

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Pedro Flávio Cardoso Lucena

O regime jurídico do silêncio administrativo

Mestrado em Direito

São Paulo

2016

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Pedro Flávio Cardoso Lucena

O regime jurídico do silêncio administrativo

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Ricardo Marcondes Martins.

São Paulo

2016

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Pedro Flávio Cardoso Lucena

O regime jurídico do silêncio administrativo

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Ricardo Marcondes Martins.

Aprovado em: ____/____/____.

Banca Examinadora

Professor Doutor Ricardo Marcondes Martins (Orientador)

Instituição: PUC-SP

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor (a) Doutor (a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor (a) Doutor (a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Essa dissertação não se realizaria sem o apoio e o incentivo financeiro concedido pelo CNPq. Desta forma, registro os meus agradecimentos e os meus votos de apoio contínuo ao desenvolvimento da Ciência no Brasil.

AGRADECIMENTOS

A caminhada foi longa. Há 3 anos cheguei a São Paulo, oriundo de Natal/RN, com 23 anos e muita vontade. A gigantesca cidade me acolheu e me proporcionou experiências únicas, contudo, ressalto, sem dúvida alguma: o mestrado em Direito – desenvolvido e concluído na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – foi a mais valiosa delas. Desta forma, nada mais justo é agradecer...

Primeiramente a Deus, por me permitir chegar até aqui. Em seguida aos meus pais – Flávio Lucena e Graça Cardoso, por todos os esforços realizados na boa criação de um filho – espero, em vida, tudo retribuir. Para Aline Vasconcelos de Carvalho, eu tatuo a minha gratidão por todo o amor e incentivo – te amo. Aos meus segundos pais, Cleide e Canindé Carvalho, como sempre, muito obrigado por tudo!

Não me esqueço, e nunca vou me esquecer, de minha família 1006. Os instantes compartilhados em Vila Mariana foram, acima de tudo, felizes. Obrigado Felipe, Ernesto e Victor por me acompanharem neste caminho.

Aos amigos do Mestrado – Danilo, Ricardo, Felipe, Kléber, Alexandre, Marcos, Estevam, Corona e Marcelo –, os agradeço infinitamente pelos momentos compartilhados; sem deixar de recordar do amigo Rui por todos os auxílios prestados. Relembro, igualmente, de toda a ajuda fornecida pela amiga Mariana de Siqueira. Muito obrigado, professora.

Finalmente, anoto o meu eterno agradecimento ao professor Ricardo Marcondes Martins. O senhor me mostrou uma nova forma de ver o Direito; seu esforço, empenho e seriedade me direcionam a um modelo de jurista. Muito, muito obrigado!

RESUMO

O objeto do presente estudo é o regime jurídico do silêncio administrativo. As relações jurídicas estabelecidas entre o Estado e o cidadão são formalizadas, em regra, por meio de processos administrativos. Desta forma, quando o administrado realiza requerimento à Administração Pública, sem, contudo, obter resposta, ocorre o que se denomina na doutrina de “silêncio administrativo”. Tendo em vista os efeitos inerentes ao silêncio no âmbito pragmático do Direito brasileiro, bem como as discussões formadas no âmago da Ciência, a pesquisa se justifica na intenção de contribuir com a evolução da compreensão acurada do tema. O exame empreendido parte de uma concepção dogmática, qual seja: a Constituição Federal de 1988, enquanto norma suprema do ordenamento jurídico nacional. A partir de então, formulou-se – como pressuposto inerente à pesquisa – a ideia de que as relações firmadas no conjunto normativo brasileiro ocorrem mediante a exigência de argumentações jurídicas racionais constitucionais. Estas sustentam as decisões inerentes às funções estatais legislativa, executiva e judiciária – construídas mediante ordenação sistêmica, tal qual um “romance em cadeia”. Passando propriamente à investigação do silêncio administrativo, demonstrou-se a diferenciação entre fato jurídico, ato jurídico e efeitos desinentes do ato jurídico – firmando-se a conclusão de que o silêncio administrativo, em realidade, tem natureza jurídica de fato jurídico. Em razão de sua natureza, argumentou-se que o silêncio administrativo pode gerar efeitos a partir de dois âmbitos normativos: o âmbito da legalidade e o âmbito da juridicidade. Tais efeitos, construídos mediante uma formulação lógica normativa, surgem a partir de atividades ponderativas de interesses públicos realizadas no exercício das três funções estatais. Em continuação, averiguaram-se os efeitos do silêncio administrativo – positivos e negativos – relacionando-os com regras e princípios do ordenamento jurídico pátrio. Então, obteve-se a conclusão principal da pesquisa: tais efeitos devem ser interpretados como benefícios ao administrado, pois, no sistema normativo brasileiro, não há suporte argumentativo jurídico para o silêncio administrativo. Finalmente, passou-se ao estudo do controle do silêncio administrativo nas três esferas de funções do Estado, tomando como premissa a conclusão aduzida.

Palavras-chave: Silêncio Administrativo. Estado. Função Pública.

ABSTRACT

The aim of the current paper is the legal regime of administrative silence. The legal bonds established between the Estate and the citizen are formalized, as a rule, by means of administrative procedures. In such way, once the applicant sends a requirement to the Public Administration and yet has no reply, it occurs what is nominated in the legal theory as: administrative silence. Considering both the effects inherent to such silence in the pragmatic scope of Brazilian Law and the discussions that arose in the core of Science, the research is justified by the aim of contributing with the evolution of an accurate understanding of the theme. The applied assessment is based on a dogmatic conception i.e.: the Federal Constitution of 1988 as the supreme norm to national legal system. From that conception it was formulated as a requirement inherent to the research the idea that the relationships developed within the Brazilian legal system occur from the demand of constitutional rational legal argumentations which support the decisions inherent to legislative, executive and legal estate functions constructed by systemic regulation as in a “chain novel”. Once administrative silence was properly investigated, it was demonstrated the differentiation among legal fact, legal act and desinent effects of the legal act, which leads to the conclusion that administrative silence has actually the legal nature of a legal fact. Due to its nature it was argued that administrative silence may generate effects from two legal scopes: the scope of legality and the scope of juridicity. Such effects, constructed through normative logical formulation, arise from measuring activities of public interests performed in the exercise of the functions of state. As a follow-up it was checked the effects of both positive and negative effects of administrative silence and they were related with the rules and principles of the Brazilian Legal Framework. Then it was obtained the main conclusion of the research: such effects must be interpreted as benefits to the applicant for, in the Brazilian Legal System there is no legal argumentative support to administrative silence. Lastly it was carried a study on the control of the administrative silence in the scope of the three functions of the Estate, taking the conclusion obtained beforehand as a premise.

