

**ADRIANA ANCONA DE FARIA**



**O SILÊNCIO ADMINISTRATIVO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito do Estado, na subárea de Direito Administrativo sob a orientação do Professor Doutor Celso Antônio Bandeira de Mello.

Biblioteca  
Nadir Gouveia Kfour  
PUC/SP

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**

**2002**

**BANCA EXAMINADORA**

*Wally*

---

*Himendone*

---

*Wally*

---

## AGRADECIMENTOS

Na apresentação deste trabalho, eu não posso deixar de registrar, com profunda gratidão, os agradecimentos a todos aqueles que colaboraram com sua realização, seja do ponto de vista pessoal ou profissional.

Meus sinceros agradecimentos ao Professor Doutor Celso Antônio Bandeira de Mello que por meio de sua orientação tornou possível este projeto, me fazendo enfrentar os limites e incorreções deste texto. Jurista maior, que nunca abandonou os bancos da graduação em sinal do seu profundo compromisso com a formação de nossos alunos, com a qualidade de nossa Faculdade de Direito, e com a construção de um País mais justo.

Agradeço ao Carlos Ari Sundfeld e à Lucimara Moraes Lima, pela bibliografia cedida.

A todos meus amigos da Reitoria da PUC/SP agradeço pelo incentivo constante, não só pela importância dada ao desenvolvimento deste projeto especificamente, mas pelo incentivo cotidiano em relação ao projeto de Universidade que representa nossa PUC.

À Tê, Branca, Dinha e Beati, pelos “papos”, “dicas” e revisões carinhosos e fundamentais.

A todas as secretárias que prestativas e acolhedoras encaminharam sempre minhas dúvidas, em especial a Sandra, Ivanilde (que tanto cuidam de mim), Terezinha e Dirce.

À Ana Rapa~~55~~ pela cuidadosa revisão da minha bibliografia, e a Edilaine que ajudou nesse trabalho.

À Leda Pereira da Mota, minha eterna professora, que trouxe o direito para minha vida, me fazendo querer aprender e ensinar.

À Lia e Cabé, meus queridos pais, por todas as realizações da minha vida. Um agradecimento especial à minha mãe pelas carinhosas correções de meu texto.

Ao Álvaro, Regina, Bia, Miguel, Lelê, Luli, Denise, Luisa, Pedro, Chico, Valéria, Ely e José (*in memória*) que são a minha amorosa família, sempre disponível, presente e solidária.

À Lelê, minha querida irmã, pelo apoio constante, em especial nos meus momentos de “desalento” frente às dificuldades de minha dissertação.

Ao Chico, meu cunhado, e ao Rodrigo d’Avila Mariano um especial agradecimento pela construção do “*abstract*”.

À Rosana, Geraldinho, Chico e Tati, compadres e amigos preciosos, por todos os “socorros” e todos os dias.

À Neide, que nunca economizou amor e carinho para o dia a dia de meus filhos; ao Carioca e Rosa, que cuidam de minha casa e minhas tarefas domésticas por mim.

E, principalmente, ao Lula, Martim e Marília, por todo amor dedicado, por todas as horas roubadas, por todas as leituras e revisões, por todos os debates, por todo o companheirismo, por toda a torcida, por toda paciência, por toda compreensão e por todas as alegrias que me dão à vida.

*Ao Lula, meu maior amor;  
Ao Martim e Marília, meus amores mais profundos.*

## RESUMO

Este trabalho busca enfrentar a discussão conceitual do instituto jurídico do silêncio administrativo; considerando como premissa, para essa definição, a concepção de Estado disposta na Constituição Federal que define o Estado Brasileiro como um Estado Democrático de Direito.

Na abordagem do tema proposto o presente estudo preocupa-se em delimitar o instituto do silêncio administrativo, diferenciando conceitos por vezes apresentados de maneira confusa pela doutrina administrativa.

Levando em conta a escassez de publicações de monografias jurídicas sobre o silêncio administrativo, cuida em trazer posições de doutrinadores nacionais e internacionais, bem como realidades jurídicas vigentes que regulamentam o tema.

Assume o debate que discute a natureza jurídica do silêncio administrativo, rejeitando posições que o definem como um ato administrativo, e considerando-o como um fato administrativo.

O móvel que sustenta todo esse percurso, na discussão dogmática do instituto do silêncio administrativo, reside na compreensão de que essa explicitação conceitual poderá permitir uma maior instrumentalização dos poderes públicos e dos cidadãos no combate dessa omissão indesejada e, ao mesmo tempo, prática constante dos poderes constituídos.

Dentro desse enfoque, o trabalho busca construir interpretações jurídicas de enfrentamento dessa omissão irregular que, em sendo assumidas pelos aplicadores do direito, poderão desestimular a inatividade da Administração Pública, reforçando, com isso o respeito à concepção democrática de Estado.

A conceituação do instituto e a explicitação dos efeitos jurídicos dele decorrentes traduz a necessidade de controle dessa hipótese omissiva, que deve ser combatida pelo exercício da autotutela administrativa, pelo controle jurisdicional e por uma interpretação das conseqüências jurídicas dessa realidade fundamentada na proteção do interesse do administrado prejudicado e no cuidado de não fortalecer jamais um comportamento omissivo do órgão público que deveria agir e se omitiu.

## ABSTRACT

This work tackles the debate over the concept of "administrative silence"; as a premise to the definition of "administrative silence", we take the concept of State as outlined in the Federal Constitution, which defines the Brazilian State as democratic and ruled by law .

In our approach to the present theme, this paper is concerned with circumscribing the concept of "administrative silence", distinguishing its several and sometimes confusing conceptions found in the administrative doctrine. Considering the scarcity of published juridical monographs on "administrative silence", we introduced viewpoints collected from international and national doctrine, as well as the current juridical scenarios, which regulate the matter.

We broach the debate over the juridical nature of "administrative silence", rejecting its definition as an administrative act, to consider it, instead, an administrative fact.

The sustaining motive of our dogmatic discussion on this concept rests on our understanding that the clarification there of may provide citizens and the public administration with better instruments to fight this undesirable omission, which is common practice among the constituted powers.

In this scenario, we have tried to build juridical interpretations to oppose such irregular omission. In being resorted to by legal agents, the legal interpretations we have proposed to construe would discourage the omission of the public administration, thus reinforcing the respect to the democratic conception of State.

The building of a concept for "administrative silence" and the outlining of the juridical effects derived therefrom do express the necessity of control of omissive conduct, which must be fought through the practice of administrative and jurisdictional control and through the interpretation of the juridical consequences of the omission, grounded on the protection of the interests of the aggrieved public and on paying close attention not to reward under any circumstances a public body's behavior of omitting itself when it would be supposed to act .

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>001</b>
-------------------------	------------

### CAPÍTULO I

#### **CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES AO ESTUDO DO SILÊNCIO**

<b>ADMINISTRATIVO: DO FATO AO ATO ADMINISTRATIVO .....</b>	<b>007</b>
1.1 O Ato Administrativo segundo Celso Antônio Bandeira de Mello .....	016
1.1.1 A vontade: elemento constitutivo do ato administrativo? .....	021
1.1.2 Motivo: teoria dos motivos determinantes .....	025
1.1.3 Forma, formalização e motivação .....	027
1.1.4 Procedimento/processo administrativo .....	033
1.1.5 Revogação, invalidação, presunção de legitimidade: conseqüências jurídicas distintas entre o ato e o fato administrativo .....	042
a) Revogação .....	044
b) Invalidação .....	045
c) Presunção de legitimidade .....	047

### CAPÍTULO II

#### **DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE SILÊNCIO ADMINISTRATIVO, SUA FUNDAMENTAÇÃO HISTÓRICA E REFERÊNCIAS**

<b>NORMATIVAS AO TEMA .....</b>	<b>050</b>
2.1 A inatividade formal da Administração e o dever constitucional de responder .....	051
2.2 Ato tácito, ato implícito e silêncio administrativo .....	056
2.2.1 Ato implícito .....	058
2.2.2 O silêncio administrativo .....	061

2.3 Referências históricas e comparadas do silêncio administrativo .....	064
2.4 O silêncio administrativo no Brasil – referências legislativas .....	077
2.5 A técnica do ato presumido – considerações sobre a Lei espanhola 30/1992 desenvolvidas por Jose Ignacio Morillo – Velarde Perez .....	080

### **CAPÍTULO III**

<b>A NATUREZA JURÍDICA DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO E AS CONSEQÜÊNCIAS DECORRENTES DA OPÇÃO ASSUMIDA .....</b>	<b>088</b>
3.1 Posições assumidas pela doutrina estrangeira .....	088
3.2 O silêncio administrativo para a doutrina brasileira .....	099
3.3 A natureza jurídica do silêncio administrativo: concepção dogmática defendida neste trabalho .....	108

### **CAPÍTULO IV**

<b>O SILÊNCIO ADMINISTRATIVO FRENTE À ORDEM POSITIVA BRASILEIRA .....</b>	<b>118</b>
4.1 A delimitação do conceito de silêncio administrativo em face da normatividade vigente .....	118
4.1.1 O silêncio administrativo do ponto de vista constitucional .....	118
4.1.2 Previsões normativas e jurisprudenciais específicas ao tema do silêncio administrativo .....	124
4.1.3 Mandado de Injunção e Ação de Inconstitucionalidade por omissão: garantias constitucionais de enfrentamento do silêncio administrativo regulamentar .....	132
4.2 Efeitos e conseqüências da conceituação do silêncio como fato administrativo .....	135
4.2.1 A função política da teoria do silêncio administrativo .....	136
4.2.2 O silêncio administrativo em virtude da falta de edição de norma regulamentar devida .....	137

4.2.3 O silêncio administrativo pela falta de emanção de ato administrativo concreto .....	139
4.2.3.1 Reflexões necessárias ao silêncio como fato administrativo .....	141
a) Impropriedade de incidência dos prazos recursais peremptórios e do prazo decadencial do Mandado de Segurança .....	142
b) Substituição de instância – uma das conseqüências do silêncio .....	147
c) Vício de vontade frente ao silêncio administrativo .....	150
d) A reparação do silêncio por via judicial .....	151
e) Análise da oportunidade do silêncio negativo como regra .....	153
f) Considerações sobre o silêncio positivo .....	154
g) A manutenção do dever de decidir da Administração Pública .....	158
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>160</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>170</b>

## INTRODUÇÃO

O presente estudo visa discutir o instituto do silêncio administrativo, ou seja, preocupa-se em desenvolver uma reflexão conceitual acerca da inatividade formal da Administração Pública que obstaculiza o exercício de direito ou interesse de particular, pela falta de emanção de ato administrativo concreto ou regulamentar.

A caracterização do estudo como uma reflexão conceitual decorre do fato de não ser objeto deste trabalho o estudo exaustivo das previsões legislativas e jurisprudenciais que regulam o tema, mas de representar a tentativa de aprofundamento doutrinário acerca da natureza e das peculiaridades do instituto que, ao nosso ver, foi pouco enfrentado pela doutrina pátria.

Evidentemente, a análise doutrinária pretendida utiliza-se das normas positivas presentes no sistema jurídico brasileiro, mas, mais do que uma explicitação do direito positivo, preocupa-se em delimitar a natureza jurídica do silêncio administrativo, assumindo a discussão desse como um fato administrativo e, ao apresentar a fundamentação dessa escolha, define o instituto como uma omissão indesejável à ordem jurídica, o que impõe a necessidade de discussão das conseqüências advindas dessa situação.

Para a delimitação da natureza jurídica do silêncio, como um fato administrativo, pautaram-se algumas questões como norteadoras do debate. Ou seja, o estudo procura definir um raciocínio que permita demonstrar que, mesmo considerando a pluralidade de ordenamentos jurídicos que vigoram em países que se caracterizam como Estados Democráticos de Direito, a inatividade formal da Administração, visto que não representa uma declaração do Poder Público e constitui uma situação indesejada pela ordem jurídica, não deve ser identificada como um ato administrativo.

Nesse sentido, com vistas à conceituação (definição da natureza jurídica) do silêncio administrativo, o trabalho se propõe a responder às seguintes indagações:

- a) O silêncio é uma técnica legislativa (previsão normativa) de enfrentamento da inatividade formal da Administração ou é a própria falta de pronúncia da Administração frente a requerimento de particular na defesa de interesse próprio, ou na atuação de órgão controlador?
- b) O silêncio pode representar a expressão da vontade tácita da Administração, uma vez que essa conheça o resultado de sua inação, por força de disposição legal a respeito? O fato de a consequência jurídica do silêncio estar prevista na lei, com efeitos diretos e imediatos, é suficiente para caracterizá-lo como ato administrativo?

- c) O silêncio, entendido como uma omissão da Administração, pode ser reconhecido como uma maneira legítima de a Administração manifestar-se frente às demandas que lhe sejam feitas, uma vez que a lei lhe atribui consequências jurídicas e dado que essas consequências são reguladas pelo direito administrativo? Essa omissão pode ser entendida como “*uma providência jurídica complementar da lei a título de lhe dar cumprimento*”, conforme definição de ato administrativo dada por BANDEIRA DE MELLO (2001:343-4)? O silêncio é uma omissão que atende à ordem jurídica ou que a viola?
- d) É possível aceitar um ato administrativo sem extroversão, forma ou motivação?
- e) Para a caracterização do silêncio como ato ou fato administrativo, são relevantes as distinções do silêncio entre *silêncio positivo*, *silêncio negativo*, *silêncio em via de petição* ou *silêncio em via de controle*?

O silêncio é questão que se apresenta para o mundo jurídico em geral, atingindo os diversos ramos do Direito. Todavia, é curial que o estudo deste subdivida-se, de sorte a preservar as características próprias de cada relação jurídica que se estabelece frente uma situação silente.

Se, por um lado, a inatividade formal que envolve interesse de alguém é questão antiga para o direito privado, pressuposto de diversas análises e disciplinas normativas a respeito, por outro lado, verifica-se a necessidade de aprofundamento conceitual para o tema, no âmbito do direito público, motivo inspirador deste trabalho.

Além da ausência de literatura a respeito do tema, outra preocupação que inspirou o presente estudo foi a constatação da necessidade de explicitação do conceito de silêncio administrativo, em face dos múltiplos e diversos entendimentos que se apresentam para realidades jurídicas diversas e, muitas vezes, como se fossem as mesmas situações.

A utilização descuidada dos conceitos de ato tácito, ato implícito e silêncio administrativo, ou ainda a nomeação diferenciada, pela doutrina internacional, das realidades jurídicas que esses conceitos abarcam são motivo de grande confusão teórica, que este trabalho busca enfrentar.

Finalmente, resta apresentar o percurso desenvolvido neste estudo:

- a) No primeiro capítulo, apontamos a distinção entre ato e fato administrativo e, assumindo o conceito de ato administrativo defendido pelo Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, elegemos alguns pressupostos, requisitos e elementos do ato administrativo que entendemos relevantes para a discussão mais aprofundada do instituto do silêncio administrativo. Apresentamos, ainda, considerações acerca da falta de tradição brasileira na normatização de uma processualística administrativa, questão de franca correlação com o tema em estudo.
- b) No segundo capítulo, procuramos delimitar o conceito do silêncio administrativo, enfrentando a discussão da inatividade formal da Administração, explicitando os conceitos de ato tácito, ato implícito e do próprio silêncio administrativo, em que

introduzimos também dados históricos e análises do direito comparado que regulam a questão.

Nesse capítulo, apontamos ainda previsões legislativas nacionais que regulam o silêncio administrativo e apresentamos um estudo sobre a Lei nº 30/1992 da Espanha, que assume a técnica do ato presumido para o enfrentamento da inatividade da Administração.

- c) No terceiro capítulo, apresentamos posições da doutrina nacional e estrangeira para o tema e propomos uma concepção doutrinária sobre a natureza jurídica do silêncio administrativo. Nesse momento, ao assumirmos uma posição sobre a natureza do silêncio administrativo, contrapomos algumas afirmações apresentadas pela doutrina, em geral.
- d) No capítulo quarto, confrontamos o entendimento assumido com a normatização vigente em nosso País, seja do ponto de vista constitucional ou infra-constitucional e chegamos a algumas conclusões, com base na conceituação defendida, a respeito dos efeitos e conseqüências que, a nosso ver, devem ser assumidos como decorrentes da inatividade formal da Administração que configura o silêncio administrativo.
- e) Por fim, na Conclusão, apresentamos, além da síntese dos posicionamentos assumidos no correr do trabalho, uma análise em que se fez um último apontamento com vistas a instrumentar os reguladores e aplicadores do Direito,

ainda que de maneira incipiente, com possíveis indicativos norteadores para uma normatização futura.

Este trabalho, de maneira nenhuma, esgota o estudo do silêncio administrativo. Em verdade e a partir dele, fica claro o amplo campo de questões que se apresentam para o tema. E destaca a importância de que novos estudos se debrucem sobre as legislações brasileiras reguladoras do silêncio administrativo, analisando seus impactos, as lacunas existentes e os reparos necessários que possam precisar ser enfrentados.

Esperamos, contudo, ter contribuído para a sistematização do debate sobre o instituto do silêncio administrativo, de maneira a permitir que a sociedade, seja no âmbito de seus Poderes Públicos, seja no âmbito de sua coletividade, ou no interesse de seus administrados, possa melhor reagir frente a uma realidade omissiva que atenta contra os princípios norteadores do Estado Brasileiro.

**CAPÍTULO I**

**CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES AO ESTUDO DO**

**SILÊNCIO ADMINISTRATIVO: DO FATO AO ATO**

**ADMINISTRATIVO**

O interesse pelo estudo do silêncio administrativo decorre do fato de que, por meio de sua explicitação conceitual, é possível pontuarmos as conseqüências jurídicas que devem advir de sua existência.

A análise das conseqüências jurídicas do silêncio administrativo pressupõe um posicionamento em relação à sua natureza jurídica. Nesse sentido, é fundamental a caracterização do silêncio como um fato ou ato administrativo, motivo pelo qual estruturamos este primeiro capítulo com considerações preliminares.

Além de conceituarmos o fato administrativo e o ato administrativo, elegemos algumas discussões sobre certos elementos/pressupostos e prerrogativas do ato administrativo, sobre o processo/procedimento administrativo e sobre certas formas de extinção do ato administrativo – como a revogação e a invalidação – que merecem reflexão frente ao tema do silêncio administrativo, pois, em conseqüência da análise dessas questões, é possível melhor delimitar a concepção doutrinária e as

conseqüências jurídicas do instituto diante da ordem administrativa de um Estado de Direito, de concepção democrática.

A noção de Estado de Direito, que tem como marcos históricos as revoluções americana e francesa ou, ainda, como marcos ideológicos as concepções de ROSSEAU e MONTESQUIEU, define uma radical transformação na regulação do poder político, antagonizando-se, dessa maneira, com a noção de Estado-Polícia.<sup>1</sup> Nesse sentido, é importante que se explicita aqui que as concepções utilizadas neste trabalho apoiam-se na noção de Estado de Direito, pressuposto teórico do direito público moderno. São precisas as palavras de KELSEN (1987) na delimitação da noção de Estado de Direito, norteadora de nosso estudo:

*Se o Estado é reconhecido como uma ordem jurídica, se todo Estado é um Estado de Direito, esta expressão representa um pleonismo. Porém, ela é efetivamente utilizada para designar um tipo especial de Estado, a saber, aquele que satisfaz aos requisitos da democracia e da segurança jurídica. (p.328)*

É pacífico, na doutrina administrativa moderna, que a Administração Pública exerce função. Nesse sentido, sua atuação responde a um dever jurídico adstrito à consecução de uma finalidade definida pela ordem jurídica.

---

<sup>1</sup> "No Estado de Polícia, em conseqüência, ao reconhecer-se ao soberano um poder ilimitado quanto aos fins que poderia perseguir e quanto aos meios que poderia empregar, mal poderia desenvolver-se uma consideração científica desse Poder". Gordillo, (1977: 28)

Vale destacar ainda o conceito de administração ordenadora desenvolvido por Sundfeld (1997) que substitui o conceito de poder de polícia e "(...) nega a existência de uma faculdade administrativa, estruturalmente distinta das demais, ligada à limitação dos direitos individuais. O poder de regular originariamente os direitos é exclusivamente da lei. As operações administrativas destinadas a disciplinar a vida privada apresentam-se, à semelhança das outras, como aplicação da lei." (p.17)

Como bem expressa BANDEIRA DE MELLO (2001):

*Onde há função não há autonomia da vontade, nem a liberdade em que se expressa, nem a autodeterminação da finalidade a ser buscada, nem a procura de interesses próprios, pessoais. Há adscrição a uma finalidade previamente estabelecida e, no caso de função pública, há submissão da vontade ao escopo pré-traçado na Constituição ou na lei e há o dever de bem curar um interesse alheio que, no caso, é o interesse público; vale dizer, da coletividade como um todo e não da entidade governamental em si mesma considerada.(p.69-70)*

Ao pontuarmos essa idéia, temos clara a possibilidade de postularmos uma concepção unitária da atividade da Administração Pública, do ponto de vista teleológico, que se vincula à idéia de desempenho de função pública, ou seja, de dever jurídico, de consecução de finalidade, de realização do bem comum. Uma noção embasada no conceito de Estado de Direito que se preocupa, inicialmente, não em distinguir e conceituar as diversas funções do Estado, mas em declarar que, do ponto de vista finalista, a atuação do Estado só se legitima pelo atingimento da específica finalidade que gerou sua atribuição ao agente.

Todavia, como bem ressalta CASSAGNE (1993), essa concepção unitária sobre a atividade da Administração Pública, através de um conceito teleológico de função, não nos impede de diferenciar a diversidade de atuação que desenvolvem os órgãos do Estado e, mais precisamente, os órgãos do Poder Executivo. Se é verdade que a noção de função pública fundamenta a concepção da doutrina moderna do direito público, mais especificamente é de relevo a explicitação do conceito de função administrativa, essencial ao estudo do regime

jurídico administrativo, em que se insere o objeto dessa dissertação, o instituto do silêncio administrativo.

Os estudos acerca do conceito de Estado, suas atividades, funções ou atribuições balizam os ensinamentos do Direito Administrativo. Esses estudos delinearão conceitos modernos acerca da noção de função administrativa e pressupõem, em sua maioria, a Teoria da Separação dos Poderes desenvolvida por MONTESQUIEU (Função Legislativa, Função Executiva/Administrativa e Função Judicial).

Se, de alguma maneira, as análises das funções do Estado, marcadas por uma visão apriorística baseada na teoria de MONTESQUIEU, podem ter seu valor científico maculado, uma vez que buscam adaptar o estudo do direito positivado à Teoria da Separação dos Poderes, ao invés de definir as funções do Estado a partir da ordem jurídica posta, por outro lado, não se pode negar que, em sua maioria, os ordenamentos jurídicos modernos acolheram essa tripartição, o que autoriza o recurso à Teoria de MONTESQUIEU.

Dessa forma, assumindo que o ordenamento jurídico brasileiro absorve a tripartição dos poderes, o que autoriza a nossa doutrina administrativista a identificar a distribuição das funções legislativa, administrativa e judicial entre os poderes do Estado, podemos afirmar que a atuação principal da Administração traduz o exercício do que se denomina função administrativa, que neste trabalho definimos como a consecução dos fins estabelecidos pela ordem Estatal, que pressupõe a realização do bem-comum e do respeito ao interesse público, manifesta

por uma atuação infra-legal, que se consubstancia na emanção de atos jurídicos complementares, em aplicação ao ato jurídico primário denominado Lei.

Ao destacarmos a função administrativa como atuação principal da Administração Pública, filiamo-nos à doutrina que não estabelece uma conceituação orgânica na classificação das funções do Estado, na medida em que identifica o desempenho das diversas funções estatais (legislativa, executiva e judicial) pelos diversos poderes do Estado<sup>2</sup>. No caso da ordem jurídica brasileira, verificamos inclusive o desempenho de função pública através de pessoas de direito privado, submetida nessa hipótese, ao menos parcialmente, às regras do regime jurídico administrativo, na medida em que são vinculados à persecução do interesse público.

A Administração Pública exerce sua função basicamente através de duas formas de manifestação: por meio de realização de comportamentos materiais/operacionais, que não representam uma declaração, uma prescrição ou uma pronúncia sobre dada coisa ou situação (fatos jurídicos) ou, por outro lado, através de declarações, prescrições, pronúncias sobre dada coisa ou situação (ato jurídico).

---

<sup>2</sup> Gordillo (1969) afirma: "Si una ley determinada es interpretada en el sentido de que solo se aplica a los órganos administrativos, ello no significa entonces que la regulación jurídica de los actos de contenido administrativo realizados por otros órganos escape a la regulación del derecho administrativo y pase a regirse por el derecho procesal o el derecho parlamentario. Por más dudas que susciten ciertas actividades no específicamente jurisdiccionales o legislativas de los órganos jurisdiccional y legislativo, ellas no pueden nunca llevar a sostener que los actos que estos órganos realizan en lo que se refiere a su organización interna, medios materiales, etc., no se rijan por los principios del derecho administrativo." (...) "Por todo lo expuesto partimos de la base conceptual de que la raíz del acto administrativo no se halla subjetivamente en los órganos administrativos, sino objetivamente en el ejercicio de la función administrativa." (p.1 -12, 1-14)

Poderíamos entender o fato jurídico como qualquer evento a que o direito impute efeito jurídico, ou seja, diante da amplitude da definição, concluiríamos que a denominação “fato jurídico” deveria estar entendida como um gênero que abarca diversas espécies e sub-espécies classificadas pelo direito.

Dentro desse entendimento, o ato jurídico seria uma espécie do gênero fato jurídico, que teria como elemento caracterizador sua natureza de declaração, como bem define Bandeira de Mello (2001: 340), uma “*dicção prescritiva*” (volitiva ou não).

Entretanto, preferimos diferenciar o gênero “fato jurídico” do gênero “ato jurídico” e, desses dois macroconceitos, teríamos o fato jurídico como todo evento não prescritivo a que o Direito impute efeitos jurídicos; e o ato jurídico, como todo evento prescritivo a que o Direito impute efeitos jurídicos. Essa opção de classificação evita que se trabalhe com um conceito lato de fato jurídico - o qual diria respeito a qualquer evento, prescritivo ou não - e um conceito estrito de fato jurídico - que limitaria a noção de fato apenas ao evento não prescritivo, pois o evento prescritivo seria um ato.

Tendo como referência os eventos vinculados à Administração Pública poderíamos, a grosso modo, explicitar que, se o fato jurídico produzir efeitos no campo do direito administrativo, será considerado um fato administrativo. Por outro lado, podemos nos deparar com atuações materiais da Administração que não produzam efeitos jurídicos e, nesse caso, estaríamos apenas diante de um fato da Administração, sem contudo caracterizar-se como um fato administrativo.

No mesmo sentido, nem todos os atos da Administração podem ser classificados como atos administrativos. Esses, como veremos, restringem-se a uma categoria reservada de atos praticados pelo Estado (ou por quem lhe faça as vezes) que, a depender da classificação doutrinária assumida, abarcam um número maior ou menor de atos da Administração.

Há manifestações da Administração que são comportamentos materiais e que se caracterizam como fatos jurídicos (conforme distinção apontada acima); há, ainda, atos regidos pelo Direito Privado e praticados pela Administração que não interessam, em nosso entender, à composição do conceito de ato administrativo.

A distinção entre ato e fato jurídico é relevante, pois um e outro estão sujeitos a tratamentos normativos diversos, em especial considerando a distinção entre ato administrativo e fato administrativo. Os atos administrativos podem ser invalidados e revogados, respeitado o ordenamento jurídico, e gozam de presunção de legitimidade. Os fatos administrativos, por sua vez, não podem ser invalidados ou revogados - embora gerem responsabilidades à Administração - e não gozam de presunção de legitimidade.

Do ponto de vista processual, o ato administrativo, diferentemente do fato administrativo, impõe ao particular prazos fixos para que esse se pronuncie contra seu dispositivo, caso assim o entenda, sob pena de se reputar consentido.

Apontadas essas considerações genéricas, é importante destacar, por outro lado, que a conceituação do instituto “ato administrativo” está longe de ser uniforme. Na doutrina nacional e internacional, são inúmeras as conceituações apresentadas e diversos os critérios utilizados nas classificações desenvolvidas.

Historicamente, da análise das obras doutrinárias, verificamos dois macrocritérios que pautaram as classificações do ato administrativo: a) *critério subjetivo, orgânico ou formal*, que define o ato administrativo como aquele ditado pelos órgãos da Administração, excluindo-se os provenientes dos órgãos Legislativos e Judiciais (tal conceituação, no nosso entender, padece de rigor científico, pois iguala realidades jurídicas distintas, como ao equivaler atos materiais, atos políticos, atos de direito privado etc. e diferencia atos de mesma natureza simplesmente porque emanados de poderes estatais diversos); b) *critério objetivo, funcional ou material*, que define o ato administrativo como aquele praticado no exercício da função administrativa, independentemente do órgão que o edite (por esse critério, é possível identificar atos administrativos emanados pelos diversos poderes do Estado, assim como é possível verificar que nem todos os atos da Administração são atos administrativos).

A doutrina nacional e a estrangeira têm optado pela adoção do critério objetivo na definição de ato administrativo, sendo de se ressaltar a posição de autores que defendem a utilização de um critério misto para essa conceituação. Admitindo-se que a maior parte da doutrina aceita a sujeição do ato a um regime jurídico administrativo e o entende como expressão do Estado ou de quem lhe faça

as vezes, a diferenciação entre as conceituações desenvolvidas, a grosso modo, tem se baseado nos seguintes fatores:

- a) alguns entendem que o ato é uma manifestação, ou declaração de vontade, o que excluiria do conceito os atos que contêm declaração de opinião (parecer) e de conhecimento (certidão);
- b) outros exigem a produção de efeitos imediatos, excluindo com isso do conceito os regulamentos e mesmo os atos materiais e enunciativos que não produzam efeitos jurídicos diretos;
- c) há aqueles que assumem uma posição mais lata do conceito de ato administrativo, com base essencialmente no regime jurídico e não introduzem no conceito as noções de vontade, efeitos imediatos, efeitos concretos, unilateralidade e, nesse sentido, abarcam no conceito os atos individuais e normativos, atos de conhecimento e opinião, bem como os contratos administrativos.

