

INTRODUÇÃO

O silêncio administrativo trata da omissão da Administração Pública em realizar as atividades legalmente previstas. Neste artigo serão analisadas as classificações, a natureza e o conceito do referido instituto a fim de verificar se a inércia estatal caracteriza ilegalidade e ofensa aos direitos dos administrados.

O tema visa abordar além da natureza do silêncio administrativo, por parte da Administração Pública, os seus possíveis efeitos perante os administrados.

No primeiro capítulo serão analisadas as constituições brasileiras com o intuito de apresentar a contextualização histórica do silêncio administrativo no ordenamento jurídico pátrio.

Não se pretende realizar um estudo aprofundado, acerca da responsabilidade do Estado em razão da ocorrência do silêncio administrativo, vez que demandaria uma análise mais extensa, dos institutos jurídicos conexos ao tema, em mais de um artigo.

Contudo, serão abordados aspectos relacionados à responsabilidade do Estado face a inatividade formal da Administração Pública, a fim de demonstrar a possibilidade de indenização do administrado prejudicado, pois não existe ainda uma regra sobre qual o procedimento deve ser adotado pelos administrados.

Portanto, o intuito é verificar junto a doutrina e à jurisprudência qual medida cabível para minimizar ou até evitar os efeitos negativos caso a Administração se omita.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

Inicialmente, com o escopo de contextualizar o tema abordado e o modelo de Estado que vivíamos e o que estamos vivendo atualmente, analisaremos brevemente as gerações dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, o ilustre jurista Paulo Bonavides¹, assim como a doutrina majoritária, apresentam os direitos fundamentais agrupados em quatro gerações de direitos.

A primeira geração engloba os direitos civis e políticos, denominados direitos de liberdade, desenvolvidos a partir do final do século XVIII.

A segunda geração surge durante o século XX e englobam os direitos sociais, a saúde, trabalho, educação, lazer, culturais e econômicos, durante o desenvolvimento do Estado Social, cujo objetivo seria a promoção de igualdade entre os indivíduos que pertencem a uma sociedade. Neste caso tratam-se de direitos que exigem maior prestação material do Estado ao contrário da primeira geração que demandava maior autonomia dos indivíduos perante o Estado.

A terceira geração surge no final do século XX que trata dos direitos ao meio ambiente, ao desenvolvimento, a comunicação, isto é, direitos coletivos, difusos e transindividuais, com fundamento no princípio da fraternidade, a fim de assegurar a existência digna aos indivíduos do presente, bem como das gerações futuras.

Os direitos de quarta geração, surgiram com o desenvolvimento da comunicação e do acesso às informações entre o final do século XX e início do século XXI, os quais se referem aos direitos ao patrimônio genético, informática, democracia e pluralismo. Esses direitos são considerados essenciais à manutenção da cidadania e da liberdade de todos os povos com o avanço de suas relações internacionais.

Assim, após as duas grandes guerras mundiais os países passaram a adotar políticas características dos *welfare states*, a fim de reduzir a pobreza e os efeitos negativos por consequência dos graves conflitos entre os países.

O Estado de Bem-Estar Social (*welfare state*) garante aos indivíduos os direitos fundamentais de segunda geração (direitos à saúde, educação, habitação, seguridade social,

¹ BONAVIDES, Paulo, Curso de Direito Constitucional, 15ª edição, 2004, p. 572. “Os direitos da quarta geração não somente culminaram a *objetividade* dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem – sem, todavia, removê-la – a *subjetividade* dos direitos individuais, a saber, os direitos da primeira geração. Tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão que ficam opulentados em sua dimensão *princípial, objetiva* e *axiológica*, podendo, doravante, irradiar-se com a mais subida eficácia normativa a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico.”

trabalhistas etc) e de terceira geração (direito ao meio ambiente, à comunicação, ao desenvolvimento) exigindo maior intervenção do Estado, que utiliza a arrecadação de tributos para proporcionar as prestações materiais determinadas pela sua Constituição.

Nas últimas décadas tem se observado este movimento nos países democráticos, no sentido de diminuir a intervenção do Estado na economia, por meio da redução dos gastos públicos, da privatização de empresas públicas, de mudanças na legislação tributária, bem como da abertura comercial com ênfase em acordos bilaterais entre os países. Tais medidas foram formuladas e vem sendo adotadas a partir do Consenso de Washington de 1989.

