

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

LÍGIA COVRE DA SILVA

**A CONCESSÃO DE EFEITO POSITIVO AO SILÊNCIO DO PODER
PÚBLICO: POLÊMICA E IMPLICAÇÕES.**

Trabalho de Conclusão de Curso

Orientador: Prof. Dr. Thiago Marrara

Ribeirão Preto

2015

LÍGIA COVRE DA SILVA

**A CONCESSÃO DE EFEITO POSITIVO AO SILÊNCIO DO PODER
PÚBLICO: POLÊMICA E IMPLICAÇÕES.**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da
Universidade de São Paulo (FDRP – USP) para a
obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Thiago Marrara

Ribeirão Preto

2015

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

FICHA CATALOGRÁFICA

Silva, Lígia Covre da

A concessão de efeito positivo ao silêncio do poder público: polêmica e implicações. Ribeirão Preto, 2015.

102 p. ; 30 cm

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto/ USP

Orientador: Marrara, Thiago

1. Direito. 2 Direito Público. 3. Processo administrativo. 4.Silêncio do Poder Público.

Nome: SILVA, Lígia Covre da

Título: A CONCESSÃO DE EFEITO POSITIVO AO SILÊNCIO DO PODER PÚBLICO:
POLÊMICA E IMPLICAÇÕES.

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de
Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP –
USP) para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

“Há algo de ameaçador num silêncio muito prolongado”
(Sófocles – Antígona)

AGRADECIMENTOS

Ao meu irmão, que inesperadamente, tornou-se o melhor amigo que a vida poderia me dar. Meu porto seguro.

Aos meus pais, pela dedicação, confiança e suporte em todos os momentos.

Agradeço aos meus amigos e professores da Universidade Estadual de Londrina, local em que cursei meu primeiro ano da faculdade de Direito, vivenciando experiências inesquecíveis.

Agradeço aos meus amigos da Turma IV da FDRP/USP, em especial, ao grupo dos transferidos de 2012, pela união incrível capaz de superar qualquer burocratismo e facilitar minha graduação em cinco anos.

Ao meu orientador, que com suas aulas, grupos de estudos, almoços e reuniões, fez nascer em mim a paixão pelo direito administrativo, definindo desde meu segundo ano da faculdade os caminhos que pretendo traçar para a vida profissional e pessoal. Também sou grata pela paciência ao longo desses anos de orientação e pelo incentivo à pesquisa.

Agradeço ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), pela concessão da bolsa de iniciação científica e apoio financeiro para realização deste estudo.

Agradeço à Secretaria dos Negócios Jurídicos de Ribeirão Preto e aos seus procuradores, pelas dicas e ensinamentos durante todo o estágio lá realizado.

RESUMO

A Constituição Federal do Brasil garante a todos, no seu artigo 5º, inciso XXXIV, “a”, o direito de petição, que permite a deflagração de processos administrativos instaurados por cidadãos que visam tutelar seus direitos fundamentais. A Administração Pública, por sua vez, tem o dever de responder aos seus administrados, emitindo decisões em prazos razoáveis ou naqueles previstos em lei. Ocorre, no entanto, que o excesso de assuntos demandados aos órgãos administrativos para que os mesmos resolvam, o crescimento exacerbado da máquina do estado e a falta de controle de seus agentes contribuem para uma omissão recorrente do Poder Público, gerando problemas graves como a ineficiência do ente Estatal e a insegurança jurídica dos administrados. É nesta seara que o estudo do silêncio administrativo e seus efeitos positivo e negativo tornam-se relevantes e apontaria como uma solução praticamente unânime para o problema do mutismo, se não fosse suas implicações perigosas para o ordenamento brasileiro quando se tem em vista a preservação dos princípios constitucionais da motivação, da supremacia do interesse público e da publicidade dos atos administrativos. Diante destes fatores que este trabalho insere-se no contexto da discussão sobre os possíveis benefícios e prejuízos de se introduzir uma norma geral na Lei de Processo Administrativo (9.784/99) que discipline os efeitos do silêncio administrativo, mais especificadamente, a autorização fictícia, tendo como eixo norteador perguntas e discussões do tipo: como são disciplinados os efeitos jurídicos do silêncio administrativos em países como Alemanha, Peru e Argentina; quais vantagens seriam percebidas se houvesse a concessão de efeito positivo ao silêncio do Poder Público no processo administrativo?; quais as críticas e implicações eventualmente negativas de se reconhecer o efeito positivo do silêncio como regra geral? À luz dos resultados e estudos obtidos pelo trabalho concluiu-se que, apesar do princípio constitucional da motivação implicar em grandes desvantagens, a ponderação de demais princípios como o da eficiência administrativa e celeridade processual acarretam em amplos benefícios ao administrado, de sorte que se houvesse, no ordenamento jurídico pátrio, uma regra geral semelhante ao caso peruano e alemão, que determina os efeitos positivos para os casos de omissão específica, haveria uma tutela administrativa mais efetiva e integral dos direitos dos administrados.

PALAVRAS-CHAVE: Processo administrativo. Silêncio administrativo. Autorização fictícia.

ABSTRACT

The Constitution of Brazil of 1988 guarantees to all, in its Article 5, item XXXIV, "a", the petition right, which allows the promotion of administrative processes established by citizens who seek to protect their fundamental right. The Public Administration, in turn, has a duty to respond to their administered, emitting decision in reasonable periods or in those provided by law. Occurs, however, that the excess of subjects for the administrative organs solve, the overgrowth of the state machinery and the lack of control of its agents contribute to a recurrent omission of the Public Power, provoking severe problems such as inefficiency of the State entity and legal uncertainty for the administered. It is in this context that the study of the administrative silence institute and their positive and negative effects become relevant and would appear as a solution practically unanimous for the silence problem, if it didn't go their dangerous implication to the Brazilian legal order, when it is had in mind the preservation of constitution principles, like motivation, the supremacy of public interest and publicity of administrative acts. Cause of this factors that this work interferes in the context of the discussion about the possible benefits and harms to introduce a general norm in the Federal Law on Administrative Proceedings (9784/99) that disciplines the effects of the administrative silence, more specifically, the fictional authorisation, having as axis guiding questions and discussions of the type: how the juridical effects of the administrative silence are disciplined at countries as Germany, Peru and Argentina; which advantages would be noticed if there was the concession of positive effect to the silence of the Public Power in the administrative process?; which eventually criticism and negative implications of recognizing the positive effect of silence as a general rule? In the light of the results and studies obtained the work was ended that, despite the constitution principle of motivation imply major drawbacks, the weighting of the other principles such as administrative efficiency and promptness cart in wide benefits to the administered. So that if there were in the Brazilian legal system the general rule similar to the Peruvian and Germany case, whic determines the positive effects in cases of specific omission, there would be more effective and comprehensive administrative protection of rogh s of citizens.

KEYWORDS: Administrative procedure. Administrative Silence. Fictional authorisation.

LISTA DE SIGLAS

AGU: Advocacia Geral da União

ANATEL: Agência Nacional de Telecomunicações

ANVISA: Agência Nacional de Vigilância Sanitária

CADE: Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CONJUR: Consultor Jurídico

CF: Constituição Federal

CTN: Código Tributário Nacional

FGP: Fundo Garantidor de Parcerias

LGT: Lei Geral de Telecomunicações

LPA: Lei de Processo Administrativo

LPAG: Lei de Procedimento Administrativo Geral

LPC: Lei de Procedimento Administrativo Comum

LNPA: Lei Nacional de Procedimentos Administrativos

STF: Supremo Tribunal Federal

PL: Projeto de Lei

SUFRAMA: Superintendência da Zona Franca de Manaus

VwVfg: *Verwaltungsvereinfachung*- Lei de Procedimento Administrativo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	19
2 CONSIDERAÇÕES GERAIS DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO	21
2.1 A ORIGEM DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO	21
2.2 O CONCEITO DE SILÊNCIO ADMINISTRATIVO	22
2.3 OS EFEITOS DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO	23
3 MAPEAMENTO DOS ORDENAMENTOS ESTRANGEIROS.....	31
3.1 A DIRETIVA DE SERVIÇOS E OS MODELOS EUROPEUS.	31
3.1.1 Alemanha.....	34
3.1.2 Espanha.....	36
3.1.3 Itália	39
3.2 OS PAÍSES LATINO-AMERICANOS	40
3.2.1 Chile	42
3.2.2 Equador.....	43
3.2.3 Colômbia	45
3.2.4 México	46
3.2.5 Argentina.....	47
3.2.6 Peru	49
4 SILÊNCIO ADMINISTRATIVO NO DIREITO BRASILEIRO.....	55
4.1 PANORAMA ATUAL.	55
4.2 ESPÉCIES DE SILÊNCIO ADMINISTRATIVO NA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA BRASILEIRA.....	56
4.2.1 <i>Silêncio positivo próprio</i>	57
4.2.2 <i>Silêncio positivo condicionado</i>	65
4.2.3 <i>Silêncio positivo implícito</i>	66
4.2.4 <i>Silêncio negativo próprio</i>	67
4.2.5 <i>Silêncio negativo condicionado</i>	69
4.2.6 <i>Silêncio negativo implícito</i>	69

4.3 O CONTROLE JUDICIAL DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO	71
5 PONDERAÇÕES PRINCIPIOLÓGICAS	74
5.1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS	74
5.2 SILÊNCIO, PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS	75
5.2.1 <i>Silêncio, motivação e publicidade</i>	76
5.2.2 <i>Silêncio e segurança jurídica</i>	79
5.2.3 <i>Silêncio e autotutela administrativa</i>	80
5.2.4 <i>Silêncio, eficiência e celeridade</i>	81
5.2.5 <i>Silêncio, igualdade e interesses públicos</i>	84
5.3 POR UMA REGRA GERAL DE EFEITO POSITIVO DO SILÊNCIO?	85
5.4 OS EFEITOS DE UMA REGRA GERAL PARA UM CASO CONCRETO	89
6 PROJETO DE LEI QUE ALTERA A LPA	91
6.1 DO PROJETO DE LEI.....	92
6.2 DA JUSTIFICATIVA	95
6.3 COMENTÁRIOS AO PROJETO DE LEI.....	96
6.3.1 <i>O caput do 50-A: o efeito positivo como regra geral e seus pressupostos</i>	96
6.3.2 <i>Os incisos e as suas hipóteses</i>	97
6.3.3 <i>Os parágrafos do artigo 50-A</i>	98
6.3.4 <i>O caput do 50- B: o efeito negativo como exceção</i>	99
6.3.5 <i>O parágrafo único do artigo 50-B</i>	100
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	101
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	102

1 INTRODUÇÃO

Trata-se de uma análise dogmático-normativa de ordenamentos estrangeiros e nacional naquilo que diz respeito ao instituto denominado de silêncio administrativo, de modo a se pronunciar sobre a polêmica e as implicações, no Brasil, de se conceder efeito positivo ao não pronunciamento Estatal, oriundo de sua inatividade formal no correr dos processos administrativos, especificamente, naqueles de outorga, em que a Administração Pública, diante de um pleito a ela dirigido, tem o poder-dever de responder ao administrado, seja concedendo ou denegando seu pedido por meio de autorizações ou licenças.

Estudar a teoria do silêncio no âmbito do direito público, principalmente, no direito administrativo, é tarefa complexa, haja vista princípios de valores constitucionais como a motivação, publicidade, contraditório, supremacia do interesse público, entre outros, os quais norteiam a atividade da Administração Pública e, na maior parte, dificultam as hipóteses de julgamento tácito.

Apesar dessas dificuldades, a realidade Brasileira, caracterizada por omissões Estatais diárias e ausência de regra geral sobre o assunto, necessita de um instrumento normativo que impeça o mau funcionamento da gestão pública, evitando, assim, que a inércia Estatal se converta em uma barreira para o cidadão que procura a Administração a fim de realizar um trâmite, solicitar uma licença ou exigir uma determinada prestação em exercício de seus direitos.

Seria, então, a concessão do efeito positivo do silêncio administrativo de forma geral uma boa solução para o problema acima levantado? A forma como se trata o fenômeno no Brasil, basicamente, recorrendo-se ao judiciário, na ausência de legislação específica, já não seria suficiente para amparar o administrado do mutismo Estatal? Ao se aceitar o efeito positivo, haveria de fato celeridade e eficiência dos órgãos administrativos, com a hipótese sugerida, ou seriam estimulados indeferimentos de pedidos? Como ficaria a questão da segurança jurídica nos casos em que a Administração Pública se valesse do seu poder de autotutela? E o contraditório seria o mesmo ou, em razão de conclusões urgentes, sofreria uma mitigação? Eis as dificuldades que este trabalho enfrenta.

Em linha com a introdução apresentada, vê-se que a ideia principal deste trabalho é a de construir um subsídio teórico capaz de sustentar ou não a hipótese de se conceder efeito positivo

ao silêncio do poder público nos processos administrativos, buscando-se uma resposta satisfatória para a indagação sobre quais seriam os possíveis benefícios e prejuízos desta proposta.

Os objetivos específicos, por sua vez, são analisar, sob a perspectiva teórica, a origem, o conceito e os efeitos do silêncio administrativo, a fim de se obter o mínimo de informação sobre o instituto em questão; examinar, brevemente, os instrumentos normativos utilizados por certos países europeus e Latino-Americanos na abordagem da inatividade formal da Administração Pública, dando especial destaque à experiência peruana e a normas da União Europeia; e explicar qual o tratamento dado ao assunto pelo Brasil atualmente. Com base nesse arcabouço, pretende-se estudar a hipótese de introdução de um efeito positivo geral no Brasil tendo em vista todas as informações colhidas ao longo da pesquisa, valendo-se de ponderações entre princípios do direito e processo administrativo para obter, enfim, as vantagens e desvantagens da referida hipótese e, se for o caso, sugerir um modelo de projeto de lei que contemple possível solução para o caso.

2 CONSIDERAÇÕES GERAIS DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

2.1 A ORIGEM DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

O silêncio administrativo teve sua origem na França, por meio de um decreto expedido em dois de novembro de 1864, o qual, pela primeira vez, estabeleceu a figura deste instituto com o propósito de sanar o vazio das respostas dos Ministros, diante de pretensões a eles dirigidas.

A outorga de efeito jurídico ao silêncio administrativo tornou-se generalizada após a publicação da Lei de 17 de julho de 1900 (artigo 3º), que possibilitou a aplicação da decisão implícita de negação a todos os reclamos veiculados perante qualquer órgão da Administração Pública. Dessa forma, por meio deste artigo, a ausência de um pronunciamento por parte do Estado diante de uma pretensão transcorridos na época quatro meses, significava que esta havia sido denegada, com o único propósito de socorrer das vias judiciais (SADDY, 2013, p. 19).

A finalidade da lei francesa de 1900 era impedir que, em determinados casos, o recurso contencioso-administrativo se convertesse em algo puramente ilusório. Por isso, a lei buscou eliminar barreiras para acender ao Conselho de Estado, diminuindo, assim, a lentidão dos assuntos¹.

Percebe-se, pois, que o silêncio administrativo (em sua vertente negativa) surgiu na França como uma ficção legal, permitindo ao interessado, frente à inatividade da administração pública, considerar negada sua pretensão para recorrer ao recurso contencioso administrativo, a fim de satisfazer a seu pedido.

O referido instituto, da forma como nasceu, não tinha a intenção de proteger o administrado, mas sim de evitar que, em determinados âmbitos da Administração Pública, a inércia administrativa gerasse prejuízos ao próprio funcionamento desta e seus interesses.

Atualmente, entretanto, a aplicação dos efeitos do silêncio, em especial, o efeito positivo, que considera outorgada a pretensão do administrado, faz que parte da doutrina adote o posicionamento de que o instituto do silêncio administrativo deva ser considerado um

¹ Decreto imperial de 2 de novembro de 1864, que diz respeito ao procedimento perante o Conselho de Estado em matéria contenciosa e as regras a serem seguidas pelos ministros nos assuntos contenciosos.

instrumento de defesa daquele que submete um pedido ao Estado, tornando-se, inclusive, instrumento do movimento da modernização Estatal, cuja filosofia gerencial se volta ao cidadão.

Em outras palavras, o silêncio administrativo e seus efeitos além de contribuir para o funcionamento da Administração Pública e seus interesses, também pode servir para colocar em prática uma ferramenta alternativa que compense a desproteção e insegurança em que se encontram o cidadão frente à sua inação, bem como garantir uma gestão pública moderna.

2.2 O CONCEITO DE SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

A breve noção sobre a origem do silêncio administrativo, além de colaborar para a apresentação deste fenômeno, tem relevância na compreensão de seu conceito. De fato, anotou-se que o instituto em questão surgiu com o propósito de combater os vazios das respostas de Ministros, estendendo-se, posteriormente, aos demais órgãos da Administração Pública. Nesse sentido, pode-se concluir que o silêncio administrativo faz referência a uma omissão Estatal.

Entretanto, deve-se tomar cuidado com o termo omissão em direito Administrativo, haja vista que este conceito abrange diversas espécies omissivas, como a falta de implementação de políticas públicas, a ausência de fiscalização no exercício do poder de polícia, a não-manutenção de equipamentos públicos entre outras, as quais diferem do silêncio administrativo. (PACHECO, 2008. p.59).

É pacífico entre os estudiosos do tema que o silêncio administrativo se relaciona à acepção mais restrita da inatividade administrativa, o que significa dizer que o instituto em questão trata tão somente dos casos de inatividade formal do Estado. Isso porque a inatividade da Administração Pública possui um campo de inércia muito amplo, sendo que seu conceito jurídico se divide em inatividade material, o qual se opera tão somente com a situação de inércia, independentemente de existir ou não um dever ou uma imposição de agir, e a inatividade formal, também denominada de omissão específica (GOMÉZ PUENTE, 1997. p. 58 e ss).

Esta, geralmente, decorre do descumprimento de prestações positivas fáticas do Estado previstas em lei e na própria Constituição Federal, não se observando, pois, o dever legal de

prestar/controlar/regulamentar (LIMA, 2011). O silêncio administrativo é considerado como inatividade formal na medida em que a falta de decisão, concessão ou resposta que declare a vontade da Administração, num período de tempo normativamente previsto, contraria um dever legal e constitucional de atuar.

Com isso, pode-se conceituar-se analiticamente o silêncio administrativo como:

“A inatividade formal da Administração Pública, constitutiva de violação à ordem jurídica, em face da falta de resposta a requerimentos de particular postulando interesse próprio, da inação indevida de órgão controlador ou em virtude da falta de edição de ato normativo necessário para o exercício de direito constitucional consagrado” (FARIA, 2002: apud LIMA, 2011, p. 406).

Apesar de tanto a doutrina alienígena como a nacional concordarem quanto à questão da inatividade formal, há que se destacar que muitos autores estrangeiros reservam a expressão do silêncio administrativo para aqueles casos em que, havendo inércia da Administração Pública diante de um pleito a ela dirigido, a lei preveja um sentido, positivo ou negativo, para esta inatividade. Em outras palavras, o fenômeno do silêncio administrativo só se aplica nas hipóteses em que a lei lhe confere determinado significado ou efeito (PACHECO, 2008, p.60).

Para a doutrina pátria, ao seu turno, basta a inércia da Administração, quando esta deveria se manifestar, para que reste configurado o silêncio administrativo. Não há, portanto, a necessidade de que o ordenamento jurídico, diante da falta de um pronunciamento dentro do prazo estabelecido, presuma, automaticamente ou mesmo após uma denúncia de mora, a existência de um ato, negativo ou positivo. A definição clássica de José Carvalho Filho (2007, p.94), segundo a qual o silêncio administrativo é *omissão da Administração quando lhe incumbe manifestação de caráter comissivo*, comprova a assertiva anterior.

Seja como for, o silêncio administrativo configura-se como um artifício jurídico e, havendo regra que trate de suas consequências, será também uma ficção. Um fingimento verdadeiro de se ter decidido algo que não foi decidido com presunção de legalidade. Finge-se como verdade jurídica que houve uma resolução emitida. Presume-se que a Administração Pública cumpriu o seu dever de responder e que o procedimento terminou com um ato expresso, podendo ter sentido positivo ou, pelo contrário, sentido negativo.

2.3 OS EFEITOS DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

O silêncio, por si só, não tem valor jurídico sendo, inclusive, considerado antijurídico. Por isso, ele precisa de uma valoração, que estabeleça consequências jurídicas, por meio das

quais se extraia uma vontade da Administração Pública com relação ao pleito de seu administrado. É preciso, pois, que ele seja integrado com os seus efeitos, para que deixe de ser visto como um ilícito.

Esta integração deve, necessariamente, ser pautada pelo princípio da legalidade, haja vista que a Administração Pública só pode agir e atuar da forma como a lei autoriza. Isso significa dizer que as consequências do instituto em questão deverão obedecer à regra de Direito Administrativo, que diferentemente do direito privado, resume-se na máxima do *quem cala, recusa* (CHAPUS, 2001, p.506: apud PACHECO,2008, p. 71).

Como, no Brasil, o silêncio administrativo é conceituado de forma genérica e inexistente regra geral sobre o assunto, apenas dispositivos esparsos em leis específicas, sempre se estará diante de duas situações: ou haverá lei regulando o instituto ou não existirá previsão legal.

Em casos de previsão legal, a lei pode determinar que, em não havendo pronunciamento Estatal, num determinado prazo, seja concedido ou rejeitado o pleito do particular. Tratam-se dos chamados efeito positivo e efeito negativo, respectivamente.

O silêncio administrativo negativo procede diante da ausência de resposta por parte da administração, entendendo que a decisão da autoridade é negatória, de modo a permitir que o interessado acesse a via revisora e a evitar que a inatividade formal da Administração Pública impeça uma tutela judicial efetiva.

O efeito negativo, como visto, surge por disposição da lei, mas não se aplica de maneira automática, já que vencido o prazo estipulado, dependerá da vontade do administrado recorrer ao processo contencioso-administrativo, naqueles países em que este existir, ou seguir esperando que a Administração responda algum dia sua petição ou seu recurso interposto em sede administrativa.

Vê-se, portanto, que a função mais importante do silêncio administrativo negativo é a de produzir efeito-jurídico processual, permitindo o acesso à instância posterior. Isso, sem dúvida, contribui para que os direitos do particular, ante a desídia da Administração, sejam efetivados. Contudo, a própria Administração Pública acaba se beneficiando, tendo em vista que, rejeitado um pedido, seus interesses permanecem protegidos.

Eis um grande risco para o administrado, pois, ciente de seus efeitos denegatórios, aquele que atua em nome da Administração não sentirá necessidade de analisar determinada

pretensão naquele prazo previsto em lei, de modo a subtrair do particular o seu direito de uma resposta devidamente motivada. Em razão disso que se afirma a necessidade de se interpretar o silêncio negativo de forma ampla, o que significa dizer que mesmo operando o seu efeito, a Administração Pública continua com o dever de responder ao administrado.

O artigo 33 da Lei de Processo Administrativo do Estado de São Paulo, nº 10.277/1998, demonstra bem a aplicação do silêncio administrativo negativo considerado em seu sentido amplo. Diz o dispositivo que o prazo máximo para qualquer decisão de requerimento apresentado à Administração do Estado será de 120 dias, se outro não for estabelecido.

Ultrapassado este lapso temporal sem decisão, o interessado poderá considerar rejeitado o requerimento na esfera administrativa, salvo previsão legal ou regulamentar em contrário. Isso não desonera, conforme dispõe o §3º, o administrador do dever de apreciar o requerimento².

Além disso, uma observação que se deve destacar diz respeito ao fato de que a ficção produzida pelo silêncio negativo não gera qualquer efeito material na esfera de direitos do administrado, apenas processual, como visto anteriormente.

Já com relação ao fundamento do silêncio negativo, anota-se sua verdadeira importância nos sistemas jurídicos em que existe a figura do chamado contencioso-administrativo, o qual reparte, de certa forma, a jurisdição em Judicial e Administrativa, de modo que os Tribunais Judiciais ficam impedidos de conhecerem litígios nos quais a Administração Pública seja parte, sendo que toda ou grande parte das reclamações dos administrados contra esta devem ser julgada pelos tribunais administrativos. Há sistemas de contencioso administrativo em que o tribunal judicial pode apreciar litígios acima, mas somente após a produção de um ato produzido na esfera administrativa.

