Número 20 – outubro/novembro/dezembro de 2009 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X -

EFEITOS JURÍDICOS DO SILÊNCIO POSITIVO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

Prof. André Saddy

Doutorando em "Problemas actuales de Derecho Administrativo" pela Facultad de Derecho da Universidad Complutense de Madrid com apoio da Becas Complutense Predoctorales en España. Mestrando em Administração Pública pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa com apoio do Programa Alßan, Programa de bolsas de alto nível da União Europeia para América Latina. Pós-graduado em Regulação Pública e Concorrência pelo Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Personal Docente e Investigador no Departamento de Direito Administrativo da Facultad de Derecho da Universidad Complutense de Madrid. Membro da Metholus Consultoría Jurídica Internacional.

INTRODUÇÃO

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

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

Ocorre que, não poucas vezes, a Administração Pública se omite, exteriorizando um comportamento que também é capaz de produzir consequências jurídicas. Ambas (ação e omissão) representam o aspecto físico, objeto da conduta administrativa, sendo a vontade o seu aspecto

psicológico ou subjetivo. A ação é a forma habitual de exteriorização da conduta; trata-se de um movimento comissivo, ou seja, comportamento positivo, diferente da omissão, a qual se caracteriza pela inatividade, pela abstenção em relação a algo ou alguém.

O trabalho que aqui se pretende desenvolver abordará um dos aspectos da falta de comunicação, ideias, significados e pensamentos existentes entre a Adminsitração Pública e seus administrados: o silêncio administrativo[1] e, em específico, seus efeitos positivos.

1. DEVER DE APRECIAÇÃO E MOTIVAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração deve por meio da palavra transpor ao texto escrito sua posição, decisão ou desejo de forma semântica e sintática. Portanto, diante da postulação de qualquer administrado, seja pessoa jurídica ou física, tem a Administração o dever de apreciar e expressamente decidir de forma clara e compreensível. Não se trata de decidir por decidir, tem ela a obrigação de decidir, conceder, responder o pleiteado, o solicitado e o requisitado. É assim, não apenas por conta da nova configuração contemporânea do Estado, mas também pelo já consagrado na Constituição brasileira.

Os princípios da legalidade, da publicidade e da moralidade administrativa, consagrados no art. 37, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) e o princípio da motivação dos atos administrativos, implícito nas garantias constitucionais do direito ao recebimento de informações dos órgãos públicos (art. 5º, XXXIII, CRFB), direito de petição (art. 5º, XXXIV, *a* e *b*, CRFB), amplo acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV, CRFB), direito ao contraditório e ampla defesa nos processos administrativos e judiciais (art. 5º, LV, CRFB) e o direito a uma razoável duração dos processos administrativos e judiciais (art. 5º, LXXVII, CRFB), garantem atualmente o direito de resposta da Administração[2].

---

[1] Referir-se-á a denominação silêncio administrativo e silêncio da Administração como sinônimos.

[2] Não se pode deixar de transcrever os artigos 48 e 49 da Lei Federal n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o dever da Administração de decidir expressamente no processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, bem como sobre solicitações ou reclamações formuladas: *"Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência".* E "*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".* A Lei Federal n.º 9.784/99 impõe, também, a obrigação da Administração de motivar suas decisões, em determinadas hipóteses, indicando os fatos e os fundamentos jurídicos: *"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*

Resultaria sem efeitos práticos a existência do direito de petição consubstanciado na faculdade de se dirigir aos Poderes Públicos por meio de petição, para defender-se de direitos ou demonstrar ilegalidades ou abuso de poder[3], se não existisse o direito ao recebimento de informações dos órgãos públicos, ou melhor, o direito de resposta da Administração num tempo razoável, caso contrário, estar-se-ia ferindo o direito ao contraditório e ampla defesa[4].

Tal resposta, tendo em vista o princípio da legalidade, da publicidade (em sua vertente da transparência) e da motivação exige que a Administração expresse, por escrito, num prazo razoável, de maneira eloquente o *"porquê"* de seus atos. Faz-se necessária, portanto, as razões de todos seus comportamentos, não bastando que exista um motivo para a atuação administrativa, sendo necessária sua enunciação, ou seja, sua motivação[5], caso contrário, estará implicando um cerceamento de defesa do administrado, ferindo direitos que lhe são fundamentais, além de tornar impossível o controle

---

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".

[3] Em trecho de voto proferido pelo Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS no Superior Tribunal de Justiça afirma: "*O direito de petição, inserido entre as garantias fundamentais do art. 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 da solenes inutilidades. Enquanto não responde ao requerimento, a Administração está em mora. O silêncio traduz inadimplência, não resposta implícita".* (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: REsp - RECURSO ESPECIAL, Processo: REsp 16284 / PR, UF: PR – PARANÁ, Fonte: DJ 23.03.1992 p. 3447, RSTJ vol. 32 p. 416, Relator(a): HUMBERTO GOMES DE BARROS).

[4] JOSÉ AFONSO DA SILVA (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 446): *"É importante frisar que o direito de petição não pode ser destituído de eficácia. Não pode a autoridade a quem é dirigido escusar pronunciar-se sobre a petição, quer para acolhê-la quer para desacolhê-la com a devida motivação. Algumas constituições contemplam explicitamente o dever de responder (Colômbia, Venezuela, Equador). Bem o disse Bascuñan: 'O direito de petição não pode separar-se da obrigação da autoridade de dar resposta e pronunciar-se sobre o que lhe foi apresentado, já que, separado de tal obrigação, carece de verdadeira utilidade e eficácia. A obrigação de responder é ainda mais precisa e grave se alguma autoridade a formula, em razão de que, por sua investidura mesmo, merece tal resposta, e a falta dela constitui um exemplo deplorável para a responsabilidade dos Poderes Públicos'."*

[5] É, aqui, oportuno registrar a distinção apontada por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 364, 365.) entre motivo e motivação. Para o autor, o motivo do ato compreende *"a própria situação material, empírica, que efetivamente serviu de suporte real e objetivo para a prática do ato"*, ao passo que a motivação, sendo uma espécie de exposição dos motivos, *"integra a 'formalização' do ato, sendo um requisito formalístico dele".*

da Administração[6]. Além do mais, a inafastabilidade da prestação jurisdicional confirma a impossibilidade de se admitir o silêncio como um comportamento administrativo sustentável, uma vez que possuiria essa uma ausência de motivação a qual acarretaria um óbice à apreciação judicial.

Duas são, portanto, as hipóteses relevantes da ausência de palavras transpostas na forma de texto escrito, ou seja, duas são as hipóteses relevantes de silêncio da Administração Pública: o silêncio decorrente da inércia administrativa na defesa de direitos, obrigações e deveres[7] e o silêncio decorrente da ausência de decisão, concessão, respostas em razão de pedido, solicitação ou reclamação. É o segundo enfoque que ora interessa: quando a provocação do administrado não resulta qualquer pronunciamento ou quando resulta, mas este é irreal[8]. Tal modalidade é conhecida como *"silêncio administrativo"*.

---

[6] O Judiciário brasileiro já teve a oportunidade de afirmar que o direito de petição é aquele que pertence a uma pessoa de invocar a atenção do Poder Público sobre uma questão ou situação. Sustentou o Tribunal Regional Federal da Terceira Região que *"a omissão da Administração em apreciar a postulação administrativa em prazo razoável, configura o silêncio administrativo e enseja a impetração de mandado de segurança para determinar à autoridade pública a apreciação do pedido, mas também para que o Poder Judiciário conceda o direito pleiteado".* (BRASIL: Tribunal Regional Federal – Terceira Região. Classe: AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 200482, Processo: 200003990250967 UF: SP Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA, Data da decisão: 09/06/2004 Documento: TRF300095620, Fonte: DJU DATA:31/08/2005 PÁGINA: 157, Relator(a): NERY JUNIOR)

[7] Muitos são os exemplos de inércia no direito brasileiro, entre alguns: a sanção de lei do chefe do Executivo (art. 66, § 3º, da CRFB e art. 30 da Lei Federal nº 6.448, de 11 de outubro de 1977); a manifestação do Congresso a respeito de medida provisória; o estágio probatório (art. 41, § 4º, da CRFB); o parecer da comissão técnica em projeto de lei (art. 20 do Regimento Comum do Congresso Nacional - Resolução nº 1, de 1970-CN); o convênio para a concessão de fomento tributário (art. 4.º da Lei Complementar Federal n.º 24, de 07 de janeiro de 1975); entre outros.

[8] TEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI (CAVALCANTI, Temístocles Brandão. A teoria do silêncio no direito administrativo. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 77, a. 36, n. 427, p. 579-581, jan-mar, 1939, p. 579-580) alerta para a distinção entre inércia da Administração, na defesa dos direitos seus ou da coletividade, com o silêncio na decisão, provocada por terceiros. O primeiro caso pode importar na decadência do direito. No segundo, afirma que não implica o silêncio, necessariamente, no reconhecimento tácito de um direito. Dessa forma, criando-se uma hipótese para o primeiro caso, a falta do exercício de poder de polícia, de medidas coercitivas, de restrições ao exercício de direitos, quanto à maneira e à forma de praticá-lo, implicará, tacitamente, no consentimento. Mas a falta de despacho em um pedido, requerimento ou solicitação, não pode ser considerada assentimento tácito, reconhecimento implícito da legitimidade da pretensão de terceiros perante o Estado ou a Administração.
Referia-se o autor a diferença entre ato implícito do ato tácito, apesar de alguns os tratarem como sinônimos. O ato implícito é aquele que resulta dos efeitos indiretos de outro ato administrativo expresso que nos leva a conclusão da denegação ou afirmação. Já o ato tácito corresponde ao silêncio administrativo, que nada mais é que o comportamento que nem diz que sim nem que não para pedido, requerimento ou solicitação formulada à Administração.
OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO (MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Princípios gerais de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 504) afirma que o silêncio pode decorrer da inação (a qual para o autor gera manifestação de vontade, logo ato administrativo), mas jamais da inércia (essa apenas gera a decadência do direito).

2. SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

A teoria do silêncio administrativo ou silêncio da Administração Pública no Brasil é um assunto carente de atenção, mas que na prática possui um relevo extraordinário. Basicamente o que se observa na doutrina brasileira é o atrelamento a discussão em torno do direito de indenização ao prejudicado à luz da teoria do abuso de poder[9] e a natureza jurídica do silêncio administrativo[10]. Alguns admitem ser o silêncio uma *"substituição"* da manifestação da vontade estatal, o que em certas hipóteses acarretaria a equivalência à declaração do Estado, tendo-se desse modo a natureza de ato administrativo. Outros a admitem como um mero fato administrativo, não como uma declaração, nem mesmo uma pronúncia, mas algo que simplesmente ocorre[11].

Entende-se que quem silencia, nada diz, nada enuncia, nada manifesta, não declara. Daí porque não se tem um ato administrativo e sim um fato. Fato este que deve ser repudiado, não só por não se conseguir cumprir com os deveres constitucionalmente consagrados[12] mas, também, pela nova concepção de Estado Pós-moderno. Desse modo, o silêncio administrativo

---

[9] Nesse sentido: TÁCITO, Caio. O abuso de poder administrativo no Brasil: conceito e remédios. Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Brasília, v.17, n.72, p. 35-64, dez., 1959; e FAGUNDES, Seabra. Responsabilidade no Estado: indenização por retardada decisão administrativa. Revista de Direito Público. São Paulo, v. 14, n. 57/58, p. 7-17, jan./jun., 1981.

[10] Quanto à natureza jurídica do silêncio, muitos são os trabalhos. Vale aqui transcrever o resumo que ARTUR CORTEZ BONIFÁCIO (BONIFÁCIO, Artur Cortez. Direito de Petição: garantia constitucional. São Paulo: Método, 2004, p. 149, nota 47) realizou: *"Consideram o silêncio um fato administrativo: Celso Antônio Bandeira de Mello (ob. cit.), Temístocles Brandão Cavalcanti (In: Revista Forense 03/1939, APUD Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, vol. XXXIV, fasc. II, p. 122-130), Renato Alessi [...], André Gonçalves Pereira (Erro e Ilegalidade no Ato Administrativo, São Paulo, Ática, 1962), Eduardo Garcia de Enterría (Curso de Direito Administrativo, São Paulo, RT, 1991) e Agustín Gordillo (ob. Cit.), entre outros. Consideram-no ato administrativo Alberto Xavier (apud Antônio Carlos Cintra, Extinção do Ato Administrativo), Sérgio Ferraz (In: Curso de Direito Administrativo, Instrumentos de Defesa dos Administrados, São Paulo, Saraiva, 1986), José Wilson Ferreira Sobrinho (In Silêncio Administrativo e Licença de Construção, RT, Revista de Direito Público, nº 99). Atribuem-no o caráter de ato administrativo condicionando à expressa previsão legal ou à fixação de prazo para sua emanação, 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, marcando-se o prazo para preclusão. Hely Lopes Meirelles (Direito de Construir, 1987) sustenta ser o silêncio uma conduta omissiva da Administração".*

[11] Para o Tribunal Regional Federal da Primeira Região o silêncio da administração não constitui ato administrativo. (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL – 8901211556, Processo: 8901211556 UF: DF Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA, Data da decisão: 10/10/1989 Documento: TRF100000664, Fonte: DJ DATA: 27/11/1989 PAGINA: *****, Relator(a): ORLANDA FERREIRA)

[12] O silêncio administrativo consiste na violação ao dever de decidir que se impõe à Administração Pública como princípio. Não se confunde com o silêncio procedimental no qual a Administração Pública ignora etapas e normas relativas ao procedimento administrativo indispensável para prática de determinados atos.

deve ser extirpado, pois considera-se abuso de poder[13], repudiando assim sua prática pela Administração, levando inclusive, em casos de prejuízo do administrado, a eventuais responsabilidades do Estado.