Neste trabalho, sem pretendermos debater as opções assumidas pelos renomados doutrinadores de todo o mundo, queremos salientarmos que o estudo sobre silêncio administrativo assumirá a conceituação defendida por BANDEIRA DE MELLO (2001) e que acompanhamos.

Feito esse esclarecimento, preocupa-nos ainda apontar que, assim como não aprofundaremos o debate sobre as diversas opções conceituais assumidas em relação à definição de “ato administrativo”, no mesmo sentido, não

confrontaremos a conceituação do silêncio da Administração com essa pluralidade de concepções. Esse, em nosso entender, seria um outro estudo, sem dúvida rico, mas que foge ao escopo do trabalho que ora apresentamos.

Tentaremos desenvolver um estudo que nos permita conceituar e delimitar o instituto do silêncio administrativo dentro do nosso ordenamento jurídico, tendo como base para a reflexão desenvolvida, como já adiantamos, a linha doutrinária encabeçada por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO e que balizará este trabalho.

### **1.1 O Ato Administrativo segundo Celso Antônio Bandeira de Mello**

BANDEIRA DE MELLO (2001) define o ato administrativo como:

*declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes - como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional (p.343-4)*

Como podemos concluir dessa definição o conceito expresso autoriza as seguintes asserções:

1. O ato administrativo é um ato jurídico, na medida que constitui uma (*“declaração do Estado (...) manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei (...)”*);(grifos nossos)
2. O que define o ato administrativo não é o sujeito que o emana, mas o regime jurídico que o particulariza (*“declaração do Estado – ou de quem lhe faça as vezes (...) no exercício de prerrogativas públicas (...)”*);
3. O ato administrativo está obrigatoriamente adstrito à previsão legal e sujeito ao controle jurisdicional (*“declaração do Estado...manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.”*); (grifos nossos);
4. A vontade não constitui elemento essencial do ato administrativo, assumindo interesse apenas na análise dos atos discricionários;
5. O conceito expresso abrange um entendimento lato de ato administrativo, que engloba tanto os atos gerais como os individuais, os abstratos e os concretos, unilaterais ou bilaterais (esse entendimento assume os atos normativos e os contratos administrativos dentro do conceito de ato administrativo).

Como podemos verificar na definição proposta, não houve a preocupação de excluir do conceito de ato administrativo os atos de conhecimento, opinião, juízo ou os contratos administrativos - como o fazem alguns doutrinadores que preferem um conceito restrito de ato administrativo. No mesmo sentido, ou seja, reconhecendo nessa definição um conceito lato de ato administrativo, constatamos

que não foram igualmente excluídos os regulamentos, resoluções, ou portarias, na medida em que não se exige que a declaração do Estado produza efeitos imediatos para caracterização do conceito.

Embora o critério encampado por BANDEIRA DE MELLO (2001), seja a classificação dogmática a que nos filiamos, para o estudo do silêncio administrativo, será assumido um subconceito mais restrito, ou seja, limitado aos atos unilaterais do Estado ou de quem lhe faça as vezes, excluindo-se, assim, os contratos administrativos, por serem atos bilaterais, com singularidades que os especificam, que fogem ao escopo do trabalho proposto. Dessa forma, o conceito de ato administrativo que direcionará nosso estudo será expressado nos seguintes termos:

*Declaração unilateral do Estado, ou de quem lhe faça as vezes (...), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional. (p.343-4)*

O conceito de declaração do Estado é que explicita a condição de ato, na medida que declarar constitui uma manifestação exteriorizada que apresenta uma posição proferida, por e em nome de determinado agente, compondo assim a categoria do que se denomina de evento prescritivo. Se buscarmos o conceito do vocábulo “prescrever”, no dicionário, veremos que esse pode ser entendido como “*determinar, preceituar, fixar, marcar, ordenar, limitar, indicar...*”.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Aurélio Buarque de Holanda Ferreira. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*; Rio de Janeiro: Nova Fronteira, (1986:1387).

A idéia de declaração da Administração é a idéia de dicção expressada pelo agente público que, ao exteriorizar seu entendimento, determina, preceitua, fixa, marca, ordena, limita ou simplesmente indica o seu juízo de valor, de conhecimento, de opinião e de vontade sobre dada situação.

A partir da idéia de declaração acima exposta, gostaríamos de observar nossa reserva em relação ao uso, por alguns autores, do termo manifestação ao invés de declaração do Estado. Entendemos que o termo manifestação, pela sua amplitude, pode desbordar do conceito de ato, sendo um termo que abarcaria, a depender da maneira como essa manifestação se configurasse, hipóteses em que estaríamos frente a fatos administrativos, e não, propriamente a atos administrativos.<sup>4</sup>

Examinando a doutrina internacional, percebemos que é intenso o debate sobre a melhor forma de classificar e conceituar o ato administrativo. Em linhas gerais e considerando a explanação apontada na obra de PEREIRA (1962), encontramos a seguinte situação:<sup>5</sup> a) na Alemanha, uma posição representativa contrária à inclusão do regulamento no conceito de ato administrativo; b) na Itália, uma larga tendência distingue o ato administrativo geral (onde estaria incluído o

---

<sup>4</sup> "A nuestro juicio, el termino "declaración" es bastante cercano a la corrección, en cuanto no da idea de manifestación ejecutada de algo, sino tan solo de expresión intelectual - teórica, abstracta- de una idea. Su raíz etimológica así lo indica. Manifestación viene de "manus fendere", "golpear con la mano", e indica una demostración de algo con hechos objetivos que hacen saltar a la vista de los demás individuos aquello que se quiere señalar, que lo indica, por así decirlo groseramente. Declaración, en cambio, proviene de "de-clarus", poner en claro, aclarar, y presupone una expresión más fina, más sutil: ergo, una expresión intelectual, ideal, que toma para su expresión y comprensión hechos simbólicos, con una significación figurada que se hace accesible al intelecto solo mediante un proceso de análisis y de conversión de los datos simbólicos a nociones o datos reales." Gordillo; (1969: III, 18-19).

<sup>5</sup> Esse autor apresenta essas idéias citando Otto Mayer, Walter Jellinek, Forsthoff, Ranellutti, Vitta, Alessi, Zanobini, Forti, Vedel e Marcello Caetano.

regulamento), do ato administrativo especial (onde não caberiam os regulamentos), embora grandes administrativistas reduzam o conceito de ato administrativo aos atos concretos; c) na França, há uma concepção segundo a qual os regulamentos passíveis de anulação pela jurisdição administrativa se incluem no conceito de ato administrativo; e, d) em Portugal, defende o autor em questão, os regulamentos não devem estar incluídos no conceito de atos administrativos, uma vez que, da análise do direito positivo português, se verificam diferenças essenciais no regime jurídico do regulamento e do ato administrativo, dado que o regulamento pode ser condição necessária, mas não suficiente para constituir direitos, já que o que constitui direitos para os administrados é o ato administrativo.

Como vemos, inexistente consenso na doutrina quanto à conceituação de ato administrativo, o que destaca a importância de pontuarmos a que concepção nos filiamos, ao fazermos uso do termo.

Resta-nos explicitar ainda que, acompanhado as lições de BANDEIRA DE MELLO (2001), não serão considerados atos administrativos os atos regidos pelo direito privado; os simples atos materiais que se configuram como verdadeiros “fatos da Administração”, uma vez que não são eventos aos quais o direito impute efeitos jurídicos e os atos políticos ou de governo, que por serem expedidos imediatamente em nível infra-constitucional, no exercício de função política e com larga margem de discricionariedade, possuem fisionomia própria.

Por fim, sem pretendermos dissecar a estrutura do ato administrativo elegendos os pressupostos, elementos e/ou requisitos que o compõem, entendemos

que, para a futura discussão do silêncio administrativo como ato ou fato administrativo, é de relevo a discussão sobre o papel da vontade, bem como, o destaque de algumas concepções doutrinárias a respeito das noções de motivo, forma, motivação, processo e procedimento na constituição do ato administrativo.

A eleição desses elementos/pressupostos e prerrogativas assumem importância neste estudo, pois a ausência desses na situação silente da Administração adquire significado jurídico, servindo de fundamento para a caracterização do silêncio administrativo como um fato administrativo violador da ordem jurídica.

Por outro lado, ainda que em algumas hipóteses se possa verificar a presença de alguns destes fatores na situação silente, é necessário que se debatam algumas afirmações da doutrina que, à vista desses fatores, entendem o silêncio como um ato administrativo.

### **1.1.1 A vontade: elemento constitutivo do ato administrativo?**

A utilização do termo vontade por boa parte da doutrina que define o ato administrativo como uma “declaração de vontade” do Estado resulta da idéia de que o ato *declara o querer da Administração* e prescreve a conduta a ser seguida pelo administrado, por uma elaboração intelectual que expressa esse *querer*, em respeito ao princípio da legalidade, norteador do agir administrativo.

No mesmo sentido, parte da doutrina, por entender que a vontade é um elemento do ato administrativo, acaba considerando a motivação (pressuposto formalístico do ato), como um instrumento viabilizador da análise do *querer* administrativo. A motivação, que é um dever de fundamentar o ato (falaremos desse conceito adiante) para possibilitar a verificação "*da adequação dos pressupostos do ato a seu objeto*"(PEREIRA, 1962: 122) ou a verificação da "*correlação lógica entre o pressuposto (motivo) e o conteúdo do ato em função da finalidade tipológica do ato.*"(BANDEIRA DE MELLO, 2001: 364) seria o instrumento possibilitador da verificação da vontade administrativa, entendida esta como expressão do resultado pretendido pela norma.

A nosso ver, essa identificação do conceito da vontade com uma imputação legal responde ao que o doutrinador MARCELLO CAETANO (1979) denominou vontade normativa. Esse consagrado jurista desmembra o conceito de vontade em *vontade normativa e vontade psicológica*, esclarecendo que, a todo ato corresponde uma imputação normativa, como previsão objetiva da pretensão regrada (vontade normativa), podendo-se ainda encontrar uma análise subjetiva da intenção do agente (vontade psicológica).

Acompanhando os ensinamentos de PEREIRA (1962), pode-se dizer que é inimaginável um ato que não tenha que se balizar no conceito de vontade normativa, como imputação legal. Entretanto, sempre seguindo suas palavras, essa vontade normativa "(...) não é um elemento, um componente do ato, mas sim um

*efeito legal da reunião de todos os seus elementos- ou seja uma consequência imputada pela lei.(...)"*.(p.105-6)

Por outro lado, ao negar a vontade normativa como elemento do ato, é preciso analisar se podemos atribuir à vontade psicológica esse caráter.

Parece-nos clara a impossibilidade de incluir a vontade (entendida como móvel) como um elemento do ato administrativo, mesmo porque verificamos com facilidade que existem atos administrativos em que essa não se apresenta. Tal situação constata-se com facilidade no caso dos chamados atos de registro, ou ainda, na hipótese de se verificar a realização de um ato vinculado por um funcionário incapaz, considerando que a ordem jurídica não reconhece a existência de vontade para esse sujeito.

Temos a sensação de que ainda se trabalha excessivamente com a idéia de vontade do Estado, por herança de uma noção privatista do Direito, em que a autonomia da vontade é assunto de relevo. O regime jurídico administrativo funciona com base em princípios diferentes daqueles que regem o Direito Civil, não sendo a vontade tema de relevo, salvo para a análise dos atos discricionários e, quem sabe, nas hipóteses de omissão da Administração.

A discricionariedade é a possibilidade conferida pela lei ao administrador de escolher, diante do caso concreto e através de um juízo de conveniência e oportunidade, a maneira de satisfazer os objetivos consagrados pela ordem jurídica.

Evidentemente, a discricionarietà não é uma carta em branco dada ao administrador, que o autoriza a agir em desacordo com os princípios e normas do sistema legal. Ao administrador será sempre imposto o dever do “melhor governo”, o dever de alcançar a finalidade legal. A idéia de discricionarietà como pluralidade de soluções no caso concreto é relevante, pois não basta constatar que a norma abstrata prevê a possibilidade de múltiplas soluções, é fundamental que se confronte essa possibilidade na situação real e concreta, a fim de se alcançar a melhor solução para o escopo normativo. Mesmo quando se estiver diante de conceitos indeterminados, é essencial que se analise se, no caso concreto, esses não alcançaram consistência e univocidade, de tal sorte a não se poder mais falar em discricionarietà, e sim, em interpretação. Ainda, é sempre bom lembrar que a vagueza de um conceito não exclui a idéia de uma “densidade mínima” de obrigatória consideração pelo administrador.<sup>6</sup>

O exame da vontade no ato discricionário é relevante porque a ordem jurídica, ao autorizar uma análise subjetiva do administrador na integração da norma, não o fez para autorizar opção fundada em intuítos pessoais de favorecimentos ou perseguições. O chamado vício de intenção não responde ao escopo público da norma. A “vontade” viciada é fator de caracterização de desvio de poder, embora não se possa generalizar que todo o desvio de poder decorra de um móvel incorreto (compreenda-se desvio de poder como a utilização da competência em desacordo com a finalidade que lhe corresponda, isto é, alheia à categoria do ato utilizado e/ou à persecução do interesse público).

---

<sup>6</sup> São de destaque as afirmações sobre esse assunto de ENTERRIA e FERNÁNDEZ (1983).

Finalmente devemos considerar que, embora seja voz corrente na doutrina que o tema da vontade não se coloca para os fatos administrativos, é nossa intenção propor uma reflexão sobre essa afirmação frente à hipótese do silêncio administrativo, uma vez que esse decorre de omissão administrativa e a mesma doutrina aceita a idéia de desvio de poder por “vício de vontade”, por omissão da Administração.<sup>7</sup>

### 1.1.2 Motivo: teoria dos motivos determinantes

Como bem pontuamos no início deste Capítulo, é pacífico na doutrina administrativista moderna que a Administração Pública exerce função, ou seja, toda e qualquer atividade administrativa responde à consecução de uma finalidade delimitada pela ordem jurídica.

Nesse sentido, os conceitos assinalados neste tópico nada mais são que garantias que permitem a “construção” do ato administrativo, em atendimento ao pressuposto teleológico que orienta a atuação administrativa.

Todo ato administrativo fundamenta sua existência em um pressuposto de fato e de direito que se denomina motivo, ou seja, o motivo é a situação fática do mundo material que justifica, suporta a prática de determinado

---

<sup>7</sup> Neste sentido Bandeira de Mello (1996).

ato. Esse conceito deve ser subdividido nas noções de *motivo legal* e *motivo de fato*. O *motivo legal* é a previsão abstrata da situação fática contida na regra de direito e o *motivo de fato* é a situação real, do mundo empírico, que fundamenta a prática do ato. Evidentemente, para análise da validade do ato, exige-se a coincidência do *motivo legal* com o *motivo de fato*.

O motivo pode ou não ser amparado em lei como previsão legal específica, mas, na hipótese de existência da previsão legal, a realização do ato válido fica vinculada à existência da situação fática prevista.

Desde as primeiras décadas do século XX, a idéia de discricionariedade plena do administrador público, alheia à possibilidade de qualquer controle judicial, foi se atenuando e o desenvolvimento de teorias de controle da atuação administrativa se fortaleceu. A *teoria dos motivos determinantes* representa um desses avanços em relação ao controle judicial dos atos administrativos. Essa teoria explicita que a situação fática (motivo) invocada para suporte de dado ato integra sua validade e, nesse sentido, a verificação dessa situação fática constitui análise de legalidade, passível portanto de apreciação pelo Poder Judiciário.

A invocação de “motivos” falsos, inexistentes ou erroneamente qualificados, vicia o ato e esse não poderá subsistir, pois padece de ilegalidade. Mesmo em se tratando de atos discricionários, em que o legislador autoriza à autoridade administrativa a eleição do pressuposto de fato que sustentará a prática do ato, a ausência do pressuposto fático que embasou a edição do ato constitui

elemento de apreciação da validade do mesmo. O administrador está vinculado, na prática de seu ato, aos motivos por si erigidos como embaixadores do mesmo.

Vale ainda destacar que o motivo não se confunde com o móvel nem com a motivação do ato administrativo. Móvel é a intenção do agente, o fundamento subjetivo que propiciou a prática do ato; e motivação, como será tratado a seguir, é um requisito formalístico do ato, é a fundamentação do ato, é a demonstração da existência e da adequação dos pressupostos de fato com a regra de direito e o ato praticado.

### **1.1.3 Forma, formalização e motivação**

A forma é a maneira pela qual o ato manifesta a sua existência. Pode ser obrigatória, se disposta em lei, ou pode ser livre, se inexistir prescrição legal que determine o meio pelo qual o ato deva se exteriorizar. Em geral, a forma utilizada como regra, como maneira inclusive de se documentar a prática do ato é a forma escrita. Nada obsta, entretanto, que a Administração, conforme o caso, se valha de outras formas adequadas para exteriorização de suas decisões.

São conhecidas as previsões legais que determinam a forma específica para a manifestação da Administração, como no caso de decretos, resoluções ou portarias. Por outro lado, não é difícil imaginar exteriorizações não escritas, porém corriqueiras, por meio de gestos, apitos, sinais luminosos e mesmo placas ou

cartazes que expressam comandos convencionais. Caberá a nós, posteriormente, discutir se o silêncio é uma forma, dentre outras, de exteriorização de um ato.

Assim, além da forma como meio de exteriorização do ato, a formalização é um pressuposto formalístico de análise da validade do ato administrativo. A formalização representa não só o modo específico de exteriorização, como diz respeito às formalidades que devem ser respeitadas no processo de exteriorização da decisão administrativa, na consecução do ato.

A regra da motivação do ato administrativo explicita a necessidade da Administração de expor os fundamentos que a levaram a assumir determinada decisão, a expedir certo ato. Na motivação, a Administração expõe os fatos que ensejaram certa prática com base nas normas jurídicas embasadoras da atuação administrativa. A motivação é aspecto formal que possibilita o controle do ato administrativo. É garantia do administrado e da Administração na medida em que, ao expor os fundamentos da decisão, constitui-se em garantia do controle da legalidade. Vale ressaltar ainda que, quando nos referimos à regra da motivação, estamos falando de uma exposição de motivos concomitante ou anterior à expedição do ato.

Existem inúmeras discussões doutrinárias sobre a inexistência de a motivação causar a invalidade dos atos administrativos. Cada vez mais, doutrina e jurisprudência, tanto a nacional como a estrangeira, vêm sustentando a necessidade de motivação em todo e qualquer ato administrativo. Não há ainda, entretanto, uniformidade a respeito da questão.

Alguns entendem que essa só é obrigatória para atos vinculados; outros, por sua vez, a entendem absolutamente necessária aos atos discricionários.

Em nosso entender, a motivação é obrigatória para todos os atos administrativos, sejam eles vinculados ou discricionários. Entretanto, como bem alerta BANDEIRA DE MELLO (2001) seguindo as lições de OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, é preciso que saibamos perceber as situações que autorizam a convalidação de um ato administrativo que tenha incorrido no vício de inexistência de motivação.

Nossa observação, todavia, preocupa-se em explicitar que não concordamos exatamente com a conceituação doutrinária que aceita a validade de um ato vinculado, com ausência de motivação, se esse coincidir com a previsão legal disposta. Apesar da clareza da exposição de SUNDFELD (1985), que afirma que a motivação é requisito insuprimível da legalidade do ato administrativo, salvo *“quando estiver contida implícita e claramente no conteúdo de ato vinculado de prática obrigatória, baseada em fato sem qualquer complexidade”*(p.118), consideramos que um ato vinculado que não tenha sua exposição de motivos é um ato inválido por falta de motivação, mas que deverá ser convalidado, se verificada a coincidência do ato com a lei.

Em nossa concepção, utilizando a teoria desenvolvida por ZANCANER (1993), entendemos que a hipótese citada responderia à classificação dos denominados *“atos relativamente sanáveis”* (p.90-1). De fato a motivação, a nosso ver, é a contraface do controle do ato administrativo pelo administrado, ainda

que diante de um ato vinculado baseado em fato sem qualquer complexidade. Nesse sentido, a exigência de motivação constitui subprincípio do conceito de cidadania e Estado Democrático de Direito. E, no caso em tela, não achamos que essa seja apenas uma hipótese de ato absolutamente sanável, maculado por pequena irregularidade.<sup>8</sup>

Utilizemos mais uma vez as lições de SUNDFELD (1986) para explicitar o conceito de convalidação:

*A convalidação é um novo ato administrativo, que difere dos demais por produzir efeitos 'ex tunc', é dizer, retroativos. Não é mera repetição do ato inválido com a correção do vício; vai além disto. Por tal motivo, a possibilidade de praticá-lo depende, teoricamente, de dois fatores: a) da possibilidade de se repetir, sem vícios, o ato ilegal, porque assim poderia ter sido praticado à época; e b) da possibilidade deste novo ato retroagir. (p.72)*

Seguindo as lições de ZANCANER (1993) não há discriminação da Administração frente à invalidação ou convalidação de um ato, mas o dever de fazê-lo, salvo a hipótese de ato discricionário praticado por autoridade incompetente. No caso em tela, a falta de motivação em ato vinculado, cuja decisão tomada era aquela

<sup>8</sup> "Tendo em vista as consequências jurídicas que nosso ordenamento jurídico imputa aos atos que não lhe são acordes, necessário se faz uma classificação quadricotômica. Ela: atos absolutamente sanáveis, atos absolutamente insanáveis, atos relativamente sanáveis e atos relativamente insanáveis. Os absolutamente sanáveis são aqueles que, apesar de produzidos em desacordo com o Direito, este, pela irrelevância do defeito os recebe como se fosse regulares. Seu reverso, os absolutamente insanáveis, são aqueles que o ordenamento jurídico repele com radicalismo total, pois nem o tempo, nem a boa-fé, nem ato algum lhes poderá conferir estabilização em razão da gravidade do vício. Os relativamente sanáveis são aqueles que devem ser convalidados pela Administração Pública ou sanados por ato do particular interessado. O tempo, contudo, os estabiliza em cinco anos, ainda que não hajam sido convalidados ou saneados. Os relativamente insanáveis são os que não podem ser convalidados, nem sanados por ato do particular afetado. Entretanto, podem ser estabilizados 'longi temporis' ou quando concessivos de benefícios, 'brevis temporis', se existir boa-fé do beneficiado e norma ou princípio que lhes servira de apoio se houvessem sido regularmente expedidos." (p. 90-1).

que a lei impunha, está dentro da possibilidade de convalidação por se referir a um vício de formalidade, e não, de causa. Ou seja, não há desacordo entre o pressuposto de fato e o conteúdo do ato, tendo em vista sua finalidade e a ordem jurídica positivada. O dever de convalidar é um dever que prestigia o princípio da segurança jurídica em reconhecimento à concepção material de Estado de Direito.

Apesar de todo o exposto, temos resistência em aceitar a possibilidade de convalidação de ato discricionário imotivado, por exposição ulterior dos motivos. De fato entendemos que, para o ato discricionário, a falta de motivação impede que se verifique a adequação do ato à ordem normativa. Com efeito, diversamente do que ocorre com o ato vinculado (pois nesse a lei predefine a única atitude hábil para alcançar o interesse público), no ato discricionário, não há esse caminho pré-traçado.

Como bem grafa BANDEIRA DE MELLO (1996):

*Discricionariedade, portanto é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente. (p.48)*

Ora, diante da pluralidade de soluções adequadas à finalidade legal, a única maneira que existe para análise da adequação da solução apresentada é a motivação, que representa a exposição dos fundamentos da decisão assumida. Uma

exposição ulterior poria em risco a isenção do ato, uma vez que autorizaria o manejo da argumentação em favor da Administração. Segundo vemos, nesse caso, a segurança jurídica está em não se autorizar a convalidação de atos discricionários imotivados em prol da lisura da atuação administrativa, em favor dos valores referenciadores do Estado Democrático de Direito.

Em prestígio ao conceito de Estado Democrático de Direito, a importância da motivação dos atos discricionários, como bem expressa CINTRA (1979), ultrapassa o controle jurisdicional. Poder-se-ia apresentá-la como um instrumento de exercício da cidadania, consagrada em nossa Carta Constitucional.

São suas estas palavras:

*(...) Mais relevante se nos afigura, pois, a motivação do ato discricionário para ensejar o controle dos critérios adotados pelo administrador na opção por uma ou outra das alternativas que lhe permite a lei. Aqui não falamos apenas no controle jurisdicional, mas em controle em sua acepção mais ampla, incluindo o político, em seu sentido restrito, e o da própria opinião pública, dado que o povo é o maior interessado no correto andamento da atividade administrativa.*  
(p.48)

Agreguem-se aos argumentos acima apresentados, as disposições constitucionais e legais em favor do tema da motivação, em vigor no nosso ordenamento jurídico pátrio e que devem, obrigatoriamente, ser consideradas. Destarte, além dos conceitos de Estado Democrático de Direito e de cidadania já expostos, não podemos nos esquecer de considerar as previsões dos artigos 93, IX e X da Constituição da República que, em relação ao Judiciário, exige a

fundamentação dos julgamentos, sob pena de nulidade, bem como, a motivação das decisões administrativas dos Tribunais. Por sua vez, no âmbito da Administração Paulista, a motivação está disposta, no art.111 da Constituição Estadual, entre os princípios da Administração. Temos ainda a Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, a qual coloca a motivação como um dos princípios da Administração, em seu art. 2º e, em seu art. 50, Capítulo XII, explicita hipóteses taxativas de exigência de motivação para atos administrativos. Finalmente, mas não exhaustivamente, a Lei 10.177, de 30 de dezembro de 1998, regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública do Estado de São Paulo e reafirma também a necessidade de motivação em seus artigos 8º e 9º, incisos e parágrafos.

#### **1.1.4 Procedimento/processo administrativo**

A materialização do exercício da função administrativa se consubstancia na expedição do ato administrativo. Na medida em que administrar representa o agir na consecução do bem comum, o agir em que o administrador não é senhor titular de interesses, o agir que se expressa como manifestação sensível de uma função, é essencial que se discuta a processualística desse agir.

A discussão da importância de se definir a devida processualística no *caminho* de elaboração do ato administrativo aprofundou-se, cada vez mais, em virtude da concepção de um Estado Social e de um Estado Democrático de Direito.

A ampliação da atuação estatal, pela fixação de obrigações positivas em face da concepção social, o aprofundamento de posturas intervencionistas do Estado, com agravamento das limitações à liberdade e à propriedade, agregados a uma concepção de participação popular nas decisões de governo e de controle da Administração Pública, destacam a relevância de se definirem regras e princípios da processualística na tomada de decisões administrativas, por respeito ao próprio preceito constitucional estatuído no art. 1º da Carta Maior, que define a República Federativa do Brasil como sendo um Estado Democrático de Direito.

Merece destaque a clareza da afirmação de BANDEIRA DE MELLO (2001):

*Com efeito, no Estado de Direito, os cidadãos têm a garantia não só de que o Poder Público estará, de antemão, cifrado unicamente à busca dos fins estabelecidos em lei, mas também de que tais fins só poderão ser perseguidos pelo modo adrede estabelecido para tanto.*

*É no *modus procedendi*, é, em suma, na escrupulosa adscrição ao *due process of law*, que residem as garantias dos indivíduos e grupos sociais. Não fora assim, ficariam todos e cada um inermes perante o agigantamento dos poderes de que o Estado se viu investido como conseqüência inevitável das necessidades próprias da sociedade hodierna. Em face do Estado contemporâneo - que ampliou seus objetivos e munuiu-se de poderes colossais -, a garantia dos cidadãos não mais reside sobretudo na prévia delimitação das finalidades por ele perseguíveis,*

*mas descansa especialmente na prefixação dos meios, condições e formas a que se tem de cingir para alcançá-los.*

*É dizer: a contrapartida do progressivo condicionamento da liberdade individual é o progressivo condicionamento do "modus procedendi" da administração. (p.435-6, destaque do autor)*

Em verdade, a análise da Constituição de 1988 demonstra a importância dada aos aspectos processuais, seja no processo judicial ou no administrativo (termo utilizado na Carta Constitucional), como preocupação de garantia individual, de respeito aos direitos fundamentais, de expressão da cidadania. Os incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição ao preverem que *"ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal"* (*verbis*) ou que *"aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes"* (*verbis*) são expressões claras dessa preocupação.

São os preceitos previstos na Carta Maior que, mesmo antes de qualquer normatização infra-constitucional a respeito, já impunham à Administração o respeito a um processo de tomada de decisão, que acatasse princípios constitucionalmente definidos.

Além dos princípios já apontados acima, somados às previsões do *caput* do art. 37 da Constituição Federal que impõe respeito a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, podemos destacar, como princípios norteadores da conduta decisória da Administração, *o direto ao amplo acesso às informações e esclarecimentos de situações de interesse do particular,*

amparado mais diretamente pelo art. 5º, incisos XXXIV “b”, e LXXII; o *direito à revisão dos atos da Administração*, amparado no direito de petição previsto no art. 5º, XXXIV “a”; o *princípio da lealdade e boa-fé*, decorrente da moralidade administrativa, e o *princípio da gratuidade*, conforme art. 5º, LV. Enfim, não há como ignorar uma ampla referência constitucional condicionando o *iter* da atividade administrativa.

Por muito tempo, a doutrina administrativa nacional debateu sobre a utilização dos termos procedimento ou processo administrativo, dando especial uso ao termo procedimento. Em verdade, a utilização indiscriminada desses termos ainda ocorre, fato que, a nosso ver, é um equívoco que reproduz a herança de uma estrutura menos democrática de Estado e remete a um agir administrativo mais autoritário.