Nos países em que há o contencioso-administrativo, portanto, o silêncio negativo tem seu fundamento na exigência de um ato prévio para acessar o judiciário ou mesmo a instância administrativa superior e demonstra ser, de fato, um verdadeiro instrumento processual. No

² 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. §1º- Ultrapassado o prazo sem decisão, o interessado poderá considerar rejeitado o requerimento na esfera administrativa, salvo previsão legal ou regulamentar em contrário. §2º- Quando a complexidade da questão envolvida não permitir o atendimento do prazo previsto neste artigo, a autoridade cientificará o interessado das providências até então tomadas, sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior. §3ºO disposto no §1º deste artigo não desonera a autoridade do dever de apreciar o requerimento.

Brasil, contudo, em razão da Constituição Federal de 1988 garantir o acesso ao judiciário independentemente do esgotamento da via administrativa, o fundamento do silêncio administrativo negativo fica prejudicado.

Não obstante haja leis específicas no país que estabeleçam como regra o efeito denegatório, não seria de grande produtividade discutir a possibilidade de se introduzir como regra geral na Lei de processo administrativo Federal o silêncio negativo. Eis porque este trabalho se voltou à hipótese de autorização fictícia, a qual diz respeito ao efeito positivo.

O efeito positivo do silêncio administrativo surgiu de maneira excepcional, presumindo-se em favor do administrado o acolhimento do seu pedido pela Administração Pública nos casos de omissão por parte desta. O próprio nome carrega uma ideia de favorecimento e a extensão e os termos desses benefícios dependerão sempre de previsão legal expressa. A previsão genérica de sua ocorrência, a delimitação ampla de seus efeitos, bem como a identificação das situações fáticas relacionadas à atuação administrativa são essenciais para a qualificação positiva do silêncio.

O motivo para tanto está relacionado com o fato de que, diferentemente do efeito negativo, o silêncio positivo observa o regime de ato administrativo, concedendo ao particular sua correspondente pretensão, de modo a provocar tanto nas esferas de direito deste como na da Administração Pública modificações materiais e não somente processuais. Além disso, o efeito positivo opera-se de forma imediata, não cabendo, pois, ao administrado optar pela sua ocorrência. Presume-se concedido e pronto.

Para se operar o silêncio positivo é preciso que não haja dúvidas quanto ao que se pleiteia em face da Administração Pública. Isso porque a produção dos efeitos positivos não autoriza que o particular obtenha mais do que aquilo que foi requerido. É por isso que muito se cogita que este pedido deveria ser apenas aqueles de conteúdo vinculado, como o caso de expedição de uma licença, em que cabe ao órgão público tão somente analisar se o particular possui todos os requisitos legais presentes. Já em pleitos discricionários, os efeitos positivos não se proclamariam.

Esse pensamento tem razão de ser pelo fato de que os efeitos positivos, por si só, não se compatibilizam com os princípios da motivação e do dever de agir, norteadores da ação Estatal, e o da “reserva de procedimento” (BRANDÃO, 2006), necessários para grande parte das decisões administrativas. No caso de ato discricionário, a incompatibilidade se agrava, haja

vista que, nessas hipóteses, mais do que em qualquer outra, a Administração Pública precisa justificar motivadamente seu juízo de valor feito com base no critério conveniência/oportunidade.

Tratando-se de ato vinculado ou não, a verdade é que, uma vez operado o silêncio administrativo positivo, nada impede que a Administração Pública se valha de seu poder de autotutela, de modo a controlar seus atos, revendo-os ou anulando-os, seja em razão de seus aspectos de legalidade, seja pelo próprio mérito. Obviamente que este exercício de autotutela deverá guardar o necessário respeito aos direitos fundamentais dos administrados, o que inclui o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório.

Esta prerrogativa do Estado traz à tona um grande paradoxo, o qual mais adiante servirá de base para resolver a indagação sobre a vantagem e desvantagem de se introduzir uma regra geral sobre o assunto. Trata-se do fato de que incompatível com diversos princípios constitucionais, existe um, qual seja, a segurança jurídica, que, além de se dar bem com a eficiência administrativa, relaciona-se com o fundamento legal do silêncio positivo.

Visto como um dos pilares do Estado, o princípio da segurança jurídica busca ao máximo coibir as formas de arbitrariedade estatal, fazendo que as condutas, em especial da Administração Pública, sejam previsíveis e identificáveis. Sua noção fundamental, portanto, alia-se a ideia de estabilidade das relações jurídicas, preservando, dessa forma, as expectativas legítimas que surgem nos particulares quando em relação aos atos emanados do Estado no exercício de sua potestade administrativa.

O fundamento do silêncio positivo, ao seu turno, além de contribuir para dar agilidade nos trâmites administrativos, servindo para a eficiência na gestão pública, possui duas grandes funções, quais sejam: incentivar a Administração a resolver de forma expressa o caso a ela levado, caso contrário, o administrado torna-se legitimado a agir; e, permite que o particular tenha a garantia de uma resposta, ainda que fictícia, que lhe conceda algo, sem correr o risco de ficar aguardando indefinidamente a posição da Administração, o que torna estável a relação interessado/ Administrador.

Percebe-se, pois, que tanto os princípios da eficiência como o da segurança jurídica são dois pilares da existência dos efeitos positivos do silêncio administrativo. Não há dúvidas de que existindo regras que disciplinem o silêncio positivo em determinadas situações fáticas, ter-se-á segurança jurídica, proteção de expectativas legítimas, entre o particular e a Administração.

Contudo, não obstante o que foi exposto, há também uma possibilidade de insegurança, já demonstrada anteriormente nesta pesquisa. Trata-se do poder de autotutela da Administração.

Uma vez sendo possível revogar e anular um ato, ainda que fictício, sempre haverá a chance do particular ter seus direitos frustrados, o que, com certeza, reduz a confiança na Administração Pública, gerando, conseqüentemente, a tão indesejada insegurança jurídica. Isso, obviamente, não aconteceria se o ato gerado pelo efeito positivo tivesse presunção absoluta de legalidade. Entretanto, é sabido que no Brasil, assim como na Alemanha, onde de fato existe a autorização fictícia, os julgamentos tácitos são acompanhados de presunção relativa de legalidade (MARRARA, 2009, p. 208).

Raimundo Lima (2011, p.413) destaca outra relação que também ocasiona insegurança jurídica quando dá aplicação do efeito positivo. Afirma o autor que a possível inviabilidade normativa dos efeitos concedidos nos casos concretos pode representar uma insegurança jurídica, motivo pelo qual, inclusive, o silêncio administrativo positivo deveria ser excepcional.

Realmente, uma dificuldade que se enfrenta quando da concessão do efeito positivo é sua aplicação no caso prático, especialmente, pela dificuldade de sua comprovação. Na maioria das vezes, o administrado conta tão somente com o protocolo da petição, nenhum outro documento a mais, o que lhe deixa vulnerável às circunstâncias quando da necessidade de comprovar os efeitos positivos no exercício dos seus direitos (SADDY, 2013, p. 62).

No Peru, como será analisado mais adiante, a regra geral é a do silêncio positivo, sendo que neste país, existe a chamada “declaração jurada”, documento emitido pela própria Administração, atestando que de fato houve uma inatividade formal de sua parte, que deu origem ao efeito positivo do silêncio administrativo. Com esses documentos em mãos, fica fácil e mais seguro ao administrado comprovar a constituição de seus direitos desde a inércia estatal. O mesmo acontece no ordenamento Espanhol, o qual possui a denominada “certificação de atos presumidos” (ENERTO GARCÍA-TREVIJANO GARNICA.1997, p.83 e ss).

Através desse certificado, o administrado faz valer tanto frente ao órgão público como perante outra pessoa o ato fictício decorrido do efeito positivo do silêncio. Nestes ordenamentos, bem como naqueles que também se prevê um documento que declare os efeitos positivos, há distinção entre os momentos do surgimento do silêncio administrativo e o de sua eficácia. O primeiro se dá pela simples inatividade formal o segundo fica condicionado à solicitação ou transcurso de prazo para a realização dessa certificação.

Por estas razões que alguns estudiosos do tema, como José Wilson Ferreira Sobrinho, afirmam categoricamente que nem o silêncio administrativo negativo nem o positivo deveriam ser adotados como regra. O primeiro porque legitima a inatividade da Administração Pública. O segundo porque abre possibilidade para ilegalidades e “conchavos” que podem ser praticados em nome do instituto. Para ele, especialmente no que tange às licenças de construção, a melhor fórmula é a do silêncio administrativo positivo condicionado (SOBRINHO, 2000).

Sua conclusão parte da classificação do silêncio administrativo em espécies mais abrangentes que a divisão feita apenas em silêncio administrativo positivo e silêncio negativo. Para o presente trabalho, que busca estudar encontrar uma ferramenta adequada para combater a omissão Estatal, fazer o estudo destas tipologias do silêncio pode ser de grande utilidade.

A priori será apenas conceituada cada uma das espécies. Os exemplos encontrados em normativas brasileiras serão dados no tópico pertinente ao panorama atual do instituto neste país. Dessa forma, tem-se que o silêncio positivo pode ser dividido em próprio, condicionado e implícito.

Silêncio próprio

No silêncio administrativo próprio, a disposição legal se limita a prever: i) a ocorrência da inércia administrativa em face de um dever legal de prestar ou decidir; ii) e o efeito que essa inatividade administrativa acarretará no caso concreto ou genérico (LIMA, 2011, p. 413).

Ele é próprio, porque seus efeitos são identificáveis diretamente no comando legal. Basta ao administrado aguardar o transcurso do prazo legal sem a manifestação da Administração Pública para que possa colocar em prática materialmente os meios para gozar os direitos advindos deste efeito. Não há, portanto, qualquer condicionamento, apenas lapso temporal sem pronunciamento por parte do administrador.

Silêncio condicionado

No silêncio administrativo condicionado, o administrado, além de esperar pelo transcurso do prazo e a não-manifestação da Administração Pública, deverá cumprir algumas exigências materiais, por sua conta, bem como atender a outros parâmetros definidos posteriormente pela Administração Pública, caso contrário, corre o risco de não obter o benefício direto com a inércia administrativa.

No âmbito de licenciamento de obras, vislumbra-se nesta espécie de silêncio a melhor opção, pois, ao mesmo tempo em que não legitima a inércia Administrativa, ele também impede

o atropelamento de normas vigentes. E, uma vez estabelecidos de forma clara todos os parâmetros para a concessão da licença, é previsível ao particular tudo que possa ocorrer com ele.

Silêncio implícito

Deve-se tomar cuidado para não confundir este tipo de silêncio com o ato implícito, que decorre de um ato expreso anterior ou posterior, do qual é possível deduzir a vontade da Administração. Isso porque, no silêncio administrativo implícito, não há ato expreso anterior ou posterior aos efeitos diretos decorrentes da inércia administrativa, e sua ocorrência é deduzida da disposição legal aplicável à situação fática (LIMA, 2011, p.414).

Basicamente são essas três as espécies de silêncio mais estudadas, sendo que todas podem ser aplicadas tanto para o gênero positivo como para o negativo, conforme a escolha do legislador. Afinal, será ele o responsável em dar sentido ao instituto do silêncio administrativo.

Por fim, sobre a intenção geral deste capítulo, tem-se que o mesmo era imprescindível para o entendimento posterior das análises dogmático-normativas a seguir, visto que a teoria do silêncio administrativo, em geral, é pouco abordada. Espera-se que com o estudo da sua origem, do seu conceito e suas espécies, o leitor esteja melhor situado nesta temática, por vezes relegada aos últimos planos.

3 MAPEAMENTO DOS ORDENAMENTOS ESTRANGEIROS

Feita estas considerações iniciais, passa-se a um mapeamento geral dos ordenamentos estrangeiros naquilo que diz respeito ao instituto estudado. Nesse sentido, tem-se que a reforma e simplificação administrativa são tópicos recorrentes nas últimas décadas em diversos países, sustentando, assim, a constante necessidade deles readequarem suas estruturas administrativa e legislativa para alcançarem uma gestão pública célere e eficiente, capaz de suprir as demandas de seus administrados.

Ao fazer a análise dos ordenamentos estrangeiros, tanto de Estados Membros da Comunidade Europeia, como de países latino-americanos, será demonstrado que a palavra de ordem é a da modernização estatal, a qual, por sua vez, tem como um dos principais instrumentos de concretização o silêncio administrativo e seus efeitos.

Ciente disso, dá-se, neste momento, início a um breve mapeamento legislativo de modelos europeus que foram influenciados pela Diretiva de Serviço, e de ordenamentos latino americanos que merecem destaque no que diz respeito à regulamentação dos efeitos do silêncio administrativo.

3.1 A DIRETIVA DE SERVIÇOS E OS MODELOS EUROPEUS.

Em 12 de dezembro de 2006, publicou-se, no jornal oficial da União Europeia, a diretiva nº 2006/123, também conhecida como Diretiva de Serviços. O objetivo deste documento foi estabelecer laços mais estreitos entre os Estados e os povos europeus, bem como garantir o progresso econômico e social de ambos. Entre as alternativas criadas para atingir o propósito ora mencionado, destaca-se o direito de prestar serviços na Comunidade Europeia.

A busca pela formação de um espaço sem fronteiras, no qual seja assegurado o direito a livre circulação, essencial para reforçar a integração entre os povos, passa, necessariamente, pela eliminação de entraves. Estes, por sua vez, decorrem, em grande parte, das sobrecargas

administrativas, da insegurança jurídica relativa às atividades transfronteiras e da falta de confiança mútua entre os Estados-Membros³ (consideração n°3).

Nesse sentido, dentre as suas considerações, a diretiva de serviços deixa claro que para facilitar o acesso às atividades de serviços prestados no âmbito da Comunidade Europeia, bem como o seu exercício no mercado interno, necessário se faz estabelecer um objetivo comum de simplificação administrativa e prever disposições quanto aos procedimentos administrativos e seus enquadramentos ao regime de autorizações, cujas normas gerais são previstas pelo próprio documento.

No que diz respeito especificamente aos regimes de autorização, a Diretiva, ainda em suas considerações iniciais, apontou no sentido de determinar que suas disposições referentes a este deverão ser aplicadas nos casos em que o acesso a uma atividade de serviço ou seu exercício pelos operadores pressupõe uma decisão de autoridade competente.

Esta autorização deverá, por regra, permitir ao prestador o acesso à atividade de serviços, ou o seu exercício, em todo o território nacional, exceto naqueles casos em que haja uma razão de interesse geral que justifique uma limitação territorial. Pode-se, por exemplo, exigir uma autorização para cada instalação física no território nacional quando se trata de proteção ao meio ambiente. (consideração n° 59).

Quanto aos procedimentos de autorização, destaca-se também o artigo 13 da referida deliberação, segundo o qual os procedimentos e formalidades da autorização deverão ser tratados com a maior brevidade possível e, em qualquer caso, num prazo máximo razoável previamente fixado e publicado.

O prazo, que começa a correr a partir da apresentação da documentação completa, poderá ser prorrogado uma única vez, por um período limitado pela autoridade competente, se a complexidade da questão o justifica, devendo a prorrogação e respectiva duração ser devidamente justificada e notificada ao requerente antes do termo do prazo final.

³ Com efeito, dispõe a consideração 4: [...] O parlamento Europeu e o Conselho sublinharam que a supressão dos entraves jurídicos à criação de um verdadeiro mercado interno representa uma prioridade para o cumprimento dos objetivos fixados pelo Conselho Europeu de Lisboa de 23 e 24 de Março de 2000 de melhorar o nível de emprego e a coesão social. [...] A eliminação destes entraves, assegurando simultaneamente um modelo social europeu avançado, constitui, portanto, uma condição básica para vencer as dificuldades na aplicação da Estratégia de Lisboa e reativar a economia europeia, em especial em termos de emprego e de investimento.

Percebe-se, pois, que referidas anotações vão ao encontro de buscar de fato uma simplificação administrativa nos procedimentos de concessão de autorização para os prestadores de serviço, de modo a alcançar os objetivos propostos pela diretiva.

Entretanto, o passo mais avançado nesse sentido se dá com a previsão expressa de que, na falta de resposta dentro de um prazo determinado e salvo outras disposições, a autorização acima discutida deverá presumir-se concedida (consideração n° 63). Ressalvando-se, porém, que em casos de razões imperiosas de interesse geral, como um interesse legítimo de terceiros, fica permitido que seja incluído, nas regras nacionais, que na falta de autoridade competente, a autorização se presuma indeferida, podendo esse indeferimento ser objeto de recurso contencioso⁴.

Há de se observar, porém, que por não haver motivação nas hipóteses de autorização presumida, a regra acima vale tão somente em caso de concessão desta, vez que, segundo o item 6 do artigo 10, *qualquer decisão das autoridades competentes, nomeadamente a recusa ou a revogação da autorização, deve ser cabalmente fundamentada e deve ser passível de impugnação junto dos tribunais ou de outras instâncias*.

Observa-se, pois, que a Diretiva n°2006/123, com um propósito, dentre outros, de facilitar a liberdade de prestação de serviços no território da União Europeia, estabeleceu, em conjunto com outras medidas, a autorização fictícia, objetivando impedir que a liberdade de estabelecimento de prestadores de serviços de um Estado Membro em outro restasse frustrada em razão de eventual inércia do poder público quando da tomada da decisão que autorize ou não a prestação da atividade por parte do requerente.

A criação expressa da autorização fictícia, de certa forma, acolheu a **Recomendação 90/246/CEE**, que na época já tencionava aplicar uma política de simplificação administrativa nos Estados Membros da Comunidade Europeia, de modo a permitir uma gestão rápida que evitasse moléstias desnecessárias ao administrado⁵.

⁴ De fato, dispõe o item 4 do artigo 13 da referida diretiva que: **na falta de resposta no prazo previsto ou prorrogado em conformidade com o n° 3, a autorização presume-se concedida**. No entanto, para determinadas atividades específicas pode prever-se um regime diferente, se for justificado por razões imperiosas de interesse geral, nomeadamente os interesses legítimos de terceiros.

⁵ Eis que recomendava: Substituição da necessidade de uma resolução formal por procedimentos de aprovação baseados no silêncio administrativo, através do qual se considera que a falta de resposta da Administração, transcorrido um prazo, implica na aprovação da solicitação.

Ressalva-se, contudo, que o estabelecimento de regras gerais no âmbito comunitário é insuficiente para que sejam efetivados os objetivos aqui vistos. Isso significa que tais regras devem ser transpostas e complementadas pelos direitos nacionais, a fim de que estes possam concretizá-las de fato. Entre os Estados Membros que se movimentaram neste sentido, destacam-se a Espanha, a Alemanha e a Itália.

3.1.1 Alemanha

Na Alemanha, a simplificação administrativa é denominada de *Verwaltungsvereinfachung* e tem sido considerada um propósito de primeira ordem nos últimos anos. Houve reformas na Lei de Procedimento Administrativo, sendo que, precisamente, a mais recente, seguiu no sentido de realizar a transposição da Diretiva de Serviços. Dentre as modificações, destacam-se a introdução de um procedimento diante de uma instância única, a regulação da autorização fictícia e a cláusula de abertura para permitir que as câmaras de indústria e comércio atuem como interlocutor único.

No Direito Alemão, inicialmente, a proteção do particular diante de omissões administrativas se dava por meio da via contenciosa e não por ficções jurídicas. Com isso, o que se tinha, no geral, era uma ação denominada *Untätigkeitsklage*, com a qual se obtinha do Judiciário uma intimação ou condenação da Administração Pública para a prática de ato assim que verificado o silêncio administrativo. A atuação do judiciário, entretanto, era limitada, ficando impedido de agir nos casos em que fosse necessária a realização de um juízo técnico, feito somente por especialistas da Administração, e nas hipóteses de atividades discricionárias desta (GLASER, 1994. p. 178 e ss apud: GONZALES- VARAS IBÁNEZ, 1993. p. 233-241).

Ainda assim, existiam, já na época, diversas normas especiais na legislação esparsa alemã que reconheciam os efeitos constitutivos em decorrência do silêncio administrativo. Através de casos pontuais de silêncio positivo e silêncio negativo, tem-se, portanto, que discussões a respeito dos atos administrativos fictícios existem na doutrina alemã desde 1966, sendo que, em estudos datados daquele ano, definiu-se o ato administrativo fictício como a concessão ou denegação de um pedido, não em razão do desejo da Administração, mas por força de lei e decurso do tempo (MARRARA, 2009, p.203).

A recente mudança a que se fez referência deu-se em 11 de dezembro de 2008, quando o instituto da autorização fictícia, denominado de *Genehmigungsfiktion*, foi reconhecido como regra geral pela edição da quarta Lei de Alteração da VwVfG (Lei de Processo Administrativo Federal da Alemanha).

Como visto, no tópico referente à Diretiva de Serviços, o referido diploma, elaborado pelo direito comunitário, estabeleceu, ao desejar estipular a liberdade de estabelecimento de prestadores de serviços de um Estado-Membro em outro, uma série de regras respeitantes à necessidade de simplificação administrativa. Isso, por sua vez, ocasionou um movimento legislativo nos Estados-Membros, em especial, na Alemanha, para adequar seu Direito Processual Administrativo, garantindo-se maior celeridade e isonomia, aos propósitos de qualificar o serviço público e cooperar com demais Estados.

Foi neste contexto, portanto, que o §42a da lei de procedimento alemã dispôs sobre a autorização fictícia, prescrevendo que se considera outorgada a autorização pretendida, bastando para tanto, o transcurso do tempo normativamente previsto, bem como que a solicitação seja suficientemente precisa. Diz ainda que, salvo norma que disponha em contrário, o prazo a que se faz referência será de três meses, contado da apresentação da documentação completa, podendo ser prorrogado uma vez, mediante justificativa da complexidade do assunto, devendo ser fundada e notificada em tempo útil.

No direito alemão também se verifica a figura da certidão da autorização fictícia, porém, diferentemente do que acontece no Chile, por exemplo, este documento serve tão somente como forma de confirmar a proclamação do efeito positivo, exercendo um instrumento que confere segurança jurídica ao particular beneficiado. Trata-se, pois, de certidão meramente declaratória de algo que já foi constituído por lei⁶.

Mais adiante, ao se analisar o panorama atual do instituto do silêncio administrativo no Brasil, verificar-se-á a semelhança que há entre o tratamento jurídico dado de início ao silêncio

⁶ Artículo 42a. *Ficción de Autorización*. (1) Una autorización solicitada se considera como outorgada después del transcurso del plazo previsto para la decisión, si la norma lo dispone y la solicitud es suficientemente precisa. Son aplicables por analogía las disposiciones sobre la firmeza de lacto administrativo y sobre el procedimiento de recursos. (2) El plazo según apartado 1º primera frase es de três meses, salvo que mediante norma se disponga algo distinto. El cómputo del plazo se inicia com la presentación de la documentación completa. El plazo puede ser prorrogado una vez, si es justificado por la complejidad del asunto. La prórroga del plazo debe ser fundada y notificada em tempo útil. (3) A solicitud el cumplimiento de la ficción de autorización debe ser acreditada por escrito a quien se le habría debido notificar e lacto administrativo según el Artículo apartado 1. (ABERASTURY, Pedro; BLANKE, Hermann-Josef. *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en latino américa y europa*: presentación de la traducción de la Ley alemana de procedimiento administrativo. 1 ed. Buenos Aires: Eudeba; Konrad Adenauer Stiftung, 2012, p. 625.

na Alemanha e o dispensado atualmente no Brasil. Vista como benéfica, a evolução que houve no modelo alemão sobre o instituto em questão, sem dúvida, pode servir de base para os legisladores Brasileiros, quando estes, finalmente, decidirem pelo menos discutirem o assunto de forma geral.

3.1.2 Espanha

A trajetória normativa do silêncio administrativo na Espanha teve início com o Real Decreto de 20 de setembro de 1851 (artigo 6º e 7º). O caráter geral desse fenômeno surgiu, contudo, com o artigo 94 do Estatuto Municipal de Calvo Sotelo de 1924, o qual previu que, quando não respondida uma petição formulada perante a Administração Pública, o interessado poderia denunciar a mora e, transcorrido o prazo de três meses, considerar denegada sua pretensão, tendo condições para deduzir o respectivo recurso administrativo ou judicial, ou esperar que o administrador, ainda que fora do prazo, respondesse ao seu pleito de forma expressa.

Repetindo o mesmo conteúdo acima, o assunto passou a ser disciplinado nacionalmente através da Lei Reguladora de Jurisdição Contencioso-Administrativa, de 27 de dezembro de 1956 (LPA), no seu artigo 38 (GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, 1990, p. 145-136).