Entretanto, no Brasil, a ordem econômica constitucional deve valorizar o trabalho humano, a livre iniciativa, e a defesa do meio ambiente a fim de assegurar a existência digna do ser humano, conforme artigo 170, VI, da Constituição Federal de 1988. Essa interação entre Direito Ambiental e economia torna o Brasil um Estado democrático de direito ambiental.

Dessa forma, tal condição deve ser considerada na análise dos atos da administração pública que ao atender às necessidades dos administrados deverá assegurar os direitos fundamentais de terceira geração possibilitando, de igual forma, a proteção dos indivíduos das gerações futuras.

Observa-se assim, a importância dos direitos humanos e sua aplicação em todas as áreas do direito, bem como o seu núcleo que atualmente se pontua no direito à dignidade da pessoa humana, que proporciona a possibilidade de enfrentamento de questões ainda controvertidas ou polêmicas na seara do direito, mas que necessitam de solução, a serem decididas dentro de certas limitações estatais efetivando-se o Estado Democrático de Direito.

Isto posto, a título de exemplo podemos nos remeter às soluções dadas aos casos de direito ambiental, desde sua fiscalização administrativa até as variadas possibilidades de processos administrativos que podem resultar da violação de suas normas, as quais demonstram que ainda há a ingerência Estatal em determinados fatos, mas que os mesmos estão limitados, de modo a apenas balizar a relações sociais evitando-se demasiados prejuízos

sociais e mantendo-se a ideia do Estado Democrático de Direito e a atenção à função social dos atos e fatos jurídicos.

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 o processo administrativo passou a possuir o mesmo rol de garantias dispensado ao processo judicial, conforme artigo 5º, LV: “Aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes”, prevendo de forma expressa, o princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, inovando o ordenamento jurídico.

Outrossim, a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo, no âmbito da Administração Pública Federal, impõe ao o processo administrativo as garantias previstas no artigo 2º, *caput*: “ A Administração Pública obedecerá, dentre outros, os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

Mesmo com as garantias ao processo administrativo não há, ainda, um contencioso administrativo pátrio para definição de posições jurídicas ou de resolução de conflitos.

O silêncio administrativo não tem muita atenção por parte dos doutrinadores em razão de haver pouca ocorrência do tema e de forma dispersa nas normas do Direito brasileiro.

Nos tribunais brasileiros ocorrem discussões acerca do instituto do silêncio administrativo, porém limita-se a deliberar acerca da inatividade formal ou material da Administração Pública.

A despeito da legislação federal não regulamentar de forma sistêmica o instituto em comento é possível verificar no artigo 33, da Lei estadual nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998, do Estado de São Paulo: “O prazo máximo para decisão de requerimentos de qualquer espécie apresentados à Administração será de 120 (cento e vinte) dias, se outro não for legalmente estabelecido”, que há a indicação de prazo para a Administração Pública se manifestar.

No parágrafo primeiro e segundo, do artigo 33, da referida Lei estão definidas as consequências jurídicas em caso de inatividade da Administração, caracterizando-se o silêncio administrativo negativo:

Art. 33

§ 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.

No estado da Bahia o artigo 55, da Lei estadual nº 12.209/2011, que regulamenta o Processo Administrativo, no âmbito estadual, prevê que caberá recurso administrativo para suprir omissão ou recusa da autoridade em emitir decisão ou se manifestar acerca do requerimento apresentado e mais adiante o parágrafo segundo do mesmo dispositivo dispõe que o recurso será dirigido

No caso acima exposto a recusa tácita do requerimento formulado abre ensejo ao recurso administrativo que será apreciado pelo órgão superior, não produzindo, assim, o efeito denegatório imediato, mas transferindo a competência decisória para outro órgão.

Já na legislação federal há exemplos de silêncio administrativo positivo nas seguintes normas:

- a) Artigo 54, § 7º, da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, já revogado pela Lei nº 12.529, de 2011, que estabelecia o prazo de sessenta dias para o plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) aprovar ou não os atos perpetrados pelo agente econômico, caso não seja decidido no prazo os atos serão considerados automaticamente aprovados.
- b) Artigo 26, da Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997, que estabelece o prazo de cento e oitenta dias para a Agência Nacional de Petróleo (ANP) emitir parecer sobre os projetos submetidos a sua aprovação, caso a agência não se manifeste no prazo os planos e projetos serão automaticamente aprovados.

- c) Artigo 12, §1º, II, da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, que estabelece o prazo de noventa dias para a Fazenda Nacional se pronunciar sobre o pedido de parcelamento de dívida junto a Receita Federal do Brasil, caso decorra o prazo sem pronunciamento será automaticamente deferido o pedido.

