

ano 13 - n. 52 | abril/junho - 2013
Belo Horizonte | p. 1-256 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
ADMINISTRATIVO &
CONSTITUCIONAL

A&C

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2013 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 16º andar - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br
E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Supervisão editorial: Marcelo Belico
Revisão: Crísthiane Maurício
Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Lucieni B. Santos
Marilane Casorla
Bibliotecário: Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico e diagramação: Walter Santos

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados
são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11,
(jan./mar. 2003)- . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá
em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Periódico classificado no Estrato B1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis
Ana Cláudia Finger
Daniel Wunder Hachem

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Odilon Borges Junior (UFES)
Clovís Beznos (PUC-SP)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Eros Roberto Grau (USP)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
José Carlos Abraão (UEL)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Weida Zancaner (PUC-SP)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	Yara Stroppa (PUC-SP)

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

O silêncio da Administração Pública

Regina Maria Macedo Nery Ferrari

Doutora em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora de Direito Constitucional da Universidade Federal do Paraná e da Faculdade Dom Bosco. Coordenadora Geral e Professora do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo e do Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Membro do Conselho Editorial da A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Procuradora aposentada da Universidade Federal do Paraná. Advogada.

Resumo: O objetivo do presente artigo é refletir a propósito do significado jurídico do silêncio da Administração Pública. Para tanto, são analisados, primeiramente, os efeitos jurídicos que a Constituição brasileira de 1988 conferiu expressamente a determinadas hipóteses de silêncio, seja do cidadão, seja dos Poderes Executivo e Legislativo. Em seguida, enfrenta-se a questão da natureza jurídica do silêncio da Administração Pública, dos seus possíveis efeitos e do seu controle pelo Poder Judiciário.

Palavras-chave: Silêncio administrativo. Administração Pública. Omissão administrativa.

Sumário: 1 Introdução – Importância do tema – 2 A ideia do silêncio na Constituição Federal de 1988 – 3 O silêncio da Administração Pública – Referências

1 Introdução – Importância do tema

Refletir sobre o silêncio e seu significado para o direito é tarefa que seduz e encanta, em que pese a dificuldade encontrada para desmistificá-lo e compreendê-lo.

Para a psicanálise, o silêncio sempre guarda um sentimento, uma imagem, uma verdade e compete ao terapeuta quebrá-lo, racionalizá-lo, para, no afã de diagnosticá-lo, poder orientar seu paciente.

Heidegger, com contribuição inovadora para a filosofia e para o direito, permite vislumbrar que algo falta para chegar a entender o silêncio como um não ser, como algo inalcançável que remete, inclusive, ao caráter de incompletude da própria linguagem, na medida em que se torna condição de possibilidade da compreensão, ou seja, condição de possibilidade do conhecimento, pois não há conhecimento sem linguagem.¹

Assim, considera que o silêncio é um modo de falar, ou seja, no dizer de Alberto M. Sanchez, é o outro lado da palavra.²

Compreender, entender o significado do silêncio significa interpretá-lo, mas esta interpretação pode não ser unívoca, pois, cada leitura pode levar a uma nova compreensão.³

Deste modo, se, em um momento, o silêncio pode fazer heróis, em outro pode caracterizar covardia; se em certas situações traduz honestidade, em outras revela depreciável cumplicidade; se, por vezes, adquire a forma de solene respeito, em outras pode ser verdadeiramente ofensivo.⁴

O ditado popular diz que quem cala consente, ou seja, reconhece que o silêncio possui um valor positivo, no sentido de aceitar, aprovar, concordar, porém, pode ser entendido, também, como negar, reprovar, discordar.

Algumas vezes o silêncio é indiferente para o direito, mas, em outras, caracteriza um direito fundamental individual, como acontece com a possibilidade do imputado guardar silêncio. Do mesmo modo, pode caracterizar um direito coletivo, na hipótese de matéria ambiental, e, ainda, constituir um verdadeiro dever jurídico, como, por exemplo: o segredo profissional, o dever de sigilo dos servidores públicos.

Esta forma de entendimento revela uma instabilidade, na medida em que toma significado a partir de valores, como é o caso do valor justiça e segurança jurídica, o que pode ser tido como uma fórmula que decorre de um consenso social. Porém, como se sabe, se precisarmos decidir sobre um conflito entre valores, não há nenhuma regra abstrata de validade genérica.

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior, “os valores não são entidades independentes, que permitem uma expressão unívoca”, podem sofrer mutações, em

¹ STRECK. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 181-240.

² HEIDEGGER. *El ser y el tiempo*, p. 186; SÁNCHEZ. *La palabra y la promesa*, p. 7.

³ HARTMANN. *O silêncio do arguido no direito processual penal brasileiro*, f. 76.

⁴ LISA. El silencio de la Administración em el procedimiento administrativo. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, p. 44-45.

razão das suas condições de realizabilidade ou pelo aparecimento de outros valores, o que propicia uma instabilidade. Ora, se o valor básico da vida jurídica é a justiça, ela implica, de um lado, um problema de ajustamento a um estado de coisas, às instituições fundamentais que constituem a base da vida social cotidiana; de outro, porém, pode significar a ânsia de superação dessa circunstância.⁵

Para o direito, o que se mantém em foro íntimo não vale, pois a vontade pura, como ato psíquico, existe apenas na consciência do indivíduo e só pode produzir efeitos religiosos e morais.

O direito tem por objetivo regular a convivência humana, as relações sociais, o convívio em sociedade e, principalmente, garantir a sua segurança, o que o faz ter em foco a vontade manifestada, para, assim, poder extrair consequências jurídicas.

É dentro deste universo que surge a pergunta: o silêncio pode configurar um ato jurídico? O silêncio pode ter efeitos jurídicos?