Observa-se, pois, que a regra geral do silêncio, no início, foi a da denegação presumida. No entanto, ela foi excepcionada pela lei de Procedimento Administrativo de 1958 que atribuiu à inércia da Administração caráter positivo nas hipóteses de autorizações ou aprovações que devessem ser concedidas no exercício das funções de fiscalizações, e nos casos dos órgãos superiores sobre os inferiores⁷.

O Real Decreto-Lei de 1986 estendeu o silêncio positivo para as licenças e autorizações de instalações de empresas ou centros de trabalho, salvo aquelas relacionadas com a produção

⁷A explicação, segundo lição de Rafael Entrena Cuesta, encontra-se no fato de que a atribuição de um valor negativo ao silêncio careceria de sentido quando se postula simplesmente o exercício de uma situação de poder de que era titular o peticionário. [...] Desta forma, toma espaço a ideia de atribuir, excepcionalmente, ao silêncio um valor positivo. (CUESTA, Rafael Entrena. Curso de Derecho Administrativo. 5 ed. Madri: Editorial Tecno, 1976, p. 518: In PACHECO, 2008, p.94)

de armas, explosivos, jogos, hidrocarboneto, empresa de segurança, transporte aéreo e terrestre, dentre outras atividades de grande importância.

Atualmente, o instituto é regulado pela Lei 30/1992, de 26 de novembro, a qual trata da Administração Pública e do Procedimento Administrativo Comum (LPC).

Segundo o artigo 43, o silêncio administrativo positivo tem, a todos os efeitos, a consideração de um ato administrativo finalizador do procedimento. O silêncio administrativo negativo, por sua vez, possui efeito distinto, qual seja, o de somente permitir aos interessados a interposição de recurso administrativo ou contencioso administrativo que seja procedente. Portanto, este último pressupõe uma contestação que possibilita sua impugnação, mas não impede a Administração de emitir uma resolução expressa, que não se encontra vinculada aos efeitos do silêncio administrativo, podendo, inclusive, conceder aquilo que o administrado havia solicitado.

O silêncio administrativo negativo, na Espanha, não se confunde com o ato presunto, vez que não há propriamente um ato, mas sim uma ficção jurídica produtora de efeitos exclusivamente processuais. O mesmo não acontece com o silêncio administrativo positivo, já que este foi considerado como um ato administrativo, o qual, ainda que presumido, gera efeitos jurídicos (DEFENSOR DEL PUEBLO DE NAVARRA, 2008, p. 17).

Além de corrigir, como visto, a imprecisão terminológica de ato presunto para silêncio administrativo, a nova redação da LPC, decorrente da ratificação da Lei 4/1999, serviu para estabelecer formalmente a “regra geral” do silêncio positivo, trazendo consigo algumas exceções (ALONSO MAS; NARBÓN LAINEZ, 2009, p.33-34). As possibilidades denegatórias, contudo, foram, recentemente, suprimidas com as modificações introduzidas pela lei 25/2009, de 22 de dezembro, a qual tenta deixar claro que toda falta de contestação por parte da Administração, uma vez superado o prazo legal de resposta, provocaria automaticamente a concessão daquilo que se solicitou.

A Lei 25/2009 surgiu da necessidade de se adaptar uma série de leis à lei sobre o livre acesso às atividades de serviço e seu exercício, denominada de Lei Omnibus. A origem desta necessidade de modificações encontra-se na Diretiva Europeia de Serviços de 2006. Ainda no que diz respeito às suas contribuições para lei 30/1992, deve-se destacar o fato dela ter promovido o desaparecimento da obrigatoriedade da certificação do silêncio administrativo,

bastando, para a ocorrência do silêncio positivo, o decurso do prazo estabelecido sem que o particular tenha sido notificado (artigo 43.3)⁸.

É que antes desta reforma, a LPC dispunha que a Administração Pública deveria emitir uma certidão, de competência, indelegável, daquele funcionário que se manteve inerte, tanto para fins de se operar o silêncio positivo, como para se responsabilizar disciplinarmente o servidor público que deixou de emitir o ato administrativo⁹, de tal sorte que o documento em questão se tornava condição constitutiva do silêncio e não mera declaração.

Anota-se, ademais, que o silêncio negativo continua sendo previsto por leis específicas, apesar de não figurar mais como regra geral. A própria LPC, inclusive, impõe expressa e genericamente, 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, assim como os procedimentos de impugnações de atos e disposições.

De acordo com o artigo 44.1, os efeitos negativos também serão verificados nos procedimentos iniciados de ofício sempre que deles puder derivar o reconhecimento de direitos ou a constituição de situações jurídicas favoráveis ao interessado.

Ciente do exposto, tem-se que a lei nacional da Espanha, 30/1992, modificada pela lei 4/1999, e depois pela 25/2009, estabelece algumas regras gerais que devem ser aplicadas quando não exista lei local sobre o assunto. Trata-se, pois, de norma subsidiária que suprime lacunas do ordenamento jurídico espanhol gerando um tratamento uniforme sobre o assunto.

⁸ Vale lembrar que ainda assim o artigo 43 indica a possibilidade de silêncio negativo quando por “razones imperiosas de interés general o una de Derecho comunitário establezan lo contrario”.

⁹ Para Ramón Parada, essas regras formais, bem como a repressão de funcionários não são boas soluções, pois para evitar a responsabilidade disciplinar, os funcionários ora deixarão de conceder algo ao cidadão, negando-lhe simplesmente o pedido, ora concederão ou autorizarão subvenções, tudo pela análise rapidamente feita. (PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo. I parte general. 9º ed.* Madri: Marcial Pons, 1997, p.123: In, PACHECO, 2008, p. 96.

3.1.3 Itália

Com destaque na jurisprudência e na doutrina, o tema do silêncio administrativo, na Itália, é objeto de estudos de diversos manuais de Direito Administrativo. Seguindo a lógica do conceito de silêncio administrativo adotado pelos estrangeiros, o silêncio italiano assume valor de manifestação de vontade quando há um valor legal tipificado, ou seja, quando o ordenamento jurídico dispõe sobre suas consequências jurídicas, não bastando somente a omissão estatal.

Neste país, existem diversos tipos de silêncio. Há o *silêncio-significativo*, quando se é determinado pela lei alguma consequência jurídica. Estão nesta categoria o *silêncio denegatório* e o *silêncio assentimento*. Tem-se o *silêncio inadimplemento* nos casos em que a lei não atribui nenhuma consequência ao silêncio da Administração, como nos casos de atividade discricionária, ele também pode ser denominado de *silêncio-recusa*, sendo que não se concede qualquer feito substancial, somente, localiza-se o início do prazo da mora administrativa. O *silêncio-rejeição* ou *silêncio hierárquico* ocorrem quando já existe um ato administrativo, contra o qual o administrado se insurge, diferem-se, pois, do silêncio puro (CASSETTA, 2006, p.319: apud PACHECO, 2008, p. 75).

O silêncio administrativo ganhou força de lei, pela primeira vez, em 1934, com a Lei Comunal e Provincial (Régio Decreto de 3 de março de 1934, nº383). Hoje, o instituto em questão é regido pela Lei 205, de 2000, responsável por estabelecer em seu artigo 2º um juízo especial contra o silêncio administrativo, promovendo rapidez e simplificação nos ritos sobre o fenômeno; e pelas leis 15 e 80, de 2005, e 69, de 2009, importantes para a implementação de modificações da lei de procedimento administrativo italiano, principalmente, naquilo que diz respeito à obrigação da Administração em concluir o processo administrativo e a instituição do *silenzio assenso* (SADDY, 2013, p.154).

Depois da edição da Lei 80/2005, a regra do direito italiano é a do *silêncio assentimento*, ou seja, acolhimento da pretensão. Como falado, o efeito positivo se aplica, na maioria dos casos, aos provimentos vinculados da Administração e já era uma regra prevista em numerosas leis esparsas antes da edição do referido diploma. As hipóteses de *silêncio denegatório* são excepcionais, estando previstas expressamente em lei. Deve-se ressaltar que os particulares que apresentarem declarações inverídicas a fim de se obter o efeito positivo do silêncio administrativo, além de serem impedidos a formação do *silenzio assenso*, estarão sujeitos à sanções previstas em lei (FRANCO, apud: PACHECO, 2008, p.76).

No que diz respeito à possibilidade de se revogar ou anular as decisões com efeito positivo, tem-se que, na Itália, este assunto é regulado tanto de forma genérica, como por meio de lei específica, no caso, o Decreto Legislativo, de 11 de fevereiro de 1998, n° 32, o qual traz exceções ao dever poder da Administração de revogar atos administrativos. Com o poder de autotutela, existe uma liberalização da atividade privada das decisões públicas, porém, de forma controlada pela própria Administração, a qual, inclusive, com seu dever-poder discricional, além de revogar e anular, pode condicionar o ato concessório (PARISO,1996, p.162: apud SADDY, 2013, p.157).

Por fim, aponta-se que além da previsão de uma regra geral sobre o instituto do silêncio administrativo, existe, no direito italiano, a possibilidade de proteção legal contra o silêncio, podendo o peticionário ajuizar tanto uma ação no *Tribunale Amministrativo Regionale* como uma ação contra o silêncio no Judiciário, ficando a cargo deste, nos casos de atividade vinculada, pronunciar-se acerca da própria pretensão do administrado. Já em caso de ato discricionário, deverá emitir à Administração uma declaração genérica, para que esta obrigatoriamente decida. Os terceiros que se sentirem lesados pelo ato que decorrentes da formação do silêncio administrativos também poderão ingressar em juízo.

Veja-se, pois, que antes mesmo da publicação da Diretiva de Serviços n°123/2006, já vigorava na Itália regra geral sobre o silêncio administrativo, estabelecendo o silêncio assentimento, de modo a colaborar para os regimes de autorizações. Porém, a diretiva europeia também, assim como ocorreu na Alemanha e na Espanha, influenciou novas modificações na lei de procedimento administrativo italiano, como a Lei 69 de 2009, a qual reduziu para 30 dias o prazo do tempo para resolver um procedimento quando outra norma não tiver fixado prazo distinto, e fixou como prazo máximo de 90 dias para todos os procedimentos. Modificações, as quais, sem dúvida, exprimem a tendência de modernização e simplificação administrativa propugnada pela diretiva.

3.2 OS PAÍSES LATINO-AMERICANOS

A partir da década de 1990, verificou-se, em diversos países latino-americanos, um intenso movimento de reformas em suas legislações administrativas, em especial, naquelas atinentes aos processos e procedimentos administrativos, objetivando-se a introdução de regras

e princípios conformadores de uma nova filosofia de gestão pública, voltada a garantir a satisfação dos direitos da pessoa e da comunidade.

Isso porque, esquecida de um dos seus propósitos primordiais, qual seja, o de prestar serviço de qualidade aos cidadãos, a Administração Pública, de um modo geral, e, principalmente, em sua vertente prestadora, estava se impondo como uma grande barreira para o particular que a procurava, a fim de realizar um trâmite, solicitar uma licença ou exigir uma prestação determinada em exercício de seus direitos.

Em razão disso que modernização estatal, simplificação administrativa, celeridade processual e eficiência tornaram-se palavras de ordem no contexto de inchaço das repartições públicas, condutas omissivas de servidores no exercício de sua função e excesso de conservadorismo, de tal sorte que por meio de tais imperativos, o fracasso do modelo da administração burocrática, ignorado nos 1980, passou a ser combatido e a redefinição do papel do Estado tornou-se tema de alcance universal na década de 1990 (PEREIRA, 1995, p. 10-11).

Como afirmado acima, um dos ramos que mais sofreu modificações foi o do processo administrativo, afinal, com o modelo de gestão gerencial, os administrados passaram a ser vistos como contribuintes de impostos e clientes, merecendo, pois, que suas demandas fossem devidamente apreciadas (PEREIRA, 1995, p. 17).

Por isso, pensando nas hipóteses de inatividade formal, também conhecida como omissão específica, em que a Administração Pública mantém-se inerte diante de pleitos a ela direcionados, não cumprindo seu dever-poder de resposta, o instituto do silêncio administrativo e seus efeitos foram regulados tanto por regras gerais, introduzidas em normas de processo administrativo, como por meio de lei específica.

O direito ibero-americano, representado neste artigo por Chile, Equador, Colômbia, México, Argentina e Peru, no que tange às normativas referentes ao instituto em questão, mostra-se como um ótimo exemplo a ser mapeado, analisado e, até mesmo, adotado por demais países que apesar de seguirem o modelo gerencial de atuação da gestão pública, ainda discutem timidamente os efeitos do silêncio do Poder Público nos processos administrativos de outorga.

Segue-se mais adiante, portanto, um mapeamento breve desses ordenamentos jurídicos, destacando-se suas características principais e peculiares, a fim de reunir um conjunto de informações básicas sobre como o silêncio administrativo e seus efeitos são abordados normativamente pelo direito ibero-americano, de modo a contribuir com futuras análises e

comparações elaboradas sobre o tema. A metodologia utilizada se resume na análise de legislação seca e leitura de artigos, livros e periódico, levantados em sites oficiais e de pesquisas.

3.2.1 Chile

No Chile, o silêncio administrativo encontra-se regulado pela lei de Procedimento Administrativo que rege os atos dos Órgãos da Administração do Estado. A lei n° 19.880, de 29 de maio de 2003, apesar de algumas peculiaridades, traz, no que diz respeito ao instituto em questão, a mesma lógica da lei espanhola sobre o tema, sustentando, dessa forma, como regra geral, a presunção estimatória (efeito positivo). Isso pode ser lido de forma expressa no seu artigo (64)¹⁰.

Apesar de a regra geral ser a do silêncio positivo, o artigo 65 da mesma lei dispõe sobre hipóteses em que se proclama o silêncio negativo. São os casos de solicitações que afetem o patrimônio fiscal e as hipóteses em que: a Administração atue de ofício; quando deva se pronunciar sobre impugnações ou revisões de atos administrativos; ou quando exercite, por parte de alguma pessoa, o direito de petição consagrado no artigo 19.14 da Constituição chilena¹¹.

A lei de procedimentos administrativos chilena exige a certificação do ato presunto para que sejam produzidos seus efeitos ao silêncio. Isso significa que o silêncio não opera de forma automática, ele depende do próprio órgão infrator reconhecer sua omissão. No que diz respeito

¹⁰ Artículo 64. Silencio Positivo. Transcurrido el plazo legal para resolver acerca de una solicitud que haya originado un procedimiento, sin que la Administración se pronuncie sobre ella, el interesado podrá denunciar el incumplimiento de dicho plazo ante la autoridad que debía resolver el asunto, requiriéndole una decisión acerca de su solicitud. Dicha autoridad deberá otorgar recibo de la denuncia, con expresión de su fecha, y elevar copia de ella a su superior jerárquico dentro del plazo de 24 horas. Si la autoridad que debía resolver el asunto no se pronuncia en el plazo de cinco días contados desde la recepción de la denuncia, la solicitud del interesado se entenderá aceptada. En los casos del inciso precedente, el interesado podrá pedir que se certifique que su solicitud no ha sido resuelta dentro del plazo legal. Dicho certificado será expedido sin más trámite.

¹¹ Artículo 65. Silencio Negativo. Se entenderá rechazada una solicitud que no sea resuelta dentro del plazo legal cuando ella afecte el patrimonio fiscal. Lo mismo se aplicará en los casos en que la Administración actúe de oficio, cuando deba pronunciarse sobre impugnaciones o revisiones de actos administrativos o cuando se ejercite por parte de alguna persona el derecho de petición consagrado en numeral 14 del artículo 19 de la Constitución Política.[...]

especificamente ao silêncio negativo, a legislação estipula que a expedição do certificado faz que se inicie o prazo de interposição de recurso.

Caso não haja certificação, considera-se inexistentes os efeitos do silêncio administrativo, seja positivo ou negativo. Nesse sentido, se determinado órgão da Administração não se pronunciar no prazo estipulado pela lei, nas hipóteses gerais que geram efeitos positivos, o administrador poderá emitir, ainda que intempestivamente (ou extemporaneamente), uma resolução expressa até o momento em que seja expedida a certificação. A obrigatoriedade de certificação também era uma característica da lei espanhola sobre o assunto. No entanto, viu-se que com a reforma implementada pela lei 25/2009, o documento acima se tornou facultativo, servindo tão somente como meio de prova.

A principal característica da lei n° 19.880 foi introduzir pela primeira vez, no Chile, de forma geral e supletiva, o conceito de silêncio Administrativo, bem como encontrar um modo comum de se desenvolverem as atividades dentro dos órgãos da Administração do Estado. Obteve-se, portanto, um corpo normativo que regula as bases do procedimento administrativo, dando certeza aos administradores e aos administrados quando e como começa, evolui-se e se conclui um trâmite ou solicitação apresentada aos organismos públicos¹².

3.2.2 Equador

No Equador, o artigo 28 da Lei n°50, publicada em 31 de dezembro de 1993, que diz respeito à Modernização do Estado, Privatizações e Prestações de Serviços Públicos por parte da iniciativa privada, ao consagrar que toda demanda ou pedido feito a uma autoridade deverá ser resolvida em 15 dias, contados de sua apresentação, sob pena de entender-se, por efeito de silêncio administrativo, que a solicitação do pedido foi aprovada, ou que a reclamação foi resolvida em favor do reclamante, reconhece como regra geral o silêncio administrativo positivo.

A jurisprudência da Sala do Contencioso-Administrativo da Corte Suprema do Equador logo ressalta que o direito estabelecido como consequência do silêncio administrativo é de

¹² GOBIERNO DE CHILE, MINISTERIO SECRETARIA GENERAL DE LA PRESIDENCIA. *Manual sobre procedimiento administrativo: proyecto de reforma y modernización del estado*, p.6. Disponível em <http://www.inach.cl/wp-content/uploads/2010/08/Manual-Procedimientos-Administrativos-Ley-19.880.pdf>. Acesso em 7 de janeiro de 2014.

caráter autônomo, sendo que a ação que o cidadão pode pleitear ante ao órgão jurisdicional não está destinada ao reconhecimento do direito, mas a disposição de sua execução imediata, dando-se origem a um processo de execução e não de conhecimento. Em outras palavras, uma vez presente os requisitos acima para se operar os efeitos do silêncio positivo, constitui-se o direito de exercê-lo, ficando a cargo do judiciário apenas executá-lo (PAREDES CASTAÑEDA,2009,44).

Ciente de que o silêncio administrativo positivo se erige como uma ferramenta para frear a inoperância da administração, deve-se levar em consideração que sua aplicação exige a concorrência de certas condições de caráter inescusáveis: a) deve existir uma base de direito para efetuar o pedido; b) a petição deve se dirigir ao órgão competente; c) a via escolhida deve estar prevista em lei. Além disso, o Tribunal Constitucional também sustenta que:

[...] não cabe aplicar o silêncio administrativo para atos que não contemplam o artigo 28 da Lei de Modernização, pois bastaria que um bom número de pessoas pedissem quantias em dinheiro e se o Presidente não se manifestar no prazo previsto, teriam direito a cobrar, mediante amparo, sem que haja estabelecido a procedência do requerimento¹³ (tradução livre).

Em caso de se operar o silêncio administrativo positivo, o funcionário equatoriano deverá entregar ao cidadão um certificado que declare, sob pena de que o efeito seja desconstituído, o vencimento do término antes mencionado, o qual servirá de instrumento público para demonstrar que o pedido foi julgado a favor por silêncio administrativo, servindo como meio de prova para que o cidadão possa exercer seus direitos. Caso a autoridade denegue o pedido, suspenda um procedimento administrativo ou não emita uma resolução dentro dos prazos previstos, poderá denunciá-la aos juízes da corte penal¹⁴.

¹³(Resolución 128-2000-TP, del 24 de julio del 2000, caso 1119 de amparo constitucional. Gaceta Constitucional N° 22 [en línea]. Quito:Tribunal Constitucional. Enero-abril, 2007, p.132.http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/gacetas/Gaceta_22.pdf.

¹⁴ Artículo 28 da Ley n°50. Segunda parte: En el evento de que cualquier autoridad administrativa no aceptare un petitorio, suspendiere un procedimiento administrativo o no expidiere una resolución dentro de los términos previstos, se podrá denunciar el hecho a los jueces com jurisccción penal como um acto contrario al derecho de petición garantizado por la constitución, de conformidad com el artículo 212 del Código Penal, sin perjuicio de ejercer las demás acciones que le confieren las leys.

3.2.3 Colômbia

O artigo 23º da Constituição Colombiana, assim como o artigo 5º, inciso XXXIV, a, da Constituição Federal Brasileira, consagra o direito de petição, outorgando às pessoas o direito de impulsionar a atividade do Estado e obter pronta resposta. Entretanto, caso não haja pronunciamento estatal, configura-se o silêncio administrativo com o fim de assegurar tanto o direito constitucional como o acesso a administração e a justiça¹⁵.

O silêncio administrativo e suas vertentes, negativa e positiva, encontram-se regulados pelo Código de Procedimento Administrativo e de Contencioso Administrativo, promulgado mediante decreto em 1984 e modificado pelo Decreto 2304 de 1989¹⁶.

De acordo com o este documento, o silêncio administrativo negativo surge quando transcorrido três meses contados a partir da apresentação de uma petição ou dois meses a partir da interposição do recurso de apelação ou reposição, em que não se verifica nenhuma decisão. (artigo 40 e 60, primeiro parágrafo). O silêncio administrativo positivo, por sua vez, é produzido somente quando a lei o prevê (artigo 41).

Assim, percebe-se que a regra geral do silêncio administrativo colombiano, assemelhando-se com a regra geral do silêncio argentino, é de se entender como resposta negativa o pedido solicitado e, só nos casos previstos em lei, há hipótese da vertente positiva.

Da mesma forma que ocorre em outros ordenamentos jurídicos, o fato de ter operado o silêncio administrativo negativo não impede que a administração pública venha a se manifestar sobre o pedido, ao menos que não se tenha interposto recurso (artigos 40 e 60, segundo e terceiro parágrafos).

Operado o silêncio administrativo positivo, o interessado deve cumprir o procedimento para invocá-lo, isto é, deve protocolizar a constância ou cópia do escrito mediante o qual formulou sua petição, junto com sua declaração jurada de não haver sido notificada uma decisão dentro do prazo previsto. A escritura e suas cópias produzirão todos os efeitos legais da decisão

¹⁵Artigo 23º da Constituição Colombiana: *Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá regular su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales.*

¹⁶ Publicado no Diário Oficial N° 39.013 de 7 de outubro de 1989.

favorável, sendo dever de todas as pessoas e autoridades reconhecer como tal (artigo 42, parágrafo primeiro).

No que diz respeito à polêmica de que seria ou não inconstitucional os artigos que tratam sobre o silêncio administrativo e seus efeitos, a Corte Constitucional Colombiana decidiu que:

[...] o legislador tem que oferecer as pessoas os mecanismos idôneos para que, caso haja descumprimentos do dever das autoridades, possam encontrar respostas positivas ou negativas em torno do pedido. E, por isto posto, é perfeitamente possível que a lei, sem violar a Constituição, determine os efeitos juridicamente valiosos ao silêncio administrativo [...] (tradução livre).

[...] Estas disposições, longe de prejudicar o administrado, buscam concretizar seu direito a obter uma pronta contestação a respeito de suas solicitudes [...] (tradução livre) (PAREDES CASTAÑEDA, 2009, p.50/51).

Enfim, para a legislação colombiana, apesar de a regra geral ser a do efeito negativo, o silêncio administrativo busca preservar os direitos ou interesses de quem se dirige a administração através de pedidos, reclamações ou recursos, e encontra fundamento constitucional em princípios como o da seguridade jurídica, celeridade e eficácia, ao não ter que esperar de maneira indefinida a decisão da entidade pública.

3.2.4 México

O artigo 8º da Constituição política dos Estados Unidos Mexicanos consagra o direito de petição, porém nada diz em casos de autoridades não contestarem as petições a eles apresentadas¹⁷.

Frente a esta omissão, a Lei Federal de Procedimento Administrativo, de 4 de agosto de 1994, modificada em 30 de maio de 2000, estabeleceu como regra geral, em seu artigo 17, que nos procedimentos que não forem resolvidos num período de três meses, ou qualquer prazo estabelecido por regra de caráter geral, deverá entender como desestimulada a petição formulada¹⁸. Vale dizer que a lei em questão privilegia a regra do efeito negativo do silêncio, sendo de caráter excepcional a figura do silêncio positivo.

¹⁷ Artigo 8º [...] da Constituição Mexicana: A toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerlo conocer en breve término ao peticionario.