Essa ausência de sistematização do instituto do silêncio administrativo com regras esparsas na legislação brasileira provoca insegurança jurídica ao administrado que não pode sequer presumir o consentimento ou a recusa tácita pela Administração Pública.

2 CONCEITO, NATUREZA E CLASSIFICAÇÕES DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

Para que se tenha um melhor entendimento, sobre o assunto colocado em questão, é necessário que, antes, se tome conhecimento de alguns conceitos que possibilitaram o surgimento do tema.

Inicialmente, para possibilitar o ingresso na seara do conceito de silêncio administrativo é mister analisar os conceitos de ato e fato jurídico, bem como as suas diferenças.

2.1 CONCEITOS DE ATO JURÍDICO E FATO JURÍDICO

Para possibilitar a conceituação e a identificação da natureza jurídica do silêncio administrativo faz-se necessário alguns esclarecimentos acerca do conceito de ato e de fato jurídico.

O fato jurídico engloba os acontecimentos jurídicos que interessam para o Direito e que produzem efeitos jurídicos podendo ser um evento material ou uma conduta humana. Já os atos jurídicos são declarações prescrevendo como deve ser determinada situação. Vejamos a explicação da importância dessa diferença aduzida por Celso Antonio Bandeira de Mello:

“O interesse da distinção entre ato jurídico e fato jurídico, para o Direito Administrativo, reside em que a Administração não só produz atos jurídicos, mas também fatos jurídicos, e é preciso, então, os atos administrativos dos fatos da administração, o que só é possível depois destes esclarecimentos. Este *discrímen* precisa ser feito porque, como além se verá, (a) atos administrativos podem ser anulados e revogados, dentro dos limites do Direito; fatos administrativos não são nem anuláveis, nem revogáveis; (b) atos administrativos gozam de presunção de legitimidade; fatos administrativos não; (c) o tema da vontade interessa nos atos administrativos denominados discricionários, isto é, naqueles em cuja prática a Administração desfruta de certa margem de liberdade; nos fatos administrativos nem se poderia propô-lo.” (MELLO, 2013, p. 378-379).

Como não há apenas uma definição do ato administrativo no ordenamento jurídico pátrio devemos analisar os conceitos doutrinários dos especialistas em Direito Administrativo.

2.2 A DIFERENÇA ENTRE ATO ADMINISTRATIVO E FATO ADMINISTRATIVO

Inicialmente, consideramos que os fatos administrativos são as atividades praticadas pela Administração Pública por meio dos seus agentes públicos. Na doutrina pátria podemos verificar as seguintes definições:

“ ... Fato administrativo, ... tem o sentido de atividade material no exercício da função administrativa, que visa efeitos de ordem prática para a administração. ... Na verdade, entre os atos da administração se enquadram atos que não se caracterizam propriamente como atos administrativos, como é o caso dos atos privados da Administração (CARVALHO FILHO, 2009, p.92).

“Fato administrativo é toda realização material da Administração em cumprimento de alguma decisão administrativa, tal como a construção de uma ponte, a instalação de um serviço público etc. (...) O fato administrativo resulta sempre do ato administrativo que o determina (MEIRELLES, 2009, p 153).

Segundo os autores mencionados o fato administrativo é a atividade material executada pela Administração em razão de um ou mais atos administrativos e que há também fatos administrativos que resultam de fenômeno natural relevante para o Direito Administrativo.

Ressalta-se que, ainda, há divergências doutrinárias em relação ao conceito de fatos administrativos.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, se o fato não produz efeito jurídico denomina-se fato da administração.

De forma diversa José dos Santos Carvalho Filho entende que “a noção de fato administrativo é mais ampla que a de fato jurídico, uma vez que, além deste, engloba, também, os fatos simples, aqueles que não repercutem na esfera de direitos, mas estampam evento material ocorrido no seio da Administração”. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 91)

Outrossim, os fatos jurídicos podem ocorrer por meio de atos praticados pela Administração Pública ou pela inatividade administrativa provocando efeitos jurídicos aos administrados.

Dessa forma, os atos da administração não se enquadram nos requisitos para serem caracterizados como atos administrativos.