Vale ressaltar, no entanto, que o silêncio administrativo não é inconstitucional. Trata-se, sim, de prática abusiva[14]. Mal, portanto, que deve ser

[13] Não são poucos os casos em que o Judiciário afirma que o silêncio administrativo se configura como um abuso. O Tribunal Regional Federal da Segunda Região em caso relativo à demora no julgamento dos pedidos administrativos relacionados a licença de importação afirmou que o silêncio administrativo caracteriza omissão injustificada e ilegal do administrador. (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Segunda Região. Classe: AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 27356, Processo: 199902010408750 UF: RJ Órgão Julgador: QUARTA TURMA, Data da decisão: 27/06/2000 Documento: TRF200072168, Fonte: DJU DATA:17/10/2000, Relator(a): ROGERIO CARVALHO). O mesmo Tribunal, agora da Primeira Região, entendeu que quando não houver prazo legal, regulamentar ou regimental para a decisão administrativa, deve-se aguardar por um tempo razoável a manifestação da autoridade ou do orgão competente, ultrapassado o qual o silêncio da Administração converte-se em abuso de poder, corrigível pela via judicial adequada. (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. Classe: REO - REMESSA EX-OFFICIO – 199701000433911, Processo: 199701000433911 UF: MA Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 8/6/2000 Documento: TRF100095610, Fonte: DJ DATA: 29/6/2000 PAGINA: 31, Relator(a): JUIZ ALOISIO PALMEIRA LIMA). Em caso sobre pedido de revisão de débitos inscritos em dívida ativa, novamente, o Tribunal Regional Federal da Segunda Região manifestou que além de ser uma garantia a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, todos são detentores de uma Administração eficiente, traduzindo-se na qualidade dos serviços públicos prestados. Daí, porque, sustentou que a falta de servidores e o excesso de trabalho alegados não podem inviabilizar o direito do administrado de obter resposta ao seu pedido entendendo que as conclusões dos procedimentos administrativos não podem ser postergada indefinidamente. O silêncio da Administração, nesse caso, caracterizou para o Tribunal um abuso a ser corrigido mediante a concessão de ordem para determinar à autoridade impetrada a conclusão dos processos em prazo razoável. (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Segunda Região. Classe: REOMS - REMESSA EX OFFICIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 69556, Processo: 200651010238906 UF: RJ Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA ESP., Data da decisão: 18/09/2007 Documento: TRF200171119, Fonte: DJU DATA:27/09/2007 PÁGINA: 170/171, Relator(a): PAULO BARATA). O mesmo entendimento é observado em outras decisões, agora do Tribunal Regional Federal da Terceira Região que entende que a "*omissão ou o silêncio da Administração, quando desarrazoados, configuram não só desrespeito ao princípio constitucional da eficiência, mas também rematado abuso de poder".* (BRASIL: Tribunal Regional Federal – Terceira Região. Classe: REOMS - REMESSA EX OFFICIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 301926, Processo: 200561090061067 UF: SP Órgão Julgador: OITAVA TURMA, Data da decisão: 07/04/2008 Documento: TRF300155226, Fonte: D.E. DATA:06/05/2008, Relator(a): FONSECA GONÇALVES; BRASIL: Tribunal Regional Federal – Terceira Região. Classe: AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 268401, Processo: 200361090047220 UF: SP Órgão Julgador: OITAVA TURMA, Data da decisão: 19/11/2007 Documento: TRF300139443, Fonte: DJU DATA:23/01/2008 PÁGINA: 463, Relator(a): VERA JUCOVSKY; BRASIL: Tribunal Regional Federal – Terceira Região. Classe: REOMS - REMESSA EX OFFICIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 280997, Processo: 200561040053658 UF: SP Órgão Julgador: OITAVA TURMA, Data da decisão: 23/07/2007 Documento: TRF300131020, Fonte: DJU DATA:26/09/2007 PÁGINA: 716, Relator(a): NEWTON DE LUCCA)

[14] O STF afastou a alegação de que o § 3º, do art. 26 da Lei Federal n.º 9.478, de 06 de agosto de 1997, seria inconstitucional. Afirmou, apenas, tratar-se de conduta negativa da Administração, eis que a lei dá regulação neste ponto, ao chamado *"silêncio da Administração",* sendo, portanto, matéria infraconstitucional. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: ADI - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Processo: 3273 UF: DF - DISTRITO FEDERAL, Fonte: DJ 02-03-2007 PP-00025 EMENT VOL-02266-01 PP-00102, Relator(a):

reprimido, afinal não pode o administrador escorar-se atrás de suas prerrogativas para ferir direitos do administrado.

É inadmissível a arbitrariedade do administrador público. A discricionariedade (ou não) da Administração não pode assegurar ao Poder Público a prerrogativa de não se manifestar, ficando inerte ou silenciado sobre qualquer petição, solicitação ou requerimento.

Por estar estabelecido o dever de decidir, não se pode invocar a discricionariedade para não decidir, deixando de manifestar-se, seja para realizar direitos, obrigações e deveres ou para apreciar petição, solicitação ou reclamação. Essa inobservância caracterizará má administração, conceito vinculado às ações e omissões do Estado, no desempenho da função administrativa, que não atendam aos princípios constitucionais e legais aplicados para a Administração Pública.

No entanto, o Direito brasileiro não possui, ao menos a nível federal, uma regra geral, nem sobre como deve o administrado proceder nem sobre seus efeitos (positivos ou negativos). Pode-se atribuir tal deficiência à falta de contencioso administrativo que pressupõe uma maior rigidez das fórmulas processuais, bem como respeito aos prazos e outras exigências, afinal, muito se aproximam dos moldes do judiciário. O ordenamento jurídico brasileiro quase sempre tenta remediar o silêncio administrativo com a responsabilização do Estado, mas não corrige o mal. Guarda o cidadão a expectativa de que a Administração cumpra com seu dever. A responsabilidade não é o desejável, apesar de ser elementar caso ocorra o descumprimento e a Administração se silencie.

O que existe no Brasil são casos esporádicos em determinadas leis que preveem a atribuição de efeitos configurados, ora como silêncio positivo, ora como silêncio negativo[15]. O intuito é amparar o administrado que se encontre

---

CARLOS BRITTO e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: ADI - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Processo: 3366 UF: DF - DISTRITO FEDERAL, Fonte: DJ 02-03-2007 PP-00026 EMENT VOL-02266-02 PP-00281, Relator(a): CARLOS BRITTO).

[15] Apesar da imprecisão vocabular, que o mais correto seria empregar a expressão *"efeitos positivos do silêncio"* e *"efeitos negativos do silêncio"*, utilizar-se-á os vocábulos reduzidos, quais sejam: silêncio positivo e silêncio negativo.

Tratar-se-á, apenas, dos casos de silêncio positivo, porém, não se pode deixar de expor entendimento sobre o silêncio negativo. Este, assim como o positivo, pode ser próprio, provido de atribuição legal que expressamente denega o peticionado, solicitado ou requerido se decorrido prazo para a autoridade pronunciar-se; condicionado, quando o administrado se vê condicionado à realização de determinada tarefa e o implícito, quando existe atribuição legal que não expressamente denegue o peticionado, solicitado ou requerido, mas que presta-lhe, indiretamente, um efeito negativo a petição, solicitação ou reclamação.

O silêncio negativo possui uma forte carga processual, uma vez que será tal efeito imprescindível para que o administrado possa se valer do recurso administrativo. Apesar de importante para minimizar a insegurança jurídica, a atribuição de tal silêncio pode originar abusos por parte da Administração que, diante da situação em que se imponha a denegação do pedido, solicitação ou reclamação, pode se sentir tentada a silenciar-se, forçando a produção dos efeitos, subtraindo assim do administrado o direito de resposta devidamente

prejudicado pelo silêncio. Por ser o silêncio da Administração a situação de ausência de linguagem escrita afigurada em decisões, concessões e respostas frente a petição, solicitação ou reclamação dirigida a mesma, descumprindo-se, como visto, os princípios e deveres constitucionais tutelados, e sendo sabedor de que ao atribuir efeitos ao silêncio não está a lei legitimando o descumprimento dos princípios e deveres antes analisados, vale deixar claro,

---

motivada. Por mais que a legalidade possa estar a seu lado, estar-se-á, por certo, ferindo a legitimidade e a licitude, pois a decisão expressa é sempre o desejável.

A nível federal o Brasil não possui uma regra genérica sobre silêncio negativo, mas algumas leis estaduais sobre o processo administrativo no âmbito da suas Administrações o regulam, como ocorre nos Estados de São Paulo e do Rio Grande do Norte (art. 33, da Lei Estadual n.º 10.177, de 30 de dezembro de 1998, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual de São Paulo e art. 66 e 67, da Lei Complementar do Estado do Rio Grande do Norte n.º 303, de 09 de setembro de 2005, que dispõe sobre normas gerais pertinentes ao processo administrativo no âmbito de sua Administração Pública Estadual).

Exemplo do silêncio negativo próprio a nível federal é o parcelamento de solo urbano. Este poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento. Loteamento é a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes e, o desmembramento é a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes. O art. 16, da Lei Federal n.º 6.766, de 19 de dezembro de 1979, remete à lei municipal a definição dos prazos para que um projeto de parcelamento apresentado seja aprovado ou rejeitado e para que as obras executadas sejam aceitas ou recusadas. Caso o Município não estabeleça tal prazo este será de 90 dias para a aprovação ou rejeição e de 60 dias para a aceitação ou recusa fundamentada das obras de urbanização. Determina o § 1.°, do mesmo artigo, que o projeto será considerado rejeitado ou as obras recusadas se transcorrido o prazo sem a manifestação do Poder Público, mas assegura indenização por eventuais danos derivados da omissão.

Quanto ao silêncio negativo condicionado, não se conhece nenhum exemplo a nível federal, mas quanto ao silêncio negativo implícito, tem-se: o exaurimento da instância administrativa para impetração de Mandado de Segurança (art. 5.º, da Lei Federal n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951) - exercitando a esfera administrativa e não obtendo qualquer resposta, silenciando a mesma quando ao recorrido, estará o particular prejudicado por uma falta de efeito negativo, tendo que socorrer-se ao Judiciário, tão somente para obter a pronúncia administrativa e, a partir do resultado obtido, encetar-se nova lide judicial; e a falta de manifestação de órgão ou entidade depositária do registro ou banco de dados (art. 8.º, parágrafo único, da Lei Federal n.º 9.507, de 12 de novembro de 1997) - qualquer cidadão pode requerer ao órgão ou entidade depositária do registro ou banco de dados informação sobre a sua pessoa que deverá ser deferido ou indeferido no prazo de quarenta e oito horas, sendo feita a comunicação da decisão ao requerente em vinte e quatro horas. A falta de manifestação sobre os requerimentos formulados pelo interessado caracteriza recusa tácita, pois legítima o mesmo a ingressar com o *habeas data*, concedendo-lhe interesse de agir.

Ainda com relação ao silêncio negativo, apesar de alguns preferirem chamar de silêncio-inadimplemento (TOMELIN, Georghio Alessandro. Silêncio-inadimplemento no processo administrativo brasileiro. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 226, p. 281-292, out./dez., 2001), por possuírem apenas efeitos formais, que possibilitam a parte interessada ingressar em juízo ou a recorrer à instância administrativa superior, não se pode deixar de referir-se a solução encontrada pela Constituição do Estado do Rio Grande do Norte, que em seu art. 7º estipula que a pessoa que não receber, no prazo de 10 dias, informações requeridas a órgãos públicos estaduais, pode, não sendo hipótese de *habeas data,* exigí-las judicialmente. Nesse caso o juiz competente, ouvido quem as deva prestar, no prazo de 24 horas, deve decidir em 5 dias, intimando o responsável pela recusa ou omissão a fornecer as informações requeridas, sob pena de desobediência. Exclui-se, dessa disposição, as hipóteses de sigilo imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado.

desde o princípio, que a previsão de efeitos para o silêncio é medida que presta a evitar, ou ao menos, minimizar, as consequências a que fica vulnerável o administrado[16].

