência de um pedido de condenação, os poderes do Judiciário são variáveis. Dependerá ou não se o assunto a ser julgado estará apto ou susceptível de ser julgado: estando, o tribunal poderá condenar a Administração a praticar um ato com um determinado conteúdo concreto; caso contrário, efetua oficiosamente uma investigação com vistas a permitir que o caso fique em condições de ser objeto de uma decisão de condenação num ato concreto. Se for possível, emite a decisão nos termos anteriores, se não for, condena à prática de um ato sem determinar o seu conteúdo, traçando os limites legais inultrapassáveis para a Administração.

5.3 LIMITES AO JUDICIÁRIO

Discute-se, na doutrina alemã, quando será possível ao Judiciário “transformar” um assunto ainda não apto a ser objeto de uma decisão de condenação. Existem dois limites intransponíveis que impedem o Judiciário de efetuar essa investigação: caso haja necessidade de realização de um juízo técnico que apenas alguns especialistas da Administração possam realizar; e em todas as situações nas quais a Administração possua discricionariedade.

5.4 EXISTÊNCIA DE CASOS PONTUAIS DE SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

A forma de proteção do Direito alemão não significa que o ordenamento alemão desconheça casos de silêncio positivo ou negativo pontuais, aspecto que a doutrina denomina *Fiktion der Genehmigungserteilung*³. A excepcionalidade de tal figura, porém, é tanta que a reação à omissão administrativa é sempre pela via contenciosa mencionada.

¹ SILVEIRA, João Tiago. Op. cit., p. 71.

² GLAESER, Schmitt. *Verwaltungsprozessrecht*. 13. ed. München: Boorberg, 1994. p. 178 e ss.; GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago José. *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*. Madrid: Cívitas, 1993. p. 233-241.

³ WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. *Verwaltungsrecht I*. 10. ed. München: Beck, 1994. p. 478-479.

6.1 INTRODUÇÃO

Fortemente influenciado pelos Direitos francês e espanhol, o ordenamento jurídico argentino trata do silêncio administrativo no art. 10 da Lei Nacional de Procedimento Administrativo 19.549 (LNPA), de 3 de abril de 1972, dando a essa inação uma solução legal que, por regra geral, outorga ao administrado a faculdade de considerar o não pronunciamento dos órgãos estatais nos prazos como denegatórios da pretensão do particular, salvo que expressamente se estabeleça seu resultado positivo.

Interessante na legislação argentina é o fato da norma não tratar apenas do silêncio, mas também da ambiguidade. Ambos, para o Direito argentino, devem ser interpretados como uma resposta negativa¹.

O enunciado do art. 10 da lei argentina estabelece o efeito negativo para silêncio administrativo. O efeito positivo é uma exceção condicionada a que a norma jurídica expressamente a preveja.

Há, assim, uma tradição jurídica argentina já consolidada sobre o efeito negativo do silêncio². É possível, inclusive, encontrar vários exemplos, em âmbitos federal e estadual, dando especial efeito negativo para o silêncio administrativo³.

rr

Da mesma forma, é possível encontrar várias decisões administrativas e judiciais que apoiam os efeitos negativos para a ambiguidade de administração ou de silêncio. O Supremo Tribunal argentino já teve, por exemplo, a oportunidade de afirmar que:

El silencio de la administración es una conducta inapta para ser considerada como una manifestación positiva de la voluntad pues salvo disposición expresa del orden normativo, el silencio debe ser interpretado en sentido negativo de acuerdo a normas del Código Civil y art. 10 de la ley 19.549 (Adla, XXXIX-C, 2339). La afirmativa necesita ser demostrada, el silencio es negación y la duda es contraria para el derecho del concesionario." (Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), 1986/04/22, Hotel Internacional Iguazú, S.A. c. Gobierno Nacional, La Ley, 1986-D, 397); "la institución del silencio positivo, admitida expresamente en sistemas como el español y, en menor medida, el argentino - donde la regla es el silencio negativo -, debe ser interpretada en forma restrictiva, toda vez que el silencio positivo aparece como algo sumamente peligroso: un instrumento que ampara la realización lícita de una actividad instrumento que ampara la realización lícita de una actividad sometida a control, sin que este control se realice efectivamente; esto es, sin que la actividad del particular aparezca reconciliada con la legalidad mediante el acto catártico y sacramental de la autorización administrativa (Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), 1990/04/09, Artefactos a Gas Llama Azul S.A. c. Gas del Estado, La Ley, 1991-D, 148 DJ, 1991-2-602).

É considerado, pela doutrina, como uma garantia para os cidadãos contra os poderes exorbitantes da Administração, permitindo o acesso à jurisdição administrativa e judicial e visando à proteção dos direitos dos cidadãos, especialmente, almejando: a) garantias processuais relativas ao devido processo legal, b) Princípio da igualdade de armas, c) garantir efetiva tutela judicial. Em todo caso, é símbolo de uma Administração disfuncional⁴.

Argumenta-se, na Argentina, que o silêncio administrativo vem consagrado pelo constituinte de 1853, que, de modo expresse no enunciado, concede ao cidadão o direito de peticionar à autoridade. Quase um século e meio mais tarde, os convencionais constituintes de 1994 incorporaram com hierarquia constitucional tratados internacionais de Direitos Humanos que ratificam o direito de petição. De modo mais específico, o direito a deduzir pretensões por parte do administrado e a consequente obrigação de pronunciar-se da Administração foram enunciados na Lei Nacional de Procedimentos Administrativos (Lei 19.549), em diversas disposições. Assim, o art. 1.º, f, § 3.º, da Lei estipula o direito dos particulares a que suas pretensões se resolvam mediante resolução fundada; o inciso "e", § 1.º da mesma disposição, estabelece a obrigatoriedade dos prazos para os interessados e para a Administração; o art. 3.º prevê a obrigatoriedade do exercício da competência por parte das autoridades e órgãos da Administração; e, finalmente, o art. 7.º conta, entre os requisitos de validade do ato administrativo, que este decida todas as petições formuladas⁵.

6.2 NATUREZA JURÍDICA DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO NA ARGENTINA

Muito se discute, na Argentina, no tocante à natureza jurídica do silêncio administrativo. Alguns afirmam ser uma ficção⁶; outros uma presunção⁷; outros um verdadeiro ato⁸; e, ainda, há quem aponte ser uma infração⁹.

Apesar da divergência, a posição majoritária afirma ser o silêncio uma ficção, pois a legislação argentina, como abordado, estipula efeitos estritamente processuais ao instituto. Além disso, sua concepção de benefício ao particular e a não existência de manifestação de vontade administrativa levam a doutrina majoritária ao entendimento de ser o silêncio uma ficção jurídica.

Para Agustín Gordillo¹⁰: “el silencio no es nada en si, materialmente es inactividad, vacío en el obrar, pero esta ausencia es coloreada por el ordenamiento, dándole una significación determinada”. Segundo o autor, caso o ordenamento não imponha ao silêncio significados, será ele um mero fato administrativo não produtor de efeitos jurídicos diretos, por isso, o ordenamento institui o amparo por mora da Administração para obrigá-la a dar um pronunciamento expresso e dá lugar a responsabilidade da administração e do funcionário¹¹.

6.3 A REGRA DO SILÊNCIO NEGATIVO COMO CONDUTA INAPTA DA ADMINISTRAÇÃO

Como observado, a Lei 19.549 regula em seu art. 10 o silêncio administrativo, estabelecendo como regra geral que dito silêncio seja interpretado como negativo, sendo apenas possível ser interpretado como positivo mediante disposição expressa. Nesse sentido, para que o silêncio tenha alcance positivo, deve estar determinado por lei. Do contrário, entender-se-á que houve denegação por parte da Administração.

Se a norma não prever um prazo determinado para o pronunciamento, este não poderá exceder a 60 dias. Vencido o prazo que corresponda, o interessado requererá pronto despacho e, se transcorrerem outros 30 dias sem que se produza dita resolução, considerar-se-á que há silêncio administrativo. Logo, se requer, para os casos de via de petição, além da demora do transcurso do prazo para resolver, a denúncia da mora administrativa e o transcurso de um segundo período de omissão (30 dias, conforme o art. 10). Este último prazo varia no caso do silêncio em via de reclamo (45 dias, conforme o art. 31).

Situação distinta ocorre quando se articula um recurso administrativo ou um recurso hierárquico, pois, uma vez transcorrido o prazo para resolver, o silêncio se operará de forma automática, reputando-se denegado, sem necessidade de “requerer pronto despacho” (Decreto 1.759/72 - T.O por Decreto 1.883/91 - Regulamento de Procedimentos Administrativos, arts. 87.^o 33 e 91.^o).

São, portanto, requisitos para que se configure o silêncio: a demora da Administração em decidir; a denúncia da mora administrativa; e o cumprimento do prazo complementar. Isso, sem prejuízo de requisitos contidos em normas específicas.

O silêncio administrativo é, assim, apenas uma das opções do administrado ante a mora administrativa. Este possui, ainda, outras duas opções, uma administrativa (a queixa¹² regulada no art. 71 do regulamento da LNPA) e uma judicial (o amparo por mora¹³ do art. 28 da LNPA)¹⁴. Outros doutrinadores, como Guido S. Tawil¹⁵, consideram a espera da resolução expressa como uma quarta opção. Tais opções (silêncio, queixa, amparo e espera pela resolução), apesar de existir pequena divergência sobre o assunto, são tidas como remédios alternativos e não excludentes, pois suas finalidades e funcionamentos são independentes.

6.4 MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI 25.344

A Lei 25.344, de novembro de 2000, que dispõe sobre a emergência econômico-financeira, modificou o art. 31 da LNPA, que regula a resolução de reclamação administrativa prévia como meio para esgotar a via administrativa quando o que se impugna não é um ato administrativo.

Antes das reformas, a norma não previa prazo algum frente à configuração do silêncio. Em sua atual redação, estabelece que produzida a mora e solicitado o pronto despacho, vencidos os prazos para que a Administração resolva, começa a correr o prazo de caducidade de 90 dias (art. 25 da LNPA) para acionar judicialmente a Administração.

Muito se discutiu sobre a constitucionalidade dessa reforma e, conforme Victoria Giss¹⁶, além da redação contraditória e confusa do artigo, pois, inicialmente, facultava ao administrado iniciar a demanda, mas impunha interpor prazo de caducidade, ainda que logo fizesse referência aos prazos de prescrição, segundo a autora, pelo princípio *in dubio pro actione*, alguns juristas consideraram que o prazo de caducidade não resultava aplicável. Reforça essa postura a vigência sem modificações do art. 28 da LNPA. Por sua vez, importantes juristas aceitaram a aplicação do prazo de caducidade. Como defesa da

constitucionalidade da atual redação do art. 31, tais juristas assinalam que a opção do administrado de esperar a resolução expressa, inclusive tentando o amparo por mora ou o recurso ao silêncio denegatório, continua vigente. Contra a constitucionalidade, postulou-se que o art. 31 subverte a função do silêncio administrativo, pois resulta em um prejuízo ao particular a cargo de iniciar a demanda em um prazo breve sem ato administrativo, sendo que a Administração conhece com antecipação o conteúdo da pretensão, vulnerando o art. XXIV da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de hierarquia constitucional, que consagra o direito à pronta resposta das petições formuladas às autoridades.

6.5 RESOLUÇÃO EXPRESSA TARDIA

O art. 3.º da LNPA estabelece a obrigatoriedade de pronunciamento expresso da Administração, ainda que este se produza fora do prazo fixado. Seu efeito difere de acordo com o tipo de silêncio que se produz, positivo ou negativo.

Assim como na Espanha, por exemplo, alguns doutrinadores afirmam que, sendo positivo o efeito do silêncio, não poderá a Administração desconhecer, contradizer ou alterar a situação jurídica criada¹⁷. No entanto outros postulam o contrário, afirmando que a resolução tardia não se limita a ser uma simples ratificação expressa do tacitamente atuado, agregando que, se não pudesse alterar a situação jurídica configurada pelo efeito positivo da omissão, “carecería de razón y sentido práctico y jurídico la obligación legal de resolver en forma expresa”¹⁸.

Já quanto ao silêncio negativo, a doutrina não diverge e entende não existir qualquer restrição para uma resolução expressa tardia, afinal, caso o pronunciamento extemporâneo seja desfavorável à pretensão, em nada prejudicará o administrado, mas, se favorável, este só tem a ganhar.

6.6 REVOGABILIDADE DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS

Com relação à revogabilidade das decisões administrativas na Argentina, o art. 14 da Lei 19.549 regula casos de nulidade absoluta, entendida como não existência de decisões administrativas. De acordo com o art. 17, as decisões afetadas por nulidade absoluta devem ser revogadas ou substituídas pela Administração. No entanto, se essas decisões tenham gerado direitos subjetivos, estes só podem ser retirados por decisões judiciais.

O art. 15, por sua vez, não prevê que os casos de irregularidades, omissão ou erros processuais provoquem sua inexistência, são apenas anuláveis por decisões judiciais.

O art. 18 estabelece que as atuações administrativas regulares, gerando direitos subjetivos para os cidadãos, podem ser revogadas, modificadas ou substituídas pela própria Administração, em certos casos: a) quando o interessado tiver conhecido o vício; b) quando o interessado for favorecido pela revogação, modificação ou substituição sem causar prejuízo a terceiros; c) quando a direito tiver sido outorgado expressa e validamente a título precário; e d) sempre que existir razões de oportunidade, mérito ou conveniência, indenizando os prejuízos que causarem aos administrados.

¹ Para existir ambiguidade deve ocorrer um ato. Assim, entende-se que tais casos não seriam enquadrados dentro da teoria do silêncio administrativo. Não existe silêncio administrativo parcial. A manifestação pode ser omissão, imprecisa ou incompleta, mas será uma manifestação, logo, não se estará diante de um silêncio administrativo, mas sim de um ato viciado de ambiguidade que, por conseguinte, deve ser extirpado do ordenamento.

² DROMI CASAS, José Roberto. *El acto administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1985. p. 248.

Como exemplos, podemos citar: a) artigo 59, Lei 23.551 Sindical Regras (regime de Associações Sindicais), os casos de conflito entre as associações de trabalhos diferentes; b) artigo 125, Lei 24.013 Empleo (Ley de Empleo), os casos de desacordo sobre as prestações de desemprego; c) artigo 5.º, Lei 24.051 eliminación dos resíduos tóxicos (Manipulación de Residuos Peligrosos), matrícula; e d) artigo 8, Lei 189, Código Administrativo Buenos Aires (Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), regra geral, por silêncio administrativo local.

³ Como exemplos, podemos citar: a) artigo 59, Lei 23.551 Sindical Regras (regime de Associações Sindicais), os casos de conflito entre as associações de trabalhos diferentes; b) artigo 125, Lei 24.013 Empleo (Ley de Empleo), os casos de desacordo sobre as prestações de desemprego; c) artigo 5.º, Lei 24.051 eliminación dos resíduos tóxicos (Manipulación de Residuos Peligrosos), matrícula; e d) artigo 8, Lei 189, Código Administrativo Buenos Aires (Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), regra geral, por silêncio administrativo local.

⁴ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 9. ed. Buenos Aires: F.D.A., 2007. t. 3.º El Acto Administrativo, p. 32-49.

⁵ GISS, Victoria. Inactividad de la Administración Pública: el silencio administrativo y su régimen en la legislación argentina. *Futuros abogados latinoamericanos*, Buenos Aires, n. 2, mar. 2010, p. 2.

⁶ HUTCHINSON, Tomás. La inactividad de la Administración y su control. In: AAVV. *Control de la Administración Pública*. Buenos Aires: RAP, 2003. p. 180.

- ⁷ MURATORIO, Jorge I. ¿Actos administrativos tácitos?. In: AAVV. *Acto y reglamento administrativo*. Buenos Aires: RAP, 2002. p. 373.
- ⁸ PERRINO, Pablo E. El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa. *Revista de Derecho Público*, Buenos Aires, a. II, n. 1, ene.-jun. 2003, p. 257-294.
- ⁹ MUÑOZ, Guillermo A. *Silencio de la Administración y plazos de caducidad*. Buenos Aires: Astrea, 1982. p. 70 e 109.
- ¹⁰ GORDILLO, Agustín. Op. cit., p. 96.
- ¹¹ Ibidem, p. 96.
- ¹² A queixa permite que se faça uma reclamação perante o imediato superior hierárquico. Não existe um prazo formal para se interpor, afinal, não se trata de recurso, mas tem prazo para sua resolução, 5 (cinco) dias. Essa resolução é irrecorrível.
- ¹³ O amparo por mora tem por finalidade a intimação judicial da Administração mediante uma ordem judicial para que o órgão dite o ato pertinente. São requisitos do amparo por mora o não cumprimento dos prazos por parte da Administração ou a demora irrazoável em ausência deste e que seja requerido por quem seja parte em um expediente administrativo. A decisão atinente à procedência do pedido é inapelável. Determinada sua procedência, o juiz requererá à autoridade administrativa informes sobre as causas da demora. Em nenhum caso, o juiz pronunciar-se-á sobre o fundo da questão, apenas, deve ordenar o pronunciamento da mesma.
- ¹⁴ HUTCHINSON, Tomás. Op. cit., p. 99.
- ¹⁵ TAWIL, Guido S. *Administración y justicia*. Buenos Aires: Depalma, 1993. t. I, p. 294.
- ¹⁶ GISS, Victoria. Op. cit., p. 8.
- ¹⁷ GRECCO, Carlos Manuel. Sobre el silencio de la Administración. In: GRECCO, Carlos Manuel; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Coords.). *Fragmentos y testimonios del derecho administrativo*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999. p. 270.
- ¹⁸ HUTCHINSON, Tomás. Op. cit., p. 99.

7.1 INTRODUÇÃO

O Direito boliviano trata do silêncio administrativo como uma garantia processual não jurisdicional. Afirma-se que a função primordial do instituto é conservar o direito de receber uma resposta e limitar o abuso por parte da Administração.

Recentemente, a Bolívia promulgou uma nova Constituição transformando radicalmente sua ordem social, econômica, cultural e jurídica. Apesar do aspecto sistemático utilizado pelo constituinte, não existe referência ao silêncio administrativo na nova Constituição.

O ordenamento jurídico boliviano, em decorrência dessas transformações, encontra-se em constante modificação, mesmo assim ainda está em vigor a Lei 2.341, conhecida como Lei de Procedimento Administrativo, de 23 de abril de 2002.

Segundo o art. 52 dessa lei, todos os procedimentos administrativos devem terminar com uma decisão oficial que declare a aceitação ou o rechaço total ou parcial da pretensão do administrado, sem prejuízo do previsto no art. 17, III, que prevê o silêncio administrativo.

O art. 17 dispõe sobre o silêncio administrativo e a obrigação de resolver por parte da Administração.

De acordo com os incisos I e II de tal artigo, a Administração Pública está obrigada a ditar resolução expressa em todos os procedimentos, qualquer que seja sua forma de iniciação. O prazo para dita resolução será de seis meses desde a iniciação do procedimento, salvo prazo distinto estabelecido conforme normativa especial.

O inciso III trata especificamente do silêncio administrativo ao dispor que a pessoa poderá considerar negada sua solicitação quando transcorrido o prazo previsto sem que a Administração dite a devida resolução expressa. Nesses casos, poderá impetrar o recurso administrativo que corresponda ou, sendo o caso, ajuizar ação judicial¹.