Sobre o conceito de ato administrativo o professor Alexandre Mazza enumerou em sua obra quatro concepções que considera as principais:

“ 1) corrente clássica-voluntarista: baseada na tradicional diferenciação do Direito Civil, os adeptos dessa corrente utilizam o critério da voluntariedade para concluir que o ato administrativo é um comportamento humano voluntário produtor de efeitos na seara administrativa, enquanto o fato administrativo é um acontecimento da natureza relevante para o Direito Administrativo, como a prescrição administrativa e a morte de servidor público. É a posição defendida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro;

2) corrente antivoluntarista: rejeitando a utilização tradicional do critério da voluntariedade, Celso Antonio Bandeira de Mello sustenta que o ato administrativo é enunciado prescritivo, declaração jurídica voltada a disciplinar como coisas e situações “devem ser”, ao passo que o fato

administrativo não possui caráter prescritivo, sendo simplesmente um acontecimento que a lei atribui consequências jurídicas.

3) corrente materialista: ... o ato administrativo é uma manifestação volitiva da Administração, no desempenho de suas funções de Poder Público, visando produzir algum efeito jurídico, enquanto o fato administrativo é toda atividade pública material em cumprimento de uma decisão administrativa. ... Nessa esteira, preleciona Hely Lopes Meirelles, maior expoente dessa corrente: “O ato administrativo não se confunde com o fato administrativo, se bem estejam intimamente relacionados, por ser este consequência daquele. O fato administrativo resulta sempre do ato administrativo, que o determina”.

4) corrente dinamicista: ... José dos Santos Carvalho Filho conceitua fato administrativo como toda “atividade material no exercício da função administrativa, que visa a efeitos de ordem prática para a Administração, ou seja, tudo aquilo que retrata alteração dinâmica na Administração. O fato administrativo pode ser um evento da natureza ou um comportamento voluntário.

O conceito de ato administrativo não está expresso na legislação brasileira, razão pela qual há doutrinadores que desenvolveram as seguintes definições:

Segundo Hely Lopes Meirelles:

“toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria”. (MEIRELLES, 2009, p.152)

Maria Sylvia Zanella Di Pietro define como “declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”. (DI PIETRO, 2016, p. 239)

Para José dos Santos Carvalho Filho é “a exteriorização da vontade dos agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público”. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 95)

Celso Antonio Bandeira de Mello entende que é a “declaração 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 órgãos jurisdicionais”. (MELLO, 2013, p.389)

Portanto, a diferença entre fato e ato administrativo consiste na manifestação de vontade da administração pública que produz efeitos jurídicos a fim de cumprir a legislação vigente, bem como em relação aos elementos ou requisitos que compõe o ato administrativo: sujeito, objeto, motivo, forma e finalidade, ao contrário dos fatos administrativos que independem da vontade e não são prescrições legais.

2.3 CLASSIFICAÇÕES DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

A omissão qualificada pelo não cumprimento do dever de agir da Administração Pública caracteriza o silêncio administrativo que por sua vez estabelece a ficção concessória ou denegatória do requerimento apresentado pelo administrado, em razão do vencimento dos prazos estabelecidos pela norma para manifestação da Administração.

Tradicionalmente entende-se que a ficção concessória é denominada silêncio positivo que enseja o deferimento tácito. A ficção denegatória é denominada silêncio negativo que, por sua vez, enseja o indeferimento tácito.

Há casos previstos no ordenamento jurídico pátrio em que não é cabível a classificação tradicional do silêncio positivo ou do silêncio negativo, como no licenciamento ambiental previsto no artigo 14, § 3º, da Lei Complementar 140/2011, pois tanto os grandes empreendimentos empresariais de interesse público quanto as avaliações reais de impactos ambientais não podem ficar em estado de indefinição prolongado sob pena de expor a riscos os interesses coletivos e ambientais.

O silêncio positivo produz efeito favorável ao administrado ante ao decurso do prazo para a Administração Pública manifestar-se ou quando extrapola o prazo razoável para a manifestação.

Neste caso deve-se analisar com cautela o caso concreto, pois provoca a insegurança jurídica, vez que o administrado que não obteve resposta no prazo terá direito ao efeito positivo ou favorável, enquanto aquele que obteve resposta tempestiva poderá submeter-se à manifestação desfavorável da Administração Pública.

Assim, para evitar o tratamento diferenciado entre os administrados ante a mesma situação o Poder Público deve prevenir a ocorrência da inatividade formal.

Contudo, a ocorrência do silêncio administrativo também pode proporcionar a defesa dos interesses do administrado quando este preencher todos os requisitos exigidos para concessão do pedido administrativo, tornando mais célere a resolução da demanda.