[16] Existem casos que não existe qualquer efeito na previsão legal, momento no qual estará totalmente desprotegido o administrado. Nesses casos emerge a necessidade da doutrina e da jurisprudência fixarem as consequências, dentro do ordenamento jurídico, passíveis de se pleitear.
Nessas hipóteses, restará ao particular a faculdade de postular um recurso administrativo ou socorrer-se ao Judiciário depois que decorrer o prazo legal sem a devida manifestação da Administração, ou no caso de inexistência de prazo, depois de decorrido um tempo razoável.
Sustenta CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo, 24. ed. Malheiros. 1999. p. 98-99), que o administrado poderá formular em juízo dois tipos de pedido: a) o suprimento da manifestação administrativa e deferimento do pedido naqueles atos que forem vinculados; b) determinação de prazo para a Administração manifestar-se, sob pena de multa diária em caso de descumprimento, para aqueles atos que tiverem conteúdo discricionário, uma vez que o administrado tem direito a uma decisão motivada.
Entende-se que poderá, quando diante de hipótese de discricionariedade, solicitar ao Judiciário além de manifestação sob pena de multa diária em caso de descumprimento, também, alternativamente, sob pena de reconhecimento do indeferimento da pretensão, para assim permitir ao administrado que se socorra às vias recursais da Administração, ou de novamente ingressar no judiciário, pleiteando seus direitos.
JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 95): *"Caso não tenha êxito na via administrativa para obter manifestação comissiva da Administração, não restará para o interessado outra alternativa senão recorrer a via judicial. Diferentemente do que sucede na hipótese em que a lei indica que a omissão significa denegação - hipótese em que se pretende desconstituir relação jurídica -, o interessado deduzirá pedido de natureza mandamental (ou para alguns, condenatória para cumprimento de obrigação de fazer), o qual, se for acolhido na sentença, implicará a expedição de ordem judicial à autoridade administrativa para que cumpra seu poder-dever de agir e formalize manifestação volitiva expressa, sob pena de desobediência a ordem judicial.*
Há juristas no entanto, que sustentam que, se a Administração estava vinculada ao conteúdo do ato não praticado (ato vinculado), e tendo o interessado direito ao que postulara, poderia o juiz suprir a ausência de manifestação. Ousamos dissentir desse entendimento, porquanto não pode o órgão jurisdicional substituir a vontade do órgão administrativo; pode, isto sim, obrigá-la a emiti-la, se a lei o impuser, arcando o administrado com as conseqüências de eventual descumprimento".
Quanto ao tempo razoável, propõe CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo, 24. ed. Malheiros. 1999. p. 378), salvo para os casos de urgência, o prazo de 120 dias a partir do pedido, conforme estabelecido no artigo 18, da Lei Federal n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951, que dispõe sobre matérias relativas ao mandado de segurança.
Tal construção doutrinária não é de todo errada, mas parece que tal aspecto dependerá do caso concreto e, também, do tempo que a Administração usualmente leva para decidir questão semelhante à que se encontra pendente. Logo, pode inclusive ser menor que 120 dias, mesmo não sendo caso de urgência.
Fixou-se, assim, um período máximo de tolerância para o administrado. Usando-se o mesmo parâmetro e para criar um critério isonômico, a mesma regra poderá ser aplicada quanto ao silêncio da administração, estabelecendo-se assim tal período, em qualquer hipótese, como o máximo admissível para a pronúncia tempestiva.
Isso não quer dizer, que dadas as circunstâncias possa o prazo ser substancialmente menor, quando a demanda encaminhada não envolva maior complexidade *"verbi gratia"* o fornecimento de certidões.
Ocorre que, em algumas ocasiões, não poderá o particular recorrer administrativamente, pois não possui decisão para recorrer. Nesses casos poderá depois de decorrido o prazo legal ou

Assim, para não permanecer o administrado desprotegido, avultam de importância os dispositivos legais que atribuem ao silêncio administrativo efeitos, conferindo ao fato, por ficção jurídica, uma significação que reduz a insegurança jurídica da mesma. Não se trata de uma sanção, mas sim, insista-se, de um mecanismo que se coloca em favor do administrado tendentes a atenuar os prejuízos que lhe seriam provocados[17].

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

---

se não estipulado o prazo, depois de prazo razoável, notificar a administração para que em determinado prazo, que também há de ser razoável, se pronuncie, sob pena de entender como negativa a sua manifestação.
Também há de recordar o problema do interesse de agir que aqui impedirá o ajuizamento de qualquer ação.
Tal solução parece plausível para os casos em que a manifestação da Administração for condição para que o particular possa utilizar-se de outras medidas em defesa dos seus interesses e direitos e recorrer a outra autoridade administrativa ou judicial.
Pode-se citar, como exemplo, o art. 24, da Lei Federal n.º 11.457 de 16 de março de 2007, que dispõe sobre a Administração Tributária Federal. Fixa prazo de 360 dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte para que a Administração profira decisão, mas não impõe qualquer efeito para o silêncio.
Tem-se também o caso dos arts. 152 e 167, da Lei Federal nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que impõe a conclusão do processo administrativo disciplinar e a eventual imposição de pena para os servidores públicos federais no prazo de 140 (cento e quarenta) dias. Em assim sendo, o prazo de duração razoável para a conclusão do processo disciplinar federal é de 60 (sessenta) dias, contados da data de publicação do ato que constituir a Comissão, podendo ser prorrogado por igual período (art. 152, da Lei Federal nº 8.112/90). Possuindo no total 120 (cento e vinte) dias para a conclusão do processo administrativo disciplinar, a Comissão Disciplinar deve remeter o feito para a Autoridade julgadora, que possui 20 (vinte) dias, contados do recebimento do mesmo para proferir a sua decisão. Portanto, o prazo de duração razoável estabelecido pelo legislador é de 140 (cento e quarenta) dias, contados a partir da instauração do processo administrativo disciplinar, com a nomeação dos membros que irão compor a Comissão processante. Entende-se, que com a inclusão do art. 5º, LXXVIII, da CRFB, o § 1º, do art. 169, da Lei Federal nº 8.112/90 passou a ser inconstitucional. Apesar de não existir nenhum efeito não poderá o administrador, neste caso, o servidor ficar ao bel prazer da Administração, sendo inseguro seu futuro profissional. Deve a Administração ser eficiente e punir o servidor caso assim as circunstâncias exijam, mas se não o fizer dentro do prazo estipulado deverá ter seu direito de permanecer tramitando o processo disciplinar e de punir o servidor público federal extintos, que nada mais é que a preclusão (art. 183 do CPC), ou seja, a perda de determinado direito para a parte que foi negligente e não observou o prazo legal.

[17] JOSÉ AFONSO DA SILVA (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 446): *"A Constituição não prevê sanção à falta de resposta e pronunciamento da autoridade, mas parece-nos certo que ela pode ser constrangida a isso por via do mandado de segurança, quer quando se nega expressamente a pronunciar-se quer quando se omite; para tanto, é preciso que fique bem claro que o peticionário esteja utilizando efetivamente o direito de petição, o que se caracteriza com maior certeza se for invocado o art. 5º, XXXIV, a. Cabe, contudo, o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, quando a petição visar corrigir abuso, conforme disposto na Lei nº 4.898/65".*

De qualquer modo, entende-se que em possuindo um efeito negativo ou positivo, haverá de existir uma previsão na mesma[18]. Não se vislumbra a possibilidade de qualquer efeito legal sem a devida previsão normativa[19].

O problema também é minimizado com a estipulação por algumas Constituições Estaduais. Algumas (Constituição do Estado de São Paulo, art.

[18] O Judiciário por meio do Tribunal Regional Federal da Terceira Região já teve oportunidade de afirmar que o silêncio da Administração só produz efeito quando assim expressamente determinar a lei. (BRASIL: Tribunal Regional Federal – Terceira Região. Classe: REOMS - REMESSA EX OFFICIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 189199, Processo: 199903990380792 UF: SP Órgão Julgador: SEXTA TURMA, Data da decisão: 05/04/2006 Documento: TRF300103555, Fonte: DJU DATA:02/06/2006 PÁGINA: 430, Relator(a): MIGUEL DI PIERRO)
No entanto, CELSO LUIZ BRAGA DE CASTRO (CASTRO, Celso Luiz Braga de. Desvios de Conduta da Administração Pública. 2000, 195 laudas, Dissertação de Mestrado em Direito apresentada na Universidade Federal da Bahia – Salvador, jan. de 2001) entende que a regra aplicável quando não houver lei expressa sobre quais efeitos se produzirão o silêncio administrativo é o silêncio negativo. O que implicaria dizer que para o autor os efeitos positivos do silêncio exigiriam uma previsão legal, não havendo tal exigência nas hipóteses dos efeitos negativos. A esse respeito, HELY LOPES MEIRELLES (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 98-99): *"A omissão da Administração pode representar aprovação ou rejeição da pretensão do administrado, tudo dependendo do que dispuser a norma pertinente. Não há, em doutrina, um critério conclusivo sobre a conduta omissiva da autoridade. Quando a norma estabelece que, ultrapassado tal, o silêncio importa aprovação ou denegação do pedido do postulante, assim se deve entender, menos pela omissão administrativa do que pela determinação legal do efeito do silêncio. Quando a norma limita-se a fixar prazo para a prática do ato, sem indicar as conseqüências da omissão administrativa, há que se perquirir, em cada caso, os efeitos do silêncio. O certo, entretanto, é que o administrado jamais perderá seu direito subjetivo, enquanto perdurar a omissão da Administração no pronunciamento que lhe compete."*.

[19] É de salientar que a Lei Federal n.º 9.784/99 não estabelece qualquer efeito para o silêncio, além de não estabelecer um prazo legal para que o administrado aguarde a manifestação da Administração para demandar judicialmente. SÉRGIO FERRAZ e ADÍLSON ABREU DALLARI, (FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adílson Abreu. Processo Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 41): *"De se lastimar, contudo, tenham sido até criados alguns mecanismos de frontal contrariedade à realização do propósito de duração razoável do processo. Nesse sentido, para exemplificar: a) nada se prevê, em termos de prosseguimento do processo, quando um parecer, embora obrigatório e de efeito vinculante, requerido a um órgão consultivo, não seja emitido (art. 42, § 1º); b) o mesmo praticamente ocorrerá se, reiterada e sucessivamente, diversos órgãos administrativos se esquivarem à produção de laudo técnico, requerido pela autoridade processante (art. 43); c) tampouco ousou o legislador enfrentar aberta e frontalmente a questão da conseqüência processual na hipótese de omissão do dever de decidir dentro dos prazos consignados no diploma (arts. 49 e 59)."*
Questão pertinente que cabe aqui alertar diz respeito ao momento que poderão os efeitos do silêncio administrativo ser considerados produzidos. Entende-se que seria o dia seguinte do prazo legal estipulado. Agora, quanto aos casos em que não houvesse um prazo legal, sendo, portanto, necessário decorrer um tempo razoável sem que se tenha ocorrido a manifestação da Administração, entende-se que dependerá do caso concreto e, também, do tempo que a Administração usualmente leva para decidir questão semelhante à que se encontra pendente. Vale aqui mencionar que CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (MELLO, Celso Antonio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 387) nas hipóteses de não haver previsão legal específica de prazo para a oferta de resposta pela Administração, entende aplicar, subsidiariamente, o lapso de 30 dias previsto na Lei Federal n.º 9.784/99.Tratar-se-á do assunto em breve.

114[20]; Constituição do Estado de Pernambuco, art. 97, IV[21]; Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, art. 27, § 6.º[22]; Constituição do Estado de Santa Catarina, art. 16, § 2.º[23]) obrigam a Administração a fornecer a qualquer cidadão, para a defesa de seus direitos e esclarecimentos de situações de seu interesse pessoal, num prazo máximo que varia conforme o Estado (entre 10 dias úteis e 30 dias corridos), certidão de atos, contratos, decisões ou pareceres, sob pena de responsabilidade da autoridade ou servidor que negar ou retardar a sua expedição. Apesar de tratar de atos entende-se que aqui o legislador constituinte estadual se referiu a atos da administração estando inseridos ai os fatos administrativos. Outras vão mais além, pois ademais de fixarem tal obrigação, também expressamente afirmam que as omissões do Poder Público que tornem inviável o exercício dos direitos constitucionais deverão ser sanadas na esfera administrativa, dentro de determinado prazo, que também varia entre os Estados, normalmente de 90 dias do requerimento do interessado, incidindo ainda em penalidade de destituição de mandato administrativo ou de cargo ou função de direção o agente público que injustificadamente deixar de fazê-lo (Constituição do Estado do Amazonas, art. 3.º, § 1º e 5º e art. 105, § 10[24]; Constituição do Estado da Paraíba, art. 3º, § 1º

---

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

[21] *Art. 97 - A administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes do Estado e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, além dos relacionados nos artigos 37 e 38 da Constituição da República Federativa do Brasil e dos seguintes: (...) IV - fornecimento obrigatório a qualquer interessado, no prazo máximo de quinze dias, de certidão de atos, contratos, Decisão ou pareceres, nos termos da alínea b do inciso XXXIV do artigo 5º - da Constituição da República, sob pena de responsabilização de autoridade ou servidor que negar ou retardar a sua expedição.*

[22] *Art. 27. Para a organização da administração pública direta, indireta ou das fundações de qualquer dos Poderes do Estado é obrigatório o cumprimento do seguinte: (...) § 6º A administração pública é obrigada a fornecer, no prazo de trinta dias, a qualquer cidadão, para a defesa de direitos, certidão de quaisquer atos e a atender, no mesmo prazo, se outro não for fixado, às requisições judiciais.*

[23] *Art. 16. Os atos da administração pública de qualquer dos Poderes do Estado obedecerão aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. (...) § 2º. A administração é obrigada a fornecer a qualquer interessado certidão ou cópia autenticada, no prazo máximo de trinta dias, de atos, contratos e convênios administrativos, sob pena de responsabilidade da autoridade competente ou do servidor que negar ou retardar a expedição.*

[24] *Art. 3º. O Estado, nos limites de sua competência, assegura, em seu território, a brasileiros e estrangeiros, a inviolabilidade dos direitos e garantias fundamentais declarados na Constituição da República. § 1º. As omissões do Poder Público que tornem inviável o exercício dos direitos constitucionais serão sanadas, na esfera administrativa, dentro de noventa dias do requerimento do interessado, incidindo em penalidade de destituição de mandato administrativo ou de cargo ou função de direção, em Órgão da administração direta ou indireta, o agente público que injustificadamente deixar de fazê-lo. (...) § 5º. Todos têm direito de requerer e obter, no prazo de trinta dias, informações objetivas de seu interesse particular, coletivo ou geral, acerca dos atos e projetos do Estado e dos Municípios, bem como dos respectivos órgãos da administração pública direta e indireta. (...) Art. 105. A Administração Pública é direta quando efetivada por órgão de qualquer dos Poderes do Estado e Municípios. (...) § 10. A Administração é obrigada a fornecer a qualquer interessado, no prazo máximo de quinze dias, certidão de atos, contratos, decisões ou pareceres que não tenham sido previamente declarados sigilosos, sob pena de responsabilidade da autoridade ou servidor que*

e art. 30, V[25]; Lei Orgânica do Distrito Federal, art. 22, II e 23, II e parágrafo único[26]). E há ainda aquelas que se limitam a impor as penalidades mencionadas nos casos de omissão que inviabilize o exercício de direito constitucional (Constituição do Estado de Minas Gerais, art. 4º, § 1º[27]; Constituição do Estado do Pará, art. 5º, § 2º [28]; Constituição do Estado de Piauí, art. 5º, § 1º[29]) e as que se limitam apenas a garantir aos cidadãos, sempre que o requeiram, informações sobre o andamento dos processos em

---

negar ou retardar a sua expedição e, no mesmo prazo, deverá atender às requisições judiciais, se outro não for fixado pelo juiz.