Keywords: Administrative silence. Estate. Public Function.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	9
1	PREMISSAS INERENTES AO ESTUDO DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO.....	15
1.1	O Estado a partir da Constituição	15
1.2	Norma Jurídica.....	17
1.2.1	REGRAS JURÍDICAS.....	19
1.2.2	PRINCÍPIOS JURÍDICOS.....	20
1.2.2.3	Classificação dos princípios jurídicos.....	23
2	O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA	28
2.1	Função estatal.....	28
2.1.1	FUNÇÃO X LIBERDADE.....	29
2.2	O exercício de competência discricionária.....	31
2.3	O exercício de competência vinculada.....	33
2.4	O “romance em cadeia” inerente ao exercício da função estatal mediante as determinações da Constituição Federal de 1988.....	34
2.5	O exercício da função administrativa.....	40
2.5.1	PONDERAÇÃO ADMINISTRATIVA DE INTERESSES PÚBLICOS.....	43
2.5.2	O PROCEDIMENTO DECISÓRIO ENQUANTO PERCURSO PARA EXPEDIÇÃO DE ATOS ADMINISTRATIVOS.....	47
3	A NATUREZA JURÍDICA DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO.....	50
3.1	Noções preliminares.....	50
3.2	A natureza jurídica do silêncio administrativo.....	52
3.2.1	FATO JURÍDICO.....	55
3.3	Silêncio administrativo, ato implícito e ato tácito.....	57
3.4	Princípios e regras do ordenamento jurídico brasileiro relacionados ao silêncio administrativo.....	59
4	EFEITOS JURÍDICOS DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO DECORRENTES DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO LEGISLATIVA.....	64
4.1	Fato jurídico enquanto metalinguagem do fato social.....	64
4.2	Exercício da função legislativa e o silêncio administrativo.....	65
4.3	Efeitos positivos do silêncio administrativo por meio do exercício da função legislativa.....	69
4.3.1	A NATUREZA JURÍDICA DOS EFEITOS POSITIVOS DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO POR MEIO DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO LEGISLATIVA.....	70
4.3.2	EXEMPLOS DE EFEITOS POSITIVOS AO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO DECORRENTES DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO LEGISLATIVA.....	73
4.3.2.1	A Lei Federal nº 10.522 – parcelamento de obrigações pecuniárias.....	73
4.3.2.2	A Lei Complementar Federal nº 123 – estatuto nacional da microempresa e da empresa de pequeno porte.....	75
4.3.2.3	Decreto Federal nº 84.398 – ocupação de faixas de domínio público.....	77
4.4	Efeitos negativos do silêncio administrativo por meio do exercício da função legislativa.....	78
4.4.1	A NATUREZA JURÍDICA DOS EFEITOS NEGATIVOS DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO POR MEIO DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO LEGISLATIVA.....	79
4.4.1.2	Exemplos de efeitos negativos ao silêncio administrativo decorrentes do	

	exercício da função legislativa.....	82
4.4.1.2.1	<i>A Lei Federal nº 6.766 de 1979 – parcelamento de solo urbano.....</i>	82
4.4.1.2.2	<i>A Lei nº 10.177 do Estado de São Paulo – lei de processo administrativo em âmbito estadual.....</i>	84
4.4.1.2.3	<i>A Lei Complementar nº 303 do Estado do Rio Grande do Norte – lei de processo administrativo em âmbito estadual.....</i>	85
4.4.1.2.4	<i>A Lei nº 9.507 – Disciplina o rito processual do Habeas Data</i>	86
4.5	Limites ao exercício funcional legislativo em matéria de efeitos ao silêncio administrativo.....	87
4.5.1	LIMITE OBJETIVO DE MARCO TEMPORAL AO EXERCÍCIO FUNCIONAL LEGISLATIVO EM MATÉRIA DE EFEITOS AO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO	88
4.5.2	LIMITE PRINCIPOLÓGICO AO EXERCÍCIO FUNCIONAL LEGISLATIVO EM MATÉRIA DE EFEITOS AO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO	88
4.5.3	LIMITE ESPECÍFICO AO EXERCÍCIO FUNCIONAL LEGISLATIVO EM MATÉRIA DE EFEITOS POSITIVOS AO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO	89
4.6	O exercício funcional legislativo e a possibilidade de inconstitucionalidade inerente à atribuição de efeitos ao silêncio administrativo.....	89
4.6.1	A LEI Nº 11.079 – FUNDO GARANTIDOR DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS.....	90
4.7	Considerações finais acerca do exercício funcional legislativo.....	93
5	O CONTROLE DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO.....	96
5.1	O exercício funcional jurisdicional.....	96
5.2	O exercício funcional jurisdicional e o controle do silêncio administrativo.....	98
5.2.1	O EXERCÍCIO FUNCIONAL JURISDICIONAL E O CONTROLE DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO EM RELAÇÃO A ATOS VINCULADOS E ATOS DISCRICIONÁRIOS.....	100
5.2.1.1	O silêncio administrativo e a teoria da troca de sujeito.....	102
5.3	Responsabilidade estatal e silêncio administrativo.....	108
5.3.1	MARCO TEMPORAL DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO DECORRENTE DE SILÊNCIO ADMINISTRATIVO.....	109
5.3.2	RESPONSABILIDADE PESSOAL DO GESTOR EM FACE DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO.....	111
5.5	Controle do silêncio administrativo em razão do exercício funcional da Administração Pública.....	112
5.5.1	EXERCÍCIO FUNCIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA REALIZADO MEDIANTE CONTROLE POSTERIOR DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO.....	113
5.5.2	EXERCÍCIO FUNCIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA REALIZADO MEDIANTE CONTROLE ANTERIOR AO ESTABELECIMENTO DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO.....	116
	CONCLUSÕES.....	118
	REFERÊNCIAS.....	123

INTRODUÇÃO

O linguista russo, Roman Jakobson, conceitua a *comunicação* como uma “[...] transmissão, por um agente emissor, de uma mensagem veiculada por um canal, para um agente receptor, segundo código comum e dentro de um contexto”.¹ A partir do conceito suscitado, conseguimos identificar seis elementos intrínsecos ao processo comunicacional, quais sejam: o remetente, o destinatário, a mensagem, um contexto, um código e um canal físico.

Imaginemos o cenário de um processo administrativo. Nele é possível firmarmos o estabelecimento de um paralelo pautado na interlocução entre a Administração Pública e o administrado, em que, quando há completude comunicacional, estarão presentes os seis elementos acima descritos.² Todavia, no caminho oposto, a falta de qualquer um dos componentes suscitados, usualmente, implica no fracasso do diálogo estabelecido entre as partes.

Então, o silêncio administrativo³, em nossa opinião, é o resultado de uma impossibilidade de integralização comunicacional – ante a falta de um elemento básico a esta: a mensagem, que no caso da Administração Pública, comumente, extroverte-se por meio de atos administrativos. A compreensão do Direito a partir de uma perspectiva comunicacional argumentativa não constitui novidade na Ciência Jurídica pátria. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, por exemplo, defende a ideia de que o discurso jurídico determina uma dinâmica descontínua e interdependente, que força a conexão das partes, dentre outras formas, mediante relações formadas a partir de cooperação, exigência e concessão.⁴

¹ JAKOBSON, Roman. *Linguística e comunicação*. Tradução de José Paulo Paes e Isidoro Blikstein, São Paulo: Cultrix, 1991, p. 123.

² Ressaltamos que esta interpretação não é pacífica, mas, por exemplo, podemos ter: (I) as posições de remetente e destinatário, ocupadas tanto pela Administração como pelo administrado – há uma situação de reciprocidade entre ambos; (II) a mensagem é expedida pelo administrado – seja uma solicitação ou uma resposta, por exemplo, bem como pela Administração, por meio de seus atos administrativos que veiculam suas decisões, por exemplo; (III) o contexto é o ordenamento jurídico regulado pela Constituição Federal de 1988; (IV) o código é a língua portuguesa; (V) e o canal físico, que liga receptor e destinatário, é o processo administrativo.