Com base nas normas vigentes também é possível identificar três subclassificações do silêncio administrativo positivo, podendo ser denominado como próprio, condicionado ou implícito.

O silêncio administrativo positivo próprio é identificado nas normas que expressamente determinam o efeito positivo da inércia estatal, como ocorre no artigo 12, §1º, da Lei 10.522/2000, com nova redação dada pela Lei nº 11.941/2009, que estabelece o prazo de noventa dias para Fazenda Pública manifestar-se e, após o prazo, caso não haja manifestação, é deferido, automaticamente, o pedido de parcelamento apresentado pelo administrado.

O silêncio administrativo positivo condicionado é identificado nas normas que exigem do administrado o cumprimento dos requisitos legais e, ainda, fica submetido a exigências futuras da Administração Pública para obter o efeito positivo como ocorre nas leis municipais de licenças ou autorizações urbanísticas que concedem licença para construir se o pedido não for apreciado no prazo legal, porém, o requerente deve providenciar adequações posteriores em conformidade às normas municipais.

O silêncio administrativo positivo implícito demanda uma análise atenta da norma para possibilitar a sua identificação por meio de dedução, pois ocorre quando o efeito produzido pelo silêncio denota o acolhimento implícito da demanda do administrado.

Outrossim, o silêncio administrativo negativo, também, pode ter as três subclassificações, próprio, condicionado ou implícito.

O silêncio administrativo negativo próprio é identificado na norma que determina o indeferimento do requerimento apresentado, caso ocorra a inatividade formal da Administração Pública.

O silêncio administrativo negativo condicionado ocorre quando, mesmo após a inatividade formal da Administração Pública, a norma exija que ocorra alguma circunstância que demande a manifestação futura do Poder Público, isto é, o indeferimento só é considerado após a ocorrência de outros fatores. Esta situação impede ou ao menos dificulta a interposição de recurso administrativo, bem como a demanda pela via judicial.

O silêncio administrativo negativo implícito ocorre quando a norma a despeito de não dispor sobre o indeferimento do pedido, permite a interposição de recurso ou de medida judicial em face inércia da Administração Pública.

É importante salientar que a classificação do silêncio administrativo auxilia na identificação da situação impingida ao administrado possibilitando o uso das vias administrativas ou judiciais adequada a resolução do conflito gerado.

3 EFEITOS JURÍDICOS DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

Como visto no capítulo anterior os efeitos do silêncio administrativo podem ser concessórios ou denegatórios, ou seja, positivos ou negativos, e para que sejam válidos é necessária a previsão legal.

Além da previsão legal, as decisões judiciais e os contratos administrativos podem estabelecer efeitos jurídicos ao silêncio administrativo e caso não haja qualquer efeito o

administrado passa a ficar desprotegido, cabendo a doutrina e a jurisprudência estabelecer as consequências.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça, em recurso ordinário em mandado de segurança, RMS 54921 RJ 2017/0191973-6, decidiu que o silêncio da administração não pode ser interpretado como concessão automática, na falta de previsão legal sobre o prazo de resposta, vejamos:

ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE POSSE E EXERCÍCIO. ATO DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Consoante o teor do disposto no art. 8º, § 3º, do Decreto-Lei n.220/1975, que trata do Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro, a critério da administração, ocorrendo motivo relevante, o prazo para o exercício de cargo público poderá ser prorrogado. 2. Na origem, o candidato nomeado para o cargo público apresentou toda a documentação necessária e foi considerado apto para o ingresso no cargo. No entanto, em razão de ter sido contemplado com bolsa de estudos no exterior - Graduação Sanduíche -, apresentou requerimento administrativo na administração pública, pleiteando a prorrogação da posse e do exercício no cargo, o qual não foi respondido pela administração. Ausente a manifestação da administração pública, o candidato, por iniciativa própria, realizou a viagem pretendida e, após a conclusão do curso, impetrou mandado de segurança visando obter convocação para a posse. 3. Caracterizado o ato como discricionário, caberia ao candidato, recorrente, aguardar a manifestação da administração pública acerca do requerimento administrativo no qual pleiteava a prorrogação do prazo para a posse no cargo público ou adotar medidas judiciais para que seu pedido fosse analisado em tempo hábil. 4. O requerente possui direito a obter resposta ao requerimento apresentado na administração pública em decorrência do direito constitucional de petição, nos termos dos arts. 3º, II, e 49 da Lei n. 9.784/1999. Não obtida a resposta em tempo razoável, caberia ao impetrante insurgir-se contra a inércia da administração pública pelos meios próprios, não podendo, por sua iniciativa, ausentar-se e, posteriormente, pleitear posse e exercício no cargo público fora do prazo legal e sem a autorização daquela. 5. O silêncio da administração pública não pode ser interpretado como "sim" ao pleito de prorrogação para a posse. Nesse Sentido: RMS 9.705/RN, Rel. Ministro Fontes de Alencar, Sexta Turma, DJ 13/8/2001. 6. Recurso em mandado de segurança a que se nega provimento.