[25] *Art. 3º O Estado e os Municípios asseguram, em seus territórios e no limite de suas competências, a plenitude e inviolabilidade dos direitos e garantias fundamentais que a Constituição Federal reconhece e confere aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, bem como outros quaisquer decorrentes do regime e dos princípios adotados. § 1º Incide na penalidade de destituição de mandato administrativo, de cargo ou função de direção, em órgão da administração direta ou indireta, o agente público que, dentro de noventa dias do requerimento do interessado, deixar, injustificadamente, de sanar omissão inviabilizadora do exercício de direito constitucional. (...) Art. 30. A administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes do Estado obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) V - a administração é obrigada a fornecer a qualquer interessado, no prazo previsto em lei federal, certidão de atos, contratos, decisões ou pareceres que não tenham sido previamente declarados sigilosos, sob pena de responsabilidade da autoridade ou do servidor que negar ou retardar a sua expedição.*

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

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

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

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

que sejam diretamente interessados, bem como sobre as decisões nestes proferidas (Constituição do Estado de Alagoas, art. 44, VIII[30]).

O Estado brasileiro mais avançado no que diz respeito ao silêncio administrativo é o Estado do Rio Grande do Norte, que em sua Constituição (art. 7º)[31] e Lei de procedimento Administrativo, como se observará mais adiante, define um silêncio-inadimplemento (silêncio formal), ao estipular que a pessoa que não receber, no prazo de 10 dias, informações requeridas a órgãos públicos estaduais, pode, não sendo hipótese de *habeas data,* exigí-las judicialmente. Neste caso o juiz competente, ouvido quem as deva prestar, no prazo de 24 horas, deve decidir, em 5 dias intimando o responsável pela recusa ou omissão a fornecer as informações requeridas sob pena de desobediência. Exclui-se, dessa disposição, as hipóteses de sigilo imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado.

3. EFEITOS POSITIVOS DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

Trata-se da atribuição legal que expressamente concede o que foi peticionado, solicitado ou requerido se decorrido prazo para a autoridade pronunciar-se (silêncio positivo próprio). Origina-se da máxima romana *"qui tacet consentire videtur"* (quem cala consente). Esse silêncio pode estar condicionado à realização de determinada tarefa (silêncio positivo condicionado). Como, também, pode existir atribuição legal que não expressamente conceda o peticionado, solicitado ou requerido, mas que presta-lhe, indiretamente, um efeito positivo a petição, solicitação ou reclamação (silêncio positivo implícitos).

Em qualquer dos casos ganhará o administrado a legitimação da Administração para atuar conforme o que tenha pedido, solicitado ou requerido.

A produção de tais efeitos não autoriza que o administrado ultrapasse os limites do quanto requerido, por isso o correto seria só se falar de efeitos positivos quando a solicitação fosse de tal forma nítida que não permita dúvidas acerca do que se obtêm, daí porque afirma-se que tais efeitos não se operam em providências discricionárias, só podendo tratar de efeitos positivos

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

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

do silêncio quando a providência omitida pela Administração seja de caráter vinculado.

Ademais de tal dificuldade, os efeitos positivos do silêncio da Administração encontram problemas ao se pensar em sua comprovação. Normalmente, não terá o administrado um documento, a não ser o protocolo de sua petição, ficando assim vulnerável as circunstâncias, caso tenha que comprová-los.

Além do mais, no direito brasileiro, apenas se afigura possível a provocação do Judiciário quando se tem interesse de agir. Logo, o administrado que tenha tido seu pleito atendido em decorrência de um silêncio positivo, faltará interesse para antes de se ver ameaçado por algum questionamento da sua posição jurídica, socorrer-se ao Poder Judiciário para obter aquilo que já lhe tenha sido concedido por Lei.

Questiona-se, também, a compatibilidade do silêncio positivo com os princípios da motivação e do dever de decidir exigidos pela Administração, além de violar os princípios da *"reserva de procedimento"*, necessários para grande maioria das decisões administrativas[32].

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

No mais, resta registrar que a Administração poderá a qualquer momento ofertar uma resposta expressa, ainda que tardia, a petição, solicitação ou reclamação do administrado. Em sendo hipótese de silêncio positivo e tendo a Administração decidido posteriormente de maneira contrária ao concedido fictamente pelo silêncio anterior, restará o administrado investido de interesse de agir para pleitear, além de possuir eventual possibilidade de indenização[33].

Por todos esses motivos, vale retificar a necessidade de disposição legal para que seus efeitos sejam válidos[34].

---

[32] BRANDÃO, Cláudio. O controle das omissões e do silêncio da Administração Pública. In: OSÓRIO, Fábio Medina Osório. Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

[33] Tal indenização inclusive poderá englobar terceiros de boa-fé, se a eles advierem danos comprovadamente derivados da decisão.

[34] O Judiciário brasileiro em caso relativo a contrato administrativo de locação de máquinas e equipamentos da IBM afirmou que o *"silêncio da Administração Pública não pressupõe prorrogação tácita do contrato de locação, porque, ao reverso, toda prorrogação de prazo deverá ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato (art. 57, § 2º, Lei n.º 8.666/93)"* (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. Classe: AC - APELAÇÃO CÍVEL – 200001000702396, Processo: 200001000702396 UF: BA Órgão Julgador: QUINTA TURMA, Data da decisão: 3/3/2006

Como se afirmou, o Brasil não possui uma provisão geral sobre silêncio positivo, mas existem hipóteses em que a própria norma atribui determinado efeito ao silêncio. Cabe analisá-las.

3.1 - SILÊNCIO POSITIVO PRÓPRIO

3.1.1 - ZONA FRANCA DE MANAUS

Determina o art. 11, do Decreto Federal n.º 61.244, de 28 de agosto de 1967, que regulamenta o Decreto-Lei Federal n.º 288, de 28 de fevereiro de 1967, que altera as disposições da Lei Federal nº 3.173, de 6 de junho de 1957 e cria a Superintendência da Zona Franca de Manaus – SUFRAMA, que estão isentas do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) todas as mercadorias industrializadas na Zona Franca de Manaus, quer se destinem ao seu consumo interno, quer a comercialização em qualquer ponto do território brasileiro. Para tanto, deve-se submeter à aprovação da SUFRAMA que ouvirá o Ministério da Fazenda, quanto aos aspectos fiscais. Dita o § 1º, do artigo 11, que fica implicada a aprovação tácita por este último, caso não haja qualquer manifestação no prazo de 30 dias contados do pedido de audiência[35].

Documento: TRF100224923, Fonte: DJ DATA: 20/3/2006 PÁGINA: 87, Relator(a): FAGUNDES DE DEUS). Em outro caso julgado pelo mesmo Tribunal entendeu-se que o descumprimento pela Administração do prazo para apreciação do requerimento de registro de medicamento não implica em concessão automática do registro, que está sujeito à análise técnica pelo órgão competente. Sustentando, assim, implicitamente a necessária disposição legal dos efeitos do silêncio. (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. Classe: REOMS - REMESSA EX OFFICIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 9601094881, Processo: 9601094881 UF: DF Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA SUPLEMENTAR, Data da decisão: 24/2/2005 Documento: TRF100208048, Fonte: DJ DATA: 31/3/2005 PÁGINA: 50, Relator(a): VALLISNEY DE SOUZA OLIVEIRA (CONV.)). Por fim, cabe citar outro caso que também deixa implicitamente entendido essa ideia. O Tribunal Regional Federal da Primeira Região entendeu que eventual pedido de licença para acompanhar cônjuge, no caso em questão, não encontrava respaldo na legislação trabalhista. Logo, o simples silêncio da Administração (empregadora no caso) deveria ser interpretado como indeferimento do pedido. (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. Classe: RO - RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA – 8901054213, Processo: 8901054213 UF: DF Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA, Data da decisão: 23/11/1998 Documento: TRF100075575, Fonte: DJ DATA: 19/4/1999 PÁGINA: 115, Relator(a): ANTÔNIO SÁVIO).

[35] *Art. 11. Estão isentas do impôsto sôbre produtos industrializados tôdas 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 dêsse Ministério no prazo de 30 (trinta) dias contados do pedido de audiência.

§ 2º Os projetos serão apresentados de conformidade 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

3.1.2 - PLANOS E PROJETOS DE DESENVOLVIMENTO E PRODUÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL

Outra hipótese que se pode mencionar é o caso do art. 26, da Lei Federal n.º 9.478, de 06 de agosto de 1997, que dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, além de instituir o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo[36].

A exploração de petróleo e gás natural, também chamada de pesquisa, pode ser concedida por 3 anos, podendo ser prorrogada por um prazo máximo de 2 anos, que dependerá de um requerimento formal. Trata-se do conjunto de operações ou atividades destinadas a avaliar áreas, objetivando descoberta de petróleo e gás natural. Divide-se, basicamente, em pesquisa e perfuração. A pesquisa levanta os diversos fatores que indicam a formação de grandes acumulações de hidrocarbonetos. Uma vez identificados todos estes fatores é feita a perfuração do poço. Completa-se com a exploração propriamente dita e a avaliação de eventuais descobertas. Existe nesta fase um programa exploratório mínimo que deve ser cumprido. Descobrindo-se petróleo, há de ser feita uma notificação de descoberta, para que então avalie-se a mesma no intuito de declarar ou não esta como comercial, que é, vale mencionar, uma faculdade do concessionário. Caso esta não ocorra deverá devolver à ANP a área de desenvolvimento (é o chamado direito de desistência)[37].

Uma vez realizada a declaração de comercialidade, há de ser feito um plano e projetos de desenvolvimento e produção que deve ser preparado de acordo com as boas práticas da indústria do petróleo. Deve a ANP aprovar os planos e projetos em 180 dias[38]. Decorrido tal prazo e não havendo manifestação, os planos e projetos estarão automaticamente aprovados, tendo

---

parágrafo 1º do artigo 3º do referido Decreto-lei, inclusive as alterações supervenientes por Decreto (Decreto-lei nº 288-67 artigo 3º, parágrafo 2º).

[36] *Art. 26. A concessão implica, para o concessionário, a obrigação de explorar, por sua conta e risco e, em caso de êxito, produzir petróleo ou gás natural em determinado bloco, conferindo-lhe a propriedade desses bens, após extraídos, com os encargos relativos ao pagamento dos tributos incidentes e das participações legais ou contratuais correspondentes.*
§ 1° Em caso de êxito na exploração, o concessionário submeterá à aprovação da ANP os planos e projetos de desenvolvimento e produção.
§ 2° A ANP emitirá seu parecer sobre os planos e projetos referidos no parágrafo anterior no prazo máximo de cento e oitenta dias.
§ 3° Decorrido o prazo estipulado no parágrafo anterior sem que haja manifestação da ANP, os planos e projetos considerar-se-ão automaticamente aprovados.

[37] Seguidamente há a fase da produção, também chamada de lavra, que cobre as atividades anteriormente mencionadas (desenvolvimento), uma vez que tem início na data da declaração de comercialidade e a produção propriamente dita do petróleo ou do gás natural. Tal fase é o conjunto de operações de extração de petróleo ou gás natural e de preparo para sua movimentação. Pode ser concedida por até 27 anos, podendo ser reduzida ou prorrogada se requerido e após analise da ANP. Até este ponto as indústrias de petróleo e gás natural caminham juntas.