O silêncio e a omissão do Poder Público decorrem de uma inércia, de um não agir, mas, nem sempre têm o mesmo significado e extensão, mesmo porque a noção de omissão não coincide com a de inação. A omissão estatal, por exemplo, pode advir da inércia na defesa de direitos, no atendimento de seus deveres e obrigações, do não cumprimento de tarefas que lhe são impostas pela Constituição. “Deste modo, omitir ‘não é só um não atuar, mas um ‘não atuar como se espera’ [...] Só se omite algo em um contexto em que é relevante uma situação determinada”⁶

A omissão significa não fazer algo que se pode ou deve fazer, revela uma projeção da vontade, inclusive no que tange à possibilidade de reparação de dano, já, no silêncio, isto não se identifica. Tanto um como o outro são a não exteriorização de uma manifestação da vontade, mas, enquanto a omissão pode ser valorada juridicamente, o silêncio é o nada.

No mundo natural pode ser considerado como uma forma de comportamento, mas juridicamente não revela nenhuma negação ou aceitação.

Em regra, o silêncio não tem valor jurídico, todavia, pode comportar exceções, na medida em que pode ter o sentido reconhecido pela lei e, também, vir a ser convencionado pelas partes em um contrato, quando pode ganhar relevância jurídica e produzir efeitos nesta seara, vale dizer: para que tenha valor

⁵ FERRAZ JÚNIOR. *Direito, retórica e comunicação*, p. 120-121.

⁶ BÁEZ SILVA. La omisión legislativa y su inconstitucionalidad em México. *Boletim Mexicano de Derecho Comparado*, p. 755-756.

jurídico é necessário que a lei lhe atribua sentido ou que as partes o estabeleçam em contrato.

A Constituição Federal brasileira de 1988 reconhece que o desrespeito às suas normas tanto podem advir de uma ação estatal que esteja em desacordo com aquilo que dispõe, como também, quando para ser efetiva, o Poder Público não age e não cumpre o que lhe é constitucionalmente imposto.

“Desse *non facere* ou *não praestare* resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público”.⁷

Embora a realização dos fins e objetivos da Constituição dependa da luta política, o seu não cumprimento é um comportamento em desacordo com o que determina, e para a caracterização de uma omissão deve ser geral, mas relacionada com uma norma individualizada, isto é, o resultado da violação de um determinado preceito, o qual não deixa de ser exequível em virtude de uma omissão do Poder Público.

É preciso registrar que não se identificam como omissão as determinações dirigidas a deixar de fazer algo a que o Poder Público pode estar obrigado, pois só será assim considerada quando lhe falte exteriorização formal de vontade ou a manifestação não possua capacidade para exteriorizá-la.

O silêncio, mesmo nas hipóteses de previsão legal ou convencional, quando assume uma forma de exteriorização de vontade, continua a ser nada, pois dele não se extraem efeitos jurídicos.

Cabral de Moncada considera que, apesar de logicamente ser considerado como nada, em hipóteses excepcionais, admitidas na lei ou no contrato, pode ter valor positivo e interessar e ter consequências jurídicas. Quando a lei lhe confere valor jurídico, este ainda não traduz manifestação de vontade psicológica, mas é a própria lei que confere efeito jurídico ao silêncio. “Não são esses casos — digamos em outras palavras — casos de silêncio propriamente dito, como meio indirecto e tácito de manifestação da vontade, mas sim casos ou de manifestação expressa, ou duma simples presunção legal, suprimindo a falta de manifestação psicológica e criando, antes, em seu lugar, uma fictícia vontade jurídica”.⁸

O silêncio surge da ausência de uma decisão, de uma concessão, de uma resposta às solicitações, pedidos, reclamações e é possível explicitar esta diferença,

⁷ MARINONI. Formas de controle de constitucionalidade e tipos de inconstitucionalidade. In: SARLET; MARINONI; MITIDIERO. *Curso de direito constitucional*, p. 786-787.

⁸ MONCADA. *Lições de direito civil*, p. 565.

ou seja, quando o Estado deixa de vacinar a população para prevenir a gripe A, se identifica uma inatividade ou inércia material, isto é uma omissão. Porém, quando existe um silêncio, uma inércia formal, o Poder Público não atende a um pedido da Diretora de uma determinada escola para vacinar os seus alunos.

Fala-se, então, em efeitos tácitos e implícitos e em procedimentos negativos. O Direito admite, ao lado das declarações expressas, isto é, daquelas que manifestam de modo claro e formal uma vontade, as declarações tácitas, ou seja, as que por si só não exteriorizam uma vontade, mas que permitem presumi-las.

Conforme Renato Alessi, essa constatação não coincide com a diferença que se estabelece entre as declarações explícitas e implícitas, pois, em que pese às explícitas serem sempre expressas, não é menos correto admitir declarações implícitas expressas, ou seja, quando deduzidas implicitamente de outras declarações expressas.⁹

Alessi considera, no que concerne às omissões, que é necessário indicar que dela estão excluídas as determinações volitivas dirigidas a omitir algo a que a Administração possa estar, de alguma forma, obrigada, e constitua o conteúdo de uma expressa decisão formal.¹⁰

Tratam-se de manifestações tácitas de determinações volitivas, quando, não existindo a necessidade de uma declaração expressa, possuem pleno e inequívoco reconhecimento exterior, de modo a que se presuma a vontade do agente, nesta ou naquela direção.

Portanto, se o silêncio, em alguns momentos, é indiferente para o direito, em outros pode consistir no cumprimento de uma norma e mais, em uma infração ao ordenamento jurídico.

2 A ideia do silêncio na Constituição Federal de 1988

Nossa Lei Fundamental, em diversos momentos, confere sentido ao silêncio, porém, nem sempre com o mesmo significado. É com este interesse, mas sem pretender ser exaustiva, que se registra alguma das suas hipóteses.

(a) O artigo 5º, ao declarar um rol de direitos e garantias fundamentais, prevê, por exemplo:

(b) Inciso XXXIX - "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal";

⁹ ALESSI. *Instituciones de derecho administrativo*, p. 256.