¹⁸ Artículo 17. Salvo que en otra disposición legal o administrativa de carácter general se establezca otro plazo, no podrá exceder de tres meses el tiempo para que la dependencia u organismo descentralizado resuelva lo que corresponda. Transcurrido el plazo aplicable, se entenderán las resoluciones en sentido negativo al promovente, a menos que en otra disposición legal o administrativa de carácter general se prevea lo contrario. A

Além disso, passados os três meses, ficando confirmado o silêncio negativo, o administrado que interpor recursos e este não for resolvido também no prazo de três meses, verá sua petição novamente denegada. Ou seja, o silêncio negativo também é regra em sede recursal (artigo 94).

Esgotado o tempo que se configura os supostos da negativa, presumida a confirmação do ato impugnado, e se o particular optar por apresentar demanda contra estas decisões, deverá socorrer-se à Lei Federal de Procedimento Contencioso Administrativo, segundo a qual, o particular que impugna uma resolução negativa ficta deverá juntar a sua demanda uma cópia em que conte o selo de recepção da instância não resolvida expressamente pela autoridade (artigo 15, IV).

Há também, no direito Mexicano, a chamada confissão de mora, em que a autoridade, na constância de falta de resposta, reconhece sua inatividade. Essa formalidade pode ser despreendida do próprio artigo 17 da Lei Federal de Procedimento Administrativo. No caso de descumprimento por duas vezes do disposto no referido artigo, o servidor público que praticou o ato omissivo será responsabilizado conforme a lei vigente sobre o assunto.

Mais uma vez a regra geral introduzida pela legislação federal pode ser usada por todos os Estados Membros Mexicanos, o que lhe confere caráter supletivo. Isso significa dizer que, em caso daqueles Estados Membros não se valerem de sua própria normativa sobre o silêncio administrativo, aplicar-se-á a regra geral (SADDY, 2013, p.182).

3.2.5 Argentina

O corpo normativo da Lei Nacional de Procedimientos Administrativos (LNPA), n°19.549, de 3 de abril de 1972, estipula três técnicas destinadas a evitar ou, pelo menos, minorar os efeitos da morosidade administrativa. Entre elas, encontram-se o silêncio administrativo regulado com caráter geral.

petición del interesado, se deberá expedir constancia de tal circunstancia dentro de los dos días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud respectiva ante quien deba resolver; igual constancia deberá expedirse cuando otras disposiciones prevean que transcurrido el plazo aplicable la resolución deba entenderse en sentido positivo. En el caso de que se recurra la negativa por falta de resolución, y ésta a su vez no se resuelva dentro del mismo término, se entenderá confirmada en sentido negativo.

Em razão disso, parte da doutrina argentina vê no instituto do silêncio uma forma de garantia para os cidadãos contra possíveis arbitrariedades administrativas, permitindo o acesso à jurisdição administrativa e judicial, com o devido processo legal, princípios da igualdade de armas e efetividade da tutela judicial. Outros, contudo, consideram o fenômeno como símbolo de uma Administração disfuncional (GORDILLO, 2007, p. 32-49).

Independentemente desta questão, é oportuno destacar que conforme a doutrina mais difundida (GRECCO, 1999, p.264/265), o silêncio administrativo deve ser entendido como uma ficção legal de consequências essencialmente processuais, as quais facilitam ao particular prejudicado a fiscalização e revisão posterior, administrativa ou judicial, da inatividade formal da Administração. Por isso, as modernas leis de procedimento administrativo, em especial, a LNPA organizou um dispositivo, por meio do qual seja factível aceitar presumidamente uma resolução, no caso denegatória, para evitar a inércia administrativa frente a pleitos a ela dirigidos.

O artigo 10 da (LNPA) regula o silêncio administrativo, estabelecendo como regra geral que dito silêncio deve ser interpretado como negativo. Somente mediante disposição expressa é que poderia operar o silêncio positivo. Trata-se, na verdade, de uma faculdade outorgada ao administrado para que este opte em considerar o não pronunciamento dos órgãos estatais nos prazos como denegatório.

Também prevê o referido artigo que para se configurar o silêncio no direito Argentino, há duas formas a) ou o administrado denuncia a mora, o que acontece nos casos de petição ou reclamação, superado o prazo de 30 dias, disposto no artigo 10 da Lei Nacional de Procedimientos Administrativos, ou o prazo de 45 dias em se tratando de via reclamatória ou b) o silêncio opera-se automaticamente nas hipóteses de recurso administrativo, quando o ultrapassado o prazo para se decidir.

Em outras palavras, tem-se que se tratando do silêncio em via de petição, requer-se, além da demora do transcurso do prazo, a denúncia da mora administrativa e o transcurso de um segundo período de inatividade administrativa. Já em sede de recurso administrativo ou recurso hierárquico, uma vez transcorrido o prazo de solução da demanda, o silêncio opera de forma automática, reputando-se denegado tacitamente, sem necessidade de requerer o pronto despacho.

De acordo com Rafael Bielsa (1942, p. 68) existem três princípios, que, na verdade, devem ser vistos como três situações, em que se interpretam o silêncio administrativo para poder aplicar os seus efeitos, são eles (as): a) quando se tratar de trâmites necessários como reclamações administrativas, entende-se, pela falta de pronunciamento, que houve rejeição do pedido; b) quando a reclamação estiver sujeita a termo ou a condição, deve-se entender que ocorrido o termo ou implementada a condição, a decisão é negativa, podendo, via de regra, ser exercitado os recursos jurisdicionais respectivos; c) já com relação aos contratos administrativos, devem ser observados, primeiramente, as cláusulas da convenção, as regras de Direito Público, e por fim, o artigo 1.146 do Código Civil, que diz respeito ao consentimento tácito.

Não obstante a regra geral seja do silêncio negativo, o silêncio positivo pode ocorrer, bastando, para tanto, que esteja previsto em lei, haja vista as considerações abaixo:

[...] é certo que a aprovação tácita deva ser de interpretação restritiva, primeiro porque *toda decisão que compromete a autoridade ou a responsabilidade da Administração pública ou se vincula a um ato essencial da atividade administrativa, deve ser dada expressamente e, em bom princípio, também deve ser fundamentada*. E segundo porque a aprovação tácita como regra legítima a inercia da Administração. Sem falar no oportunismo que geraria à custa da Administração Pública (BIELSA, 1942, p.67) (tradução livre).

Esta é a visão que predomina na doutrina argentina e que acompanha o que foi disposto sobre o assunto na lei nacional de procedimento administrativo, destoando, no entanto, de alguns ordenamentos jurídicos da América Latina, em especial, o do modelo peruano, mais adiante analisado, e dos mais recentes movimentos legislativos sobre o assunto nos modelos europeus.

3.2.6 Peru

Para finalizar o mapa legislativo sobre o silêncio administrativo e seus efeitos nos ordenamentos estrangeiros, necessário se faz abordar, com especial atenção, a forma como o direito peruano regula o fenômeno mencionado, tornando-se, atualmente, uma referência mundial no que diz respeito à normatização do silêncio.

Em 30 de janeiro de 2002, publicou-se, no Peru, a Lei nº27.658, Lei Marco de Modernização da Gestão do Estado, por meio da qual se declarou ao estado peruano um

processo de modernização, com obtivo de obter maiores níveis de eficiência no aparato Estatal (PAREDES CASTAÑEDA, 2009, p.68).

Neste contexto, foram apresentados publicamente em março de 2007, pela presidência peruana, os principais elementos da proposta de governos para obter modernização e reforma. Desde então, estabeleceu-se que o programa seria baseado em três eixos: simplificação dos trâmites, em que se inclui a implementação do silêncio administrativo; funcionamento de Estado (sistemas de gestão); e estrutura do Estado¹⁹.

Em busca de se concretizar este novo modelo de administração pública gerencial, promulgou-se a Lei do Silêncio Administrativo, n° 29.060, a qual se orientou no sentido de lançar as bases de uma cultura em que a administração pública, frente a sua omissão, garanta, mesmo assim, a realização do procedimento administrativo e, conseqüentemente, o exercício de seu direito.

Esta lei específica sobre o silêncio administrativo, contendo nove artigos, derogou os artigos 33 e 34 da Lei n° 27.444, de 11 de abril de 2001, (Lei de Procedimento Administrativo Geral-LPAG), que disciplinavam integralmente o silêncio administrativo positivo e negativo.

Com isso outorgou-se uma regulação mais garantidora em relação à anterior, ao estabelecer a aplicação do silêncio administrativo positivo como regra geral, colocando em prática uma ferramenta alternativa que compense, imediatamente, a desproteção e insegurança em que se encontram o cidadão frente à omissão da Administração Pública (PACORI CARI, 2008; apud: SADDY, 2013, p.176).

Vale ressaltar, no entanto, que mesmo derogando os artigos referidos e precisando alguns aspectos que a LPAG não contemplava, a Lei do Silêncio Administrativo não descartou por completo o uso da Lei de Procedimento Administrativo Geral no que tange ao silêncio, em razão desta possuir outros artigos que também se aplicam ao instituto em questão, como a própria delimitação do âmbito de aplicação da lei n° 29.060/2007, cujo cumprimento corresponde a todas as instituições públicas a que se refere o artigo I do Título Preliminar da LPAG (PAREDES CASTAÑEDA, 2009).

¹⁹ Veja o discurso do Presidente Alan García Lima em 02.02.2007. Disponível em < http://www.pcm.gob.pe/InformacionGral/sgp/2007/REFORMA_DEL_ESTADO.pdf >. Acesso em: 6 de jun. 2013.

Depois da edição da Lei do Silêncio, a Presidência do Conselho de Ministros Peruanos também emitiu outras normas, objetivando a garantia da lei nº 29.060. Entre elas, destacam-se: o Decreto Supremo Nº 079-2007-PCM²⁰, cuja finalidade é permitir que os Textos Únicos de Processo Administrativo cumpram com seu propósito de serem documentos compiladores, informativo e simplificativos dos procedimentos administrativos que tramitam nas distintas entidades administrativas; e, o Decreto Supremo Nº 096-2007-PCM²¹, responsável por estabelecer normas e diretrizes aplicáveis as ações de fiscalização posteriores aos procedimentos administrativos sujeitos a aprovação automática ou aprovação prévia.

Necessário observar que este último decreto é um dos textos normativos mais importantes para se falar em silêncio administrativo, haja vista que sem a fiscalização posterior dos atos, o instituto em questão poderia cair, facilmente, por terra, servindo, inclusive, de instrumento de corrupção dos órgãos e funcionários públicos.

Semelhantemente ao que se procede nos demais países estudados, a legislação que aborda sobre o silêncio administrativo peruano destaca alguns pressupostos para a sua aplicação, quais sejam: exista uma petição em trâmite de forma válida; o pedido pleiteado esteja previsto na TUPA ou em norma expressa; o pedido do administrado seja jurídica e fisicamente possível; haja transcorrido o termo preciso para aprovar e notificar a decisão administrativa; e a atuação do administrado seja de boa fé (PAREDES CASTAÑEDA, 2009, p.74.).

Como assinalado acima, a lei do silêncio administrativo peruana estabeleceu como regra geral o silêncio positivo e logo no seu artigo 1º determina que estarão sujeitos aos efeitos concessórios os procedimentos de apreciação prévia quando estes tratem de:

a) solicitações cuja estimação habilite ao exercício de direitos preexistentes ou para o desenvolvimento de atividades econômicas que requeiram autorização prévia do Estado, ou que não se encontram contempladas na Primeira Disposição Transitória, Complementar e Final da Lei; b) recursos destinados a questionar a denegação de uma solicitação anterior ou ato administrativo anterior; c) procedimentos em que a transcendência da decisão final não possa repercutir diretamente em administrados distintos daquele que solicitou o pedido, mediante a limitação, prejuízo ou afetação de seus interesses ou direitos legítimos.

²⁰ Aprovam lineamentos para elaboração e aprovação de TUPAS e estabelece disposições para o cumprimento da Lei de Silencio Administrativo.

²¹ Regula a Fiscalização Posterior Aleatória dos procedimentos administrativos por parte do Estado.

A aprovação automática do solicitado será autorizada diante do descumprimento da administração em responder dentro do prazo estabelecido por norma especial ou por 30 dias, ao que se adicionam os cinco dias necessários para notificar a expedição do ato administrativo. Esse prazo de notificação faz referência à necessidade de se comunicar o administrado da produção do ato administrativo. Vale lembrar que mesmo que o processo tenha sido resolvido pela Administração, mas o ato decisório não tenha chegado ao conhecimento do particular, opera-se o silêncio positivo.

Vencido o prazo e cumprido todos os requisitos, o silêncio administrativo positivo opera-se de maneira imediata, não sendo necessário, conforme o disposto no artigo 2º da referida lei, expedir qualquer pronunciamento ou documento para que o administrado faça valer seu direito. Entretanto, muitas entidades públicas mostram certa renúncia em reconhecer a aplicação do efeito positivo, exigindo que o administrado mostre documento onde prove o ocorrido²².

Ciente disso, o artigo 3º da Lei de Silencio Administrativo dispôs que o administrado poderá apresentar uma declaração jurada perante o órgão público que configure a aprovação fictícia, constituindo o cargo de recepção de dito documento em prova suficiente da resolução aprobatória.

A declaração jurada tem seu precedente na lei espanhola nº 30/1992, vista anteriormente, a qual prevê a possibilidade de solicitação do certificado a fim de que este possa auxiliar na comprovação do efeito positivo tanto perante a Administração Pública quanto diante de terceiros, pessoas físicas. Tanto a declaração jurada peruana como a certificação espanhola são apenas meios declaratórios do efeito positivo, não se caracterizando, pois, como elemento constitutivo do mesmo (PAREDES CASTAÑEDA, 2009, p.83).

Uma vez produzido o silêncio, põe-se fim ao procedimento. No entanto, apesar de não poder se pronunciar sobre uma autorização ficta, a Administração Pública poderá declarar sua nulidade, seguindo o procedimento de nulidade de ofício de resoluções consentidas, conforme dispõe a LPAG em seu artigo 188. O ato da administração em realizar a nulidade deverá ser

²² Exposição de motivos do Projeto de Lei nº 580/2006-PE, Lei do silêncio administrativo, apresentado pelo Presidente da República com o voto de aprovação do Conselho de Ministros em 31 de outubro de 2006. p.10. Disponível em < <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2006.nsf>>. Acesso em 7 de nov de 2013.

feito em prazo estipulado, devendo-se comunicar ao particular interessado sobre o feito para que este promova sua defesa no sentido de proteger seus direitos.

A lei do Silêncio também prevê em seus dispositivos a responsabilidade do funcionário e servidor público 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 ante a entidade da qual pertençam, determinando que nessas ocasiões incorrer-se-á em falta administrativa sancionável, sem prejuízo da responsabilidade civil e penal. O mesmo ocorrerá nas situações em que os funcionários se negarem, sem justificativa, a receber ou cumprir a autorização ficta derivada da declaração jurada, oriunda de procedimento de outra entidade pública. (artigo 4º).

No que diz respeito ao silêncio negativo, a Lei nº 29.060 é clara ao dispor, nos atos de disposição transitória, complementar e final, que excepcionalmente o silêncio administrativo negativo será aplicado naqueles casos que se afetem significativamente o interesse público, incidindo na saúde, no meio ambiente, nos recursos naturais, na seguridade cidadã, no sistema financeiro e de seguros, nos mercados de valores, na defesa comercial, na defesa nacional e no patrimônio histórico e cultural da nação.

A lei específica do silêncio administrativo peruano não aborda sobre o fenômeno no âmbito recursal, porém, o tratamento legal sobre o assunto encontra-se disposto no artigo 207 da LPAG, segundo o qual fica estabelecido que diante da falta de resposta por parte da administração dentro do prazo da lei frente a um recurso de revisão ou um recurso de impugnação contra uma decisão emitida por uma autoridade, não submetida a uma subordinação hierárquica, o administrado pode socorrer-se do silêncio negativo, ficando habilitado para acudir-se ao processo contencioso-administrativo ou ao processo constitucional de amparo, dando por esgotada a via administrativa.

No caso de existir outra instância resolutive na via administrativa, diz o mesmo artigo, que o administrado poderá recorrer à instância superior, aplicando-se o silêncio administrativo na instância atual, para que na próxima emita-se um pronunciamento expreso. Se ocorrer mais uma vez desídia por parte da Administração, a lei permite a ocorrência do silêncio positivo²³.

²³Artículo 207 da LPAG: “Son actos que agotan la vía administrativa: a) El acto respecto del cual no proceda legalmente impugnación ante un autoridad u órgano jerárquicamente superior en la vía administrativa o cuando se produzca silencio administrativo negativo, salvo que el interesado opte por interponer recurso de reconsideración, en cuyo caso la resolución que se expida o el silencio administrativo producido con dicho recurso

Verifica-se que o silêncio administrativo peruano é regulado por um conjunto de normas composto pela Lei n° 27.444, LPAG; Lei n° 29060, Lei do Silêncio Administrativo; o Decreto Supremo n° 079-2007-PCM; e o Decreto Supremo n° 096-2007-PCM. Entre este conjunto, destaca-se a lei de silêncio administrativo que incorporou a ideia de modernização e simplificação estatal e, a partir de seus dispositivos, fez do Peru uma referência mundial no que tange à normatização do silêncio. Sem dúvida, tem-se com este documento uma regulação de maior proteção ao administrado sem deixar de lado os princípios que norteiam a administração pública.

impugnativo agota la vía administrativa; o b) El acto expedido o el silencio administrativo producido con motivo de la interposición de un recurso de apelación en aquellos casos en que se impugne el acto de una autoridad u órgano sometido a subordinación jerárquica.

Artículo 188.6 da LPAG: “En los procedimientos sancionadores, los recursos administrativos, destinados a impugnar la imposición de una sanción estarán sujetos al silencio administrativo negativo. Cuando el administrado haya optado por la aplicación del silencio administrativo negativo, será de aplicación el silencio administrativo positivo en las siguientes instancias resolutorias”.

4 SILÊNCIO ADMINISTRATIVO NO DIREITO BRASILEIRO

4.1 PANORAMA ATUAL.

Percebeu-se, pelo exposto no capítulo anterior, que os ordenamentos que estabelecem uma regulação para o instituto do silêncio administrativo, seja estipulando efeito positivo, seja negativo, atuam juridicamente a partir do sistema de contencioso administrativo. Este é, pois, um fator determinante para que o fenômeno ora abordado seja tratado com relevância tanto pela legislação como pela doutrina e pela jurisprudência daqueles países.

No Brasil, justamente pelo fato de não se possuir o sistema dual, o estudo doutrinário e jurisprudencial do silêncio administrativo e seus efeitos, bem como a sua regulação legislativa encontram-se atrofiados, carentes e mancos de subsídios teóricos e normativos. A questão que se impõe, no entanto, é que, embora não exista o contencioso administrativo, há, no país, o processo administrativo, cuja finalidade primordial de garantir os direitos dos administrados passa necessariamente pela produção do ato conclusivo que lhe ponha termo²⁴.

Aqui, a discussão que se teve sobre o assunto voltou-se, basicamente, para abordagem sobre a natureza jurídica do silêncio e sobre o direito de indenização, em razão da teoria do desvio de poder. O presente trabalho, porém, ao seguir as novas linhas de estudos sobre o instituto e seus efeitos, não se prenderá ao velho embate existente sobre o silêncio administrativo, no Brasil, ser considerado fato jurídico ou ato administrativo²⁵.

²⁴ “A ausência de explicitação dessa vontade, a sua formalização compromete o atingimento da finalidade do processo administrativo.” (PETIAN, 2011, p.95.)

²⁵ Para quem desejar se atear mais sobre o assunto, conferir o resumo de ARTUR CORTEZ BONIFÁCIO (BONIFÁCIO, Artur Cortez. *Direito de Petição: garantia constitucional*. São Paulo: Método, 2004, p. 149, nota 47), segundo o qual: “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*, nº 99). Atribuem-no o caráter de ato administrativo condicionando à expressa previsão legal ou à fixação de prazo para sua emanção, respectivamente, Neyde Falco Pires Corrêa (em *O Silêncio da Administração*, RT, *Revista de Direito Público*, no. 69) e Régis Fernandes de 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,

O que se pretende fazer é realizar um panorama normativo brasileiro, evidenciando a atual situação brasileira no que tange às soluções dadas por leis esparsas a algumas hipóteses de silêncio administrativo, constatando-se, desse modo, quais são instrumentos legais que o Brasil possui para combater a omissão específica da Administração Pública, e de que forma, ou seja, por meio de que espécie de silêncio, realiza-se este feito.

Da mesma forma que o presente trabalho se dedicou, no capítulo anterior, a mapear regras gerais que dispunham sobre o silêncio no direito alienígena, agora se debruçará sobre algumas leis esparsas do ordenamento brasileiro.

Neste capítulo, também será destacado um tema recorrente quando se trata de silêncio administrativo, qual seja: o controle judiciário da inércia estatal e a atuação dos juízes diante de atos de conteúdos vinculados e discricionários que deixaram de ser respondidos pelo administrador. Tudo isso para mostrar que o ordenamento jurídico brasileiro, apesar de não possuir um instrumento específico capaz de sanar a inatividade formal da Administração, não se mostra por completo indiferente às situações de retardos ou silêncio, pois o sistema adotou, no seu artigo 5º, XXXV da CF/88, a unicidade de jurisdição, de modo que *nenhuma lesão ou ameaça de lesão escapará à apreciação do Poder Judiciário*.

4.2 ESPÉCIES DE SILÊNCIO ADMINISTRATIVO NA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA BRASILEIRA

No item referente aos efeitos do silêncio administrativo, viu-se que existem três tipos ou espécies de silêncio, sendo eles: o *silêncio próprio*, o qual ocorre sempre que houver atribuição legal, judicial ou contratual, que expressamente concede ou denega aquilo que foi solicitado ou recorrido se decorrido o prazo para a autoridade se pronunciar; o *silêncio condicionado*, que também é previsto legal, judicial ou contratualmente, mas condicionado a uma determinada tarefa que deva ser realizada, sob pena de não se obter o efeito do silêncio (é a regra, por exemplo, das licenças urbanísticas); e, o *silêncio impróprio*, o qual surge quando não há uma concessão ou denegação expressa do pleito do administrado, mas sim uma previsão

marcando-se o prazo para preclusão. Hely Lopes Meirelles (*Direito de Construir*, 1987) sustenta ser o silêncio uma conduta omissiva da Administração”.

normativa que acaba, de certa forma, concedendo, indiretamente, um efeito positivo ou negativo à petição, solicitação, reclamação ou recurso²⁶.

O ordenamento brasileiro possui algumas legislações específicas que abarcam cada espécie do silêncio positivo, as quais serão brevemente analisadas abaixo.

4.2.1 *Silêncio positivo próprio*

Zona Franca de Manaus

O primeiro exemplo de silêncio positivo próprio no ordenamento brasileiro, destacado por André Saddy (2013, p. 72), encontra-se disposto no Decreto federal nº 61.244, de 28 de agosto de 1967, que cria a Superintendência da Zona Franca de Manaus (SUFRAMA), dispondo em seu artigo 11º 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 a comercialização em qualquer ponto do território brasileiro. Deve o interessado submeter-se, para tanto, à aprovação da SUFRAMA, que ouvirá o Ministério da Fazenda, quanto aos aspectos fiscais.

O mesmo artigo, em seu §1º, dispõe ainda que ficará implicada a aprovação tácita pelo Ministério da Fazenda, caso não haja qualquer manifestação no prazo de 30 dias contados do pedido de audiência²⁷.

²⁶ O texto base para realização desse mapeamento foi o livro do professor André Saddy, o qual discorre exaustivamente sobre o assunto em *Silêncio administrativo no Direito Brasileiro*. Há de se observar, contudo, que algumas informações lá prestadas se encontram mais atualizadas pelo presente trabalho.

²⁷ 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.

§1º Os projetos para a produção, beneficiamento ou industrialização de mercadorias que pretendam gozar dos benefícios do Decreto-lei nº 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 dias contados do pedido de audiência.

§ 2º Os projetos serão apresentados de conformidades com critérios e procedimentos estabelecidos pela SUFRAMA, mediante instruções aprovadas pelo Ministro do Interior.

§ 3º 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 nº 288-67, tenham por fim a produção, industrialização ou beneficiamento das mercadorias capituladas no parágrafo 1º. Do artigo 3º do referido Decreto-lei, inclusive as alterações supervenientes por Decreto (Decreto-lei nº 288-67 artigo 3º, parágrafo 2º).