É compreensível que o termo processo tenha sido reservado originariamente à via jurisdicional. Todavia, como instrumento de legítimo exercício do poder, conforme apontam CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER (2001) é insustentável a redução do termo a apenas uma das áreas de expressão do Estado.

São precisas as palavras dos autores supracitados, quando explicitam que:

*Processo é conceito que transcende o direito processual. Sendo instrumento para o legítimo exercício do poder, ele está presente em todas as atividades estatais (processo administrativo, legislativo) e*

*mesmo não-estatais (processos disciplinares dos partidos políticos ou associações, processos das sociedades mercantis para aumento de capital etc.) (p.278)*

É interessante, como se pode ver na história da utilização desses termos (procedimento e processo) pela doutrina administrativa, a reserva da utilização do termo processo, em especial para os chamados *processos disciplinares* ou *processos licitatórios*. Estamos em que essa utilização não é gratuita, em verdade é expressão de uma certa concepção da atuação administrativa.

Em sentido estrito, procedimento refere-se à sucessão de atos encadeados tendo em vista a produção da decisão administrativa final, considerada a perspectiva de satisfação de um único sujeito, que seria a Administração e, nesse caso, entendida como senhora do interesse público.

Por outro lado, a idéia de processo atende à concepção de um tipo de procedimento (em sentido lato) que alberga a idéia da participação plúrima de sujeitos na realização da decisão administrativa. Ou seja, aqui aparece a possibilidade de atuação do administrado, do servidor envolvido em questão disciplinar, enfim, de um interesse que não estaria de maneira exclusiva representado pela Administração.

Ora, diante dessas concepções, constata-se que a utilização histórica pela doutrina pátria do conceito de procedimento administrativo (em sentido estrito) ao invés do conceito de processo administrativo denota a visão autoritária que embasou historicamente o agir administrativo.

A história de construção da cidadania e de estruturas democráticas em nosso país é instável e recente. A Administração Pública brasileira entendeu-se por muitos anos senhora detentora exclusiva dos atos da Administração. Em verdade, é comum na história do exercício administrativo brasileiro uma confusão do administrador em relação à própria posse do interesse público como um interesse seu. É de se destacar que, sobre esse último aspecto, diversos jurispúblicistas nacionais se esforçaram para dirimir esta “confusão”.

Em verdade, a designação de processo para apenas alguns procedimentos de decisão da Administração pontua, de maneira enumerativa, quais as hipóteses em que a Administração não se sentiu detentora absoluta do caminho de definição do que se entenderia por interesse público.

São significativas as colocações de FERRAZ (2000), ao discutir a idiossincrasia que se criou na utilização desses termos, remetendo a uma postura de atuação autoritária de nossa Administração, quando fala:

*A consequência dessa idiossincrasia do Direito Administrativo brasileiro é por todos conhecida: a Administração se julgou senhora e dona do processo administrativo, decidindo a seu talante, quando e como instaurá-lo, seu íter, a dimensão da atividade dos administrados em seu bojo, sua publicidade ou reserva, etc. Daí também algumas patologias que os advogados brasileiros por vezes enfrentaram, tais como:*

*a) a resistência da Administração em conceder vista de autos de processo administrativo, apesar da existência de expressas determinações legais a respeito;*

*b) a frequência com que as repartições simplesmente se recusam ao recebimento de petições, obrigando o interessado a recurso ao Judiciário, com invocação de garantias constitucionais.*

*Ora, somente se pode pensar em efetiva realização do princípio democrático quando (e onde) possa o administrado participar da feitura do querer administrativo, ou da sua concretização efetiva. Para tanto, imprescindível é que se assegure ao cidadão o postular junto à Administração, com a mesma coorte de garantias que lhe são deferidas no processo jurisdicional (particularmente, as certezas do contraditório, da prova, do recurso e da publicidade).*

*Por sem dúvida, a participação democrática no processo administrativo representa verdadeira contraface do autoritarismo. É dizer, o tema radica-se, fundamentalmente, na dramática e emocionante tensão dialética autoridade x liberdade. Em suma, o caminho de democratização não se perfaz somente com o regramento isonômico do processo administrativo, mas dele não prescinde.*

*É curial que não basta, contudo, simples "arranjo" formal, que simule um processo administrativo com equilíbrio de faculdades entre seus participantes: imperioso é que em seu próprio cerne material se reflitam tais propósitos éticos, tudo de molde a tornar o processo em verdadeiro bastião potencial de defesa do cidadão contra o Estado. (p. 284-5)*

Por todo o exposto, é forçoso assumir que a organização de uma legislação que explicita as regras do processo administrativo (e o termo é esse) constitui elemento obrigatório no bom desenvolvimento das estruturas democráticas do País. Nesse sentido, não podemos deixar de destacar o impacto que sofreu o direito administrativo brasileiro, pelo surgimento de duas leis desse caráter, já citadas quando discutíamos a motivação dos atos administrativo, que são a Lei Federal nº 9.784/99 e a Lei Paulista nº 10.177/98.

Essas leis, diferentemente de outras leis específicas que já regulamentaram processos especiais na seara administrativa, assumem relevo para o direito administrativo nacional, pois tomam como pressuposto que a atividade decisória da Administração deve respeitar regras e princípios processuais.

Evidentemente, ao dizer que essas leis regulamentam o processo decisório da Administração, não estamos pretendendo que, para a emanção de qualquer ato administrativo - que nada mais é que a concretização desse processo decisório - haja sempre um processo administrativo devidamente instruído e formalizado.

Não há dúvida de que, pela diversidade de atuação da Administração, inúmeras vezes há emanção de atos administrativos instantâneos, sem qualquer necessidade de processamento prévio, sem que, com isso, esteja sendo ofendido o princípio de exercício de função. O apito de um guarda de trânsito, determinando específica conduta daquele que dirige um veículo, é ato administrativo, é comando, é ordem exteriorizada e nem por isso pressupõe uma formalização processual prévia.<sup>9</sup>

Apesar de se admitir que algumas decisões administrativas de gestão não exijam necessariamente o respeito a essa processualística disposta em lei, é fundamental que os órgãos governamentais não se olvidem de que, fora aquelas situações que estabelecem a produção instantânea de um ato administrativo ou

---

<sup>9</sup> Como bem aponta Odete Medauar (1993), a crítica de se pressupor a necessidade de procedimento para todo ato administrativo, já fora feita por Pietro Virga. p.36, nota de rodapé 11.

diante de uma situação de exceção, é inimaginável aceitar uma decisão que interfira com direitos individuais, coletivos ou difusos, possa ocorrer sem a participação dos interessados, em respeito aos princípios e normas pré-definidos pela lei.

Em verdade, parece-nos que a Lei Paulista avança em relação à Lei Federal no que diz respeito à necessidade de acatamento do rito processual administrativo para uma maior pluralidade de situações. Rapidamente, pode-se perceber, da leitura dos dispositivos legais, que a Lei Federal nº 9784/99 preocupou-se fundamentalmente em prever a existência de processo entre Administração e administrados quando da ocorrência de controvérsia administrativa, não obrigatoriamente no sentido do conflito, da contraposição de interesses. A Lei Paulista nº 10.177/98, por sua vez, prevê, em seu artigo 1º, a regulamentação de uma processualística que deverá ser respeitada pela "*Administração Pública centralizada e descentralizada do Estado de São Paulo, que não tenham disciplina legal específica*" (*verbis*) para além da hipótese de ocorrência de controvérsia,

Talvez, possamos correr o risco de afirmar que a Lei Paulista estendeu sua normatização processual para além dos chamados *procedimentos externos* (aqueles de que participam indiscutivelmente os administrados), exigindo o respeito a uma processualística também para os denominados *procedimentos internos* (que se entendem como aqueles circunscritos à intimidade da Administração).

Essas legislações, apesar de passíveis de aprimoramento, buscam disciplinar a atuação administrativa, em respeito ao conceito de Estado previsto em

nossa Constituição Federal, impondo aos órgãos administrativos um determinado *modus procedendi* na emanção de seus atos, ainda que com o lapso de uma década de atraso.

Apresentadas as posições acerca do motivo, forma, formalidade, motivação, procedimento e processo administrativo, cremos ter destacado os elementos que surgirão como os mais significativos na análise do instituto do silêncio administrativo. São pontuações para uma reflexão futura, nos próximos capítulos deste trabalho que, em nosso entender, ajudarão no aprofundamento do estudo pretendido.

#### **1.1.5 Revogação, invalidação, presunção de legitimidade: consequências jurídicas distintas entre o ato e o fato administrativo**

Antes de finalizar este Capítulo, interessa-nos apontar as consequências jurídicas diferenciadas entre ato e fato administrativo, cuja análise permitirá uma aproximação da caracterização do silêncio administrativo como fato administrativo, a ser demonstrado nos próximos capítulos.

Retomando afirmação expressa por nós neste estudo, temos que:

*“A distinção entre ato e fato jurídico é relevante, pois um e outro estão sujeitos a tratamento normativo diversos, em especial considerando a distinção entre ato administrativo e fato*

*administrativo. Os atos administrativos podem ser invalidados e revogados, respeitado o ordenamento jurídico e gozam de presunção de legitimidade. Os fatos administrativos, por sua vez, não podem ser invalidados ou revogados - embora gerem responsabilidade à Administração - e não gozam de presunção de legitimidade."*(p.13)

O fato administrativo não é uma declaração do Estado, não prescreve, não determina, não preceitua, é um evento com reflexos jurídicos na órbita administrativa. Nessa situação não há que se falar em análise de legalidade, conveniência ou oportunidade como causa de extinção do fato administrativo. O fato simplesmente ocorre e, da sua existência, conclui-se pela consequência jurídica de acordo com o sistema normativo positivado. Da mesma maneira, como o fato não representa uma declaração do Estado, não se admite o conceito de presunção de legitimidade. Essa presunção decorre da expressa exteriorização de comando da autoridade administrativa, que atua em nome do interesse público, no exercício de função e com vistas à realização do bem comum.

O entendimento apresentado merecerá maior reflexão quando da análise do silêncio administrativo; entretanto, previamente, parece-nos oportuno delimitar cada um dos institutos supramencionados.

### a) Revogação

A revogação é a extinção de um ato administrativo, ou relação jurídica, por razões de conveniência e oportunidade. O poder de revogar deflui da regra de competência discricionária que habilita o agente a proceder à substituição do ato ou relação jurídica em virtude de uma análise de conveniência e oportunidade. A revogação se dá sobre ato ou relação jurídica válida e seus efeitos não retroagem, tendo eficácia *ex nunc* e natureza constitutiva.

Ressalte-se que o poder de revogar não é ilimitado, exige-se a verificação de disposição legal que explicita esta competência e que o exercício prévio da competência estatuída para dada relação não tenha exaurido a própria competência.

A discussão a respeito dos limites da revogação apresenta-se fundamentalmente para os atos concretos da Administração, uma vez que a revogação dos atos normativos não atinge situação presente, apenas obstruindo a constituição de novas relações jurídicas que poderiam se configurar face à previsão normatizadora, de caráter geral e abstrato.

Para os atos concretos, todavia, considerando que a revogação faz cessar situações jurídicas presentes, há que analisar quais hipóteses geram situações irrevogáveis e, nessa seara, valemo-nos mais uma vez das lições de BANDEIRA DE MELLO (2001). São irrevogáveis:

- a) os atos que a lei declare irrevogáveis (...);
- b) os atos já exauridos (...);
- c) os atos vinculados enquanto o sejam (...);
- d) os meros atos administrativos (...);
- e) os atos de controle (...);
- f) os atos que, integrando um procedimento, devem ser expedidos em ocasião determinada (...);
- g) os atos complexos (...);
- h) os atos que geram direitos adquiridos (...). (p.407-8)

Por fim, resta esclarecer que por ser a revogação um ato legítimo geralmente, não há que se falar em indenização. Porém, considerando-se que se admite responsabilidade do Estado por ato lícito, não podemos afirmar a impossibilidade absoluta do dever de indenizar.

## **b) Invalidação**

A invalidação é a retirada de um ato administrativo, ou da relação jurídica advinda desse, com efeitos *ex tunc* por desconformidade com a ordem legal. Não constitui monopólio da Administração o poder de invalidar um ato, cabendo esse igualmente ao Poder Judiciário que, no curso de uma lide, poderá exercê-lo quando provocado ou *de ofício*.

Há ampla discussão doutrinária acerca do tema da invalidação dos atos administrativos, seja sob o aspecto obrigacional ou facultativo da Administração em relação à invalidação, seja sobre a natureza do vício que atinge o ato, ou ainda sobre as relações *vício de legitimidade x interesse público, segurança jurídica x legalidade*.

Parte da doutrina nacional e internacional entende que a invalidação decorre de uma análise discricionária da Administração e que essa deverá julgar a conveniência e oportunidade da aplicação da mesma, sopesando os valores do interesse público, os interesses legítimos do administrado que estejam em jogo, bem como, os critérios da boa-fé e da segurança jurídica. De nosso lado, entendemos que a invalidação do ato (observe-se que ao nos referirmos a atos administrativos remetemo-nos não só aos atos concretos como também aos atos abstratos), bem como sua convalidação, não representa uma faculdade de apreciação discricionária da Administração, mas sim, um dever da mesma, cuja aplicação decorrerá de uma análise objetiva, pautada em referenciais da ordem jurídica e consagrada pela coadunação dos princípios da legalidade, segurança jurídica, interesse público e boa-fé da Administração e dos administrados.

A grosso modo podemos afirmar que a doutrina brasileira classifica a invalidação com base nas seguintes correntes: a) a que entende que todo vício acarreta a nulidade do ato -MEIRELLES (2001); b) a que distingue as hipóteses de invalidação entre atos nulos e anuláveis - BANDEIRA DE MELLO (1979); c) a que reconhece a existência de atos nulos, anuláveis e irregulares - SEABRA

FAGUNDES (1984); d) a que defende uma distinção tricotômica entre atos nulos, anuláveis e inexistentes (esta classificação é defendida com base em dois critérios diferentes: para BANDEIRA DE MELLO (2001) os atos inexistentes seriam juridicamente impossíveis, em razão de sua ilicitude; observe-se também que, para o autor, fora da categoria de atos inválidos (nulos e anuláveis) existiriam os denominados atos irregulares; para REALE (1980) além dos atos nulos e anuláveis, o ato inexistente seria aquele que carece de elemento constitutivo); e) a que, desenvolvida por ZANCANER (1993), defende uma divisão quadricotômica, tendo em vista as conseqüências jurídicas que o ordenamento jurídico imputa ao ato administrativo, classificando-os em: atos absolutamente sanáveis; atos absolutamente insanáveis; atos relativamente sanáveis e atos relativamente insanáveis.

### **c) Presunção de legitimidade**

A presunção de legitimidade é um atributo conferido ao ato administrativo que, em observância à submissão da Administração ao princípio da legalidade, pressupõe, até questionamento em juízo, que os atos emanados pelos órgãos administrativos foram emitidos em respeito à ordem legal.

Nas palavras de CASSAGNE (1993), citando MARIENHOFF:

*Trátase de una presunción provisoria de los actos estatales, insita en las funciones e poderes que la norma fundamental asigna a los órganos que componen la estructura constitucional del Estado, para realizar en*

*forma expeditiva y eficaz las funciones públicas que debe satisfacer en la prosecución del bien común cuya administración y gerencia le corresponden. Supone que el respectivo acto dictado por un órgano estatal se há emitido de conformidad al ordenamiento jurídico y en ella se basa el deber u obligación del administrado de cumplir el acto. (p.21)*

De certa maneira, a formalização própria do ato administrativo, que inexistente no fato administrativo, é a garantia de que à decisão emanada precedeu uma análise de adequação da conduta assumida pela Administração em relação à finalidade pretendida pelo sistema normativo.

O processo de elaboração da declaração do Estado - e essa mesma como ato formalizado - permite a estruturação do conceito de presunção de legalidade, próprio do ato administrativo. Ao fato administrativo, em especial pela falta de pronunciamento da Administração, não se pode presumir a conduta legal, pois nada se pode presumir sobre uma ausência de decisão.

A presunção de legitimidade é um atributo do ato administrativo que decorre do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e do princípio da estrita legalidade, que embasam o agir administrativo.

Como já exposto, o atributo da presunção de legitimidade não alcança o fato administrativo, assim como não o alcançam os atributos da imperatividade, executoriedade e exigibilidade, próprios do ato administrativo.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> Entenda-se por imperatividade o poder unilateral da Administração alterar a esfera jurídica do particular em favor do interesse público; por executoriedade o atributo que confere à Administração o poder de compelir o administrado no cumprimento de obrigação, e por exigibilidade o poder de coerção indireta para cumprimento de obrigação imposta.

Por fim resta-nos, no caminho percorrido, traçar considerações sobre o denominado “ato imperfeito” como um fato administrativo, e não, propriamente um ato.

Perfeição é a qualidade presente no ato que completou seu ciclo de formação, tendo esgotadas as fases de sua produção. O ato imperfeito é aquele que não se configurou por não ter concluído seu processo de elaboração.

Para esclarecimento de nossa colocação utilizemos, mais uma vez as lições de SUNDFELD (1986):

*(...) o que em Direito, aparta o ato do fato é a significação que as normas outorgam a um acontecimento. Uma declaração será ato jurídico quando o direito reconhecer-lhe o efeito de regular comportamentos ou qualificar situações, isto é, quando lhe for outorgado o significado de norma jurídica. Será fato, entretanto, se tomado como simples pressuposto de incidência de norma jurídica, vale dizer, se corresponder concretamente à hipótese abstrata nela prevista, gerando a aplicação de seu mandamento.*

*Temos, para nós, que os atos imperfeitos, ou pelo menos alguns deles, geram ou podem gerar conseqüências jurídicas. Revestem-se de aparência de ato, mas não são atos e sim fatos jurídicos, e como tais estão enlaçados a uma conseqüência jurídica.*

*A imperfeição não se confunde com a invalidade; o ato inválido é uma norma jurídica, o ato imperfeito é um fato jurídico. (p.10-1)*

## CAPÍTULO II

### DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE SILÊNCIO ADMINISTRATIVO, SUA FUNDAMENTAÇÃO HISTÓRICA E REFERÊNCIAS NORMATIVAS AO TEMA

O exercício da Administração Pública, como pontuado anteriormente, dá-se por atitudes que nem sempre representam atos administrativos.

Já tivemos oportunidade de demonstrar a diversidade de manifestações da Administração. As diferentes formas de manifestações da Administração compõem uma diversidade não menos plural de designações para a atuação administrativa.

O problema surge, entretanto, não quando a Administração se manifesta, senão quando se omite mesmo sendo provocada.

O estudo dessa inação administrativa é que direcionará nosso trabalho, permitindo fazer uma análise do silêncio administrativo e, a partir daí, com uma perspectiva mais genérica, propor as bases para uma discussão sobre o tratamento a ser dado à inatividade da Administração, em respeito aos valores de nosso sistema jurídico e à concepção de Estado que esse abarca.

## 2.1 A inatividade formal da Administração e o dever constitucional de responder

A Constituição, que nas palavras de ARISTÓTELES é o modo de ser da *polis*, é a norma máxima do sistema jurídico de uma Nação e direciona a interpretação dos dispositivos legais existentes, a serem analisados de forma sistêmica.

O conceito de Estado Democrático de Direito impõe à Administração a obrigação de agir. A inatividade da Administração, formal ou material, viola esse dever. É sua obrigação não só resolver expressamente, como deve fazê-lo em conformidade com os princípios constitucionais que vinculam seu agir, da moralidade, da legalidade, da eficiência e da publicidade, enfim, com respeito ao “devido processo”, com celeridade, de maneira fundamentada e na perseguição do fim estabelecido em lei.

Utilizando as lições de CANOTILHO (1987) ao estudarmos o direito constitucional, devemos interpretá-lo como um sistema, de forma a evitar incongruências, elegendo critérios que incentivem a integração político-social e o fortalecimento da unidade política. Deve-se atribuir à norma constitucional o sentido que lhe dê maior eficácia.

O órgão encarregado da interpretação da norma constitucional não pode concluir, portanto, por um resultado que subverta a finalidade

constitucionalmente estabelecida, assim como deve buscar a coordenação e a combinação dos bens jurídicos prestigiados na Constituição, de forma a não sacrificar qualquer um deles. Nas precisas palavras desse autor:

*A perspectiva que nos vai permitir compreender a ordem constitucional no seu conjunto liga-se à idéia ou pensamento de sistema interno. Em termos sintéticos, significa isso a compreensão da constituição como um conjunto de princípios de sentido, reciprocamente relacionados, interdependentes e complementares, apontando global e tendencialmente para a unidade axiológico-normativa do sistema constitucional. (p.117, destaque do autor)*

A Constituição vincula a competência dos órgãos, as formas e o processo do exercício do poder e representa uma fundamentação substantiva para os atos do Poder Público, definindo princípios materiais estruturantes do Estado e impondo tarefas e programas a ele.

A Constituição moderna elenca, no corpo de seus princípios políticos conformadores e nos seus princípios jurídicos fundamentais (vetores para a interpretação, conhecimento e aplicação do direito positivo), a idéia de que Estado Democrático de Direito não representa a mera positivação do poder, mas traduz os ideais de justiça de uma dada sociedade.

O conceito de Constituição Social, presente na maioria dos documentos constitucionais hodiernos, absorve os valores de democratização da sociedade na persecução do princípio da igualdade; autoriza a intervenção estatal em vista da melhoria da existência social; respeita o princípio do Estado de Direito

formal consagrando um direito de garantias à liberdade; e estrutura uma ordem positiva que impõe fins e tarefas aos Poderes Públicos e uma atuação participativa e de controle dos cidadãos.

A Carta Constitucional Brasileira define uma *República Federativa, constituída em Estado Democrático de Direito, que tem como fundamentos, a cidadania e a dignidade da pessoa humana*. Essa República garante à sua população o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular e coletivo; protege o direito de petição aos Poderes Públicos; garante a obtenção de certidões; assegura o contraditório e a ampla defesa nos processos judiciais ou administrativos; prevê a regra da publicidade dos atos oficiais (respeitada a intimidade e o interesse social); prevê os institutos do *habeas-corpus*, do *mandado de segurança*, do *mandado de injunção*, da *ação popular*, do *hábeas-data* e a *inconstitucionalidade por omissão* como formas de proteger direitos individuais e coletivos; proteger direitos de cidadania, e de informação; inibir omissões, abuso de poder e a improbidade dos Poderes Públicos, vinculando a Administração Pública aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

É pois da interpretação sistêmica desses dispositivos que podemos definir os contornos constitucionais vinculantes do agir administrativo, assim como é por esses vetores que podemos interpretar as normas infraconstitucionais e harmonizar o sistema normativo global que vigora em nosso País. Esses princípios

informam a atuação administrativa e impõem a exigibilidade, adequação e proporcionalidade do agir administrativo aos fins que persegue.

Como demonstrado anteriormente, administrar é exercer função, é dever de bem curar o interesse público, é atuar na realização do bem comum. O administrador, como tal, não dispõe dos interesses que administra, que são inapropriáveis e pertencem à coletividade. É em favor da consecução dos fins estabelecidos pelo ordenamento jurídico que a Administração Pública atua, condicionada às disposições legais e na persecução do interesse público.

O ato administrativo portanto, é a declaração do Estado que visa a dar cumprimento aos dispositivos legais (íntegra a Lei), cumprindo o dever de órgão público de realizar a finalidade que o vincula, ou seja, é a declaração proferida no exercício da função pública. Ao declarar seu entendimento sobre dada situação ou relação jurídica, o Estado se manifesta expressa e fundamentadamente, explicitando uma atuação devida.

Ora, se é verdade que, ao exercer função, a Administração está frente a deveres, e não, a poderes, se o ato administrativo é a materialização (normal) do exercício da função administrativa e se, ademais, o ato administrativo deve responder a determinados pressupostos de validade como forma de garantir ao administrado um sistema de proteção e respeito às regras estabelecidas em um Estado de Direito, evidentemente, a inatividade formal da Administração, diante da solicitação de um particular, é uma ofensa à ordem jurídica vigente. Ademais, deve-

se considerar que, entre os dispositivos expressos na Constituição de nosso País, está o consagrado direito de petição - art. 5º, XXXIV, "a".<sup>11</sup>

O direito de petição é o direito que se tem de invocar os órgãos públicos, a fim de que esses se pronunciem sobre uma questão ou situação, seja para aquisição de uma informação, seja para efetivar uma reclamação, seja para requerer uma apreciação administrativa sobre determinada solicitação.

Evidentemente o direito de petição, como qualquer norma constitucional, não pode ser destituído de eficácia; sendo assim, é inadmissível aceitar que a autoridade se escuse a responder. Há de provê-lo, seja para acolher ou negar a petição, explicitando a devida motivação.

A resolução expressa e fundamentada da Administração, frente a uma solicitação apresentada pelo administrado, como resultado de um processo administrativo regular, decorre do próprio conceito de Estado definido por nossa Carta Maior.

São significativas, mais uma vez, as palavras de CANOTILHO (1987):

*A exigência de um procedimento juridicamente adequado para o desenvolvimento da atividade administrativa considera-se como dimensão insubstituível da administração do Estado de direito democrático. (p.318)*

<sup>11</sup> Reza o preceituado artigo: "Art. 5º, XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder."

## 2.2 Ato tácito, ato implícito e silêncio administrativo

Para a discussão da inatividade formal da Administração, é fundamental estabelecer o que se define doutrinariamente como ato tácito, ato implícito e silêncio administrativo. A delimitação conceitual de cada um desses institutos é necessária para que a análise de nosso trabalho sobre o silêncio da Administração não suscite questionamentos decorrentes de falta de clareza semântica ou conceitual a respeito de cada um dos termos.

Deve ficar claro que, ao falarmos de silêncio, ato tácito ou ato implícito, não estamos nos referindo a três institutos diferenciados. Em verdade, estamos apenas diante de dois institutos que recebem diferentes denominações.

A utilização dos termos *silêncio administrativo*, *ato tácito* e *ato implícito* não é uniforme na doutrina em geral.

A doutrina italiana, por exemplo, nomeia de ato tácito o que Brasil e Portugal nomeiam de ato implícito. Por outro lado, a doutrina italiana, assim como o Brasil, denomina silêncio o que Portugal nomeia usualmente de ato tácito.

Usando a doutrina brasileira como referência, podemos afirmar que se entende por ato implícito a decisão administrativa que se infere de uma outra decisão manifesta; e por silêncio administrativo a inatividade formal da Administração que, após transcurso de prazo legal, ou reconhecido como razoável, deixa de agir ou se omite de decidir, quando deveria fazê-lo.

O termo ato tácito, enquanto oposição ao conceito de ato expresso, apesar da utilização mais específica pela doutrina portuguesa, é utilizado em todos os países, de maneira por vezes indiscriminada em relação aos institutos tanto do silêncio como do ato implícito. É preciso destacar a impropriedade dessa utilização, que confunde conceitos e discursos, impedindo uma precisa explicitação de cada figura jurídica.

De qualquer forma, não podemos negar a utilização do termo ato tácito enquanto oposição ao conceito de ato expresso. Entretanto, não podemos desconsiderar que, por diversas vezes, a utilização do termo ato tácito para o silêncio administrativo e para o ato implícito não é gratuita e descuidada, traduzindo uma concepção assumida frente a esses institutos. Essa concepção, como tentaremos demonstrar a seguir, é objeto de amplo debate na configuração de cada um dos institutos.

De fato, pode-se perceber que, para diversos autores, o conceito de ato administrativo não se limita à idéia de *declaração* ou *prescrição*, mas abarca uma realidade plural, admitindo outras formas de manifestação da Administração na composição do conceito. Não há como evitar, em consequência desse alargamento do conceito de ato administrativo que, no mesmo sentido, se verifique equivalente ampliação do conceito de ato tácito. São elucidativas as palavras de BANDEIRA DE MELLO (1979):

*A fórmula ou forma exterior do ato pode ser considerada sobre diferentes aspectos e daí as suas classificações.*

*Quanto à estrutura, distingue-se em expressa e tácita.*

*Expressa, quando a fórmula de manifestação da vontade é feita diretamente com referência ao próprio ato jurídico em consideração.*

*Tácita, quando a fórmula de manifestação da vontade resulta indiretamente com referência a dado assunto, pela prática de outro ato jurídico ou ato material, ou mesmo pela falta de qualquer exteriorização de manifestação de vontade. (p.443, grifo nosso)*

O alargamento do conceito de ato administrativo para realidades jurídicas que não representem uma declaração da Administração pode permitir - como verificamos da citação extraída - que, mesmo a “falta de exteriorização de manifestação da vontade”, pode equivaler, no entendimento de alguns autores, a um conceito de ato administrativo, ainda que tácito.

### **2.2.1 Ato implícito**

O ato implícito é um pronunciamento administrativo que se infere (*facta concludentia*) de outro comportamento ou ato emanado pelo órgão público. É a constatação, sem possibilidade de dúvida, de uma decisão implícita, através de outra manifestação expressa da Administração.

O ato implícito só se aproxima do silêncio administrativo na medida em que ambos representam uma falta de manifestação explícita da Administração *sobre determinada situação específica.*

Apesar da aproximação defendida, deve ficar claro que o ato implícito, diferentemente do silêncio administrativo, decorre de uma manifestação expressa da Administração, ainda que não como exteriorização precisa sobre uma solicitação específica formulada.

O ato implícito constitui uma decorrência, ou da realização de um comportamento ou de atividade administrativa, de sentido unívoco incompatível com uma vontade diversa ou de uma decisão da Administração, através de outro ato que a implica necessariamente. É notório para esclarecimento da realidade avençada o exemplo em que a Administração, sem desafetar previamente um imóvel, colocá-lo à venda diretamente, presumindo-se, dessa forma sua desafetação.

O ato implícito constitui, portanto, um ato decorrente, inequívoco, diante de expressa manifestação da Administração para ato ou comportamento diverso.