¹⁰ ALESSI. *Instituciones de derecho administrativo*, p. 257.

(c) Inciso LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais de permanecer calado.

(d) A previsão contida no inciso XXXIX, do artigo 5º da Constituição Federal, constitui um dos princípios que vem dar conteúdo ao direito à segurança das pessoas contra o arbítrio que pode advir do silêncio do legislador, na medida em que exige a observância do princípio da reserva legal, isto é, para que uma ação humana possa caracterizar crime, há de corresponder a uma conduta tida como lesiva a um bem jurídico, descrita tipicamente em lei anterior e definida como fato típico de uma infração penal, antes de sua ocorrência concreta.

Não se admite que, lei *post facto*, possa ser aplicada antes da sua existência. O silêncio legal não autoriza o reconhecimento de uma infração penal, antes de criada pelo Congresso Nacional, segundo procedimento constitucionalmente estabelecido.¹¹

Do mesmo modo, “não há pena sem prévia cominação legal”, o que significa dizer que a atribuição da pena não pode sobrevir do silêncio legal, mas de um fato definido como delituoso pela lei penal.

(a) O inciso LXIII, do artigo 5º da Constituição Federal, ao prever o direito de ficar calado, inclusive diante do juiz, considera que o silêncio do preso, do réu, é direito e garantia individual, integra o direito à ampla defesa, porque ninguém pode ser obrigado, por uma habilidade técnica, a falar, na medida em que suas palavras poderão ser utilizadas contra ele e em favor de sua condenação.

Neste caso, o silêncio não pode ser mal-compreendido pela sociedade, pelo senso jurídico comum. Não pode ser entendido como um consentimento, para significar que quem cala consente; nem tão pouco como a pretensão de esconder algum conhecimento que lhe implique culpa. O direito processual brasileiro garante a presunção de inocência e o direito à ampla defesa, portanto, quando o réu invoca o direito de permanecer calado, não se pode presumir uma confissão tácita

Na hipótese, o silêncio deve ser compreendido como o que não é passível de ser traduzido pela linguagem e não como uma confissão de culpa ou um indício de prova. Quando o acusado silencia a respeito de fatos, se nega a produzir provas contra si e se vale do direito de não responder às perguntas que lhe forem formuladas, está exercendo sua autodefesa, assegurada constitucionalmente. Portanto, o exercício do direito ao silêncio não pode ser interpretado em desfavor do acusado ou indiciado, com o sentido de uma confissão, mas como autêntica invocação do princípio da presunção da inocência.

¹¹ SILVA. *Comentário contextual à Constituição*, p. 138.

O direito a ficar calado consiste em um meio de defesa do cidadão. Garante-se a defesa e, em seu bojo, o direito ao silêncio frente à possibilidade de abuso de poder por parte do Poder Público.

(b) O artigo 62, parágrafo 3º da Constituição Federal, reza que as medidas provisórias perderão eficácia, desde sua edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes. Porém, reza o parágrafo 11, do citado artigo 62, que se não editado o decreto legislativo em até sessenta dias após a rejeição ou perda da eficácia da medida provisória, as relações constituídas durante sua vigência conservar-se-ão por elas regidas.

A Medida Provisória é uma espécie normativa de natureza transitória, é este o sentido que se desprende da disciplina do artigo 62 da Constituição Federal. Expirado o prazo de sua vigência sem apreciação pelo Congresso Nacional, perde, por decurso de prazo, sua eficácia do mesmo modo de quando por ele rejeitada, atingindo-a desde sua edição.

É esta, também, a opinião do Prof. Clèmerson Merlin Clève, pois considera que “não ultimada a deliberação no prazo de cento e vinte dias, a medida perderá eficácia e a pauta da Casa Legislativa será retomada. O sobrestamento, em tese, não obriga a deliberação sobre a MP. Assim, consideramos que continua possível a perda de eficácia da medida provisória por decurso de prazo”.¹²

Portanto, se aqui o silêncio do legislador têm o sentido de rejeição, de não aceitação da MP, de perda da sua eficácia, surge o problema concernente à disciplina das relações constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência, pois nossa Lei Fundamental admite que o silêncio do Legislador tem valor positivo, pois cristaliza a disciplina prevista na medida provisória e prevê que a deve continuar regendo.

Na mesma toada, o artigo 11, parágrafo 2º, da Resolução nº 01/2002 do Congresso Nacional, determina: “Não editado o decreto legislativo até 60 (sessenta dias) após a rejeição ou perda de eficácia de Medida Provisória, as relações constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.

(c) Por sua vez, o parágrafo 1º do artigo 64 da Constituição Federal, admite ao Presidente da República solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa, mas seu parágrafo 2º determina que se a Câmara dos Deputados

¹² CLÈVE. *Atividade legislativa do poder executivo*, p. 217, nota 223.

e o Senado Federal não se manifestarem sobre sua proposição, cada qual sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobrestar-se-ão todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a votação. Neste caso, o silêncio do Legislador não terá sentido positivo ou negativo no que tange à aprovação ou não do projeto de iniciativa do Presidente da República com pedido de urgência, mas o sentido positivo de sobrestar todas as demais deliberações legislativas, até que se ultime a votação.

(d) Como se sabe, a sanção significa a adesão, aquiescência do chefe do Poder Executivo ao projeto de lei aprovado pelo Legislativo, contudo, a Constituição Federal admite que ela pode ser expressa ou tácita, isto é, será expressa se o Presidente emite o ato sancionatório, *a contrário sensu* será tácita, quando recebido o projeto para a sanção, o presidente silencia durante os 15 dias subseqüentes. O silêncio presidencial equivale a uma sanção e, com isso, o projeto se converte em lei.

O maior inconveniente dessa tal possibilidade é a permissão para que o governo possa impor regras que, talvez, não viessem a ser aprovadas em deliberação normal.