[38] Pode a ANP, dentro de suas atribuições, solicitar modificações para sua melhor adequação. O concessionário obriga-se a cumprir o plano, caso contrário, pode a ANP aplicar sanções (advertência ou multa) ou até rescindir o contrato. Deve o concessionário, portanto, submeter a ANP qualquer alteração que se mostre conveniente e oportuna.

em vista o silêncio da Administração. Ressalta-se, que essa aprovação *"tácita"* não é ato administrativo, mas sim fato jurídico[39].

3.1.3 - PARCELAMENTO DE OBRIGAÇÕES PECUNIÁRIAS VENCIDAS E NÃO PAGAS

Tem-se, também, a hipótese do art. 11, § 4.º, da Lei Federal n.º 10.522, de 19 de julho de 2002, que rege o programa de parcelamento – PAES[40]. De acordo com tal artigo, ao formular o pedido de parcelamento de obrigações pecuniárias vencidas e não pagas para com os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, o devedor que a partir desse momento confessa irretratavelmente sua dívida[41], deverá comprovar o

---

[39] Vale recordar que o STF afastou a alegação de que o § 3º, do art. 26 seria inconstitucional por traduzir conduta negativa da Administração, eis que a lei dá regulação, neste ponto, ao chamado *"silêncio da Administração",* tratando-se, portanto, de matéria infraconstitucional. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: ADI - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Processo: 3273 UF: DF - DISTRITO FEDERAL, Fonte: DJ 02-03-2007 PP-00025 EMENT VOL-02266-01 PP-00102, Relator(a): CARLOS BRITTO e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: ADI - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Processo: 3366 UF: DF - DISTRITO FEDERAL, Fonte: DJ 02-03-2007 PP-00026 EMENT VOL-02266-02 PP-00281, Relator(a): CARLOS BRITTO).

[40] *Art. 11. Ao formular o pedido de parcelamento, o devedor deverá comprovar o recolhimento de valor correspondente à primeira parcela, conforme o montante do débito e o prazo solicitado.*
§ 1º Observados os limites e as condições estabelecidos em portaria do Ministro de Estado da Fazenda, em se tratando de débitos inscritos em Dívida Ativa, a concessão do parcelamento fica condicionada à apresentação, pelo devedor, de garantia real ou fidejussória, inclusive fiança bancária, idônea e suficiente para o pagamento do débito, exceto quando se tratar de microempresas e empresas de pequeno porte optantes pela inscrição no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, de que trata a Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996.
§ 2º Enquanto não deferido o pedido, o devedor fica obrigado a recolher, a cada mês, como antecipação, valor correspondente a uma parcela.
§ 3º O não-cumprimento do disposto neste artigo implicará o indeferimento do pedido.
§ 4º Considerar-se-á automaticamente deferido o parcelamento, em caso de não manifestação da autoridade fazendária no prazo de 90 (noventa) dias, contado da data da protocolização do pedido.
§ 5º O pedido de parcelamento constitui confissão irretratável de dívida, mas a exatidão do valor dele constante poderá ser objeto de verificação.
§ 6º Atendendo ao princípio da economicidade, observados os termos, os limites e as condições estabelecidos em ato do Ministro de Estado da Fazenda, poderá ser concedido, de ofício, parcelamento simplificado, importando o pagamento da primeira parcela confissão irretratável da dívida e adesão ao sistema de parcelamentos de que trata esta Lei.
§ 7º Ao parcelamento de que trata o § 6º não se aplicam as vedações estabelecidas no art. 14.
§ 8º Descumprido o parcelamento garantido por faturamento ou rendimentos do devedor, poderá a Fazenda Nacional realizar a penhora preferencial destes, na execução fiscal, que consistirá em depósito mensal à ordem do Juízo, ficando o devedor obrigado a comprovar o valor do faturamento ou rendimentos no mês, mediante documentação hábil.
§ 9º O parcelamento simplificado de que trata o § 6º deste artigo estende-se às contribuições e demais importâncias arrecadadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, na forma e condições estabelecidas pelo Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social.

[41] A exatidão do valor cobrado poderá ser objeto de verificação.

recolhimento de valor correspondente à primeira parcela, conforme o montante do débito e o prazo solicitado. Fica a concessão do parcelamento condicionada à apresentação, pelo devedor, de garantia real ou fidejussória, inclusive fiança bancária, idônea e suficiente para o pagamento do débito[42]. Enquanto não deferido o pedido, o devedor fica obrigado a recolher a cada mês como antecipação, valor correspondente a uma parcela, caso contrário, haverá o indeferimento do pedido. Agora, considerar-se-á automaticamente deferido o parcelamento, no caso de não manifestação da autoridade fazendária no prazo de 90 (noventa) dias, contados da data da protocolização do pedido[43].

3.1.4 - Reajuste ou revisão das tarifas de delegatários de serviço público

Também no âmbito das infra-estruturas, deve-se mencionar que o Estado do Rio de Janeiro na Lei Estadual n.º 2.869, de 18 de dezembro de 1997 (art. 20)[44] e na Lei Estadual n.º 2.752, de 02 de julho de 1997 (art. 10)[45],

---

[42] Excetuam-se aqui as microempresas e empresas de pequeno porte optantes pela inscrição no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, de que trata a Lei n.º 9.317, de 05 de dezembro de 1996.

[43] O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre o deferimento tácito da adesão ao programa de parcelamento – PAES. Tratava-se de caso de execução fiscal em que se suspendeu a execução por conta do deferimento em virtude do parcelamento tacitamente aceito e da realização mensal do pagamento, com ressalva de eventual decisão em contrário da autoridade previdenciária. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 724576, Processo: 200500234805 UF: PR Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 26/04/2005 Documento: STJ000615450, Fonte: DJ DATA:06/06/2005 PÁGINA:225, Relator(a): FRANCISCO FALCÃO). Acrescentou, em outro caso similar, que a falta de desistência do recurso administrativo, embora possa impedir o deferimento do programa de parcelamento, a caso ultrapassada tal fase, não serve para motivar a exclusão do parcelamento, não se enquadrando em uma das hipóteses previstas nos artigos 7º e 8º da Lei nº 10.684/2003 (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 958585, Processo: 200701300479 UF: PR Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 14/08/2007 Documento: STJ000768744, Fonte: DJ DATA:17/09/2007 PÁGINA:230, Relator(a): FRANCISCO FALCÃO). O Judiciário, também já teve a oportunidade de tratar dos requisitos de tal deferimento tácito. Afirmou o Tribunal Regional Federal da Primeira Região ser inadmissível o deferimento tácito de pedido de adesão ao Parcelamento Especial - PAES que não preencha os requisitos legais, entre eles, a receita bruta auferida pela empresa no mês imediatamente anterior ao vencimento da parcela como critério de cálculo das prestações mensais. (Lei nº 10.522/2002, art. 11, § 4º; Lei nº 10.684/2003, arts. 1º, § 3º, I, 4º, III, e 5º e seu § 1º.) (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. Classe: AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 200538000223867, Processo: 200538000223867 UF: MG Órgão Julgador: SÉTIMA TURMA, Data da decisão: 18/12/2006 Documento: TRF100243400, Fonte: DJ DATA: 9/3/2007 PÁGINA: 97, Relator(a): CATÃO ALVES). No mesmo sentido, alertando outro Tribunal Regional Federal, agora o da Quarta Região, o parcelamento depois dos 90 dias deve ser deferido e que a exceção deve restar suspensa até seu cumprimento ou reativada na hipótese de descumprimento. (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Quarta Região. Classe: AC - APELAÇÃO CÍVEL, Processo: 200371000477235 UF: RS Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 28/09/2005 Documento: TRF400115808, Fonte: DJU DATA:26/10/2005 PÁGINA: 378, Relator(a): VILSON DARÓS).

[44] *Art. 20 - Caso haja descumprimento dos prazos conferidos na presente Lei ou no contrato de concessão pela Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de*

com o intuito de resolver o problema da morosidade na apreciação de pedidos, determina que as concessionárias ou permissionárias daquele Estado possam colocar em prática as condições constantes da respectiva proposta de reajuste ou revisão das tarifas que não tenham sido apreciados pelas Agências Reguladoras do Estado[46] nos prazos conferidos na Lei ou no contrato de concessão, até que a mesma decida de outra forma[47].

Janeiro - ASEP/RJ, as concessionárias ou permissionárias poderão colocar em prática as condições constantes da respectiva proposta de reajuste ou revisão das tarifas.
§ 1º - Pronunciando-se a Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro - ASEP/RJ fora do prazo a ela conferido, as concessionárias ou permissionárias estarão obrigadas a observar, a partir de então, as condições constantes do pronunciamento, operando-se as compensações necessárias, no prazo que lhes for determinado.
§ 2º - Caso a Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro - ASEP/RJ não aprove o valor da tarifa reajustada ou revisada proposto pela concessionária ou permissionária, deverá ser apresentada à concessionária ou permissionária a respectiva decisão, devidamente fundamentada, expondo de maneira clara e precisa as razões do indeferimento do pedido e indicando o valor correto do limite de reajuste ou revisão que poderá ser praticado.

[45] *Art. 10 - O descumprimento, pela Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro - ASEP-RJ, dos prazos a ela conferidos na presente Lei, ou no contrato de concessão, para pronunciar-se a respeito de propostas de revisão de tarifas, de reajuste de tarifas ou de alteração da estrutura tarifária, facultará à concessionária colocar em prática as condições constantes da respectiva proposta, até que a referida Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro - ASEP-RJ venha a se pronunciar.*
Parágrafo único - Pronunciando-se a Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro - ASEP-RJ fora do prazo a ela conferido, a concessionária estará obrigada a observar, daí em diante, as condições constantes do pronunciamento, operando-se as compensações necessárias, no prazo que lhe for determinado.

[46] A ASEP/RJ foi extinta, por meio da Lei Estadual n.º 4.555, 06 de junho de 2005, que criou a AGETRANSP - Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro (AGETRANSP). Atualmente, além desta citada, o Estado do Rio de Janeiro possui a Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro (AGENERSA), instituída pela Lei n.º 4.556, de 06 de junho de 2005.

[47] MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO (SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo das concessões. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 263) *"Na linha das polêmicas, cumpre ainda destacar a questão dos reajustes e revisões de tarifas, que têm o papel de preservar o equilíbrio do contrato. Tais procedimentos ocorrem mediante propostas do concessionário ao órgão regulador, tendo este um prazo para se manifestar sobre o pedido. O problema levantado decorre do eventual desatendimento do prazo de resposta, que tem como solução a imediata eficácia da planilha proposta. Isto foi tido por alguns como "ato tácito" ou aceitação tácita, o que não corresponderia à sistemática do Direito Administrativo. Ora, não há ato tácito; o que há é definição das conseqüências do silêncio da Administração; se nada estiver previsto em lei, a regra é entender que, diante da omissão, presume-se negado o pedido. No entanto, a lei pode prever solução diversa, pois, afinal, não se admite que, no Estado de Direito, a Administração possa, pela omissão, deixar de atender pretensões legítimas, mormente diante do princípio da oficialidade do processo administrativo.*
A solução prevista na Lei n.º 2.869/97, art. 20, foi admitir a vigência provisória da tarifa proposta até que ocorra a manifestação do órgão regulador, que pode determinar tarifa diversa e as conseqüentes compensações. Não existe, assim, uma inconstitucionalidade por violação ao princípio da motivação, eis que a decisão, quando ocorrer, deve ser motivada, produzindo efeitos a partir de sua prolação, inclusive determinando modificações quanto às situações vigentes.

3.1.5 - BAIXA NOS REGISTROS DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

Determina o art. 78 da Lei Complementar Federal n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, que as microempresas e empresas de pequeno porte, que se encontrem sem movimento há mais de 3 (três) anos poderão dar baixa nos registros dos órgãos públicos federais, estaduais e municipais, independentemente do pagamento de débitos tributários, taxas ou multas devidas pelo atraso na entrega das respectivas declarações nesses períodos[48].

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

3.1.6 - RENOVAÇÃO DE AUTORIZAÇÕES DE USO DE RADIOFREQUENCIA

A Lei Federal nº 9.472, de 16 de julho de 1997, conhecida como Lei Geral de Telecomunicações (LGT) possibilita a existência de dois planos de prestação dos serviços públicos, a saber, serviço público prestado em regime público e serviço público prestado em regime privado[49].

É claro que, se isso é fácil de implementar em relação aos serviços de fornecimento de energia, gás e saneamento básico, vinculados a imóveis, o mesmo não se pode dizer quanto a transportes, nos quais o passageiro, na maioria dos casos, sequer tem um comprovante do ingresso pago. Há, pois, que se prever um mecanismo de defesa do usuário nesta situação, que, frise-se, é amparada por lei".
Não existindo previsão legal, já posicionou o Judiciário, por meio do Tribunal Regional Federal da Primeira Região que o *"silêncio da Administração acerca de pedidos referentes à revisão do preço contratado não pode ser interpretado como reconhecimento tácito desse direito, em face das normas e princípios que norteiam a atuação do administrador público (p. ex.: publicidade, impessoalidade, motivação etc.)"*. (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. Classe: AC - APELAÇÃO CÍVEL – 200601000178850, Processo: 200601000178850 UF: BA Órgão Julgador: QUINTA TURMA, Data da decisão: 21/5/2007 Documento: TRF100253899, Fonte: DJ DATA: 9/8/2007 PÁGINA: 158, Relator(a): JOÃO BATISTA MOREIRA)

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

[49] A classificação dos diferentes serviços públicos, com variados índices de publicização (regime público e privado), foi aprovada no julgamento da medida liminar na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.º 1668 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: ADI - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Processo: 1.668 (medida liminar) UF: DF – DISTRITO FEDERAL, Fonte: D. O. 31.08.98, Relator: Ministro Marco Aurélio, Requerentes: PARTIDO COMUNISTA DO BRASIL - PC do B, PARTIDO DOS TRABALHADORES – PT, PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA – PDT, PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO – PSB - Resultado da Liminar: Indeferida, Data Publicação: 31/08/1998).