O Tribunal Constitucional, na sentença 0018/2005, de 8 de março de 2005, afirma:

(...) Corresponde señalar además que dicha situación (efecto negativo del silencio administrativo) se traduce en un beneficio para el propio interesado, en cuanto le habilita para acceder a la vía judicial y evita dejarlo en indefensión, ya que no debe esperar se dicte la resolución administrativa, haciendo así efectivo su derecho a la tutela judicial efectiva, siendo inadmisibles las pretensiones del incidentista en el sentido de que dicha negativa sea entendida como una decisión positiva para el administrado, pues ello significaría dar curso a pretensiones inclusive descabelladas por la sola inacción de la administración, ya que el silencio positivo constituye un verdadero acto administrativo que confiere derechos, lo cual ocasionaría un estado de inconstitucionalidad mayor al que se pretende evitar, al afectarse fundamentalmente a la seguridad jurídica, por ello, para que se opere el silencio administrativo positivo, es necesaria una disposición legal expresa. (Expediente: 2004-10408-21-RII; Distrito: La Paz; Magistrado Relator: Dr. Artemio Arias Romano).

Mesmo sendo o silêncio negativo a regra, existem exceções para resguardar da melhor forma a garantia da tutela efetiva. O inciso V autoriza a existência de “decisão positiva” exclusivamente naqueles trâmites expressamente previstos em disposições regulamentares especiais, devendo o interessado atuar conforme se estabeleça nestas disposições.

7.2 RECURSOS ADMINISTRATIVOS E EXCEÇÃO À REGRA DO SILÊNCIO NEGATIVO

Existem no Direito boliviano duas espécies de recursos administrativos: o recurso de revocatória e o recurso hierárquico.

O recurso de revocatória poderá ser interposto contra resolução da autoridade administrativa. Segundo o art. 65 da Lei de Procedimento Administrativo, o órgão autor da resolução recorrida terá para solucionar e resolver o recurso de revocatória um prazo de 20 dias. Caso vencido tal prazo sem que se dite resolução, dever-se-á tê-lo como denegado, podendo o interessado interpor recurso hierárquico.

Já o recurso hierárquico poderá ser utilizado contra a resolução que resolva o recurso de revocatória. Conforme o art. 66, esse deverá ser interposto perante a mesma autoridade administrativa competente para resolver o recurso de revocatória, dentro do prazo de dez dias. Essa autoridade administrativa terá o prazo de 90 dias para julgar o recurso hierárquico e caso não o faça dentro desse prazo, o mesmo se terá por aceitado e, em

consequência, será revogado o ato recorrido, sob responsabilidade da autoridade pertinente. Trata-se, de uma exceção à regra do silêncio negativo que está na própria Lei.

Vislumbram-se, então, no Direito boliviano, algumas alternativas para que se possa chegar à via judicial no processo contencioso-administrativo: ter resolvido a petição que se solicitou (seis meses), o recurso de revocatória (20 dias) e o recurso hierárquico (90 dias). Tudo se traduz em um tempo de espera de aproximadamente dez meses. Isso apenas para poder acessar o Judiciário.

Observa-se, portanto, que o ordenamento jurídico boliviano utiliza-se do silêncio negativo em primeira instância e o silêncio positivo em última instância.

7.3 NATUREZA JURÍDICA DO SILÊNCIO NEGATIVO E POSITIVO

O motivo essencial e legal do silêncio negativo na Bolívia é o de gerar uma resposta formal e motivada por escrito, que resolva o assunto peticionado². Assim, o silêncio negativo é tratado, nesse país, não como uma figura inútil, mas sim como um resguardo de impugnar o ato presumido. Não é visto como um ato tácito que resolve o fundo do assunto, porque na realidade o silêncio negativo só desvirtua a petição e abre passo à próxima etapa.

Já o silêncio positivo também tem uma falência de sua própria natureza. Considera-se este, na Bolívia, como um ato administrativo presumido, pois concede a petição e satisfaz ao peticionante no que se refere ao mérito do assunto. No entanto, ainda, não se resolveu o problema da certificação de que a petição foi admitida. A Lei de Procedimento Administrativo preconiza que o ato administrativo ganha validade na data da notificação ou publicação (art. 32). Como o silêncio administrativo é, em si, uma ausência de pronunciamento, não haveria como conceder validade a essa omissão, logo, sustenta-se que a única maneira de subsanar esta falta seria pedindo um reconhecimento pela Administração de que o prazo para se pronunciar terminou e que, por meio do silêncio positivo, resolveu-se o mérito da questão. O problema, como já observado no Direito espanhol, é a possibilidade de novo silêncio por parte da Administração, ademais, nenhum agente público reconheceria sua omissão, pois, como a própria legislação boliviana determina, isso levaria a uma responsabilização do mesmo.

7.4 REVOGABILIDADE DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS

De acordo com art. 31 da Lei de Procedimento Administrativo boliviana, a Administração pode corrigir, a qualquer tempo, de ofício ou a instância dos interessados, os erros materiais, de fato, ou aritméticos que existam no ato administrativo, porém sem alterar substancialmente suas decisões.

Apenas nos casos de nulidade de pleno direito (art. 35), cujos atos serão inexistentes, e nos casos de anulabilidade (art. 36), em que estes poderão ser convalidados, saneados ou retificados pela mesma autoridade administrativa, subsanando os vícios, todos os demais permanecerão como válidos no sistema boliviano.

Tanto a nulidade como a anulabilidade apenas poderão ser invocadas mediante a interposição de recurso administrativo (arts. 35.II e 36.IV).

Por fim, no sistema boliviano, a nulidade ou anulabilidade de um ato administrativo não implicará a nulidade ou anulabilidade dos sucessivos no procedimento, sempre que sejam independentes do primeiro. Da mesma forma, a nulidade ou anulabilidade de uma parte do ato não implicará a das demais partes do mesmo ato que sejam independentes daquela (art. 38).

¹ Impõe-se a possibilidade de responsabilidade do agente público (autoridade ou servidor público) competente caso esse não dite a resolução expressa (inciso IV).

² Sentença Constitucional 1043/2006-R, de 20 de outubro de 2006.

8.1 INTRODUÇÃO

O silêncio administrativo, no Chile, está regulado na Lei 19.880, de 29 de maio de 2003, que estabelece as bases dos procedimentos administrativos que regem os atos dos órgãos da Administração naquele país. Inicialmente, conhecida como “ley del silencio administrativo”, posto que garantia ao cidadão chileno, em suas atuações frente à Administração Pública, a obtenção de um resultado (positivo ou negativo) ainda quando o órgão competente não se pronunciasse perante suas solicitações. Atualmente, por tratar de inúmeros outros assuntos, é tratada como lei sobre o procedimento administrativo.

O silêncio administrativo, na lei chilena (arts. 64 e 65), é tratado como uma presunção ou ficção legal em virtude da qual toda vez que um particular apresente uma solicitação que dê início a um procedimento administrativo, transcorrido um prazo máximo legal sem que o órgão competente da Administração se pronuncie acerca da solicitação apresentada, poderia este denunciar a demora da Administração e requerer do ente respectivo uma decisão efetiva pertinente à solicitação ou petição apresentada¹. Se a autoridade que deveria resolver o assunto não se pronuncie dentro de um novo prazo outorgado em benefício da Administração de forma especial e excepcional, tal apresentação entender-se-á aprovada ou rechaçada segundo o caso².

8.2 POSSIBILIDADE DE SILÊNCIO POSITIVO COMO REGRA EM CASOS DE DENÚNCIA

O art. 64 da Lei 19.880, de 29 de maio de 2003, dispõe que, transcorrido o prazo legal, normalmente estipulado nos arts. 23 a 27 da mesma lei, para resolver sem que a Administração se pronuncie, o interessado poderá denunciar o fato ante a mesma autoridade que deveria resolver o assunto, requerendo-lhe uma decisão acerca da sua solicitação. Dita autoridade deverá outorgar recibo a essa denúncia, indicando a data e levando cópia dela a seu superior hierárquico dentro do prazo de 24 horas.

Caso essa autoridade não se pronuncie no prazo de cinco dias, contados desde a recepção da denúncia, a solicitação do interessado entender-se-á, a princípio, aceita. Nestes casos, o interessado poderá pedir uma certificação de que sua solicitação não foi resolvida dentro do prazo legal. Dita certificação será expedida sem mais trâmites.

Diz-se, a princípio, aceita, pois o art. 65 da mesma lei estabelece as hipóteses de silêncio negativo. Desse modo, tem-se como regra o silêncio positivo, no entanto, caso a solicitação que não seja resolvida dentro do prazo legal afete o patrimônio fiscal, deverá ela ser rechaçada. O mesmo aplica-se aos casos em que a Administração atue de ofício - quando deva se pronunciar sobre impugnações ou revisões de atos administrativos, ou quando se exercite, por parte de alguma pessoa, o direito de petição consagrado no art. 19.14 da Constituição chilena.

Do mesmo modo como ocorre no silêncio positivo, nos casos de silêncio negativo, também, poderá o interessado pedir que certifiquem que sua solicitação não foi resolvida dentro do prazo legal. Sendo o certificado outorgado sem mais trâmites, entende-se que, desde a data em que este foi expedido, começará a correr o prazo para interpor o recurso procedente.

Mesmo sendo a regra, no Chile, os casos de silêncio positivo são, na prática, praticamente exceções em comparação com o silêncio negativo.

8.3 ATO CERTIFICATÓRIO

O silêncio, no Chile, não opera, como visto, de maneira automática. A legislação exige a certificação por parte da Administração de sua própria omissão. Resta, assim, o silêncio remetido à atividade certificadora do mesmo órgão incumpridor. Dessa maneira, a vigência mesma do silêncio depende do próprio órgão infrator. Caso novamente se silencie, o particular fica novamente sem seu direito garantido³.

8.4 EFEITOS DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

Afirma o art. 66 da lei chilena que tanto os atos derivados de silêncio positivo ou negativo

como aqueles que culminam de resoluções expressas da Administração terão os mesmos efeitos desde a data da respectiva certificação. Evidencia-se, portanto, a inexistência de efeitos caso não haja o certificado.

Tal regra geral é aplicável a menos que se tenha legislação específica estipulando de forma contrária, podendo, no entanto, ser aplicada às disposições da Lei de Procedimientos Administrativos de forma suplementaria.

Essa previsão leva Jaime Rojas Varas⁴ a colocar que: “el órgano a quien se le imputa silencio positivo sigue manteniendo la obligación y la competencia para dictar resolución expresa únicamente hasta que se expida la certificación antes mencionada. A partir de ese momento el acto presunto por silencio positivo se equipara, para todos los efectos, a la resolución expresa”.

8.5 INVALIDAÇÃO E REVOGAÇÃO

Com relação à possibilidade de revogar ou refazer decisões fictícias, o art. 53 da Lei de Procedimiento Administrativo chilena possibilita à autoridade administrativa invalidar atos contrários ao direito, e o art. 61 possibilita a revogação, excetuando algumas hipóteses, como quando se tratar de atos declarativos ou criadores de direitos adquiridos legitimamente, quando a lei tenha determinado expressamente outra forma de extinção dos atos, ou quando, por sua natureza, a regulação legal do ato impeça que sejam deixados sem efeito.

Assim o é, porque, de acordo com o art. 66 da Lei de Procedimiento Administrativo, as decisões fictícias têm o mesmo efeito que aquelas expressas.

O prazo para submeter objeções ou apelações a qualquer decisão (expressas ou fictícias) é de cinco dias (art. 59), contados do dia seguinte ao da notificação ou publicação do ato ou da produção positiva ou negativa do silêncio administrativo (art. 25), possuindo a autoridade 30 dias para resolver a disputa.

¹ MIGUEL S. MARIENHOFF (MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Abelardo Perrot, 1998. t. II, p. 323) sustenta que o efeito atribuído pela norma ao silêncio vale como presunção do alcance ou significado da vontade administrativa. A norma realiza aqui uma interpretação razoável do sentido do seu silêncio. Não se trata, pois, de uma ficção da norma, mas sim de uma presunção aceita por esta, baseada geralmente em dados de experiência.

Contra essa posição ANDREA PAOLA RUIZ ROZAS (apud ROJAS VARAS, Jaime. Notas sobre el procedimiento administrativo establecido en la ley n.º 19.880. *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, Santiago de Chile, n. 11, p. 21-54, jun. 2004, p. 29) sustenta ser ficção legal, isto é, uma criação legal que, frente à concorrência de determinados requisitos, atribui um efeito positivo ou negativo.

² AHUMADA MORA, Omar. Una nueva Ley para el control ciudadano de la administración (La Ley 19.880, sobre bases de los procedimientos administrativos). *Revista Enfoques*, Santiago de Chile, n. 1, 2003, p. 115-128.

³ O problema é mencionado por JAIME ROJAS VARAS (ROJAS VARAS, Jaime. Notas sobre el procedimiento administrativo establecido en la ley n.º 19.880. *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, Santiago de Chile, n. 11, p. 21-54, jun. 2004, p. 29) da seguinte maneira: “Uno de los problemas que pueden plantearse con el silencio positivo es el de su prueba. En efecto, cuando se trate de hacer valer el acto ante la propia Administración que hubo de dictarlo, no hay dificultad. Sin embargo, cuando el acto presunto debe ser acreditado por el interesado ante una instancia diferente podemos encontrarnos frente a una ‘probatio diabólica’ de los hechos negativos. La cuestión puede agravarse cuando el órgano administrativo se niegue a expedir el certificado en que conste que se ha producido el acto por silencio positivo.

La LBPA pretende solucionar este problema imponiendo la obligación de expedir un certificado acreditando el sentido positivo o negativo del silencio, el que debe entregarse ‘sin más trámite’. Los interesados podrán pedir esta certificación transcurrido el plazo fijado por la denuncia de la mora (cinco días hábiles), pero esta fecha sólo es inicial, con lo que se deja en manos del particular determinar el momento en que le sea más oportuno solicitarla, lo cual es especialmente importante en los casos de silencio negativo”.

⁴ ROJAS VARAS, Jaime. Op. cit., p. 29.

9.1 INTRODUÇÃO

A Lei 27.444 (Lei de Procedimento Administrativo Geral - LPAG), de 11 de abril de 2001, à semelhança de muitos outros sistemas legais analisados, era um dos marcos normativos que tratavam de forma íntegra a figura do silêncio administrativo em seus arts. 33 e 34.

Tal norma foi derrogada por uma lei específica de silêncio administrativo. O Peru, inclusive, é um dos poucos países que disciplina o silêncio administrativo por lei específica. Trata-se da Lei 29.060, de 6 de julho de 2007 (também conhecida como Lei do silêncio administrativo), aplicável caso a lei especial não estipule de forma contrária. Tal lei faz parte da política geral peruana de um “Estado Moderno” que visa a criar uma base legislativa direcionada a simplificar, clarificar e publicizar todo tipo de procedimento administrativo, além de brindar com uma melhor atenção os procedimentos a seu cargo e garantir o exercício dos direitos dos cidadãos.¹

Certamente, essa lei outorga uma regulação mais garantidora em relação a anterior, inclusive, estabelece, como regra geral, o silêncio positivo como ato presumido que põe fim ao procedimento a favor do administrado (resolução concessória fictícia), sendo exceção o silêncio negativo, considerado como técnica legal (ficção) que permite ao cidadão considerar denegada sua petição a efeitos de interpor o recurso administrativo ou a demanda judicialmente, ou esperar que a Administração se pronuncie².

A partir da edição da Lei 29.060, foram emitidas diversas normas para garantir seu cumprimento, entre eles: o Decreto Supremo 079-2007-PCM, de 8 de setembro de 2007, mediante o qual se aprovam a elaboração e aprovação de Texto Único de Procedimentos Administrativos (TUPAs) e se estabelecem disposições para o cumprimento da Lei de Silêncio Administrativo; e o Decreto Supremo 096-2007-PCM, de 14 de dezembro de 2007, que regula a fiscalização posterior aleatória dos procedimentos administrativos por parte do Estado, além de criar uma *Central de Riesgo Administrativo* (CRA).

9.2 ÂMBITO DE APLICAÇÃO

Apesar de a Lei 29.060 não estipular seu âmbito de aplicação, entende-se que seriam todas entidades da Administração peruana, conforme estipulado no art. 1.º da Lei 27.444. No entanto, o art. 1.º do Decreto Presidencial 079-2007-PCM exclui do âmbito do silêncio administrativo os delegatários de serviços públicos (item 8 do art. 1.º da Lei 27.444).

Mesmo dentro do seu âmbito de aplicação (Administração direta e indireta), exclui-se o seu emprego quando diante de casos de procedimentos de petição graciável ou consultas. Petição graciável, segundo Enzo Paolo Paredes Castañeda³, ocorre quando uma determinada solicitação deseja do titular da entidade competente a emissão de um ato sujeito à sua discricionariedade ou a sua livre apreciação, ou a prestação de um serviço quando não se conta como um título legal que permita exigí-lo como uma petição de interesse particular. Já as petições consultas são, para o autor, aquelas pelas quais se busca da autoridade administrativa informações sobre as matérias sob sua competência e o sentido da normativa vigente que compreende sua ação, particularmente, aquela emitida pela própria entidade.

9.3 A REGRA DE SILÊNCIO POSITIVO AUTOMÁTICO

Determina a Lei de Silêncio Administrativo peruana que estão sujeitos ao silêncio positivo os procedimentos de apreciação prévia quando se trate de: solicitação cuja estimativa habilite para o exercício de direitos preexistentes ou para o desenvolvimento de atividades econômicas que requeiram autorização prévia do Estado, e sempre que não encontrem contempladas como silêncio negativo; recursos destinados a questionar a negação de uma solicitação ou atos administrativos anteriores; e procedimentos nos quais a transcendência da decisão final não possa repercutir diretamente nos administrados distintos do peticionário, mediante a limitação, prejuízo ou afetação aos seus interesses ou direitos legítimos (art. 1.º).

Considerar-se-á automaticamente aprovados os procedimentos administrativos sujeitos ao silêncio positivo se a entidade competente não tiver emitido pronunciamento correspondente no prazo estipulado, não sendo necessário expedir-se pronunciamento ou documento algum para que o administrado possa fazer efetivo seu direito, sob responsabilidade de funcionário ou servidor público que o requeira (art. 2.º).

A LPAG, em seu art. 31, também, estipula casos de aprovação automática. Indica que, nos procedimentos deste tipo, a solicitação considera-se aprovada desde o mesmo momento da sua apresentação ante a entidade competente para conhecê-la.

Não obstante, poderão os administrados apresentar uma declaração juramentada ante a própria entidade que configurou essa decisão fictícia, com a finalidade de fazer valer o direito conferido perante a mesma ou terceira entidade da Administração, constituindo o cargo de recepção desse documento, prova suficiente da resolução aprobatória fictícia da solicitação ou trâmite iniciado. Caso a administração se negue a receber a Declaração Juramentada, o administrado poderá remetê-la por conduto notarial, obtendo assim os mesmos efeitos (art. 3.º).

Sendo assim, por operar o silêncio positivo de maneira automática, tal declaração possui efeitos apenas declarativos, não deve ser vista como um elemento constitutivo do silêncio (art. 188.º.1 da LPAG).