A lei ordinária é o nosso ato legislativo típico e sua elaboração, no direito brasileiro, um ato complexo, na medida em que pede a conjugação da vontade oriunda da participação do Legislativo e do Executivo, tendente a um mesmo fim, ou seja, aprovado o projeto de Lei pelo Parlamento, segue para o Executivo, que deverá sancioná-lo ou vetá-lo, total ou parcialmente.

A sanção tácita, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “foi prevista em nosso direito para evitar o ‘engavetamento’ de projetos pelo Presidente. Transformou-se, todavia, em instrumento de covardia política, em modo de querer, fingindo não querer. Serve para sancionar aquilo que não se quer vetar, mas que não se tem coragem de aprovar publicamente, por temor à impopularidade”. Este comentário do autor foi proferido em 1968, no império da Constituição Federal de 1967, porém, não perdeu seu conteúdo, nem o valor positivo do silêncio presidencial no que tange ao aperfeiçoamento do projeto de lei já aprovado no Legislativo.¹³

(e) Vale registrar, no que tange ao silêncio constitucional, o que se considera como “silêncio eloquente”.

¹³ FERREIRA FILHO. *Processo legislativo*, p. 177.

Karl de Loewenstein anota a possibilidade de existirem lacunas na Constituição, as quais devem ser integradas para evitar um entorpecimento no processo político.

Reconhece que podem ser ocultas e descobertas. A lacuna é descoberta quando o constituinte foi consciente acerca da necessidade de uma regulação jurídico-constitucional, mas, por determinadas razões, omitiu em fazê-las. Por outro lado, a oculta é produzida quando, no momento de criar a Constituição, não existiu ou não foi possível prever a necessidade de regular normativamente uma situação determinada.¹⁴

O silêncio eloquente é identificado na hipótese da lacuna descoberta, ou seja, quando o constituinte, consciente da necessidade de uma regulação, resolveu omiti-la, o que significa dizer que, efetivamente, pretendeu retirar do universo da norma constitucional a regulação da matéria. A partir desta consideração, se pode entender que Constituinte, no inciso I, alínea "a", do artigo 102, quis retirar da Constituição Federal a possibilidade de apreciação, em tese, da lei municipal frente ao seus disciplinamentos, pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade.

A Corte Constitucional brasileira considera que no silêncio eloquente existe uma manifestação de vontade, por exclusão, vale dizer, se o citado artigo não previu que a inconstitucionalidade da lei municipal, em face da Constituição Federal, pode ser analisada pelo Supremo Tribunal Federal, como parte de suas competências originárias, por via da ação direta de inconstitucionalidade e da ação direta de constitucionalidade, é porque, efetivamente, esta foi a sua intenção, levando em consideração o grande número de municípios existentes na Federação brasileira e a possibilidade do legislador municipal vir violar a Constituição Federal, o que acarretaria um grande número de processos a serem analisados e decididos pela Suprema Corte.

O Ministro Moreira Alves, na condição de Relator do Recurso Extraordinário nº 130.552/SP, ao interpretar o artigo 114 da Constituição Federal, afirmou: "Distinção entre lacuna da lei e '*silêncio eloquente*' desta. Ao não se referir o artigo 114, da Constituição, em sua parte final, aos litígios que tenham origem em convenção ou acordos coletivos, utilizou-se ele do *silêncio eloquente*, pois essa hipótese já estava alcançada pela previsão anterior do mesmo artigo, ao facultar à lei ordinária estender, ou não, a competência da Justiça do Trabalho a outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, ainda que indiretamente"¹⁵

¹⁴ LOEWENSTEIN. *Teoria de la Constitucion*, p. 170-171

¹⁵ RTJ 136-03. 1ª Turma, unânime. Rel. Ministro Moreira Alves, julgamento em 04.06.1991. p. 1240.

Do mesmo modo, só para trazer alguns exemplos, o Supremo Tribunal Federal, também, se pronunciou sobre o silêncio eloquente: RE nº 130.554/91-SP, 1ª Turma, *DJ*, 28.06.1991, p. 8907; RE nº 137.941/92-DF, 1ª Turma, *DJ*, 16.10.1992, p. 18045.

3 O silêncio da Administração Pública

A atividade administrativa encontra limite insuperável na lei e isto tanto no que diz respeito às finalidades a serem alcançadas, como aos meios e formas que deve seguir.

Renato Alessi afirma que a função da Administração vai além da mera execução da lei, pois, em determinadas situações, pode estabelecer as linhas gerais da atuação administrativa, sem precisar os detalhes de tal atividade, quando identifica o que chama de discricionariedade administrativa.¹⁶

O Estado, como pessoa jurídica ideal e abstrata, não pode atuar senão por meio das pessoas físicas. Só estas podem lhe dar vida, ou seja, “o ente público vive e atua por meio de pessoas físicas que se encontram a ele ligadas por uma especial relação”, tal ente é uma criação do direito e não um organismo natural com vida real e sua vontade e pensamento são a dos sujeitos físicos que o formam, de tal modo que podem ser a ele imputadas as manifestações expressas das pessoas físicas que o compõe, em razão de um fenômeno estritamente jurídico.¹⁷

Portanto, um órgão administrativo estatal, nada mais é do que um conjunto de individualidades físicas, investidas de funções estatais, ou seja, de autoridade para emitir uma manifestação de vontade que nada mais é do que um dever/poder dirigido a um fim determinado pelo direito. Este dever/poder não decorre de sua natureza puramente material, mas de um poder de natureza jurídica, dirigido à realização de um interesse público primário da Administração.¹⁸

Esta revelação pode advir de qualquer comportamento da autoridade administrativa, o qual pode ser negativo, tácito ou implícito, desde que autorizado por lei, possa exteriorizar, de modo claro e preciso, a vontade da Administração. Isto porque, em um Estado de Direito, a inatividade administrativa material pode ser considerada como a falta de cumprimento de seus fins.