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

No que se refere ao prestador em regime privado, há uma proteção ao direito do consumidor ao invés do direito do usuário, logo não há uma preocupação com a universalização e a continuidade, como há no regime público. Ou seja, no regime de direito público a Lei estabelece a exigência de um serviço adequado (art. 6º, da Lei Federal n.º 8.987/95), já no regime privado é o órgão regulador quem afixa critérios de qualidade, tomando como paradigma os mesmos critérios dos serviços adequados, com a devida adaptação a um regime de concorrência. São eles: generalidade, uma vez que posto a disposição terão que ser dispostos a quem solicitar, porém sem o dever de universalidade e modicidade[50], uma vez que se rege as regras da livre iniciativa e livre concorrência[51]; regularidade, que obriga o operador a prestar o serviço vinculado a uma prestação devida, de acordo com as regras, normas e condições preestabelecidas para esse fim, ou que lhe sejam aplicáveis, na medida em que disponibilizar os serviços; eficiência, que esta voltado ao melhor atendimento possível das finalidades legais, sendo o serviço prestado com um padrão mínimo de qualidade previstas no termo de autorização fixadas pelo órgão regulador; atualidade, que compreende a modernidade das técnicas, dos equipamentos, das instalações e a sua conservação, que será aplicado ao regime de direito privado desde que o usuário pague o valor correspondente a tal exigência; segurança, que seria a salvaguarda das pessoas e bens afetos ao serviço; e cortesia, que se traduz no bom acolhimento ao público e do direito de reclamação.

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

---

[50] O consumidor apenas poderá questionar a modicidade tarifária se ensejar efeitos anti-concorrenciais.

[51] Verifica-se que continuidade, também não é uma das obrigações dos operadores de serviços públicos prestados em regime privado.

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

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

O art. 167 da LGT admite um prazo máximo de 20 anos para a autorização, prorrogável uma única vez por igual período. Tal prorrogação que será sempre onerosa poderá ser requerida até 3 anos antes do vencimento do prazo original, devendo o requerimento ser decidido pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) em, no máximo, 12 meses. Além disso, a LGT define as razões que podem justificar o indeferimento do pedido de prorrogação: se o interessado não estiver fazendo uso racional e adequado da radiofrequência; se houver cometido infrações reiteradas em suas atividades; ou se for necessária a modificação de destinação do uso da radiofrequência.

O objetivo da LGT foi conceder o direito de prorroga ao autorizatário, caso contrário, não teria definido as hipóteses de indeferimento do pedido. Por tal motivo, a ANATEL ao regulamentar a matéria estipulou que o prazo para sua decisão deve ser contato da data da protocolização do pleito de prorrogação (art. 56, § 2.º da Resolução ANATEL n.º 259, de 19 de abril de 2001). O mesmo dispositivo estipulava, até pouco tempo, em seu § 3.º[52] que caso a ANATEL não se manifeste no prazo de 12 meses, contado do protocolo do requerimento, a prorrogação restaria tacitamente aprovada, nas mesmas condições de operações anteriormente autorizadas desde que não contrariasse a regulamentação vigente. Parece acertado afirmar que o efeito a ser extraído da falta de decisão só pode ser a aprovação do requerimento, caso contrário,

[52] *Art. 56. A prorrogação da autorização de uso de radiofreqüências será efetuada pelo prazo solicitado pelo interessado, observados os seguintes limites:*
I. no caso dos serviços objeto de concessão ou permissão, o prazo de vigência do contrato; e
II. no caso de serviços objeto de autorização, o estabelecido no regulamento específico para o serviço de telecomunicações ou, na ausência deste, o prazo máximo de 20 (vinte) anos.
§ 1.º No caso previsto no inciso II, a prorrogação só poderá ser efetuada uma única vez.
§ 2.º A prorrogação deverá ser requerida até 3 (três) anos antes do vencimento do prazo original, devendo o requerimento ser decidido no prazo máximo de 12 (doze) meses, contado de seu protocolo junto à Agência.
§ 3.º Caso a Agência não se manifeste no prazo de 12 (doze) meses, contado do protocolo do requerimento referido no parágrafo anterior, a prorrogação restará tacitamente aprovada, nas mesmas condições de operação anteriormente autorizada desde que não contrarie a regulamentação vigente.

tornaria sem efeito o § 2.º do art. 167 da LGT[53]. No entanto, a ANATEL, tendo em vista, impasse em torno da renovação das licenças de MMDS, que venciam em fevereiro de 2009 e ocupavam a disputada faixa de 2,5 GHz, para por um fim aos questionamentos quanto ao cumprimento dos prazos do processo de prorrogação das licenças, decidiu, por meio do Ato n.º 763, de 12 de fevereiro de 2009, simplesmente anular, com efeito *erga omnes* e *ex tunc*, o parágrafo que estabelecia que a prorrogação restará tacitamente aprovada caso a ANATEL não se manifesta-se no prazo máximo de 12 meses.

Entendeu a ANATEL, que o § 3.º do art. 56 contém vício de legalidade, citando ainda, o que consta do Processo n.º 53500.012882/2008. Sustentou sua decisão no art. 48 da Lei Federal n.º 9.784/99 que dispõe que a Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência, afastando a possibilidade de que a Administração decida por omissão. Afirmou, também, que a LGT não previu a possibilidade de prorrogação tácita da Autorização de Uso de Radiofrequências e que o princípio da autotutela previsto no art. 53 da Lei Federal n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, obriga que a Administração anule seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade.

Considera-se arbitrária tal atuação, motivo pelo qual, citamos no presente trabalho este caso, com a ressalva do impasse que ainda não se tem resposta, mas que em breve o Judiciário deve manifestar-se.

3.2 - SILÊNCIO POSITIVO CONDICIONADO

3.2.1 - LICENCIAMENTO DE OBRAS

O art. 49, da Lei Federal n.º 10.257, de 10 de julho de 2001, que regulamenta os arts. 182 e 183 da CRFB, estabelecendo diretrizes gerais da política urbana, também conhecido como Estatuto da cidade, disciplina o processo administrativo, determinando que no prazo de 90 (noventa) dias a unidade federativa competente fixe prazo para a prática de atos administrativos relativos a expedição de diretrizes de empreendimentos urbanísticos, aprovação de projetos de parcelamento e de edificação, realização de vistoria e expedição de termo de verificação e conclusão de obras. Não fixando tal prazo, estabelece o parágrafo único do art. 49 que o mesmo será de 60 (sessenta)

[53] Para CARLOS ARI SUNDFELD e JACINTHO ARRUDA CÂMARA (SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Silêncio administrativo e renovação de autorizações de uso de radiofrequência: o caso MMDS. Revista de Direito de Informática e Telecomunicações. Belo horizonte, a. 3, n. 4, p. 9-24, jan/jun, 2008, p. 16): *"o efeito de ser extraído da falta de decisão só pode ser a aprovação do requerimento. Se não fosse assim, a mera inércia da Administração inviabilizaria a prorrogação, tornando sem efeito a previsão contida no § 2.º do art. 167, que taxativamente arrolou as hipóteses de recusa do pedido".*

dias para a realização de cada um dos referidos atos administrativos, valendo até que os Estados e Municípios disponham em lei de forma diversa[54].

Não cabe a União legislar sobre normas gerais de processo administrativo, motivo pelo qual os prazos não podem ser veiculados por normas federais, que detêm competência apenas para legislar sobre normais gerais de direito urbanístico (art. 24, I, CRFB). Desse modo, o prazo de 60 (sessenta) dias não poderá prevalecer nos casos em que houver omissão legislativa dos entes federados[55].

Sendo da competência dos Municípios (art. 30, VIII da CRFB) a concessão de licença ou autorizações urbanísticas, poderá a Lei Municipal prever o efeito do silêncio como deseja[56].

No âmbito do município de São Paulo, especificamente nas hipóteses de licenciamento de obras, afigura-se caso de silêncio positivo condicionado. Os itens 4.2.3 e 4.2.4 do Código de Obras e Edificações do Município de São Paulo (Lei Municipal n.º 11.228, de 25 de junho de 1992) e no item 4.B.4 do Decreto Municipal n.º 32.329, de 23 de setembro de 1992, que regulamenta a mesma, autoriza o interessado a iniciar a obra submetida a 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[57], desde que comunique à repartição técnica competente e se

---

[54] *Art. 49. Os Estados e Municípios terão o prazo de noventa dias, a partir da entrada em vigor desta Lei, para fixar prazos, por lei, para a expedição de diretrizes de empreendimentos urbanísticos, aprovação de projetos de parcelamento e de edificação, realização de vistorias e expedição de termo de verificação e conclusão de obras.*
Parágrafo único. Não sendo cumprida a determinação do caput, fica estabelecido o prazo de sessenta dias para a realização de cada um dos referidos atos administrativos, que valerá até que os Estados e Municípios disponham em lei de forma diversa.

[55] FIGUEIREDO, Lucia Valle. Normas de processo administrativo no Estatuto da Cidade. DALLARI, Adilson Abreu, FERRAZ, Sérgio (coords.). Estatuto da Cidade (comentários à Lei Federal 10.257/2001). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 365 e seguintes. Defende a autora que a Administração que se omitir de legislar deverá ser constituída em mora, a fim de que se demarque a preclusão administrativa, com as consequências jurídicas que possam advir de sua atitude.

[56] JOSÉ AFONSO DA SILVA (SILVA, José Afonso da. Direito urbanístico brasileiro. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 397): *"O silêncio da Administração, quanto à decisão do pedido de aprovação de projeto e de outorga da licença pra edificar, terá o efeito que a legislação local estabelecer. Será silêncio negativo, que importará recusa da licença, quando a lei determinar esse efeito com o transcurso do prazo previsto para a decisão, sem que esta se verifique, como se dá na Itália, por exemplo, com o chamado "silêncio rifiutto", Será silêncio positivo, quando, ao contrário, a transição do prazo sem decisão importar em outorga da licença. Ambas as soluções são ruins, visto que é dever da Administração responder, favorável ou desfavoravelmente, o mais rapidamente possível, os pedido dos administrados. O silêncio negativo lesa o direito do que estes têm ao provimento administrativo, ainda que seja em seu desfavor, O silêncio positivo pode importar, por seu turno, em lesão ao interesse público, quando, porventura, implique aprovação do projeto e a conseqüente outorga da respectiva licença em desacordo com as normas edilícias e urbanísticas. Por isso, o silêncio positivo não pode ser absoluto. Há de ser condicionado a observância de todas as condições legais a respeito da matéria".*

[57] De acordo com o parágrafo único do art. 2º do Decreto Municipal n.º 43.232, de 22 de maio de 2003, não se aplica aos casos de solicitação de potencial construtivo adicional mediante

sujeite a eventuais efeitos de uma possível denegação de licença, que são a sustação da construção com a consequente demolição do que tiver sido construído[58].

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

Em nenhum dos dois casos poderá se alegar direitos adquiridos[59].

3.3 - SILÊNCIO POSITIVO IMPLÍCITO

3.3.1 - LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO

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

Dentre as modalidades de lançamento tem-se o lançamento por homologação, que é aquele em que o sujeito passivo antecipa o pagamento do tributo, sem prévio exame da autoridade competente. Tomando conhecimento,

---

outorga onerosa a possibilidade de início de execução de obra ou edificação antes de sua aprovação.

[58] Afirma LUCIA VALLE FIGUEIREDO (FIGUEIREDO, Lucia Valle. Normas de processo administrativo no Estatuto da Cidade. DALLARI, Adilson Abreu, FERRAZ, Sérgio (coords.). Estatuto da cidade (comentários à Lei Federal 10.257/2001). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 366): *"podemos afirmar que o silêncio administrativo aliado a ato do particular – a comunicação feita à repartição competente – terá efeito do ato administrativo de deferimento sob condição resolutória. Esta operar-se-á se ocorrer o indeferimento do pedido (nesse caso, ainda que serôdio), obviamente desde que se tenham verificado originariamente os pressupostos legais da expedição da licença".* No mais, acrescenta (*Op. Cit.*, p. 367) a possibilidade da Administração continuar inerte, mesmo após a comunicação à repartição técnica competente e afirma que terá o particular o *"direito a obter o 'auto de conclusão', depois da vistoria, desde que se compadeça a obra com a legislação vigente à época em que deveria ter sido deferida a licença".*

[59] Afirmou o Supremo Tribunal Federal que uma vez que a lei local tolera o início da construção, após certo prazo contado do pedido de aprovação da planta, mas sujeita o proprietário a demolição se a licença vier a ser denegada, não se pode falar em direito adquirido, nem em lei retroativa. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: RE - RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Processo: 68954 UF: SP - SÃO PAULO, Fonte: DJ 12-06-1970 PP-*****, Relator(a): ALIOMAR BALEEIRO)

a autoridade administraitva homologa, operando-se simultaneamente a constituição definitiva do crédito tributário e a sua extinção.