Planos e projetos petróleo e gás natural

A Lei Federal 9.478, de 6 de agosto de 1997, traz, em seu § 3º, artigo 26, outro exemplo de silêncio positivo próprio. A referida legislação 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 Petróleo.

Diz a lei que a exploração de petróleo e gás natural pode ser concedida em três anos, havendo a possibilidade de ser prorrogada por um prazo máximo de dois anos, que dependerá de requerimento formal. Nessa primeira etapa, chamada de pesquisa, tem-se um conjunto de operações ou atividades destinadas à avaliação das áreas, na qual se busca descobrir de fato o petróleo e o gás. Uma vez identificados estes fatores, realiza-se a perfuração. Completa-se o processo com a exploração propriamente dita, que exige um programa exploratório mínimo.

Antes, porém, deve-se fazer uma notificação de descoberta da área para que a mesma seja avaliada no intuito de a declarar ou não como comercial. Feita a declaração de comercialidade, é realizado um plano e projeto de desenvolvimento e produção que dever ser elaborados de acordos com as práticas corriqueiras da indústria do petróleo (artigo 26, § 1º). Graças ao §2º do artigo 26, a Agência Nacional de Petróleo, autarquia especial responsável pela regulação do setor em questão, deve emitir seu parecer no prazo máximo de 180 dias. Se decorrido esse tempo estipulado sem que haja manifestação por parte da autarquia, os planos e os projetos considerar-se-ão automaticamente aprovados (artigo 26, §3º) (SADDY, 2013, p.73-74).

Necessário se faz destacar que o disposto no §3º do artigo 26 da lei federal 9.478/97, foi objeto, juntamente com outros dispositivos do referido diploma legal, de ação declaratória de inconstitucionalidade (ADI nº 3.273/DF²⁸), na qual os ministros Carlos Aires Britto e

²⁸ CONSTITUCIONAL. MONOPÓLIO. CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO. PETRÓLEO, GÁS NATURAL E OUTROS HIDROCARBONETOS FLUÍDOS. BENS DE PROPRIEDADE EXCLUSIVA DA UNIÃO. ART. 20, DA CB/88. MONOPÓLIO DA ATIVIDADE DE EXPLORAÇÃO DO PETRÓLEO, DO GÁS NATURAL E DE OUTROS HIDROCARBONETOS FLUÍDOS. ART. 177, I a IV e §§ 1º E 2º, DA CB/88. REGIME DE MONOPÓLIO ESPECÍFICO EM RELAÇÃO AO ART. 176 DA CONSTITUIÇÃO. DISTINÇÃO ENTRE AS PROPRIEDADES A QUE RESPEITAM OS ARTS. 177 E 176, DA CB/88. PETROBRAS. SUJEIÇÃO AO REGIME JURÍDICO DAS EMPRESAS PRIVADAS [ART. 173, § 1º, II, DA CB/88]. EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. **ART. 26, § 3º, DA LEI N. 9.478/97. MATÉRIA DE LEI FEDERAL.** ART. 60, CAPUT, DA LEI N. 9.478/97. **CONSTITUCIONALIDADE.** COMERCIALIZAÇÃO ADMINISTRADA POR AUTARQUIA FEDERAL [ANP]. EXPORTAÇÃO AUTORIZADA SOMENTE SE OBSERVADAS AS POLÍTICAS DO CNPE, APROVADAS PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA [ART. 84, II, DA CB/88]. (STF - ADI: 3273 DF , Relator: CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 16/03/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 02-03-2007 PP-00025 EMENT VOL-02266-01 PP-00102)

Joaquim Barbosa posicionaram-se a favor da inconstitucionalidade da regra que institui hipótese de efeito positivo dado ao silêncio administrativo, pelas razões que se seguem:

“[...] esse dispositivo diz que o silêncio da Agência Nacional de Petróleo acarretará a aprovação tácita dos planos e projetos de exploração de petróleo e gás. Ao meu ver, a função da ANP como órgão regulador não se exerce pelo silêncio e, sim, pela fala expressa, com aquela motivação que se é obrigatória de todo ato administrativo, principalmente num ato administrativo dessa magnitude (STF - ADI: 3273 DF, Relator: CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 16/03/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 02-03-2007 PP-00025 EMENT VOL-02266-01 p. 156).

“[...] a lei brasileira consagrou a figura da decisão administrativa implícita de aprovação, e não de indeferimento. Creio, contudo, que entre nós esse instituto esbarra na exigência constitucional de motivação das decisões administrativas, previstas para os tribunais (artigo 93, X), mas extensível, com muito mais razão, aos atos do Executivo...” (STF - ADI: 3273 DF, Relator: CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 16/03/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 02-03-2007 PP-00025 EMENT VOL-02266-01 p. 262-263).

Apesar dos argumentos acima terem prevalecidos quando do julgamento desta ação, há de se ressaltar o posicionamento adotado pelo Ministro Gilmar Mendes, o qual, ao se referir sobre o §3º do artigo 26, afirmou:

[...] todos sabem que essa é uma cláusula de estímulo, de impulso, tendo em vista um processo iniciado e já avançado, envolvendo, portanto, um conceito de segurança jurídica. Depois de as empresas terem tomado as medidas necessárias e, por conseguinte, terem cumprido toda a sua parte, inclusive com a pesquisa já exitosa, é natural que haja pelo menos uma decisão sobre o tema. Foi uma medida, portanto, que o legislador achou por bem tomar. Não me parece que haja nada de abusivo também nesse aspecto²⁹ (STF - ADI: 3273 DF, Relator: CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 16/03/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 02-03-2007 PP-00025 EMENT VOL-02266-01 p. 267).

Desses posicionamentos, retira-se a grande discussão brasileira sobre a possibilidade de se introduzir ou não uma regra geral sobre efeito positivo ao silêncio do poder público na Lei de Processo Administrativo Federal, a qual será realizada em capítulo posterior, quando se dialogará com os princípios que regem a atuação da administração pública, especialmente os dois destacados pelos ministros, quais sejam, o da motivação e o da segurança jurídica.

Parcelamento de débitos de multas de trânsito.

A concessão de efeito positivo ao silêncio do Poder Público não deve ser necessariamente regulada por lei federal. Trata-se de matéria de procedimento, e como tal poderá ser realizado em qualquer âmbito federativo. É muito comum, por exemplo, na esfera

²⁹ Só para constar, os demais ministros que participaram do julgamento desta ADIN não se posicionaram quanto ao assunto em questão.

municipal, leis que autorizam o parcelamento de débitos devidos em decorrência da aplicação de multas de trânsito de alçada municipal.

Em Blumenau, a lei municipal 5.464, de 17 de maio de 2000, representa uma dessas legislações esparsas que estabelece a possibilidade de parcelamento por 18 (dezoito) meses e traz, no seu artigo 5º, a hipótese de deferimento automático ao 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 Débitos.

Reajuste ou revisão de tarifas de serviço público.

Também no âmbito estadual é possível verificar regra que disponha sobre os efeitos do silêncio administrativo. Nesse sentido, oportuno se faz mencionar o exemplo do Estado do Rio de Janeiro, o qual, por meio do artigo 20 da Lei Estadual 2.869, de 18 de dezembro de 1997, apresentou uma hipótese muito eficaz para resolver o problema da morosidade na apreciação de pedidos.

Discorre o *caput* do referido artigo que caso haja descumprimento dos prazos conferidos na presente lei ou no contrato de concessão pela Agência Reguladora de Serviço Público Concedidos do Estado do Rio de Janeiro, as concessionárias ou permissionárias poderão colocar em prática as condições constantes na respectiva proposta de reajuste ou revisão das tarifas, até que a agência reguladora decida de outra forma, caso em que as concessionárias ou permissionárias estarão obrigadas a observar a condições constantes do pronunciamento, operando as necessárias compensações.

Em outras palavras, a solução dada pelo artigo 20 da lei 2.869 foi admitir a vigência provisória da tarifa até que ocorra a manifestação da Agência Reguladora do Estado. Esse artigo também foi objeto de polêmica, tido por alguns como um “ato tácito”. No entanto, é possível vislumbrar, por tudo que se discorreu nos tópicos anteriores, que não se pode falar em ato tácito, mas sim em definição de consequências do silêncio da Administração. É sabido que, pela sistemática do Direito Administrativo, se não há lei, a regra é de se entender, diante de omissão, presumido negado o pedido. Contudo, havendo lei, esta poderá sim prever solução diversa.

Ainda na seara desta polêmica, André Saddy (2013, p. 78) afirma não existir *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.*

Concorda-se aqui com o autor. Afinal, a regra do artigo 20 procurou um ponto interessante de equilíbrio entre a segurança jurídica do administrado (caput do artigo 20) e o dever de decidir motivadamente da Administração (§1º do artigo 20). Ou seja, ao mesmo tempo em que garantiu ao administrado a hipótese de operar aquilo que solicitou da Administração, mas não obteve tempestivamente, determinou, de modo expresso, que seguindo o pronunciamento motivado da Administração, este mesmo administrado fosse obrigado a obedecer ao decidido por esta.

Embora seja claro observar que o conteúdo estrito desta regra não seria plenamente eficaz em todas as situações de omissão específica, não se pode olvidar que a sua estrutura, que se assemelha com a espécie de efeito positivo condicionado, é válida para se servir de modelo como regra geral inserida na Lei de Processo Administrativo nº 9.784/99, caso, obviamente, chegue-se à conclusão de que está hipótese é mais vantajosa para o ordenamento jurídico brasileiro.

Além disso, uma observação deve ser feita no que diz respeito à possibilidade da Administração Pública manifestar-se expressamente de forma tardia sobre um pedido. Já se defendeu neste estudo que, quando esta resolução posterior tiver o mesmo conteúdo que a autorização tácita, de forma apenas a confirmar o que o administrado havia solicitado, não caberá a este qualquer instrumento de objeção, pois sua esfera de direito adquirido não terá sido alterada. Porém, se a decisão expressamente tardia incorrer se der no sentido contrário ao ato fictício, negando, por exemplo, aquilo que foi decidido, terá o administrado o direito de recurso ou até mesmo de pleitear indenização pelos eventuais danos sofridos pela morosidade na ação administrativa.

Estatuto da Cidade e direito de preempção

A lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, conhecida com Estatuto da Cidade, que regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.

É de conhecimento que, em razão do direito de preempção estampado no artigo 25 do estatuto, o proprietário que desejar alienar seu imóvel onerosamente a outro particular, deverá notificar sua intenção ao Município para que este manifeste sua opção de aquisição do imóvel, no prazo máximo de 30 dias, exercendo, dessa forma, seu direito de preferência.

Nos termos do art. 27, §3º, se transcorrido o prazo acima mencionado, sem qualquer manifestação do órgão competente para analisar a notificação e exercer o direito de preferência dado ao Município, fica o proprietário autorizado a realizar a alienação para terceiros, nas condições da proposta apresentada. Trata-se, pois, de mais uma hipótese em que o ordenamento jurídico brasileiro concede efeitos positivo ao silêncio administrativo, permitindo que o tempo produza efeitos positivos em relações jurídico-administrativas.

Renovação de autorizações de uso de radiofrequência

No âmbito das concessões de serviço público, outro exemplo de silêncio positivo próprio encontra-se na Lei Federal 9.472, de 16 de julho de 1997, denominada Lei Geral das Telecomunicações, que possibilita a existência de duas formas de prestação de serviço público, uma sob regime público, outra sob regime privado.

As formas de serviço prestadas sob regime privado se dão a partir da figura do autorizatário, o qual, ao invés de estabelecer contrato com o Poder Público, firma um termo por prazo indeterminado. Entretanto, no caso da LGT, houve a fixação de um prazo máximo de 20 anos para outorga do direito de exploração do uso da radiofrequência por ser um recurso escasso (SADDY, 2013, p. 82).

O Artigo 167 da LGT determina que este prazo de 20 anos para autorização poderá ser prorrogado uma única vez por igual período, para tanto, deverá ser requerida três anos antes do vencimento do prazo original, sendo este requerimento decidido pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), em 12 meses, no máximo.

A ANATEL, ao regulamentar a matéria, determinou, em seu artigo 56, §2º, que o prazo para sua decisão deve ser contado da data da protocolização do pleito de prorrogação. O §3º do artigo 56, por sua vez, estipulava que esta prorrogação restaria tacitamente aprovada, nas mesmas condições de operação anteriormente autorizadas, desde que não contrariasse a regulamentação vigente.

Contudo, em razão dos impasses em torno da renovação das licenças de MMDS³⁰, a ANATEL decidiu, pelo Ato 763, emitido em 12 de fevereiro de 2009, anular, com efeito erga

³⁰ As licenças da MMDS venciam em fevereiro de 2009 e ocupavam a disputada faixa de 2,5 GHz³⁰, para por um fim aos questionamentos quanto ao cumprimento dos prazos do processo de prorrogação destas.

omnes e *ex tunc*, o parágrafo que estabelecia que a prorrogação restaria tacitamente aprovada caso a ANATEL não se manifeste no prazo máximo de 12 meses.

O Ato 763, considerando o artigo 48 da LPA, o qual dispõe que a Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência e com isso afasta a possibilidade de que a Administração decida por omissão, entendeu que o §3º do artigo 56 contém vício de legalidade.

Aprovação de atos de concentração econômica

Uma hipótese de silêncio administrativo próprio que sofreu para continuar no ordenamento jurídico brasileiro é a que constava presente na Lei 8.884/94, responsável por tratar de infrações contra a ordem econômica. Dispunha o artigo 54, §7º desta lei 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, caso em que retroagiria à data de sua realização (SADDY, 2013, p. 83-85).

Já a segunda parte do dispositivo estabelecia que deixando o CADE de exprimir-se por mais de 30 dias, os atos acima seriam considerados automaticamente aprovados. No entanto, o artigo 64, que previa a hipótese de efeito positivo ao silêncio administrativo, foi vetado por ser considerado inconstitucional e contrário ao interesse público, como se depreende de seu conteúdo:

“Da forma como redigido, o artigo estabelece a aprovação tácita de atos de concentração como consequência automática do descumprimento de quaisquer dos prazos estabelecidos pela lei, resultando 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” (mensagem 536)

A AGU, por sua vez, mediante parecer emitido em dezembro de 2011, discorreu no sentido de que o veto da mensagem 536 não aboliu a aprovação automática por decurso de prazo. O primeiro argumento se valeu de uma interpretação histórica, afirmando que a autorização fictícia era prevista pela lei anterior e vista como uma medida salutar tanto para o administrado como para a administração. Para AGU, o veto teria se baseado na previsão de que o descumprimento de quaisquer prazos acarretaria a aprovação automática, sendo, de fato, irrazoável este tipo de previsão. Por isso, ela opina que a previsão ocorreria se o prazo de 240 dias, do artigo 88, fosse descumprido.

Ademais, o parecer remete a notória necessidade da reforma legislativa se preocupar com a celeridade nas análises dos atos de concentrações. Seguindo, pois, estas orientações, o Regimento Interno do CADE (Resolução 1, de 29 de maio de 2012), em seu artigo 133, estabelece que *o descumprimento dos prazos previstos nos §2.º e 9º do art. 88 da Lei nº 12.529, de 2011, implica aprovação tácita do ato de concentração econômica* (SADDY, 2013, p. 85).

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

Recentemente, em 27 de dezembro de 2012, publicou-se a lei 12.766, responsável por introduzir algumas alterações na lei 11.079, de 2004, dentre elas a redução do prazo mínimo para que o parceiro privado possa acionar o fundo garantidor de parcerias (FGP) e a hipótese de silêncio administrativo positivo em caso desse acionamento.

Antes da alteração, a garantia do FGP poderia ser acionada pelo parceiro privado a partir do 45º dia do seu vencimento, em caso de créditos líquidos e certos, constantes de título exigível, aceito e não pago pelo parceiro público. Já os débitos constantes de faturas emitidas e ainda não aceitas pelo parceiro público, permitiriam ao parceiro acionar o FGP desde que transcorridos 90 dias de seu vencimento e que não tivesse havido sua rejeição expressa por ato motivado. Contrário senso, se a rejeição fosse motivada, o FGP não deveria efetuar o pagamento ao parceiro privado.

Com a nova lei, os prazos foram reduzidos, respectivamente, para 15 dias e 45 dias, ambos contados da data de vencimento.

O parceiro público tem o prazo de 40 dias para aceitar ou rejeitar a fatura. Existindo ausência de manifestação, a inércia implicará aceitação tácita (§12 do art. 18). Vê-se, pois, que existem três hipóteses de acionamento do FGP. Uma seria a aceitação expressa, a segunda pode ocorrer caso não tenha se dado a rejeição expressa e motivada. E, a terceira ocorrerá sempre que houver “aceitação tácita”.

Essa lei trouxe, ademais, no seu §13, a responsabilidade civil, administrativa e penal do agente público que contribuir por ação ou omissão para aceitação tácita ou que rejeitar sem motivar. Para André Saddy, apesar de a norma ter representado um avanço para o direito brasileiro ao tratar sobre a responsabilidade estatal em caso de silêncio administrativo, ela pecou por não ter optado pela responsabilidade objetiva, mas sim a subjetiva, dependendo da comprovação da existência de dano causado pelo agente.

De fato, as teorias mais modernas sobre o assunto desconsideram a teoria clássica do *faute du service* e tendem para o caminho de que a responsabilidade do Estado, em casos de omissões específicas da Administração Pública, não depende da comprovação de culpa do agente.

4.2.2 *Silêncio positivo condicionado*

Sobre a segunda espécie de silêncio positivo, denominada silêncio positivo condicionado, tem-se que no Direito Brasileiro, é comum verificar este tipo de estrutura normativa nas legislações municipais que dispõem sobre licenciamentos de obras. André Saddy (2013, p. 90-93) traz em seu livro três exemplos, quais sejam, a Legislação do Município de São Paulo, de Salvador e de Belo Horizonte.

O silêncio da administração, nesses casos específico, terá o efeito que a legislação local estabelecer e continuará prevalecendo caso surja uma regra geral na Lei de Processo Administrativo Federal. Nesse sentido, mesmo na hipótese de Brasil adotar a regra do efeito positivo próprio, poderá existir no ordenamento hipóteses legais estabelecendo o silêncio positivo condicionado, bem como o efeito negativo do silêncio.

Os três municípios citados optaram por adotar a regra do efeito positivo condicionado. O Código de Obras e Edificações do Município de São Paulo, nos itens 4.2.3 e 4.2.4, bem como o Decreto Municipal 32.329, de 23 de setembro de 1992, no item 4.B.4 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 municipais. Basta que haja a comunicação à repartição competente e que o proprietário se sujeite a eventuais efeitos que possam vir a surgir numa possível denegação da licença, que seria, no caso, a sustação da obra e demolição daquilo que já foi construído.

Em Salvador, o artigo 44 da Lei Municipal 3.903, de 27 de julho de 1988, trilha o mesmo caminho da regra anterior, de modo autorizar, depois de esgotado o prazo de 20 dias para decisão, que o requerente dê início à obra, devendo comunicar o fato por escrito à Prefeitura e ficando sujeito à demolição das partes que estejam em desacordo com as normas municipais, sem prejuízos de outras penalidades.

A Lei Municipal de Belo Horizonte nº 9.725, de 15 de julho de 2009, em seu artigo 15, §8º, dispõe que, esgotado o prazo de 15 dias para o Secretário Municipal aprovar ou indeferir o projeto, fica o responsável técnico autorizado a dar início à obra, mediante notificação a este.

O grande destaque que se dá ao efeito positivo condicionado é que em nenhum dos casos acima analisado poderá ser alegado direito adquirido, haja vista que o Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de que uma vez que 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 lei retroativa³¹.

4.2.3 *Silêncio positivo implícito*

No tópico referente ao efeito do silêncio positivo, ao discorrer sobre esta espécie, foi preciso utilizar o exemplo brasileiro do lançamento por homologação para que houvesse, na ocasião, um melhor entendimento desta forma de silêncio administrativo. Na verdade, a hipótese trazida pelo artigo 150, §4º, do Código Tributário Nacional (CTN), o qual dispõe que se expirado o prazo de cinco anos para a homologação 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, é de silêncio administrativo próprio. No entanto, é sabido que havendo a homologação pela Fazenda Pública, ainda que de forma tácita, haverá, conseqüentemente, extinção do crédito tributário, ocorrendo o que se denominou de silêncio administrativo implícito (SADDY, 2013, p. 93).

Trata-se, certamente, de uma espécie de efeito positivo válida para a hipótese levantada em questão, mas que não caberia como uma regra geral, vez que é possível verificar por meio de alguns julgados que a jurisprudência não é a favor de efeitos concedido sem lei expressa³².

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 68.954/SP, Rel. Aliomar Baleeiro, DJ 12.06.1970.

³² TRIBUTÁRIO - CND - PEDIDO DE COMPENSAÇÃO - PENDÊNCIA DE HOMOLOGAÇÃO - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - 1. O Código Tributário Nacional reconhece a compensação como hipótese de extinção do crédito tributário nos termos do inciso li do art. 156. Contudo, forçoso reconhecer que a compensação, amparada ou não em decisão judicial, não extingue automaticamente os débitos tributários, pois o encontro das contas que ocorre na via administrativa deve se dar sob a fiscalização do Fisco, nos termos e limites da coisa julgada e dos valores apresentados. 2. A compensação, porém, também não se insere dentre as hipóteses do art. 151 do CTN, razão pela qual não suspende a exigibilidade do crédito tributário. Sujeita-se ao princípio da legalidade e deve ser exercitada dentro dos exatos termos e limites do ordenamento jurídico. Sob a

4.2.4 Silêncio negativo próprio

Parcelamento de solo urbano

Assim como existem lei esparsas dispendo sobre o silêncio administrativo positivo e suas espécies, há também outras que estipulam o efeito negativo para o mutismo estatal, denegando expressamente aquilo que foi peticionado se decorrido o prazo para a autoridade se manifestar. Um exemplo nesse sentido pode ser verificado no artigo 16 da Lei Federal 6.766, de 19 de dezembro de 1979, o qual, após remeter 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 recusadas, prevê, em seu §1º, que transcorrido o prazo sem a manifestação do Poder Público, o projeto será considerado rejeitado ou as obras recusadas, assegurada a indenização por eventuais danos derivados da omissão³³.

Construção e exploração de instalação portuária

Outra hipótese de silêncio administrativo negativo próprio estudada pelo André Saddy foi a que se encontrava disposta na Lei Federal 8.630, de 25 de fevereiro de 1993. Trazia o artigo 5º desta lei 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. Se o requerimento ou recurso não viesse a ser decidido nos prazos de 30 dias e 60 dias, respectivamente, ficava facultado ao interessado a qualquer tempo, considerar indeferido para fins de apresentação do recurso mencionado.

égide das Leis nº 8.383/1991 e nº 9.250/1995, a compensação era possível apenas entre tributos da mesma espécie e destinação constitucional. 3. A Lei nº 9.430/1996 permitiu a compensação de tributos administrados pela Receita Federal mediante prévia autorização administrativa, mas foi só a partir da Lei nº 10.637/2002, que a declaração de compensação passou a extinguir o crédito tributário mediante condição resolutória de ulterior homologação pelo Fisco. 4. *Eventual demora na análise dos referidos pedidos de compensação não confere ao contribuinte direito líquido e certo à extinção dos créditos, pois o silêncio da administração só produz efeitos quando assim expressamente determina a lei.*"

³³ 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).

§1º Transcorridos os prazos sem a manifestação do Poder Público, o projeto será considerado rejeitado ou as obras recusadas, assegurada a indenização por eventuais danos derivados da omissão. (Incluído pela Lei 9.785, 29.01.1999).

§3º Nos municípios cuja legislação for omissa, os prazos serão de noventa dias para a aprovação ou rejeição e de sessenta dias para aceitação ou recusa fundamentada das obras de urbanização. (Incluído pela Lei 9.785, 29.01.1999).

Ocorre que a nova Lei dos Portos, nº12.815, de 5 de junho de 2013, revogou por completo os dispositivos da lei anterior, trazendo novas disposições sobre a exploração e instalação portuária, dentre as quais não se verifica mais a hipótese de silêncio negativo próprio. Nem mesmo o decreto nº 8.033, de 27 de junho de 2013, responsável por regulamentar a referida lei, aventou a possibilidade.

Retirar uma previsão sobre um efeito a ser dado em caso de inércia estatal deve ser visto como um retrocesso legislativo, a clara necessidade de se tutelar os administrados em casos de inatividade formal. Por essas e outras condutas é que se faz cada vez mais necessário discutir a hipótese de se introduzir efeitos do silêncio como regra geral e deixar explícitas também as situações que excepcionem esta regra.