A aceitação do ato implícito como um ato administrativo não nos parece merecer qualquer questionamento, dado que se origina de uma declaração exteriorizada, nos termos das normas e pressupostos que vinculam a emanção de todo ato administrativo.

A validade do ato implícito verifica-se através da análise dos requisitos que a teoria do ato administrativo impõe, enquanto garantia dos princípios que regem a atividade administrativa. Nesse sentido, é evidente que não se pode considerá-lo válido, se decorrente de requisitos formais ou formalidades

específicas que não tenham sido respeitadas ou, ainda, se emanado de autoridade incompetente. São precisas as lições de BANDEIRA DE MELLO (1979):

*Portanto, não se pode concluir tenha havido manifestação de vontade implícita, se para ato relativo a dada matéria for necessário trâmite prévio ou maioria especial, e o comportamento do qual se pretende defluir manifestação implícita se perfaz independentemente dessas exigências, pois a sua manifestação dispensa essa solenidade. Isso porque não se pode admitir decisão implícita, com desrespeito a requisitos formais exteriores obrigatórios, quer dizer, com desrespeito a formalidades legais. (p.448).<sup>12</sup>*

Pelo exposto, percebemos que, ao nos referirmos ao ato implícito, estamos diante de um efetivo ato administrativo, e não podemos considerá-lo como resultado de uma inatividade formal da Administração Pública. O ato implícito, como decorrência de uma declaração do Estado, não representa uma violação do agente público que tenha deixado de cumprir o seu dever de resolver uma solicitação encaminhada.

Diante dessa realidade, verifica-se a possibilidade de controle da atuação administrativa, pressuposto da ordem democrática, exercida por meio da análise do ato expresso do qual se inferiu o ato implícito.

---

<sup>12</sup> Acompanha essa posição os diversos doutrinadores nacionais e internacionais, que entendem o ato implícito como verdadeiro ato administrativo, condicionando sua validade aos requisitos previstos em lei. Assim entendem: Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, André Gonçalves Pereira, Eduardo Garcia de Enterría, Agustín Gordillo, Gustavo Adolfo Revidatti, Pietro Virga, entre outros.

### 2.2.2 O silêncio administrativo

O instituto do silêncio administrativo, de acordo com o entendimento da doutrina dominante, caracteriza-se pela falta de declaração da Administração Pública, quando provocada por administrado na defesa de interesse próprio, ou quando deveria atuar no controle de ato proferido por outro órgão administrativo.

O silêncio se caracteriza como uma omissão da Administração que, para assim se configurar, pressupõe o transcurso "*in albis*" de prazo definido em lei para sua manifestação ou a duração da inatividade por período superior àquele que deflui da ordem jurídica (ainda que essa não o expresse literalmente) como razoável para apresentação de uma resposta do órgão administrativo. São portanto, requisitos do silêncio administrativo:

- a) a necessidade de manifestação expressa da Administração para viabilizar o exercício de direito do administrado; e
- b) a falta de resolução expressa da Administração, dentro do prazo devido, caracterizando com isso sua inatividade formal.

Vale ressaltar que não é qualquer atitude omissiva da Administração que pode caracterizar o silêncio administrativo. Essa omissão deve vincular-se a uma inatividade administrativa que se constitui em passividade da Administração frente a uma solicitação, dentro de uma relação jurídica formal em que a Administração deveria expressar seu entendimento em dado prazo, e não o faz.

Existem inatividades materiais que compõem o conceito de omissão, mas não se conformam ao instituto do silêncio administrativo.

CAVALCANTI *apud* VITTA (1999) diferencia a inércia da Administração no exercício de poder de polícia, na aplicação de medidas coercitivas e de restrições ao exercício de direito, como uma atitude que não constitui hipótese de silêncio administrativo e deve ser entendida como um assentimento tácito do órgão público. Todavia, destaca o autor que a falta de despacho de um pedido (silêncio administrativo) não pode ser considerada assentimento tácito nem reconhecimento implícito da legitimidade da pretensão do particular.<sup>13</sup>

Por outro lado, dentre as situações omissivas incluídas no conceito de silêncio administrativo, não podemos deixar de destacar duas situações jurídicas distintas: a omissão do órgão administrativo controlador e a omissão da Administração frente a uma solicitação do administrado, com vistas a uma decisão expressa dessa. Conforme as lições de PEREIRA (1962), essas realidades recebem no direito português as denominações respectivas de *ato tácito interno* e *ato tácito externo*.

Se, do ponto de vista da natureza das relações que o silêncio atinge, podemos ter uma classificação que nos remete a um *silêncio administrativo interno* e a um *silêncio administrativo externo*, do ponto de vista das conseqüências

---

<sup>13</sup> Ressalte-se a opinião de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1979) que, considerando o critério da manifestação de vontade para definição do ato administrativo ao falar do silêncio da Administração, explicita que esse "*decorre da inação e jamais da inércia, visto que aquela gera manifestação de vontade e esta decadência de direito.*" (p. 448).

jurídicas advindas da posição silente da Administração, verificamos três hipóteses distintas que se referem àquela a que *a ordem jurídica não atribui valor ao silêncio*, ao *silêncio administrativo negativo* e ao *silêncio administrativo positivo*.

Estamos diante do silêncio negativo quando, frente à inatividade da Administração, a lei atribui ao silêncio um valor de indeferimento.

Por outro lado, considera-se positivo o silêncio quando a lei, em virtude da falta de manifestação tempestiva da Administração, atribui a esse um valor de deferimento.

Frente ao silêncio positivo, percebemos a existência de normatizações diferenciadas quanto à sua possibilidade de configuração, verificando-se, em regra, duas situações distintas:

- a) hipótese em que a regulamentação o prevê incondicionalmente, bastando a configuração da inatividade administrativa, para além do prazo imposto para a Administração proferir sua manifestação sem que o houvesse feito, para que o silêncio se configure como tal, independentemente da necessidade de adequação da pretensão requerida à normatividade vigente na matéria; e
- b) hipótese em que a regulamentação condiciona, para sua efetivação de deferimento, a sujeição da solicitação efetuada pelo administrado aos preceitos legais impostos pela ordem jurídica em vigor.

Como podemos ver, o silêncio, diferentemente do ato implícito, não se infere de qualquer manifestação expressa, resultando efetivamente de uma

abstenção de declaração, de uma falta de extroversão da Administração Pública. Deixaremos a análise da natureza jurídica do silêncio, bem como, a caracterização ou não dessa inatividade como violação à obrigação da Administração Pública de responder expressamente, para o próximo capítulo.

Entretanto, antes de aprofundarmos as questões polêmicas em torno do instituto do silêncio, mister se faz apresentar um relato histórico e comparado a seu respeito.

### **2.3 Referências históricas e comparadas do silêncio administrativo**

A história do Direito Administrativo reflete as mudanças de concepções de Estado ao longo do desenvolvimento histórico. Apontemos uma rápida reflexão, nesse sentido, segundo REVIDATTI (1985).

Antes da Revolução Francesa, levando-se em conta que à Administração se atribuía o direito de não se manifestar frente a uma demanda apresentada pelo particular, não havia qualquer teorização sobre o silêncio administrativo.

Em momento posterior, a partir dos ideais da Revolução de contraposição à concepção de Estado então vigente, chegou-se a igualar a condição

da Administração à do administrado, equivalendo o dever de pronúncia de ambos, com conseqüências jurídicas similares.

Com o desenvolvimento do Estado moderno, introduziu-se a necessidade de se diferenciar em regimes jurídicos, definindo-se a distinção até hoje consagrada entre Direito Público e Direito Privado. Estruturou-se a idéia de função pública característica da atuação administrativa.

Com base na distinção de regimes jurídicos e na concepção de Estado de Direito que passa a garantir a positivação da noção de Estado Democrático de Direito é que a teoria do silêncio administrativo se desenvolve até nossos dias.

Essa teoria nasceu como um mecanismo de proteção ao administrado, como instrumento viabilizador do sistema de proteção jurisdicional. Exigia-se como requisito ensejador da demanda contenciosa administrativa ou judicial a existência de prévia decisão por parte da Administração. Guardando, silêncio a Administração evitava a demanda.

Vem daí o entendimento inicial do silêncio como um instituto de efeitos processuais que permitia ao administrado entender, transcorrido certo período sem que a Administração se manifestasse, que o silêncio da Administração representava uma negativa à sua pretensão, o que lhe autorizava o processamento do recurso, na esfera administrativa ou na esfera judicial.

A caracterização do instituto do silêncio como um requisito processual preocupava-se fundamentalmente em preservar o direito do administrado de não ter ignorada sua pretensão, obstaculizada pela inatividade administrativa.

Entretanto, com a ampliação das funções do Estado, novas demandas começam a se apresentar e o silêncio administrativo passa a representar um entrave à realização de atividades que seriam exercidas pelos particulares e que ficam impedidas pela falta de manifestação da Administração. Nasce, assim, o conceito de silêncio positivo, figura mais recente na teoria do silêncio administrativo.

São exemplificativas as colocações apontadas por REVIDATTI (1985):

*Es así, entonces, como en las leyes actuales – la 19.549 por ejemplo – aparecen três supuestos de silencio o, mejor dicho, dos supuestos, uno de los cuales a su vez admite una subdivisión:*

- a) En primer lugar lo más frecuente, tanto en la legislación como en la práctica, es el silencio intrascendente; es decir: aquel al cual no se le puede otorgar ningún significado.*
- b) En segundo lugar el silencio trascendente, es decir: aquel en que transcurrido un cierto lapso se considera que ha existido declaración administrativa.*

*Este silencio trascendente, a su vez, en la legislación actual (debido a los dos problemas que se plantean: la necesidad de que haya una decisión para después poder demandar por un lado, y por outro lado, la de evitar la mora) es a veces negativo y a veces positivo. Debe tenerse presente una división que ya hicimos antes respecto de asuntos similares: la frecuencia legislativa y la frecuencia práctica.*

*Legislativamente no hay duda alguna de que en la mayor cantidad de supuesto se le da sentido negativo.*

*Sólo excepcionalmente se encuentra en la ley el sentido positivo, que si se formula una petición y ella no es contestada dentro de un tiempo determinado, se considera otorgado lo que se há pedido. Pero las ocasiones en que esta solución excepcional en la ley se aplica a los casos prácticos, son muchas más que aquellas en que se aplica el silencio derogatorio.*

*(...)*

*Si se tiene en cuenta la cantidad de ocasiones en que esto se realiza se advertirá que aunque son pocos los supuestos legislativos en que se prevé un silencio con sentido positivo, sin embargo sua aplicación es tan numerosa que realmente sobrepasa en mucho a los más numerosos supuestos de previsión negativa, más frecuentemente previstos pero menos aplicados. (p.268-9)*

É preciso que não se descontextualize a origem do nascimento da teoria do silêncio administrativo, bem como, das normatizações a respeito do tema, alicerçadas em países cuja sistemática jurídica se desenvolve dentro de uma dualidade jurisdicional (contencioso administrativo e contencioso judicial), pois em virtude dessa ordenação jurídica é que se entende inclusive a necessária demanda dessa teorização, em especial como condição de acesso ao controle jurisdicional.

Como primeiras referências legislativas para a regulamentação do tema, destacam-se: na França, o decreto de 2/11/1864 e a Lei de 17 de julho de 1900; na Espanha, o Real Decreto de 20 de setembro de 1851 apresenta referência ao tema, bem como, a Lei 3.952, do ano de 1900; na Itália, após inúmeras decisões

jurisprudenciais do Conselho de Estado, ocorre a regulamentação legislativa no ano de 1934; na Argentina, já se verifica previsão normativa na Constituição da Província de Buenos Aires de 1889.<sup>14</sup> No Brasil, por sua vez, sem que haja qualquer regulamentação definitiva e organizada, verificam-se referências regulamentares esparsas e incidentais para o tema, em dispositivos específicos, como os relativos à definição de prazos para emanção de decisão administrativa sobre imposto de renda.<sup>15</sup>

De acordo com estudo elaborado por VELARDE PEREZ (1995), na legislação comparada sobre silêncio administrativo temos, como exemplos, as seguintes realidades normativas:

**Portugal:** De acordo com o *Código de Procedimento Administrativo Português*, aprovado pelo Decreto-lei de 15 de novembro de 1991, fica fixado o dever de resolver, que incumbe aos órgãos administrativos, entendendo-se o silêncio administrativo negativo e positivo como alternativas à resolução. A regra de interpretação para o silêncio da Administração é a de considerá-lo denegatório da solicitação efetuada (silêncio negativo) e abrir as vias impugnatórias ao interessado, dando-lhe a faculdade de ascender ao recurso correspondente. A normatização do silêncio positivo remete-se a hipóteses específicas, através de uma enumeração não exaustiva, e em relação a atos necessitados de aprovação ou autorização administrativa. É ilustrativa a reprodução do texto legal:

---

<sup>14</sup> Informações colhidas em Muñoz (1982).

<sup>15</sup> Segundo informa Cavalcanti (1939).

*Artigo 108 - Aceitação Tácita.*

1. *Quando a execução de um ato administrativo ou o exercício de um direito por um particular depender da aprovação ou da autorização de um órgão administrativo se considerarão concedidas essas, salvo disposição em contrário, se a resolução não fora ditada no prazo estabelecido pela Lei.*
2. *Quando a Lei não fixar um prazo especial para entender produzida a aceitação tácita o mesmo será de noventa dias a contar do encaminhamento da petição ou desde o início do procedimento.*
3. *Aos efeitos do disposto neste artigo serão considerados pendentes de aprovação ou autorização do órgão administrativo, ademais daqueles outros para os quais as Leis especiais prevejam especificamente a aceitação tácita, as hipóteses de:*
  - a) *Licenças de obras particulares.*
  - b) *Cédula de parcelamento.*
  - c) *Permissão de trabalho concedido ao estrangeiro.*
  - d) *Autorização de mudança de estrangeiros.*
  - e) *Autorização de jornadas contínuas.*
  - f) *Autorização de trabalhos por turnos.*
  - g) *Compatibilidade de funções públicas e privadas.*
4. *Para o computo dos prazos previstos nos itens primeiro e segundo deste artigo, se considerará que os mesmos ficam suspensos sempre que o procedimento estiver paralisado por motivos imputáveis ao particular.*

(...)

**Artigo 109 - Recusa Tácita.**

1. *Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ausência de resolução do órgão competente sobre a pretensão a ele encaminhada no prazo fixado para sua emissão conferirá ao interessado, salvo disposição em contrário a faculdade de presumi-la negada a fim de poder exercer o correspondente meio legal de impugnação.*
2. *O prazo a que se refere o parágrafo anterior será de noventa dias, à exceção do que se disponha em Lei especial.*
3. *Os prazos citados no parágrafo anterior se computarão, na falta de disposição especial, da seguinte maneira:*
  - a) *Desde a data de entrada do requerimento ou petição no serviço competente, quando a Lei não imponha formalidades para a fase preparatória do procedimento.*
  - b) *Desde o transcurso fixado na Lei para a finalização de ditas formalidades ou, à falta de referida fixação, transcorrido três meses desde a apresentação da pretensão.*
  - c) *Desde a data do conhecimento da formulação de ditas formalidades, se a mesma for anterior ao término do prazo aplicado de acordo com o parágrafo anterior.*

**Art. 9 -. Princípio de resolução**

1. *Os órgãos administrativos terão o dever de pronunciar-se, nos termos previsto neste Código, sobre os assuntos de sua competência que os sejam apresentados pelos particulares e, especialmente:*
  - a) *sobre os que afetem diretamente a estes últimos.*
  - b) *sobre qualquer petição, solicitação, reclamação ou questão formulada em defesa da Constituição, das leis e do interesse geral.*

2. *Não existirá dever de resolver quando em menos de dois anos o órgão competente tenha ditado um ato administrativo sobre a mesma petição do interessado com base nos mesmos fundamentos.* (tradução nossa, p.132-3, notas de rodapé 3, 4, 5).

**Itália:** Com base na Lei sobre *Novas normas em matéria de procedimento administrativo e de direito de acesso aos documentos administrativos*, Lei nº 241, de 7 de agosto de 1990, a Administração deve concluir os procedimentos administrativos, por meio de uma resolução expressa. Caberá às Administrações estabelecerem o prazo em que deva ser finalizado cada tipo de procedimento, na ausência de normas específicas. Na falta de fixação de prazo, esse será de trinta dias e, de forma geral, os prazos começam a ser computados a partir do recebimento da solicitação, quando do requerimento da parte.

Essa Lei enumera ainda hipóteses de acolhimento da pretensão por silêncio da Administração, referentes a relações de fiscalização da esfera privada. Entretanto, para essas hipóteses de silêncio positivo, a norma destaca que, por razões de interesse público, fica a Administração autorizada a anular o ato produzido em desconformidade com a lei, salvo o saneamento, pelo interessado, dos vícios existentes, em prazo fixado. Impõe ainda a obrigação dos solicitantes de declarar a adequação da solicitação aos requisitos impostos em Lei, ficando vedada a possibilidade de correção de vícios pelos administrados em caso de dolo ou certificações falsas, penalizando-se de igual maneira aqueles que, com falta de autorização ou em contradição com essa, iniciem a atividade sem os requisitos requeridos pela Administração, ou quando em desacordo à norma vigente.

Fora os dispositivos específicos dessa lei, a regulamentação esparsa a respeito do tema demonstra no sistema italiano a configuração de três espécies de silêncio administrativo, inexistindo regra geral de caráter positivo ou negativo. A consequência do silêncio fica determinada em cada hipótese especificada em lei.

A normatização existente estabelece as figuras denominadas *silenzio-accoglimento* (que se configura um silêncio positivo), *silenzio-rigetto* (que equivale ao silêncio de caráter negativo) e um *silenzio-inadempimento* (que constitui o descumprimento do dever de resolver expressamente).

Destaquemos, uma vez mais, a legislação na espécie trazida no estudo do autor espanhol:

#### *Artigo 2*

- 1. No caso em que o procedimento se desenvolva obrigatoriamente a requerimento de parte, ou deva iniciar-se de ofício, a Administração Pública tem o dever de concluí-lo mediante a adoção de uma resolução expressa.*
- 2. As Administrações Públicas determinarão para cada tipo de procedimento, quando não esteja expressamente previsto por lei ou regulamentos, o prazo em que deva finalizar-se.*

*Dito prazo será contado desde o início do procedimento de ofício ou desde o recebimento da solicitação, se o procedimento se inicia por requerimento de parte.*
- 3. Se as Administrações Públicas não fixam prazos de acordo com o parágrafo 2º esse será de trinta dias.*

4. *As determinações adotadas de acordo com o parágrafo 2º serão publicadas, segundo o previsto nos ordenamentos especiais.*

**Artigo 20:**

1. *Mediante regulamento adotado e nos termos previstos no parágrafo 2º do artigo 17 da Lei de 23 de agosto de 1988, número 400, que deverá aprovar-se no prazo de noventa dias desde a entrada em vigor da presente Lei e prévio informe da Comissão parlamentar competente, serão determinados os casos nos quais a solicitação de obtenção de uma autorização, licença, habilitação, visto, permissão ou manifestação de conformidade, qualquer que seja a sua denominação, no qual esteja condicionado o exercício de uma atividade privada considera-se admitida quando não se comunique ao interessado a resolução de denegação dentro do prazo fixado para categorias de atos por dito regulamento, atendendo a complexidade de cada procedimento. Em tais casos, se subsistem razões de interesse público, a Administração competente poderá anular o ato produzido em desconformidade com a lei, salvo se, quando possível, o interessado proceda ao saneamento dos vícios no prazo que o fixe a Administração.*
2. *Ao objeto da aprovação do regulamento previsto no parágrafo 1º, os informes da comissão parlamentar e do Conselho de Estado deverão emitir-se no prazo de sessenta dias desde sua solicitação. Transcorrido referido prazo o governo disporá, em todo caso, sua aprovação.*
3. *Seguem sendo aplicadas as normas atualmente vigentes que estabelecem normas análogas ou equivalentes às previstas no presente artigo. (tradução nossa; p. 135, nota de rodapé 7,8).*

**França:** De acordo com o Decreto de 11 de janeiro de 1965, o direito francês prevê o silêncio negativo como regra, a fim de possibilitar o acesso ao

contencioso-administrativo. Na França, o prazo de configuração do silêncio é de quatro meses e, sem a devida manifestação da Administração competente o seu transcurso o configura automaticamente,<sup>16</sup> o que possibilita o uso do recurso pelo administrado.

É importante destacar que o sistema francês não obriga ao interessado, para a interposição e o processamento do recurso, a respeitar o prazo definido para o ato expresso, entendendo que, se a Administração não se pronuncia expressamente, fica indefinidamente exposta ao recurso. Assim, caberá ao administrado avaliar a oportunidade de sua interposição, independentemente de prazo.

Pelo exposto, verifica-se que, na França, o silêncio positivo restringe-se às hipóteses específicas previstas em lei, pois a regra geral é o reconhecimento de valor negativo para a inatividade da Administração.

**Alemanha:** Na Alemanha, a inatividade da Administração pode ter questionamento judicial direto. Em regra, transcorrido o prazo de três meses sem que a Administração apresente resposta expressa à solicitação apresentada, autoriza-se o recurso judicial, com vistas a que o Tribunal determine a expedição do ato, considerando que dada omissão é ilegal e lesiona os direitos do administrado, a menos que haja um motivo determinado.

---

<sup>16</sup> O entendimento da configuração do silêncio de forma automático não é uniforme na legislação comparada. Na Itália, verifica-se a exigência histórica de prévia denúncia de mora, para fixação de novo prazo, vencido o qual configura-se o silêncio. Na Espanha, quando a inatividade se produz em via de petição, há que se denunciar a mora; quando em via de recurso, o silêncio é automático pelo mero vencimento do prazo. Na Argentina, exigia-se a necessidade de pronto despacho, para transcurso de novo prazo cujo descumprimento configuraria o silêncio, situação alterada pelo Decreto regulamentar nº1759/72.

**Argentina:** Nesse país, conforme nos informa MUÑOZ (1982:33-44), a regulamentação do silêncio administrativo se dilui em diversos códigos provinciais, inexistindo uniformidade sobre a concepção do instituto. Para alguns códigos provinciais, como os de Buenos Aires e Santa Fé, a regra é o silêncio negativo, restringindo-se seu efeito ao caráter processual de possibilitar o recurso contencioso administrativo (nessas legislações, não se aplica o prazo de caducidade para a impugnação contenciosa frente ao silêncio, como se houvesse resolução expressa da Administração). Para outros códigos, como os de La Rioja, de Santiago, de Estero e Mendoza, entre outros, equiparando o entendimento do silêncio ao de ato administrativo, esses sistemas assumem a imposição de prazos de caducidade para a impugnação pretendida.

A Lei Nacional de Procedimentos Administrativos, por sua vez, mantém a regra do silêncio negativo, prevendo um prazo inicial de sessenta dias, a partir do qual o particular deve proceder a um pedido de pronto despacho. Transcorridos mais trinta dias sem a manifestação expressa da Administração, configurar-se-á o silêncio. O Decreto 1759/72 retirou a exigência do pronto despacho que, reafirmado pelo Decreto 3700/77, autoriza a configuração automática do silêncio administrativo.

Quanto ao acolhimento de prazos peremptórios para o particular fazer uso do recurso contencioso, explica-nos MUÑOZ (1982) que se verifica divergência na doutrina e na jurisprudência a respeito da necessidade de o particular ter que

considerar os mesmos prazos em hipótese de resposta expressa do órgão administrativo ou de silêncio da Administração.

**Espanha:** A partir da Lei nº 30 do *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP)*, de 26 de novembro de 1992, a técnica do silêncio administrativo para tratamento da inatividade formal da Administração foi substituída, em regra, pela técnica do *ato presumido*. Por essa nova disposição legal, passou-se a assumir como consequência da inatividade administrativa a presunção positiva de um ato. Assume-se, em geral, a aceitação da demanda em decorrência da inatividade da Administração e, em consequência, equivale essa inatividade a um ato administrativo positivo.

Com a inovação legislativa referida, aceita-se a existência de atos presumido contrários ao ordenamento jurídico, condicionando sua invalidação às técnicas de invalidação existentes para qualquer ato administrativo expresso. É uma realidade jurídica diferenciada que aprofundaremos em item específico, ainda neste Capítulo.

VELARDE PEREZ (1995) apresenta considerações acerca da inovação trazida pela nova normatização espanhola:

*A primera vista al menos, la LRJAP orienta la reacción frente a la inactividad formal de la Administración pública en un sentido completamente diferente – si es que no opuesto – del que inspiró la doctrina del silencio administrativo. Del silencio como vía procedimental para permitir el acceso al recurso administrativo o jurisdiccional, la Ley pasa a la conceptualización de la inactividad formal como modalidad de*

*acto, siquiera se trate de un tipo de acto producido "a contrapelo", entre amenazas disciplinarias y previsiones, al menos en apariencia, contradictorias. (P.11-2)*

#### **2.4 O silêncio administrativo no Brasil – referências legislativas**

Não faz parte da tradição legislativa do Brasil uma normatização geral sobre a maneira de se enfrentar a inatividade formal da Administração Pública. Em verdade, é de destaque o longo período de inexistência de normas a respeito do "procedimento" administrativo (a nosso ver, o termo correto seria processo administrativo), pelo que destacamos, como assim já o fizemos no primeiro capítulo deste trabalho, a relevância da Lei Federal nº 9.784/99 e da Lei Paulista 10.177/98, que regulamentam o processo administrativo da União e do Estado de São Paulo, respectivamente.

Em relação à Lei Federal, o que se verifica é que, apesar da importância desta Lei para o bom andamento da atuação administrativa e mesmo como instrumento consagrador de uma visão mais democrática para o agir da Administração Pública, não se percebe na leitura de seus dispositivos qualquer avanço ou explicitação para o tratamento da inatividade formal dos órgãos administrativos.

De destaque para o tema, o que se aponta, de mérito, na Lei Federal são os seus dispositivos contidos nos artigos 48 e 49, que impõem à Administração o dever de proferir decisões expressas. Vejamos suas previsões literais:

*Art. 48 - A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.*

*Art. 49 - Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.*

A Lei Paulista, por outro lado, é explícita na caracterização da inatividade formal da Administração, por período superior ao prazo de cento e vinte dias para decisões de instância, ou de noventa, para pedido de reconsideração de decisões tomadas pelo Governador do Estado. Entende-se, que a omissão administrativa deve ser assumida como rejeição do requerimento encaminhado, mas, mesmo assim, não desonera a autoridade do dever de resposta.

A Lei Estadual Paulista de nº 10.177/98 define ainda a responsabilidade disciplinar do agente público que descumprir os prazos previstos, sem justificação devida. Apontemos o texto legal, *in verbis*:

*Art. 33 - O prazo máximo para decisão de qualquer espécie apresentados à Administração será de 120 (cento e vinte) dias, se outro não for legalmente estabelecido.*

*§ 1º - Ultrapassado o prazo sem decisão, o interessado poderá considerar rejeitado o requerimento na esfera*

*administrativa, salvo previsão legal ou regulamentar em contrário.*

*§ 2º - Quando a complexidade da questão envolvida não permitir o atendimento do prazo previsto neste artigo, a autoridade cientificará o interessado das providências até então tomadas, sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior.*

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

*(...)*

*Art. 50 - Ultrapassados, sem decisão, o prazo de 120 (cento e vinte) dias contados do protocolo do recurso que tramite sem efeito suspensivo, o recorrente poderá considerá-lo rejeitado na esfera administrativa.*

*§ 1º - No caso do pedido de reconsideração previsto no art. 42, o prazo para a decisão será de 90 (noventa) dias.*

*§ 2º - O disposto neste artigo não desonera a autoridade do dever de apreciar o recurso.*

*(...)*

*Art. 90 - O descumprimento injustificado, pela Administração, dos prazos previstos nesta Lei gera responsabilidade disciplinar, imputável aos agentes públicos encarregados do assunto, não implicando, necessariamente, em nulidade do procedimento.*

*§ 1º - Respondem também os superiores hierárquicos que se omitirem na fiscalização dos serviços de seus subordinados, ou que de algum modo concorram para a infração.*

Destaque-se ainda que, na ordem jurídica brasileira, encontramos hipóteses de previsão do denominado silêncio positivo, em que a inatividade formal da Administração confere efeito de aceitação do requerimento formulado. Essas hipóteses são pontuais, de acordo com específicas disposições normativas. Os casos de silêncio positivo legislados no País exigem, para sua configuração, que os requerimentos formulados estejam de acordo com o ordenamento jurídico positivo a respeito do pedido em questão. Destacam-se, nessas possibilidades, normas relativas a concessão de licenças e autorizações, que atingem a esfera de atuação dos particulares.<sup>17</sup>

## **2.5 A técnica do ato presumido – considerações sobre a Lei espanhola 30/1992 desenvolvidas por Jose Ignacio Morillo - Velarde Perez (1995)**

Com base em trabalho desenvolvido por VELARDE PEREZ (1995), sobre a Lei espanhola de Procedimentos Administrativos (Lei 30/1992), verifica-se a introdução, no entender desse autor, de nova técnica para o enfrentamento da inatividade formal da Administração Pública, denominada *ato presumido*. Grife-se, porém, que o termo ato presumido já se fazia presente na Espanha antes da citada lei, em especial para as hipóteses de silêncio positivo existentes em normatizações anteriores. Contudo, aos olhos de VELARDE PEREZ, essas normatizações não

---

<sup>17</sup> Destaque-se nesse tema as normas referentes às licenças para construção, exemplificativamente. Código de Obras Edificações do Município de São Paulo.

consistiam, antes da Lei de 1992, em uma técnica alternativa à do silêncio, como então se configurou.

As considerações trazidas nesse trabalho apresentam, a nossos olhos, significativa reflexão a respeito da inatividade da Administração Pública e são considerações de interesse direto para este estudo, motivo pelo qual passamos a transpor as posições assumida pelo autor, na discussão das inovações introduzidas pela Lei espanhola que disciplina o ato presumido, de sorte que essas considerações nos tragam subsídios para o enfrentamento das questões relativas ao tema do silêncio administrativo, ainda por vir.