Caso a lei não fixe prazo para essa homologação, afirma o § 4º, do art. 150 do CTN que ele será de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador. Se expirado este prazo sem que a Fazenda Pública se pronuncie, considera-se-á homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. Logo, o silêncio da administração produz a decadência, ou seja, a impossibilidade do Fisco rever os procedimentos efetuados pelo sujeito passivo[60].

4. POSSIBILIDADE DE REVOGAR OU REFAZER EFEITOS DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

Observou-se que o administrador tem o dever de apreciar e expressamente decidir a postulação de qualquer administrado, logo, não está desonerado do dever de apreciar o requerimento.

Como a Administração tem a prerrogativa de revogar seus atos a qualquer momento, poderá mudar o efeito negativo ou positivo de eventual silêncio do mesmo modo que poderia realizá-lo com os atos administrativos[61]. Tal equação pode ser encontrada nos termos da Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal[62]. Assim como se tivesse praticado um ato de modo concreto, o administrador pode anular ou revogar os efeitos negativos ou positivos de seu silêncio, atendidas as consequências exteriorizadas na súmula.

No entanto, tal prerrogativa não é ilimitada, pelo contrário, existem determinadas situações jurídicas que não rendem ensejo à revogação, como os atos que exauriram os seus efeitos; os que derivam de situações vinculativas, pois nestes o administrador não tem margem de liberdade; os atos que geram direitos adquiridos (art. 5°, XXXVI, CRFB); entre outros. Em qualquer caso o efeito será *ex nunc*.

---

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

[61] Já se mencionou que o silêncio administrativo configura-se como um fato administrativo e não como um ato, motivo pelo qual, tal possibilidade apenas se vislumbrará quando o efeito do mesmo se exteriorizar em um ato.

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

Desse modo há uma possibilidade geral para revogar, anular ou mudar o efeito negativo ou positivo do silêncio administrativo, além de poder adicionar condições e limitações as decisões tácitas depois que advir a existir.

No entanto, diante de efeitos positivos parece que só será admissível a via anulatória em face do respeito que o Poder Público deve ao ato jurídico perfeito e acabado. Assim o será, se o efeito positivo tiver se exteriorizado em ato. É o caso do reajuste ou revisão das tarifas de delegatários de serviço público do Estado do Rio de Janeiro (art. 20, da Lei Estadual n.º 2.869, de 18 de dezembro de 1997 e art. 10 da Lei Estadual n.º 2.752, de 02 de julho de 1997) que autoriza a colocação em prática da proposta que não tenham sido apreciadas pelo órgão competente, até que o mesmo decida de outra forma, operando-se as compensações necessárias no prazo que lhes for determinado. Como também há o caso da normativa sobre licenciamento de obras no Município de São Paulo (itens 4.2.3 e 4.2.4 do Código de Obras e Edificações do Município de São Paulo (Lei Municipal n.º 11.228, de 25 de junho de 1992) e no item 4.B.4 do Decreto Municipal n.º 32.329, de 23 de setembro de 1992) e de Salvador (art. 44 da Lei Municipal n.º 3.903, de 27 de julho de 1988) que autorizam o interessado a iniciar a obra submetida a licença no caso de silêncio da Administração, no entanto, reserva expressamente seu direito de indeferir ou não o pedido.

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

5. CONTROLE DO JUDICIÁRIO EM RELAÇÃO AO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

No Brasil vigora o princípio da jurisdição única, o que implica dizer que *"nenhuma lesão ou ameaça de lesão escapará à apreciação do Poder Judiciário"* (art. 5º, XXXV, da CRFB), ou seja, o ato administrativo pode ser controlado pelo Judiciário. A decisão administrativa apenas se torna definitiva com o trânsito em julgado, prevalecendo sobre eventual decisão que tenha sido tomada ou pudesse vir a ser tomada[63]. Aqui, o contencioso administrativo restou substituído pela unicidade da jurisdição estatal[64], por isso, afirma-se que o

[63] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 840556, Processo: 200600851969 UF: AM Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 26/09/2006 Documento: STJ000720517, Fonte: DJ DATA:20/11/2006 PÁGINA:286 RDDT VOL.:00138 PÁGINA:170 REVFOR VOL.:00390 PÁGINA:401, Relator: Ministro Francisco Falcão, Data Publicação: 20/11/2006.

[64] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 762049, Processo: 200501034303 UF: PR Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão:

administrado não está obrigado a esgotar os recursos administrativos para, só então, ingressar em juízo, podendo fazê-lo tão logo o seu pedido seja formalmente indeferido ou na hipótese de silêncio administrativo no cumprimento da obrigação que a lei lhe impõe[65].

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

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

A Súmula 429 do Supremo Tribunal Federal admite o uso genérico do Mandado de Segurança contra qualquer omissão da autoridade tendo um prazo de 120 dias para impetrar o mesmo em um juízo competente (art. 18 da Lei Federal n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951)[66]. A omissão da Administração em apreciar a postulação administrativa em prazo razoável configura o silêncio administrativo e enseja a impetração de Mandado de Segurança para determinar à autoridade pública à apreciação do pedido, mas também, para que o Poder Judiciário conceda o direito pleiteado[67].

O problema da utilização de tal remédio constitucional recai sobre o fato de que o Judiciário não pode, em determinados casos, determinar a prática de certos atos, mas tão somente reconhecer que houve violação a direito líquido e certo, ou seja, se diante de postulações que tivessem uma manifestação vinculada por parte da Administração poderá o Judiciário suprir diretamente o administrador, concedendo judicialmente os efeitos que se pretendia extrair da decisão administrativa[68]. Agora, se o ato estiver fundado em manifestação

---

10/04/2007 Documento: STJ000743254, Fonte: DJ DATA:26/04/2007 PÁGINA:218, Relator: Luiz Fux, Data Publicação: 26/04/2007.

[65] BRASIL. Tribunal Regional Federal – Quarta Região. Classe: AC - APELAÇÃO CÍVEL, Processo: 9504615899 UF: RS Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA, Data da decisão: 19/11/1998 Documento: TRF400068314, Fonte: DJ DATA:03/02/1999 PÁGINA: 585, Relator(a): EDUARDO VANDRÉ OLIVEIRA LEMA GARCIA.

[66] *Súmula n.º 429: A existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão da autoridade.*

[67] BRASIL. Tribunal Regional Federal – Terceira Região. Classe: AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 200482, Processo: 200003990250967 UF: SP Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA, Data da decisão: 09/06/2004 Documento: TRF300095620, Fonte: DJU DATA:31/08/2005 PÁGINA: 157, Relator(a): NERY JUNIOR

[68] O Judiciário brasileiro, não poucas vezes, supre a Administração quando diante de providência de caráter vinculado. Em caso específico de silêncio administrativo, o Tribunal Regional Federal da Segunda Região declarou que em caso de omissão por parte da autoridade administrativa, mesmo quando preenchidas todas as condições objetivas de pedido de autorização para a prestação do serviço de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, esta pode ser suprida pelo Judiciário. (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Segunda Região. Classe: AGTEIAC - AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS

discricionária da Administração, não caberá outra solução ao Judiciário, que determinar ao administrador que decida[69], assinalando-lhe um prazo e em sendo o caso, fixando multa diária pelo descumprimento da ordem judicial[70].

INFRINGENTES EM AC – 206514, Processo: 199902010363418 UF: RJ Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA, Data da decisão: 15/12/1999 Documento: TRF200081062, Fonte: DJU DATA:17/05/2002 PÁGINA: 364/371, Relator(a): FRANCISCO PIZZOLANTE).

No entanto, o próprio Judiciário reconhece que não o é dado, em sede de cognição sumária, alterar unilateralmente dispositivo contratual, ao fundamento de que o silêncio da Administração nele previsto não pode ser invocado em favor de particular e concluir pela nulidade do contrato ou até mesmo o seu descumprimento, a ponto de definitivamente negar-lhe vigência. (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Quarta Região. Classe: AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO, Processo: 200304010318976 UF: PR Órgão Julgador: QUARTA TURMA, Data da decisão: 19/11/2003 Documento: TRF400091949, Fonte: DJU DATA:26/11/2003 PÁGINA: 654, Relator(a): VALDEMAR CAPELETTI).

[69] É lógico que poderá haver possibilidades de substituição da decisão administrativa pelo Poder Judiciário, afinal, já há muito não se debate se deve ou não haver controle judicial na atuação discricional da Administração, isso é certo, o que se debate é até onde, ou seja, que tipo de controle e com que intensidade deve este existir. Apesar dessa substituição não caber a princípio, é evidente que se aplicada a teoria da redução da discricionariedade a zero (*Ermessensreduzierung auf Null*), a substituição será não somente possível como necessária, já que é o única que se ajusta a regra da tutela judicial efetiva. Não se substitui a discricionariedade, unicamente sua desaparição permite a substituição. Assim, se o particular solicitar ao órgão judicial não só a anulação, mas também o reconhecimento de uma situação jurídica individualizada, o tribunal poderá declarar qual a solução correta e o direito que corresponde ao autor, mas isso só se a redução da discricionariedade chegar a zero, ou melhor, um. Isso não supõe que o Judiciário esteja excedendo a sua função.

É necessário recordar, também, a diferença entre pedidos, solicitações e requerimentos bilaterais e multilaterais. É distinto substituir a Administração em caso de pedido de licença de arma ou de subvenção do que em concessões de serviços públicos, por exemplo. Nas relações bilaterais que tenham uma discricionariedade de resposta afirmativa ou negativa existe uma maior possibilidade de redução ou até eliminação da discricionariedade, podendo inclusive ocorrer injustiças já que não há ninguém que tenha legitimidade para recorrer em caso de concessão injusta do pedido. Ocorrendo um aumento da discricionariedade vez que consolida fatos de situações irregulares, convertendo ilegalidades em discrição o que inicialmente e legalmente era vinculado. Agora se a relação é multilateral essa possibilidade diminui, assim como a diminuição ou eliminação da discricionariedade, principalmente se esta for de muitas respostas alternativas e disjuntivas.

[70] Afirma GEORGHIO ALESSANDRO TOMELIN (TOMELIN, Georghio Alessandro. Silêncio-inadimplemento no processo administrativo brasileiro. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 226, out/dez, 2001) que extraí-se da expressão *"qui tacet non utique fatetur: sed tamen verum este um non negare"* (quem cala não confessa, mas é verdade que não nega) o princípio do silêncio-inadimplemento. Para o autor as soluções, a partir do ordenamento jurídico-positivo brasileiro, são as seguintes: *"1. A contar da notificação do administrado que lhe informa o fim da instrução do processo administrativo (art. 44, L. 9.784/99) começa a correr o prazo de 30 dias para que a administração decida. Transcorrido in albis este prazo, a administração estará em mora, e sua omissão será atacável pela via mandamental. Pode, então, o magistrado suprir diretamente a inércia do administrador nos aspectos vinculados do ato combatido, concedendo judicialmente os efeitos que se pretendia extrair da decisão administrativa faltante. Nos casos de ato fundado em poder discricionário, determinará ao administrador que decida imediatamente, assinando-lhe o prazo genérico de 5 dias (art. 24, L. 9.784/99), após o que se poderá fixar multa diária pelo descumprimento da ordem judicial.*

2. Nos casos em que a administração tenha se manifestado pela prorrogação do prazo, até o trigésimo dia, por "despacho motivado", passa esta decisão a ser o ato atacável pela via mandamental, quando esteja carente de motivação legal ou se 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 originariamente pelo

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

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

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

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

Desse modo, na atualidade, todos os mecanismos existentes são insuficientes para uma verdadeira tutela judicial efetiva. Tenta-se, ainda, remediar o silêncio com a responsabilização do Estado, não corrigindo o mal em si, deixando o administrado com a expectativa de que a Administração cumpra com seu dever.

6. PRESCRIÇÃO E SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

Não se pode admitir a eterna incerteza nas relações intersubjetivas a que o direito confere juridicidade. A prescrição visa justamente conferir estabilidade a tais situações, pois imprime solidez e firmeza ao liame jurídico constituído entre os integrantes desta relação. Confere também segurança jurídica, vez que extingue o direito de ação em razão da inércia do seu titular pelo decurso de determinado lapso temporal. O que se extingue é a ação e não propriamente o direito, ficando este incólume, impoluto, vez que não terá

---

administrado perante a administração), nos casos de conduta vinculada, ou determinar que a administração o faça em 5 dias (art. 24, L. 9.784/99), quando estivermos diante de atos fundados em discricionariedade, fixando "astreinte" por dia de descumprimento da ordem judicial.

3. Nas hipóteses em que for válido o ato de dilação do prazo, o direito ao mandado de segurança nasce tão-somente a partir do sexagésimo primeiro dia, com as mesmas conseqüências expostas nos dois itens anteriores".

nenhuma eficácia no plano prático, não podendo ser efetivamente desfrutado. É, portanto, a prescrição a perda da ação atribuída a um direito e de toda sua capacidade defensiva, em consequência do não-uso delas, durante um determinado espaço de tempo.