A Constituição Federal brasileira determina, no artigo 1º, que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito e, ao estatuir

¹⁶ ALESSI. *Instituciones de derecho administrativo*, p. 13-14.

¹⁷ *Ibid.*, p. 75.

¹⁸ *Ibid.*, p. 81.

os seus fundamentos, prevê, como uma das formas de respeito aos direitos e garantias fundamentais, a observância dos princípios da Administração Pública.

Conforme o *caput* de artigo 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 eficácia”.

Pelo princípio da legalidade a atuação de autoridade administrativa deve estar sempre de acordo com o direito, e isto, para agir ou não, conforme define.

Não obstante não haver na Constituição Federal de 1988 disciplina expressa sobre o silêncio da Administração, ao declarar os fundamentos do Estado Brasileiro, demonstra que o repele, que não o aceita, pois, depois se determinou: no inciso XXXIV, de seu artigo 5º: “são a todos assegurados independente do pagamento de taxas: a) o direito de petição ao Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra a ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal”, e disciplina, no inciso XXXIII, do mesmo artigo: “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestados no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e ao Estado”.

Celso Antônio Bandeira de Mello registra que se a Constituição Federal consagra o direito de petição, presume a necessidade de resposta. “Logo, se o administrado tem o direito de que o Poder Público se pronuncie em relação às suas petições, a Administração tem o dever de fazê-lo. Se se omite, viola o Direito. Onde, o agente que silencia indevidamente comporta-se com negligência, viola o dever funcional de ‘exercer com zelo e dedicação às atribuições do cargo’ (artigo 116, I, da Lei nº 8.112, de 11/12/1990 — Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União) e de ‘observar as normas legais e regulamentares’ (inciso III do mesmo artigo), expondo-se às sanções administrativas permanentes”.

Do mesmo modo, alude ao artigo 48 da Lei nº 9.784, de 29.01.1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal: “A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência”.¹⁹

Como se pode ver, os dispositivos constitucionais e legais determinam o universo de nosso estudo, ou seja, caracterizam que o não cumprimento do dever de

¹⁹ BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*, p. 419.

atendimento pode, também, advir do aqui denominado “silêncio da Administração Pública”, o que ocorre, principalmente, pela falta de resposta a um requerimento ou pedido do particular, o que se identifica como uma inatividade formal.

Isso que parece tão simples, mas infelizmente não nos dá esta visão, porque nem sempre a Administração se pronuncia quando se deve fazê-lo, mesmo em face de uma provocação do administrado ou até para fins de controle de sua atuação.

Assim, o silêncio tem sido estudado como parte de formação da vontade administrativa, elemento essencial do ato administrativo, e como instrumento processual, ao permitir entender o esgotamento desta via, para fundamentar uma petição judicial. Ademais, é importante distinguir entre o que se considera como inatividade material e formal da Administração. A primeira caracteriza a omissão no cumprimento de suas competências gerais. A segunda surge do não cumprimento ou observância de um determinado procedimento administrativo, particularmente considerado.²⁰

Aqui não nos vão interessar os motivos que propiciaram o silêncio da Administração em face de uma imposição legal, pois tanto faz que possua número insuficiente de servidores para atender à demanda, como que não estejam preparados tecnicamente para responder ou, ainda, se o pedido não vem a ser solucionado por vontade consciente do agente público. A realidade é que o administrado, alheio a estas circunstâncias, não obteve respostas e que tem o direito de não ser prejudicado pela falta de decisão ou pronunciamento, à sua demanda.

À luz do Direito brasileiro é dever da Administração e não há discricionariedade que autorize ao administrador a se calar, silenciar-se, em face de uma dada pretensão que lhe foi submetida.

Os parâmetros do Estado Democrático do Direito implicam no submetimento da Administração ao ordenamento jurídico. O silêncio poderá importar em sanção por desídia e responsabilidade do Estado pelos danos e prejuízos que acarretar ao administrado, com a devida de ação de regresso contra o agente, por dolo ou culpa. (artigo 37, parágrafo 6º, da CF).

Para evitar o vazio provocado pelo silêncio, o ordenamento jurídico pode até prever uma solução útil, para os casos em que a Administração permaneça silente e não responda à petição do administrado. É o que acontece quando substitui a vontade da Administração e reconhece, para sua inação, um efeito positivo ou negativo.

²⁰ SOTELO DE ANDREAU. El silencio da la Administración. In: JORNADAS NACIONALES SOBRE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, p. 48-49.

3.1 Ato ou fato administrativo

Guillermo Andres Muñoz pondera que os particulares só questionam decisões que lhes são desfavoráveis e que a partir de uma conveniente e cômoda linguagem, se equipara o silêncio com a denegação. Nesta toada, parte da doutrina passa a identificá-lo como um ato administrativo negativo.²¹

Ao prever o direito de petição, nossa Lei Fundamental exige que a Administração expresse, por escrito, em um prazo razoável, o porquê de seus atos, isto é, não basta que exista um motivo para atuar, é necessário que expresse sua motivação, sob pena de cerceamento de defesa do administrado, além de tornar impossível o controle de seus atos.

Para considerar um ato jurídico como administrativo, é preciso que contenha uma declaração ou manifestação de vontade do Estado, de quem esteja investido de prerrogativas estatais, que, por sua vez, produza efeitos de direito.

Ora, o silêncio nada diz, nada manifesta, nada declara, daí por que não permite identificá-lo como um ato jurídico. Tal inércia caracteriza um fato jurídico administrativo, que não tem sua natureza alterada pelo fato da lei lhe atribuir certo efeito jurídico.

É oportuno, mais uma vez, registrar a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello quando ele diz: “Não há ato sem extroversão”, vale dizer, se o efeito surge da lei, se é a consequência nela prevista, não existe extroversão administrativa, os agentes públicos não proferiram nenhuma manifestação própria de vontade, houve apenas o cumprimento da previsão legalmente imposta.