9.4 PREVISÃO GENÉRICA DE SILÊNCIO NEGATIVO

Concebido como regra, o silêncio positivo, prevê a Lei de Silêncio Administrativo peruana, ainda, o silêncio negativo. Tal considerado excepcionalmente aplicável nos casos em que se afete significativamente o interesse público, incidindo na saúde, no meio ambiente, nos recursos naturais, na segurança cidadã, no sistema financeiro e de seguros, no mercado de valores, na defesa comercial, na defesa nacional e no patrimônio histórico cultural da nação.

A aplicação do silêncio negativo deve apenas se justificar quando o procedimento importe uma afetação significativa ao interesse público, não significa, portanto, que, em todos os procedimentos administrativos vinculados às matérias anotadas, aplicar-se-ão o silêncio negativo.

Outras hipóteses genéricas em que se aplica o silêncio negativo são nos procedimentos trilaterais que gerem obrigações de dar ou fazer ao Estado, e nos procedimentos de autorização para operar cassinos de jogos e máquinas caça-níqueis.

Também, serão casos de silêncio negativo os procedimentos pelos quais se transferem faculdades da Administração Pública e os de inscrições registraes.

Por fim, remete a leis e normas especiais o silêncio administrativo em matéria tributária.

9.5 RESPONSABILIDADE DO FUNCIONÁRIO E SERVIDOR PÚBLICO

Os funcionários e servidores públicos da entidade que silenciarem ou de qualquer entidade da Administração que, injustificadamente, negarem-se a reconhecer a eficácia do direito conferido ao administrado, ao ter operado a seu favor o silêncio administrativo positivo em um procedimento que se segue ante a entidade, ou que seja derivada de Declaração Jurada referida anteriormente, dentro de um procedimento que segue ante outra entidade da Administração, incorrerão em falta administrativa sancionável, conforme estabelece o art. 239 da Lei 27.444, sem prejuízo das responsabilidades civis e penais que tenham lugar (art. 4.º).

Para denunciar os funcionários e servidores públicos por tais irregularidades previram-se dois meios na Lei 29.060 (art. 5.º), o primeiro diante do superior hierárquico; e o segundo perante o órgão de controle institucional da respectiva entidade. Tais ações, todavia, são de caráter excludente, ou seja, a interposição da queixa inabilita ao administrado de interpor a denúncia perante o órgão de controle. Não obstante, a interposição de quaisquer dessas medidas não constitui impedimento para o início das ações civis e penais que tenham cabimento.

9.6 TEXTO ÚNICO DE PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS

De acordo com o art. 37, da Lei 27.444, toda entidade da Administração Pública deve elaborar e aprovar seu Texto Único de Procedimentos Administrativos (TUPAs), o qual compreende: todos os procedimentos de iniciativa de parte requeridos pelos administrados para satisfazer seus interesses ou direitos mediante o pronunciamento de qualquer órgão da entidade; a descrição clara e taxativa de todos os requisitos exigidos para a realização completa de cada procedimento; a qualificação de cada procedimento segundo corresponda entre procedimentos de avaliação prévia ou de aprovação automática; no caso de

procedimento de avaliação prévia, se o silêncio administrativo aplicável é negativo ou positivo; os casos em que procede o pagamento de direitos de tramitação, com indicação do montante e a forma de pagamento; as vias de recepção adequadas para acessar os procedimentos contidos nos TUPAs; a autoridade competente para resolver, em cada instância, o procedimento e os recursos; e os formulários que sejam empregados durante a tramitação do respectivo procedimento administrativo.

Em decorrência de tal dispositivo, todos os procedimentos administrativos no Peru são explicados em grande detalhe⁴. Nome, objetivo, documentos necessários, passos a seguir, departamento responsável, endereço para protocolo, efeitos (positivo ou negativo do silêncio) e base legal, tudo fica disponibilizado, em uma única página web, chamada: "Portal de Servicios al Ciudadano y Empresas. Ventanilla única del Estado...a su servicio!"⁵

¹ No Peru, a Lei 27.658, de 30 de janeiro de 2002, conhecida como Lei Marco de Modernização da Gestão do Estado, declarou o Estado peruano em processo de modernização em suas diferentes instâncias, dependências, entidades, organizações e procedimentos, com a finalidade de melhorar a gestão pública e construir um Estado democrático descentralizado e a serviço do cidadão.

Veja discurso do Presidente Alan García Lima em 02.03.2007. Disponível em:

<http://www.pcm.gob.pe/InformacionGral/sgp/2007/REFORMA_DEL_ESTADO.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2012.

² PACORI CARI, José María. *El silencio administrativo en el Perú*. Arequipa: Perla Negra, 2008.

³ PAREDES CASTAÑEDA, Enzo Paolo. *Aplicación del Silencio Administrativo: Retos y tareas pendientes*. Informe Defensorial n.º 145. Lima: Defensoría del Pueblo, 2009. p. 73.

⁴ Para se ter uma ideia da transparência oferecida pelo sistema, durante 180 dias após a Lei 29.060 todos os entes públicos a que se refere o art. I da Lei 27.444 reconheceram 397 novos procedimentos aplicando silêncio positivo, totalizando atualmente 893 procedimentos administrativos especiais em que silêncio positivo é aplicável. Como exemplo, pode-se verificar os TUPAs dos seguintes Ministérios: Vivenda (<http://www.vivienda.gob.pe/ministerio/tupa.aspx>); Educação (<http://www.minedu.gob.pe/tupa/index.php>); Transporte e Comunicação (<http://www.mtc.gob.pe/portal/home/tupa.htm>); e Produção (http://www.produce.gob.pe/pesqueria/tupa/tupa_produce/). Para maiores informações vide:

GARCÍA PEREZ, Alan. REFORMA DEL ESTADO. SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO. Relación de nuevos plazos simplificados en aplicación de la Ley del Silencio Administrativo Ley 29060. 11 de janeiro de 2008.

Disponível em: <<http://www.pcm.gob.pe/InformacionGral/sgp/2008/SAP.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2012.

⁵ Disponível em: <<http://www.serviciosalciudadano.gob.pe>>. Acesso em: 12 jul. 2012.

10.1 INTRODUÇÃO

No México, o silêncio administrativo é também chamado de resolução fictícia, podendo ser resolução negativa fictícia (silêncio negativo) ou resolução afirmativa fictícia (silêncio positivo). Isto é, nos casos em que a Administração Pública se omite em dar resposta expressa a uma solicitação ou recurso legal, esta se entenderá como denegatória para o primeiro caso; e concessória para o segundo.

Nesse ordenamento, o silêncio administrativo era caracterizado como de regulamentação segmentada, difundido e consolidado na matéria fiscal e suas matérias acessórias, com prevalência da negativa fictícia e presença esporádica da afirmativa fictícia, sobretudo em matéria registral (notarial)¹.

Foi, porém, com a Lei Federal de Procedimento Administrativo que se estabeleceu como regra geral para os procedimentos nos quais não houvesse resultado a petição dos particulares em um período de três meses, ou em um prazo distinto, segundo outra norma de caráter geral, a negação da petição formulada (silêncio negativo), sendo de caráter excepcional a figura do silêncio positivo (arts. 16 e 17).

Além da regra geral do silêncio negativo estipulada no art. 17, que diz respeito a solicitações de todos os tipos, também se estipula, no art. 94, tal regra no que concerne à falta de resolução nos recursos de revisão. A lei mexicana considera a possibilidade de que outros ordenamentos possam assinalar como regra a resolução afirmativa fictícia.

Utilizando-se de tal disposição e mesmo não sendo a regra geral no âmbito federal pelo menos cinco estados-membros da federação mexicana decidiram conceder efeitos positivos ao silêncio, são eles: Jalisco, Nayarit, Estado de México, Sinaloa e Veracruz².

10.2 OBRIGAÇÃO DE RESOLVER

O art. 8.º da Constituição mexicana que trata do direito de petição sempre foi vinculado à obrigação que tem a Administração Pública de resolver as petições a ela solicitadas em sua esfera de competência.

Sendo assim, conforme evidencia David Cienfuegos Salgado³, o exercício do direito de petição é requisito indispensável para que surja o silêncio administrativo nas situações contempladas legalmente.

10.3 ELEMENTOS DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

De acordo com Alfonso Nava Negrete⁴, são elementos que compõem o silêncio administrativo:

1) existencia de una instancia de particulares, solicitando, pidiendo o impugnando una resolución administrativa ante la administración; 2) abstención de la autoridad administrativa de resolver la instancia del particular; 3) transcurso de cierto tiempo es el necesario o suficiente que el legislador considero así para que la administración este en posibilidad de resolver y no simplemente de contestar; 4) presunción como efecto jurídico del silencio, de que existe ya una resolución administrativa; y, 5) la resolución administrativa presunta es en sentido contrario a los intereses pedidos en las instancias o en su caso favorable a ellos.

10.4 NEGATIVA FICTÍCIA COMO REGRA

A negativa fictícia é a figura que tem por objeto evitar que o particular que formulou uma solicitação ou petição por escrito resulte afetado em sua esfera jurídica perante o silêncio da autoridade que, conforme a lei, deveria emitir a resolução correspondente. Existirá sempre e quando transcorrido um determinado prazo desde a data na qual se fez dita solicitação ou petição sem que a autoridade dê contestação. A lei presume que a decisão da Administração é negativa para o solicitante ou peticionário. A partir desse momento, o administrado tem direito a iniciar os recursos e exercer as ações a seu favor. No México, como visto, essa é a regra estipulada no art. 17 da Lei Federal de Procedimento

Administrativo⁵.

10.5 NATUREZA JURÍDICA DA NEGATIVA FICTÍCIA

No México, afirma-se que as resoluções administrativas podem ser espontâneas ou provocadas. Nas primeiras, a própria autoridade, por seu funcionamento administrativo de ofício, gera-as; já, nas segundas, existe a necessidade do impulso de um particular, entende-se a petição de parte, para gerá-las. Quaisquer desses tipos de resoluções possuem dois sentidos, um afirmativo ou outro negativo, dependendo dos interesses e pretensões de seu promotor⁶.

As formas de manifestações podem ser, porém, expressas ou tácitas. As primeiras dão-se quando se notifica a resolução ao interessado e as últimas ocorrem em caso de silêncio das autoridades a respeito de uma promoção⁷.

Sendo assim, considera-se a chamada negativa fictícia como uma resolução administrativa definitiva, surtindo todos os efeitos jurídicos e, como tal, gerando consequências nas esferas dos particulares, direitos e obrigações, além de poder ser recorrida mediante qualquer processo, ou seja, pode ser impugnada.

10.6 CONFISSÃO DE MORA

Depreende-se do art. 17 uma formalidade que pode fazer inócuo o benefício do silêncio negativo no México: a necessidade da constância de falta de resposta que deve expedir a autoridade omissa, uma espécie de “confissão de mora” por parte desta.

Na tentativa de minimizar o problema dessa confissão, a lei responsabiliza o servidor público que descumpra por duas vezes o disposto no art. 17, isto é, que não expeça tal constância de falta de resposta para que o particular possa recorrer ao Judiciário.

¹ PÉREZ LÓPEZ, Miguel. El silencio administrativo y la mejora regulatória. *Revista Alegatos*, Ciudad de México, n. 50, p. 103-120, ene.-abr. 2002, p. 108.

² Observa-se, portanto, uma predisposição dos entes federados em consagrar o silêncio positivo como regra. Em âmbito federal, este é consagrado em casos excepcionais, como, por exemplo, na Lei Federal de Transparência e Acesso à Informação Pública Governamental (art. 53), na Lei Federal de Proteção ao Consumidor (art. 87), na Lei de Fundos e Seguros Agropecuários e Rural (art. 46) e na Lei Aduaneira (art. 61).

³ CIENFUEGOS SALGADO, David. *El derecho de petición en México*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. p. 245.

⁴ NAVA NEGRETE, Alfonso. Silencio administrativo. In: INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. *Diccionario jurídico mexicano*. Ciudad de México: UNAM, 1984. t. VIII, p. 126.

⁵ Segundo DANIEL DIEP DIEP (DIEP DIEP, Daniel. *Defensa fiscal*. México: Pac, 2002. p. 281): “toda negativa ficta puede implicar, o bien la mera negligencia de la autoridad administrativa, o bien su intencionada decisión de rehuir el problema, o bien su incapacidad intelectual para resolverlo; pero, sea como fuere, para los gobernados representa la pérdida de três meses, por lo menos, sin responsabilidad alguna para el funcionario respectivo”.

⁶ OLIVERA TORO, Jorge. *Manual de derecho administrativo*. Ciudad de México: Porrúa, 1988. p. 218.

⁷ *Ibidem*, p. 219.

CONCLUSÕES

Diante da postulação de qualquer administrado, seja pessoa jurídica ou física, tem a Administração o dever de apreciar e expressamente decidir de forma célere, transparente e com linguagem clara e de fácil compreensão. Deve fazê-lo dentro de um prazo razoável, expressão que deve ter em conta o caso concreto, ou seja, as circunstâncias referidas nas diversas capacidades de trabalho e eficiência dos agentes públicos competentes. Não se trata de decidir por decidir, pois tem ela a obrigação de decidir, conceder, responder o pleiteado, o solicitado, o requisitado ou o recorrido.

Além do dever de decidir, tem, também, a Administração o dever de motivar de forma explícita, suficiente, clara e congruente suas decisões, indicando os fatos e os fundamentos jurídicos que levaram àquela tomada de decisão, seja ela discricional ou não, caso contrário, estará implicando um cerceamento de defesa do administrado, ferindo direitos que lhe são fundamentais, bem como tornando impossível o controle da Administração.

Esses deveres, que nada mais são que obrigações por parte da Administração, significam que a conclusão dos procedimentos administrativos não pode ser postergada indefinidamente. Mas não cabe dúvida de que a Administração pode não cumprir com tais obrigações, basta, para tanto, guardar silêncio frente ao pedido, solicitação, requerimento ou recurso do particular.

Obviamente que essa omissão administrativa será considerada uma prática perniciosa, infelizmente, detectável em todos os âmbitos da Administração e estreitamente arraigada na consciência dos agentes públicos.

Entende-se que o volume físico, as dificuldades de tramitação e os problemas intrínsecos aos procedimentos administrativos existem, mas tais não podem ser utilizados como desculpas para o mau funcionamento da Administração. Essa inobservância caracterizará má administração, conceito vinculado às ações e omissões do Estado no desempenho da função administrativa e que não atendem aos princípios constitucionais e legais aplicados à Administração Pública. Trata-se de uma "anormalidade".

Não é difícil visualizar que tal passividade administrativa leva o administrado a ficar indefeso, de mãos atadas, à mercê da Administração. Assim não pode o administrador escorar-se em suas prerrogativas para ferir direitos do administrado.

Foram essas constatações que deram origem à Teoria do Silêncio Administrativo. E este nada mais é que um instrumento que garante os interesses dos particulares e da eficiência e celeridade procedimentais. O particular não pode ficar indefinidamente em um limbo jurídico por um "não atuar" da Administração. Essa omissão da Administração deve ser extirpada. Pois nada mais é do que um desvio/abuso de poder.

O fato de ser um instrumento de garantia impede qualquer interpretação que prejudique a quem se desejou favorecer. A figura do silêncio, portanto, deve sempre estar submetida a uma interpretação *pro cives*, isto é, em favor do administrado, podendo igualmente realizarem-se interpretações extensivas ou supletórias que permitam a extensão constante do silêncio. Não se trata, absolutamente, de uma forma mais cômoda para a Administração concluir o procedimento administrativo, mesmo sendo esse uma forma específica de sua extinção. Não se pode encarar como natural o fato de encerrar um procedimento administrativo pelo silêncio.

O silêncio apenas existe porque a Administração não cumpre com seu dever de decidir e motivar, de dar respostas expressas para todas as petições, solicitações, requerimentos ou recursos a ela dirigidos. Desse modo, deve ser encarado como um remédio contra a ineficiência da máquina estatal.

Tal instituto, portanto, é espécie do gênero omissão (inatividade ou passividade) da Administração. Trata-se, na verdade, da inatividade formal ou omissão específica da Administração. Logo, toda e qualquer situação de ausência de linguagem escrita, após transcorrido certo prazo máximo, afigurada em decisões, concessões ou respostas frente a procedimento administrativo iniciado de ofício ou pelo interessado, que produza determinados efeitos, configurará o silêncio administrativo.

Para que tal, no entanto, tenha efeitos, deve existir uma estipulação no ordenamento jurídico em decisão judicial ou na própria autonomia de vontade sufragada em um contrato. Qualquer efeito existirá apenas em casos de não cumprimento da Administração dos

deveres suprassuscitados, de modo que, frente à omissão dos órgãos administrativos, a lei, a sentença ou o contrato, configurando uma *fictio iuris*, outorga-lhe efeitos que possam ser a aceitação ou ser concessória (silêncio positivo) ou a negação ou ser denegatória (silêncio negativo).

O silêncio positivo origina-se da máxima romana “qui tacet consentire videtur” (quem cala consente). A atribuição de efeitos positivos ao silêncio administrativo legitima o administrado a realizar o que foi peticionado, solicitado, requerido ou recorrido, se decorrido o prazo para a autoridade se pronunciar. A produção de tais efeitos não autoriza que o administrado ultrapasse os limites do quanto requerido, por isso, o correto seria apenas se falar em efeitos positivos quando a solicitação fosse de tal forma nítida que não permitisse dúvidas acerca do que se obtém, daí porque se infere que tais efeitos não se operam em providências discricionárias, só podendo tratar de efeitos positivos do silêncio quando a omissão administrativa seja de caráter vinculado.

Já o silêncio negativo surgiu originalmente para possibilitar ao particular o acesso à jurisdição contencioso-administrativa em ausência de decisão expressa da Administração. Hoje, ainda, produz um efeito jurídico-processual, visto que sua funcionalidade radicava em permitir o acesso à instância seguinte. É necessário destacar que a ficção existe apenas no âmbito processual, nenhum efeito material pode ser atribuído ao silêncio negativo. Esse efeito é o esgotamento da instância em que se encontra o assunto, afinal, o silêncio é espécie de finalização do procedimento administrativo e, por conseguinte, a possibilidade do particular exercer os recursos subsequentes ou mesmo ingressar na esfera judicial sem qualquer problema relacionado ao interesse de agir.

Independentemente dos efeitos produzidos, certo é que a dicotomia entre silêncio positivo e negativo, ao menos em seu âmbito próprio, não abrange todo o leque de situações juridicamente possível, além do que, há de ter-se presente que determinadas situações, por estritas impossibilidades lógicas, não poderão possuir nenhum dos efeitos citados (positivo ou negativo).

Apesar de ser o silêncio repudiado, quando algum efeito lhe é dado não há necessariamente uma inconstitucionalidade. Entende-se que a inconstitucionalidade apenas sobrevirá caso a previsão de um regime de silêncio com efeitos positivos ou negativos ofenda um valor constitucionalmente protegido. Vale mencionar que, ao se atribuir efeitos ao silêncio, não está a lei, a sentença ou o contrato legitimando o descumprimento dos princípios e deveres antes analisados. A previsão de efeitos para o silêncio é medida que se presta a evitar ou, ao menos, minimizar as consequências a que fica vulnerável o administrado. Não se trata de uma sanção, mas sim, insista-se, de um mecanismo que se coloca em favor do administrado tendente a atenuar os prejuízos que lhe seriam provocados.