³ Advertimos que usaremos como sinônimo de silêncio administrativo, no presente estudo, os seguintes termos: “inatividade formal específica do Estado” e “omissão formal específica do Estado”.

⁴ Nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Júnior: “Por isso, o discurso jurídico, enquanto discussão contra, isto é, aquela em que a função da fundamentação é configurar o conflito, possibilitando a decisão, estabelece entre as partes uma interdependência descontínua e dinâmica, que as força a cooperar, a ceder, a exigir, etc. Segue-se daí uma constelação de relacionamentos em que as táticas do discurso configuram estratégias por meio das quais cada parte está obrigada não só a levar em conta a estratégia da outra, mas também a planejar seu comportamento, não apenas em função de cada

É nesse contexto que o presente trabalho tem a intenção de analisar o regime jurídico do silêncio administrativo – tendo em vista, primordialmente, o Direito positivo brasileiro. A observação tem a intenção de revelar o método de abordagem de nossa análise, qual seja: a verificação da inatividade formal específica enquadrada no sistema jurídico de Direito positivo do Brasil – o que nos afasta, não em absoluto, de um método analítico de modelo teórico hermenêutico, inserido dentro de um contexto político e social, conforme preleciona Fernando Dias Menezes de Almeida.⁵

Sabemos que o tema não é novidade dentro do estudo da Ciência do Direito, contudo, a temática é, certamente, atual.⁶ Não se faz necessário à utilização de dados empíricos para sabermos que o silêncio administrativo ocorre nas mais variadas esferas do Estado – seja

processo singular, mas, sobretudo, em função de processos futuros. O discurso jurídico obriga, nesse sentido, as partes à generalização *prospectiva* das perspectivas. As perspectivas são generalizadas prospectivamente na medida em que a elas é atribuída uma validade de valorização, se necessária, contrafática. Nelas se exprime uma pretensão de comportamento que pode ser assumida também com referência a comportamentos divergentes. Daí a ambivalência do discurso jurídico, onde se combinam o fático e o contrafático, este no sentido de uma eventual decepção, que é generalizada concomitantemente.” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva 1997, p. 64, grifo do autor). O plano teórico apresentado pelo autor gira em torno de uma classificação à qual ele atribui os termos denominados: “discussão-com” e “discussão-contra”. Para este, o discurso jurídico seria uma “discussão-contra”, pois sua argumentação intenciona a persuasão, diferentemente da “discussão-com”, cuja intenção é o convencimento. (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva 1997, p. 34 - 40).

⁵ Acerca das formas de análise de fenômenos jurídicos, Fernando Dias Menezes de Almeida realça: “São, pois, abordagens diferentes de método: a) a análise de institutos enquadrados em sistemas jurídicos de direito positivo; e b) a análise de modelos teóricos hermenêuticos inseridos em contexto político-social de que resulta a preeminência de determinados valores”. (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Formação da teoria do direito administrativo no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin. 2015, p. 167). Devemos observar que a existência de dois modelos de abordagem, em realidade, não implica uma separação absoluta entre eles, pois, conforme Menezes de Almeida assevera: “A questão, contudo, torna-se mais complexa na medida em que se constata que direito positivo e teoria do direito sofrem, como já frisado, influências recíprocas.” (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Formação da teoria do direito administrativo no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin. 2015, p. 170).

⁶ Tércio Sampaio Ferraz Júnior afirma que “[...] a ciência é constituída de um conjunto de enunciados que visa transmitir, de modo altamente adequado, informações verdadeiras sobre o que existe, existiu ou existirá” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A Ciência do direito**. 2. ed. São Paulo, Atlas, 1980, p. 10). Desde já, diante da controvérsia existente acerca de o Direito ser ou não uma ciência, posicionamo-nos pela sua cientificidade. Para nós, se por um lado há um forte caráter operativo diante da existência do Direito, por outro, a partir do momento em que este é estudado por meio de um viés sistemático, de enunciados intuídos pela transmissão de informações adequadas e verdadeiras sobre o que existe, inequivocamente, então vislumbramos a face científica do Direito. Acerca do tema, Miguel Reale aduz: “Nosso primeiro dever é crer no Direito, não apenas na Justiça como valor a ser idealizado, mas na dignidade do Direito como ciência, como forma de sabedoria que encontra em si mesmo a sua razão de ser, e que, quanto mais olha para o passado, mais sente crescer a confiança em suas possibilidades. (REALE, Miguel. De dignitate jurisprudentiae. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 46, 1951, p. 179).

municipal, estadual ou federal –, bem como recebe as mais diversas formas de tratamento de juridicização – visto que estabelece relações com os exercícios funcionais das três competências estatais: Legislativo, Judiciário e Executivo.

A inatividade formal específica da Administração Pública decorre de diversos fatores. Podemos citar, a título ilustrativo, a multiplicação do volume físico e virtual de requerimentos administrativos – em uma sociedade cada vez mais complexa –, bem como a ausência de mecanismos – ou da aplicação destes – de controle sobre os agentes públicos, no exercício de suas funções – ou na omissão destas. Todavia, a relação paradoxal constituída com o crescimento da máquina estatal – que não obstante seu aumento, continua a demonstrar vícios funcionais, a exemplo de faltas no tocante ao dever de decidir motivadamente em âmbito procedimental administrativo – revela um problema grave, a exigir resposta jurídica em favor dos administrados, qual seja: o silêncio administrativo.

Portanto, a partir da pertinência pragmática do tema exposto, justificamos a importância do seu exame por meio do viés dogmático: a Constituição Federal de 1988, enquanto norma suprema – determinante das finalidades funcionais do Estado – do ordenamento jurídico brasileiro. Adiantamos que a premissa apresentado revela, necessariamente, um caminho bidimensional a ser transitado, pois, se por um lado o regime jurídico do silêncio administrativo será examinado a partir da Constituição de 1988, por outro lado, igualmente, será averiguado por meio da perspectiva instrumental de alcance das finalidades constitucionais.

Ressaltamos, mais uma vez, o fato de que observaremos o objeto em estudo mediante a inspeção dos princípios jurídicos e regras jurídicas do direito pátrio. Acreditamos ser essa uma ressalva importante, porquanto muito da Ciência desenvolvida acerca do tema, até o momento, parte de importações doutrinárias de direito comparado – o que, normalmente, acaba por lapidar uma perspectiva científica e pragmática errônea, quando introduzida ao sistema jurídico nacional sem as devidas adequações. As ideias desenvolvidas, frisamos, desenvolvem-se a partir do – e para o – sistema constitucional brasileiro vigente. Aspectos acerca do silêncio administrativo desinentes à composição de ordenamentos jurídicos internacionais, quando observados, terão caráter informativo no intuito de estabelecer paralelos entre os horizontes tratados.⁷

⁷ As palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello nos induz a reflexão: “Institutos do Direito Alienígena, e que foram concebidos, como é natural, em vista das vicissitudes históricas do país que os engendrou, são repetidos no Brasil com a máxima ingenuidade, embora não tenham a mais remota correlação com a nossa realidade jurídica, e algumas vezes se encontrem, mesmo, em aberto contraste

Desta forma, dividimos a exposição em cinco capítulos. Nos dois primeiros apresentamos as premissas conceituais básicas utilizadas como fundamento de toda a análise, pois tais pressupostos são utilizados durante a totalidade do discurso científico apresentado – neles contendo os instrumentos de compreensão e diálogo, aos quais firmaremos nossas conclusões. Em seguida, nos três capítulos seguintes, relacionamos as premissas firmadas ao objeto central do estudo, ou seja: o silêncio administrativo.