Pondera o autor que o silêncio não tem forma, nem apresenta motivação, portanto, entendê-lo como ato desprovido de forma e motivação frustra a garantia da segurança e certeza jurídica que cabe ao administrado, na medida em que lhe impede “saber as razões pelas quais a Administração se decide perante dado caso”.²²

Do mesmo modo que o previsto no parágrafo único, do artigo 2º, inciso VII, da Lei nº 9.874/99, o artigo 50 determina que os atos administrativos deverão ser motivados com a indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos que lhes deram azo, o que impõe aceitar que sua ausência conduz à invalidação do ato e do processo administrativo como um todo.

Porém, é preciso perguntar: e na hipótese da lei não determinar um prazo para atuação?

²¹ ANDRES MUÑOZ. *Silencio de la Administración y plazos de caducidad*, p. 26-27.

²² BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*, p. 419.

A Lei Federal nº 9.784/99, Lei de Processo Administrativo Federal, disciplina, no artigo 49, o prazo para a Administração se pronunciar quando concluída a instrução do processo, isto é, 30 dias prorrogáveis, motivadamente, por mais 30. Porém, se não existir lei disciplinando a matéria, é preciso que seja observado um prazo razoável.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 inseriu, como direito fundamental no inciso LXXVIII, do artigo 5º da Constituição Federal, o princípio da duração razoável do processo, ou seja, “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração tramitação”. Nestes termos, a prestação intempestiva constitui verdadeira negação de justiça e desrespeito aos direitos fundamentais, previstos constitucionalmente.

Para Paulo Hoffman, “um processo adequado e justo deve demorar o tempo necessário para a sua finalização, respeitados o contraditório, a paridade entre as partes, o tempo de maturação e compreensão do juiz, a realização das provas úteis e eventuais imprevistos, fato comum a toda atividade”. Portanto, qualquer processo, judicial ou administrativo, que ultrapasse um dia da sua razoável duração, terá sido moroso e não observará o dispositivo constitucional, previsto no inciso LXXVIII, do artigo 5º da Constituição Federal.²³

É possível aceitar que o prazo razoável para a manifestação da autoridade pública, em um processo administrativo, possa ser de até 120 dias, isto porque o Mandado de Segurança, medida processual constitucionalmente prevista para proteção de direito líquido e certo do indivíduo, desde que não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, na hipótese do responsável pela ilegalidade ou abuso de poder ser autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, o prazo para sua propositura, conforme o artigo 18, da Lei nº 1.533, de 1951, será de cento e vinte dias, contados a partir do momento em que o silêncio se tornou apto a produzir lesões ao administrado, se outro não for o prazo legalmente estabelecido.

Sérgio Ferraz e Adilson Dallari salientam que é:

De lastimar, contudo, tenham sido até criados alguns mecanismos de contrariedade frontal à realização do propósito da duração razoável do processo. Nesse sentido, para exemplificar: a) nada se prevê, em termos de prosseguimento do processo, quando um parecer, embora obrigatório e de efeito vinculante, requerido a um órgão consultivo, na seja emitido (artigo 42, parágrafo 1); b) o mesmo praticamente ocorrerá se, reiterada

²³ HOFFMAN. *Razoável duração do processo*, p. 61-62.

e sucessivamente, diversos órgãos administrativos se esquivarem à produção de laudo técnico, requerido pela autoridade processante (artigo 43); c) tampouco ousou o legislador enfrentar aberta e frontalmente a questão da consequência processual na hipótese de omissão do dever de decidir dentro dos prazos consignados no diploma (artigo 49 e 59).²⁴

Vencido o prazo razoável ou aquele determinado por lei, abre-se o direito para propositura de um recurso hierárquico e, uma vez vencida sem resposta toda esfera administrativa, o prejudicado poderá ir ao Judiciário para obter, em caso de atividade legalmente vinculada, a resolução do pedido e, na hipótese de discricionariedade, a pronúncia para, a partir daí, encetar nova lide.

3.2 Efeitos possíveis do silêncio da Administração Pública

O Brasil não tem uma regra geral sobre os efeitos legais do silêncio administrativo, em alguns momentos a ele reconhece efeitos positivos, em outros efeitos negativos, porém, o artigo 48 da Lei nº 9.874/99, impõe: “A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência”.

Tanto um como o outro, efeito positivo ou negativo, podem ser providos por atribuição legal, quando, expressa ou implicitamente, a lei denega ou aprova o peticionado, o requerido ou solicitado, na hipótese de, decorrido o prazo para que a autoridade se pronuncie, esta permaneça em silêncio.

André Saddy pontua a forte carga processual do silêncio negativo, pois, tal efeito, será imprescindível para que possa se valer do recurso administrativo. “Apesar de importante para minimizar a insegurança jurídica, a atribuição de tal silêncio pode originar abusos por parte da Administração que, diante da situação em que se imponha a denegação do pedido, solicitação, reclamação, pode se sentir tentada a silenciar-se, forçando a produção de efeitos, subtraindo assim ao administrado o direito de resposta devidamente motivada”.²⁵

Ora, se existem casos onde é a própria lei que determina os efeitos do silêncio da Administração, em outros a lei é silente e o administrado ficará desamparado se a doutrina ou a jurisprudência não fixar, a partir de uma interpretação jurídica sistemática, as consequências possíveis. Mas, se não há conhecimento

²⁴ Os artigos referidos pelos autores pertencem à Lei nº 9.784/99. FERRAZ; DALLARI. *Processo administrativo*, p. 41.

²⁵ SADDY. Efeitos Jurídicos do silêncio positivo no direito administrativo brasileiro. *Revista Eletrônica*, nota 15, p. 7.

sem linguagem, se o silêncio é o nada que impede uma compreensão, então não é possível, na falta de previsão legal que lhe conceda sentido, entendê-lo como uma negação ou aceitação do pedido.

Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta que, neste caso, o prejudicado poderá formular, judicialmente, dois tipos de pedidos: 1) que seja suprida a manifestação administrativa e deferido o pedido, nas hipóteses em o ato omitido seja vinculado; 2) que seja determinado um prazo para que a Administração se manifeste, sob pena de multa diária em caso de descumprimento, para hipótese do ato ser daqueles que têm conteúdo discricionário, embasado no direito do particular à uma manifestação motivada.²⁶

Mas, é preciso reconhecer que se, em determinadas hipóteses, os efeitos produzidos pela norma podem ser de natureza positiva ou negativa, em alguns momentos essa diferença não parece bem clara, em que pese não ser possível admitir efeitos, sem a devida previsão legislativa.

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região se pronunciou no sentido de que o silêncio da Administração só produz efeito quando assim expressamente determinar a lei (REOMS – Remessa Ex Officio em Mandado de Segurança, nº 189199. Proc. nº 199903990380792/SP, Sexta Turma, Rel. Des. Miguel Di Pierro. DJU, 02.06.2006).

Não é possível ignorar que admitir um efeito legal ao silêncio da Administração propicia a segurança jurídica do administrado, mas, como não retrata nenhuma manifestação de vontade, a ausência de uma previsão legal que lhe reconheça efeitos positivos ou negativos, não propicia entendê-lo com o sentido de assentimento ou negação do pedido.

Entretanto, os efeitos do silêncio na hipótese em que não tenham sido legalmente autorizados não podem ultrapassar os limites do requerido, isto é, a solicitação não deve permitir dúvida quanto ao que se pede, pois os efeitos podem ser diferentes em razão do conteúdo do pedido, isto é, não pode ser a mesma a penalidade do silêncio que inviabiliza o exercício de um direito constitucionalmente previsto, daquele que se limita a garantir, ao interessado, informações sobre o andamento de um processo.

Paulo Hoffman ressalta que os efeitos do silêncio encontram problema no que tange a sua comprovação, já que a provocação do Judiciário exige demonstrar o interesse de agir e o administrado terá dificuldade de comprová-lo

²⁶ BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*, p. 420.

documentalmente. Não existe o ato que esgota a via administrativa, mas surge para o particular o interesse para demandar em juízo.²⁷

Tratando-se de efeitos, positivos ou negativos, do silêncio administrativo, é preciso ponderar, com base nos termos do artigo 53, da Lei nº 9.784/99, que a Administração pode, até que se produza o tempo ali determinado, invalidá-los por ilegalidade ou revogá-los por interesse público.

Segundo o citado artigo 53, “A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de ilegalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos”.

Esta é uma garantia do Estado de Direito, “por sujeitar também aquele a quem compete o exercício das potestades estatais o respeito à lei”.²⁸

Existem atos administrativos discricionários e vinculados em face da lei, ou seja, se em alguns momentos não cabe, ao administrador, alternativa senão observar a lei, sem nenhuma margem de liberdade nela concedida, em outros, o próprio dispositivo legal confere e limita uma margem de liberdade.

O artigo 54 da Lei nº 9.874/99 disciplina que “O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em 5 (cinco) anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má fé”.

Não se vai analisar se o artigo 54 trata da prescrição ou decadência, mesmo porque ao considerar que a decadência se embasa no fato da perda do próprio direito e, por via oblíqua, da ação, a prescrição atinge o direito de agir e, indiretamente o próprio direito material.

Aqui é importante a diferença no que diz respeito a identificar o silêncio como ato ou fato administrativo, isto porque, se o silêncio nada diz, nada manifesta, nada declara, não permite sua identificação como um ato administrativo. Mas, *a contrario sensu*, tal inércia pode caracterizar um fato jurídico administrativo, isto é, simplesmente seus efeitos ocorrem e essa identificação não tem sua natureza alterada pelo fato da lei lhe atribuir determinada consequência.

A partir do que se denomina de autotutela administrativa, cabe perguntar: os efeitos, positivos ou negativos do silêncio estão sujeitos à possibilidade de revogação ou, nos termos dos artigos 53 e 54 da Lei nº 9.874/99, a Administração pode invalidar ou revogar os seus efeitos, como se estivesse frente a um ato efetivamente praticado.

²⁷ HOFFMAN. *Razoável duração do processo*, p. 61-62.

²⁸ FORTINI. *Processo administrativo: comentários à Lei nº 9.784/1999*, p. 175.

A Administração tem a prerrogativa de revogar ou invalidar seus atos a qualquer momento, portanto, em regra, também poderá mudar o efeito negativo ou positivo de eventual silêncio.

No entanto, existem algumas situações jurídicas que não ensejam revogação, por exemplo: os atos que exauriram seus efeitos, os que derivam de situações vinculativas e os atos que já geraram direitos adquiridos.

É preciso ponderar que se as consequências jurídicas estão previstas, de modo vinculado, na lei, não cabe à Administração outra postura senão aceitar o que lhe é legalmente imposto. Já no que tange à possível discricionariedade, quando a lei lhe autoriza margem de liberdade para escolher entre o agir e o silenciar e determinar qual o seu sentido, só se pode aceitar que possa revê-lo, a qualquer momento, antes de esgotado o prazo legal determinado para agir, ou até que se esgote o razoavelmente determinado. Poderá, portanto, alterar o efeito do silêncio e até mesmo decidir ou responder para cumprir com o seu dever.

Isto não significa que não esteja sujeita aos limites previstos no artigo 54, da Lei nº 9.874/99, o que lhe impõe respeitar os direitos adquiridos e os efeitos favoráveis para os destinatários. É o caso previsto no artigo 20, da Lei Estadual nº 2.869/97, e no artigo 10, da Lei Estadual nº 2.752/97 do Estado do Rio de Janeiro, nas quais autorizam a prática da proposta que não tenha sido apreciada pelo órgão competente, até que ele decida de outra forma, operando-se as compensações necessárias, no prazo que lhes for determinado.