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

O Decreto Federal n.º 20.910, de 06 de janeiro de 1932, regula a prescrição quinquenal. Sabe-se que as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, assim como todo o direito e as prestações correspondentes a pensões vencidas ou por vencerem, ao meio soldo e ao montepio civil e militar ou a quaisquer restituições ou diferenças, prescrevem em 5 (cinco) anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem[71].

Tal panorama mudou com a edição do Novo Código Civil, tendo em vista o art. 206, §3º, V, a prescrição se dará em três anos nas pretensões de reparação civil. Entende-se que o prazo prescricional da ação de reparação por danos em face da Administração, diminuiu de cinco para três anos, ficando prejudicada a norma do antigo Código Civil, por óbvio, e as normas do art. 1º do Decreto Federal nº 20.910/32 e do art. 1º-C da Lei Federal n.º 9.494/97[72].

Independente do prazo prescricional, importa saber que admite-se que a Administração possa frustrar processo por ela mesma tenha estabelecido. Basta deixar de despachar no mesmo durante um período de 3 (três) anos, para afinal beneficiar-se com a prescrição. Dita o art. 4º do Decreto[73] que não corre a prescrição durante a demora que, no estudo, no reconhecimento ou no

---

[71] O prazo é de cinco anos não porque tem como fundamento o fato de que, verificada a prescrição judicial da ação popular, não teria mais a Administração a possibilidade de revisão de seus atos, e sim, porquanto se adota, por analogia, o prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei Federal nº 9.784/99. *Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.*

[72] Esse também é o entendimento de: GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 190 e CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 451.

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

pagamento da dívida, considerada líquida, tiverem as repartições ou funcionários encarregados de estudar e apurá-la. Logo, enquanto pender sem resposta requerimento dirigido à Administração, o fluxo prescricional em favor desta não se inicia. Por isso que, somente a manifestação expressa da administração pode marcar o início do prazo prescricional[74].

7. RESPONSABILIDADE DO ESTADO EM CASOS DE SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

O Brasil agasalhou a Teoria do Risco Administrativo para fundamentar a responsabilidade civil objetiva do Estado (art. 37, §6º, CRFB). Desse modo, o Estado responde pelos atos de seus agentes[75] independentemente da presença do elemento culpa, caso ocasionem dano à terceiro. Para isso, basta que ocorra um fato ou ato administrativo - culposo ou não - ou omissão, um dano e o nexo de causalidade entre esse fato ou ato e o dano, para o Estado ser obrigado a ressarcir a pessoa lesada.

---

[74] É esse o entendimento do Judiciário brasileiro. O Supremo Tribunal Federal já afirmou que a conduta omissiva da Administração, importando inadimplemento do dever de providenciar sobre a matéria posta a seu exame, não dá ensejo a prescrição do Direito do Administrado. (Brasil. Supremo Tribunal Federal. Classe: RE - RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Processo: 115033 UF: MG - MINAS GERAIS, Fonte: DJ 11-03-1988 PP-04749 EMENT VOL-01493-04 PP-00790, Relator: CARLOS MADEIRA). Noutra ocasião, o mesmo Tribunal, agora na íntegra do voto, teve a oportunidade de manifestar-se por meio do Ministro OSWALDO TRIGUEIRO que: *"Admitir-se que a Administração pudesse frustrar, por inteiro, o processo por ela própria estabelecido – deixando de despachar o processo durante cinco anos, para afinal beneficiar-se com a prescrição – é coisa que, além de moralmente contestável, parece não encontrar guarida em nosso direito positivo".* (Brasil. Supremo Tribunal Federal. Classe: RE-embargos - EMBARGOS NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Processo: 75941 UF: SP - SÃO PAULO, Fonte: DJ 15-03-1974 PP-***** RTJ VOL-66594- PP-*****, Relator(a): XAVIER DE ALBUQUERQUE)
Do mesmo modo, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que *"enquanto pender sem resposta requerimento dirigido a Administração, o fluxo prescricional em favor desta não se inicia".* (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: REsp - RECURSO ESPECIAL, Processo: REsp 7374 / BA, UF: BA – BAHIA, Fonte: DJ 17.12.1992 p. 24213, Relator(a): HUMBERTO GOMES DE BARROS e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: REsp - RECURSO ESPECIAL, Processo: REsp 19405 / SP, UF: SP – SÃO PAULO, Fonte: DJ 16.11.1992 p. 21096, Relator(a): HUMBERTO GOMES DE BARROS). E mais, afirmou esse mesmo Tribunal que a *"teoria do silencio eloquente e incompativel com o imperativo de motivação dos atos administrativos. Somente a manifestação expressa da administração pode marcar o inicio do prazo prescricional"* (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: REsp - RECURSO ESPECIAL, Processo: REsp 16284 / PR, UF: PR – PARANÁ, Fonte: DJ 23.03.1992 p. 3447, RSTJ vol. 32 p. 416, Relator(a): HUMBERTO GOMES DE BARROS).

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

Logo, em regra, o Estado responde objetivamente, sendo exceção a necessidade de provar a culpa do seu agente. Resta saber aqui, se eventual conduta omissiva ou o silêncio da Administração, quando deva agir ou manifestar-se, gera responsabilidade.

Para RENAN MIGUEL SAAD[76] na ocorrência de comportamento omissivo a responsabilidade Estatal é subjetiva, por depender de procedimento doloso ou culposo. Segundo o autor[77], os prejuízos, no caso de omissão, não são causados diretamente pelo Estado, mas por acontecimento alheio a ele, já que a omissão para ser causa de dano implica na ocorrência de fato a que o agente tem o dever de impedir. Para esta doutrina, o Estado responde porque devendo agir não o fez, incorrendo no ilícito de deixar de obstar aquilo que poderia impedir e estava obrigado a fazê-lo.

GUILHERME COUTO[78] e SÉRGIO CAVALIERI FILHO[79] estabelecem diferença entre omissão genérica e específica. Eles entendem que será responsabilidade subjetiva do Estado a omissão genérica, ou seja, quando não há dever específico de agir. Quando houver, definem a responsabilidade como objetiva.

Em síntese, pode-se afirmar que, até a entrada em vigor do Novo Código Civil, a responsabilidade civil do Estado que abarcava condutas comissivas era objetiva, enquanto que era subjetiva para as condutas omissivas genéricas e objetiva para as omissivas específicas.

No entanto, o Novo Código Civil mesmo tendo quase *ipsis literis* transcrito o art. 37, §6º, da CRFB no art. 43, revogou de vez o art. 15 do Código Civil de 1916, que semeava muitas discussões. Assim, até o Novo Código Civil a responsabilidade civil subjetiva não tinha sido de um todo banida da nossa ordem jurídica.

Como o art. 15 do antigo Código foi revogado pelo atual, não há mais fundamento legal para sustentar a responsabilidade subjetiva do Estado, determinando-se a responsabilidade da Administração, com base na culpa anônima ou falta de serviço, seja porque esta não funcionou quando deveria normalmente funcionar ou porque funcionou mal ou tardiamente. Com esse novo dispositivo, ficará inviável a sustentação de que a responsabilidade civil do Estado na omissão genérica é subjetiva. Deve o Estado, portanto, ter sua responsabilidade excluída, adotando a teoria da irresponsabilidade, porque o direito brasileiro não agasalha a teoria do risco integral. Nada impede, contudo,

---

[76] SAAD, Renan Miguel. O ato ilícito e a responsabilidade civil do Estado: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994, p. 67.
[77] Op. Cit.p. 67-68.
[78] COUTO, Guilherme. A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 37.
[79] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 169.

que o lesado demonstre em cada caso concreto que houve falha na prestação do serviço estatal[80].

O silêncio administrativo é configurado como uma ausência de um dever jurídico de agir e, portanto, equipara-se a um ato ilícito. Assim, ficando comprovado o silêncio e se ficar demonstrado o dano e o nexo causal, inegável hoje sustentar a incidência da responsabilidade civil objetiva, baseada na teoria do risco administrativo.

Ressalte-se, que as hipóteses de responsabilização também são aplicáveis às situações em que a resposta surja quando já superado o tempo legal previsto para a situação ou, em não o existindo, o tempo razoável para aquela manifestação.

Além disso, não se pode esquecer a necessidade de responsabilização pessoal do agente administrativo que, mantendo-se inerte, furtou-se do dever de responder aos pleitos do administrado[81].

CONCLUSÕES

O deferimento tácito, no trabalho chamado de silêncio positivo, forma-se por meio de uma ficção a um fato jurídico, que é o silêncio administrativo. Concede esse, nos casos e condições previstos, o correspondente à pretensão solicitada, na sequência de um lapso temporal sem que a Administração tenha-se pronunciado sobre a mesma.

Seu fundamento está baseado, principalmente, no direito a uma razoável duração dos processos administrativos, a uma resposta da Administração para qualquer pedido, solicitação ou requerimento, a garantia da seguridade jurídica e a satisfação da exigência de uma tutela jurisdicional efetiva.

---

[80] A favor desse entendimento: WILLEMAN, Flávio de Araújo. Responsabilidade civil das agências reguladoras. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2005, p. 35; CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 447. Contra: TELLES, Eduardo Maccari. A responsabilidade civil do Estado por atos omissivos e o novo Código Civil. *In:* VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra (org.). A responsabilidade civil empresarial e da Administração Pública. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 241-242.

[81] O judiciário quando diante de um caso de silêncio administrativo de requerimento administrativo pedindo a devolução do indébito tributário, julgou de acordo com o princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais, ser justo e equitativo que toda sociedade, através do Estado, arque com o prejuízo do administrado, no caso a contratação de advogado para pelejar. (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região.Classe: AC - APELAÇÃO CÍVEL – 9101100513, Processo: 9101100513 UF: DF Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA, Data da decisão: 30/10/1991 Documento: TRF100009373, Fonte: DJ DATA: 18/11/1991 PÁGINA: 28974, Relator(a): ADHEMAR MACIEL)

Ainda carente de atenção, tal instituto possui um relevo extraordinário. Não se pode admitir a arbitrariedade do administrador público. A discricionariedade (ou não) da Administração não pode assegurar ao Poder Público a prerrogativa de não se manifestar, ficando inerte ou silenciado sobre qualquer petição, solicitação ou requerimento.

Até o momento a doutrina brasileira vem atrelando a discussão em torno do direito de indenização ao prejudicado à luz da teoria do abuso de poder e a natureza jurídica do silêncio administrativo. Não possui o Direito brasileiro, ao menos a nível federal, uma regra geral, nem sobre como deve o administrado proceder nem sobre os efeitos, positivo ou negativo, do silêncio.

O que existe no Brasil são casos esporádicos em determinadas leis que preveem a atribuição de efeitos, configurados ora como silêncio positivo, ora como silêncio negativo. O intuito é amparar o administrado que se encontre prejudicado pelo silêncio, com a intenção de evitar, ou ao menos minimizar, as consequências a que fica vulnerável o administrado.

Assim, para não permanecer o administrado desprotegido, avultam de importância os dispositivos legais que atribuem ao silêncio administrativo efeitos, conferindo ao fato, por ficção jurídica, uma significação que reduz a insegurança jurídica da mesma. Não se trata de uma sanção, mas sim, insista-se, de um mecanismo que se coloca em favor do administrado tendentes a atenuar os prejuízos que lhe seriam provocados.

De qualquer modo, entende-se que em possuindo um efeito negativo ou positivo, haverá de existir uma previsão na mesma. Não se vislumbra a possibilidade de qualquer efeito legal sem a devida previsão normativa.

Por tais motivos se conclui que são três as possibilidades existentes na produção de efeitos positivos. Tratando-se de atribuição legal que expressamente concede o peticionado, solicitado ou requerido se decorrido prazo para a autoridade pronunciar-se, estar-se-á diante do silêncio positivo próprio. Este silêncio pode, também, estar condicionado à realização de determinada tarefa, sendo então, considerado como um silêncio positivo condicionado. E, por fim, também pode existir atribuição legal que não expressamente conceda o peticionado, solicitado ou requerido, mas que presta-lhe, indiretamente, um efeito positivo a petição, solicitação ou reclamação, sendo chamado de silêncio positivo implícito.

Em qualquer dos casos ganhará o administrado a legitimação da Administração para atuar conforme o que tenha pedido, solicitado ou requerido. No entanto, existe possibilidade de que tal fato seja revogado ou refeito pela Administração, tendo em vista o princípio da auto-tutela, como estipulado na Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, cabe ressaltar que, em qualquer dos casos de silêncio administrativo (positivo ou negativo), em preferindo o administrado socorrer-se a esfera judicial, apesar da dificuldade instrumental existente, não estará o

Judiciário ingerindo indevidamente no âmbito administrativo ao impor multa à Administração para que esta conceda uma resposta e nem mesmo ter-se-á infração caso esse oferte a própria resposta a que tem direito o administrado.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

SADDY, André. EFEITOS JURÍDICOS DO SILÊNCIO POSITIVO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 20, outubro/novembro/dezembro, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-20-OUTUBRO-2009-ANDRE-SADDY.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Trata-se de desenvolvimento do trabalho realizado como professor visitante da Universidade de Utrecht – Holanda quando convidado para lecionar sobre o Silêncio Positivo no Ordenamento Jurídico Brasileiro – 25 e 26 de junho 2008.