Destarte, no primeiro capítulo, tratamos do ponto de partida do presente estudo – ou seja, a Constituição Federal de 1988 –, bem como também acerca de *premissas neoconstitucionais* adotados por nós e que, portanto, relacionam-se com o que é a nossa visão global do Direito positivo nacional.⁸ Estas ideias direcionarão o norte da pesquisa desenvolvida e delimitarão a forma como utilizamos os conceitos de norma jurídica, regra jurídica e princípio jurídico. Assim sendo, tendo em vista o fato de que o estudo se propõe a uma análise do ordenamento jurídico brasileiro, achamos necessário estabelecer as compreensões cimentadas a partir dos limites conceituais utilizados por nós, de modo que elas resembram claras e precisas ao debate.

No segundo capítulo, igualmente delineado pela intenção de firmar premissas científicas fundamentais à análise, trabalhamos uma conceituação do exercício funcional estatal para, a partir de então, delimitarmos a compreensão da atividade funcional administrativa – segundo uma perspectiva formal e substancial. Esclarecemos que, em concorrência lógica com os pressupostos adotados, a forma executória das decisões administrativas será abordada por meio do viés da ponderação de interesses públicos. Logo, isto nos obrigará a analisar, ainda que de maneira instrumental, o exercício de competências discricionárias e o exercício de competências vinculadas – inerentes à concepção do labor funcional do Estado.

Ponderamos que os dois primeiros capítulos do trabalho se concentram em estabelecer argumentações lógicas acerca das premissas científicas utilizadas. Desta forma, os temas abordados serão verificados não à exaustão, mas nos limites práticos para análise do tema central do presente estudo. Assim sendo, nossa intenção com os dois capítulos iniciais é

com o que resulta das disposições constitucionais pátrias.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014 p. 1088).

⁸ Ressaltamos a utilização “de pressupostos neoconstitucionais”, e não “dos pressupostos neoconstitucionais”, pois, conforme suscitado, acreditamos inexistir uma “teoria neoconstitucionalista” estrita e delimitada. Ao contrário, para nós, há uma generalidade de pressupostos que podem ser aglutinados, em razão de suas compatibilidades, a partir de perspectivas neoconstitucionais.

externar o contorno claro de nossas ideias – oportunizando uma reflexão crítica acerca do estudo por parte do leitor – para, a partir de então, estabelecermos uma dialética construtiva com a Ciência do Direito – até o momento desenvolvida.

Em seguida, direcionamos nosso foco ao estudo do regime jurídico da inatividade formal específica do Estado. No terceiro capítulo, estabelecemos uma diferenciação entre a omissão estatal e o silêncio administrativo, bem como analisamos a natureza jurídica do último – tendo em vista a discussão ainda não pacificada acerca de ser o mesmo ato ou fato jurídico. Aprofundando-nos ao tema do fato jurídico, aproveitamos a discussão para estabelecermos algumas perspectivas linguísticas de intrínseca conexão com a compreensão científica e pragmática do Direito, para então fixarmos uma diferenciação entre o silêncio administrativo, o ato implícito e o ato tácito. Finalmente, ressaltamos algumas normas jurídicas do Direito pátrio – ou seja, princípios e regras – relacionadas ao silêncio administrativo. Estas nos ajudarão a determinar, com precisão, uma consciência do tema a partir da seguinte ideia: os efeitos jurídicos do silêncio administrativo, diante do sistema normativo brasileiro, são, em verdade, garantias estabelecidas ao administrado.

O quarto capítulo tem como tema central os efeitos jurídicos do silêncio administrativo, estabelecidos mediante o exercício funcional legislativo. Se por um lado inexistente lei a versar e a estabelecer contornos explicativos específicos ao silêncio administrativo, por outro, inequivocamente, há variada gama legal a atribuir efeitos à inatividade formal do Estado. Habitualmente, deparamo-nos com o efeito negativo do silêncio; ou seja, o efeito jurídico que atribui carga de negação ao requerimento do administrado. Todavia, no sistema normativo brasileiro, existem ainda os efeitos jurídicos positivos, ou seja, aqueles que legitimam ao administrado a realização do que fora pleiteado – dentro de um âmbito procedimental – sem, contudo, receber resposta. Julgamos oportuno consubstanciarmos uma análise detida de legislações acerca do tema, bem como princípios jurídicos que, fundamentalmente, estão relacionados ao objeto em questão.

No quinto e último capítulo, debruçamo-nos acerca do controle da omissão específica do Estado. Dois são os pilares principais apresentados: o controle a partir do exercício funcional jurisdicional, e o controle por meio do exercício funcional executivo. Analisamos os limites de atuação da função judiciária, mais especificamente no âmbito da discussão decisória de competências vinculadas e discricionárias, estabelecendo os seus contornos com temas a eles relacionados, por exemplo: a *teoria da troca de sujeito*, a responsabilidade estatal e a responsabilidade do agente público no silêncio administrativo. Finalmente, concluímos a

pesquisa desenvolvida com a temática do controle administrativo do silêncio – abordando, mais uma vez, a perspectiva do exercício funcional.

1 PREMISSAS INERENTES AO ESTUDO DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

1.1 O Estado a partir da Constituição

Cresce, no âmbito da Ciência do Direito, a difusão de estudos fundamentados em premissas *neoconstitucionais*. Pelo uso corriqueiro do termo, muitas vezes, temos a impressão de existir uma “teoria *neoconstitucional*” definida por contornos claros, específicos e homogêneos. Todavia, esta não é a realidade, visto que há grande número de pesquisadores se debruçando acerca do tema, bem como uma infinidade de perspectivas passíveis de serem abordadas, questionadas e verificadas nos novos estudos inerentes ao Direito Constitucional – e suas relações com as demais áreas da Ciência Jurídica.⁹

Partimos do pressuposto de que não existe “a teoria *neoconstitucionalista*”, como se esta fosse própria ou exclusiva. Contudo, entendemos ser possível o estabelecimento de alguns aspectos que, comumente, podem ser aglutinados e trabalhados genericamente no que entendemos por *neoconstitucionalismo*. Neste sentido, passamos a analisar aspectos que, para nós, estão invariavelmente ligados às perspectivas do *neoconstitucionalismo*, e que, sem dúvida alguma, são premissas basilares relacionadas diretamente ao estudo do Direito Administrativo.¹⁰

A primeira premissa adotada por nós é a de que o conceito de Constituição estabelece uma *técnica específica de limitação de poder*¹¹ que, além de linde, igualmente é norma

⁹ Paulo Gustavo Gonet Branco, em importante observação, aduz: “O termo *neoconstitucionalismo* não pode levar ao equívoco de supor todos os autores empenhados na análise do Estado de Direito fundado numa Constituição dotada de conteúdo axiológico e protegida por um sistema de controle da efetividade dos seus comandos partilhem integralmente das mesmas expectativas que esses fenômenos do Estado do pós-guerra podem ensejar, nem tampouco que propugnem as mesmas soluções para os problemas que devem ser enfrentados.” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 130, grifo do autor).