Outra importante conclusão que se chegou, ao longo deste trabalho, é pertinente aos requisitos que configuram o silêncio administrativo. Entende-se existirem ao menos três.

O primeiro requisito é a existência de procedimento administrativo iniciado de ofício ou pelo interessado. Quando iniciado pelo interessado, deve este apresentar petição, solicitação, reclamação ou recurso dirigido à Administração, acompanhado, obviamente, de toda documentação necessária. Qualquer das formas apresentadas pelo interessado deve ser válida, de outro modo, os efeitos do silêncio administrativo não poderão ocorrer, ou seja, deve respeitar todos os requisitos processuais estipulados em lei além, é claro, de o pedido ser formulado de maneira congruente e acompanhado dos documentos necessários para sua validade e para a decisão da Administração. Isso significa que basicamente deve ter um, ou mais, pedido delimitado, compreensivo e concreto; o pedido deve referir-se a algo possível e real; e não a algo inexistente ou contrário ao ordenamento jurídico; deve o órgão ou entidade da Administração ser legalmente habilitado para adotar o ato administrativo que se solicita, ou seja, deve ele ser o órgão competente; deve o interessado seguir os trâmites legalmente previstos; e deve conter toda documentação precisa para que a Administração tome o correto conhecimento do assunto, possibilitando, inclusive, que a Administração resolva o assunto adequadamente. Independentemente da expressão (petição, solicitação, reclamação ou recurso), o importante é que se provoque à Administração de forma correta.

O segundo requisito é o vencimento do prazo máximo sinalizado pela norma jurídica, juiz ou documento contratual sem que a Administração conteste expressamente, ou seja, a omissão da Administração durante determinado período de tempo. Existem, na verdade, dois elementos neste requisito: o vencimento de um prazo máximo sinalizado pela norma jurídica, juiz ou por instrumento bilateral de manifestação da autonomia de vontade, e a omissão administrativa ou a falta expressa de decisão, concessão ou resposta da Administração. Ambos os elementos devem ocorrer para que se tenha caracterizado esse segundo requisito do silêncio administrativo. Quanto ao prazo estipulado, este deve ater-se,

sempre, às circunstâncias concretas, tendo presente a complexidade do assunto, os distintos trâmites internos a realizar, bem como a própria conduta do interessado. Esse pode ser superior (ou inclusive inferior) ao lapso legal, por exemplo, para decidir. A questão deve sempre se determinar baseada em *standards* de prazo razoável, cuja análise é necessária para concretizar a existência da falta de serviço ou do funcionamento anormal do mesmo. Também não se pode deixar de mencionar que se suspenderá o prazo entre o momento em que a Administração solicita ao requerente elementos adicionais para que possa tomar a decisão sobre o caso em questão e a resposta do mesmo, sempre, que tais solicitações estiverem exigidas por lei, na sentença ou no contrato. Se assim não fosse, teria a Administração a justificativa ideal para impedir os efeitos do silêncio. Entende-se, também, que o prazo pode ser prorrogado desde que justificado e notificados os interessados, caso contrário, não teriam estes qualquer meio seguro de efetuar a contagem do mesmo para a formação dos efeitos do silêncio. Tal, também, apenas será possível se a legislação, a sentença ou o contrato permitirem-no.

Por fim, o terceiro e último requisito é atinente aos efeitos do silêncio administrativo e não à omissão propriamente dita. O silêncio administrativo para existir não precisa deste requisito, mas para que seus efeitos se produzam terá de constar expressa disposição normativa, decisão judicial ou instrumento contratual. A previsão legal é a forma mais evidente de existência dos efeitos do silêncio administrativo. Mas não é a única. Uma decisão ou sentença judicial pode também estabelecer efeitos jurídicos ao silêncio administrativo. E, por fim, a própria vontade contratual precedente da Administração pode impor determinados efeitos por meio da autonomia de vontade. Sendo assim, apesar de posicionamento contrário no sentido de sustentar a regra do silêncio negativo, mesmo não existindo previsão e até mesmo de silêncio positivo quando envolvido direitos fundamentais, não se vislumbra a possibilidade de qualquer efeito jurídico sem a respectiva previsão normativa, imposição judicial ou estipulação contratual. Desse modo, os efeitos do silêncio administrativo podem ser concessórios ou denegatórios (positivos ou negativos); e para que tais efeitos sejam válidos terão de respeitar a juridicidade.

Configurado o silêncio e seu respectivo efeito, caso esse seja negativo, ou inexistindo efeito, também chamado de silêncio neutro, restará ao administrado a faculdade de postular um recurso administrativo ou socorrer-se ao Judiciário.

O recurso administrativo poderá ser impetrado sem problemas caso exista previsão de efeito negativo para o silêncio. Porém, inexistindo efeito, terá, o particular, dificuldade para recorrer administrativamente, pois não há decisão para recorrer. Nesses casos, poderá, depois de decorrido o prazo, ou, se não estipulado o prazo, depois de prazo razoável, notificar a Administração para que, em determinado prazo, que também há de ser razoável, pronuncie-se, sob pena de entender como negativa a sua manifestação.

Já o Judiciário poderá, caso a decisão administrativa seja vinculada, substituir e, por conseguinte, suprimir a manifestação administrativa deferindo o pedido. Já, nos casos de decisão administrativa discricionária, poderá, sob pena de multa diária em caso de descumprimento, obrigar a Administração a manifestar-se, assim, podendo delimitar o espaço de manobra da Administração na sequência da sentença e, até mesmo nos casos de redução da discricionariedade a zero, “substituir” a vontade administrativa.

Aqui, também, há de ressaltar-se o problema do interesse de agir que poderá impedir o ajuizamento de qualquer ação. Segundo a nossa jurisprudência, existe sim o interesse de agir da parte no exato momento em que o apelante tem o direito de ver solucionado o seu pleito perante a Administração Pública.

Percebe-se, assim, que, apesar de inicialmente a Teoria do Silêncio Administrativo ter sido relacionada à exigência de um ato prévio a impugnar, nos sistemas de controle absoluto da Administração pelos Tribunais, como ocorre no Brasil, onde se permite a impugnação jurisdicional direta da passividade administrativa, fez com que tal instituto não fosse tão estudado e cotejado em comparação com países que possuem contencioso-administrativo.

É, inclusive, por esse motivo que não há, no nosso ordenamento, nenhum diploma legal estabelecendo um efeito genérico ao silêncio administrativo, pelo menos não em âmbito federal. Algumas leis estaduais sobre o processo administrativo no âmbito de suas Administrações condicionam o silêncio negativo como regra. Tal ocorre, por exemplo, nos estados de São Paulo, Mato Grosso e Rio Grande do Norte. No geral, o que existe, no Brasil, são casos esporádicos em determinadas leis que preveem a atribuição de efeitos configurados, ora como silêncio positivo, ora como silêncio negativo.

Existem, a nosso entender, no Brasil, três tipos ou espécies de silêncio positivo e negativo: o silêncio positivo/negativo próprio, que ocorre sempre que houver a atribuição legal, judicial ou contratual, que expressamente concede ou denega o que foi petitionado, solicitado, requerido ou recorrido se decorrido prazo para a autoridade pronunciar-se; o

silêncio positivo/negativo condicionado, que é aquele também previsto, mas condicionado à realização de determinada tarefa, ou seja, a realização de alguma exigência material por sua conta e risco, sob pena de não obter o efeito positivo/negativo do silêncio; e o silêncio positivo/negativo implícito, que existirá sempre que a previsão normativa, judicial ou contratual não expressamente conceda o peticionado, solicitado, requerido ou recorrido, mas que lhe preste, indiretamente, um efeito positivo à petição, solicitação, reclamação ou ao recurso. Esse último tipo de silêncio, que não se confunde com o ato implícito, que é aquele ato que necessariamente se depreende de uma declaração de vontade anteriormente manifestada pela Administração e por força da qual se depreende, via interpretação, outra manifestação de vontade.

Não foram muitos os casos localizados de cada tipo ou espécie de silêncio no nosso ordenamento. Para se ter uma ideia, 11 foram os casos encontrados em nossa legislação de silêncio positivo próprio, sendo eles: isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados sobre as mercadorias industrializadas na Zona Franca de Manaus; aprovação dos planos e projetos de desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural; concessão do parcelamento de obrigações pecuniárias vencidas e não pagas; deferimento do parcelamento de débitos devidos em decorrência da aplicação de multas de trânsito; autorização do reajuste ou revisão das tarifas de delegatários de serviço público; presunção da baixa nos registros de microempresas e empresas de pequeno porte; aprovação das alterações da razão social e dos sócios de empresa concessionária de serviço público; renovação de autorizações de uso de radiofrequência; aprovação de atos de concentração econômica; autorização para execução da obra de ocupação de faixas de domínio; e acionamento do fundo garantidor pelo parceiro privado nas Parcerias Público-Privadas. No silêncio negativo próprio, tem-se, além da regra estabelecida pelas leis de procedimento administrativo estaduais citadas, outros três casos no ordenamento jurídico brasileiro: o parcelamento de solo urbano; a construção e exploração de instalação portuária; e o primeiro pedido de licença ambiental.

Quanto ao silêncio positivo/negativo condicionado, encontrou-se apenas um caso na legislação brasileira referente ao silêncio positivo: o licenciamento de obras.

Por fim, o silêncio positivo implícito também está previsto em apenas um caso em nosso ordenamento: a extinção do crédito tributário decorrente do lançamento por homologação. Já em relação ao silêncio negativo implícito, dois casos foram encontrados: o esgotamento da instância administrativa para impetração de mandado de segurança; e a falta de manifestação do órgão ou entidade depositária do registro ou banco de dados que legitima a impetração do *habeas data*.

Outro assunto enfrentado, ao longo do trabalho, diz respeito à natureza jurídica do silêncio administrativo. Inúmeras correntes existem sobre o assunto.

Uma primeira corrente doutrinal vê o silêncio administrativo como uma técnica de interpretação legal da vontade administrativa, tanto o silêncio positivo como o negativo seriam uma interpretação legal da omissão administrativa baseada na circunstância de que, se esta tivesse algo a objetar, tê-lo-ia feito antes do prazo para decisão. De acordo com tal doutrina, as previsões legais a respeito permitem interpretar a ausência de vontade ora como sinal positivo, ora como negativo, culminando tal em um ato administrativo. Em consonância com essa concepção, existe, no silêncio administrativo, uma manifestação de vontade, pois a Administração conhece a lei, sabe que seu silêncio, decorrido determinado prazo e verificadas certas condições, enseja efeitos, ou seja, será interpretado como decisão ora de deferimento, ora de indeferimento, portanto, caso nada diga, é porque deseja que sua decisão seja no sentido em que a lei manda interpretar aquele silêncio. Não parece legítimo que a lei interprete uma vontade, afinal, a tarefa interpretativa envolve um esforço de ponderação e análise que não se compadece com soluções automáticas. De qualquer modo, tal doutrina não dita ser tal posição a natureza jurídica do silêncio, não se determina o que ela é verdadeiramente, estão apenas opinando sobre a sua forma de revelação e explicando a maneira de atuação da lei sobre a omissão administrativa.

Outra posição com aspectos semelhantes à primeira é a da legitimação por via legal (*ex lege*). Para tal corrente, a lei legitima o particular a agir em casos de silêncio administrativo, ou seja, a possibilidade de atuar ou ingressar em juízo decorre diretamente da norma. Assim como a corrente anterior, nesta, a lei possui um papel central, contudo a lei não se destina a interpretar a vontade administrativa, pelo contrário, visa apenas a suprir sua ausência. A crítica que se faz a tal doutrina é que não garante uma tutela judicial efetiva pelo fato de não existir ato administrativo ou fenômeno a ele equiparável para impugnar, além do que, tal corrente incide essencialmente sobre a origem da criação do meio em causa (a lei), não esclarecendo quanto ao fenômeno em si, que é o resultado obtido - seja ele negativo ou positivo. Logo, assim como a corrente anterior, não há qualquer

posição quanto à natureza jurídica em si do silêncio administrativo e seus efeitos.

Há também a corrente que entende o silêncio administrativo como uma presunção. Assim ocorre porque, na dificuldade em conhecer a vontade administrativa, a lei, através de uma presunção, permite a produção de efeitos associados àqueles do ato expresso. Há quem critique esta posição por não ser compatível com a correta acepção de presunção. Segundo os críticos, a presunção não é forma de declarar vontades, mas de conhecer a realidade, sendo um meio de prova destinado a facilitar a produção da mesma perante determinadas situações de fato. Distingue-se da ficção por esta destinar-se a “fazer de conta” que existe algo que, na realidade, não tem existência. Por isso, para quem não concorda com a ideia de presunção legal, afirma não ser o silêncio administrativo um indício objetivo e seguro de manifestação da vontade Administrativa.

Muitos defendem que o silêncio administrativo tem a natureza de um verdadeiro ato administrativo. Alguns referem ser o silêncio administrativo espécie de direito de veto suscetível de exercer-se em prazo determinado, passado o qual se obteria o *nihil obstat* ao solicitado. Significaria que, quando não exercesse o direito de veto, estaria a emitir uma declaração de vontade, logo, um ato administrativo. Outros entendem que como a lei manda presumir a vontade do órgão administrativo, ao qual estão associados todos os seus efeitos típicos, essa presunção aparece como forma de revelação da vontade administrativa, e não como caracterizadora da natureza do silêncio.

Para que o ato administrativo exista é necessária uma declaração de vontade, e esta não existe no silêncio, pelo contrário, o que existe é uma ausência dela. Entende-se que quem silencia nada diz, nada enuncia, nada manifesta, não declara. Ou seja, não existe, propriamente, manifestação de vontade, não podendo ser o silêncio administrativo configurado como ato. Isso não significa, porém, que o silêncio possua natureza de fato administrativo. São fatos administrativos toda conduta comissiva ou omissiva capaz de produzir efeitos jurídicos e cuja realização não influi de modo direto e imediato na vontade da Administração: é o acontecimento que se produz sem a intervenção da vontade administrativa, mas que produz efeitos jurídicos para ela. Assim sendo, entende-se que o silêncio administrativo é uma ficção jurídica em que, por vezes, se outorgar-lhe-ão apenas efeitos processuais. A ideia é “fingir” que existe um ato administrativo dotado de uma vontade administrativa quando esta não existe ou não se encontra exteriorizada. Trata-se de ficção, pois esta constitui um processo de extensão de um regime jurídico a uma realidade que não preenche os requisitos para que este lhe seja aplicável. Tal ficção é o mecanismo legal destinado a associar a uma determinada realidade os efeitos de um ato. Finge-se a existência de um ato expresso apto a produzir efeitos, mas é certo que este não se verifica. Na verdade, o que existe é uma omissão administrativa que, dependendo do efeito jurídico concedido, possuirá natureza jurídica distinta.

Assim, considera-se o silêncio positivo como um ato administrativo por ficção jurídica. Equivale a dizer que o ato concessório é como um ato expresso finalizador do procedimento administrativo. Entende-se não se tratar de um verdadeiro ato administrativo, mas sim de uma ficção jurídica na qual se aplica o regime do ato administrativo. A ficção, repete-se, funciona como um mecanismo legal destinado a associar a uma determinada realidade (o silêncio) os efeitos de um ato. Finge-se a existência de um ato expresso apto a produzir efeitos, contudo é certo que este não se verifica. Trata-se, pois, de um caso de substituição da vontade da Administração pela do legislador, do juiz ou da própria vontade expressa prevista previamente em um contrato. O que se tem são atos jurídicos (atos ficcionais) com efeito positivo *ex lege* (por presunção *iure et de iure*), *ex juris* e até mesmo *ex voluntate*.

Já o silêncio negativo equivale a uma ficção legal de efeito formal, pois apenas abre as portas à tutela judicial ou ao recurso à instância administrativa superior ou, assim como o silêncio positivo, pode equivaler a um ato administrativo por ficção jurídica. Quando assim for, terá a lei de estabelecer a solicitação de um certificado e, só depois de expedida ou passado um período curto de tempo, que o particular poderia ter acesso à via jurisdicional ou administrativa superior. Em suma, o certificado de ato ou sua solicitação, acrescido do transcurso do tempo, constitui uma condição *sine qua non* para o nascimento do ato denegatório.

Assim, a natureza jurídica do silêncio negativo dependerá do disposto na norma jurídica, podendo ser configurada tanto como uma ficção jurídica com efeitos processuais ou como um ato administrativo por ficção jurídica.

Considerando-o como um ato administrativo, deve-se questionar o que sucede com o prazo para resolver entre o período da solicitação do certificado e sua expedição; assim como qual poderia ser o conteúdo da certificação. Haverá quem diga que, como o ato denegatório, somente ocorre uma vez expedido o certificado ou transcorrido o prazo legal

para sua expedição, e, subsistindo a obrigação de resolver expressamente, a Administração não ficaria, até este momento, vinculada ao sentido legal do silêncio. Desse modo, se o silêncio era negativo, todavia estaria em tempo de a Administração ditar uma resolução expressa concessória.

Tópico importante, que foi igualmente focalizado no decorrer deste trabalho, diz respeito à relação existente entre o silêncio administrativo e a Teoria da Invalidez do Ato Administrativo.

Diante de hipóteses de silêncio positivo, por existir um ato administrativo fictício, pode surgir o questionamento se esse poderia ser declarado como inválido por vício de legalidade, sempre e quando o administrado se beneficie de um ato eivado de ilegalidade. Para isso não ocorrer, basta impedir que exista silêncio *contra legem*, afinal, não se pode outorgar por silêncio aquilo que não se faria de forma expressa. Logo, só se pode outorgar por silêncio aquilo que seja legalmente possível. Por isso, se tal ato for contrário à lei: ou ele simplesmente não existirá para o Direito (será inexistente), afinal, não se pode afirmar que tal ato possui vícios, mas apenas que não existe; ou ele existirá e, por estar eivado de vícios, deverá ser declarado nulo ou anulado, pois é possível que, em determinadas situações, o ato decorrente de um silêncio positivo adoeça de “vício inoperante”, ou seja, quando a infração do ordenamento jurídico for menor, que não seja considerada uma infração substantiva do ordenamento jurídico.

Já, quando diante de um silêncio negativo, nenhuma relação pode ser feita com a Teoria da Invalidez quando a sua natureza for de mera ficção jurídica de efeitos puramente processuais, porque, em momento algum, existirá um ato administrativo. Assim, como não há produção de ato, não poderá o silêncio negativo ser invalidado. No entanto, se sua natureza for de ato administrativo por ficção, aplicar-se-á o mesmo declarado com relação ao silêncio positivo.

Entende-se, portanto, que, na prática, sempre e quando a inatividade formal ou omissão específica administrativa beneficiar o administrado com um ato administrativo ficto lhe será aplicada a Teoria Geral dos Atos Administrativos, salvo aquelas peculiaridades derivadas de sua específica natureza.