Primeiro pedido de licença ambiental

Ao estudar a Lei de Silêncio Administrativo Peruana, observou-se que a regra geral introduzida foi a do silêncio positivo. O referido diploma, contudo, ressaltou algumas hipóteses em que seria aplicado o efeito negativo do silêncio, entre elas, as questões que envolvessem o meio ambiente, em razão do forte interesse público que envolve a temática.

De modo semelhante, a Lei Complementar Federal 140, de 8 de dezembro de 2011, aos fixar normas para a cooperação entre União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios nas ações de competência comum relativas à proteção das paisagens naturais, estipulou, em seu artigo 14, que os órgãos licenciadores devem observar os prazos estabelecidos para tramitação de licenciamento, sendo que decorrido tais prazos, sem emissão de licença ambiental, esta não se considerará emitida automaticamente e nem será autorizada a prática de ato que dela dependa ou decorra, mas instaura a competência supletiva referida no artigo (15) ³⁴.

³⁴ Art. 14. Os órgãos licenciadores devem observar os prazos estabelecidos para tramitação dos processos de licenciamento.

§1º. 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.

§2º. 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.

§3º. O decurso dos prazos de licenciamento, se a emissão de 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.

§4º. 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.

Ocorre que, o mesmo artigo 14, em seu §4º, traz excepcional e peculiarmente a hipótese de silêncio positivo, em caso de pedido de renovação de licença que seja requerido com antecedência mínima de 120 dias da expiração do prazo de validade, mas que não tenha sido respondido pelo órgão licenciador competente.

4.2.5 Silêncio negativo condicionado

De acordo com André Saddy (2013, p. 106), não existe nenhuma lei esparsa brasileira que preveja como consequência para o silêncio do poder público nos processos administrativos a modalidade ou espécie de silêncio administrativo negativo condicionado.

4.2.6 Silêncio negativo implícito

Lembrando que o silêncio implícito possui esse nome justamente por ser algo que decorre de uma interpretação daquilo que se tem de forma expressa e de outros fatores, Saddy cita como exemplo dessa espécie de silêncio a conclusão que se tem da leitura do artigo 5º, I, da Lei Federal 12.016, de 7 de agosto de 2009, o qual diz não comportar Mandado de segurança quando se tratar de ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução.

O que se tem com a leitura deste artigo é que a parte, para ajuizar ação que proteja seu direito líquido e certo, deverá, primeiramente, exaurir a instância administrativa. Trata-se de uma das raras exceções existentes no ordenamento brasileiro do sistema de unicidade, lembrando a estrutura do sistema contencioso administrativo.

Países que atuam juridicamente sob sistema de contencioso administrativo como França, Espanha e Equador estipulam, por meio de regras gerais, o efeito negativo. No caso brasileiro, não há nenhuma previsão expressa neste sentido. Dessa forma, se o administrado, ao exercer a esfera administrativa não obtiver qualquer resposta por parte da administração, estará prejudicado por uma falta de efeito negativo, devendo recorrer ao judiciário tão somente para obter um pronunciamento administrativo, para depois, novamente, impetrar o mandado de segurança.

Seriam necessárias, pois, duas ações judiciais para que o direito líquido e certo fosse protegido, o que vai contra a razoabilidade. Por isso, acaba-se entendendo que existe um silêncio negativo implícito quando, neste caso exposto, decorrer um prazo razoável para a manifestação do recurso administrativo.

A segunda e última hipótese de silêncio administrativo negativo pode ser encontrada na Lei 9.507, de 12 de novembro de 1997, responsável por tratar do rito processual do *habeas data*. É sabido que no Brasil, todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros é de caráter público, sendo que qualquer cidadão pode requerer ao órgão ou entidade depositária do registro ou banco de dados de informações do pessoal. Basta que seja feito um requerimento o qual será deferido ou indeferido no prazo de quarenta e oito horas.

Diz o artigo 8º da referida lei que a falta de manifestação do órgão ou entidade depositária do registro ou banco de dados sobre os requerimentos formulados pelo interessado caracteriza recusa tácita, haja vista que permite ao interessado ingressar com o *habeas data* concedendo-lhe interesse de agir.

4.3 O CONTROLE JUDICIAL DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

O estudo da legislação esparsa, realizado no tópico anterior, demonstra claramente que, apesar de haver um rol considerável de leis a estipularem os efeitos do silêncio administrativo, das mais variadas formas e modalidades, o ordenamento jurídico brasileiro ainda é carente de um instrumento eficaz que contemple todas as hipóteses de inatividade formal. Afinal, o legislador, quando opta por legislar por meio de regras específicas, não é capaz de prever toda e qualquer situação concreta que exista ou que venha existir.

Não é verdadeira, contudo, a conclusão precipitada de que, em casos de hipóteses de silêncio do Poder Público em processos administrativos de outorga que não tenham efeitos legalmente regulados, o administrado esteja por completo desamparado. Isso porque a Constituição Federal de 1988 prevê, em seu artigo 5º, XXXV, o princípio do livre acesso à justiça, segundo o qual, nenhuma lesão ou ameaça de lesão escapará à apreciação do Poder Judiciário.

Esse dispositivo reflete que o Brasil adotou a jurisdição una, em contraposição ao sistema dual, em que o contencioso administrativo convive com a jurisdição comum. Dessa forma, aquele que, no âmbito administrativo, por exemplo, sofrer uma ameaça de lesão ou uma lesão efetiva, oriunda do mutismo estatal, contará com a possibilidade de resolver o problema no âmbito judicial, mesmo que o processo administrativo não tenha se encerrado. Isso significa dizer que o administrado possui sim condições de combater a inércia estatal mediante outras alternativas viáveis como o mandado de segurança (se não houve recurso administrativo com o efeito suspensivo pendente) e o *habeas data*.

No que diz respeito ao instrumento do mandado de segurança, entenderam a jurisprudência e a doutrina que a resposta ao pleito administrativo é um direito dos administrados, de tal forma que, não havendo manifestação da autoridade competente, dentro de prazo estipulado em lei ou razoável, tem-se direito líquido e certo cerceado. Nesse sentido, vale conferir a decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em que se entendeu que o silêncio administrativo *enseja a impetração de mandado de segurança para determinar à autoridade pública a apreciação do pedido*. (FRAGA, 2013, p. 203); e, a súmula 429 do Supremo Tribunal Federal, a qual admite o uso genérico do Mandado de Segurança contra qualquer omissão da autoridade.

O *habeas data* (previsto pelo artigo 5º, inciso LXXII), por sua vez, permite ao administrado 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 (DI PIETRO, 2012, p.830-834). O problema dessa via alternativa é que se trata de hipótese muito limitada ao âmbito acima definido para suprir omissão específica da Administração Pública.

O mandado de injunção também pode valer como uma opção nos casos de silêncio administrativo quando um direito, previsto na Constituição, não puder ser exercido por falta de regulamentação (DI PIETRO, 2012, p.834-839). A questão é que só se poderia pensar na hipótese de mandado de injunção, caso se a regulamentação fosse de responsabilidade do órgão administrativo.

Por fim, é preciso ressaltar que nos casos em que a lei prevê o resultado do silêncio administrativo, seja ele positivo ou negativo, o controle pelo Judiciário não é problema, haja vista que, nessas hipóteses, o juiz trata o silêncio de forma idêntica ao que dispensaria ao ato administrativo expresso. Já nas situações em que a lei deixa de disciplinar os efeitos do silêncio, tem-se a dupla omissão: a do administrador que deixou de decidir expressamente e a do legislador, que deixou de prever uma consequência para este silêncio.

Surge, então, a dificuldade de se comprovar o interesse jurídico, bem como o problema do objeto da ação ou o alcance do provimento jurisdicional. Como se sabe, ao Poder Jurisdicional é vedado investir-se nos poderes da Administração Pública, não podendo, a pretexto de controlá-la, transforma-se em verdadeiro administrador sob pena de violar o princípio da tripartição dos poderes.

Por isso que, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 398), nos casos em que a lei nada dispôs sobre os efeitos do silêncio, uma vez decorrido o prazo legal previsto para a manifestação administrativa ou transcorrido prazo razoável, restará ao administrado demandar judicialmente: que o juiz supra a ausência de resposta e determine a concessão do que foi postulado, nos casos em que a Administração estava vinculada quanto ao conteúdo do ato e era obrigatório o deferimento daquilo que foi solicitado; ou que o juiz determine prazo para que a Administração se manifeste, sob pena de cominação de *astreintes*, nas situações em que a Administração dispunha de discricionariedade administrativa, situação em que o administrado faz jus a um pronunciamento motivado.

É bem verdade que José dos Santos Carvalho Filho (2007, p.95) contraria o posicionamento acima quanto à solução dada aos casos de ato de conteúdo vinculado. Para o jurista fluminense, em nenhuma hipótese pode o órgão jurisdicional substituir a vontade do órgão administrativo, mas tão somente obriga-lo a emiti-la, se a lei a impuser, arcando o administrador com as consequências de eventual descumprimento. Diz ainda que a impugnação do silêncio administrativo não deve ser confundida com aquela que é dirigida à invalidade de atos.

Na doutrina, a posição adotada por Bandeira de Mello é a majoritária, contudo, em respeito à visão de Carvalho Filho, o presente trabalho, seguindo o entendimento de Clarissa Pacheco (2008, p. 126), coloca-se da seguinte forma: se o ato omitido for discricionário, o julgador não pode senão determinar à Administração que se manifeste, já nos casos de atos vinculados, o juiz pode suprir a omissão, uma vez presentes os requisitos legais ou, ele pode anotar prazo para que o administrador responda³⁵.

³⁵ Georghio Tomalin (2001, p.281-292, apud: SADDY, 2013, p.115) fornece ótima exemplificação de como se dá o controle do silêncio administrativo. Segundo o autor, *a contar da notificação do administrado que lhe informa o fim da instrução do processo administrativo (artigo 44, LPA) 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 (artigo 24 da LPA), após o que se poderá fixar multa diária pelo descumprimento da ordem judicial. Nos casos em que a administração tenha se manifestado pela prorrogação do prazo, até o trigésimo dia, por 'despacho motivado', passa esta decisão a ser o ato atacável pela via mandamental, quando esteja carente de motivação legal ou se ressinta da falta de sustentáculo fático suficiente. Nesses casos, o magistrado decidirá se foi ou não legalmente válida a dilação do prazo. Uma vez anulado a decisão de conteúdo (pleiteada originalmente pelo administrado perante a administração), nos casos de conduta vinculada, ou determinar que a administração o faça em 5 dias (artigo 24 LPA), quando estivermos diante de atos fundados em discricionariedade, fixando 'astreinte' por dia de descumprimento da ordem judicial. 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.*

5 PONDERAÇÕES PRINCIPIOLÓGICAS

5.1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Neste momento, pretende-se traçar toda a estrutura principiológica que cerca o silêncio administrativo e seus efeitos, procurando-se determinar, da melhor maneira possível, quais os empecilhos de se introduzir uma regra geral sobre o instituto em questão, no âmbito do direito administrativo. Objetiva-se, ainda, estipular quais os motivos e os princípios que sustentam esta possibilidade como uma forma plausível e viável, diante do que se tem no ordenamento jurídico brasileiro.

Trata-se, pois, de um estudo polêmico e que exige bastante esforço hermenêutico para ponderar os princípios presentes tanto na Constituição Federal como na Lei de Processo Administrativo (LPA) de nº 9.784/99.

A análise principiológica aqui proposta se faz necessária, pois é a partir dela que este trabalho encontrará as vantagens e desvantagens da hipótese de se conceder efeito positivo ao silêncio do Poder Público nos processos administrativos, por meio de uma regra geral introduzida na LPA.

Será também por meio da ponderação que se procurará responder às demais perguntas decorrentes da possibilidade aventada, como, por exemplo: de que modo os efeitos do silêncio eloquente podem superar o princípio da motivação dos atos administrativos? Como ficaria a questão da segurança jurídica nos casos em que a Administração se valesse do seu poder de autotutela? Regulando de forma geral o efeito positivo, haveria de fato celeridade e eficiência dos órgãos administrativos ou o Estado seria estimulado a indeferimentos de pedidos no intuito de evitar o efeito positivo? E o contraditório seria o mesmo ou, em razão de conclusões urgentes, sofreria uma mitigação?

Obviamente que a solução para tais implicações não contará apenas com estudos de princípios, mas também com todo o arcabouço que foi gerado e armazenado durante a pesquisa nos seus capítulos anteriores. Com isso, a diretiva de serviço e as legislações de países europeus, as normas dos países latino americanos, com destaque à lei peruana, às leis esparsas presentes no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo as tipologias dos efeitos do silêncio

administrativo, bem como o estudo do controle jurisdicional, certamente servirão de base para alcançar respostas satisfatórias.

Ademais, como bem lembra Angélica Petian (2011, p.39), os princípios constituem o embrião do ordenamento jurídico. São eles o ponto de partida de qualquer elaboração normativa. Esta é a função fundamentadora do princípio. Qualquer norma que se contraponha a um princípio regente da matéria em questão será inválida, devendo ser excluída do sistema desde que não esteja baseada em outro princípio. Sendo assim, se a hipótese estudada deseja introduzir uma regra geral, é imprescindível que essa análise de princípios seja feita.

5.2 SILÊNCIO, PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

O estudo principiológico inicia-se, então, com a constatação de que a doutrina do silêncio administrativo está estritamente relacionada com direitos e princípios constitucionalmente estabelecidos.

Desde 1988, com a Constituição da República, a Administração Pública assumiu um compromisso com a sociedade de satisfazer o interesse público, valendo-se de prerrogativas e *deveres-poderes*. Estes *deveres poderes* são importantes para limitar a função Estatal na medida que lhes impõe rigores da legalidade, finalidade e impessoalidade. O exercício da atividade administrativa se dá, dessa forma, entre uma liberdade e autoridade, ou seja, entre direitos dos administrados e prerrogativas da Administração Pública.

No que diz respeito à inércia estatal, a questão primordial que se impõe é o poder-dever de resposta, oriundo diretamente do direito de petição previsto pela Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “a”.

Sabe-se que sem a garantia de resposta, nenhuma utilidade prática restaria ao direito de petição³⁶. Por isso, tem a Administração Pública o poder-dever de responder. Apesar de se falar em poder-dever, é preciso observar que o administrador não tem prerrogativas, muito menos

³⁶ Com efeito, “o direito de petição, inserido entre as garantias fundamentais do art. 5º 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 16284 / PR, UF: PR – PARANÁ, Fonte: DJ 23.03.1992 p. 3447, RSTJ vol. 32 p. 416, Relator (a): HUMBERTO GOMES DE BARROS).

faculdade de responder ao pedido administrativo, mas sim dever de fazê-lo, e fazer em tempo hábil, mesmo que não exista lei que determine o prazo para essa resposta, haja vista o princípio da razoabilidade, também constitucionalmente previsto pelo artigo 5º, inciso LXXVII da CF/88 (FRAGA, 2013, p.189).

Diante disso, a inatividade formal da Administração Pública já seria ato ilegal tão somente pelo fato do direito de petição possuir eficácia plena. Ainda assim, a LPA fez bem, de acordo com os autores Irene Nohara e Thiago Marrara (2009, p. 313), em dispor expressamente, no seu artigo 48, sobre o dever da Administração de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos, bem como determinar, em seu artigo 49, prazo de 30 dias, prorrogáveis por mais trinta caso expressamente motivados, pois, dessa forma, vinculou-se de vez o dever de resposta aos princípios da motivação e a duração razoável do processo.

5.2.1 Silêncio, motivação e publicidade

Sobre o princípio da motivação, tem-se que este é o grande obstáculo a ser enfrentado pela teoria do silêncio no direito público, e, em especial, no direito administrativo. Isso porque, mesmo não havendo menção expressa da necessidade de motivação no artigo 37, que trata da Administração Pública, a doutrina e a jurisprudência já consagraram a obrigação do administrador indicar os fundamentos de fato e de direito ao emitir uma decisão em qualquer tipo de ato, seja ele vinculado ou discricionário, por se tratar de formalidade necessária para o controle de legalidade do ato administrativo e fiscalização de terceiros interessados nestes atos³⁷.

Na LPA, o princípio da motivação tem fundamento no artigo 2º, *caput*, havendo, no parágrafo único, inciso VII, a exigência da *indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão*. Já o artigo 50 da mesma lei traz uma série de hipóteses em que a indicação e os fundamentos jurídicos seriam obrigatórios, sendo pacífico o entendimento de que as hipóteses ali previstas evidenciam, por parte do legislador, uma preocupação muito

³⁷ De acordo com Maria Sylvia Di Pietro, *na constituição Federal, a exigência de motivação consta expressamente apenas para as decisões administrativas dos Tribunais e do Ministério Público (arts. 93 e 129, §4º, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº45/2004), não havendo menção a ela no artigo 37, que trata da Administração Pública, provavelmente pelo fato de ela já ser amplamente reconhecida pela doutrina e jurisprudência. Na Constituição Paulista, o artigo 111 inclui expressamente a motivação entre os princípios da Administração Pública.* (DI PIETRO, 2012, p. 82).

maior com os destinatários dos atos administrativos do que com os interesses da própria Administração Pública.

O rol deste artigo, contudo, causou grande celeuma na doutrina quanto ao fato de sua interpretação. Segundo José dos Santos Carvalho Filho, o rol do artigo 50 é taxativo e não deve ser estendido aos demais atos rotineiros da Administração sob pena de causar grave dano à celeridade.

Porém, o entendimento que prevalece é o compartilhado por autores como Maria Sylvia Di Pietro, Thiago Marrara, Irene Nohara, Angélica Petian, entre outros, para os quais o rol apresentado pelo artigo 50 é meramente exemplificativo, devendo os fatos e fundamentos jurídicos estarem presentes em todas as outras hipóteses em que a motivação é fundamental para o controle de legalidade, o que inclui atos que concedem licenças ou autorizações, no âmbito do processo administrativo ampliativo de direitos.

Tem razão este segundo posicionamento apresentado. Afinal, se assim não fosse, seria impossível ao administrado, ao dirigir um pleito à Administração, insurgir-se contra a manifestação estatal, sem saber das razões que conduziram àquela providência. E a forma de saber isso é através da motivação que, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p.372), *integra a formalização do ato, sendo um requisito formalístico dele.*

Caminhando pare passos com a motivação, está o princípio da publicidade, também denominado por Odete Medauar de princípio da transparência.

É de conhecimento geral que num Estado Democrático de Direito, torna-se inadmissível, salvo hipóteses de sigilo previstas na Constituição, qualquer ocultação de informações inerentes à atividade da Administração Pública, que deve atuar sempre conforme a legalidade e respeitando o interesse público sobre qualquer interesse particular.

A exigência de motivação confere à função administrativa a transparência necessária para que o cidadão tome conhecimento dos caminhos que foram realizados até a adoção de determinado posicionamento por parte da Administração e, dessa forma, tome as devidas providências para fiscalizar e controlar o ato emitido.

Esta dupla função da motivação e da publicidade de: dar conhecimento geral dos atos praticados pela Administração, independentemente de haver interesse particular; e de permitir o controle popular por meio dos instrumentos específicos, fazem que o silêncio administrativo,

por si só, seja, com razão, considerado um comportamento insustentável no âmbito do processo administrativo como um todo e principalmente naqueles processos que possibilitam ampliação ou qualquer modificação na esfera de direitos dos administrados, podendo gerar prejuízos a terceiros interessados.

Se a falta de motivação já acarreta um comportamento inadmissível, a ausência de resposta é ainda mais grave, tornando a inatividade formal da Administração uma conduta verdadeiramente inconstitucional. Por isso mesmo que o presente trabalho nega a possibilidade de se admitir que no silêncio puramente dito se identifique uma resposta implícita, haja vista o cerceamento de defesa que esta hipótese acarretaria.

Há que se observar, entretanto, que, conforme visto pelo estudo das legislações estrangeiras e brasileiras sobre o assunto, quando a lei atribui efeitos ao silêncio, ela não o faz com forma de permitir a negligência do administrador, legitimando o descumprimento dos deveres da Administração. Na verdade, quando há regulação de efeitos do silêncio administrativo, a previsão destes, uma vez invocada posteriormente à inatividade, surge como mecanismo legítimo para evitar, ou pelo menos minimizar, as consequências inconcebíveis a que ficam expostos os administrados, como por exemplo a insegurança jurídica e o sentimento de desconfiança com relação ao Poder Público.

Em outras palavras, a omissão específica da administração deve ser rechaçada pelo ordenamento a qualquer custo, pois representa um quadro patológico que precisa ser bravamente combatido, visto a sua inexorável afronta aos deveres de resposta e ao cerceamento da defesa do administrado, o qual, inclusive, à luz da teoria do desvio de poder, pode pleitear responsabilização do Estado e eventual indenização.

Contudo, se é verdade que a doença do mutismo estatal existe e resiste, como verificado frequentemente nas repartições públicas, necessário se faz buscar remédios legítimos que sejam capazes de saná-la ou aliviá-la, mesmo que a priori, e superficialmente, sejam considerados tão nocivos quanto, como é o caso da atribuição de efeitos ao silêncio administrativo por meio de uma regra geral³⁸.

³⁸ André Saddy sustenta posição semelhante ao dispor que: *é justamente em virtude deste dever (e não contra ele) que surge a responsabilização do estado e a elaboração do instituto do silêncio administrativo e seus efeitos, pois todo o ordenamento deve conter medidas para que, nos casos de inatividades administrativas, o administrado não fique indefeso, à mercê da Administração.* (SADDY, 2013, p.18).

5.2.2 Silêncio e segurança jurídica

A regulação de efeitos do silêncio administrativo, visto dessa perspectiva de salvaguarda dos interesses dos administrados, acaba valorizando outros princípios e direitos, como a própria segurança jurídica e a confiança do particular na Administração Pública, de modo a superar, ainda que momentaneamente, a necessidade de motivação, já que os dispositivos que abarcam o assunto não retiram, como estudado antes, o dever da Administração de responder expressamente o seu administrado.

A título de recordação, o princípio da segurança jurídica foi inserido aos princípios da Administração Pública pelo artigo 2º, *caput*, da Lei 9.784/99, sendo que sua ideia ficou expressa, no parágrafo único, inciso XIII, que impõe a interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, *vedada aplicação retroativa de nova interpretação*.

Como aspecto subjetivo da segurança jurídica, tem-se o princípio da confiança, o qual leva em conta a boa-fé do cidadão, que além de acreditar e esperar que os atos dos administradores sejam lícitos e, nessa qualidade, sejam mantidos e respeitados pela própria Administração e por terceiros, esperam do Poder Público que este se manifeste sobre suas solicitações, para que não restem indefinidamente aguardando resposta.

Tutelar a confiança do administrado é de extrema importância para garantir a vigência da segurança jurídica, tida como um dos pilares do Estado de Direito. Isso porque, segundo J.J Gomes Canotilho (apud: DI PIETRO, 2013, p.87), *o homem necessita de segurança para conduzir, planificar, e conformar autônoma e responsavelmente a sua vida*.

O ordenamento jurídico brasileiro apresenta hipóteses bem interessantes que se preocupam com a segurança jurídica e a confiança do administrado, sendo elas: a possibilidade de manutenção de atos inválidos, quando o prejuízo resultante da anulação for decorrente da manutenção do fato; manutenção de atos praticados por funcionário de fato, em que se mantêm os atos praticados por servidor que está em situação irregular, uma vez que, tendo aparência de legalidade, geram no destinatário a crença na validade do ato; quando fixa prazo de 5 anos de decadência para que a Administração possa anular seus atos de que decorrem efeitos favoráveis aos administrados; a regulação dos efeitos já produzidos pelo ato ilegal, com a possibilidade de modulação destes; e, regulação dos efeitos da súmula vinculante, em que o Supremo Tribunal

Federal, a despeito da eficácia imediata desta, pode, por decisão de 2/3 dos seus membros, restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento. (DI PIETRO, 2012, p. 85-90).

Se o ordenamento jurídico brasileiro já ponderou seus princípios, optando pela prevalência da segurança jurídica e confiança do administrado nas hipóteses acima, justamente por considerar que esses valores são imprescindíveis para o particular, a introdução de uma regra geral, ou até mesmo, conforme exemplo peruano, de uma lei específica que regule os efeitos do silêncio administrativo demonstra, na visão deste trabalho, uma situação plausível, viável e bastante necessária, sobretudo diante da realidade brasileira, caracterizada por mutismos estatais constante.