¹⁰ A título exemplificativo, podemos utilizar as lições de Rufino do Vale, que pontuou algumas perspectivas teóricas comumente associadas as reflexões científicas neoconstitucionalistas, quais sejam: “a) a importância dada aos princípios e valores como componentes elementares dos sistemas jurídicos constitucionalizados; b) a ponderação como método de interpretação/aplicação dos princípios e de resolução dos conflitos entre valores e bens constitucionais; c) a compreensão da Constituição como norma que irradia efeitos por todo o ordenamento jurídico, condicionando toda a atividade jurídica e política dos poderes do Estado e até mesmo dos particulares em suas relações privadas; d) o protagonismo dos juízes em relação ao legislador na tarefa de interpretar a Constituição; e) enfim, a aceitação de alguma conexão entre Direito e Moral.” (VALE, André Rufino do. Aspectos do neoconstitucionalismo. **Revista de Direito Público**, Porto Alegre: Síntese/IOB/IDP, n. 14, 2007).

¹¹ A expressão é utilizada por José Joaquim Gomes Canotilho. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2008, p. 51). Embora tenha nascido com o constitucionalismo, a ideia da Constituição como instrumento de limitação de poder estatal, indubitavelmente, subsiste na expressão caracterizadora do modelo

jurídica fundamental, assim demonstrando *status* de supremacia. Com relação ao ordenamento jurídico brasileiro, podemos firmar que a Constituição Federal de 1988 comunica-se com as diversas normas jurídicas dela decorrentes, e com elas, estabelecendo uma relação de subordinação – dentro de um sistema e mediante relação hierárquica.

Desta forma, podemos afirmar que a norma jurídica fundamental, promulgada em 1988, designa finalidades, determina limitações à atuação de todas as atividades inerentes ao Estado, bem como, da mesma forma, irradia força gerencial às relações privadas, no tocante ao dever de subordinação destas, integralmente, à constituição brasileira. Tais elementos determinam uma nova compreensão jurídica que, além da legalidade, está subordinada a uma compreensão de juridicidade.¹²

A partir de então, adotamos o seguinte posicionamento: as relações jurídicas estabelecidas dentro do Estado brasileiro exigem, implícita ou explicitamente, uma argumentação jurídica racional constitucional – seja no exercício das competências funcionais do Estado, seja nas relações formadas em âmbito privado –, de forma que tal proposta argumentativa é, em verdade, um mecanismo central para resolução dos problemas instituídos no interior de nossa democracia – além de ser uma forma de legitimação das normas jurídicas soberanamente estipuladas.¹³

neoconstitucional. Vejamos o artigo 16 da Declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação de Poderes não tem Constituição.” Do citado artigo, ao menos no tocante ao modelo jurídico brasileiro, verificamos que as concepções inerentes à garantia de direitos e a separação das funções estatais perduram até os dias atuais.

¹² Acerca da nova perspectiva jurídica que apresenta ao sistema normativo brasileiro, Mariana de Siqueira aduz: “Vive-se agora o estado da pluralidade normativa, onde o Direito enxerga o dever ser para além da ideia de lei, possui a Constituição como seu ponto central, diferencia competência normativa e legislativa, reconhece a limitação da linguagem, a relevância da interpretação na construção das normas e concebe a força normativa dos princípios. A reunião desses elementos teóricos acaba por abrir espaço considerável à revisão da ideia mais tradicional de legalidade administrativa, fazendo nascer a visão contemporânea de juridicidade administrativa, olhar novel conformado precipuamente pela Constituição.” (SIQUEIRA, Mariana de. Interesse público no direito administrativo brasileiro: da construção da moldura à composição da pintura. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 127 – 128).

¹³ A compreensão apresentada decorre da doutrina de Robert Alexy, quando o professor afirma: “O estabelecimento de um estado democrático constitucional cria um contexto institucional para solução de problemas jurídicos. A legislação legitimada democraticamente é, ao lado do controle de constitucionalidade, o instrumento principal. Entretanto, esse quadro precisa ser preenchido. O mecanismo para fazê-lo é a argumentação jurídica ou o discurso jurídico. A dupla natureza da argumentação jurídica é expressada pela tese do caso especial. Essa tese afirma que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. O discurso prático geral é um discurso não institucionalizado sobre questões práticas. Enquanto discurso prático geral, ele compreende todos os tipos de argumentos práticos não autorizativos; ou seja, argumentos morais relacionados à justiça e a direitos, assim como argumentos éticos relacionados às identidades individual e coletiva, e a argumentos pragmáticos que expressam a racionalidade meio-fim. Os argumentos morais têm

Para nós, a argumentação jurídica racional deriva de uma concepção pertinente ao exercício ponderativo antecedente à realização de cada ação humana juridicizada. Desta forma, em conclusão, podemos formular mais uma premissa fundamental a nossas ideias, qual seja: as interpretações e as aplicações do Direito, no ordenamento jurídico brasileiro, decorrem da ponderação de interesses constitucionais. Portanto, as decisões tomadas no cerne de atividades funcionais, obrigatoriamente, devem ser viabilizadas por meio de argumentações racionais, sempre em acordo com a Constituição Federal de 1988.

1.2 Norma Jurídica

Partindo das premissas firmadas, passamos a designar o que entendemos por norma jurídica¹⁴ – esta, essencialmente, o objeto de estudo da Ciência do Direito.¹⁵ Uma norma jurídica, necessariamente, deriva de uma imposição humana, pois é uma norma de comportamento. Todavia, difere completamente de qualquer outra norma humana – como normas religiosas, por exemplo –, ante o seu âmbito de tutela jurisdicional.¹⁶ Nestes termos, a

prioridade, pois eles representam o ponto de vista universal. Isso não significa, contudo, que seu conteúdo não possa depender de outros argumentos. O discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral porque ele está comprometido com a lei, o precedente e a dogmática. Esses compromissos representam o lado real ou autoritativo do discurso jurídico.” (ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Grupo Editorial Nacional, 2014, p. 318-319).

¹⁴ Observamos que o conceito de “norma”, em si mesmo, é genérico. É possível destacarmos um sentido *lato* ao conceito de norma, verdadeiro padrão relacionado à ocorrência de um determinado fenômeno. Bem como é igualmente possível considerarmos seu sentido estrito – em que a norma pode decorrer de uma estipulação natural ou de uma determinação humana. O primeiro sentido respeitará o princípio da causalidade, e se relaciona a uma norma natural; já o segundo sentido respeitará o princípio da imputação, portanto, estando relacionado a normas de comportamento. Acerca do tema: Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 84-91.

¹⁵ Adotamos o seguinte posicionamento: a Ciência do Direito tem como objeto o conjunto de normas válidas em determinado sistema, portanto, no estudo em análise, o objeto da Ciência do Direito será o conjunto de normas válidas inseridas no ordenamento jurídico brasileiro. Sobre o tema: CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010a, p. 44-45.