Porém, nos casos em que houver disposição legal prevendo o deferimento ou indeferimento, resolve-se a demanda na situação de concessão automática. E nos casos de denegação, decorrido o prazo para resposta, haverá duas opções ao administrado: pleitear

junto ao judiciário o deferimento do pedido, tratando-se de ato vinculado, ou, tratando-se de ato discricionário, pleitear ao juiz o estabelecimento de prazo para manifestação da Administração Pública.

Quando a lei prevê prazo para manifestação do administrador, mas este silencia, indevidamente, caracterize-se a negligência, pois o agente público violou o dever de exercer com dedicação o cargo, ferindo inclusive o Princípio da Eficiência previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A Administração Pública tem o dever de apreciar suas demandas e emitir suas decisões observando o princípio da razoável duração do processo, isto é, garantindo a celeridade processual.

Desse modo, ao se falar em responsabilização da Administração Pública em caso de omissão, devemos analisar a repercussão administrativa, cível e penal gerada pela conduta.

Assim, sendo passamos à análise dos efeitos administrativos da responsabilidade.

Ocorrendo atraso na resposta do poder público, sem justificativa, poderá o agente público ser responsabilizado pela demora ou pela omissão, o qual poderá sofrer procedimento disciplinar, que no final poderá culminar em sanção administrativa de acordo com a gravidade da conduta perpetrada.

Em que pese existirem leis que tem como objeto a sanção, inclusive pecuniária em tais casos, tais soluções legais previstas não costumam alcançar o resultado desejado, seja pela tolerância de quem fiscaliza, pois muitas vezes entende-se como normal o atraso ou a omissão, ou pelas sanções demasiadamente brandas para tais casos.

Um exemplo é a lei que regula o acesso a informações, Lei nº 12.527, de 2011, pois apesar de não ter feito qualquer referência ao silêncio administrativo, estabelece hipóteses de responsabilização dos agentes públicos que retardarem ou negarem indevidamente a entrega de informação, conforme art. 32, inciso I, da referida lei.

Assim, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região decidiu que o silêncio administrativo dá ensejo à impetração de mandado de segurança para determinar à autoridade pública a apreciação do pedido, vejamos:

Ementa: ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. SILENCIO DA ADMINISTRAÇÃO. FIXAÇÃO DE PRAZO. ARTIGO 49 DA LEI 9784 /99. APELAÇÃO PROVIDA. 1. Existência de Existe sim o interesse de agir da parte no exato momento em que o apelante tem o direito de ver solucionado o seu pleito perante a Administração Pública. 2. O processo administrativo é uma sucessão encadeada de atos administrativos que tendem a um resultado final e conclusivo. Para que haja processo administrativo cumpre que haja uma seqüência de atos conectados entre si, armados em uma ordenada sucessão visando um ato final. 3. Segundo a doutrina o processo administrativo atende a dois objetivos, resguarda os administrados e concorre para uma atuação administrativa mais clara, principalmente com a fixação de prazos para cumprimento dos atos. 4. Inércia da Gerência de Patrimônio da União em liberar certidão requerida pela parte. O silêncio administrativo dá ensejo à impetração de mandado de segurança para determinar à autoridade pública a apreciação do pedido. 4. A Lei 9.784 /99 impõe à administração o dever de decidir os processos administrativos de sua competência, estabelecendo, para tanto, o prazo de 30 dias, para decisão, podendo ser prorrogado por igual período se manifestamente motivado, nos termos do art. 49 . 5. Apelação provida. Aplicação do artigo 515 , parágrafo 3º do CPC . TRF-5 - Apelação Cível AC 459927 RN 0005274-08.2008.4.05.8400 (TRF-5) Data de publicação: 27/05/2010.

Outrossim, podemos apontar os reflexos na seara cível proveniente do silêncio administrativo, pois como se sabe o Brasil adotou a teoria do risco administrativo para fundamentar a responsabilidade objetiva do Estado.