As reflexões desse autor se baseiam na idéia de que, embora o silêncio e o ato presumido tenham como finalidade combater a inatividade da Administração e operem por ministério da Lei, esses devem ser encarados como técnicas distintas. Por outro lado, para VELARDE PEREZ é fundamental que não se identifique a inatividade formal da Administração com o silêncio ou com o ato presumido. Essa é pressuposto de fato a que a lei determina certo tratamento, a depender da técnica que empregue.

A técnica do ato presumido contempla a inatividade administrativa da perspectiva da atividade administrativa, assumindo que a análise do regime jurídico da Administração pressupõe a garantia do direito de resposta ao administrado inserida na idéia de bom funcionamento administrativo.

Como bem pontua esse autor, a nova classificação assumida - de acordo com a exposição de motivos da Lei - visa impedir o esvaziamento dos direitos dos administrados, por falta de atuação célere e eficaz da Administração, no cumprimento da função que a justifica.

Por essa técnica, a eficácia deve prevalecer sobre o formalismo. Se a Administração não cumpre o dever de resolver expressamente, nem por isso deixará de haver atividade administrativa. A partir dessa normatização pressupõe-se a existência do ato, mas não como no silêncio positivo, que exigia para sua configuração a estrita adequação da solicitação encaminhada pelo particular ao ordenamento jurídico em vigor. Agora, reconhece-se o ato presumido, com base na teoria da validade dos atos administrativos.

Com base nessa nova técnica, o ato pode se presumir (inclusive quanto à presunção de legitimidade), como qualquer ato expresso, correndo-se o risco de se caracterizar em desconformidade à ordem jurídica, cabendo o uso de igual mecânica de revisão ou invalidação que se aplica a qualquer ato administrativo. Ante o fato da ausência de ato devido, o legislador quer que se atue como se esse houvesse ocorrido.

Esclarece ainda o autor sob comente que a compreensão da natureza jurídica do ato presumido exige o reconhecimento da utilização pelo legislador do mecanismo da ficção, e não, o da presunção. A presunção é uma atividade de inferência frente a um fato certo que autoriza a conclusão de outro incerto. A ficção,

por outro lado, é a atribuição de conseqüências jurídicas a um determinado pressuposto de fato como se esse correspondesse a um fato distinto.

O estudo explicita que, no ato presumido, mediante ficção, se atribui à inatividade administrativa, à ausência de ato, os efeitos próprios de uma declaração.

Ressalta ainda que é preciso ter claro que a ficção criada pela Lei atende a uma determinada funcionalidade, que se refere à preservação da garantia do interessado em ver cumprida a obrigação de responder da Administração. Nesse sentido, não se pode interpretar a desconsideração de um recurso pela Administração, que teria de analisar a adequação da aplicação de sanção proferida, como um ato presumido de confirmação da penalidade, a fim de se autorizar a execução do mesmo. Se fosse possível esse entendimento, estar-se-ia admitindo uma técnica em que a inatividade da Administração configuraria uma lesão ao interesse do administrado.

A Lei espanhola dispõe que o ato presumido, em regra, deve ser interpretado positivamente e configura um ato declarativo de direito. Quando negativo, entretanto, acaba tendo uma finalidade equivalente à do silêncio, servindo de autorização para a via recursal.

Ao tentar definir a relação de que trata o ato presumido, o autor expõe que esse se remete à obrigação da Administração de ditar atos expressos, dentro de um procedimento com o envolvimento de administrados, respeitado certo prazo e cujo descumprimento determina a ficção de sua produção, como resolução que se

impõe à Administração. São partes nessa relação: na condição de sujeito ativo, o administrado (como credor do cumprimento da obrigação) e, na condição de sujeito passivo, a Administração (como devedora). Do descumprimento da obrigação, decorrerá a responsabilização funcional e patrimonial dessa.

A inatividade, como descumprimento de uma obrigação, não é mais um elemento de efeitos exclusivamente adjetivos ou procedimentais, mas passa à condição de elemento configurador da obrigação mesma, cujo efeito será a constituição de um ato presumido.

De acordo com o texto legal, o prazo de configuração da inatividade formal será, em geral, de três meses da solicitação encaminhada, podendo haver ampliação por igual período no caso de multiplicidade de solicitantes.

Os requisitos do ato presumido, assim como do silêncio administrativo, são:

- a) solicitação do interessado;
- b) transcurso do prazo estabelecido para manifestação da Administração; e
- c) falta de resolução expressa do órgão administrativo, com respectiva notificação.

Explicita Jose VELARDE PEREZ (1995) que o ato presumido:

*(...) é a criatura fictícia que busca parecer o mais possível a realidade que substitui. Dessa forma, ainda que não nos encontremos ante um verdadeiro ato, nos vemos compelidos a aplicar-lhe, na maior*

*medida que se possa, as categorias ideadas para possibilitar o funcionamento dos atos administrativo.* (p.73, tradução nossa)

O ato presumido inova também pela importância dada a uma construção legal que constitui um dos pilares dessa ficção jurídica e que é a necessidade de sua certificação. Até então, na técnica do silêncio, entendia-se que a obrigação de resolver se extinguia por seu cumprimento. Para a técnica do ato presumido a partir da certificação do mesmo, essa resolução sofre limitações à sua possibilidade de emissão. Após a certificação, a Administração encontra limites para a emissão de ato administrativo que vise resolver a situação silente, pois a resolução dessa ocorreu por ato presumido.

Para o autor, o aperfeiçoamento do ato presumido ocorre no momento em que se consuma o descumprimento da Administração.<sup>18</sup> Tal assertiva deriva do fato de que, desse momento em diante, a Administração já vê limitada sua atuação frente ao administrado solicitante, tendo, mesmo antes da certificação, condições impostas a uma futura resolução que se apresente. E conclui:

- a) se o ato for positivo, o conteúdo da resolução tardia não poderá ser negativo, pois esse implicaria em revogação, que só poderia se dar por revisão de ofício ou por expediente expropriatório; e

<sup>18</sup> Não há consenso na doutrina a esse respeito, "Alguns autores entendem que, do descumprimento da obrigação até a certificação, haveria um período em que a Administração poderia suspender a produção do ato presumido resolvendo expressamente. Neste contexto a solicitação de certificação constituiria uma espécie de denúncia de mora para forçar a Administração a deixar sua situação de descumpridora." Gonzáles Perez y Gonzalez Navarro "apud" Velarde Perez (1995:77).

- b) se o ato presumido for negativo, a resolução poderá tanto ser negativa como positiva, cabendo, contra essa resolução, a reação de quem se considere prejudicado.

A certificação é um ato vinculado, que deve ser proferido no prazo máximo de vinte dias da solicitação dessa e que dá publicidade ao ato presumido, creditando-lhe eficácia em relação a terceiros e constituindo requisito obrigatório para a determinação do prazo de recurso.

Diz a Lei que, se não emitida a certificação no prazo, essa ficará suprida com a exibição de sua petição. Evidentemente, é possível que se supra a emissão da certidão para efeito de prazo recursal, mas não será possível que se solucione a questão por essa via, para efeito de conhecimento de terceiros.

O momento de solicitação da certificação é de livre escolha do particular, em que não se opera a preclusão. O órgão competente para sua emissão é o mesmo que deveria ter resolvido expressamente.

Do dispositivo que determina a proibição de resolver após a certificação, o autor considera que essa não pode alcançar algumas situações, pois se confrontariam com a lógica do instituto. Seriam injustificadas as seguintes limitações:

- a) Emissão de resolução tardia positiva quando o ato presumido e o certificado é negativo. Nessa hipótese, entende que seria um limite à revogação fora da teoria do ato administrativo. Entretanto, é feito o destaque - em nosso entender, correto

- de que, se terceiros tiverem interesses garantidos pelo ato negativo, esse não poderá ser alterado por resolução ulterior. Ressalte-se ainda que, se o ato presumido for contrário à ordem jurídica, a Administração deverá se socorrer dos procedimentos impugnatórios para modificá-lo, e não, de resolução expressa tardia.

- b) Resolução expressa tardia positiva coincidente com o ato presumido, igualmente positivo. Nesse caso não se justificaria também a limitação à resolução tardia ao ato presumido e certificado, pois a declaração motivada é sempre um fator de estabilização das relações democráticas. Terceiros não poderão fazer uso da resolução tardia para efeito recursal, quando não fizeram uso da certificação e já tiveram seu prazo de recurso expirado, salvo comprovado o desconhecimento justificado da situação prévia.

Interessa ainda destacar que, embora a regra geral seja a do ato presumido positivo, existem hipóteses expressas na lei de descabimento desse valor de aceitação,<sup>19</sup> bem como, no entender do autor, ainda remanescem hipóteses de aplicação da técnica do silêncio administrativo.

Resta-nos, por fim, analisar a oportunidade das inovações introduzidas pelo sistema normativo espanhol, frente os interesses jurídicos fixados em nosso ordenamento legal.

---

<sup>19</sup> Velarde Perez (1995). Têm caráter negativo os seguintes supostos: a) Procedimento de exercício de direito de petição do artigo 29 da Constituição; b) Resolução de recurso administrativo; c) resolução dos procedimentos para revisão de ofício; e d) Solicitação de reclamação de indenização por danos.

## **CAPÍTULO III**

### **A NATUREZA JURÍDICA DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO E AS CONSEQÜÊNCIAS DECORRENTES DA OPÇÃO ASSUMIDA**

A doutrina nacional e estrangeira debatem acerca da natureza jurídica do silêncio administrativo, apresentando uma vasta discussão sobre a hipótese de esse corresponder a um ato ou um fato administrativo, ou mesmo se é uma técnica legal concedida para solucionar dificuldades que se apresentam uma vez ocorrido o suposto fático da inatividade administrativa.

O enfrentamento dessa discussão é essencial para se adotar uma conclusão própria sobre a natureza jurídica do instituto do silêncio administrativo, motivo pelo qual passamos a trabalhar a questão.

#### **3.1 Posições assumidas pela doutrina estrangeira**

Antes de pontuar as concepções assumidas por renomados administrativistas que se dedicaram ao tema, importante seria relembrar que

diversas das análises apresentadas respaldam-se em sistema de dualidade jurisdicional, com a presença do que se denomina contencioso administrativo.

Considerando a observação anterior, passamos a apresentar os posicionamentos assumidos pela doutrina internacional sobre a natureza jurídica do silêncio administrativo, buscando resolver questão amplamente debatida e que pode ser assim formulada: O silêncio administrativo representa um ato ou um fato administrativo?

As lições de PEREIRA (1962) explicitam que, em Portugal, a normatização vigente atribui ao silêncio o efeito de denegar o que havia sido postulado e que, portanto, toda análise deve considerar essa premissa.

A partir dessa consideração, distingue o *ato tácito interno e externo*. O primeiro ocorre quando a lei atribui o efeito de aprovação à ausência de manifestação tempestiva de um órgão que deveria pronunciar-se para exprimir aquiescência ou reprovação ao ato que fora praticado por outro órgão. Entende o autor que não pode considerar tal “aprovação” como ato administrativo.

Nesse caso, estaríamos diante de uma hipótese em que, conforme PEREIRA (1962) o que ocorre é “a restrição temporal à competência do órgão tutelar”(p.87), a qual, não sendo exercida dentro de um determinado prazo, torna o ato previamente emitido executório *ope legis*.

Em relação ao *ato tácito externo* - que é o deferimento ou indeferimento de uma pretensão do administrado - entende o jurista que, igualmente

nesse caso, não há que se falar em ato administrativo. Todavia, essa rejeição à idéia de ato administrativo como natureza jurídica do silêncio administrativo externo (ato tácito para o direito português), decorre de fundamentos distintos daqueles apontados para o *ato tácito interno*.

Diante da hipótese levantada no parágrafo anterior, o que se verifica é uma figura de ordem adjetiva, um pressuposto ao recurso contencioso. O ato tácito externo não contém qualquer conteúdo substantivo; o que se constata é a inexistência de qualquer ato e essa ausência de ato é que, por si, caracteriza a ilegalidade da Administração e fundamenta a passagem para um processo contencioso, ao invés de se ficar na dependência da prática de um ato para que essa passagem ocorra.

Assim, conclui esse autor, enquanto para a impugnação contenciosa de um ato expresso (ato administrativo propriamente) é possível a arguição de vícios decorrentes dos requisitos e pressupostos de validade que o compõem, no caso do ato tácito (silêncio administrativo), não é possível qualquer apreciação a esse respeito. Configurado o silêncio, o acesso ao recurso decorre de violação da lei por omissão da Administração, quando se lhe impunha a ação.

Um dos argumentos apresentados para a confirmação de que o ato tácito externo é um pressuposto do processo, e não, um ato administrativo é o de que a Administração pode proferir ulteriormente um ato, mesmo que em sentido contrário ao que resultara do silêncio. E conclui: se o ato tácito fosse ato

administrativo, um ato superveniente seria a sua revogação e, sendo o ato tácito um ato constitutivo de direito, dever-se-ia ter tal revogação por ilegal.<sup>20</sup>

PEREIRA (1962) destaca ainda que, mesmo em relação a um ato superveniente de igual sentido (situação admitida pela ordem jurídica estudada pelo autor) existe a possibilidade de recurso incidente sobre o ato expresso ulterior, se esse estiver fundamentado em fatos que possam resultar na arguição de desvio de poder. Já no caso de o conteúdo do ato expresso superveniente ser simples indeferimento, aí não caberá novo recurso, por motivo de economia processual. E conclui:

*Ora, tal diferença de tratamento só pode se explicar porque não há ato administrativo anterior, e portanto deve em princípio abrir-se recurso contencioso. Só quando o último ato não contiver nada mais do que aquilo que já da lei resultava - isto é, o indeferimento - é que, pelas razões de economia jurídica, se veda o recurso contencioso.(p.91)*

Para ENTERRIA (1983), autor espanhol, a natureza do silêncio administrativo deve ser entendida de maneira distinta, a depender do valor que lhe seja atribuído, se sentido negativo ou positivo.

O silêncio administrativo negativo, isto é, com caráter de denegação, tem origem em uma funcionalidade muito concreta, ligada à configuração técnica do recurso contencioso administrativo. Esse não pode ser caracterizado como um verdadeiro ato administrativo de recusa, mas ao contrário, representa a falta de qualquer atividade volitiva da Administração.

---

<sup>20</sup> André Gonçalves Pereira aponta julgados nesse sentido. (1962:89)

Sendo a falta de um ato, não é possível atribuir-lhe qualquer efeito jurídico material nem reconhecer-lhe qualquer atributo aplicável aos atos administrativos. *“O silêncio negativo é somente uma simples função legal de efeito estritamente processual, limitado, além do mais, à abertura da via de recurso”* (p.258, tradução nossa). Apenas substitui o ato expresso para esse fim concreto e sempre em benefício do particular.

O insigne mestre espanhol, concorde com ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, destaca como fundamento desse seu raciocínio o fato de a legislação prever que o silêncio negativo não exclui o dever da Administração de emanar uma deliberação expressa.

ENTERRIA (1983) destaca a importância de se ter claro que, da faculdade de oposição adquirida pelo silêncio, não poderá derivar qualquer dano ao particular, em virtude do fundamento que originou o instituto. Esclarece que, apesar da existência de disposições legais em contrário, os ordenamentos jurídicos não deveriam estabelecer qualquer prazo para exercício da via contenciosa por meio de impugnação. Essa deveria restar aberta indefinidamente, até que emanasse da Administração o ato expresso sobre o requerimento encaminhado. A utilização da via de recurso é uma faculdade, não uma obrigação.

O autor citado critica a utilização do argumento da segurança jurídica para se aplicarem prazos de interposição de recurso frente ao silêncio administrativo, pois a certeza jurídica pode ser facilmente alcançada com o agir administrativo, pela emanção do ato expresso.

Entende que a perda do direito ao recurso por transcurso do prazo impugnatório representa uma contradição com a própria configuração do instituto do silêncio negativo. Na hipótese de previsão legal nesse sentido, sustenta o autor espanhol a necessidade de uma interpretação benéfica ao administrado, ou seja, a de que, com a formulação de novo requerimento, seja recuperada a possibilidade de recurso ao contencioso administrativo e jurisdicional.

Analisando as hipóteses de resolução tardia, o autor critica o entendimento jurisprudencial que diz que, configurado o silêncio negativo e o particular não tendo feito uso de recurso, expedida resolução tardia em sentido contrário e, terceiro, se opondo a essa, fica valendo a “rejeição” negativa estabelecida pelo silêncio. Para o autor, não há o que justifique a rejeição do valor expressado na resolução tardia, da qual a Administração nunca se desobrigou.

Conclui ainda que todo dano pela demora ou inatividade da Administração deve pesar sobre ela, que por estes responderá. A técnica do silêncio é desenvolvida em benefício do particular, não podendo onerá-lo de forma alguma.

O silêncio positivo, explicita ENTERRIA, possui um significado e uma funcionalidade completamente diferentes: não busca uma exigência processual de viabilização do recurso contencioso administrativo ou jurisdicional, mas equivale a um verdadeiro ato administrativo, que substitui o ato de aprovação e de autorização exigidos para determinada atividade.

O silêncio positivo equivaleria à técnica do veto, na qual, transcorrido determinado tempo sem que esse se expresse, fica aceito o requerido. Desse entendimento, deflui a impossibilidade da Administração emanar ato contrário à decisão decorrente do silêncio positivo, pois se configuraria como ato revogatório, realizado em desconformidade com o procedimento exigido e nulo de pleno direito.

ENTERRIA alerta para o fato de que o reconhecimento de uma natureza jurídica de ato administrativo ao silêncio positivo exige cuidados na elaboração das disposições legais que venham regular cada caso em que se verifique essa espécie de silêncio, dadas as conseqüências materiais de sua configuração.

Por fim, do estudo desenvolvido pelo mestre hispânico, destaca-se sua reflexão acerca da exigência de que o requerido esteja em perfeita consonância com as exigências da lei. Só assim será possível a configuração do silêncio positivo, sob pena desse se descaracterizar. Tal entendimento, aos olhos de ENTERRIA, gera muita instabilidade jurídica, pois um requerimento pode estar de acordo com a lei em princípio, mas, em sua execução, podem surgir conflitos quanto à legalidade da conduta. Para solução do problema apontado, defende o autor uma linha intermediária em que haja uma modulação dos efeitos do silêncio positivo em função do tipo de defeito que se apresente no projeto de base.

De acordo com REVIDATTI (1985), a concepção assumida é do silêncio como um fato que representa o transcurso do tempo sem que haja manifestação expressa da Administração. Defende que existe um pronunciamento expresso previsto na lei, que fica suspenso por um certo tempo. Transcorrido esse

tempo sem que a Administração se manifeste, expressa-se a vontade da Lei, como vontade do Estado.

Destaca, por fim, que, se durante o prazo de formação do silêncio, configuraram-se vícios (erro, dolo violência ...), serão aplicadas as mesmas normas que se aplicariam em caso de vontade expressa.

Para VIRGA (1972), o silêncio não deve se confundir com a manifestação implícita. O silêncio se apresenta pela falta absoluta de qualquer expressão da vontade da Administração Pública, constituindo-se uma omissão de comportamento.

O silêncio, para o autor italiano, não é uma manifestação tácita de vontade nem um comportamento jurídico, mas um simples fato jurídico, o que não lhe permite, por si mesmo, traduzir qualquer significado, positivo ou negativo.<sup>21</sup>

O significado atribuído ao silêncio decorre da lei, que lhe pode conferir um valor negativo ou positivo e atende a um fundamento de garantia ao cidadão. Para que isso ocorra, a lei confere ao silêncio administrativo o significado de ato concludente, a fim de autorizar o acesso ao contencioso pelo particular.

---

<sup>21</sup> Destaca esse autor a divergência doutrinária, trazendo uma riqueza de exemplos que demonstram a pluralidade de entendimentos sobre a natureza jurídica do silêncio. Apresenta os seguintes posicionamentos: "como ato tácito, Zanolini, *Corso*, I, 287; como ato presumido, Alessi, *Principi*, I, 285; como declaração com valor legal típico, Sandulli, *Manuale*, 373; como fato idôneo para estabelecer a subsistência de um ato jurídico, Tesauro, "Il silenzio nella teoria degli eventi giuridici", in *Studi per Cammeo*, II, 535; como um fato matéria, Bodda, *giustizia*, 39; Scoca, *Il silenzio della pubblica amministrazione* cit., 64-65; Cassese, *Inerzia e silenzio della pubblica amministrazione* cit., 30; e, por fim, o entendimento que coloca que a lei equipara, ao final da tutela, a posição jurídica do interessado ao ato, negando a possibilidade do silêncio ser censurado por vício de motivação. *Apud VIRGA* (1972:179, nota de rodapé 57).

Esse autor destaca ainda a importância da intimação da Administração, quanto à sua inatividade, como requisito para a configuração do silêncio. Afirma a subsistência da obrigação de resolver da Administração e coloca na resolução tardia o poder de cessar o contencioso que se processa. Alerta que, se a resolução tardia for negativa ao requerimento proposto, o interessado deverá propor novo recurso em relação ao ato emanado.

O argentino MUÑOZ (1982), em importante trabalho desenvolvido sobre o tema, apresenta rica análise quanto à natureza jurídica do silêncio administrativo. Fazendo uma recuperação histórica da teoria do silêncio administrativo, destaca que, inicialmente, foi criada com o exclusivo objetivo de possibilitar o acesso ao contencioso administrativo.

Em seguida, como os particulares reservassem os questionamentos às questões que lhe eram desfavoráveis, passaram a atribuir ao silêncio significado negativo, sendo elevado, por parte da doutrina, a um verdadeiro ato administrativo.

Ilustra a afirmação, apresentando posições de doutrinadores renomados como ZANOBINI que afirma que, quando a lei atribui à omissão um determinado efeito jurídico, o silêncio equivale a uma manifestação tácita, porque a autoridade que cala conhece o alcance atribuído a seu comportamento. Citando VELAZCO, explicita que, para esse autor, o silêncio não é manifestação tácita, mas sim, manifestação expressa. Esclarece ainda que, seguindo a linha desses autores,

diversos outros doutrinadores defenderam o silêncio como um ato presumido, derivado não de uma ação, mas de uma omissão administrativa.<sup>22</sup>

Na Argentina, predomina a tendência de se considerar o silêncio como um ato<sup>23</sup>, embora alguns autores se contraponham a esta opinião. Destaca a posição assumida por ENTERRIA, já apresentada anteriormente, em que o silêncio, de valor negativo, deve ser encarado como uma ficção legal de efeito puramente processual, não se lhe podendo atribuir nenhum efeito no plano dos direitos de fundo.

Com base nessas diferentes concepções, MUÑOZ (1982) destaca as conseqüências jurídicas resultantes de cada uma delas e conclui: se o silêncio negativo for um ato que pode chegar a ser definitivo, firme e consentido, dever-se-á assumir para esse os mesmos prazos breves para a impugnação de um ato administrativo expresso, os quais, transcorridos, têm como conseqüência o decaimento do direito de fundo do particular. Por outro lado, considerado uma ficção legal de efeitos puramente processuais, a aplicação de ditos prazos peremptórios não alcançarão os casos que decorram do silêncio.

A aceitação dos prazos peremptórios frente ao silêncio negativo, assumida pela legislação argentina, inclusive em via de recurso, recebe questionamento desse autor, que entende que, mesmo do ponto de vista prático do interesse do administrado, a prática administrativa argentina revela que é preferível

---

<sup>22</sup> Conforme notas de rodapé 7 e 8, citadas às p.27.

<sup>23</sup> Marienhoff, in *Tratado de derecho administrativo*, T.II, p.410 - silêncio como expressão tácita de vontade; Gordillo, in *Tratado de derecho administrativo*, T. III, X-19- silêncio como "ato presumido", no sentido de presunção legal. "apud" *Op.cit.*, p.28-29, nota de rodapé 10.

esperar uma manifestação expressa da Administração que, em geral, se produz em período superior ao prazo estabelecido para sua resolução do que se submeter à lentidão do processo judicial.

Por fim, o autor espanhol VELARDE PEREZ (1995), sustenta que, diferentemente do que ele mesmo vinha entendendo, o silêncio não pode ser identificado com o conceito de ato presumido (esse é o entendimento de muitos autores frente ao silêncio positivo). Para esse autor, o silêncio, assim como o ato presumido, são técnicas jurídicas distintas e não se confundem com o conceito da inatividade formal da Administração Pública.

A inatividade é pressuposto de fato e alcança as previsões normativas do silêncio ou do ato presumido. Estas previsões normativas não se confundem, pois o silêncio seja, negativo ou positivo, não se propõe um ato administrativo.

Afirma o autor que o silêncio negativo é uma previsão legal de efeitos procedimentais, que possibilita o recurso administrativo ou judicial; e o silêncio positivo não pode ser assumido como ato, pois, de acordo com as previsões normativas, ou bem não lhe é exigida qualquer referência de respeito à legalidade e, nesta hipótese o silêncio se configura independentemente do respeito às normas de fundo *ratione materiae*, ou bem é exigência para sua configuração, a estrita conformação com a normatização de fundo a que se remete.

De acordo com o entendimento expressado no parágrafo anterior, conclui VELARDE PEREZ que, no primeiro caso, o silêncio tem a natureza de uma

sanção à Administração; e, no segundo caso, a exigência de legalidade de fundo supera, em muito, aquelas que vinculam a produção do ato administrativo.

Além do silêncio positivo ter sobrevivido sob o rótulo de duas realidades distintas, essas foram identificadas erroneamente com o conceito de ato presumido que, no entender do autor, refere-se a uma técnica distinta, só assumida na ordem jurídica espanhola a partir da Lei 30/1992.

### **3.2 O silêncio administrativo para a doutrina brasileira**

A doutrina brasileira pouco se dedicou ao tema do silêncio administrativo, entretanto não poderíamos deixar de pontuar as posições assumidas por nossos renomados administrativistas.

BANDEIRA DE MELLO (2001), afirma que o silêncio não é ato jurídico, não podendo, por conseguinte, ser ato administrativo. O ato administrativo, de acordo com o entendimento do autor, já expresso no Capítulo I deste trabalho, é uma declaração jurídica. O silêncio nada declara, é a própria abstenção de declaração, não podendo, assim, ser entendido como a prática de qualquer ato.

O autor define o silêncio como fato administrativo, independentemente do efeito que a norma lhe atribua (não importa se negativo ou positivo). Admitir o silêncio como ato seria admitir um ato sem formalização

(garantia que confere segurança e certeza jurídica ao ato administrativo) ou pior, sequer sem forma.

Combatendo a doutrina que entende a existência de ato no silêncio administrativo, em virtude de a Administração conhecer o resultado de sua inatividade, expõe:

*Não há ato sem extroversão. Por isso mesmo, ainda que a Administração houvesse, de antemão, contado com o efeito legal previsto – e por tal motivo se omitido –, de qualquer forma o efeito que surgirá é consequência normativamente irrogada ao fato da omissão, não havendo como filiá-la a uma inexistente extroversão administrativa, a uma declaração jurídica que não houve por parte dos agentes públicos que deveriam tê-la proferido. (p. 369)*

Quanto às consequências decorrentes do silêncio, destaca aquelas que se referem ao sujeito administrativo que se omitiu e aquelas que se relacionam ao administrado que peticionou, e não obteve resposta.

Ao administrador omissor, deverão ser aplicadas as sanções disciplinares atinentes a uma conduta negligente, em desrespeito aos seus deveres funcionais expressados nas normas dos servidores públicos. Poderá, ainda, se a omissão resultar em dano jurídico ao administrado, ensejar responsabilidade patrimonial do Estado.

Em relação aos administrados, se a lei prevê o efeito de concessão para o silêncio, o administrado estará atendido; se, por outro lado, o efeito for de recusa da pretensão postulada, caberá recurso judicial a fim de que, se o ato omitido

for de conteúdo discricionário, se imponha à Administração uma decisão motivada. Entretanto, se o ato omissivo for de conteúdo vinculado e o administrado fizer jus a ele, caberá ao juiz suprir a omissão, deferindo o pedido requerido.

Nos casos em que a lei não prevê que efeito se atribui ao silêncio, a situação não se altera. Transcorrido certo tempo, que a ordem jurídica entenda como razoável para a manifestação expressa da Administração e sem que essa ocorra, caberá ao particular o recurso ao Judiciário. Em hipótese vinculada, caberá ao juízo suprir a ausência da manifestação, concedendo o que tiver sido pleiteado - se o pedido estiver de acordo com a ordem normativa - e, em caso de hipótese discricionária, caberá imposição de prazo pelo juízo, para que a Administração se pronuncie, sob pena de cominação de multa diária.

Para OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO (1979), o silêncio deve ser entendido de forma diversa da exposta por BANDEIRA DE MELLO (2001). Assumindo o entendimento de que o ato administrativo é a manifestação de vontade da Administração, conclui o mestre que o silêncio configura ato tácito, desde que a Administração tenha conhecimento do resultado de sua omissão, e o resultado previsto pelo silêncio seja *querido* pela Administração, *se a lei lhe der esse alcance*.

Na hipótese em que a lei der significado positivo ou negativo ao silêncio, não resta dúvidas sobre a caracterização do silêncio como um ato administrativo; entretanto, mesmo diante de situação em que a lei não afirme expressamente o significado conferido ao silêncio, se for possível presumir a

conseqüência jurídica definida pela lei, não se questionará igualmente sua natureza de ato administrativo.