¹⁶ Em seu artigo intitulado “O direito quântico”, Goffredo Telles Junior realçou a diferenciação entre as normas jurídicas e as demais normas de comportamento humano. Assevera o autor que “[...] sejam ou não sejam jurídicas, todas as normas são mandamentos. Todas as normas são imperativos. Algumas imperam mais do que outras. Uma mal imperam, como por exemplo, a norma que manda rezar. Outras imperam soberanamente, como por exemplo, a norma que manda pagar o que é devido. Tanto são mandamentos e imperativos as normas, que somente vigoram no mundo subjetivo das consciências, como as que fixam as diretrizes do comportamento em sociedade. A imperatividade distingue as fórmulas do comportamento humano das fórmulas do comportamento dos outros seres. Mas somente a norma jurídica é um autorizamento. Diferentemente das demais, somente ela autoriza o lesado pela sua violação a exigir o seu cumprimento; ou a exigir a reparação do mal sofrido. Nenhuma norma não jurídica constitui um autorizamento desse tipo. E a razão de tal fato está em que a norma jurídica é a que somente se refere a ações oficialmente exigíveis e oficialmente proibidas” (TELLES

estipulação lógica de uma norma jurídica obedece à fórmula “ $H \rightarrow C$ ” – “se hipótese, então consequência”. Por conseguinte, para nós, norma jurídica é uma determinação passível de tutela jurisdicional em que o antecedente se liga ao consequente por meio de um vínculo deôntico – este, consubstanciado em modal proibido, permitido, obrigatório.¹⁷

Apesar da compreensão conceitual adotada, sabemos que a Ciência do Direito desenvolveu – e desenvolve – uma gama classificatória acerca do entendimento das normas jurídicas.¹⁸ Na presente análise, trataremos especificamente do arranjo categórico impositivo de diferenciação estabelecida entre regras e princípios, estes como espécies do gênero norma jurídica. E a partir deste, fundamentaremos os pressupostos que permearão o trabalho desde o capítulo introdutório até a conclusão. Adiantamos que, ao alocarmos os princípios jurídicos e as regras jurídicas no âmbito das espécies normativas, desde já, garantimos o entendimento de que ambos detêm caráter normativo – conforme modelo “ $H \rightarrow C$ ”.¹⁹

Isto posto, para nós, a dessemelhança entre as espécies acima citadas apresenta-se no plexo do domínio qualitativo, pois as regras, genericamente, são efetivadas dentro de um ordenamento a partir de uma maneira materializada ao modo “tudo ou nada”²⁰, diferentemente dos princípios que são normas ordenadoras de uma aplicação tomada sempre na maior “medida possível”.²¹ Assim sendo, passadas as considerações iniciais, por nós adotadas, acerca do conteúdo conceitual de norma jurídica, deter-nos-emos especificamente acerca de suas espécies.²²

Júnior, Gofredo. O direito quântico. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 68, n. 1. 1973, p. 61-62).

¹⁷ Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da norma tributária**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 48.

¹⁸ Clássica é a lição de Genaro Rubén Carrió ao explicitar a inexistência de classificações verdadeiras ou falsas, tendo em vista que, em realidade, classificações dividem-se em úteis e inúteis. (CARRIÓ, Genaro Rubén. *Notas sobre Derecho y lenguaje*. 4. ed. corrige y aum, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 99). Portanto, neste sentido, poderíamos citar, a título exemplificativo, a classificação de normas jurídicas diferenciadas em gerais, individuais, abstratas e concretas, de autoria do jusfilósofo italiano Norberto Bobbio. (BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: Edipro, 2001, p. 178 - 185).

¹⁹ Robert Alexy preleciona: “Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para o juízo concreto do dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.” (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87).

²⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 29.

²¹ ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica*. **Doxa**, v. 5, 1988.

²² A doutrina de Dworkin, bem como a de Robert Alexy, destaca-se por estabelecer regras e princípios enquanto espécies do gênero norma jurídica; e, além disto, conforme também seguimos, caracteriza-se por, à primeira vista, determinar tais espécies como categorias com aspectos perfeitamente delineados.

1.2.1 REGRAS JURÍDICAS

Ronald Dworkin teve extrema felicidade em desenvolver e sustentar, em termos científicos, um paradigma essencialmente diferenciado do que ele chamava de “positivismo jurídico” para a compreensão do Direito.²³ Crítico do modelo jurídico positivista e fundamentado em estudos acerca das regras jurídicas, o *jusfilósofo* americano sustentou que “o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e a sua noção central de um único teste fundamental para o Direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras.”²⁴

Neste sentido, a doutrina sustentada por Dworkin, trabalhando em um campo de diferenciação qualitativa, caracterizou-se pela disposição aplicativa das regras jurídicas “à maneira do tudo ou nada.” Desta forma asseverou o autor, quanto à validade e aplicação das regras jurídicas, que: “Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e

Vislumbramos uma diferenciação qualitativa no modo de aplicação das espécies – de modo que princípios são aplicados por meio de ponderação e regras por meio de subsunção – e na maneira de suas positivações. Isto porque princípios prescrevem alcance de fins; e as regras determinam os meios para a concretização destes. Concordamos que essa diferenciação clara e estanque, principalmente quanto ao modo de aplicação das normas, não é necessariamente verdadeira, mas foi pioneira, e extremamente importante, para indicar o valor normativo dos princípios jurídicos. O grande mérito dos autores, em nossa opinião, está no fato de suas doutrinas possibilitarem a compreensão de que os princípios, assim como as regras, são normas jurídicas, porém não acreditamos que tais classificações são estanques ou absolutas. Da análise científica utilizada no estudo do professor alemão, por exemplo, podemos perceber que, em realidade, inexistente uma separação perfeita entre regra e princípio. A própria “lei da colisão” prelecionada por Alexy, conforme veremos nas próximas linhas – mais precisamente no item 1.2.2.3 do presente capítulo –, nos impede de entender a classificação das regras e dos princípios como algo inflexível, com limites estritamente estabelecidos. Assim, em bora não seja perfeitamente “verdadeira” a cisão precisa entre as espécies da norma, entendemos que a classificação proposta – enquanto *caricatura*, nas palavras de Ricardo Marcondes Martins –, na verdade, facilita a assimilação do conteúdo levado ao cientista do Direito – principalmente no primeiro contato da matéria, o que demonstra o mérito didático da proposta. Por este motivo argumentamos sua defesa no presente trabalho – e a explicitamos – ante a certeza de sua relevância didática na presente análise. Acerca da observação realizada: MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 34.