Ressalte-se, ainda, o parágrafo 4º, do artigo 150, da Lei Federal nº 5.172/66, quando prevê que o silêncio da Administração acarreta a impossibilidade do fisco rever os procedimentos efetuados pelo sujeito passivo da relação.

3.3 Controle jurisdicional do silêncio da Administração Pública

Não pode ser esquecido o inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal, quando garante que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Ora, no Brasil vigora a jurisdição única, pois nossa atual Lei Fundamental não prevê o contencioso administrativo, ou seja, o ato administrativo pode ser controlado pelo Poder Judiciário, e sua decisão administrativa só será efetivamente definitiva quando analisada pelo Judiciário, adquirindo a qualidade de trânsito em julgado.

O silêncio positivo ou negativo da Administração pode ser apreciado judicialmente e o administrado não está obrigado a esgotar os recursos administrativos para, só então, recorrer a juízo. Poderá fazê-lo quando indeferido o pedido ou, no

caso do silêncio administrativo, quando esgotado o prazo que a lei lhe impôs ou aquele razoável para a manifestação da Administração.

Nesta hipótese, não haverá ingerência do Judiciário nos atos de órgão de outro Poder. A Súmula nº 429 do STF admite o uso genérico do Mandado de Segurança contra a omissão da autoridade, prevendo o prazo de 120 (cento e vinte) dias para que seja impetrado junto ao juízo competente, nos termos em lei que o regula.

Conforme anotado no curso deste estudo, Celso Antônio Bandeira de Mello, depois de afirmar que decorrido o prazo, legal ou razoável, para a manifestação, o administrado poderá, demandar judicialmente, para: "a) que o juiz supra a ausência de manifestação administrativa e determine a concessão do que fora postulado", quando houver o direito do administrado ao que pediu, isto é, "se a Administração estava *vinculada quanto ao conteúdo do ato* e era obrigatório o deferimento da postulação"; b) para que o juiz fixe prazo para que a Administração se manifeste se ela dispunha de descrição, sob a cominação de multa diária, "pois o administrado fazia jus a um pronunciamento motivado".²⁹

Observe-se que, havendo silêncio, a discricionariedade habilita o administrado a ir ao Judiciário, para, primeiramente, obter a pronúncia e a partir do resultado obtido, encetar nova lide judicial.

Mesmo com a participação do Judiciário, a tutela se traduz na responsabilidade do Estado, o que significa que em alguma medida o mal não está sendo corrigido e que, ainda, paira a expectativa do administrado em face da obrigação da Administração atender o seu dever constitucional e legalmente imposto.

Em conformidade com os princípios previstos no *caput* do artigo 37, da Constituição Federal, a atividade da Administração Pública necessita ser eficiente, ou seja, que cumpra a uma boa atuação, embasada no respeito aos direitos fundamentais e no atendimento do interesse público, o que representa uma barreira à ação dos Poderes Públicos, entendida como diretriz irrenunciável para o governo, para a ação administrativa.

Assim, não é possível compreender o silêncio da Administração e identificar o perigo que está imerso em seu universo, sem lembrar o Ministro Carlos Ayres Britto, que, como poeta, pondera: "Acho que o silêncio joga xadrez consigo próprio. E mesmo sem mover nenhuma peça. Apenas contemplando, contemplando. Ganha todas".

²⁹ BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*, p. 420.

The Silence of Public Administration

Abstract: The purpose of this article is to reflect about the purpose of the legal significance of the silence of Public Administration. For this, we first analyzed the legal effects that the Brazilian Constitution of 1988 expressly conferred to certain hypotheses of silence, from the citizen or from the Executive and Legislative Powers. Then, it faces the question of the legal nature of the silence of Public Administration, their possible effects and their control by the Judiciary.

Key words: Administrative silence. Public Administration. Administrative omission.

Referências

- ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Barcelona: Bosch, 1970. t. I.
- ANDRES MUÑOZ, Guillermo. *Silencio de la Administración y plazos de caducidad*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1982.
- BÁEZ SILVA, Carlos. La omisión legislativa y su inconstitucionalidad em México. *Boletim Mexicano de Derecho Comparado*, n. 105, p. 755-756, 2002.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação*. São Paulo: Saraiva, 1973.
- FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 1968.
- FORTINI, Cristiana. *Processo administrativo: comentários à Lei nº 9.784/1999*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- HARTMANN, Helen. *O silêncio do arguido no direito processual penal brasileiro*. Dissertação (Mestrado)– Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.
- HEIDEGGER, Martin. *El ser y el tiempo*. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1971.
- HOFFMAN, Paulo. *Razoável duração do processo*. São Paulo: Quartir Latin, 2006.
- LISA, Frederico José. El silencio de la administración em el procedimiento administrativo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 11, n. 44, p. 41-58, abr./jun. 2011.
- LOEWENSTEIN, Karl de. *Teoria de la Constitucion*. Barcelona: Ariel, 1976.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Formas de controle de constitucionalidade e tipos de inconstitucionalidade. In: SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MONCADA, Luis Cabral de. *Lições de direito civil*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

SADDY, André. Efeitos Jurídicos do silêncio positivo no direito administrativo brasileiro. *Revista Eletrônica*, Salvador, n. 20, out./dez. 2009.

SÁNCHEZ, Alberto M. *La palabra y la promesa*. San Juan: Ateneo Cruz Del Sur, 1997. (Série Biblioteca de Autores Sanjuaninos).

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOTELO DE ANDREAU, Mirta G. El silencio da la Administración. *In: JORNADAS NACIONALES SOBRE PROCEDIMIENTO ADMINSITRATIVO*. Organizadas por La Universidad Austral Facultad de Derecho. Buenos Aires: Editorial Ciencias de La Administraciona, División Estudios Administrativos, 1998. Trabajo presentado.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. O silêncio da Administração Pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 55-75, abr./jun. 2013.

Recebido em: 28.09.2012
Aprovado em: 22.05.2013