Enfrentando afirmações doutrinárias que negam a existência de manifestação de vontade da Administração, por ter o efeito do silêncio decorrido diretamente de lei, expõe o jurista:

*Pretendem certos autores que, na realidade, o efeito decorreu da lei e, portanto, não se pode falar em manifestação tácita da vontade da Administração Pública pelo silêncio. Porém, a circunstância de reconhecer a lei certo efeito jurídico ao silêncio, envolve, na verdade, a sua qualificação como forma tácita de manifestação da vontade, porquanto ciente está a autoridade pública, segundo o preceito legal, do alcance que trará esse seu comportamento, isto é a sua inação. (p.448-9)*

Em situações nas quais não se possa presumir efeitos específicos ao silêncio, esse autor entende que, se a lei determina a manifestação da Administração dentro de dado prazo e após o transcurso desse, caberá ao administrado notificá-la a fim de que, em período ao menos equivalente ao definido pela lei, essa se pronuncie, sob pena de ser recebido como negativo o seu silêncio.

Inexistindo prazo definido por lei para a manifestação da Administração, defende o autor que caberá ao administrado, quando prejudicados seus interesses pela omissão da Administração, cominar prazo para que essa se pronuncie, ou ir ao Judiciário, antes ou depois dessa cominação de prazo, para que este se pronuncie sobre seu pretendido direito.

Quanto aos atos administrativos de controle, destaca que a Administração controladora perde o direito de se manifestar frente à decisão tomada pelo órgão que seria controlado, em decorrência do transcurso de sua inatividade.

Concorde com diversos doutrinadores, OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO destaca que o silêncio não retira da Administração a possibilidade de se pronunciar sobre o requerido. Se for uma manifestação favorável ao pleito, a ação judicial que estiver em transcurso ficará prejudicada; em caso de decisão desfavorável, será dado prosseguimento à ação, para que o direito pleiteado seja apreciado pelo Poder Judiciário.

MEIRELLES (2001), afirma que o silêncio administrativo não é ato; é conduta omissiva que, ofendendo direito individual do administrado ou de seus servidores, sujeita-se à correção judicial e à reparação por sua inércia. O direito público autoriza tanto efeito negativo quanto positivo para o silêncio da Administração. Defende que a inércia da Administração representa *abuso de poder* da mesma.

CAVALCANTI (1939), por seu turno, rejeita a idéia do silêncio como manifestação de vontade da Administração, conclui que esse constitui inércia ou displicência da autoridade administrativa e que não é possível, por isso, atribuir-lhe em princípio, significado positivo ou negativo.

Preceitua que nada justifica que se constitua em mora a Administração, se a lei não prevê expressamente prazo para manifestação da mesma

e destaca que, em nosso direito, o único recurso cabível é o recurso judicial, ou simples notificação que traz como consequência a suspensão do curso da prescrição.

CORRÊA (1984), procuradora de São Paulo, entendendo que o que caracteriza um ato não é sua forma de manifestação mas a adequação dos fatos à descrição normativa dos mesmos, atribui ao silêncio natureza de ato administrativo, quando a consequência jurídica dada a esse decorre de lei, desde que tenha efeitos diretos e imediatos e que não haja uma determinada forma imposta para a caracterização do ato à hipótese.

Para essa autora, os efeitos do silêncio não derivam da vontade da Administração Pública, mas de força legal. Dessa maneira conclui:

*A conduta da Administração referente a um fato cuja previsão abstrata se encontre em prescrição normativa e que gere efeitos jurídicos, será um ato administrativo, quer seja através de uma ação ou de uma omissão. (p.132)*

VITTA (1999) Juiz Federal, acompanha a posição de BANDEIRA DE MELLO (2001), entendendo o silêncio como um fato administrativo e assumindo as consequências defendidas por esse eminente professor. Apenas destaca que, em caso de ato discricionário, o Judiciário poderá, além de aplicar multa à Administração se esta não proferir o ato no tempo estipulado, escolher por reconhecer o indeferimento da pretensão como forma de autorizar ao administrado o recurso às vias administrativas ou nova demanda judicial para apreciação da negativa.

Destaca ainda que a manifestação ulterior ao prazo vencido será sempre possível, salvo acolhimento judicial em relação a requerimento vinculado.

A professora LÚCIA VALLE FIGUEIREDO (1980), analisando os requisitos normativos referentes à licença para construir, em especial as normas definidas no Código de Obras e Edificações do Município de São Paulo, defende ser o silêncio administrativo, somado à comunicação do administrado ao órgão técnico da municipalidade, equivalente ao ato administrativo de condições resolutórias.

Tal entendimento sustenta-se ainda em expresse dispositivo legal do Código de Obras e Edificações do Município de São Paulo que prevê a autorização de início da obra, diante de uma situação em que se configura o silêncio administrativo, desde que garantida a conformidade do projeto com as previsões legais na espécie.

Como vemos, a ilustre professora não equipara o silêncio em si a um ato administrativo, mas aproxima esses institutos nas condições supracitadas.

Nesse sentido, ao analisar o Código de Obras e Edificações, a autora afirma que o *auto de conclusão* possui o efeito de convalidação do que teria sido um ato de licença em desacordo com sua forma legal.

FERREIRA SOBRINHO (1991), doutor em Direito pela PUC/SP, defende que é preciso um alargamento da concepção de ato administrativo que acolha em seu conceito os comportamentos omissivos da Administração.

Admitindo um conceito de ato que abarque comportamentos omissivos, comissivos-omissivos e comissivos, defende que o silêncio administrativo, na medida em que é manifestação do Estado, e produz efeito jurídico submetido às regras do direito público, deve ser entendido como ato administrativo.

Para esse autor, todo silêncio administrativo é um ato administrativo, seja um silêncio negativo, positivo ou positivo condicionado.

Finalmente, não podemos deixar de apresentar a posição assumida por CABRAL (2001) em dissertação de mestrado defendida na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, especificamente sobre o tema do silêncio administrativo.

Defende a autora que o silêncio administrativo é um fato jurídico-administrativo que deve ser interpretado segundo o significado que a lei lhe atribuir. Explicita ainda que tanto o ato tácito quanto o ato implícito são formas de silêncio administrativo, e considerando os efeitos prescritos pelas normas jurídicas, destaca as realidades que se apresentam frente ao *silêncio positivo* e ao *silêncio negativo*.

Aponta essa autora que, em caso de silêncio positivo, esse efeito não impede que, pela apreciação tardia do agente administrativo, seja alterada a situação de deferimento constituída pelo silêncio. Na hipótese de silêncio negativo, destaca que a apresentação de recurso pelo administrado está condicionada ao esgotamento do prazo previsto para manifestação da Administração. Por outro lado, frente à falta

de previsão de efeito legal para o silêncio, considera que é preciso diferenciar se a inatividade deu-se frente a uma realidade vinculada ou discricionária.

Em caso de hipótese vinculada, constatadas as condições legais para a emanção do ato administrativo e a inércia da Administração, caberá ao administrado o recurso judicial, pleiteando de imediato sua pretensão. Para hipótese de atuação administrativa discricionária, deverá o Judiciário estipular prazo razoável para que a Administração se manifeste.

Ressalta ainda que o silêncio compromete princípios processuais, como o contraditório e a ampla defesa, além de impedir, em virtude da ausência de declaração da Administração, que o administrado se socorra dos meios recursais, em afronta ao seu direito de impugnação.

No que se refere aos institutos da prescrição e decadência esclarece que, diante do silêncio positivo, decorrido um lapso de tempo de cinco anos (Lei nº 10.177/98), a Administração não poderá mais se manifestar reduzindo a esfera jurídica do administrado. Por outro lado, frente ao silêncio negativo, ainda que decorrido o lapso temporal de cinco anos, entende que a Administração poderá ampliar a esfera jurídica do administrado, pela produção do ato administrativo.

Em caso de ação judicial em curso, caso a Administração venha a se manifestar expedindo ato contrário ao pedido postulado, será necessária novação para combatê-lo. De outra sorte, a emanção de ato concessivo no curso de uma ação representará a confissão da mesma.

Alerta, por fim, que o silêncio não deve ser interpretado em favor da Administração faltosa, cabendo responsabilização do agente faltoso, bem como, de seu superior hierárquico que, ciente da omissão, nada fez. Contrariamente, não entende pela responsabilidade objetiva do Estado em caso de silêncio administrativo.

### **3.3 A natureza jurídica do silêncio administrativo: concepção dogmática defendida neste trabalho**

Apresentadas as posições defendidas pelos diversos doutrinadores nacionais e internacionais sobre a natureza jurídica do silêncio administrativo, resta-nos explicitar a posição que será assumida no estudo ora desenvolvido. Diante das diversas considerações apresentadas pela doutrina em geral, é necessário recuperar e responder as questões apresentadas na Introdução, como norteadoras de nossa posição. As questões são as seguintes:

- a) O silêncio é uma técnica legislativa (previsão normativa) de enfrentamento da inatividade formal da Administração ou é a própria falta de pronúncia da Administração frente a requerimento de particular na defesa de interesse próprio, ou na atuação de órgão controlador?
- b) O silêncio pode representar a expressão da vontade tácita da Administração, uma vez que essa conheça o resultado de sua inação, por força de disposição legal a

respeito? O fato de a consequência jurídica do silêncio estar prevista na lei, com efeitos diretos e imediatos, é suficiente para caracterizá-lo como ato administrativo?

- c) O silêncio, entendido como uma omissão da Administração, pode ser reconhecido como uma maneira legítima de a Administração manifestar-se frente às demandas que lhe sejam feitas, uma vez que a lei lhe atribui consequências jurídicas e dado que essas consequências são reguladas pelo direito administrativo? Essa omissão pode ser entendida como “*uma providência jurídica complementar da lei a título de lhe dar cumprimento*”, conforme definição de “ato administrativo” dada por BANDEIRA DE MELLO (2001:343-4)? O silêncio é uma omissão que atende à ordem jurídica ou que a viola?
- d) É possível aceitar um ato administrativo sem extroversão, forma ou motivação?
- e) Para a caracterização do silêncio como ato ou fato administrativo, são relevantes as distinções do silêncio entre *silêncio positivo*, *silêncio negativo*, *silêncio em via de petição* ou *silêncio em via de controle*?

As respostas a essas questões, por sua vez, podem ser encontradas a seguir:

No estudo sobre ato presumido, desenvolvido por VELARDE PEREZ (1995), o jurista, analisando a Lei espanhola 30/92, defende que o silêncio não pode ser entendido como a inatividade formal da Administração, mas tem de ser

compreendido como um tipo de técnica que se desenvolveu para enfrentar essa inatividade.

A inatividade formal da Administração seria o pressuposto de fato que autorizaria a aplicação de alguma técnica de enfrentamento legal por parte do administrado. Diante da existência dessa omissão, o silêncio seria uma das técnicas, assim como a regulamentação espanhola sobre ato presumido seria outra técnica.

Ora, em nosso entender, a definição do silêncio como uma determinada técnica legal de enfrentamento da inatividade formal da Administração não se apresenta como conclusão aceitável.

É compreensível a preocupação da doutrina em diferenciar as técnicas assumidas pelas diversas normatizações que se apresentaram na ordem jurídica espanhola, inclusive diferenciando a natureza das conseqüências resultantes de cada uma. Entretanto, parece-nos relevante o reconhecimento de que o silêncio é a inatividade formal da Administração frente a um requerimento interposto por particular em defesa de interesse próprio, ou na atuação de órgão controlador. Afinal, essa é a realidade jurídica (uma vez que dessa decorrem conseqüências na esfera do Direito) que caracteriza o silêncio; a regulamentação normativa que explicita as conseqüências dessa realidade não a desnatura, mas a absorve e a configura do ponto de vista jurídico.

Nossa preocupação com o entendimento assumido pelo doutrinador espanhol decorre do fato de que seu entendimento autoriza a compreensão da

ilegítima inatividade administrativa como ato ou fato administrativo, a depender da normatização vigente.

Parece-nos claro que o estudo de conceitos jurídicos pressupõe a normatização que o delimita, uma vez que sua jurisdição advém do sistema normativo que o regula. Entretanto, é preciso que se anote que, sendo a inatividade administrativa uma realidade do mundo empírico que se constitui na falta de declaração da Administração Pública que deveria pronunciar-se mas não o fez, não há como aceitar que, em virtude dos efeitos legais previstos para o enfrentamento desta realidade seja possível alterar o entendimento de sua natureza jurídica, como um fato ou um ato administrativo.

Diversos autores definem o silêncio administrativo como um ato administrativo. Sem que se faça uma análise sobre os argumentos contextuais, em virtude de normatizações específicas que tenham sido consideradas para fundamentação de algumas dessas posições, importa-nos enfrentar posições dogmáticas que balizam esses entendimentos.

Para que possamos discutir o silêncio como ato administrativo, é preciso responder se o silêncio pode ser entendido como uma providência capaz de viabilizar a vontade normativa, capaz de traduzir o exercício de uma função.

O professor OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO (1979) ensina que a manifestação da Administração pode ser expressa ou tácita e que, além do ato implícito, o silêncio administrativo também incorporaria o conceito de

manifestação tácita se decorrente de um “*querer*” administrativo, expresso como uma manifestação de vontade da Administração. Nesse diapasão, o mestre conclui que será manifestação de vontade, se a Administração tiver conhecimento do resultado desse silêncio por força de disposição legal.<sup>24</sup>

Como já apontado em Capítulos anteriores, a vontade, como móvel (vontade psicológica) não é, em nosso entender, elemento do ato administrativo, sendo a vontade normativa, enquanto imputação legal, o efeito legal da reunião dos elementos constitutivos do ato.<sup>25</sup>

Ora, se entendermos a existência de vontade psicológica como elemento caracterizador da existência de um ato administrativo, pelo simples fato de traduzir uma situação conhecida pelo administrador, teríamos de admitir que todas as manifestações conscientes da Administração seriam atos administrativos, independentemente de sua natureza.

Evidentemente, o ato administrativo não se caracteriza simplesmente por ser uma realidade “querida”, porque conhecida da Administração. O conhecimento do resultado definido em lei não autoriza o entendimento de uma “manifestação de vontade” que atenda à função administrativa que vincula atuação do agente público. Nem mesmo o fato de a consequência jurídica do silêncio estar prevista em lei, com efeitos diretos e imediatos, é suficiente para caracterizá-lo

---

<sup>24</sup> Em nosso entender, há uma contradição clara na posição assumida pelo autor, pois, mesmo quando entende o silêncio como ato tácito, admite que a Administração poderá manifestar-se expressamente mesmo depois desse configurado, o que seria admitir emanação de um ato sobre o outro.

<sup>25</sup> Conforme André Gonçalves Pereira (1962).

como ato administrativo (como se fosse possível aceitar um ato administrativo independente dos elementos que o constituem).

A previsão legal da consequência jurídica do silêncio não transforma a omissão administrativa numa *providência jurídica complementar da lei a título de lhe dar cumprimento*, conforme definição de ato administrativo dada por BANDEIRA DE MELLO (2001:343-4). O silêncio administrativo é uma omissão não desejada pelo ordenamento, é a falta de manifestação da Administração quando esta deveria se manifestar.

No mesmo sentido, vale a pena transcrever as considerações feitas por PELUFFO (2000), que dispõe expressamente:

*Esta consequência atribuída pela Constituição ao silêncio não é uma forma de garantir o cumprimento da obrigação de decidir imposta à Administração. É uma obrigação de fazer que só se cumpre realizando-se efetivamente o comportamento imposto, nunca mediante sua omissão, ainda que a ele seja atribuída uma consequência. (P.69)*

Ora, se à Administração não fosse imposto o dever de responder ao administrado que postula, esse não precisaria postular, bastaria agir e, depois, como consequência de uma atuação fiscalizatória, a Administração impor punições às atividades particulares que estivessem ofendendo a ordem jurídica.

O administrado peticiona porque a ordem jurídica quer que a Administração se manifeste expressamente sobre a pretensão formulada, após o

confronto do requerido com a legislação reguladora da questão. A declaração proferida frente ao pedido postulado é a atuação esperada pelo sistema normativo.

O ato administrativo deve ser uma declaração, porque essa informa, comunica, e deve expressar uma posição fundamentada, resultante de um processo regular, com respeito a todos os princípios informadores do agir administrativo, definidos pelo sistema jurídico do País.

Nesse sentido, o conceito de declaração se insere no conceito de ato administrativo porque esse, para atender à função a que se vincula pressupõe pronúncia, como forma de atender aos princípios que informam o Estado Democrático de Direito, ou seja, os princípios da publicidade, da motivação, da legalidade, do devido processo, entre outros.

Os elementos/pressupostos e prerrogativas do ato administrativo, bem como as exigências sobre o processo/procedimento para sua configuração, apresentados no Capítulo I deste trabalho, jamais estarão presentes na inatividade administrativa que constitui o silêncio.

É evidente que existem atos administrativos inválidos, que afrontam a ordem jurídica, mas o instituto em si porque representa uma declaração da Administração - ainda que de maneira implícita, conforme item 2.2.1 desse trabalho - é meio apto para a realização da vontade normativa.

O silêncio administrativo nada declara, é a falta de manifestação administrativa, pois à Administração não foi dado o direito de se eximir da

obrigação de analisar a questão requerida, decidindo fundamentadamente sobre sua pretensão. Não se pode pressupor, na ausência de declaração da Administração, um agir que não se expressou.

A previsão legal, que dá sentido ao silêncio não o faz para transformá-lo em ato, mas o faz para proteger o direito do administrado de não ter imobilizada sua pretensão, por inatividade formal da Administração.

Neste sentido, não há como aceitá-lo como um ato administrativo, em virtude dos efeitos que a lei lhe venha atribuir. Ou seja, tanto o silêncio positivo quanto o silêncio negativo não podem configurar um ato administrativo, o que não quer dizer que ambos não possam ter conseqüências distintas definidas por técnicas legais com particularidades.

Por outro lado, é preciso destacar que o silêncio administrativo, diferentemente do ato administrativo (que constitui instrumento próprio ao exercício da função administrativa), constitui, por natureza, realidade violadora da ordem jurídica.

É bem verdade que o ato administrativo inválido não pode ser reconhecido como *providência jurídica complementar da lei a título de lhe dar cumprimento* (BANDEIRA DE MELLO, 2001, p.344); mas o ato administrativo válido o será, enquanto o silêncio por ser essencialmente uma violação da ordem jurídica nunca poderá estar contido nessa definição.

No mesmo sentido, assumindo a condição de violação à ordem jurídica como elemento constitutivo do silêncio, não há como reputá-lo existente quando a inatividade de uma atuação controladora da Administração, por si, não represente ofensa ao ordenamento geral.

O que se quer demonstrar é que, em via de controle, a inatividade administrativa pode ou não configurar silêncio administrativo.

Em uma situação em que foi proferida decisão concessiva, em via de petição, em que se preveja a possibilidade de controle dessa decisão por recurso de ofício e o órgão controlador não se manifesta, estaríamos diante de uma “*restrição temporal à competência do órgão tutelar*”, para usar da expressão de PEREIRA (1962). Nessa hipótese, em nosso entender, não se configuraria uma situação de silêncio administrativo.

Por outro lado, a inatividade formal da Administração perante um recurso suscitado pela falta de decisão administrativa - frente a uma petição ou mesmo por decisão expressa contrária à pretensão formulada - viola a ordem jurídica, pois o administrado tem direito à revisão ou à declaração de mérito que, por substituição de instância, o órgão controlador teria o dever de pronunciar.

O que se quer ressaltar é que, ousando discordar do ensinamento de PEREIRA (1962) que coloca o silêncio do órgão tutelar como uma restrição temporal à sua competência, entendemos que a hipótese de restrição temporal à competência do órgão tutelar só pode ser reconhecida para uma situação que não

viole a ordem jurídica e, nesse caso, não estaríamos diante do silêncio administrativo. Nos casos em que a inatividade do órgão controlador representa ofensa ao seu dever de declarar, porque atenta ao interesse do administrado não se configurará *uma restrição temporal à competência do órgão tutelar* (PEREIRA, 1962, p.87), mas um desrespeito a uma obrigação de fazer imposta à Administração.

De acordo com o entendimento já expressado, o fato de ao silêncio advir consequência jurídica na órbita do direito administrativo não significa sua caracterização como ato administrativo<sup>26</sup>. O silêncio é fato administrativo, ou seja, de acordo com o entendimento expresso no Capítulo I deste trabalho, *“é evento não prescritivo a que o Direito imputa efeitos jurídicos, no campo do direito administrativo.”*

Definida a natureza jurídica do silêncio administrativo, do ponto de vista dogmático, cumpre-nos ainda confrontar esse entendimento com a ordem positiva brasileira para apresentar uma posição conclusiva sobre o instituto.

A configuração do instituto do silêncio administrativo, a partir da confrontação de nossa visão dogmática com as normas vigentes no País, será objeto de estudo do Capítulo IV, onde se buscará também estabelecer referenciais hermenêuticos para uma proposta embrionária de legislação sobre o tema.

---

<sup>26</sup> Com isso, queremos nos contrapor à conclusão proferida por José Wilson Ferreira Sobrinho (1991).

## **CAPÍTULO IV**

### **O SILÊNCIO ADMINISTRATIVO FRENTE À ORDEM POSITIVA BRASILEIRA**

#### **4.1 A delimitação do conceito de silêncio administrativo em face da normatividade vigente**

No Capítulo anterior, sustentamos que o silêncio administrativo representa, do ponto de vista dogmático, uma violação à ordem normativa de um Estado Democrático de Direito. Cumpre-nos agora confrontar nosso entendimento com a ordem positiva brasileira.

##### **4.1.1 O silêncio administrativo do ponto de vista constitucional**

O início de uma análise positivada não pode desconsiderar a Lei Maior de um País, norteadora da compreensão sistêmica da ordem jurídica de um Estado. Impõe-se, assim, a análise dos dispositivos constitucionais, a fim de que se possa assumir, do ponto de vista jurídico, uma posição definitiva sobre o tema.

O artigo 1º da Carta Magna brasileira expõe, *in verbis*:

*Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:*

*I - a soberania;*

*II - a cidadania;*

*III - a dignidade da pessoa humana;*

*IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;*

*V - o pluralismo político.*

O artigo 37, por seu turno especifica que:

*Art. 37. - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência...*

No Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, em seu Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, o art. 5º dispõe, em seus incisos:

*Art. 5º...*

*XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;*

*XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:*

- a) o direito de Petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder;*
- b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;*

*LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;*

*LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;*

*LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;*

*LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;*

*LXIX – conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas-corpus e habeas-data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;*

*LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:*

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;*
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento a pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;*

*LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades*

*constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;*

*LXXII – conceder-se-á habeas-data:*

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registro ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;*
- b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.*

*LXXVII – são gratuitas as ações de habeas-corpus e habeas-data, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania.*

*§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.*

*§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.*

Finalmente, no art. 103, em que se regulamenta a propositura de ação de inconstitucionalidade vemos, em seu parágrafo 2º, a caracterização da denominada inconstitucionalidade por omissão, instrumento introduzido no ordenamento constitucional de 1988, preocupado com o enfrentamento de comportamentos omissivos dos Poderes Públicos. Passemos à sua reprodução literal:

*Art. 103...*

*§ 2º. Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva a norma constitucional, será dada ciência ao Poder*

*competente para adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.*

A partir dos dispositivos destacados, verifica-se a vinculação da atividade administrativa ao conceito de dever, em respeito ao exercício de uma função, como decorrência, inclusive, do disposto no artigo 1º da Constituição Federal que define a República do Brasil como um Estado Democrático de Direito. Em um Estado Democrático de Direito, a Administração Pública está vinculada aos princípios gerais de direito insculpidos na Constituição do País.

Os princípios expressados no artigo 37 da Carta Maior conformam o agir administrativo, ou seja, da leitura desses dispositivos, pode-se verificar que a atuação administrativa imposta pela ordem jurídica deve pautar-se por uma atuação legal, fundamentada, pública, motivada, impessoal, moral. Enfim, uma atuação que respeite esse dispositivo constitucional exige que a Administração atue de forma expressa e declarada, para que possa ser conhecida e controlada.

Dessa maneira, parece-nos claro que a atuação administrativa deve caracterizar-se pela emanção de atos administrativos que, obrigatoriamente, pressupõem o conceito de declaração do Estado ou de quem lhe faça as vezes.

O ato administrativo, contudo, não é uma declaração qualquer, mas uma declaração que deve atender a requisitos e pressupostos que validem sua existência. Deve ser motivado, oriundo de uma processualística democrática, de acordo com as previsões dispostas nos incisos LIII, LIV, LV e LX do art. 5º da Carta Constitucional.

Ora, se a atuação administrativa, de acordo com os preceitos constitucionais, deve pautar-se pela emanção de atos, se os atos administrativos pressupõem o conceito de declaração, nada mais lógico concluir que a omissão administrativa ou a inatividade formal da Administração, quando essa tinha a obrigação de agir, ofende a ordem constitucional. Essa omissão representa uma violação ao dever de declarar imposto ao agente público, quando instado a se pronunciar.

Não bastassem os dispositivos apontados, para configurar a inatividade formal da Administração como transgressora da ordem legal, teríamos ainda o *direito de petição*, previsto no inciso XXXIV, "a", do art. 5º, que impõe, como já expresso por nós, a obrigação de resposta pela Administração frente a qualquer demanda postulada.

O direito de petição é presente em nossa ordem constitucional desde a Constituição de 1822. O silêncio da Administração, frente a requerimentos formulados por particulares na defesa de seus interesses afronta diretamente esse direito constitucional, historicamente reconhecido e que faz parte de nossa tradição.

Somam-se ao direito de petição: a) a proteção do direito de acesso às informações de interesse particular ou coletivo (art. 5º, XXXIII); b) o direito de conhecimento e retificação de informações de cunho pessoal constantes de órgãos de caráter público (art. 5º, LXXII), garantidos pelos instrumentos do mandado de segurança, individual e coletivo (art. 5º, LXIX e LXX) e pelo *habeas-data* (art. 5º, LXXII); c) a viabilização do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das

prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania por meio do mandado de injunção (art. 5º, LXXI); d) a repulsa à omissão dos Poderes Públicos que obstaculizam a efetivação de normas constitucionais, consagrada pelo instituto da inconstitucionalidade por omissão (art.103, § 2º). Esses preceitos constitucionais demonstram a preocupação do legislador constituinte em dar parâmetros e limites à atuação administrativa, de maneira a impedir que, por arbitrariedades ou omissões dos Poderes Públicos, o particular se veja prejudicado na sua condição de cidadão.

#### **4.1.2 Previsões normativas e jurisprudenciais específicas ao tema do silêncio administrativo**

No Capítulo II deste trabalho, em seu item 2.4, destacamos que não faz parte da tradição legislativa brasileira o estabelecimento de leis sobre o modo como enfrentar a inatividade formal da Administração e afirmamos a relevância da Lei Federal nº 9.784/99 e da Lei Paulista nº 10.177/98, ambas regulamentadoras do processo administrativo da União e do Estado de São Paulo.

A Lei Federal, embora não avance em explicitações normativas sobre o instituto do silêncio administrativo, deixa claro - em seus artigos 48 e 49 - o dever da administração de *explicitamente emitir decisão* no prazo de trinta dias, concluída a instrução de processo administrativo. A Lei Paulista, por sua vez, em seus artigos 33, 50, 90 e parágrafos, prevê regra de efeito denegatório para a hipótese de

configuração de silêncio administrativo, ultrapassado o prazo de cento e vinte dias de interposição de requerimento, salvo hipótese de reconsideração prevista no art. 42, em que o prazo para decisão será de noventa dias.

A Lei Paulista ainda especifica que a configuração do silêncio negativo não desonera a Administração do dever de apreciar o requerimento e prevê responsabilização disciplinar para os agentes públicos e seus superiores que, de qualquer forma tenham contribuído para o descumprimento injustificado do prazo previsto para resposta ao administrado.

Apesar da sucinta normatização do tema, podemos inferir dessas previsões legais positivadas a concepção de silêncio que inspirou cada legislação, em especial na caracterização da natureza jurídica do silêncio administrativo, ou seja, na definição do silêncio administrativo como ato ou fato jurídico, bem como, na sua caracterização como infração à ordem normativa.

Os dois diplomas legais (federal e paulista) deixam claro que a inatividade formal da Administração frente a requerimento de particular não atende aos preceitos da lei. A uma, porque se exige manifestação expressa do agente público em relação ao requerimento postulado ou, em outros termos, porque determina a emissão de uma decisão explícita; a outra, porque responsabiliza disciplinarmente o agente que não respondeu, não desobrigando a Administração de proferir decisão expressa.

Ora, como já sustentamos, essas disposições legais confirmam, na espécie, o entendimento do silêncio administrativo como uma infração à ordem normativa. Todavia, em nosso entender, vão além e expressam a concepção do silêncio como um fato administrativo.

Se a Lei Federal determina uma decisão explícita, é porque não compreende a omissão da Administração como uma conclusão aceitável do processo administrativo.

A Lei Paulista, por seu turno, se considerasse o silêncio da Administração como um ato administrativo, não imporia ao Poder Público o dever de proferir decisão ulterior à configuração do silêncio, assim como não aplicaria punições disciplinares aos agentes públicos por descumprimento injustificado do prazo previsto para resposta da pretensão postulada.

Vale ressaltar ainda que a Lei Paulista não impõe ao administrado o respeito a prazos peremptórios para interposição de recurso em caso de silêncio administrativo, pois dispõe expressamente em seu artigo 44, *verbis*, que: "*Salvo disposição legal em contrário, o prazo para apresentação de recurso ou pedido de reconsideração será de 15 (quinze) dias contados da publicação ou notificação do ato.*" (grifo nosso)

Embora já tenhamos pontuado que a identificação do silêncio como a ausência de declaração da Administração Pública que viola a ordem jurídica contraria o entendimento de diversos doutrinadores citados em capítulos anteriores

que conceituam o silêncio positivo como um ato administrativo, parece-nos relevante destacar ainda como se configura o silêncio positivo na legislação pátria.

À vista do nosso ordenamento jurídico, as legislações específicas que trabalham com hipóteses de efeito concessivo para o silêncio exigem o estrito respeito do requerimento pleiteado às normas reguladoras na espécie (silêncio positivo condicionado). São exemplos o Código de Obras e Edificações do Município de São Paulo (Lei Municipal nº 11.228 de 25/06/1992) e as Leis que regulamentam a concessão de radiodifusão (Lei Federal nº 4.171/1962 e Lei Federal nº 5.785/1972), dentre outros.