5.2.3 *Silêncio e autotutela administrativa*

Vale ressaltar, porém, que toda a questão envolvendo a motivação, apesar de constituir o maior obstáculo para a concessão de efeito ao silêncio administrativo, não é a única polêmica que reveste essa hipótese.

No momento em que o presente trabalho discorreu sobre o efeito positivo, verificou-se que um dos grandes problemas decorrente da autorização fictícia, que concede um direito ao particular, é que esta, assim como todos os atos administrativos, não se reveste de presunção absoluta de legalidade, permitindo, que por meio do seu poder de autotutela, a Administração Pública possa anular a respectiva autorização, gerando ao administrado uma insegurança jurídica³⁹.

Ocorre que, apesar dessa possibilidade de insegurança jurídica causada pelo poder de autotutela, a própria Súmula 473 do STF, que prevê a anulação e revogação pela administração de seus atos eivados de ilegalidades ou inconvenientes e inoportunos, garante o respeito aos direitos adquiridos e ressalva, em todos os casos, a apreciação judicial. Ou seja, se o particular

³⁹ Sabe-se que a aplicação do princípio da segurança jurídica deve ser feita de forma cautelosa, a fim de que o ordenamento jurídico, sob argumento de proteção ao particular, não chegue ao absurdo de se tutelar atos revestidos de ilegalidades. Por isso a existência da Súmula 473 do STF, segundo a qual a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revoga-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitando os direitos adquiridos, e ressalvadas, em todos os casos, a apreciação judicial.

tiver prejuízos com eventual anulação de uma autorização fictícia emitida por meio de previsão de silêncio positivo próprio, ele poderá, judicialmente pleitear o devido ressarcimento de seu prejuízo.

E, em casos de concessão de efeito positivo condicionado, que não gera direito adquirido, os cidadãos já estariam, legalmente, alertados de suas responsabilidades quando da emissão da autorização fictícia, caindo por terra, nessas situações, a afirmação de que a concessão de efeito positivo gera insegurança jurídica.

Portanto, para o presente trabalho, o obstáculo da autotutela, apesar de verdadeiro, deve ser relevado diante das grandes vantagens que a concessão de efeito positivo pode gerar para o administrado, como a confiança jurídica, já abordada anteriormente, e a celeridade e eficiência nos processos administrativos.

5.2.4 Silêncio, eficiência e celeridade

Se a motivação é o maior obstáculo principiológico da hipótese discutida por este trabalho, a busca pela eficiência e pela celeridade são os principais pilares que sustentam a concessão de efeitos ao silêncio administrativo. A relação entre ambos pode ser percebida facilmente tanto na Diretiva de Serviços n° 2006/123 e nas legislações internas que se seguiram na Alemanha e Espanha, como na conexão existente entre o processo de modernização estatal e a regulação de efeitos no direito latino americano⁴⁰.

Para entender melhor essa relação, necessário se faz discorrer brevemente sobre o assunto. Nesse sentido, tem-se que a Emenda 19/1998, elaborada no seio da Reforma Administrativa, foi responsável pela introdução do princípio da eficiência na Constituição Federal, no rol do artigo 37, *caput*. A Lei n° 9.784/99 também fez referência a ele no seu artigo 2°.

Embora já constasse do ordenamento brasileiro e da própria Constituição de 1988, o princípio da eficiência foi extremamente valorizado pela reforma administrativa de 1995, que

⁴⁰ Sobre o assunto, conferir o artigo *Da modernização estatal ao silêncio administrativo e seus efeitos no direito latino americano: uma investigação normativa*. (SILVA, Lígia Covre da. Da modernização estatal ao silêncio administrativo e seus efeitos no direito latino americano: uma investigação normativa. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v.1, n.2, p.471-489,2014).

visava modernizar a gestão administrativa no país, devendo ser visto, pois, como um dos deveres da administração imposto a todos os agentes públicos para que estes realizem suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional, não se atendo apenas a realização de atos dentro da legalidade, mas também à resultados positivos para o serviço público que atenda satisfatoriamente as necessidades da comunidade e de seus membros (DI PIETRO, 2012, p. 83-84).

O vocábulo eficiência, de acordo com Odete Medauar (2007, p. 127-128), liga-se à ideia de ação para produção de um resultado rápido e preciso. Uma vez associado à administração pública, a eficiência passa a determinar um dever de agir por parte desta, de modo a satisfazer as necessidades da população, contrapondo-se, claramente, à lentidão e à omissão estatal.

A eficiência, nesta perspectiva, busca a adoção de formas simples, que sejam suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos demais direitos dos administrados (NOHARA; MARRARA, 2009, p.68). Dessa forma, essa doutrina efficientista procura promover regras, receitas e esquemas que se coadunam com a ideia de simplificação administrativa e celeridade processual, valorizando e concretizando a duração razoável do processo administrativo, na medida em que reconhece que o processo administrativo só é instrumento para a realização do direito almejado quando for breve ou, ao menos, realizado em tempo suficiente para salvaguardar o direito que se acha ameaçado ou tenha sido lesado. (PETIAN, 2011, p. 146).

Ciente disso e diante do fato de que os efeitos do silêncio administrativo possibilitam ao particular um instrumento com o qual ele prossiga processualmente com suas demandas, seja interpondo recurso administrativo, seja recorrendo ao judiciário, ou exerça seus direitos pleiteados por meio de autorizações fictícias, não restam dúvidas de que a regulação destes efeitos é sim capaz de gerar maior eficiência e celeridades nos processos administrativos, respeitando, inclusive, o princípio da legalidade e concretizando novos valores como o da boa administração, reinante no processo de modernização estatal.

No entanto, é preciso observar de forma cética que, processualmente falando, quando uma legislação opta por adotar como regra o efeito positivo em caso de inatividade formal da Administração, dispondo, por exemplo, que se mantendo inerte o administrador por tempo superior ao razoável para responder ao solicitado pelo administrado, haverá de ser concedido o quanto solicitado pelo administrado, ficando este legitimado a atuar conforme o pleiteado, ao mesmo tempo que pode estimular que Administração se apresse a ofertar a resposta de maneira

expressa, também poderá contribuir para uma enxurrada de indeferimentos, mesmo nos casos em que o particular cumpra com todos os requisitos exigidos legalmente.

Trata-se, sem dúvida, de um obstáculo real que pode vir a ocorrer nas repartições administrativas caso seja introduzida na LPA regra de igual conteúdo. Porém, se a ideia de boa gestão trazida com a referida hipótese for bem compreendida, e assim será se houver um trabalho legislativo competente e uma formação adequada dos servidores no manejo de suas atribuições, esse problema talvez sequer ocorra e, caso aconteça, haverá formas de combatê-lo, por exemplo, por meio da fiscalização das condutas administrativas, da responsabilização dos servidores públicos e de outras maneiras de se controlar a Administração Pública.

Todos os países que adotaram a regra do efeito positivo sabiam deste risco e nem por isso deixaram de discipliná-lo, o que demonstra que implicações desse tipo, não obstante sua iminente capacidade de provocar algum prejuízo no caso concreto, devem ser colocadas, ainda que momentaneamente, num segundo plano de discussão, valorizando-se a vantagens que o efeito positivo tem de orientar o particular que se encontra diante da inércia administrativa e de evitar a inoperância estatal, realçando a celeridade processual, a eficiência estatal e a segurança jurídica do particular, como vem fazendo os países europeus depois da diretiva de serviços e alguns países latino americanos.

É bem verdade que a valorização do princípio da celeridade tem que ser vista de forma cautelosa para que outros direitos fundamentais, como o direito ao contraditório, não sejam mitigados a ponto de prejudicar irremediavelmente o particular. Mais uma vez, a concessão de efeito positivo gera uma discussão de difícil argumentação, vez que para aqueles que resistem a esta hipótese, a possibilidade de se conceder o pleito do administrado caso tenha transcorrido prazo legal ou razoável estimularia apreciações céleres que colocariam em risco o devido processo legal.

Esta é uma questão muito discutida em monografias que abordam a extensão da duração razoável aos processos administrativos. Nessa seara, a fórmula plausível encontrada é justamente a busca por equilíbrio, que é obtida, dentre outras maneiras, por mudança de mentalidade das autoridades administrativas, as quais do mesmo modo que não podem agir dilatória e procrastinatoriamente, quando da emissão de um ato que dê continuidade ou finalize um processo, também não devem desconsiderar os direitos fundamentais assegurados aos

cidadãos, sob pena de responsabilização do agente público cuja conduta se traduz em desempenho funcional ineficiente⁴¹.

5.2.5 Silêncio, igualdade e interesses públicos

Outra discussão diz respeito ao fato da autorização fictícia poder gerar desigualdade entre os administrados, haja vista a possibilidade de um interessado conquistar um direito por meio do silêncio positivo, e outro, que teve seu pedido tempestivamente analisado, ver seu pleito denegado pela Administração.

Há quem veja nessa problemática um ponto favorável para a existência do silêncio administrativo, porque, diante desta desigualdade, a Administração Pública acabaria se forçando a responder aos administrados em geral nos prazos devidos. Tratar-se-ia, portanto, de um efeito pedagógico, nas palavras de Raimundo Lima (2011, p.413), com a qual se concorda.

Por fim, uma última questão que se impõe como obstáculos é a de que a produção de atos por meio de efeitos do silêncio administrativo pode atentar contra os interesses públicos e de terceiros. Nesses casos, cabe ao legislador enumerar casos excepcionais em que a regra que estipule o efeito positivo ou negativo não seja aplicada, como fez a legislação peruana. A ponderação também deverá levar em consideração os fatos de que o particular teria mais a perder com a não adoção da regra do silêncio do que o terceiro a ganhar com essa situação (SILVEIRA, 2004, p. 276).

Em síntese, não obstante haja princípios e direitos de cunho constitucional que obstaculizam fortemente a hipótese de se regular os efeitos do silêncio administrativo, em especial o efeito positivo, a mesma deve ser vista como um verdadeiro remédio para a doença, denominada mutismo estatal, e, por isso, precisa ser colocada em prática pelos legisladores, assim como fizeram os países estrangeiros mapeados, graças às vantagens evidenciadas e corroboradas pelas ponderações feitas, mediante as quais se optou pela valorização da segurança jurídica, celeridade processual, duração razoável do processo, eficiência e

⁴¹ Há de se destacar que ainda que nos termos do art. 143, da Lei n 8.112, de 1990, a autoridade que tiver conhecimento de irregularidades é obrigada a promover-lhe a apuração imediata.

simplificação administrativa, em detrimento, ainda que momentâneo, da motivação e demais implicações.

5.3 POR UMA REGRA GERAL DE EFEITO POSITIVO DO SILÊNCIO?

Depois de se analisar os obstáculos e os pilares de se introduzir uma regra geral sobre os efeitos do silêncio administrativo e estudar diversas legislações estrangeiras que fizeram o mesmo, bem como leis esparsas brasileiras, necessário se faz, finalmente, posicionar-se em relação à hipótese de inserção do efeito positivo como regra geral na Lei de Processo Administrativo federal (Lei 9.784/1999), a exemplo do modelo alemão e peruano.

Já se destacou inúmeras vezes ao decorrer desta pesquisa que a Lei de Processo Administrativo Federal (LPA), nº 9.784/99, não dispõe de uma regra geral que estabeleça consequências para os casos de inatividade formal, também conhecida como omissão específica da Administração. Entretanto, isso não significa afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro seja, por completo, alheio à necessidade de se amparar o administrado no momento em que este aguarda uma resposta de seus processos administrativos de outorga, haja vista a existência de leis esparsas que dispõem tanto sobre o efeito positivo como sobre o efeito negativo e a possibilidade de controle jurisdicional do silêncio administrativo.

Após verificar a maneira detalhada que cada legislação esparsa brasileira discorreu sobre as espécies de efeito positivo e negativo, fica nítido que se houvesse mais leis nesse sentido, as formas de se remediar a inércia estatal e de se solucionarem as consequências que dela advêm seriam mais simples, eficazes, céleres, seguras e, por isso mesmo, mais interessantes aos particulares e aos administradores.

Infelizmente, são insuficientes os remédios trazidos pelo ordenamento jurídico brasileiro ao combate do mutismo estatal, quadro patológico recorrente nas repartições públicas. Isso porque, as leis brasileiras analisadas, apesar de serem a melhor solução, pois resolvem o caso concreto, são escassas. E, a possibilidade de impetração de mandado de segurança, de provocação e posterior tutela judicial ou reparação civil extracontratual, embora sejam instrumentos legítimos, não satisfazem plenamente os interessados sob a ótica da celeridade, da eficiência e da economicidade.

Resta, então, definir qual a melhor forma de se criar um instrumento que solucione a inatividade formal da Administração. Em primeiro lugar, é preciso destacar que o presente trabalho segue no sentido de que a satisfação dos interesses particulares no âmbito administrativo é solução mais benéfica a todos os envolvidos, pois o diálogo entre as partes é mais simples e mais efetivo e os prazos e custos são mais exíguos. Sem falar que a via administrativa pode, em alguns casos fiscais, por exemplo, ser específica fornecendo decisões bem mais precisas e fundamentadas⁴².

Ciente disso e diante de tudo que foi estudado nos tópicos referentes aos países estrangeiros, observou-se que, não obstante algumas exceções presentes nos ordenamentos do México e da Argentina, a tendência mundial mais recente, em razão da necessidade de modernização estatal e de simplificação administrativa, é no sentido de trazer como regra o efeito positivo à omissão específica da Administração e, excepcionalmente, conceder efeito negativos.

Os dois países que mereceram destaque foram a Alemanha e o Peru. A primeira porque, seguindo fielmente as considerações sobre regimes de autorizações presentes na diretiva europeia de serviços n°2006/123, introduziu, imediatamente, na Lei de Alteração da VwVfG (Lei de Processo Administrativo Federal da Alemanha) a possibilidade de autorização fictícia nos procedimentos administrativos de outorgas, em que houver o transcurso do tempo normativamente previsto na lei sem manifestação da administração. O segundo pois, diferentemente de todos os outros países latino americanos, promulgou em 2007, a fim de seguir as diretrizes do Processo de Modernização do Estado, a Lei n° 29060, denominada de Lei do Silêncio Administrativo, que em conjunto com demais decretos, estipulou especificamente as situações em que a inercia estatal teria efeito positivo e aquelas em que teria efeito negativo, determinando como regra geral e subsidiária a do efeito positivo.

O caso peruano, sem dúvida, é o que mais se encontra perto do ideal para solucionar os problemas decorrentes do mutismo estatal no próprio âmbito administrativo, devendo, por isso, servir de exemplo a todos aqueles países que desejam o mesmo. Acontece que, antes de

⁴² Conferir neste sentido o entendimento de Ana Carolina de Araújo, para quem: “Avulta a possibilidade de que as questões sejam resolvidas em sede administrativa que, além de menos assoberbada que o Judiciário, é dotada de grau de especialização capaz de proporcionar uma solução mais ágil do quanto pleiteado [...] não se pode olvidar que a esfera administrativa merece ser explorada em todo seu potencial, uma vez que, implicando ônus menores aos administrados [...]. A via administrativa, assim, afigura-se de grande contribuição para a satisfação das questões dos interesses do administrado, sendo mais econômica e célere”. (SOUZA, Ana Carolina de Araújo. Silêncio administrativo: uma análise de seus efeitos. *Jus Navigandi*, Teresina, a.12, n.1553, p.18,2 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10482>>. Acesso em 14 de junho. 2014.

promulgar a lei específica do silêncio administrativo, o Peru, primeiramente, introduziu na sua Lei de Procedimento Administrativo Federal dois artigos responsáveis por modificar a regra geral sobre os efeitos do silêncio, que passaram de negativo para positivo, o que serviu de experiência para delimitar melhor o assunto e preparar a nova mentalidade administrativa.

Houve, desse modo, evoluções legislativas as quais, paulatinamente, culminaram em um modelo exemplar, que hoje conta com uma aprovação e utilização significativa dos cidadãos peruanos, que conseguem perceber de forma concreta e célere seus pedidos administrativos, seja pela configuração de um dos efeitos do silêncio, seja pela resposta em si da Administração, diante da necessidade que a regulação dos efeitos gera à Administração de avaliar de forma mais rápida o pleito do particular. Um estudo informativo⁴³ sobre a Lei de Silêncio Administrativo mostra 95% da população afirma ter conhecimento da Lei n° 29060/07 e 61% destes já se valeram dela para conseguir mais rapidamente uma manifestação do administrador.

O modelo alemão, por sua vez, encontra-se atualmente no mesmo estágio que o Peru estava antes de 2007. Na Alemanha, também parece existir uma preocupação legislativa quanto aos efeitos do silêncio. O mais interessante de se notar é que até a diretiva europeia de serviços, o país em questão, assim como o Brasil, contava apenas com leis esparsas e a possibilidade de se controlar judicialmente o silêncio, nos termos do que já foi estudado no tópico referente ao mapeamento do direito alemão.

À luz dos estudos aprimorado destes dois exemplos, bem como de outras legislações estrangeiras e brasileiras, e atendo-se a essa necessidade de construir um instrumento normativo de forma cuidadosa como fez o Peru, e vem fazendo a Alemanha, é que este trabalho discorreu sobre as hipóteses de se conceder o efeito positivo à omissão específica da Administração por meio de uma regra geral introduzida na LPA, posicionando-se, neste momento, à favor dessa solução normativa a fim de que a mesma sirva de regra supletória capaz de sanar os vazios de leis específicas.

Graças ao fato do sistema brasileiro não ser caracterizado por um sistema contencioso administrativo e, principalmente, em razão das novas necessidades de se implementar a cultura de modernização estatal, baseada em eficiência, celeridade e segurança jurídica, a regra a ser introduzida deve ser a do efeito positivo, assim como fizeram Alemanha e Peru. Contudo, é

⁴³ Mais informações, conferir o tópico desta pesquisa referente ao direito peruano e também o informativo REPÚBLICA del Perú. Defensoría del Pueblo. *Aplicación del silencio administrativo: retos e tareas pendientes*. Informe Defensoria! n° 145. Lima, septiembre ele 2009.

preciso que haja bastante cautela para se determinar a espécie de silêncio que seria considerada regra geral e supletória.

Dentre os diplomas que se estudou no Brasil, a espécie que mais demonstra um equilíbrio entre os interesses do administrado e do particular, sem dúvida é a do silêncio administrativo condicionado, frequentemente utilizado no licenciamento de obras. Outra hipótese muito bem elaborada foi a apresentada pelo estado do Rio de Janeiro, no artigo 20 da Lei nº 2.869/97, que optou por um silêncio administrativo próprio, com algumas ressalvas, ao admitir a vigência provisória da tarifa proposta pelo particular até que ocorra a manifestação do órgão regulador, que pode determinar tarifa diversa. Trata-se, pois, de dois mecanismos que deveriam ser observados quando da possível elaboração legislativa da regra geral.

Qualquer que seja a espécie, o importante é que haja a concessão do efeito positivo e que a regra responsável por isso respeite tanto os interesses dos administrados como os da Administração e que delimite o âmbito de aplicação em que poderá ser realizada a concessão de pedido do particular caso haja transcorrido prazo legalmente estipulado ou razoável para que o administrador se manifeste.

Seria perfeitamente cabível, por exemplo, aplicar o efeito positivo nas situações em que haja uma relação bilateral entre Administração e interessado, sem envolver o direito de terceiros; que a concessão do efeito positivo permita ao particular o exercício de direitos preexistentes ou desenvolvimento de atividades econômicas que necessitem de autorização prévia do Estado; e, obviamente, a autorização fictícia deve decorrer de procedimento iniciado pela própria parte, não se permitindo a concessão positiva em procedimentos de ofícios, salvo casos concretos que foram e serão relatados em leis específicas.

Assim como seria necessário traçar exceções, aplicando-se o efeito negativo, nos casos que afetem significativamente o interesse público, questões de ordem pública, proteção aos interesses contrários, assim como questões que envolvem saúde pública, meio ambiente, recursos naturais, defesa nacional, imigração, segurança cidadã, sistema financeiro, tributário e de seguros, e, por fim, aos que gerem obrigações de dar ou fazer ao Estado, notadamente, os relacionados ao direito supranacional ou comunitário.

Para que não surjam dificuldades de comprovação deste silêncio, é imprescindível, ademais, que a regra introduzida na LPA determine a emissão de um documento que confirme a ocorrência do silêncio positivo, ou negativo, em casos de exceções estipuladas em lei, a

exemplo da declaração jurada peruana. Além disso, a produção dos efeitos do silêncio deverá confrontar requisitos exibidos pelos administrados com aqueles exigíveis para o deferimento do seu pedido e não poderá ultrapassar os limites do quanto requerido, afinal é inadmissível que, por meio do silêncio positivo, seja concedido mais do que se poderia atingir com uma resolução expressa.

No que tange à resolução expressa, é preciso lembrar que a regra geral também deverá garantir a possibilidade de oferta de resposta expressa, ainda que tardia, afim de que esta ratifique a autorização fictícia e permita não só ao requerente, mas também a todos interessados, tomarem ciência dos fundamentos que motivariam a administração a conceder aquele pedido.

5.4 OS EFEITOS DE UMA REGRA GERAL PARA UM CASO CONCRETO

Por fim, para realçar a importância de se introduzir uma regra geral que conceda efeitos positivo ao silêncio do Poder Público nos processos Administrativos, o presente trabalho finaliza este capítulo com a apresentação de um caso real e muito interessante, que representa: como se dá o mutismo estatal; a solução dele atualmente pelo controle jurisdicional; e como ele seria facilmente resolvido se houvesse uma regra supletória estipulando efeitos à omissão administrativa. O caso foi noticiado no site CONJUR em março de 2014, o que mostra como a questão é recente⁴⁴.

Trata-se de mandado de segurança individual impetrado contra ato imputado ao diretor-presidente da agência nacional de vigilância sanitária (ANVISA), solicitando que o mesmo se manifeste quanto ao pedido de cadastro de uma empresa de equipamentos de saúde, já que a solicitação não obteve nenhuma resposta por parte da ANVISA, desde 19 de junho de 2013, descumprindo, pois, o prazo legal de três meses de análise do pleiteado.

Em primeira instância, o juízo indeferiu o pedido da liminar por entender que, embora tenha ocorrido descumprimento da lei pela Anvisa, a demora não era *absurdo considerando as precárias condições de trabalho no serviço público atualmente, com a constante escassez de servidores habilitados*.

⁴⁴ Conferir <http://www.conjur.com.br/2014-mar-06/anvisa-30-dias-analisar-pedido-cadastro-produto>

Foi só depois do advogado do interessado entrar com um agravo de instrumento, que o desembargador federal, Márcio Barbosa Maia, aceitou o recurso e entendeu que mesmo que haja dificuldades operacionais, as quais dificultam as análises dos pedidos nos prazos legais, o caso em questão já havia ultrapassado, “em muito”, o prazo legal de 90 dias, não podendo, a Administração postergar a análise de revalidação de produtos, sem justificativa, que estejam já com prazos excessivamente esgotados tanto em relação à lei quanto em relação ao princípio da duração razoável do processo.

O judiciário, então, determinou que a Anvisa tinha 30 dias, a contar da sua intimação, para analisar o pedido de cadastro em questão, sob pena de multa diária de R\$ 1 mil reais.

No caso narrado, diante da inatividade formal da autarquia e sem lei que estipulasse algum efeito ao silêncio em questão, o administrado se viu sem qualquer instrumento legítimo para barrar a inercia estatal no âmbito administrativo, precisando socorrer-se das vias judiciais, por meio do mandado de segurança, a fim de que o juiz estipulasse o prazo para a Administração se manifestar, sob pena de multa diária.

Apesar de sua demanda ter sido atendida, foi preciso muito gasto de tempo e de dinheiro, o que corrobora a afirmação de que soluções como estas, em última instância, acabam por não atender plenamente aos interesses dos administrados, sob a ótica da eficácia, segurança jurídica, razoabilidade e economicidade.

Se houvesse, no ordenamento jurídico pátrio, regra geral semelhante ao caso peruano e alemão determinando o efeito positivo para os casos de omissão específica, o problema acima teria sido resolvido de forma bem mais rápida e eficaz, se é que a Administração teria deixado de responder ao administrado, correndo o risco de ver seu direito ser concedido por ato fictício. Por isso que para este trabalho, a ideia de elaboração de uma regra nesses termos, com as devidas adaptações à realidade brasileira, com certeza implicaria em grandes benefícios para os cidadãos.