Desse modo, caso a Administração decida produzir ato de signo contrário ao fictamente realizado, poderá fazê-lo, pois continua possuindo o dever de responder expressamente ao administrado, mas terá de indenizar o mesmo caso este venha a sofrer algum dano com a retirada do mundo jurídico do ato fictício anterior. Assim, nem a Administração fica impossibilitada de atuar nem o administrado resta prejudicado pela inoperância da inatividade formal ou omissão específica da Administração.

Nesse sentido, existe a possibilidade da Administração, de forma extemporânea, revogar, sob o argumento da conveniência e oportunidade, o efeito concessório ou denegatório do silêncio administrativo.

Atualmente, seja em casos de silêncio negativo, quando, como visto, não existe propriamente a culminação de um ato administrativo, ou diante de um silêncio positivo, em que se outorga ao particular, por ficção, um ato administrativo, é possível que a Administração dite resolução expressa tardia, desde que respeite os direitos adquiridos, de outro modo, deverá indenizar o administrado.

No entanto, tal prerrogativa não é ilimitada, pelo contrário, existem determinadas situações jurídicas que não rendem ensejo à revogação, como os atos que exauriram os seus efeitos; os que derivam de situações vinculativas, pois nestes o administrador não tem margem de liberdade; os atos que geram direitos adquiridos; entre outros. Em qualquer caso, o efeito será *ex nunc*.

Admitindo-se a possibilidade de a Administração anular ou revogar os efeitos do silêncio administrativo, diverge-se sobre a possibilidade ou não do administrado impugnar ou recorrer. Para sistemas cujas resoluções expressas tardias são meras confirmações da vontade administrativa emanada anteriormente em que a Administração não poderia ditar ato posterior de signo contrário ao efeito previamente concedido, a impugnabilidade é irrelevante, afinal, estar-se-ia diante dos mesmos efeitos, mas agora com um ato administrativo realmente expedido pela Administração.

No caso brasileiro, como existe a possibilidade de anular ou revogar os efeitos do silêncio, caso em que se poderia estar mudando o efeito, sendo este de signo contrário ao anterior, seria absolutamente susceptível a impugnação de tal ato, afinal existe um dever de ditar solução expressa e tal dever implica em outras consequências, entre as que se encontra precisamente a de ser tal resolução suscetível de recurso, como qualquer outro ato expresso, dentro dos prazos legais.

Por fim, resta saber até que ponto subsiste a possibilidade para a Administração de sustar os efeitos do silêncio administrativo. Mesmo existindo um dever de decidir, o administrado

não pode ficar à mercê da Administração, esperando eternamente dita resolução sem poder usufruir em paz dos efeitos do silêncio causado pela própria Administração. Assim como parte da doutrina, entende-se ser dever da Administração ditar uma decisão expressa durante a tramitação do procedimento administrativo, com isso, cedendo unicamente quando exista sentença do Tribunal competente ou decorrido o prazo prescricional que se inicia no dia seguinte aos efeitos do silêncio administrativo.

A única saída mais concreta que possui o administrado contra o silêncio é a ação de responsabilidade contra o Estado. Infelizmente, isso não corrige o mal em si, deixando o administrado com a expectativa de que a Administração cumpra com seu dever.

A constatação da inatividade formal ou omissão específica da Administração por si viola a ordem jurídica que, por conseguinte, enseja o dever sucessivo de reparação. Observou-se que a Administração nunca deixa de possuir o dever de decidir, por conseguinte, as resoluções expressas tardias não são *per se* ilegais. São, na verdade, lícitas e os particulares têm direito a que as mesmas sejam ditadas e, se for o caso, de beneficiar-se delas. Não obstante, o ordenamento jurídico não é indiferente às situações de retardo ou silêncio, consequentemente, perante os casos de resolução expressa tardia, logo, podem surgir responsabilidades administrativas, civil e penal do Estado.

Existindo uma lei, pode essa recorrer a possibilidades de exigir responsabilidade disciplinária e pecuniária do agente público, ou seja, responsabilidade administrativa do agente competente que se silencia. Sempre que o atraso não se justificar devidamente, poderá o agente público ser responsabilizado. Tais ameaças aos agentes públicos são comuns nos mais diversos sistemas jurídicos, mas, na prática, tais soluções não alcançam o resultado desejado, qual seja, a diminuição de casos de silêncio administrativo, fundamentalmente, porque quem tem de sancionar "compreende" e até mesmo tolera como normal o atraso. Caso o retardamento não seja deliberado, com dolo ou também com culpa, o agente público não será responsabilizado. Do contrário, deverá ser atendido o princípio do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal para que tais condutas sejam consideradas infrações administrativas, que deverão ser apenadas, no mínimo, com suspensão. Vale lembrar que quem silencia indevidamente age com negligência e incorre em infração funcional. No mais, o agente público poderá responder, também, por improbidade administrativa.

Além da responsabilidade administrativa, existe a responsabilidade civil do Estado perante o particular. O Brasil, como se sabe, agasalhou a teoria do risco administrativo para fundamentar a responsabilidade civil objetiva do Estado. Desse modo, o Estado responde por toda conduta comissiva ou omissiva de seus agentes, independentemente da presença do elemento culpa, caso ocasionem danos a terceiro. Para isso, basta que ocorra um fato ou ato administrativo - culposos ou não - ou omissão, um dano e o nexo de causalidade entre esse fato, ato ou omissão e o dano, para o Estado ser obrigado a ressarcir a pessoa lesada. Entende-se que os casos de silêncio administrativo ou de resolução expressa tardia geram responsabilidade civil objetiva do Estado, pois tais casos são configurados como ausência ou atraso de um dever jurídico de agir e, portanto, equiparam-se a um ato ilícito. Assim, ficando comprovado o silêncio e demonstrados o dano e o nexo causal, torna-se inegável, hoje, sustentar a incidência da responsabilidade civil objetiva, baseada na teoria do risco administrativo. Ressalte-se que as hipóteses de responsabilização também são aplicáveis às situações cuja resposta surja quando já superado o tempo legal previsto para a situação ou, em não o existindo, o tempo razoável para aquela manifestação.

Isso posto, quanto à responsabilidade penal do Estado, pode-se afirmar que essa também é possível, desde que a norma jurídica assim a estabeleça. Quando diante de pessoas jurídicas de direito privado, essa se evidencia com maior nitidez. Com relação às empresas públicas e sociedades de economia mista, por exemplo, a própria CRFB proibiu a essas empresas o estabelecimento de privilégios e as consideraram capazes de assumirem obrigações, inclusive, trabalhistas e tributárias. Já quando diante de pessoas jurídicas de direito público, há controvérsias entre a doutrina no tocante à sua possibilidade ou não. Alguns argumentam pela irresponsabilidade penal de ditas pessoas sob o argumento de que não possuem liberdade ou possibilidade de manifestar suas próprias vontades, pois devem sempre respeitar a legalidade administrativa e porque perseguem fins que conciliem com o interesse público primário. Outro argumento é consonante à dificuldade prática de se aplicar penas ao Estado, pois determinadas penas poderiam prejudicar o administrado que nada tem que ver com o ilícito cometido pela pessoa jurídica de direito público. Logo, apenas o administrador, pessoa física, poderia responder pessoalmente pelo ilícito penal. No caso, o retardamento ou a omissão indevida na prática de ato de ofício, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal, caracteriza o delito de prevaricação. Também constitui crime de responsabilidade do Chefe do Poder Executivo municipal deixar de fornecer

certidões de atos ou contratos municipais dentro do prazo estabelecido em lei. Corrente contrária alude existir sim a possibilidade das pessoas jurídicas de direito público responderem penalmente, para tanto, deve existir norma jurídica estabelecendo tal possibilidade. Assim, essa pode cometer um ilícito dentro do seu âmbito próprio de atuação, afinal, seus interesses (os chamados secundários) poderão sobrepor-se sobre os primários, principalmente quando diante de subjetividades ou autonomia pública (liberdade de configuração, discricionariedade, margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados ou apreciatividade).

Frente a todos esses problemas, atualmente, o grande desafio do Brasil é normatizar o silêncio. Entende-se que o objetivo principal de qualquer normatização que trate sobre silêncio administrativo é fazer com que os particulares obtenham respostas expressas da Administração e, sobretudo, que as obtenham no prazo estabelecido. O problema é decidir qual efeito (positivo ou negativo) será regra para o ordenamento jurídico, pois cada qual tem vantagens e desvantagens.

É bem verdade que, até hoje, não faz diferença, no Brasil, existir ou não efeitos ao silêncio administrativo. A inexistência do silêncio negativo não prejudica o particular, pois não existe aqui a necessidade de ato prévio para poder acessar o Judiciário. A inexistência do silêncio positivo tampouco causa transtornos, a não ser em relação à objetividade e celeridade administrativa. No entanto, sua utilização poderia sem dúvida alguma transformar-se em um benefício do administrado, pois, no caso do silêncio positivo, proporcionar-se-ia agilidade administrativa a determinados setores evitando os perniciosos efeitos da desídia da Administração, além, é claro, de incentivar esta a resolver de maneira expressa, no caso do silêncio negativo facilitar o acesso à justiça.

Certos ordenamentos, como o espanhol, o português, o chileno e o peruano, optaram pelo silêncio positivo como regra e todas suas vantagens. Tal escolha, no entanto, traz consigo perigos.

O administrado pode ter de decidir por si mesmo se sua petição, solicitação, reclamação ou recurso está ou não de acordo com o Direito. Essa decisão pode ser grave, pois, errando, poderá ver o ato derivado do silêncio positivo invalidado. Assim, optar ou não por considerar que exista efeitos positivos no silêncio significa um risco para o administrado, pois poderá ter o ato decorrente desse silêncio positivo declarado inexistente e não nulo ou anulável. Essa possibilidade leva alguns a argumentarem que a atividade administrativa poderia deixar de ser obra da Administração para converter-se em labor dos administrados, correspondendo assim a uma atribuição de competência decisória aos particulares.

Igualmente, questiona-se a compatibilidade do silêncio positivo com os princípios da motivação e do dever de decidir exigidos pela Administração, acrescido do fato de violar os princípios da “reserva de procedimento”, necessários para grande maioria das decisões administrativas. Alguns ordenamentos, como o francês, tentaram resolver o problema estipulando em lei que os atos presumidos não carecem de fundamentação quando as correspondentes decisões expressas dela necessitem. Além de excepcionar expressamente o silêncio negativo da obrigação de fundamentação.

Conquanto o administrado tenha certeza da existência do ato decorrente do silêncio positivo, não existirá qualquer documentação que expressamente lhe conceda ou outorgue o desejado. Isso leva a uma ineficiência, afinal, caso seja questionado por terceiros, não terá como demonstrar que é realmente detentor de tal direito, restando, assim, vulnerável às circunstâncias, caso tenha de comprová-lo. O problema traz consigo uma insegurança jurídica porque nunca se saberá se o silêncio positivo produziu efeitos ou não. Inexistindo ato expresso, o particular não tem a garantia de o ato ser legal.

Outro problema relativo ao silêncio positivo concerne ao interesse de agir. Ao administrado que teve seu pleito atendido em decorrência de um silêncio positivo faltará interesse para, antes de ver-se ameaçado por algum questionamento da sua posição jurídica, socorrer-se ao Poder Judiciário para obter aquilo que já lhe tenha sido concedido por lei, sentença ou contrato.

Contudo, mesmo não existindo no ordenamento jurídico a certificação mencionada, a Administração também poderá - como já apontado - a qualquer momento, ofertar uma resposta expressa, ainda que tardia, à petição, solicitação, requerimento ou recurso do administrado. E sendo hipótese de silêncio positivo e tendo, a Administração, decidido posteriormente de maneira contrária ao concedido fictamente pelo silêncio anterior, restará o administrado investido de interesse de agir para pleitear, além de possuir eventual possibilidade de indenização.

Por todos esses motivos que muitos consideram mais seguro enumerar cada um dos casos em que pode ser aplicado o silêncio positivo do que transformá-lo em regra geral.

Outros ordenamentos, como o francês, argentino, boliviano e mexicano, preferem a regra

do silêncio negativo. Regra bem mais tímida e moderada que a do silêncio positivo e, certamente, a mais utilizada por outros ordenamentos jurídicos até hoje. Quando assim o faz, permite-se a inversão da regra não apenas por lei, mas também por regulamento, apesar de discutir-se se o regulamento poderia excepcionar a regra por ser esta um princípio geral do direito, como se bem discute no Direito francês.

Por tal possuir um caráter essencialmente processual, sendo sua maior finalidade a autorização ao administrado de interpor o devido recurso, ou acudir a via jurisdicional, acolhe-se tal como regra para permitir acesso à instância seguinte, seja ela superior ou não.

Apesar de importante para minimizar a insegurança jurídica, a atribuição de tal silêncio pode originar abusos por parte da Administração que, diante da situação em que se imponha a denegação do pedido, solicitação, reclamação ou recurso, pode sentir-se tentada a silenciar, forçando a produção dos efeitos, subtraindo, dessa forma, do administrado o direito de resposta devidamente motivada. Por mais que a legalidade possa estar a seu lado, estar-se-á, por certo, ferindo a legitimidade e a licitude, pois a decisão expressa é sempre o desejável. O silêncio não exime a Administração do dever de ditar um pronunciamento expresso e devidamente fundamentado.

Por esse motivo, infere-se ser o silêncio negativo uma instituição garantidora vergonhosa, pois não garante nada. Outros a consideram um disparate jurídico.

Também seria possível optar por normativa sem uma regra específica para o silêncio, como já o faz o ordenamento italiano, onde a legislação atribuiu, algumas vezes, significado positivo (*silenzio-accoglimento*); e, em outras, negativo (*silenzio-rigetto*).

Aqui, a grande desvantagem é existir alguma hipótese não prevista, o que fará com que o administrado remanesça desamparado por qualquer efeito legal no tocante ao silêncio administrativo.

Inclusive, debate-se muito se um sistema que preveja ambas as hipóteses de silêncio não teria uma delas vista como regra. Na Itália, muitos entendem que a regra seria o silêncio-inadimplemento (*silenzio-inadempimento*), que possui efeitos meramente formais e que simplesmente localiza, no tempo, o início do prazo da mora administrativa, para todo procedimento de 1.º grau e o silêncio negativo (*silenzio-rigetto*) para, quando diante do silêncio do superior hierárquico, na sequência de um recurso administrativo. Tal situação, hoje, é, inclusive, a existente na normativa italiana.

Independentemente da regra a ser adotada, fato é que os efeitos deveriam produzir efeitos de forma automática, sem a necessidade de qualquer mecanismo que vise a minimizar os problemas da escolha dos efeitos pela legislação. Dessa forma já ocorre na Espanha e no Peru, mas nem todos os ordenamentos assim o fazem.

O próprio ordenamento espanhol, por exemplo, já possuiu a chamada “certificação de atos presumidos”. No Chile, a legislação exige a certificação por parte da Administração de sua própria omissão, seja o efeito positivo ou negativo. Independentemente, tal certidão serve para que o interessado ou a própria Administração possa fazer valer, tanto frente à própria Administração como frente a qualquer outra pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, o efeito do silêncio. Trata-se de um meio para reconhecer a eficácia dos atos fictícios. Sua finalidade consiste, basicamente, em que o interessado possa atuar frente a terceiros como se realmente a Administração tivesse ditado uma decisão expressa.

Deve-se recordar que, nos ordenamentos que possuem tal certificação, o momento do silêncio administrativo e o momento a partir do qual o mesmo produz efeitos são distintos. O primeiro caso, ou seja, o nascimento do silêncio positivo, dá-se pela simples inatividade formal ou omissão específica da Administração durante o prazo máximo estabelecido; já a eficácia do mesmo resta condicionada à prévia solicitação ou transcurso do prazo para a realização de tal certificação.

O problema de tal certificação é que se converte em uma nova carga para o administrado, que deverá suportá-la se pretende que o ato fictício tenha efeitos. Por mais que seja um direito do administrado, pode a Administração: guardar silêncio novamente; resolver expressamente o procedimento; emitir a certificação; ou negar-se expressamente em emitir a certificação.

No caso de produzir-se um novo silêncio, o ato administrativo será igualmente eficaz, depois de decorrido o prazo para tal, e poderá certificar-se mediante a exibição da petição da certificação sem que fique por isso desvirtuado o caráter concessório estabelecido. A possibilidade de resolver expressamente existe, pois a Administração sempre possui obrigação de resolver expressamente, mas é discutível se ela pode resolver até a emissão do certificado ou não. Isso dependerá da vontade do legislador. A emissão da certificação produzirá, como já mencionado, o efeito correspondente, como se ato expresso o fosse, podendo fazer valer junto a qualquer pessoa. Por fim, pode a Administração negar-se a emitir a certificação, seja por não reunir os requisitos que precisa, seja porque não acredita

existir fundamento para a certificação, isto é, por achar que não exista o silêncio. Neste caso, em sistemas como o espanhol, que existe contencioso administrativo, existirá um verdadeiro ato e, por conseguinte, poderá o particular socorrer-se ao Judiciário para saná-lo.

Ainda no âmbito do Direito espanhol, já existiu o mecanismo da “reclamación en queja”. Tal ainda existe na Argentina e se trata de um mecanismo em que o particular volta a dirigir-se perante a Administração para reclamar dos defeitos detectados na tramitação do procedimento administrativo e, em especial, para ir contra eventuais paralisações ou infrações relacionadas ao prazo legal no procedimento. O problema é que, na prática, tal mecanismo não funcionou, pois ironicamente virou mais uma fonte de passividade da Administração.

Existe, também, outro mecanismo no qual o particular pode denunciar a mora. Isto é, na hipótese de silêncio, duas hipóteses podem surgir: ou a Administração terá novo prazo para manifestar-se e, não a realizando, terá o silêncio efeitos imediatos, como é na Argentina e no Chile (com a diferença de que, na Argentina, o efeito, em regra, é negativo; e, no Chile, positivo); ou, simplesmente, informa-se à Administração que se considerará negada a petição, solicitação, requerimento ou recurso e, com isso, ficará o particular autorizado a formular frente a esta “denegação imposta”, o correspondente recurso ou ação judicial, hipótese que havia na Espanha, mas que, com as mudanças legislativas, não existe mais.

Similar à denúncia de mora existe, em outros ordenamentos, como no mexicano, a confissão de mora na qual o interessado solicita à Administração que expeça constância do silêncio dentro de um determinado prazo. Tal previsão torna inócuo o benefício do silêncio, pois os efeitos do silêncio apenas ocorreram com dita confissão. Na tentativa de minimizar o problema dessa confissão, a lei mexicana responsabiliza o agente público que descumpra por duas vezes tal obrigação, isto é, não expeça dita constância de falta de contestação para que o particular possa recorrer ou dirigir-se ao Judiciário.

Outro mecanismo seria a comunicação prévia à Administração. Em uma primeira hipótese, o particular poderia desenvolver imediatamente a atividade pretendida, estando a Administração habilitada a impedi-lo através de seus mecanismos de controle, condicionando ou impedindo aquele de continuar a agir.

Alguns ordenamentos, como o italiano, preveem a possibilidade de, uma vez constatado o silêncio, o Judiciário fixar um prazo para que a Administração efetivamente se manifeste, purgando-se da omissão. Caso a Administração, ainda assim, mantenha-se silente, pode o juiz nomear um comissário para a prática do ato, denominado *commissario ad acta*, que é uma espécie de *longa manus* tanto da Administração Pública como do próprio juiz (existe divergência doutrinária sobre essa classificação), o qual pode até decidir sobre o mérito da questão.