É preciso atenção na interpretação desses dispositivos, pois se o respeito à estrita legalidade na espécie for entendido como condição de existência do silêncio positivo, ter-se-á que reconhecer a validade da reflexão desenvolvida por VELARDE PEREZ (1995), que expressa não ser possível conceber a equivalência entre o silêncio positivo condicionado e o ato administrativo se, para a configuração de sua própria produção e existência, são impostas condições muito superiores àquelas impostas ao ato. São precisas as palavras do autor espanhol:

*El principio – ya aludido y a la vez precepto legal contenido en diversas normas sectoriales – de conformidad de lo solicitado con las exigencias del ordenamiento jurídico para que pueda producirse el llamado silencio positivo y, consecuentemente, presumirse una resolución administrativa favorable suscita la cuestión de la existencia de requisitos de producción adicionales a los del acto administrativo para la producción de un acto presunto de acuerdo con la concepción dominante sobre la naturaleza jurídica del silencio positivo. Realmente con el mencionado principio lo*

*que se está haciendo es transformar las exigencias de legalidad de fondo, que afectan a todo acto administrativo, en parte del presupuesto de hecho para la producción del silencio y, de acuerdo con la interpretación de la doctrina y jurisprudencia, para la existencia del acto.”(p.23)*

(...)

*Ello debe hacernos pensar que, si nuestro ordenamiento jurídico establece para la producción del silencio positivo unas exigencias que exceden con mucho las propias del acto, es porque realmente lo concibe de manera diferente a este. (p.24)*

Da análise efetuada, pode-se concluir que, na espécie, a legislação infra-constitucional delinea o conceito de silêncio administrativo em conformidade com nossa definição dogmática do instituto, ou seja, é um fato administrativo que, ante a duração irrazoável da inatividade formal da Administração diante de a uma pretensão postulada por particular ou no exercício de órgão de controle, configura uma ofensa à ordem jurídica constitutiva de um Estado Democrático de Direito.

A jurisprudência brasileira, embora precedente às Leis que regulam o processo administrativo na esfera federal e paulista, sufraga o entendimento aqui assumido, que diferencia o silêncio administrativo do ato administrativo, como se pode defluir das decisões assumidas em reiterados Acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF).

Reprodução parcial de algumas ementas de decisões do S.T.J.:

*RESP 9512/BA; RECURSO ESPECIAL*

*ADMINISTRATIVO – PROCESSO CIVIL – SILÊNCIO DA ADMINISTRAÇÃO – INÍCIO DE PRAZO PRESCRICIONAL – LEI ESTADUAL – IMPOSSIBILIDADE DE RECURSO ESPECIAL.*

- 1. Enquanto pender sem resposta requerimento dirigido à administração, o fluxo prescricional em favor desta não se inicia. (09/12/1991 - Min. Humberto Gomes de Barros)*

*RESP 16284/PR; RECURSO ESPECIAL*

*ADMINISTRATIVO – SILÊNCIO DA ADMINISTRAÇÃO – PRAZO PRESCRICIONAL.*

*A teoria do silêncio eloqüente é incompatível com o imperativo de motivação dos atos administrativos.*

*Somente a manifestação expressa da Administração pode marcar o início do prazo prescricional. (23/03/1992 - Min. Humberto Gomes de Barros)*

*RESP 19405/SP; RECURSO ESPECIAL*

*ADMINISTRATIVO – PRESCRIÇÃO – DEC. 20910/32 – SILÊNCIO DA ADMINISTRAÇÃO – DESCONTOS INDEVIDOS – PROVA DA ILICITUDE – QUESTÃO DE DIREITO.*

- 1. Não corre prescrição enquanto pender, sem resposta, requerimento dirigido pelo credor à Administração, tratando do direito em causa (Dec. 20910/32 – art. 4º). (16/11/1992 - Min. Humberto Gomes de Barros)*

*REPRODUÇÃO PARCIAL DO VOTO PROFERIDO PELO MINISTRO CARLOS MADEIRA NO RECURSO ESPECIAL 115.033-5 – MG.*

*PUBLICADO EM 11/03/88 - STF:*

*O autor, sargento da Polícia Militar mineira, foi reformado em 1959 com cinco adicionais por tempo de serviço(...)Sobrevindo lei, (...), o autor requereu a revisão de seus adicionais, sendo-lhe concedidos, pelo Comando da Polícia Militar, mais dois, em 18 de março de 1963.*

*O Tribunal de Contas do Estado reformou essa decisão, reduzindo o número de adicionais para seis. Em consequência, a Secretaria de Finanças do Estado expediu a ordem de Pagamento com apenas 30% de adicionais.(sic)*

*O autor requereu retificação do cálculo, constando dos autos a reiteração do pedido, protocolizada em junho de 1964.*

*A Administração estadual silenciou sobre essa postulação.*

*Dai a ação proposta em 1982.*

*O Estado alegou prescrição do fundo de direito, mas o Juiz de Direito considerou que 'em verdade, o prazo prescricional não começa a fluir a partir da data do requerimento administrativo, mas sim, pelo óbvio, a partir da data em que o mesmo tenha sido, eventualmente, indeferido. E, na espécie, não se tendo produzido prova de indeferimento da pretensão do Autor, é de se deduzir que, por esse motivo, o prazo prescricional não iniciou sua marcha.' (fls. 138).*

*Houve, assim, silêncio da Administração a respeito da reclamação feita pelo ora recorrido. E o silêncio – anota Hely Lopes Meirelles – “não é ato administrativo: é conduta omissiva da Administração que, quando ofende direito individual do administrado ou de seus servidores, sujeita-se à correção judicial e à reparação decorrente de sua inércia.”(...) Aldo Santulli denomina essa omissão de silêncio – inadimplemento –, que se caracteriza pela omissão de qualquer providência(...)*

*Esse silêncio não faz perecer o direito do administrado. Se a reclamação administrativa deu entrada no prazo(...), houve suspensão da prescrição.*

(...)

*Castro Nunes, na sua obra Da Fazenda Pública em Juízo, assevera:*

‘Seja, porém, como for, quer se trate de pedido de pagamento, quer de reclamação de direito cujo reconhecimento se peça, em ambos os casos está pressuposta a necessidade de estudar o pedido; e é durante esse período, enquanto pendente a solução provocada pelo interessado, que a Lei considera suspensa a prescrição, porque seria injusto que, por culpa da Administração morosa em resolver, e sem culpa do credor, prescrevesse seu direito.’ (p. 448).

*E no voto condutor do acórdão no RE 75.941-SP, o eminente Ministro Oswaldo Trigueiro acentuou 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.’ (RTJ 66/594).

*No caso presente, não houve só demora no estudo da reclamação administrativa do recorrido, mas arquivamento, com inadimplemento do dever de providenciar sobre a matéria posta a exame da Administração. Não fluiu, evidentemente, a prescrição, configurando o silêncio da administração um abuso de poder.*

*Em tais circunstâncias não conheço do recurso.*

Como se pode claramente perceber das decisões apontadas, a posição jurisprudencial em nada se distancia do entendimento defendido neste trabalho, que encara o silêncio da Administração como fato administrativo com natureza de inadimplemento do dever de resolver.

#### **4.1.3 Mandado de Injunção e Ação de Inconstitucionalidade por omissão: garantias constitucionais de enfrentamento do silêncio administrativo regulamentar**

Até o presente momento e concordes com a doutrina em geral, assumimos o conceito de silêncio administrativo baseado na inatividade formal da Administração referenciada em um conceito de omissão adstrito à falta de emanção de ato administrativo concreto frente ao interesse de um particular não respondido ou à inexistência de atuação de um órgão controlador.

Ante a premissa de que a base da conceituação do silêncio administrativo é uma omissão formal que constitui violação à ordem jurídica vigente e, considerando que o conceito de ato administrativo defendido inclui os atos regulamentares, não encontramos justificativa satisfatória para excluir do conceito de silêncio administrativo as omissões na elaboração de norma regulamentadora que a Administração tinha a obrigação de expedir, dentro de determinado prazo, sem que assim o fizesse.

Poder-se-ia questionar que, nos requisitos constitutivos do conceito de silêncio administrativo, estaria a necessidade de se estabelecer a inação frente a uma provocação do interessado ou de uma atuação de controle e que a falta de elaboração de norma regulamentar não pressupõe esses requisitos, ficando, assim, alheia ao conceito.

Esse não é o ponto de vista esposado. Eis que, em nosso entender, é preciso uma reformulação de raciocínio que permita o alargamento do conceito, pois a natureza do silêncio administrativo remete à idéia de inatividade formal, violadora da ordem normativa que implique em prejuízo de interesse do administrado, ou seja, o silêncio é a omissão formal que obstaculiza o exercício de direito ou interesse do particular por falta de declaração (emanação de ato administrativo) do Poder Público ou de quem lhe faça as vezes.

A falta de requerimento específico do administrado, diante da ausência de atividade normativa da Administração, não obsta a configuração do silêncio. Afinal, nada impede que o administrado requeira à Administração uma manifestação quanto à possibilidade de exercício de um direito, que se vê obstaculizado pela falta de norma regulamentadora, exigindo a emanação de decisão quanto aos referenciais autorizadores da conduta.

Por outro lado, a previsão de necessidade de regulamentação, pela Administração, constitui requisito formulado caracterizador de direito subjetivo de todo administrado. Se assim não fosse, padeceria de significado o instituto do mandado de injunção.

O mandado de injunção é remédio constitucional previsto no art. 5º, LXXI, que tem por fim conferir aplicabilidade à norma constitucional inativa por falta de norma regulamentadora. É um instituto que busca realizar concretamente o direito do impetrante, outorgando-lhe o direito reclamado. Ou seja, é um instituto que, reconhecendo o direito subjetivo do autor no exercício de qualquer direito

constitucional, pretende que se supra a omissão legislativa ou administrativa (poder regulamentar), no caso concreto.

Destarte, o mandado de injunção diante da Administração Pública tem como escopo enfrentar concretamente o silêncio administrativo, frente à inatividade formal abstrata, não eximindo, todavia, o dever dessa de emanar o ato administrativo abstrato (norma regulamentadora), e cumprir sua obrigação de fazer.

A inconstitucionalidade por omissão, por sua vez, embora não tenha a característica de viabilizar o exercício de direito constitucional para o caso concreto, configura a omissão administrativa na esfera regulamentar, que impossibilita o exercício de prerrogativas constitucionais. Assim ocorre no caso concreto um desrespeito à ordem jurídica posta que, ao prever a adoção de providências no prazo de trinta dias, possibilita a responsabilização do Poder Público, caso a omissão permaneça.

Diferentemente do mandado de injunção, a ação de inconstitucionalidade por omissão não é meio apto, no caso concreto, para viabilizar o exercício de direito constitucional, mas busca a edição de norma regulamentadora do preceito constitucional que não se pode efetivar.

Feitas essas considerações, necessário se faz redimensionar o conceito de silêncio administrativo, alargando o seu entendimento, de modo tal que a inatividade administrativa na emanção de ato regulamentar esteja entre uma de suas personificações.

Propomos, assim, esta definição de silêncio administrativo: *A inatividade formal da Administração Pública, constitutiva de violação à ordem jurídica, em face da falta de resposta a requerimento de particular postulando interesse próprio, da inação indevida de órgão controlador ou em virtude da falta de edição de ato normativo necessário para o exercício de direito constitucional consagrado.*

#### **4.2 Efeitos e conseqüências da conceituação do silêncio como fato administrativo**

A definição do silêncio administrativo impõe efeitos e conseqüências próprios da conceituação assumida que precisam ser igualmente explicitados, visando à garantia da operacionalidade deste estudo para os aplicadores do Direito.

Evidentemente, pelo caráter deste trabalho, muito mais conceitual que histórico/ interpretativo de normas e decisões jurisprudenciais, e pelo fato de não ser da nossa tradição uma normatização geral reguladora do processo administrativo nas diversas instâncias do Estado brasileiro, as conclusões aqui elaboradas apresentarão uma tendência de generalidade.

Não se está com essa opção minimizando a importância dos trabalhos conceituais que, indiscutivelmente, auxiliam os operadores do Direito na

qualificação do processo interpretativo das normas e no conhecimento e harmonização do sistema jurídico como um todo.

O que se quer sublinhar são os limites existentes para a definição dos efeitos e conseqüências de um instituto jurídico analisado precipuamente do ponto de vista conceitual.

#### 4.2.1 A função política da teoria do silêncio administrativo

PEREIRA (1962:85) explicita que *“a função política da teoria do ato administrativo foi a de estabelecer ao administrado um sistema de garantias, face ao princípio da legalidade da Administração.”* No mesmo sentido, é importante estabelecer qual a função política da teoria do silêncio administrativo, pois, uma vez definida, teremos um vetor direcionador da atuação do agente legislativo, que se proponha a normatizar o tema, assim como haverá um referencial interpretativo das normas positivadas.

É possível, pelo estudo desenvolvido, concluir que a função política da teoria do silêncio vincula-se à criação de um mecanismo que sirva de instrumento em favor da proteção do exercício de direito de particular, obstaculizado pela inatividade formal da Administração.

Neste sentido, é preciso destacar que a técnica do silêncio administrativo, seus efeitos e suas conseqüências devem ser constituídos em benefício do administrado. Deve pressupor o silêncio, segundo nossa opinião já expressa, como uma postura ilegal da Administração, violadora da ordem jurídica existente.

Desse entendimento, decorre que não devem ser estabelecidas condições legislativas que impeçam o exercício do direito, ofendido pela omissão administrativa. No mesmo sentido, importa que não se estabeleçam efeitos e conseqüências ao instituto que, de alguma maneira, venham a prestigiar a inatividade da Administração.

#### **4.2.2 O silêncio administrativo em virtude da falta de edição de norma regulamentar devida**

Esse assunto, já tratado no item 4.1.2 deste Capítulo é novamente alvo de atenção para explicitar que, do ponto de vista da ordem jurídica brasileira, o mandado de injunção, além de fundamentar a ausência de norma regulamentadora de direito constitucional como uma hipótese de silêncio administrativo, representa a previsão legal de enfrentamento para essa situação de omissão. Tal hipótese constitucional garante a viabilização do exercício de direito por parte do administrado, no caso de falta de edição de norma regulamentadora, propiciando um

instrumento eficaz da defesa do interesse do particular em face da inação do Estado por seus múltiplos agentes.

O mandado de injunção deve ser assumido pelo Poder Judiciário como efetivador do exercício de direito constitucional para o caso concreto. É instrumento restrito ao enfrentamento de omissão regulamentar de *norma constitucional*, cuja consequência implica a emanção de decisão concreta e efetiva como forma de atacar a inatividade formal da Administração pela falta de emanção de atos abstratos.

Para efeito de mandado de injunção, ainda que inexista prazo pré-fixado para a atuação regulamentar da Administração, entendemos que essa não limita uma solução concretizadora do direito pleiteado<sup>27</sup> prestigiada pelo remédio constitucional em tela. Contudo, em caso de existência de prazo pré-fixado para a edição regulamentar, não resta dúvida quanto à constituição em mora da Administração omissa.<sup>28</sup>

É preciso que se tenha claro que, mesmo que se verifiquem soluções distintas para o enfrentamento do silêncio regulamentar, as consequências se equiparam, ou seja, buscam a viabilização do direito do administrado, obstaculizado pela inércia da Administração.

---

<sup>27</sup> Entende-se por solução concretista aquela decisão judicial que viabiliza o exercício do direito constitucional pleiteado pelo proponente do processo, não se resumindo a declarar a existência de omissão indesejada.

<sup>28</sup> O Poder Judiciário brasileiro tem sido reticente em assumir uma posição mais concretista em sede de mandado de injunção. A favor de uma posição concretista, temos o julgado do Supremo Tribunal Federal, Mandado de Injunção nº 439-1/RJ, 1994.

### 4.2.3 O silêncio administrativo pela falta de emissão de ato administrativo concreto

Antes de analisar mais detalhadamente os efeitos e conseqüências do silêncio administrativo pela falta de emissão de ato administrativo concreto, parece-nos relevante pontuar as especificidades próprias de um sistema normativo em que inexistente dualidade jurisdicional, mas está presente o princípio da universalidade da jurisdição comum. Valeria ainda destacar a importância do instituto do mandado de segurança, previsto em nosso ordenamento constitucional e que instrumentaliza, em muito, o administrado ameaçado ou lesado por ilegalidade ou abuso de poder de autoridade pública.

O sistema de jurisdição unitária e o preceituado no art. 5º, XXXV da C.F. - determina que "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito*" - garantindo ao particular o socorro ao Judiciário sempre que o silêncio administrativo se configure.

O mandado de segurança, por seu turno, é ação constitucional estabelecida no art. 5º, LXIX e LXX, que garante a proteção de direito líquido e certo<sup>29</sup>, em virtude de ilegalidade ou abuso de poder que tenha por responsável autoridade pública ou terceiro no exercício de atribuição do Poder Público.

---

<sup>29</sup> De acordo com definição estabelecida por Hely Lopes Meirelles (2001) e amplamente aceita pela doutrina e pela jurisprudência pátria, "*direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção habeas data*". (p.34-5).

Uma vez que o conceito de ilegalidade abarca tanto atitudes comissivas da Administração quanto omissões administrativas<sup>30</sup> e, dado que esse remédio constitucional possui a natureza de uma ação civil de rito sumário especial, destinada à proteção do direito em si, cabe aqui destacar a utilidade desse instituto no enfrentamento do silêncio administrativo, em especial quando a inatividade administrativa se relaciona a uma pretensão vinculada, que permite defluir a certeza e a liquidez do direito postulado, e não atendido pela Administração.

Para revelar o ainda maior destaque da importância do Mandado de Segurança face ao silêncio administrativo, agregue-se o fato de a Constituição não exigir, para impetração do mandado de segurança, o exaurimento prévio da via administrativa.

A falta de prestígio do processo administrativo no Brasil, a inexistência de tratamento normativo mais rigoroso para a processualística administrativa e a existência de uma cultura autoritária de nossos agentes públicos, características já realçadas neste trabalho, destacam a utilização excessiva da via judicial, como alternativa privilegiada pelos administrados.

Dado o prestígio consagrado ao instituto do Mandado de Segurança e a efetividade do instrumento na proteção de interesses particulares frente a condutas ilegais das

---

<sup>30</sup> Ainda do mesmo autor, Hely Lopes Meirelles (2001:37) "o objeto do mandado de segurança será sempre a correção de ato ou omissão de autoridade, desde que ilegal e ofensivo de direito individual ou coletivo, líquido e certo, do impetrante."

autoridades públicas, justifica-se o destaque feito a esse remédio constitucional para enfrentamento do silêncio administrativo. Resta, ainda, analisar a incidência do prazo decadencial de cento e vinte dias, previsto no artigo 18 da Lei 1.533, de 31 de dezembro de 1951 – Lei que regula o instituto do mandado de segurança - frente ao silêncio administrativo, admitindo-se que a jurisprudência é dominante no reconhecimento da constitucionalidade desse prazo para interposição do *mandamus*.

A análise desse aspecto da Lei deverá ser desenvolvida ao enfrentarmos as questões processuais atinentes ao tema.

#### **4.2.3.1 Reflexões necessárias ao silêncio como fato administrativo**

A inatividade administrativa não confere, *sponte própria*, um sentido concessivo ou denegatório à pretensão formulada, cabendo à lei a atribuição desse.

Na ausência de definição de sentido (positivo ou negativo) por parte da lei, o silêncio da Administração terá exclusivamente caráter de uma ilegal ausência de decisão, sem que daí possa defluir qualquer outro sentido.

Por outro lado, ao se negar a qualidade de ato para o silêncio da Administração, impõe-se demonstrar que não se justifica atribuir ao silêncio regras e prazos processuais próprios do ato administrativo.

O silêncio é um fato jurídico administrativo e as conseqüências assumidas pela ordem jurídica frente a essa omissão ilegal da Administração devem sempre levar em conta a função política da teoria do instituto, ou seja, devem estabelecer regras e efeitos em benefício do administrado lesado.

**a) Impropriedade de incidência dos prazos recursais peremptórios e do prazo decadencial do Mandado de Segurança**

Da análise dos textos legais que regulam o processo administrativo, suas etapas e seus recursos, verificamos que, na processualística específica, o que fixa o *dies a quo* é o ato administrativo emanado, ou seja, a decisão expressa proferida. A falta de ato administrativo, portanto, não autoriza a fixação do *dies ad quem*.

Constatada a natureza de fato administrativo para o silêncio administrativo, rejeita-se na hipótese o alcance de prazos recursais peremptórios sobre esse. É importante que se destaque, todavia, que essa conclusão pode ser facilmente descaracterizada se norma legal específica dispuser literalmente em sentido contrário.

Diante da possibilidade de o legislador normatizar em sentido antagônico ao sustentado, interessa destacar que um entendimento em favor da incidência de prazos peremptórios contrariaria a funcionalidade do instituto do silêncio administrativo. Anote-se que a incidência de prazos prescricionais

peremptórios, frente ao silêncio, não tem sido a postura legal, sequer a tendência jurisprudencial em nosso País, como bem demonstram as referências pontuadas nos itens 4.1; 4.1.1; 4.1.2 e 4.1.3 deste Capítulo.

Analisemos, então, quanto à incidência do prazo decadencial de cento e vinte dias previsto para o instituto do mandado de segurança.

O instituto do mandado de segurança é apto para atacar a omissão administrativa, que ofenda direito líquido e certo do administrado. Nesse sentido, cumpre-nos responder se, configurada a omissão administrativa (silêncio), impõe-se a incidência do prazo decadencial de cento e vinte dias, consagrado pela jurisprudência pátria.

Em primeiro lugar, parece necessário distinguir a análise entre uma previsão legal, em que seja fixado prazo para manifestação da Administração, daquela em que a legislação não estipula prazo algum.

Se a norma não fixa prazo para a manifestação da Administração, ainda que já tenha transcorrido período superior ao que se entenda como razoável, temos para nós que não há como fixar o *dies a quo* para contagem do mesmo ademais se a via administrativa continua indefinidamente aberta, pela não incidência de prazo recursal, como apontado acima. A pergunta se coloca frente o transcurso do prazo definido em lei, como devido, para a manifestação da Administração.

Nesse diapasão, questiona-se: consumada a omissão da Administração pelo transcurso do prazo, poder-se-ia considerar a incidência do prazo decadencial? A resposta para a questão deve ser negativa.

Diante do silêncio em via de petição: sabendo-se que a jurisprudência alinha-se cada vez mais com a doutrina no reconhecimento da negativa do prazo decadencial do mandado de segurança na hipótese em que se admite o recurso, ainda que sem efeito suspensivo, conforme ensina DALLARI (2000:237), não se pode reconhecer a ocorrência de referido prazo decadencial, uma vez que, frente ao silêncio, não há incidência de prazo recursal peremptório.

Destaquemos as precisas palavras de FERRAZ (1996) analisando a incidência do prazo decadencial do *mandamus*:

*Não nos parece caber dúvida: admissível que seja o prazo decadencial para interposição da segurança, quando o interessado decide usar o recurso administrativo, mesmo sem efeito suspensivo, ele se conta a partir da denegação do recurso administrativo. E, realmente, outra não poderia ser a solução, data vênua.*

*A uma, porque a finalidade dos recursos administrativos é, exatamente, a de ensejar à Administração a correção das ilegalidades praticadas pelos subalternos. Dessa sorte, enquanto não esteja ele decidido, independentemente dos efeitos em que recebidos, ainda não há uma vontade declarada e definitiva da Administração.*

*A duas, a tese oposta levaria uma interpretação ad absurdum (o que o sistema jurídico repele), por isso que tornaria o recurso administrativo uma inutilidade, um remédio que ninguém utilizaria,*

*frustrando, inclusive, um de seus propósitos fundamentais habituais (o da prevenção dos litígios judiciais).*

*A três, a natureza constitucional do mandado de segurança não se compatibiliza com restrições menos generosas, e de indole formal, à sua utilização (p.130).*

A não incidência de prazo recursal, pela falta de emanção de ato administrativo, alonga o percurso administrativo e, até que a Administração expeça o ato, não há como se configurar o transcurso do prazo decadencial do mandado de segurança, uma vez que a via administrativa continua aberta ao administrado, permitindo a ele a solicitação de uma decisão administrativa, em via de recurso, a qualquer tempo.

Tal assertiva, todavia, não conclui pela impossibilidade de o administrado, configurado o silêncio administrativo, decidir pelo abandono da via administrativa e socorrer-se da via judicial, por meio do *mandamus*, para ver solucionada sua demanda.

Ressalte-se ainda a premissa já esposada de que, frente ao silêncio, não deve ter guarida uma interpretação que prestigie a inatividade administrativa e que possibilite que o administrado possa ser onerado por sua dúvida, em relação à incidência de um prazo processual.

Admitindo-se, por fim, a hipótese de silêncio em via de recurso que contesta decisão proferida por instância inferior, pergunta-se: se já transcorreu o prazo para manifestação do órgão recursal e se inexistente a possibilidade de novo

recurso poder-se-ia entender a incidência do prazo decadencial do mandado de segurança,?

Em caso de recurso encaminhado por particular, que não tenha resposta da Administração, a falta de manifestação recursal configura a omissão ensejadora da segurança, da qual não caberá todavia recurso e, portanto, não será possível o socorro da hipótese prevista no art. 5º da Lei do Mandado de Segurança. Mesmo assim, rejeitamos a incidência do prazo decadencial, por três motivos: a uma, porque, como esclareceremos a seguir, o silêncio não desobriga a Administração do dever de exarar decisão sobre o recorrido; a duas, porque aceitar a incidência do prazo seria dar uma conseqüência ao silêncio, em desconformidade com a função que o sustenta, que é de uma técnica em benefício do administrado; e, a três, porque impingir a incidência do prazo decadencial para o silêncio configurado em via recursal frustraria um dos propósitos fundamentais de todo recurso administrativo que é prestigiar a solução junto aos Poderes Públicos, estimulando, por conseqüência, a utilização de litígios judiciais.

Em nosso entender, a oportunidade de acesso ao Poder Judiciário ou, em outros termos, a escolha do momento de desistência da resolução da demanda em via administrativa, deve estar a cargo exclusivamente da vontade do particular prejudicado pela inatividade formal da Administração.

Admitindo como pacífico o entendimento da jurisprudência sobre a constitucionalidade do prazo decadencial de cento e vinte dias do mandado de segurança, o que verificamos, entretanto, é que os mesmos tribunais resistem na

admissão de incidência dos prazos processuais, em favor da Administração, quando essa se omite, ou silencia, conforme jurisprudência apresentada neste trabalho.

Esse posicionamento dos tribunais frente a omissão administrativa vem ao encontro da tese que aqui esposamos e que, nos parece, concorda com os dispositivos constitucionais do País.

Considerando ainda a possibilidade de negação da tese ora apresentada, caberá ao administrado, para não ter impedido seu acesso ao Judiciário, apresentar nova solicitação, requerendo manifestação da Administração para que, diante de fato novo, os prazos se recomponham.

#### **b) Substituição de instância – uma das conseqüências do silêncio**

O direito ao recurso administrativo é um direito consagrado constitucionalmente, inerente ao direito de defesa e do contraditório, expressado no art. 5º, LV da Carta Maior. Por outro lado, o direito a uma decisão fundada, emanada de órgão administrativo, já foi amplamente desenvolvido neste trabalho.

Diante desses direitos e, considerando que o silêncio administrativo deve ser rejeitado e desestimulado sob qualquer pretexto, sendo certo ainda que a decisão administrativa deve ser prestigiada, é necessária a viabilização de alternativas que a propiciem. Para alcançar tal objetivo, defendemos a substituição de instância frente à inação administrativa.

Ao nosso ver, o dever de pronúncia se comunica entre as instâncias comprometidas com o desenvolvimento regular do processo administrativo. A falta de declaração de um órgão sobre dada pretensão postulada pressupõe o dever de pronúncia do órgão competente para apreciar o recurso do administrado que, nesse momento, ao invés de revisar o ato que deveria ter sido proferido, e não o foi, assume a competência originária para determinação sobre o requerido.

A instância silente, que descumpriu seu dever de decidir, poderá ser substituída para análise de mérito pela instância superior que teria a competência originária para revisar o ato.

Em caso de silêncio administrativo, o particular poderá, por meio de recurso, solicitar do órgão ao qual caberia a revisão do ato e a emanção de decisão de análise do mérito sobre o interesse postulado. É bem verdade, que o órgão superior, cumprindo sua função hierárquica, deverá, em um primeiro momento, determinar ao órgão inferior que opine – inclusive sob pena de aplicação de sanção – todavia, configurada a recusa, que em geral se dá por meio de obstaculizações dissimuladas em favor de interesses ilegítimos da autoridade omissa, propugnamos pela substituição de instância como efetiva solução de restauração da ordem jurídica ofendida.

É importante que se tenha claro que, se a atitude silente da autoridade originária decorre de dolo, são recorrentes os pretextos para que essa se furte de decidir. Se não for garantida à instância superior da autoridade faltosa o direito de

proferir a decisão, ainda que ouvida a instância inferior, o que se verificará será uma infundável manipulação da autoridade que, dolosamente, se recusa a decidir.

O raciocínio defendido funda-se no conceito de que ao órgão administrativo revisor, mesmo diante de ato proferido, é dada competência de análise do mérito em questão. Logo, em face da falta de decisão devida do órgão com competência originária, não há o que obstaculize o exercício dessa competência pela instância hierarquicamente superior, principalmente se, com isso, se objetiva o cumprimento de obrigação descumprida pelo órgão administrativo inferior.