Assim ao se tratar da responsabilização do poder público, deve ser comprovado o nexo de causalidade entre a conduta e o dano, assim não seria preciso a prova de que houve dolo ou culpa, surgindo como consequência o dever do Estado de reparar o prejuízo.

Acompanha esse entendimento o art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, ao dispor:

“as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, os elementos que compõem e estruturam a noção de responsabilidade civil objetiva do Estado são: a) alteridade do dano, b) causalidade material c) oficialidade da conduta, d) inexistência de causas excludentes.

- a) alteridade do dano: o(s) ofendido(s) precisa(m) estar plenamente individualizado(s), pois a possibilidade de dano difuso é ainda incipiente e tem sido desenvolvida pela doutrina somente em casos envolvendo meio ambiente energia nuclear; em suma, trata-se da verificação da ocorrência efetiva do dano;
- b) causalidade material: a conduta omissiva ou comissiva do agente público deve estar, de algum modo, vinculada ao resultado danoso, independentemente da licitude ou ilicitude da conduta;
- c) oficialidade da conduta: a atividade ensejadora do dano deve ter sido perpetrada por agente público que atuava em condição funcional, isto é, em nome do Estado; não se questiona a licitude do ato, mas se ele foi cometido por alguém em exercício de poder público e se o resultado pode ser atribuído a tal conduta; o entendimento é no sentido de que a atuação de terceiros e de fatos da natureza não é suficiente para gerar a responsabilização da Administração Pública;
- d) inexistência de causas excludentes: não obstante seja objetiva e possa ser utilizada até mesmo de modo presumido, existem circunstâncias que excluem a responsabilidade civil do Estado; em geral, o Supremo tem se limitado a referir as situações de: (1) caso fortuito, (2) força maior ou (3) onde a culpa pode ser atribuível de modo inequívoco à própria vítima; porém, tem preferido se abster de estabelecer regras específicas sobre o tema, deixando ao exame particularizado de cada caso a definição concreta de tais causas excludentes.

Cumprido lembrar, que em caso de omissão administrativa que viole direitos e garantias fundamentais previstos constitucionalmente o administrado poderá se valer do mandando de injunção, remédio constitucional previsto na Constituição Federal de 1988.

O mandado de injunção é criação da Constituição de 1988, previsto no art. 5º, inciso LXXI, que prevê: “Conceder-se-á Mandado de injunção sempre que a falta de norma

regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania”.

Observa-se que este é um dos meios de sanar a omissão administrativa, quando ela se refere a situações mais graves como a violação de direitos e liberdades constitucionais, parte da doutrina considera como direito subjetivo à legislação, que reflete em alguns dos posicionamentos adotados pelo STF, como exemplo, MI 542/SP, Plenário.

Outrossim, o MI pode ser identificado como instrumento processual especialmente instituído para fiscalizar e corrigir, concretamente as omissões do Poder Público em editar normas no que tange as garantias constitucionais.

Por fim, verifica-se que a responsabilidade civil do Estado possibilita que seja exigido uma *indenização pelos danos e prejuízos que ocasionam qualquer conduta (comissiva ou omissiva) dos poderes públicos ao patrimônio do cidadão, ou seja, qualquer dano consequente de funcionamento normal ou anormal dos serviços públicos, interpretado este em sentido amplo – como sinônimo de atividade administrativa.*²

Em seguida, trataremos dos efeitos penais da responsabilização da Administração. Inicialmente, deve-se lembrar que não há crime sem lei anterior que assim o defina, sendo esse o mandamento constitucional previsto no art. da CF, impedindo assim que existam tribunais de exceção, ou que sejam criados tipos penais sem que haja conhecimento prévio do agente.

Nestes casos, podem ser recordadas as normas de direito ambiental, que desdobram em diversas searas de responsabilização, dentre elas a penal, que trouxe para o mundo jurídico a discussão acerca da responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

Em que pese ainda existir divergência doutrinária acerca do tema, os tribunais nacionais adotaram o entendimento que poderá ocorrer a responsabilização penal nesses casos.

² SADDY, André; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Responsabilidade por inatividade da Administração Pública: um estudo específico do silêncio administrativo. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, 2016, p.126.

No âmbito público, poderíamos imaginar a responsabilização penal de uma pessoa jurídica de direito público que por sua omissão administrativa causa dano ambiental, por exemplo, permitindo o escoamento desenfreado de esgoto em rio de principal abastecimento de uma cidade.