Assim, mesmo existindo meios de forçar a Administração a manifestar-se, ela sempre terá a possibilidade - não o direito - de manter-se em silêncio, daí porque se entende que o instituto do silêncio administrativo é um mal necessário.

Seria utópico pensar que a Administração iria reconhecer a existência do silêncio, o que consubstanciaria, em termos práticos, o reconhecimento de uma falha nos serviços pela própria entidade faltosa, ou seja, a expedição da certificação, declaração ou qualquer outro mecanismo não mais seria que uma declaração de culpabilidade geradora de responsabilidade do Estado. A produção do silêncio não deve, portanto, requerer pré-aviso, certificação, denúncia de mora ou qualquer outro mecanismo para produzir efeitos, o silêncio deve fazê-lo desde o vencimento do prazo, no máximo, o que se poderia criar é uma declaração do administrado, desse modo, requisitando o reconhecimento do silêncio para a Administração para que passe a valer perante terceiros, mas isso não deve excluir o efeito automático do silêncio administrativo.

Diante de todas essas distinções, entende-se que eventual normativa a ser realizada, no Brasil, deveria sempre buscar o respeito ao dever de decidir motivadamente qualquer pedido, solicitação, requerimento ou recurso, mas em não sendo tal respeitado, dever-se-ia configurar o silêncio como positivo, desde que se obedeça aos seguintes casos: primeiro, que não existam terceiros interessados, deve-se tratar de uma relação bilateral entre Administração e interessado; segundo, que o pedido, solicitação, requerimento ou recurso não exija uma valoração de distintos interesses concorrentes, deve-se tratar de uma atuação vinculada (não se exclui aqui a possibilidade de utilizar o silêncio positivo diante de atuação discricionária do Estado, como parte da doutrina portuguesa defende, mas entende-se mais razoável criar a regra apenas aos casos de atuação vinculada); terceiro, que a concessão habilite o particular para o exercício de direitos preexistentes, ou para o desenvolvimento de atividades econômicas que requeiram autorização prévia do Estado; quarto, que conceda recurso destinado à negação de um pedido, solicitação, requerimento ou recurso ou ato

administrativo anterior; por fim, que se trate de um procedimento iniciado a instância de parte, não tem sentido o silêncio positivo em procedimentos iniciados de ofício, salvo em alguns casos concretos que devem ser tratados pelas legislações específicas.

Exceções ao silêncio positivo podem ser estabelecidas nos casos que afetem significativamente o interesse público, questões de ordem pública, proteção de interesses contrários à liberdade e a outros direitos constitucionais. Bem como nos casos que se tenha a incidência sobre questões relacionadas à saúde pública, ao meio ambiente, aos recursos naturais, à defesa nacional, à imigração, à segurança cidadã, ao sistema financeiro, tributário e de seguros (exceto no campo da seguridade social), ao mercado de valores, à defesa comercial, ao patrimônio histórico, artístico e cultural, ao patrimônio arquitetônico e paisagístico, aos procedimentos trilaterais e aos que gerem obrigações de dar ou fazer ao Estado, principalmente, relacionados ao direito supranacional ou comunitário e aos tratados internacionais.

Independente dos casos em que se poderá estabelecer o silêncio negativo como exceções, deve esse sempre ser fundamentado, senão, os conceitos jurídicos indeterminados levariam o Administrador a utilizá-lo com a margem de livre apreciação característica desses, tornando inócua a regra do silêncio positivo. Ao fundamentar o porquê daquelas exceções, estará o Poder Público limitando a margem de liberdade desses conceitos, possibilitando, assim, um melhor controle sobre sua atividade.

Entende-se que a sugestão aqui proposta nada mais é que uma proposição acadêmica, por certo, que a decisão será política. Há, no entanto, de admitir que tal sugestão possa tornar-se um importante instrumento para encorajar o administrador a sempre realizar uma decisão expressa. É, também, importante afirmar que, decidindo-se criar uma normativa com regra geral de silêncio positivo, deve-se abrir as exceções ao silêncio negativo apenas à lei, jamais a regulamentos (assim o é no Direito espanhol e português, por exemplo), diferente do que ocorria se a regra fosse o silêncio negativo que aí sim, acha-se conveniente que ela possa ser excepcionada via regulamento (lembrando que, no Direito francês, forte divergência existe sobre a matéria). Ademais, todas as exceções devem possuir uma lógica, devendo ser tratadas essencialmente como tais e não como um número indeterminado de casos criados com o simples intuito de fugir à regra geral.

Essa possibilidade de excepcionar a regra torna a tarefa do aplicador do Direito bastante árdua, além de poder prejudicar o administrado, pois listar e saber todos os casos excepcionais tornar-se-ia uma tarefa difícil até para um jurista, uma vez que existiram, provavelmente, muitos casos, bem como, é claro, de possibilitar a inversão dos valores, dessa maneira, fazendo com que a regra passe a ser exceção, desnaturalização à regra geral, como ocorreu na Espanha.

Para evitar essa desnaturalização, a exceção por lei já ajuda a resolver o problema, mas para não prejudicar o administrado nem o aplicador do Direito entende-se que a Administração Pública deve ficar obrigada a criar um Texto Único de Procedimento Administrativo - TUPA, onde centralize em um único espaço, de preferência virtual (página web), no qual constarão todos os procedimentos de iniciativa de parte requeridos pelos administrados para satisfazer seus interesses ou direitos mediante o pronunciamento de qualquer órgão ou entidade; a descrição clara e taxativa de todos os requisitos exigidos para a realização completa de cada procedimento; a qualificação de cada procedimento segundo corresponda entre procedimentos de avaliação prévia ou de aprovação automática; os efeitos do silêncio administrativo aplicável em concreto a cada procedimento administrativo, indicando-se sempre a lei que o regula; os casos em que procede o pagamento de direitos de tramitação, com indicação do montante e a forma de pagamento; as vias de recepção adequadas para acessar os procedimentos contidos nos TUPAs; a autoridade competente para resolver em cada instância o procedimento e os recursos; e os formulários que sejam empregados durante a tramitação do respectivo procedimento administrativo. Ou seja, explicar com detalhes cada procedimento, informando o nome, o objetivo, os documentos necessários, passos a seguir, departamento responsável, endereço para protocolo, efeitos (positivo ou negativo do silêncio), todo o possível para facilitar a vida do administrado e do próprio Poder Público.

Enfim, somente se poderá aspirar a um país melhor caso haja um desenvolvimento de técnicas que impeçam que o particular seja menosprezado, tentando equilibrar a segurança jurídica e a confiança legítima que esse necessita e as prerrogativas da Administração. Não se pode admitir o silêncio como algo natural, deve ele ser visto como uma anormalidade a ser extirpada, um mal que jamais deveria existir.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBAMONTE, Giuseppe. Silenzio-rifiuto e processo amministrativo. *Rivista di Diritto Processuale Amministrativo*, Milano, a. 1, n. 2, abr.-jun. 1985, p. 20-47.
- AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç. El silencio positivo tras el nuevo procedimiento administrativo común. In: TORNOS MAS, Joaquím (coord.) *Administración pública y procedimiento administrativo: comentarios a la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre*. Barcelona: Bosch, 1994.
- AHUMADA MORA, Omar. Una nueva Ley para el control ciudadano de la administración (La Ley 19.880, sobre bases de los procedimientos administrativos). *Revista Enfoques*, Santiago de Chile, n. 1, 2003, p. 115-128.
- ALONSO MAS, María José; NARBÓN LAINEZ, Edilberto. *El silencio administrativo y su problemática procesal*. Valencia: Tirant, 2009.
- ALVIM, Eduardo Arruda. Do cabimento de reclamação pelo descumprimento de súmula vinculante à luz da Lei 11.417/06. *Revista Forense*, v. 103, n. 394, nov.-dez. 2007, p. 45-69.
- AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2001. v. II.
----- *Curso de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2001. v. III.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Lições de direito administrativo*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2010.
- ANDREIA, Massimo; PELLEGRINI, Remo; CARLIN, Massimo; BOTTINO, Gabriele. *Silenzio-assenso semplificazione competitive e D.I.A.* Milano: Giuffrè, 2005.
- ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *O procedimento administrativo de avaliação de impacto ambiental*. Coimbra: Almedina, 1998.
- ARCENEGUI, Isidro E. de. Modalidades del acto administrativo. *Revista de Administración Pública*, Madrid, a. XXVII, n. 84, sep.-dic. 1977, p. 3-25.
- ARIAS SENOSEAIN, Manuel. La obligatoriedad del recurso de alzada contra las denegaciones presuntas por silencio administrativo. *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, a. III, n. 9, abr.-jun. 1976, p. 349-359.
- AYALA, Bernardo Diniz de. *O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa*. Lisboa: Lex, 1995.
- BAENA DEL ALCAZAR, Mariano. Naturaleza jurídica del silencio de la Administración. *Revista de Estudios de la Vida Local*, Madrid, a. XX, n. 121, ene.-feb. 1962, p. 1-24.
- BASSANI, Mario (coord.). *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti: Legge 7 agosto 1990*, n. 241. Milano: Giuffrè, 1991.
- BENEZRA, Geneviève. Le silence de l'Administration. Vicissitudes de la réglementation française. *La Revue Administrative*, Paris, a. XIX, n. 119, 1967, p. 540-546.
- BERTHELEMY, Henry. *Traité élémentaire de droit administratif*. 10. ed. Paris: Rousseau et Cie, 1923.
- BONIFÁCIO, Artur Cortez. *Direito de petição: garantia constitucional*. São Paulo: Método, 2004.
- BOQUERA OLIVER, José Maria. *Estudios sobre el acto administrativo*. 6. ed. Madrid: Civitas, 1990.
- BRANDÃO, Cláudio. O controle das omissões e do silêncio da Administração Pública. In: OSÓRIO, Fábio Medina Osório. *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de*

- Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BULLINGER, Martin. Procedimientos administrativos al ritmo de la economía y de la sociedad (directivas constitucionales para una reforma). *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, a. XVIII, n. 69, jan.-mar. 1991, p. 5-16.
- CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo I*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1991.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CASTRO, Celso Luiz Braga de. Desvios de conduta da administração pública. 2000. 195fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2001.
- CAUPERS, João. *Direito administrativo*. 3. ed. Lisboa: Notícias, 1998.
- CAVALCANTI, Temístocles Brandão. A teoria do silêncio no direito administrativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 77, a. 36, n. 427, jan.-mar. 1939, p. 579-581.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CAZORLA PIETRO, Luis María. *Temas de derecho administrativo*. Madrid: Ministerio de Hacienda, 1978.
- CHAMINADE, André. De nouveaux droits pour les administrés. *La semaine juridique*, Paris, a. 25, n. 74, (21 juin 2000), p. 1.174.
- CHAPUS, René. *Droit administratif general 1*. 15. ed. Paris: Montchrestien, 2001.
- CIENFUEGOS SALGADO, David. *El derecho de petición en México*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
- CIOFFI, Alessandro. Osservazioni sul dovere di provvedere e sul «silenzio» nell'art. 21-bis della legge 6 dicembre 1971 n. 1034. *Diritto amministrativo: rivista trimestrale*, Milano, a. XI, n. 3, out.-dez. 2004, p. 633-647.
- CLEMENTE DE DIEGO, Felipe. *El silencio en el Derecho*. Madrid: Reus, 1925.
- CORREIRA, Sérvulo. *Noções fundamentais de direito administrativo*. Lisboa: Danúbio, 1982. t. I.
- DEPUIS, Georges; GUÉDON, Marie-José; CHRÉTIEN, Patrice. *Droit administratif*. 5. ed. Paris: Armand Colin, 1996.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 1993.
- DIEP DIEP, Daniel. *Defensa fiscal*. México: Pac., 2002.
- DIEZ SÁNCHEZ, Juan José. *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*. Madrid: Civitas, 1992.
- DROMI CASAS, José Roberto. *El acto administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1985.
- DUARTE, David. *A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*. Coimbra: Almedina, 2006.
- ENTRENA CUESTA, Rafael. *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Tecnos, 2002. t. 1, v. 1.
- ESCUIN PALOP, Vicente. *El acto administrativo implícito*. Madrid: Civitas, 1999.
- FAGUNDES, Seabra. Responsabilidade no Estado: indenização por retardada decisão administrativa. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 14, n. 57/58, jan.-jun. 1981, p. 7-17.
- FARIA, Adriana Ancona de. Silêncio administrativo. 2002. 186fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, São Paulo, 2002.
- FAVOREAU, Louis ; PHILIP, Loic. *Les grandes décisions do Conseil Constitutionnel*. 7. ed. Paris: Sirey, 1993.

- FERNÁNDEZ PASTRANA, José María. Reivindicación del silencio positivo: reflexiones para su recuperación en el ámbito de las autorizaciones administrativas. *Revista de Administración Pública*, Madrid, a. XLII, n. 127, ene.-abr. 1992, p. 103-144.
- FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adílson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. Normas de processo administrativo no Estatuto da Cidade. In: DALLARI, Adilson Abreu, FERRAZ, Sérgio (coords.). *Estatuto da Cidade (comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- FREITAS, Vladimir Passos de (org.). *Direito ambiental em evolução*. Curitiba: Juruá, 1998.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Sobre el silencio administrativo y recurso contencioso. *Revista de Administração Pública*, Madrid, a. XV, n. 47, may.-ago. 1965, p. 207-227.
- ; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo I*. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004.
- GARCÍA PEREZ, Alan. Reforma del Estado. Silencio administrativo positivo. Relación de nuevos plazos simplificados en aplicación de la Ley del Silencio Administrativo Ley 29060. 11 de janeiro de 2008. Disponível em: <<http://www.pcm.gob.pe/InformacionGral/sgp/2008/SAP.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2012.
- GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio. *Los actos administrativos*. Madrid: Civitas, 1986.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. *El silencio administrativo en el derecho español*. Madrid. Civitas, 1990.
- . *El silencio administrativo en la nueva ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*. Madrid. Civitas, 1994.
- . Recursos contra denegaciones presuntas por silencio administrativo. *Revista de Administración Pública*, Madrid, a. XXXVI, n. 110, may.-ago. 1986, p. 31-53.
- GARRIDO FALLA, Fernando. El silencio administrativo en la nueva ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. *Revista de estudios de la vida local*, Madrid, a. XV, n. 91, jul.-set. 1957.
- GIANNINI, Massimo Severo. *Istituzioni di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1981.
- . *La giustizia amministrativa*. Roma: Ateneo, 1959.
- GILLI, Jean-Paul; CHARLES, Hubert; LANVERSIN, Jacques de. *Les grands arrêts du droit de l'urbanisme*. 3. ed. Paris: Sirey, 1989.
- GIMENO SENDRA, José Vicente. El derecho a un proceso "administrativo" con todas las garantías. *Justicia: revista de derecho procesal*, Madrid, a. XI, n. 1, ene.-mar. 1991, p. 15-30.
- GISS, Victoria. Inactividad de la Administración Pública: el silencio administrativo y su régimen en la legislación argentina. *Futuros abogados latinoamericanos*. Buenos Aires, n. 2, mar. 2010.
- GLAESER, Schmitt. *Verwaltungsprozessrecht*. 13. ed. München: Boorberg, 1994.
- GOMES, José Osvaldo. *Fundamentação do acto administrativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 1979.
- GOMÉZ PUENTE, Manuel. *La inactividad de la Administración*. Pamplona: Aranzadi, 1997.
- GOMÉZ-FERRER MORANT, Rafael. El silencio administrativo desde la perspectiva constitucional. *Documentación administrativa*, Madrid, a. XI, n. 208, ene.-dic. 1986, p. 81-106.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GONÇALVES, Pedro Costa; OLIVEIRA, Mário Esteves de; AMORIM, João Pacheco de. *Código do Procedimento Administrativo - Comentado*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Derecho administrativo español II*. Pamplona: Aranzadi,

1997.

- GONZÁLEZ PEREZ, Jesus. *Comentario a la ley de procedimiento administrativo*. Madrid: Civitas, 1977.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Derecho procesal administrativo*. Madrid: Tirant lo Blanch, 1991.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago José. *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*. Madrid: Civitas, 1993.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 9. ed. Buenos Aires: F.D.A., 2007. t. 3º.
- GRECCO, Carlos Manuel. Sobre el silencio de la Administración. In: GRECCO, Carlos Manuel; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Coods.). *Fragmentos y testimonios del derecho administrativo*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.
- GRECO, Guido. Silenzio della Pubblica Amministrazione e oggetto del giudizio amministrativo. *Giurisprudenza Italiana*, Roma, v. CXXXV, n. 7, jul. 1983.
- GUAITA MARTORELL, Aurelio. El concepto de acto administrativo. *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, a. II, n. 7, oct.-dic. 1975, p. 551-572.
- GUILLÉN PÉREZ, María Eugenia. *El silencio administrativo: el control judicial de la inactividad administrativa*. 2. ed. Madrid: Colex, 1997.
- HUTCHINSON, Tomás. La inactividad de la Administración y su control. In: AAVV. *Control de la Administración Pública*. Buenos Aires: RAP, 2003.
- LAUBADÈRE, André de. *Traité de droit administratif*. 6. ed. Paris: Pichon et Durand Auzias, 1973. t. 1.
- ; VENEZIA, Jean-claude; GAUDEMET, Yves. *Droit administratif I*. 14. ed. Paris: LGDJ, 1996.
- LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. O silêncio administrativo: a inatividade formal do Estado como uma refinada forma de ilegalidade! *Boletim de Direito Administrativo*, Curitiba, a. XXVII, n. 4, abr. 2011, p. 403-423.
- LLISET BORRELL, Francisco; ROMERO HERNÁNDEZ, Federico; LÓPEZ PELLICER, José Antonio. *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común (comentarios a la ley 30/1992, modificada por la ley 4/1999, y su conexión con el régimen local)*. 2. ed. Madrid: Abella, 2000.
- MACHETE, Pedro. *A audiência dos interessados no procedimento administrativo*. Lisboa: Univ. Católica, 1995.
- MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Abelardo Perrot, 1998. t. II.
- MARTÍN MATEO, Ramón. *Manual de derecho administrativo*. 28. ed. Madrid: Aranzadi, 2009.
- . Silencio positivo y actividad autorizante. *Revista de Administración Pública*, Madrid, a. XV, n. 48, sep.-dic. 1965, p. 205-239.
- MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: RT, 1974.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 15. ed. São Paulo: RT, 2010.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MONNIER, Mireille. *Les décisions implicites d'acceptation de l'administration*. Paris: LGDJ, 1992.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