²³ Quanto a algumas concepções positivistas combatidas por Dworkin, cabe destacar: (I) separação entre direito e moral; (II) discricionariedade do Poder judiciário em suas decisões. Em relação à primeira, o jurista americano combatia veementemente tal separação, visto que, para ele, os direitos nascem tanto da história quanto da moralidade. E, portanto, a separação entre moral e direito seria completamente ilógica. Neste sentido, Dworkin integra os princípios como inerentes a arranjos morais, ao seu entendimento de sistema jurídico. Em outra via relacionada à discricionariedade do judiciário, Dworkin igualmente a combatia rejeitando, desta forma, a possibilidade de existência de soluções diversas válidas, pois a integralidade do direito, diante da coerência dos valores morais da comunidade, pode, sim, indicar um resultado preciso na decisão do magistrado – ao menos diante de condições ideais, conforme a metáfora do “juiz Hércules”, criada pelo próprio jusfilósofo. *Vide*: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

²⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.”²⁵

De acordo com o pensamento de Dworkin, apresentados os fatos estipulados por uma regra, então ela será inválida ou válida, revogada ou não revogada. Para o autor, impossível seria, em dado ordenamento jurídico, uma antinomia real de regras, pois diante da disparidade de duas regras, por exemplo, uma irá se sobrepujar à outra. Logo, o questionamento não passaria pela escolha de uma regra mais ou menos importante, mas simplesmente envolveria uma questão de estarmos diante de duas regras: uma válida e outra inválida em relação ao mesmo sistema de regras, diante de uma aplicação disjuntiva das mesmas.²⁶

Robert Alexy, manifestando-se também acerca do conflito entre regras, expõe uma resolução a partir da declaração de invalidade entre aquelas conflitantes, bem como exprime igualmente a possibilidade de uma solução por meio de cláusula de exceção. Neste sentido, o professor alemão afirma que a determinação das regras se dá por meio do âmbito do fático e do juridicamente possível.²⁷

1.2.2 PRINCÍPIOS JURÍDICOS

O tema dos princípios jurídicos tem recebido bastante atenção – principalmente com o desenvolvimento das mais diversas perspectivas científicas pós-positivistas –, apesar de sabermos que a utilização do termo polissêmico “princípio” não é novidade no estudo do Direito pátrio. Isto, principalmente, quando temos em vista o fato de que a utilização da palavra – ao longo dos anos – expressou uma série de significações. Então, com a intenção de aclarar o significado utilizado, exporemos o sentido atribuído por nós quando da utilização do termo.

No presente trabalho, adotamos uma classificação empreendida pelo professor Ricardo Marcondes Martins, que, genericamente, sustenta três fases distintas para utilização do conceito de “princípio”. De acordo com o referido professor, na primeira fase da acepção do

²⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 29.

²⁶ Em perspectiva semelhante, na obra “teoria do ordenamento jurídico”, Norberto Bobbio apresenta uma sistematização de antinomia de regras, em que demonstra ser possível, dentro de um mesmo ordenamento jurídico: (I) uma regra permitir fazer algo que outra proíbe; (II) uma regra determinar algo em face de um preceito que, meramente, permite a mesma coisa; e, por fim, (III) uma regra permitir um “não fazer”, em detrimento de outra que obriga determinado comportamento contrário. (BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1995, p. 81).

²⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 92.

termo, o sentido da palavra princípio está relacionado com matérias gerais de determinada ciência. Desta forma, na primeira fase, o autor que se referia aos princípios do Direito Administrativo fazia referência à generalidade de temas basilares à matéria, como, por exemplo: atos administrativos, serviços públicos, servidores públicos ou contratos administrativos.²⁸

Posteriormente, na segunda fase, momento de sensível evolução, o conceito de princípio passa a ser entendido como enunciado do direito positivo estruturante do sistema normativo. Neste contexto, os princípios seriam as bases, os alicerces do sistema jurídico e, então, estariam dotados de elevada carga valorativa, assim, fazendo parte do sistema normativo jurídico. Neste sentido, princípios são vetores de interpretação de todo o sistema, contudo sem estrutura normativa autônoma na forma “ $H \rightarrow C$ ”.²⁹ Destaca-se nesta fase, principalmente, a noção sistemática inerente à conceituação; ou seja, princípio enquanto vetor ordenador a fazer com que o sistema jurídico se estabeleça com contornos de unidade sistêmica.³⁰

Por fim, chegamos à terceira fase do conceito de princípio. Esta, influenciada pela doutrina de autores como Robert Alexy, passa a compreender o princípio jurídico enquanto “mandado de otimização”³¹; ou seja, algo a ser substanciado, efetivado ou realizado na maior medida possível. Princípio, nesta concepção, enuncia fins e não meios – como fazem as regras. Ele é espécie do gênero norma e possui estrutura lógica autônoma “ $H \rightarrow C$ ”³², logo, possui indubitavelmente valor normativo perante o ordenamento jurídico.³³

²⁸ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 28.

²⁹ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 28.

³⁰ O conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello representa com propriedade a perspectiva encampada pela “segunda fase” do conceito de princípio. Vejamos: “Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 53).

³¹ A expressão é do constitucionalista alemão, vejamos: “Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.” (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90, grifos do autor).

³² Concordamos com a proposta teórica apresentada por Ricardo Marcondes Martins para fundamentar a concepção conceitual de princípio jurídico enquanto norma formulada conforme o modelo $H \rightarrow C$. O professor paulista defende a seguinte ideia: princípios jurídicos são *normas de estrutura com dupla estrutura*. Isto porque se, por um lado, os princípios disciplinam a edição de regras jurídicas impondo

A característica peculiar dos princípios jurídicos, de acordo com a construção teórica apresentada, é a de que os mesmos não apresentam uma construção binária “válido/inválido”. Por mais que em determinados casos os princípios se mostrem aparentemente contrários, eles convivem dentro de um sistema jurídico e não se invalidam, mas prevalecem em maior ou menor grau, a depender da situação concreta. Neste sentido, princípios “[...] são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.”^{34 35}

A perspectiva de atribuir força normativa aos princípios jurídicos é pilar fundamental ao alcance da materialização constitucional. Os estudos apresentados na terceira fase do conceito de princípio foram, substancialmente, contrapontos às ideias positivistas, pois a partir deles conferiu-se, cientificamente, conteúdo axiológico³⁶ ao fenômeno jurídico. Desde então, os princípios passam a não ser mais compreendidos como meras figuras classificadas com baixa hierarquia nas fontes do Direito, porém, ao reverso: são normas jurídicas de observação obrigatória dentro do sistema de Direito positivo e, portanto, com conteúdo determinativo deontológico.³⁷

A classificação apresentada, em nossa opinião, é importante instrumento de compreensão das ideias aqui desenvolvidas, visto que a diversidade de contornos atribuídos

o dever de determinação de meios para alcance de fins – esta situação constituindo uma *hipótese* fechada com incidência pela edição; por outro lado, igualmente, princípios jurídicos incidem quando circunstâncias fáticas impõem a determinação de norma jurídica para concretização de um valor positivado e, portanto, nestes casos, por depender de uma situação fática, a *hipótese* da formulação $H \rightarrow C$ será aberta. Acerca do tema, Ricardo Marcondes Martins afirma: “Não é a edição da regra que implica a incidência do princípio, mas, pelo contrário, a incidência do princípio é que obriga a edição de uma regra. (MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 19-20).

³³ Robert Alexy assevera que a estrutura dos princípios jurídicos caracteriza-se pelo caráter deontológico de *dever ser* e, portanto, detém caráter de norma jurídica. (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 153).

³⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

³⁵ Proposta semelhante, parece-nos, é a de Ronald Dworkin, com a noção de atribuição de “peso” aos princípios jurídicos, de modo que estes possuem uma “[...] dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância. Quando princípios se inter cruzam aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.” (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36).

³⁶ Sobre do tema dos conceitos axiológicos e deontológicos, Robert Alexy aduz: “Exemplos de conceitos deontológicos são os conceitos de dever, proibição, permissão e direito de algo. Comum a esses conceitos, como será demonstrado mais adiante, é o fato de que podem ser reduzidos a um conceito deontológico básico, que é o conceito de dever ou de dever-ser. Já os conceitos *axiológicos* são caracterizados pelo fato de que seu conceito básico não é o dever ou o de dever-ser, mas o conceito de bom.” (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 145, grifo do autor).