O combate ao silêncio, em respeito ao direito do administrado e o prestígio da solução em via administrativa e não judicial é do interesse da ordem jurídica. A competência do administrador para a questão supõe que esse possui maiores condições de análise e avaliação do interesse público na espécie. A decisão judicial será sempre uma decisão “corretiva” em favor do respeito à ordem positivada, mas de maneira alguma pode ser entendida como a solução originariamente idealizada, pelo que a substituição de instância prestigia a Administração sem usurpar a consequência constitucionalmente assegurada ao Judiciário de rever quaisquer lesões de direito.

Resta-nos destacar que a substituição de instância deve alcançar tanto situações de análise vinculada quanto situações que pressuponham uma decisão discricionária da Administração.

Em verdade, essa solução se apresenta ainda mais vantajosa frente a uma realidade discricionária pois, nesse caso, a instância administrativa superior poderá analisar a conveniência e oportunidade da demanda, análise que está vedada ao Poder Judiciário. Ou, dizendo o mesmo em outros termos, o administrado, pelo prestígio da solução administrativa e por meio da substituição de instância, em caso de hipótese discricionária, terá seu pedido analisado no mérito, solução que não alcançaria por uma decisão judicial.

### **c) Vício de vontade frente ao silêncio administrativo**

Conforme apontamento feito no item 1.1 deste trabalho, embora seja voz corrente na doutrina que o tema da vontade não se coloca para os fatos administrativos, temos que observar que, diante do silêncio da Administração, esse tema se apresenta.

Tal afirmação fundamenta-se na conclusão de que é plenamente possível constatar que a omissão do órgão público instado a se manifestar deu-se por motivos de perseguição ou favoritismo. Seja por não querer conceder o direito pleiteado e devido para o qual não poderá expressar uma decisão negativa, seja porque queira facilitar a viabilização de uma demanda rejeitada pela ordem em vigor, mas cujo silêncio gera efeito concessivo.

Nessas hipóteses, há um indiscutível vício de vontade (entendida essa como móvel), ensejador de desvio de poder e passível de controle judicial.

#### d) A reparação do silêncio por via judicial

De acordo com o entendimento assumido, resta indiscutível o direito do administrado de recurso à via judicial, a fim de que veja atendido o seu direito de resposta ao requerimento postulado, que se vê irrespondido por ilegítima inatividade da Administração.

Vale destacar que o acesso da via judicial não se condiciona ao esgotamento da via administrativa, por força do disposto no art. 5º, XXXV. Assim, como já destacado anteriormente, o recurso do silêncio em via de instância é apenas uma possibilidade de solução disponibilizada ao administrado, e não, um caminho obrigatório para a reparação da ilegalidade da Administração.

Nessa questão, acompanhamos integralmente a posição defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello (2001). Nos casos em que a lei prevê efeito concessivo ao silêncio, não se colocará qualquer demanda pelo interessado; nos casos em que a lei preveja efeito denegatório ou nada disponha a respeito, o administrado poderá demandar judicialmente:

- a) *que o juiz supra a ausência de manifestação administrativa e determine a concessão do que fora postulado, se o administrado tinha direito ao que pedira, isto é, se a Administração estava vinculada quanto ao conteúdo do ato e era obrigatório o deferimento da postulação;*
- b) *que o juiz assine prazo para que a Administração se manifeste, sob cominação de multa diária, se a Administração dispunha de discricionariedade administrativa no caso, pois o administrado fazia jus a um*

*pronunciamento motivado, mas tão-somente a isto.* (p.371, destaque do autor)

A contrário senso, mister se faz nesse momento ressaltar que não entendemos como significativa a hipótese apresentada por VITTA (1999). Entende esse jurista que, em caso de juízo discricionário, o Judiciário poderá, além de aplicar a multa, escolher pelo indeferimento da pretensão, a fim de autorizar ao administrado o recurso às vias administrativas ou nova demanda judicial para apreciação da negativa.

De fato, não nos parece fundamentada a possibilidade de o Judiciário definir sentido negativo ao silêncio, quando assim a lei não dispõe. Por outro lado, carece de finalidade tal entendimento, uma vez que não há porque viabilizar nova demanda à Administração, uma vez que permanece em aberto demanda sobre o mesmo mérito. No mesmo diapasão e na hipótese acima aludida, nada poderá agregar nova apreciação judicial, dado que essa não poderá adentrar o mérito da questão discricionária, sob pena de invasão de competência entre os Poderes.

O sentido denegatório emprestado pelo Judiciário, ao ser chamado para decidir sobre o silêncio, não introduz qualquer questão de legalidade que possibilite uma nova análise do órgão judicial. O silêncio não autoriza uma análise de legalidade de “pressupostos de validade do ato” do ponto de vista formalístico, visto que esse é fato, e não, ato administrativo e dado que esse não atende, “a priori”, qualquer requisito formalístico, não possuindo sequer forma por se caracterizar pela falta de qualquer pronúncia da Administração.

### **e) Análise da oportunidade do silêncio negativo como regra**

A regra de consequência denegatória para a inatividade formal da Administração em nada agrega, a nosso entender, à falta de previsão de sentido para o transcurso do prazo estabelecido, ou aceito como razoável, sem que a Administração profira qualquer decisão expressa.

Em verdade, tanto o silêncio negativo quanto o silêncio sem previsão de sentido assumem consequências equivalentes, como acabamos de demonstrar, uma vez que ambos representam a impossibilidade de o particular alcançar o objetivo postulado por falta de decisão da Administração à qual esta estava obrigada.

Essa conclusão não autoriza, entretanto, que se pugne pela defesa de uma regulamentação geral do processo administrativo que preveja como regra o efeito concessivo para o silêncio. De fato, entendemos que as previsões de efeito concessivo para o silêncio administrativo devem ser previstas em leis especiais, para situações específicas. A insuficiência de debate jurídico sobre o tema e os vácuos legislativos frente à processualística administrativa demonstram a falta de tradição, em nosso entender essencial para que se analise a oportunidade de uma regulamentação geral em sentido positivo, nos moldes da Lei espanhola nº 30/1992.

#### f) Considerações sobre o silêncio positivo

A possibilidade de configuração de silêncio com efeito concessivo, independentemente da exigência de conformidade do pedido postulado com a normatização específica, em razão da matéria, recebe críticas da doutrina nacional e estrangeira, por ser uma situação ensejadora de ofensas ao interesse público protegido pela norma positivada e mesmo pela condição facilitadora da propagação de conflitos de interesses entre o postulante - beneficiado com a concessão - e terceiros atingidos por seu resultado.

Não é aceitável que se acolha um resultado positivo do silêncio, em busca de uma atitude punitiva à Administração faltosa, quando esse resultado atinge a legalidade, interesse público primário da comunidade, do qual o legislador não poderá descuidar, nem mesmo para favorecer o interesse de particular atingido por uma omissão ilegal da Administração.

O que se quer pautar com essa digressão é que, ao se admitir a concessão do requerimento como mecanismo de enfrentamento do descumprimento do dever de decidir da Administração, não se pune o Poder Público faltoso mas, ao atingir o interesse público e o direito de terceiros, ofende-se a ordem jurídica como um todo.

Do entendimento proferido, pugna-se pelo acolhimento do pedido postulado, permitindo-se a exequoriedade do requerido, desde que respeitado o interesse público protegido pela ordem jurídica e garantindo-se direitos de terceiros.

Evidentemente, a confrontação do pedido acolhido pelo silêncio, com as normas da matéria dar-se-á *a posteriori*, uma vez que essa confrontação pressupõe um agir administrativo que não se verificou no prazo devido.

Tal assertiva não representa todavia um entendimento da aceitação do efeito concessivo previsto ao silêncio com as normas reguladoras da matéria, como um pressuposto de fato para sua própria produção. A exigência de adequação do requerimento postulado com as normas da matéria em questão deve ser assumida como uma exigência de respeito à legalidade, cuja análise determinará as conseqüências que venham a se estabelecer pela concessão advinda do silêncio positivo.

Rejeita-se assim a posição assumida por parte da doutrina, que desconhece a concessão decorrente do silêncio se minimamente desconforme com as regras vigentes.

O entendimento da adequação do pedido postulado como norma específica em vigor, como pressuposto de fato para configuração do silêncio, e não, como exigência de legalidade de fundo, é um fator de grande instabilidade jurídica para o administrado, como bem apontado por ENTERRIA (1983).

A harmonização do princípio da legalidade com o princípio da segurança jurídica exprime a proteção da justiça material como um valor consagrado pela ordem jurídica de um Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, não há porque interpretar as conseqüências advindas do silêncio da

Administração com maior rigidez do que é feito em relação ao ato administrativo, com base na teoria da validade dos mesmos.

Não se está a pretender o reconhecimento do silêncio positivo ao arrepio da legalidade, mas a considerar que a legalidade em um Estado Democrático de Direito almeja a justiça material, defende a estabilidade das relações jurídicas e rechaça uma interpretação do silêncio administrativo positivo em desconsideração com o valor da segurança jurídica do administrado.

É necessário que o administrado que tenha se beneficiado do efeito de concessão, por meio do *silêncio positivo* e que tenha incorrido em algum vício no exercício da pretensão postulada, não tenha, por princípio, descaracterizada sua pretensão ou não sofra punições superiores àquelas que decorressem da prática de uma decisão administrativa igualmente viciada, se nesta hipótese não se verifica dolo ou má-fé de sua parte.

Por outro lado, ao defendermos a aceitação dos referenciais assumidos na teoria da validade dos atos administrativos como base de análise da consequência que se deva inferir para o silêncio positivo, não se está concluindo pela configuração do silêncio positivo como ato administrativo. O silêncio, independentemente de seus efeitos, será sempre, em nosso entender, fato administrativo.

O que defendemos é uma posição de modulação dos efeitos do silêncio em decorrência da natureza dos vícios que dele decorra. É a absorção da

teoria da validade do ato administrativo, no que couber, para a análise das conseqüências do silêncio positivo da Administração.

O fato de as legislações pátrias condicionarem o efeito concessivo do silêncio à adequação do pedido às normas vigentes, ou o fato de responsabilizarem os particulares pelas conseqüências advindas de uma execução de projeto requerido com base no silêncio positivo, não impõem que essa adequação legal seja enfrentada com maior rigidez do que a que se aplica no enfrentamento dos vícios conferidos ao ato administrativo.

Evidentemente, um ato administrativo tem em si uma presunção de legitimidade da qual padece o silêncio, pois este não decorre de um agir administrativo, pautado no princípio da estrita legalidade. O silêncio é uma omissão ilegal do Estado e as conseqüências dessa omissão não podem recair sobre o administrado, quanto mais com maior rigor.

É absolutamente razoável que os vícios advindos da atuação do administrado decorrentes do silêncio positivo sejam enfrentados de maneira a que se possibilite a convalidação de situações aptas de reparação jurídica, porque não padecem de vícios insanáveis. De igual maneira, é desejável que se permita a preservação de situações estabelecidas com vícios relativamente insanáveis e ampliativas da esfera jurídica dos administrados, que se mantêm há um lapso de tempo razoável, pela inércia da Administração, sem que terceiros a tenham impugnado.

Tal assertiva respeita, em nosso entender, os princípios de proteção da boa-fé dos administrados e da segurança jurídica, além de assumir entendimento defendido por ZANCANER (1993) de que a submissão da Administração à lei significa compreender essa subordinação finalisticamente, ou seja, em proteção a uma compreensão sistêmica dos princípios e normas da ordem jurídica global, tendo em conta o fim buscado por essa ordem.

#### **g) A manutenção do dever de decidir da Administração Pública**

A configuração do silêncio administrativo de maneira nenhuma poderá servir de pretexto para que a Administração se escuse de sua obrigação de análise do requerimento postulado e de emanação de decisão expressa motivada.

Esse, não só é o entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência em geral mas também, no caso das legislações brasileiras aludidas neste trabalho se apresenta muitas vezes como dispositivo legal expresso.

Por outro lado, de acordo com o entendimento adotado em relação ao silêncio positivo, é evidente que o ato posterior emanado da administração terá que considerar os direitos adquiridos pelo efeito concessivo advindo do silêncio, e não poderá desrespeitá-los, mesmo porque esses direitos adquiridos estão protegidos pelo art. 5º, XXXVI da Carta Maior.

Dessa maneira, se o ato ulterior verificar a ocorrência de vício sanável, esse não poderá negar a concessão já executada, mas terá que determinar a correção do vício e, a partir dessa, confirmar o pedido requerido.

Em caso de silêncio negativo, se o ato ulterior for de sentido negativo, esse só autorizará um novo questionamento da situação se não houver decisão transitada em julgado ou se esse apresenta fundamentação que permita uma nova apreciação do caso.

De outra forma se, frente ao silêncio negativo, verificar-se emanação de ato ulterior em sentido concessivo, esse suprirá a necessidade de busca de solução judicial por parte do interessado cujo pedido tenha sido impossibilitado pela inatividade da Administração.

## CONCLUSÃO

Apresentado o estudo acerca do instituto do silêncio administrativo, resta-nos apontar uma síntese das conclusões alcançadas, tentando ainda firmar alguns referenciais que, eventualmente, possam pautar normatizações futuras, que se preocupem em enfrentar uma postura silente da Administração Pública. Passemos à síntese proposta:

1. Toda atividade da Administração deve traduzir o exercício de uma função, estando condicionada à consecução dos fins estabelecidos pela ordem jurídica, ao respeito do interesse público e consubstanciada em uma atuação infra-legal, complementar à Lei.
2. A Administração Pública exerce sua função basicamente através de duas formas de manifestação: por meio de comportamentos materiais, que não representam declarações, prescrições ou pronúncias sobre dada coisa ou situação (fato jurídico) ou por meio de declarações, prescrições, pronúncias sobre dada coisa ou situação (ato jurídico).
3. Manifestações materiais que não produzem efeitos jurídicos são meros fatos da Administração. O fato administrativo é uma manifestação não prescritiva

da Administração que produz efeito jurídico no campo do direito administrativo.

4. O ato administrativo é uma dicção prescritiva que, em submissão à lei, busca lhe dar cumprimento mediante providências jurídicas complementares a essa.
5. A distinção entre ato administrativo e fato administrativo é relevante, pois um e outro estão sujeitos a tratamentos normativos diversos. O ato administrativo pode ser invalidado, revogado e goza de presunção de legitimidade, imperatividade e excoforiedade, diferentemente do fato administrativo.
6. O apontamento sobre alguns elementos/pressupostos e prerrogativas do ato administrativo assume relevo neste estudo, pois sua ausência na situação silente adquire significado jurídico.
7. A vontade, entendida como móvel, não é elemento constitutivo do ato administrativo, como entende parte da doutrina, não sendo significativa para distinção entre ato e fato administrativo, visto que esta pode estar presente em ambos.
8. Frente à inatividade administrativa (silêncio administrativo), verifica-se a ausência de forma, a falta de motivação e o desrespeito a formalidades que vinculam o agir administrativo. O agir administrativo, ademais, está vinculado a uma processualística imposta pela concepção de Estado Social e Democrático de Direito, que o silêncio não respeita.

9. O ato administrativo é a declaração do Estado que visa dar cumprimento aos dispositivos legais. Ao declarar seu entendimento sobre dada situação ou relação jurídica, o Estado se manifesta expressa e fundamentadamente, explicitando uma atuação devida.
10. A doutrina, em geral, nomeia a inatividade formal da Administração Pública pelos conceitos de ato tácito, ato implícito e silêncio administrativo.
11. Os termos ato tácito, ato implícito e silêncio administrativo não abarcam três realidades distintas, mas, apenas duas. A doutrina italiana nomeia de ato tácito o que Brasil e Portugal nomeiam de ato implícito. Por outro lado, Itália e Brasil nomeiam de silêncio o que Portugal nomeia de ato tácito.
12. Com base na doutrina brasileira, podemos afirmar que se entende por ato implícito a decisão administrativa "tácita" que se infere a partir de uma outra decisão manifesta; e por silêncio administrativo, a inatividade formal da Administração que, após transcurso de prazo legal - ou reconhecido como razoável - deixa de agir, omite-se de decidir quando deveria fazê-lo.
13. A inatividade da Administração diante da solicitação de um particular é uma ofensa à ordem jurídica vigente, ademais se considerado o direito de petição, consagrado constitucionalmente.
14. O ato implícito é um ato administrativo. Decorre de uma declaração do Estado, com possibilidade de controle sobre essa e, portanto, não constitui uma violação da ordem jurídica.

15. O silêncio administrativo é uma omissão ilegítima da Administração e se caracteriza pela ausência de uma necessária decisão administrativa para a viabilização do exercício de direito do administrado. É a omissão frente à solicitação do administrado ou a falta de ato regulamentar.
16. O silêncio nada declara, não tem forma, não prescreve. O silêncio é um fato administrativo.
17. O silêncio pode ocorrer em face a uma petição ou um recurso. O silêncio, a depender dos efeitos que a lei lhe conferir, pode ter uma natureza *positiva* (efeito concessivo), *negativa* (efeito denegatório) ou ainda pode não haver previsão legal a respeito.
18. Em relação ao silêncio positivo, encontram-se realidades legais diversas, ou seja: ordenamentos que condicionam o efeito concessivo à sujeição da solicitação efetuada pelo administrado aos preceitos legais impostos pela ordem jurídica em vigor; ordenamentos que prevêm o efeito positivo incondicionalmente, pautando uma análise posterior de validação ou não da situação; e ordenamentos (como o Espanhol) que prevêm a figura do *ato presumido*, “igualando-o, por meio da ficção ao ato administrativo”.
19. A doutrina nacional e a estrangeira debatem sobre a natureza jurídica do silêncio administrativo, havendo diferentes posições sobre constituir um ato ou fato administrativo. Muitas vezes, os entendimentos variam em virtude do efeito negativo ou positivo dado à inatividade administrativa.

20. Do nosso ponto de vista, o silêncio é uma omissão não desejada pelo ordenamento; é a falta de declaração da Administração quando essa deveria se pronunciar; é, portanto, uma violação da ordem jurídica. De acordo com esse entendimento, a ordem jurídica pátria responsabiliza o agente público silente e seu superior que, conhecendo a omissão, nada fez para a evitar.
21. Como omissão, indesejada por natureza, o silêncio não atende a uma função, não responde ao interesse público e não dá cumprimento à Lei.
22. A previsão legal que dá sentido ao silêncio não o faz para transformá-lo em ato, mas para proteger o administrado de não ter imobilizada sua pretensão pela inatividade administrativa.
23. O silêncio é fato com efeitos resultantes no campo do direito administrativo. É fato jurídico e, mais especificamente, fato administrativo.
24. Frente ao ordenamento jurídico pátrio, ressaltamos Acórdãos proferidos pelo STJ e STF, bem como, as previsões constitucionais nos artigos 5º, 37 e 103 e, em especial, a Lei Federal nº 9.784/99 e Lei Paulista nº 10.177/98, para fundamentar o entendimento jurídico assumido.
25. Destacamos o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão como garantias constitucionais de enfrentamento do silêncio administrativo regulamentar.
26. A função política da teoria do silêncio administrativo vincula-se à idéia de criação de um mecanismo que sirva de instrumento para proteger o exercício

de direito do particular, obstaculizado pela inatividade formal da Administração.

27. O artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, assegura o direito de acesso ao Judiciário sempre que o silêncio administrativo se configurar. É de destaque a utilidade do instituto do mandado de segurança para enfrentamento da situação silente. Nos casos em que a lei previr efeito concessivo ao silêncio, não haverá motivo para que o administrado se socorra do Judiciário, salvo se a concessão a um implicar dano a um terceiro. Nas hipóteses em que a lei preveja efeito denegatório, ou nada preveja, caberá ao Judiciário, frente a uma hipótese de atuação vinculada da Administração, atender ao requerimento postulado - desde que presentes os requisitos justificadores da sua concessão. Por outro lado, se a Administração dispunha de discricionariedade para decidir sobre o requerimento postulado, deverá o Judiciário designar prazo para que a Administração se manifeste, sob pena de multa diária.
28. Apesar do recurso ao Judiciário como mecanismo de enfrentamento do silêncio administrativo, propugnamos pelo fortalecimento das soluções em via administrativa e, nesse sentido, rejeitamos a incidência dos prazos recursais peremptórios e do prazo decadencial de cento e vinte dias do mandado de segurança. Outro mecanismo que defendemos é o da substituição de instância, em que a instância silente que descumpriu com seu dever de decidir poderá ser substituída, para análise de mérito, pela instância superior, que teria a competência originária para revisar o ato.

29. Embora o efeito negativo previsto para o silêncio possa incentivar uma atitude omissa da Administração, a insuficiência de debate jurídico sobre o tema e a ausência de tradição em regulamentações que versem sobre processo administrativo fazem com que resistamos ao fato de o processo administrativo prever, como regra, o efeito concessivo ao silêncio. Defendemos que as previsões de efeito concessivo para o silêncio devem reservar-se para realidades específicas.
30. Em defesa da harmonização do princípio da legalidade com o princípio da segurança jurídica, não há porque interpretar com maior rigidez as conseqüências advindas do silêncio administrativo positivo, quando viciado, do que aquelas definidas para o ato administrativo inválido. Nesse sentido, defendemos a modulação dos efeitos do silêncio, em virtude da natureza dos vícios que dele decorram, absorvendo-se, no que couber, a teoria da validade do ato administrativo para a análise das conseqüências do silêncio administrativo positivo.
31. Por fim, resta-nos esclarecer que as normas que atribuem efeitos ao silêncio não servem de pretexto para a Administração deixar de analisar o requerimento apresentado.

Frente ao silêncio positivo, se ato ulterior verificar a ocorrência de vício sanável, não poderá ser negada a concessão e deverá ser determinada a correção do vício.

Em caso de silêncio negativo, se o ato ulterior for negativo, só será autorizado novo questionamento pelo interessado se a motivação justificar nova apreciação do caso. Se o ato ulterior for em sentido concessivo, estará suprida a busca de solução judicial.

Feita a síntese a que nos dispusemos, gostaríamos de destacar a necessidade de as legislações pátrias discorrerem com maior detalhamento sobre o tema do silêncio administrativo.

Em primeiro lugar, importa-nos apontar que, a partir de uma vivência derivada das normas federal e estadual que inauguraram um regramento da processualística administrativa em nosso país, dever-se-á introduzir, para além das previsões dos artigos 33 e 50 e parágrafos da Lei Paulista, dispositivos que explicitem as conseqüências do silêncio, de molde a melhor instrumentar os administrados na defesa de seus direitos e de maneira a inibir a inatividade administrativa, ofensiva à ordem jurídica.

O regramento jurídico para o tema deve compreender o silêncio da Administração como um fato jurídico administrativo e modular as conseqüências do silêncio de acordo com a natureza de seus vícios.

Por outro lado, como o silêncio não é um ato, o socorro à teoria da validade dos atos administrativos para modulação das conseqüências advindas do silêncio exigirá um estudo mais aprofundado. Será necessário verificar a singularidade de cada situação e de que maneira esse entendimento dado ao silêncio

exigirá, ou não, adaptações normativas que impeçam situações ofensivas à ordem jurídica ou do ponto de vista do particular postulante, seja do ponto de vista de terceiros, seja do ponto de vista do interesse público.

Muitas questões, portanto, se apresentam. Será interessante que se exija uma previsão de declaração de mora para a Administração, ou o silêncio positivo pode ser automático? Dever-se-á prever uma notificação que torne pública a situação, considerando o interesse de terceiros?

Essas e outras perguntas justificariam um estudo autônomo, que não responde ao escopo deste trabalho, mas demonstram a importância do silêncio como objeto de estudo a ser assumido pela doutrina administrativa pátria.

O recurso às teorias do ato administrativo, com as adaptações que se fizeram necessárias, não transforma a omissão em ação nem exige uma presunção nesse sentido para que se enfrente o silêncio com base nos mesmos princípios que pautaram a análise do agir administrativo.

Não será possível uma análise da validade do silêncio com base em pressupostos ou requisitos formalísticos do ato que não houve e para o qual se exigiria respeito. É preciso que se estabeleça uma teoria sobre a invalidação das situações ou relações advindas do silêncio que abarque os princípios gerais que norteiam o Estado Democrático de Direito e não dê exclusividade ao princípio da legalidade entendido de forma restrita e limitativa, de sorte a fomentar uma postura negligente e inconseqüente da Administração Pública.

Feitas essas considerações, esperamos que este trabalho tenha possibilitado um aprofundamento acerca do instituto do silêncio administrativo, de molde a ajudar a inibir omissões indesejáveis de nossos Poderes Públicos.

## BIBLIOGRAFIA

- ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo Italiano*. 3. ed. Milano: A. Giuffrè, 1960.
- \_\_\_\_\_. *Principi di diritto amministrativo*. 3. ed. Milano: A. Giuffrè, 1974.
- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Extinção do ato administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.
- ARRUDA ALVIM, José Manuel de. A discricionariedade administrativa e o controle judicial. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.) *Direito processual público – a fazenda pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 227-223.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Ato administrativo e direitos dos administrados*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

- BOBBIO, Norberto. *A Era do Direito*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 14 tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 27. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BUENO, Cassio Scarpinella. A emergência do direito processual público. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.) *Direito processual público – a fazenda pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, p.31-44.
- \_\_\_\_\_. Inafastabilidade do controle judicial da administração. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.) *Direito processual público – a fazenda pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 238-248.
- CABRAL, Helane Christiane Mendes. *O silêncio no direito administrativo*. São Paulo, 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
- CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 1. ed. brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 1979, tomo I.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 4. ed. totalmente refundida e aumentada. Coimbra: Almedina, 1987.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 4. ed. atual. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993. Tomo I e II.
- \_\_\_\_\_. *El acto administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *A teoria do silêncio no direito administrativo*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v.77, ano 36, n.429, p.171-173, mar., 1939.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979.

- \_\_\_\_\_. DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrino. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CORRÊA, Neyde Falco Pires. *O silêncio da administração*. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n.69, p. 122-133, jan/mar. 1984.
- DALLARI, Adilson Abreu. Recurso administrativo e mandado de segurança. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Coord.) *As leis do processo administrativo – Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.117/98*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 227-241.
- DI PIETRO, Maria Silva Zanella. *Direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *Principi di diritto amministrativo*. Milano: A Giuffrè, 1983.
- \_\_\_\_\_; FERNÁNDES, Tomás Ramon. *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Editora Civitas, 1983.
- FERRAZ, Sérgio. Processo administrativo: prazos e preclusões. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Coord.) *As leis do Processo administrativo – Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.117/98*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 280-301.
- \_\_\_\_\_. *Mandado de segurança*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. *Silêncio administrativo e licença de construir*. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n.99, p. 95-109, jul/set. 1991.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

- \_\_\_\_\_. *Disciplina urbanística da propriedade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.
- FORSTER, Nestor José. *O silêncio no negócio jurídico*. *Revista de Jurisprudência do Tribunal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, ano V, n. 21, p.1-5, 1970.
- GARBI, Carlos Alberto. *O silêncio inconstitucional*. *Revista de Direito Público*, São Paulo, Ano 24, n.97, p. 162-165, jan./mar. 1991.
- GORDILLO, Agustín. *El acto administrativo*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1969.
- \_\_\_\_\_. *Princípios gerais de direito público*. Tradução de Marco Aurélio Grecco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 2. ed. brasileira. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.
- \_\_\_\_\_. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Controle da administração pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data"*. 21. ed. atual. por Arnaldo Wald. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestério Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001.

- MELLO, Baptista de. *O silêncio no direito. Revista dos Tribunais*, São Paulo, Ano 87, v. 751, p.731-743, maio 1998.
- MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- MUÑOZ, Guillermo Andrés. *Silêncio de la administración y plazos de caducidad*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1982.
- \_\_\_\_\_. O procedimento administrativo na Argentina. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Coord.) *As leis do processo administrativo - Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.117/98*. São Paulo: Malheiros, 2000. p.37-52.
- PELUFFO, Juan Pablo Cajarville. O procedimento administrativo no Uruguai. Tradução de André Fabian Edelstein. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Coord.) *As leis do processo administrativo - Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.117/98*. São Paulo: Malheiros. 2000. p.53-93.
- PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e ilegalidade no acto administrativo*. Lisboa: Ática Editora, 1962
- PORTO NETO, Benedicto. Pressupostos do ato administrativo nas leis de procedimento administrativo. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Coord.) *As leis do processo administrativo - Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.117/98*. São Paulo: Malheiros, 2000. p.109-125.
- REALE, Miguel. *Revogação e anulamento do ato administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- REVIDATTI, Gustavo Adolfo. *Derecho Administrativo - Fundación de derecho administrativo*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1985, tomo II.

- RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado*. Tradução de José Cretella Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- SAID, José Luis. Os prazos na lei nacional de procedimentos administrativos na Argentina. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Coord.) *As leis do processo administrativo – Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.117/98*. São Paulo: Malheiros, 2000. p.302-319.
- SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1984.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- SOARES, Lucécia Martins. Os vícios do ato administrativo e sua invalidação nas leis de procedimento administrativo. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Coord.) *As leis do processo administrativo – Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.117/98*. São Paulo: Malheiros. 2000, p.126-166.
- STASSINOPOULOS, Michel. *Traité des actes administratifs*. 5. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1972.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- \_\_\_\_\_. Processo e procedimento administrativo no Brasil. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Coord.) *As leis do processo administrativo – Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.117/98*. São Paulo: Malheiros, 2000. p.17-36.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados*. *Revista de direito público*. São Paulo: 1985. n.75, jul./set.

\_\_\_\_\_. *Ato administrativo inválido*. São Paulo: 1986. Tese (Doutorado em Direito)  
- Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

VELARDE PEREZ, José Ignacio Morillo. *Los actos presuntos*. Madrid: Macial  
Pons Ediciones, 1995.

VIRGA, Pietro. *Il provvedimento amministrativo*. 4. ed. Milano: A Giuffrè Editore,  
1972.

VITTA, Heraldo Garcia. *O silêncio no direito administrativo*. *Revista de Direito  
Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 218, p.113-138, out./dez. 1999,

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação do ato administrativo*. 2.  
ed. 1. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1993.

ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. 8. ed. Milano: Dotti A Giuffrè,  
1958. v.I