- MOREAU, Félix. *Manuel de droit administratif*. París: Fontemoing, 1909.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MORILLO-VELARDE, José Ignacio. El silencio administrativo. In: BARNES, Javier (coord.). *El procedimiento administrativo en el Derecho comparado*. Madrid: Civitas, 1993.
- . El silencio administrativo tras la reforma de 1999. Un cambio inadvertido y unas posibilidades inéditas. *Revista de Administración Pública*, Madrid, a. LII, n. 159, sep.-dic. 2002, p. 87-135.
- . Hacia la nueva configuración del silencio administrativo. *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, a. XIII, n. 49, ene.-mar. 1986, p. 65-84.
- MUKAI, Toshio. Rejeição de pedido de aprovação de parcelamento urbano por decurso de prazo é inconstitucional. São Paulo: Saraiva, 2001, Disponível em: <<http://www.saraivadata.com.br/menuesquerdo/doutrinaArtigosDetalhe.aspx?Doutrina=42>>. Acesso em: 21 nov. 2011.
- MUÑOZ, Guillermo A. *Silencio de la Administración y plazos de caducidad*. Buenos Aires: Astrea, 1982.
- MURATORIO, Jorge I. ¿Actos administrativos tácitos?. In: AAVV. *Acto y reglamento administrativo*. Buenos Aires: RAP, 2002.
- NAVA NEGRETE, Alfonso. Silencio administrativo. In: Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Diccionario jurídico mexicano*. Ciudad de México: UNAM, 1984. t. VIII.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 4. ed. São Paulo: RT, 1997.
- NIETO, Alejandro. La inactividad de la administración y el recurso contencioso-administrativo. *Revista de Administración Pública*, Madrid, a. XII, n. 37, ene.-abr. 1962, p. 75-126.
- . *La nueva organización del desgobierno*. Madrid: Ariel, 1997.
- OLIVEIRA, Mário Esteves de. *Direito administrativo I*. Coimbra: Almedina, 1984.
- OLIVERA TORO, Jorge. *Manual de derecho administrativo*. Ciudad de México: Porrúa, 1988.
- OLIVERI, Luigi. Ambito di applicazione del silenzio assenso nella nuova legge 241/1990. LexItalia.it. Roma, n. 6/2005. Disponível em: <http://www.lexitalia.it/articoli/oliveri_silenzio.htm>. Acesso em: 9 abr. 2012.
- ORTIZ-ALVAREZ, Luis A. *El silencio administrativo en el derecho venezolano*. Caracas: Sherwood, 2000.
- PACORI CARI, José María. *El silencio administrativo en el Perú*. Arequipa: Perla Negra, 2008.
- PAJNO, Alessandro. Gli articoli 19 e 20 della Legge n. 241 prima e dopo la Legge 24 Dicembre 1993 n. 537 intrapresa dell'attività privata e silenzio dell'amministrazione. *Diritto processuale amministrativo*, Milano, a. XII, n. 1, 1994, p. 32-48.
- PARADA, Ramon. *Derecho administrativo I*. 16. ed. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- PAREDES CASTAÑEDA, Enzo Paolo. *Aplicación del Silencio Administrativo: Retos y tareas pendientes*. Informe Defensorial n.º 145. Lima: Defensoría del Pueblo, 2009.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. El silencio administrativo en el Proyecto de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. In: SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Estudios sobre la nueva Ley de Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*. Barcelona: Ajuntament de Barcelona, 1993.
- ; ORTEGA ALVAREZ, Luis; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. *Manual de derecho administrativo*. 3. ed. Madrid: Ariel, 1990.
- PARISIO, Vera. *I silenzi della pubblica amministrazione*. Milano: Giuffrè, 1996.

- . Il silenzio della pubblica amministrazione nella Legge 7 Agosto 1990 n. 241. *Diritto e Società*, Padova, a. XIX, n. 1, jan.-mar. 1992.
- PAUTI, Monique. Les décisions implicites d'acceptation et la jurisprudence administrative. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, Paris, a. 91, 1975, p. 1.525-1.576.
- PÉREZ LÓPEZ, Miguel. El silencio administrativo y la mejora regulatoria. *Revista Alegatos*, Ciudad de México, n. 50, ene.-abr. 2002, p. 103-120.
- PERRINO, Pablo E. El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa. *Revista de Derecho Público*, Buenos Aires, a. II, n. 1, ene.-jun. 2003, p. 257-294.
- RAGONESI, Vittorio. *Manuale di diritto amministrativo*. Milano: Il sole 24 ore, norme e tributi, 1996.
- REIS, Palhares Moreira. *Reclamação constitucional e súmula vinculante*. Brasília: Consulex, 2010.
- RIVERO GONZÁLEZ, Manuel. Silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud del interesado. In: AAVV. *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común*. Pamplona: Aranzadi, 2000.
- RIVERO, Jean; WALINE, Jean. *Droit administratif*. 17. ed. Paris: Dalloz, 1998.
- ROBERTO, A. de. Silenzio-assenso e legittimazione "ex lege" nella legge Nicolazzi. *Diritto e Società*, Padova, a. X, n. 1, jan.-mar. 1983.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.
- RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. Prólogo. In: SUAY RINCÓN, José. *La ley 4/1999 de procedimiento administrativo: reforma de la Ley 30/1992*. Madrid: Colex, 2000.
- ROJAS VARAS, Jaime. Notas sobre el procedimiento administrativo establecido en la Ley n.º 19.880. *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, Santiago de Chile, n. 11, jun. 2004, p. 21-54.
- ROMANO, Santi. *Corso di diritto amministrativo*. 3. ed. Padova: CEDAM, 1937.
- ROYO VILLANOVA, Segismundo. El procedimiento administrativo como garantía jurídica. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, a. IX, n. 48, nov.-dic. 1949, p. 55-118.
- RUIZ ROZAS, Andrea Paola. Acto Administrativo. Silencio Administrativo y Revisión de Acto Administrativo. Apud ROJAS VARAS, Jaime. Notas sobre el procedimiento administrativo establecido en la Ley n.º 19.880. *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, Santiago de Chile, n. 11, jun. 2004, p. 21-54.
- SAINT MARC, Renaud Denoix de. Le silence de l'administration. In: Institut Français des Sciences Administratives. *Administration: droits et attentes des citoyens*. Paris: La documentation française, 1998.
- SANCHEZ DIAZ, José Luis. Actos presuntos y tácitos: su control jurisdiccional. *Actualidad Administrativa*, Madrid, n. 30, 1992, p. 343-348.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Silencio positivo: una primera reflexión sobre las posibilidades de revitalizar una técnica casi olvidada. *Documentación administrativa*, Madrid, a. XI, n. 208, ene.-dic. 1986, p. 107-120.
- SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Lançamento tributário*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- SANTOS, Maria Celeste Leite dos. *Crimes contra o meio ambiente: responsabilidade e sanção penal*. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- SANZ RUBIALES, Iñigo. Silencio administrativo y prohibición de adquirir licencias contrarias al ordenamiento urbanístico. *Revista de Administración Pública*, Madrid, a. LVI, n. 171, sep.-dic. 2006, p. 181-214.

- SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n. 10, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br/pdf/10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-INGO-WOLFGANG-SARLET.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2012.
- SAYAGUES LASO, Enrique. *Tratado de derecho administrativo*. Montevideo: Depalma, 1953.
- SCIORILLI, Marcelo. Silêncio e Administração Pública. *Justitia*. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/artigos/6850x7.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2012.
- SCOCA, Franco Gaetano; D'ORSOGNA, Marina. Silenzio, clamori di novità. *Diritto processuale amministrativo*, Milano, a. 13, n. 3, set. 1995, p. 393-450.
- SENSALE, Massimo. *Il silenzio della pubblica amministrazione nel diritto urbanistico*. Padova: Cedam, 1991.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: RT, 1999.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- , *Direito urbanístico brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- SILVEIRA, João Tiago. *O deferimento tácito (esboço do regime jurídico do acto tácito positivo na sequência de pedido do particular) à luz da recente reforma do contencioso administrativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Direito administrativo geral*. Lisboa: Don Quixote, 2007. t. III.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das concessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- , *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- STIRN, Bernard ; FORMERY, Simon. *Code de l'administration*. Paris: Litec, 2004.
- SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Silêncio administrativo e renovação de autorizações de uso de radiofrequência: o caso MMDS. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações*, Belo horizonte, a. 3, n. 4, jan.-jun. 2008, p. 9-24.
- TÁCITO, Caio. O abuso de poder administrativo no Brasil: conceito e remédios. *Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores*, Brasília, v. 17, n. 72, dez. 1959, p. 35-64.
- TAWIL, Guido S. *Administración y justicia*. Buenos Aires: Depalma, 1993. t. I.
- TOMELIN, Georghio Alessandro. Silêncio-inadimplemento no processo administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 226, out.-dez. 2001, p. 281-292.
- TRAORÉ, Seydou. L'extension du champ de la décision implicite. *Droit administratif*, Paris, a. 39, n. 8-9, août.-sept. 2000, p. 8-11.
- TRAVI, Aldo. *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*. Padova: Cedam, 1985.
- TUCCI, Massimo A. *L'atto amministrativo implicito: profili dottrinali e giurisprudenziali*. Milano: Giuffrè, 1990.
- VALLES, Arnaldo de. *Elementi di diritto amministrativo*. 2. ed. Padova: Cedam, 1951.
- VERONELLI, Manuela. Azione diretta e immediata avverso il silenzio della pubblica amministrazione (commento a TAR Campania, sez. I, 22 novembre 2001, n. 4977). *Giornale di Diritto Amministrativo*, Milano, a. VIII, n. 1, 2003.
- VILLAR PALASI, José Luis. El silencio administrativo en la doctrina y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Actualidad Administrativa*, Madrid, a. III, n. 3, ene. 1988.
- ; VILLAR EZCURRA, José Luis. *Principio de derecho administrativo*. Actos, recursos y

jurisdicción contencioso-administrativo. Madrid: Universidad Complutense, 1987. v. II.

VITTA, Heraldo Garcia. O silêncio no direito administrativo. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 16, n. 8, ago. 2000, p. 569-587.

VIZZARI, Giorgio. Sul ricorso avverso il silenzio della P. A. (nota a Cons.St., sez.V, 4 febbraio 2004 n.376). *Il Foro amministrativo - CdS*, Milano, a. III, v. 3, f. 3, 2004, p. 855-963.

WILLERMAN, Flávio de Araújo. *Responsabilidade civil das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBBER, Rolf. *Verwaltungsrecht I*. 10. ed. München: Beck, 1994.

PROJETO DE LEI DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO*

Regula o Silêncio Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1.º Esta Lei estabelece normas básicas sobre silêncio administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

Parágrafo único. Os preceitos desta Lei também se aplicam:

I - aos órgãos dos Poderes Judiciário e Legislativo, incluindo o Tribunal de Cortes da União;

II - ao Ministério Público Federal.

Art. 2.º Subordinam-se a essa Lei os delegatários de serviço público e no que couber às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contratos de gestão, termos de parceria, convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres.

CAPÍTULO II DO DEVER DE DECIDIR E DOS PRAZOS

Art. 3.º A Administração tem o dever de explicita e fundamentadamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre pedido, solicitação, requerimento ou recurso, em matéria de sua competência, de forma célere, transparente, suficiente, congruente e com linguagem clara e de fácil compreensão.

Art. 4.º Observado o disposto no art. 3.º desta Lei, o prazo máximo para decisão de pedido, solicitação, requerimento ou recurso de qualquer espécie apresentados à Administração será de 120 (cento e vinte) dias, se outro não for legalmente estabelecido.

§ 1.º O prazo deve-se contar a partir da data de recepção do pedido, solicitação, requerimento ou recurso pelo órgão competente, devendo esse informar ao interessado da respectiva recepção.

§ 2.º O prazo deverá atender sempre as circunstâncias concretas, tendo presente a complexidade do assunto, os distintos trâmites internos a realizar, as diversas capacidades de trabalho e eficiência dos agentes públicos, bem como a própria conduta do interessado.

§ 3.º 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 dos efeitos estabelecidos para o silêncio.

§ 4.º O prazo estabelecido no *caput* deste artigo pode sofrer prorrogação por igual período, desde que expressamente motivada pelo agente e aprovada pelo titular do órgão ou entidade da Administração, sendo obrigatória a ciência do interessado.

§ 5.º O prazo suspender-se-á sempre que o procedimento parar por motivo imputável ao interessado.

CAPÍTULO III DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

Art. 5.º Ultrapassado o prazo sem decisão, a aceitação do pedido, solicitação, requerimento ou recurso será automática, não sendo necessário expedir pronunciamento ou documento algum para que o interessado possa fazer efetivo seu direito, desde que obedeçam as seguintes hipóteses:

I - procedimento no qual a transcendência da decisão final não repercuta diretamente em administrados distintos do requerente, mediante a limitação, prejuízo ou afetação a seus interesses ou direito legítimos;

II - pedido, solicitação, requerimento ou recurso que não exija uma valoração de distintos interesses concorrentes, sempre que o próprio órgão ou entidade não estabeleça de forma contrária;

III - pedido, solicitação, requerimento ou recurso cuja concessão habilite para o exercício de direitos preexistentes, ou para o desenvolvimento de atividades econômicas que requeiram autorização prévia do Estado, sempre, que não se encontrem contempladas nas hipóteses de silêncio negativo previstas nessa Lei;

IV - recursos destinados a questionar a negação de um pedido, solicitação, requerimento ou recurso ou ato administrativo anterior;

V - que se trate de um procedimento iniciado a instância de parte, salvo em alguns casos concretos que devem ser tratados pelas legislações específicas.

§ 1.º A aceitação por silêncio administrativo possuirá todos os efeitos como se ato administrativo finalizador do procedimento o fosse e será válido perante a Administração ou qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada.

§ 2.º A existência dos atos administrativos produzidos por silêncio administrativo poderá ser acreditada por qualquer meio de prova admitido no Direito.

§ 3.º O pedido, solicitação, requerimento ou recurso deverá ser formulado ao órgão competente de forma delimitada, compreensiva, congruente e concreta, além de referir-se a algo possível e real e não a algo inexistente ou contrário ao ordenamento jurídico.

Art. 6.º Os administrados poderão entregar declaração juramentada perante o próprio ente, que confirme a formação do ato administrativo derivado do silêncio positivo, com a finalidade de fazer valer o direito perante terceiros, constituindo a recepção de dito pedido prova suficiente da aceitação fictícia do pedido, solicitação, requerimento ou recurso.

§ 1.º Caso a Administração negue-se a receber a declaração juramentada, poderá o administrado remetê-la por correio, via A.R., surtindo, assim, os mesmos efeitos.

§ 2.º Poderá a Administração competente emitir certidão confirmatória do silêncio ou ditar resolução expressa concessória do ato, que deverá ser emitida no prazo máximo de 15 (quinze) dias, contados da entrega da declaração juramentada.

Art. 7.º Excepcionalmente, por lei, poderá negar pedido, solicitação, requerimento ou recurso por silêncio administrativo desde que por razões de relevante e significativo interesse público, questões de ordem pública, proteção de interesses contrários à liberdade e outros direitos constitucionais, bem como nos casos em que se verifique incidência sobre questões relacionadas à saúde pública, ao meio ambiente, aos recursos naturais, à defesa nacional, à imigração, à segurança cidadã, ao sistema financeiro, tributário e de seguros (exceto no campo da seguridade social), ao mercado de valores, à defesa comercial, ao patrimônio histórico, artístico e cultural, ao patrimônio arquitetônico e paisagístico, aos procedimentos trilaterais e aos que gerem obrigações de dar ou fazer ao Estado, principalmente relacionadas ao Direito supranacional ou comunitário e aos tratados internacionais.

§ 1.º A negação por silêncio administrativo dar-se-á de forma automática e possuirá efeito apenas de permitir aos interessados o acesso à instância seguinte, seja para interpor recurso administrativo ou pretensão judicial que pretenda.

§ 2.º Todos os casos excepcionais previstos no *caput* deste artigo devem ser substancialmente fundamentados na exposição de motivos da lei que o excepcionar.

Art. 8.º Os atos administrativos derivados do silêncio positivo não careçam de motivação.

Art. 9.º Fica excepcionado o silêncio negativo da obrigação de motivação.

Art. 10. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

CAPÍTULO IV DA RESPONSABILIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS E MILITARES

Art. 11. Os agentes públicos ou militar que, injustificadamente, negarem a reconhecer a eficácia do direito conferido ao interessado ao ter operado a seu favor o silêncio positivo incorrerão:

I - para fins dos regulamentos disciplinares das Forças Armadas, transgressões militares médias ou graves, segundo os critérios neles estabelecidos, desde que não tipificadas, em lei, como crime ou contravenção penal; ou

II - para fins do disposto na Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e suas alterações, infrações administrativas que deverão ser apenadas, no mínimo, com suspensão, segundo os critérios nela estabelecidos.

§ 1.º Deve-se obedecer o princípio do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal na apuração das condutas do *caput* deste artigo.

§ 2.º Pelas condutas descritas no *caput*, poderá o militar ou agente público responder, sem prejuízo da responsabilidade civil e penal, também, por improbidade administrativa, conforme o disposto nas Leis n.º 1.079, de 10 de abril de 1950, e 8.429, de 2 de junho de 1992.

Art. 12. O disposto no artigo 11 desta Lei, também, é aplicável aos agentes públicos de qualquer entidade da Administração ou militares que se neguem injustificadamente a receber ou cumprir o ato administrativo derivado da declaração juramentada a que faz referência esta Lei, dentro de um procedimento que se segue perante outra entidade da Administração.

Art. 13. A todos a que esta Lei é aplicada respondem direta e objetivamente pelos danos causados em decorrência do silêncio administrativo, cabendo a apuração de responsabilidade funcional nos casos de dolo ou culpa, assegurado o respectivo direito de regresso.

CAPÍTULO V RECLAMAÇÕES E QUEIXAS

Art. 14. Os interessados podem apresentar reclamação ou queixa perante o órgão de controle interno da entidade que se silenciou, sem prejuízo das ações civis e penais, nos casos em que os agentes públicos ou militares descumpram o estabelecido na presente Lei.

Art. 15. Relatórios com as reclamações ou queixas, perante o órgão de controle interno da entidade da Administração, que se apresentem contra os agentes públicos ou militares que descumpram o estabelecido na presente Lei e seus respectivos resultados e respostas serão colocados ao conhecimento do público em geral, de acordo com a Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011.

CAPÍTULO VI RESPONSABILIDADE DOS INTERESSADOS

Art. 16. Os interessados que façam uso indevido da declaração juramentada mencionada nesta Lei, declarando informação falsa ou errônea, terão a obrigação de ressarcir os danos ocasionados e serão denunciados penalmente conforme a legislação penal.

CAPÍTULO VII TEXTO ÚNICO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO - TUPA

Art. 17. É dever dos órgãos e entidades públicas elaborar e aprovar Texto Único de Procedimento Administrativo - TUPA, ao qual compreenderá:

I - todos os procedimentos de iniciativa de parte requeridos pelos administrados para satisfazer seus interesses ou direitos mediante o pronunciamento de quaisquer órgãos e entidades públicas, sempre que essa exigência conte com respaldo legal, deverá estar consignado expressamente no TUPA;

II - a descrição clara e taxativa de todos os requisitos exigidos para a realização completa de cada procedimento;

III - a qualificação de cada procedimento conforme corresponda entre procedimentos de avaliação prévia ou de aprovação automática;

IV - os efeitos do silêncio administrativo aplicáveis em concreto a cada procedimento administrativo, indicando-se sempre a Lei que os regulamente;

V - os casos em que procede o pagamento de direitos de tramitação, com indicação do montante e a forma de pagamento;

VI - as vias de recepção adequadas para acessar os procedimentos contidos nos TUPAs;

VII - a autoridade competente para resolver, em cada instância, o procedimento e os recursos;

VIII - os formulários que sejam empregados durante a tramitação do respectivo procedimento administrativo.