Há de se verificar, a conduta o nexo de causalidade, a existência de tipificação penal para que possa ocorrer a responsabilização penal, observando-se a individualização da situação, de modo que existirá sim a responsabilização do Estado por uma ação que fora do tempo normal de duração cause dano, mas a conduta deve ser específica e principalmente deve existir norma jurídica anterior criminalizadora.

CONCLUSÃO

No capítulo 1, tratou-se da contextualização histórica do silêncio administrativo, verificando-se uma ausência de sistematização do instituto do silêncio administrativo com regras esparsas na legislação brasileira, que gera insegurança jurídica ao impossibilitar a presunção das decisões administrativas.

No capítulo 2, foram analisados o conceito, natureza e classificação do silêncio administrativo, havendo diversidade quanto a conceituação do ato administrativo, algumas definições acerca das omissões do Poder Público e seus reflexos, também foi tratado da diferença entre ato e fato administrativo e, ponderou-se acerca da classificação, sendo que uma delas, a do silêncio positivo próprio, é identificada nas normas que expressamente determinam o efeito positivo da inércia estatal.

No Capítulo 3, foram apresentados os efeitos jurídicos do silêncio administrativo, nas searas administrativa, cível e criminal, no qual foi visto que o direito brasileiro adotou a teoria do risco administrativo que fundamenta a responsabilidade objetiva do Estado, em que se faz necessária apenas a comprovação do dano e nexo de causalidade, sendo dispensada a prova de dolo ou culpa. Conforme exposto constatamos que o silêncio administrativo é relevante para o Direito Administrativo, vez que atingem a órbita jurídica produzindo efeitos positivos ou negativos ao administrado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **Primeiras reflexões sobre o pedido de uniformização de interpretação no âmbito dos juizados especiais cíveis e criminais**. Editora Revista dos Tribunais, 2006.

BARROS, Alice Monteiro de. **Direito do trabalho**. 3 ed. São Paulo: Editora LTr, 2007.

BRAGA, Paula Sarno; CUNHA, Leonardo J.C; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil-execução**. Salvador: Editora Juspodium. 2009, v. 5, p. 728.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 1 ed. São Paulo: Editora Campus, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

_____. **Teoria do estado**. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 7ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2009, p. 38.

_____. **Lei n. 5869 de 11 de janeiro de 1973**. Código de Processo Civil. 7ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 446.

_____. **Lei n. 9.099/95 de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. 7ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2009, p.1580-1581.

_____. **Lei 9.494 de 10 de setembro de 1997**. Tutela Antecipada contra a Fazenda Pública. 7ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p.1616.

_____. **Lei n. 12.153 de 22 de dezembro de 2009**. Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm Acesso dia 15 de fevereiro de 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça, 5ª T. *Recurso Especial* n. 639.836/SE. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. Brasília, DF, 28 de setembro de 2005. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acesso dia 15 de fevereiro de 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial. *Embargos de Divergência em Recurso Especial* n.º 233.619/SP. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Brasília, DF, 01 de abril de 2002. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acesso dia 15 de fevereiro de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade* n. 4357, DF, 31 de março de 2014. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/ver_Processo_Detalhe.asp?incidente=3813700>. Acesso dia 15 de fevereiro de 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. **O poder público em juízo**. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

CARVALHO, José dos Santos Filho. **Manual de Direito Administrativo**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa julgada material**. Revista da Escola Paulista da Magistratura, vol. 2, n. 2, jul.-dez./2001, São Paulo: Imprensa Oficial.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FARIA, Ricardo M.; MARQUES, Adhemar M.; BERUTTI, Flávio C. **História para ensino médio**. 1 ed. Minas Gerais: Editora Lê, 1998.

GAXOTTE, Pierre. **A revolução francesa**. 2 ed. São Paulo: Livraria Tavares Martins, Porto. Tradutor Eduardo Pinheiro. 1962.

GRECO, Leonardo. **O Processo de Execução**. 16 ed. São Paulo: Editora Renovar, 2001. p. 542.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. 1 ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2005. p. 15.

HOBSBAWM, Eric J. **Da revolução industrial inglesa ao imperialismo**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

HUISMAN, Denis. **Dicionário dos Filósofos**. 1ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 7. Ed. Niterói: Impetus, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SADDY, André; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Responsabilidade por inatividade da Administração Pública: um estudo específico do silêncio administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 65, p.109-133, jul./set. 2016. DOI: 10.21056/aec.v16i65.263.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.