6 PROJETO DE LEI QUE ALTERA A LPA

Depois de discorrer exaustivamente sobre a origem, o conceito, e os efeitos do silêncio administrativo, mapear normas estrangeiras e nacionais sobre o assunto e ponderar as vantagens e desvantagens do efeito positivo como regra geral no ordenamento brasileiro, o presente trabalho, de forma modesta, supera seu propósito literário e adentra numa seara mais prática, sugerindo um modelo de projeto de lei que altere e acrescente dispositivos à Lei de Processo Administrativo n° 9.784/99 a fim de que a mesma discipline as hipóteses e as condições de se adotar como regra geral a autorização fictícia.

Sabe-se que a LPA é lei federal, de sorte que todo assunto legislativo referente à mesma envolve discussões e votações do Congresso Nacional, composto pelos Deputados Federais e Senadores. É de conhecimento também que a Constituição Federal, em respeito ao princípio da soberania popular, estabelece que a participação do povo no processo legislativo pode ser exercida por meio da apresentação à Câmara dos Deputados de um Projeto de Lei, desde que a proposta seja subscrita por 1% do eleitorado, distribuídos ao menos em cinco unidades da federação.

A priori, o presente trabalho não conta com o objetivo de reunir as condições necessárias para se apresentar formalmente, conforme as regras constitucionais e seus requisitos para a participação popular, um Projeto de Lei, mas tão somente oferecer um modelo, com base em um trabalho científico, caso nossos legisladores decidam enfrentar a questão em momento oportuno.

Seu escopo é dar exemplo fundamentado de um instrumento de salvaguarda de direitos perante a Administração Pública no exercício de suas funções. Desta feita, segue abaixo uma sugestão de projeto de lei, elaborado com base na Lei complementar n° 95, de 26 de fevereiro de 1998, a qual dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do artigo 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona.

Além da sugestão de projeto, inclui-se também as justificativas para tal propositura normativa, bem como comentários referentes aos dispositivos indicados.

6.1 DO PROJETO DE LEI

PROJETO DE LEI

Altera e acresce dispositivos à Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, passa a vigorar com as seguintes alterações:

CAPÍTULO XI DO DEVER DE DECIDIR

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.

CAPÍTULO XII DA MOTIVAÇÃO

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.

§ 1º 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.

§ 2º 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.

§ 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.

CAPÍTULO XII-A

DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO (NR)

Art. 50-A Ocorre que, se ultrapassado o prazo sem decisão por parte da Administração Pública, 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 obedeça a seguintes hipóteses:

- I- Processos de outorgas cuja transcendência final não repercuta diretamente em terceiros interessados, mediante a limitação, prejuízo ou afetação a seus interesses ou direitos legítimos;
- II- 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 nesta Lei;
- III- Recursos que questionem a negação de um pedido, solicitação, requerimento ou recurso ou ato administrativo anterior;

- IV- Que se trate de procedimento iniciado pelo particular, exceto alguns casos concretos que devem ser tratados pelas legislações específicas.

§1º O disposto no artigo não gera preclusão para Administração Pública, de sorte que não desobriga a entidade pública de realizar a fiscalização posterior dos documentos, declarações ou informações prestadas pelo administrado, bem como da execução de atividades que o ato fictício tenha autorizado.

§2º Caso comprovada a fraude ou falsidade na declaração, informação ou na documentação apresentada pelo administrado, a entidade pública considerará não satisfeita a exigência respectiva para todos os seus efeitos, comunicando o fato à autoridade hierarquicamente superior, se houver, para que a mesma declare nulo o ato administrativo sustentado na dita declaração, impondo a quem tenha a feito falsa uma multa em favor da administração pública, podendo incorrer, inclusive, em conduta prevista no Código Penal peruano na tipificação de delitos contra a fé pública

§3º A autorização fictícia terá 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.

§4º A formulação do pedido, solicitação, requerimento ou recurso ao órgão competente deverá ser feita de forma delimitada, compreensiva, congruente e concreta, além de dizer respeito a algo possível e real e não a algo inexistente ou contrário ao ordenamento jurídico.

Art.50-B Excepcionalmente, o silêncio administrativo negativo será aplicado 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 e aos que gerem obrigações de dar ou fazer ao Estado, notadamente, os relacionados ao direito supranacional ou comunitário.

Parágrafo único. Não será automática a denegação por silêncio administrativo e possuirá apenas efeitos processuais de permitir aos interessados o acesso à instância seguinte, seja para interpor recurso administrativo ou pretensão judicial que pretenda.

6.2 DA JUSTIFICATIVA

O artigo 5º, XXXIV, “a” da CF garante o direito de petição de todo cidadão, o que pode ensejar, no âmbito da Administração Pública, processos administrativos que satisfaçam seus direitos fundamentais. Nesta seara, fica o órgão ou entidade administrativa submetida ao dever de decidir em prazo razoável, escolhendo por conceder ou denegar o pedido formulado a depender do pleito submetido.

O problema é que nem sempre a Administração cumpre com este dever mais do que elementar e, muitas vezes, ainda quando o cumpre, realiza sem considerar um lapso temporal razoável, fazendo que o cidadão aguarde meses ou anos para receber uma resposta administrativa, dificultando o exercício de seus direitos e gerando efeitos inexoráveis.

É neste cenário caracterizado por omissões Estatais diárias que a busca por mecanismos garantidores da eficiência e da segurança jurídica aos administrados ganha relevância. E um dos instrumentos que aponta como alternativa é justamente a regulação do silêncio administrativo, determinando efeitos positivos ou negativos, como se deu em países da América Latina e Europa.

Este projeto de Lei traz como regra geral o efeito positivo do silêncio, inspirando-se, com as devidas ressalvas, na lei de silêncio administrativo promulgada no Peru em 2007. A escolha pela consequência concessória quando da inercia administrativa pautou-se no objetivo de se fomentar uma Administração mais ágil, eficaz e eficiente, de sorte a incentivar, inclusive, que o ente público resolva as solicitações e demandas do administrado expressamente e dentro do prazo legal.

Sabe-se, entretanto, que existem graves problemas e riscos de se valer deste instrumento, tendo em vista os princípios da motivação, da publicidade e do interesse público. De fato, outorgar efeitos sem fala expressa da Administração pode, muitas vezes, substituir interesses públicos pela vontade de particulares, sendo difícil até mesmo fiscalizar isso em razão de ausência de motivação e publicidade.

Isso, contudo, não deve servir de justificativa para impedir criação de instrumentos capazes de remediar, de certa maneira, descumprimentos de prazos a torto e a direito. Ressalvas como aquelas são importantes para delimitar o campo de incidência do direito, como aqueles estabelecidos no projeto.

Claro que este projeto tem completa consciência de que não será a solução de todos os problemas decorrentes da omissão Estatal. Que a solução real passa muito mais pela mudança

de gestão administrativa que por criações legislativas e instrumentos de controles, mas ainda assim sugerir alternativas mais simples pode contribuir para a solução paulatina do problema, como ocorre em tratamentos homeopáticos.

Por fim, vale observar que o ano de 2015 foi marcado por intensas discussões em torno da elaboração e aprovação do Novo Código de Processo Civil, o qual, por meio de algumas de suas previsões sobre precedentes uniformizantes, tenta, mais uma vez, assegurar a eficácia e a segurança jurídica.

Vê-se, pois, que esses dois pilares se encontram em destaque no cenário jurídico brasileiro atual e, por isso, deve-se aproveitar o momento em questão para trabalhar com outros instrumentos normativos, como o proposto acima.

6.3 COMENTÁRIOS AO PROJETO DE LEI

6.3.1 O caput do 50-A: o efeito positivo como regra geral e seus pressupostos.

Com relação ao *caput* do artigo 50-A do projeto de lei, tem-se que o mesmo estabelece as consequências para a inércia estatal quando decorrido prazo razoável ou estabelecido em lei. A regra geral prevista é a do efeito positivo e vai se operar nos casos expostos nos incisos do dispositivo em comento.

Ainda no *caput*, estipula-se a desnecessidade de expedição de documento emitido pela Administração para o reconhecimento dos efeitos do silêncio. Isso significa que o decurso do prazo e a ausência de resposta no caso estipulado em lei são suficientes para a constituição automática do efeito positivo, tornando-se qualquer certificação ou declaração jurada mero instrumento com o qual o cidadão poderá se valer para comprovar seu direito decorrente da constituição dos efeitos do silêncio administrativo. É simples meio de prova. Documento declaratório de direito e não de constituição.

Os prazos, por sua vez, são aqueles que a Administração Pública tem para resolver um procedimento administrativo e que estão previstos tanto na LPA como em outras leis. Geralmente, são eles de 30 (trinta) dias, prorrogáveis por mais trinta quando necessário. Ou, em não havendo estipulação certa, devem ser razoáveis.

6.3.2 Os incisos do artigo 50-A e as suas hipóteses

O artigo 50-A, nos seus incisos, define as condições necessárias para que se opere a consequência do silêncio. Isso porque, como foi visto, o efeito do silêncio positivo estipulado como regra geral, em razão de toda sua polêmica, não pode ser previsto para todas as situações de forma indiscriminada.

É preciso que haja delimitações que priorizem a eficácia e a segurança jurídica, mas que não desrespeitem por completo os demais preceitos constitucionais e administrativos.

Por isso mesmo que o inciso I é claro em determinar que os procedimentos devam ser bilaterais, no sentido de que os interesses e os efeitos que os seguirão se limitem, ao máximo, àqueles que adentraram com sua petição.

Todos sabem, é claro, que é praticamente impossível um procedimento gerar consequências somente para as partes. Quase sempre haverá um terceiro interessado. Mas existem aqueles procedimentos que os direitos de terceiros são mais evidentes, como por exemplo, os processos competitivos ou concorrenciais. Nestes, não há que se cogitar na aplicação do efeito positivo, salvo lei específica capaz de delimitar bem a situação.

Em razão disso que a regra geral tem como protagonistas os processos de outorga, em que há um pleito de direito ou situação individual, sem oposição de contraditório e que a concessão permita o exercício de direitos preexistentes ou desenvolvimento de atividades econômicas que não se enquadrem na exceção.

Perceba que não se restringe a processos cujo ato administrativo final seja discricionário ou vinculado. Com efeito, nos processos que basta analisar se os documentos estão de acordo com o que a lei exige, a aplicação do silêncio positivo é muito mais fácil, pois não envolve valoração, mas sim constatação mecânica, motivo pelo qual, poder-se-ia cogitar na possibilidade de se acrescentar, como hipóteses, pedidos, solicitações, requerimentos ou recursos que não exigissem valoração discricionária.

Trata-se, sem dúvida, de ponto controverso, passível de discussão, porém todas as regras e normativas sobre o assunto que existem na América Latina e no direito europeu não estipulam claramente esta necessidade. O que elas fazem é permitir a aplicação da regra geral positiva,

respeitando as exceções, e complementado a fiscalização posterior da autorização fictícia. Procedimento digno de ser adotada aqui também.

Com relação ao inciso III, o qual estabelece a aplicação do efeito positivo para o caso de ser ultrapassado o lapso temporal na hipótese de recursos que questionem a negação de um pleito, solicitação, requerimento ou ato administrativo anterior, verifica-se a possibilidade de dar ao efeito positivo não só consequências materiais, como também processuais. É verdade que no Brasil não existe contencioso administrativo, de sorte que a não resposta da administração não trava processualmente o direito de resposta do administrado, pois este, independentemente de ato administrativo, pode recorrer ao judiciário. Ocorre que a previsão deste inciso traz um efeito pedagógico de forçar a administração pública ser célere na resposta, inclusive, de recursos.

No que tange ao último inciso, segundo o qual o procedimento precisa ser iniciado pelo particular, não há que se comentar muita coisa. Trata-se, na verdade, de uma consequência lógica decorrente da necessidade do procedimento ser bilateral e de outorga.

6.3.3 Os parágrafos do artigo 50-A.

O parágrafo primeiro do dispositivo analisado discorre sobre a necessidade da fiscalização posterior, pela entidade pública, dos documentos e declarações postadas pelo administrado, bem como a execução de atividades que o ato fictício tenha autorizado.

A redação legal deste artigo não traz, de forma pormenorizada, como se dará esta fiscalização, cabendo aos decretos regulamentares a definição de quando e como será feita a fiscalização, porém estabelece consequências pontuais e precisas, quais sejam, a anulação do ato fictício, imposição de multa em favor da administração pública e, possibilidade, de responsabilização penal, que ao ver desta pesquisa são imprescindíveis para a introdução dessa regra geral no ordenamento brasileiro, haja vista os impactos que este instrumento pode causar no interesse geral, na economia, e na própria segurança jurídica.

Todas elas são perfeitamente cabíveis no direito positivo do Brasil. Isso porque, como o próprio parágrafo terceiro prevê, a autorização fictícia possui as mesmas características, efeitos e validades que um ato expresso, e como tal, também não se reveste de presunção

absoluta, o que significa dizer que está passível de controle pela própria administração no uso de seu poder de autotutela.

Esta possibilidade, no entanto, poderia ensejar a discussão de se causar mais ainda insegurança jurídica, porém já se discorreu que a própria Súmula 473 do STF que prevê a anulação e revogação pela administração de seus atos eivados de ilegalidades ou inconvenientes e inoportunos, respeita os direitos adquiridos e, em todos os casos, a apreciação judicial, o que faz que este argumento caia por terra.

Não é difícil perceber que assim como a Administração Pública não pode se favorecer de seu mutismo, o administrado também não poderá ter benefícios quando declarar ou informar algo falso ou não cumprir com as exigências legais impostas na execução de suas atividades.

A obrigação de fiscalização e o estabelecimento das consequências elencadas mostram que a espécie de silêncio positivo não seria, puramente, própria. E também não configuraria por completo a estrutura condicionada, dando um caráter *sui generis*, de boa medida para a situação.

No que tange ao parágrafo quarto, tem-se que o mesmo apenas estipula que o pedido formulado seja congruente, de modo a fazer referência a algo possível e real. Bizarro imaginar a possibilidade de se operar o efeito positivo em petição, cuja solicitação diga respeito a obtenção de licença para construir em Júpiter, por exemplo.

6.3.4 O caput do 50- B: o efeito negativo como exceção

Se toda regra tem sua exceção, aqui não seria diferente. Por isso, também se anotou a necessidade de que os dispositivos responsáveis pela regulação do instituto do silêncio na LPA dispusessem claramente das situações em que não se verificaria a concessão do pedido, mas sim sua denegação, a partir do efeito negativo. E da mesma forma peruana, o presente trabalho sugere o estabelecimento de casos que afetem significativamente o interesse público, questões de ordem pública, proteção aos interesses contrários, assim como questões que envolvem saúde pública, meio ambiente, recursos naturais, defesa nacional, imigração, segurança cidadã, sistema financeiro, tributário e de seguros, e, por fim, aos que gerem obrigações de dar ou fazer ao Estado, notadamente, os relacionados ao direito supranacional ou comunitário.

Muito se falou do porque seria inútil e prejudicial estabelecer como regra geral o efeito negativo, haja vista que sua principal justificativa se dá nos sistemas de contencioso administrativo como um instrumento para destravar o processo administrativo. E também porque seria uma forma de *bis in ibidem* denegar direito a algum administrado sem ao menos lhe dar a oportunidade de saber e o motivo e de se proteger disso.

Nem o efeito pedagógico de querer forçar a Administração Pública a responder rapidamente aos pleitos do administrado se tem do efeito negativo. Aliás, de forma contrária, o fato dele prever consequências denegatórias poderia estipular ainda mais inercia estatal. Ainda assim, em alguns casos específicos que envolvem seriamente os interesses públicos, tais como os elencados no dispositivo em comento, é de bom interessante deixar expresso o efeito negativo para que o instituto do silêncio administrativo, regulado como regra geral, não seja destorcido.

6.3.5 O Parágrafo único do artigo 50-B.

Sobre o parágrafo único, é importante destacar que, diferentemente, do efeito positivo que se dá de forma automática, bastando a ocorrência dos pressupostos, a consequência denegatória só se opera se o próprio administrado quiser, vez que o mesmo poderá optar por esperar a Administração Pública responder, ainda que fora do tempo previsto ou não razoável. E seus efeitos serão somente processuais.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com estas considerações, encerra-se este breve estudo que no primeiro capítulo elaborou um referencial teórico capaz de subsidiar informações gerais sobre: a origem francesa do silêncio administrativo; o seu conceito como inatividade formal, ou omissão específica, da Administração Pública; seus efeitos positivo e negativos e suas espécies; o mapeamento de como o instituto em questão e seus efeitos são tratados por países europeus e latino americanos, destacando-se as legislações alemã, que seguiu as orientações da diretiva europeia de serviço n° 2006/123, e a peruana.

No segundo apresentou um panorama de como o silêncio administrativo é abordado no direito positivo brasileiro, investigando-se assim algumas leis esparsas sobre o assunto, que surpreenderam nos tipos e espécies de efeitos que adotaram conforme os casos concretos que lhe eram apresentados e que poderia haver inercia por parte da Administração Pública. Mostraram-se também alguns mecanismos judiciais aos quais o administrado poderia recorrer em caso de não contar com a sorte de ter a legislação regulado a matéria em certo caso concreto.

Depois enfrentou uma das etapas mais tormentosa, em que se teve que ponderar os obstáculos e os pilares principiológicos de se introduzir uma regra geral sobre os efeitos do silêncio administrativo e, posteriormente, posicionar-se sobre a vantagens de se cogitar o efeito positivo como regra e o negativo como exceção, seguindo a nova tendência legislativa dos países estrangeiros. Tratou-se de elaboração difícil, pois foi neste momento em que foi preciso discorrer sobre as polêmicas e as implicações da hipótese aventada desde o início deste trabalho.

Acredita-se que com todo o arcabouço doutrinário e, principalmente, normativo, este trabalho atingiu seus objetivos, mostrando-se servir como um grande auxiliador em eventual elaboração de projetos de lei neste sentido ou de estudos mais aprofundados sobre a matéria em questão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABERASTURY, Pedro; BLANKE, Hermann-Josef. **Tendencias actuales del procedimiento administrativo em latino américa y europa:** presentación de la traducción de la Ley alemana de procedimiento administrativo. 1 ed. Buenos Aires: Eudeba; Konrad Adenauer Stiftung, 2012.

ALONSO MAS, María José; NARBÓN LAINEZ, Edilberto. **El silencio administrativo y su problemática procesal.** Valencia: Tirant, 2009.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo.** 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo.** 22º ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BIELSA, Rafael. **Principios de Derecho Administrativo.** 3ºed. Buenos Aires: Universidade Nacional Del Litoral- Santa Fe, 1942.

BRANDÃO, Cláudio. O controle das omissões e do silêncio da Administração. In: OSÓRIO, Fábio Medina Osório. **Direito Administrativo:** estudo em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CASSETTA, Elio. **Compendio di Direito Administrativo.** 6º ed. Milano: Giuffrè Editore, 2006, p.319: apud: PACHECO, Clarissa, 2008,p. 75.

CHAPUS, René. **Droit administratif general. Tome 1.** 15ª ed. Paris: Montchrestien, 2001.

CUESTA, Rafael Entrena. **Curso de Derecho Administrativo.** 5 ed. Madri: Editorial Tecno, 1976.

DEFENSOR DEL PUEBLO DE NAVARRA. **Informe Especial: El régimen jurídico de plazos preclusivos para la impugnación del silencio administrativo.** Navarra: Institución del Defensor del Pueblo de la Comunidad de Navarra. Julio, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo.** 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

Exposição de motivos do Projeto de Lei nº 580/2006-PE, Lei do silêncio administrativo, apresentado pelo Presidente da Republica com o voto aprovatório do Conselho de Ministros em 31 de outubro de 2006. p.10. Disponível em <<http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2006.nsf>>. Acesso em 7 de nov de 2013.

FARIA, Adriana Ancona de. **Silêncio Administrativo,** Dissertação de mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo- PUC-SP, São Paulo, 2002.

FRAGA, Davi Madalon. Os efeitos jurídicos do Silêncio Administrativo e as Formas de se Combatê-lo. **Revista Oficial do Programa de Mestrado em Constituição e Sociedade da Escola de Direito do IDP**. Seção Especial- Teorias e Estudos Científicos. Ano X- nº52- Julho-Ago 2013, p. 187-213.

FRANCO, Italo. **Manuale Del Nuovo Diritto Amministrativo**. 1º ed. Vicenza: IPSOA, 2007, p.104 (tradução livre) apud: PACHECO, Clarissa, 2008.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **El silencio administrativo y recurso contencioso**. Revista de Administración Pública, Madri,a. XV, n.47, may./ago.1965.

GLASER, Schimitt. *Verwaltungsprozessrecht*. 13 ed. München: Boorberg, 1994. p. 178 e ss; GONZALES- VARAS IBÁÑEZ, Santiago José. **La jurisdicción contencioso-administrativa em Alemania**. Madri: Cívitas, 1993. P. 233-241.

GOBIERNO DE CHILE, MINISTERIO SECRETARIA GENERAL DE LA PRESIDENCIA. **Manual sobre procedimiento administrativo**: proyecto de reforma y modernização del estado, p. 6. Disponível em < <http://www.inach.cl/wp-content/uploads/2010/08/Manual-Procedimientos-Administrativos-Ley-19.880.pdf>> Acesso em 7 de janeiro de 2014.

GOMÉZ PUENTE, Manuel. **La inactividad de la Administración**. Pamplona: Pranzadi,1997.

GONZÁLEZ- CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. **Derecho procesal administrativo**: Tirant lo Blanch, 1992.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. 9. Ed. Buenos Aires: F.D.A, 2007. T. 3º El Acto Administrativo.

GRECCO, Carlos Manuel; MUÑOZ, Guillermo Andrés. Sobre el Silencio de la Administración. In: **Fragments y testimonios del Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Ad-Hoc,1999.

LIMA, Juan Fernando E. **El silencio administrativo: problemas actuales**. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, nº 7, julho/agosto/setembro de 2006.

LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. **O silêncio administrativo: a inatividade formal do Estado como uma refinada forma de ilegalidade**. Boletim de Direito Administrativo, Abril, 2011.

MARRARA, Thiago. A “**autorização fictícia**” no direito administrativo. Revista de Direito Administrativo, vol.251, 2009.

_____; NOHARA, Irene Patrícia. **Processo Administrativo: Lei 9.784/99 comentada**. São Paulo: Atlas, 2009.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 11 ed rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

- PACHECO, Clarissa Dertonio de Sousa. **O controle jurisdicional do silêncio administrativo**. Universidade de São Paulo, 2008. 160 p. Dissertação de Mestrado- Direito Administrativo. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- PACORI CARI, José Maria. **El silencio administrativo em el Perú**. Arequipa: Perla Negra, 2008.
- PAREDas CASTAÑEDA, Enzo Paolo. **Aplicación del Silencio Administrativo: Retos e tareas pendientes**. . Informe Defensorial n°145. Lima: Defensoríadel Pueblo, 2009.
- PARISO, Vera. **I silenzio dela pubblica amministrazione**. Milano: Giuffrè, 1996.
- PETIAN, Angélica. **Regime jurídico dos processos administrativos ampliativos e restritivos de direito**. São Paulo: Malheiros, 2011.
- RODRÍGUEZ, Mariela Roxana. **El silencio administrativo: los plazos y la afectación de derechos**. Revista In IURE, Argentina, ano 3, vol 1,2013 pp.106-115.
- SADDY, André. **O silêncio administrativo no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- SILVA, Lígia Covre da. Da modernização estatal ao silêncio administrativo e seus efeitos no direito latino americano: uma investigação normativa. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v.1, n.2, p. 471-489,2014.
- 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.
- SOBRINHO, José Wilson Ferreira. **Silêncio Administrativo e Licença de Construção**. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 05 de set. de 2000. Disponível em <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CC4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fuj.novaprolink.com.br%2Fdoutrina%2F324%2Fsilencio_administrativo_e_licenca_de_construcao&ei=QmzVUqW3CPPQsATunoGgAw&usg=AFQjCNFUh20X8wI73hHJ-0xPS9e3q7C2Ag&sig2=0iYmWAGecL-UNvjsIKZVWA&bvm=bv.59378465,d.b2I> Acesso em: 20 de nov. de 2013.
- SOUZA, Ana Carolina de Araújo. **Silêncio administrativo: uma análise de seus efeitos**. *Jus Navigandi*, Teresina, a.12, n. 1553,p.18,2 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10482>>. Acesso em 14 de junho. 2014.
- TOMELIN, Georghio Alessandro. Silêncio- inadimplemento no processo administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.266, p. 281-292, out./dez.2001.