§ 1.º Somente pode-se exigir do interessado o cumprimento dos procedimentos administrativos que se encontrem previamente estabelecidos pelos órgãos competentes, não podendo requerer-se requisitos, trâmites ou outras informações, documento ou pagamento que não constem nos TUPAs, sob responsabilidade do agente público que o exija, aplicando-se as sanções desta Lei.

§ 2.º Todos os casos excepcionais de silêncio negativo devem ser substancialmente fundamentados nos TUPAs.

§ 3.º Para cumprimento do disposto no *caput* deste artigo, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo

obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet).

CAPÍTULO VIII SEGUIMENTO DOS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS

Art. 18. O órgão de controle interno das entidades da Administração supervisionará o cumprimento dos prazos, requisitos e procedimentos a fim de que sejam tramitados conforme os procedimentos legais correspondentes.

Art. 19. Cabe ao órgão de controle interno emitir um informe mensal sobre o estado dos procedimentos administrativos iniciados, bem como quanto à responsabilidade dos agentes públicos ou militares.

CAPÍTULO IX DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 20. No prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a contar da vigência desta Lei, todos os entes a que se refere o artigo 1.º desta Lei deverão divulgar todos os procedimentos contidos em seus TUPAs.

Art. 21. O Poder Executivo regulamentará o disposto nesta Lei no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a contar da data de sua publicação.

Art. 22. Esta Lei entra em vigor 180 (cento e oitenta) dias após a data de sua publicação.

* Trata-se de uma proposta de *lege ferenda*.

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

A

ação, 10
ação administrativa especial, 146
ação contra o silêncio, 158
ação de responsabilidade contra o Estado, 195
ação de responsabilidade do Estado, 116
aceitação expressa, 89
aceitação tácita, 89
acesso à informação, 15
acesso à jurisdição administrativa e judicial, 162
acionamento do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas, 88, 89
acionar o Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas, 88
ações deônticas, 9
ações não deônticas, 10
actos presuntos, 137
actos tácitos, 148
acto tácito, 145, 148
acto tácito negativo, 145
acto tácito positivo, 145
Administração, 9
Administração disfuncional, 162
Administração Pública, 9
alienação, 89
alterações da razão social e dos sócios, 80
ambiguidade, 161
amparo por mora, 164
amplo acesso ao Judiciário, 13
anormalidade administrativa, 123
anulabilidade, 71, 170
anulação do ato, 51
aprovação, 149
aprovação automática, 177
aprovação tácita, 74
assembleia dos cotistas, 87
atividade administrativa, 10
atividade da Administração Pública, 10
ato, 163
ato administrativo, 33, 34, 36, 38, 51, 67, 96, 101, 139, 147, 148, 151, 159, 192, 193, 200
ato administrativo em sentido figurado, 68
ato administrativo expresso, 142
ato administrativo ficto, 194
ato administrativo por ficção jurídica, 100
ato administrativo presumido, 142, 169
ato administrativo voluntário, 148
ato concessório, 65
ato concreto, 160
ato da Administração, 33
ato de dilação do prazo, 115
ato expresso, 35, 47, 68, 137, 139, 191
ato expresso concessório, 142
ato ficcional, 66
ato fictício, 140, 199
ato fictício positivo, 69
ato ilícito, 122

ato implícito, 53, 139
ato jurídico perfeito e acabado, 111
ato presumido, 3, 12, 52, 65, 99, 100, 139, 142, 169, 175
ato presumido concessório, 50
ato presumido denegatório, 99, 100
ato presumido derivado do silêncio positivo, 133
ato prévio, 2, 102, 189
atos administrativos, 142
atos administrativos franceses, 135
atos fictícios, 67, 199
Atos implícitos, 53
atos jurídicos com efeito positivo, 66
atos normativos, 59
atos presumidos, 134, 197
atos reais, 67
ato tácito, 139, 148, 157
ato vinculado, 43
atuação vinculada, 201
atuações administrativas regulares, 166
atuações discricionais, 16
atualidade, 81
autonomia pública, 127
autorização, 149
autorização prévia do Estado, 201

C

caráter volitivo, 126
casos de urgência, 44
certificação, 63, 172, 198, 199
certificação de atos presumidos, 62, 63, 199
certificação do silêncio administrativo, 141
certificações tardias, 62
certificado de ato presumido, 99
certificado do silêncio, 142
comunicação prévia, 48
comunicação prévia à Administração, 200
concessão por silêncio administrativo, 142
concessórios, 42
conduta discricionária, 150, 155
conduta for vinculante, 155
conduta omissiva, 121
conduta omissiva da Administração, 118
condutas comissivas, 121
confiança legítima, 50
configuração revisora, 2
confissão de mora, 183, 200
constrição judicial, 89
contencioso administrativo vinculado, 20
conteúdo *contra legem*, 70
continuidade, 81
contragarantias, 88
controle da conduta administrativa, 50
controle judicial na atuação discricional da Administração, 114
controle prévio ou preventivo, 84
Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa, 16
convênio, 143
convênios, 58
cortesia, 81

D

decisão, 15, 150
decisão administrativa, 113, 189

decisão de condenação, 160
decisão expressa, 138, 187, 198, 199, 202
decisão fictícia, 135, 177
decisão fictícia nula de pleno direito, 150
decisão fictícia positiva, 67, 151
decisão for discricional, 16
decisão implícita de aceitação, 134
decisão negativa, 132
decisão positiva, 168
decisão positiva implícita, 135
decisão real ou fictícia ilegal, 151
decisões administrativas, 166
decisões administrativas e judiciais, 162
decisões explícitas, 131
decisões expressas, 134
decisões fictícias, 173, 174
decisões fictícias positivas, 151
decisões implícitas, 131
Decisões positivas implícitas, 135
declaração de anulação eficácia retroativa, 51
declaração de comercialidade, 74
declaração de lesividade, 70
declaração de nulidade, 150
declaração de vontade, 2, 3, 36, 190, 192
declaração de vontade da Administração, 96
Declaração Jurada, 178
declaração juramentada, 177
Declaração Juramentada, 177
declaração presumida, 12
declaração presumível, 12
defeitos na documentação, 69
deferimento, 110
deferimento tácito, 66
delito de prevaricação, 126
denegação presumida, 137
denegatórios, 42
denunciar a mora, 200
descumprimento do prazo, 84
desmembramento, 103
desvio de poder, 126, 151
dever da Administração, 14
dever da Administração de decidir expressamente, 38
dever de agir, 121
dever de apreciar, 97, 185
dever de decidir, 37, 64, 112, 119, 123, 157, 185, 186, 195, 197
dever de decidir e de pronunciar-se, 15
dever de decidir motivadamente, 89, 201
dever de decisão, 15, 118, 157
dever de divulgar, 15
dever de expedir, 13
dever de fundamentação do Estado, 67
dever de fundamentação expressa dos atos administrativos, 145
dever de garantir acesso à informação, 15
Dever de modicidade, 81
dever de motivar, 185
dever de pronúncia, 15
dever de pronúncia ou decisão, 145
dever de responder, 194
dever de universalidade, 81
dever do Estado, 13
dever formal, 145
dever formal de decidir, 16
dever jurídico de agir, 122, 196

dever legal de resolver, 146
dever-poder discricional, 157
dever substantivo de decidir, 16
dever sucessivo de reparação, 118, 195
devidamente fundamentado, 198
direito ao contraditório e a ampla defesa nos processos administrativos e judiciais, 13
direito ao mandado de segurança, 115
direito ao recebimento de informações dos órgãos públicos, 13
direito a uma razoável duração dos processos administrativos e judiciais, 13
direito de acesso aos documentos, 156
direito de circulação, 133
direito de impugnação judicial, 145
direito de petição, 16, 14, 13, 143, 162, 172, 182
direito de propriedade, 50
direito de resposta, 16
direito de resposta da Administração, 13, 15
direito de veto, 35, 192
direitos subjetivos, 166
diretrizes gerais da política urbana, 90
discricionariedade administrativa, 116
disparate jurídico, 47
distinção relativa ao prazo, 81

E

efeito genérico ao silêncio administrativo, 189
efeito negativo, 155
efeito negativo do silêncio, 161
efeito negativo do silêncio da Administração, 102
efeito negativo ou positivo, 25
efeito negativo para silêncio administrativo, 161
efeito positivo, 161
efeito positivo da decisão, 133
efeito positivo do silêncio, 47
efeito positivo do silêncio administrativo, 61
efeitos, 42
efeitos denegatórios, 100
efeitos do silêncio, 147, 188, 200
efeitos do silêncio administrativo, 28, 187, 188
efeitos do silêncio positivo, 66, 67
efeitos negativos, 47, 144
efeitos negativos ao silêncio administrativo, 95
efeitos positivos, 26, 47, 68, 111, 157
efeitos positivos ao silêncio, 182
efeitos positivos do silêncio, 25
efeitos positivos do silêncio administrativo, 62
efeitos positivos nas decisões, 133
efeitos transcendentais, 72
eficácia, 199
eficácia administrativa, 50
eficiência, 81
esgotamento das vias administrativas, 20
espera da resolução expressa, 165
Estatuto da Cidade, 90
exercício de direitos por administrados, 147
ex tunc, 89

F

falta de decisão, 83
fato administrativo, 163
fato jurídico, 74
fatos administrativos, 192
ficção, 35, 66, 96, 163, 192

ficção do silêncio negativo, 96
ficção jurídica, 61, 100, 101, 137, 143, 159
ficção jurídica com efeitos processuais, 100
ficção jurídica de efeitos essencialmente processuais, 101
ficção legal, 96, 99, 171
finalidade do administrador, 126
formas de manifestações, 183
fundamento do silêncio negativo, 102
fundo garantidor, 86
Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas, 86, 87

G

garantia, 87
garantias do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas, 87
generalidade, 81

H

habeas data, 116

I

improbidade administrativa, 120
inatividade, 39, 40
inatividade formal, 39, 63, 194, 195
inatividade formal administrativa, 39
inatividade formal da Administração, 186
inatividade material, 39
inconstitucionalidade, 187
indébito tributário, 119
indeferimento tácito, 146
inércia administrativa, 54
inexistência, 52
informe obstativo, 70
informes preceptivos, 70
informe vinculante, 70
infração, 163
infração funcional, 120
início do prazo prescricional, 118
insegurança jurídica, 97, 198
integralização das cotas, 87
interesse de agir, 44, 189, 198
interesse público, 201
interesse público primário, 126
interesse público relevante, 69
interesse público secundário, 126
interpretações extensivas, 36, 186
irresponsabilidade penal, 126

J

juízo especial contra o silêncio administrativo, 153
jurisdição condicionada, 20
Justiça Desportiva, 20

L

lançamento por homologação, 93
lapso temporal, 49
lavra, 74
Lei de acesso à informação, 13
Lei de Procedimento Administrativo, 31
Lei de Silêncio Administrativo, 176
Lei *Omnibus*, 138

liberdade de preços, 81
linguagem, 12
linguagem escrita, 12
linguagem oral, 12
listas de procedimentos, 144
livre concorrência, 81, 83
livre iniciativa, 50
loteamento, 103

M

mandado de injunção, 116
mandado de segurança, 124
mandato administrativo, 29
manifestação discricionária da Administração, 114
margem de liberdade, 150
margem de livre apreciação, 202
módica, 81
modicidade tarifária, 81
motivação, 16, 17
motivação dos atos, 47
motivo, 16

N

natureza do silêncio, 36
natureza jurídica do silêncio administrativo, 148, 163
natureza jurídica do silêncio negativo, 100
negativa fictícia, 182, 183
negativo, 137
norma geral do silêncio positivo, 139
normas gerais de processo administrativo, 90
normas regulamentares, 140
nulidade, 53
nulidade absoluta, 71, 166
nulidade de pleno direito, 170

O

obrigação da Administração, 14
obrigações garantidas, 89
omissão administrativa, 61, 96, 185, 187, 192
omissão da Administração, 2, 113, 188
omissão específica, 63
omissão específica administrativa, 194
omissão específica da administração, 39
omissão específica da Administração, 144, 186, 195
omissão genérica, 39
omissiva, 121
órgãos licenciadores, 104

P

pacto, 143
Parceria Público-Privada, 86
pedido de acesso à informação, 15
penas ao Estado, 126
permissão fictícia, 156
Petição graciável, 176
petições consultas, 176
poder discricionário, 150
política de concessão de garantias, 87
ponderação, 47
possibilidade denegatória, 141
preclusão administrativa, 90

prerrogativas da Administração, 112
prescrição, 116, 117
prescrição quinquenal, 117
prestador de serviço público em regime privado, 81
prestador em regime privado, 80
presunção, 35, 163, 171, 191
presunção legal, 35
previsão geral, 147
previsões legais, 34
Princípio da Ampla Defesa, 120
princípio da autotutela administrativa, 117
princípio da continuidade, 126
Princípio da Igualdade de Armas, 162
princípio da jurisdição una, 71, 113, 116
princípio da máxima efetividade possível dos direitos fundamentais, 26
princípio da motivação dos atos administrativos, 13
princípio da oficialidade do processo administrativo, 78
princípio da segurança jurídica, 50
princípio da tutela judicial efetiva, 116
princípio do contraditório, 120
princípio do contraditório, da ampla defesa, 195
princípio do devido processo legal, 195
Princípio do Devido Processo Legal, 120
princípio do silêncio-inadimplemento, 115
princípios da legalidade, da publicidade e da moralidade administrativa, 13
princípios da motivação, 64, 197
princípios da reserva de procedimento, 64, 197
princípios da segurança jurídica, 50
problemática processual do silêncio administrativo, 100
procedimento administrativo, 37, 138, 156, 171, 187
procedimento contra o silêncio, 158
procedimentos administrativos, 14, 167, 171, 177, 179, 185
processo administrativo, 44
pronúncia, 15
pronunciamento expresso, 198
pronunciamento expresso da Administração, 165
prorrogar, 42
proteção de interesses contrários à liberdade, 202

Q

queixa, 164, 178
questões de ordem pública, 201

R

reclamação administrativa prévia, 165
Reclamação ao STF, 20
reclamación en queja, 48, 200
Recomendação 90/246/CEE, 49
recurso administrativo, 164, 170, 189
recurso ao silêncio denegatório, 165
recurso de revocatória, 168
recurso hierárquico, 164, 168
regime de invalidez, 52
regra da decisão prévia, 18
regras da livre iniciativa, 81
regulação geral do silêncio administrativo, 137
regularidade, 81
rejeição expressa e motivada, 89
rejeitar fatura sem motivação, 89
relações bilaterais, 115
resolução administrativa definitiva, 183
resolução afirmativa fictícia, 181

resolução aprobatória fictícia, 177
resolução expressa, 137, 142, 143, 167
resolução expressa extemporânea, 99
resolução expressa tardia, 63, 109, 119, 122, 196
resolução fictícia, 181
resolução negativa fictícia, 181
resolução tardia, 109, 166
resoluções administrativas, 183
resoluções administrativas espontâneas, 183
resoluções administrativas provocadas, 183
resoluções expressas tardias, 109, 111, 112, 119
resolver expressamente, 200
responsabilidade civil do Estado, 121, 123, 124, 196
responsabilidade civil objetiva do Estado, 121, 122, 196
responsabilidade disciplinária e pecuniária, 195
responsabilidade do Estado, 123, 124, 127
responsabilidade estatal, 121
responsabilidade objetiva, 121
responsabilidade penal do Estado, 125, 196
responsabilidades civis, 178
resposta expressa, 198

S

segurança, 81
serviço público prestado em regime privado, 80
serviço público prestado em regime público, 80
serviços públicos privativos prestados em regime privado, 80, 82
silêncio, 41, 62, 66, 67, 100, 122, 123, 134, 138, 161, 163, 164, 165, 171, 186, 187, 200, 201
silêncio administrativo, 1, 17, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 42, 44, 48, 49, 51, 53, 91, 95, 96, 112, 113, 118, 119, 122, 124, 125, 131, 137, 139, 140, 142, 145, 146, 147, 149, 153, 154, 155, 159, 161, 162, 164, 165, 167, 169, 171, 175, 178, 181, 182, 186, 187, 188, 191, 192, 194, 195, 196, 199, 201
Silêncio Administrativo, 186, 189
silêncio administrativo em sentido amplo, 33
silêncio administrativo estabelecendo, 164
silêncio administrativo parcial, 161
silêncio administrativo positivo, 140, 178
silencio automático, 68
silêncio como negativo, 70
silêncio *contra legem*, 46, 71
silencio da administração, 66
silêncio da administração, 93
silêncio da Administração, 33, 44, 65, 74, 78, 90
silêncio da Administração Pública, 65
silêncio em via de reclamo, 164
silêncio formal, 31
silêncio-inadimplemento, 31, 99, 199
silêncio negativo, 19, 25, 47, 49, 50, 51, 90, 91, 95, 96, 97, 99, 100, 101, 110, 131, 132, 134, 138, 140, 143, 146, 150, 154, 166, 168, 169, 172, 173, 175, 177, 178, 181, 183, 186, 187, 190, 193, 194, 197, 198, 199, 202
silêncio negativo condicionado, 103
silêncio negativo dispensável, 54
silêncio negativo implícito, 103, 191
silêncio negativo próprio, 102, 190
silêncio neutro, 42, 189
silêncio positivo, 34, 47, 49, 50, 52, 61, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 72, 89, 88, 90, 91, 93, 110, 132, 133, 137, 138, 139, 140, 142, 146, 150, 154, 155, 156, 157, 158, 169, 172, 173, 175, 177, 181, 186, 190, 192, 193, 194, 197, 198, 197, 198, 199, 201, 202, 201
silêncio positivo condicionado, 91
Silêncio positivo condicionado, 90
silêncio positivo *contra legem*, 71
silêncio positivo e negativo, 138
silêncio positivo implícito, 72, 93, 190

Silêncio positivo implícito, 93
silêncio positivo invalidado, 197
silêncio positivo/negativo condicionado, 190
silêncio positivo/negativo implícito, 190
silêncio positivo/negativo próprio, 190
silêncio positivo próprio, 72, 83, 190
Silêncio positivo próprio, 72
silêncio preclusivo, 54
silêncio qualificado, 33
silêncio rifiutto, 90
silêncio simples, 33
silêncio substancial, 154
silenzio-assenso, 156
silenzio-inadempimento, 155, 156
silenzio-rifiuto, 154
silenzio-rigetto, 156
situações vinculativas, 111
soluções automáticas, 34
súmula vinculante, 20
supostos de terminação do procedimento, 143

T

Teoria da Invalidez, 194
teoria do risco administrativo, 121, 196
teoria do silêncio administrativo, 18
Teoria do Silêncio Administrativo, 2
Texto Único de Procedimento Administrativo, 202
tutela efetiva, 168
tutela judicial, 162
tutela judicial efetiva, 35, 114

U

uma vontade administrativa expressa, 3
uso genérico do Mandado de Segurança, 113

V

vencimento do prazo, 188
vias administrativas opcionais, 46
vício de legalidade, 51, 83, 89, 143, 193
vocação dinâmica, 10
vontade administrativa, 34, 35, 36, 189, 191
vontade Administrativa, 192
vontade da Administração, 66, 192