³⁷ NOHARA, Irene Patrícia. **Limites à razoabilidade nos atos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 111.

pelos operadores do Direito à palavra “princípio”, genuinamente, impedem o seu entendimento a partir de uma perspectiva científica. Se por um lado defendemos o desuso do termo princípio em acordo com a primeira fase suscitada, por outro, em relação à segunda e à terceira fase, entendemos que estas perduram simultaneamente mesmo representando duas realidades distintas.

Isto porque da mesma forma que trabalhamos a ideia de princípios enquanto mandados de otimização – finalidades constitucionais que devem ser, obrigatoriamente, concretizadas –, igualmente analisamos a noção conceitual de princípio por outro viés, ou seja: a de vetor ordenador, unidade basilar a instituir o caráter sistêmico do Direito. Portanto, não obstante às realidades diversas, não defendemos a compreensão teórica da terceira fase do sentido de “princípio” como resultado supressivo da fase antecessora.³⁸

Entretanto, alertamos que em grande parte adotaremos a classificação dos princípios jurídicos empreendida por Robert Alexy, pois, em nossa opinião, ela facilita muito a compreensão do Direito a partir de uma perspectiva inerente à “Teoria da Argumentação Jurídica”.³⁹ Tendo em vista tal importância, explicitaremos a classificação mencionada com a certeza de que esta consubstancia valorosa instrumentalidade para o decorrer analítico do presente trabalho.

1.2.2.3 Classificação dos princípios jurídicos

Robert Alexy empreendeu uma classificação à qual podemos chamar bipartite dos princípios jurídicos – estabelecendo uma divisão entre princípios materiais e princípios formais. Quanto aos primeiros, no tangente ao conteúdo, o professor alemão desenvolveu uma subdivisão consistente em categorizar princípios relacionados a direitos individuais

³⁸ Cumpre ressaltar a observação de Ricardo Marcondes Martins: “[...] a terceira fase não consistiu na superação da terceira. Ambas se somaram. Quer dizer: o conceito de princípio da terceira fase não substituiu o conceito de princípio da segunda. Surgiu uma desastrosa ambiguidade na Ciência do Direito: princípio é o nome do mandamento nuclear do sistema e também é o nome do mandado de otimização, é o nome do enunciado lógico e é o nome de uma espécie de norma jurídica. Essa lição deve ser enfatizada: incide em lamentável equívoco quem considera que a segunda fase foi superada. Abdicar do segundo conceito de princípio seria abdicar da estrutura sistêmica do Direito e, pois, condenar a morte a Ciência Jurídica. O neoconstitucionalismo não importou em renúncia à concepção de princípios como vigas mestras, elementos nucleares, conceitos aglutinadores do conjunto normativo.” (MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 27).

³⁹ Para estudos mais específicos, vide: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Grupo Editorial Nacional, 2014.

(subjettivos) e princípios inerentes a bens coletivos.⁴⁰ Desta forma, de acordo com a fundamentação de Robert Alexy, visualizamos um catálogo tripartite empreendido por: princípios referentes a bens coletivos, princípios referentes a direitos individuais e princípios formais.

Ao tratar dos direitos subjettivos protegidos *prima facie*, Robert Alexy refere-se a princípios jurídicos ligados a direitos individuais cujos valores específicos – conteúdos – devem ser otimizados. Estes, pragmaticamente, podem ser vislumbrados, por exemplo, quando nos deparamos com casos que envolvem a proteção da privacidade, da honra ou da vida.⁴¹ ⁴² É interessante verificar a utilização do termo “*prima facie*”, pois, mediante a utilização deste, depreendemos inexistir um caráter absoluto de precedência entre princípios na teoria do professor de Kiel.⁴³

Discorrendo acerca do tema “bem coletivo”, Robert Alexy afirma que é mais fácil citar exemplos de princípios materiais de bens coletivos, que construir propriamente um conceito para tal.⁴⁴ O professor alemão estabelece três dimensões inerentes ao conteúdo de bem coletivo, quais sejam: caráter de não distributividade – impossibilidade de divisão e entrega, em partes, aos indivíduos de uma sociedade; caráter normativo – uma característica de realizar transformação do valor em dever; bem como caráter de fundamentação, que, em nossa opinião, resta intrínseco à atribuição normativa anteriormente exposta.⁴⁵

⁴⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 114.

⁴¹ ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004, p. 181.

⁴² Robert Alexy analisa o conceito de direito individual a partir de duas colunas. Na primeira delas, o doutrinador alemão estabelece um modelo de três graus de direitos individuais distinguindo nitidamente: (I) os fundamentos para direitos individuais; (II) os direitos individuais como posições e relações jurídicas; e, por fim, (III) o poder impositivo dos direitos individuais. Na segunda coluna, Roberto Alexy estabelece uma teoria dos princípios aos direitos individuais, aduzindo o caráter de mandado de otimização deste; e, portanto, negando a sua definitividade. Em realidade, Robert Alexy pretende demonstrar o aspecto *prima facie* dos direitos individuais, que quando colidentes com outros direitos individuais ou coletivos, podem ser limitados (ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2010, p. 176-181).

⁴³ Expõe Robert Alexy que “[...] as colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deve ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro, sob determinadas condições. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta.” (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93).

⁴⁴ ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2010, p. 181.

⁴⁵ ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2010, p. 181-184.

A partir de uma perspectiva pragmática, a elaboração teórica do autor ganha contornos de clara identificação quando verificada mediante situações concretas – como proteção ao meio ambiente, a vedação à propaganda enganosa ou a proteção à segurança pública, por exemplo. Estes são, verdadeiramente, bens coletivos segundo a proposta do autor.⁴⁶

Por fim, com relação aos princípios formais, a partir da teoria desenvolvida, é possível conferir a eles a função de atribuição de carga argumentativa para a preponderância de um princípio específico. Decorre desta compreensão o vislumbre do nexó existente entre os princípios formais e o cumprimento das competências normativas, visto que aqueles estabelecem, necessariamente, um sobre peso ao valor concretizado por um princípio ou regra prestigiado pelo exercício de competência de quem o normatizou.⁴⁷

Em realidade, princípios formais se relacionam com a perspectiva da decisão por si só; ou seja, são inerentes à expressão de uma competência – diferentemente das matérias, que, como já aduzimos, resplandecem um valor específico. Na opinião de Virgílio Afonso da Silva, princípios formais não são orientados por uma norma de conduta, mas, diversamente, são normas de validade. Nas palavras do autor: “A característica fundamental desses princípios é, por isso, o fato de que eles fornecem razão para obediência a uma norma, independentemente, do conteúdo dessa última.”⁴⁸

Em vista dos parâmetros elencados acerca dos princípios formais, podemos concluir que eles decorrem – no tocante ao ordenamento jurídico brasileiro – de dois valores basilares do Estado Democrático de Direito: o pluralismo político e a separação das funções estatais. Estes dois valores, positivados na Constituição de 1988, mantêm íntima relação com o

⁴⁶ A partir da conceituação explicitada por Robert Alexy, é interessante estabelecer um contraponto com a doutrina pátria acerca do conceito de bem público. Por exemplo, Celso Antônio Bandeira de Mello estabelecendo um conceito jurídico de bens públicos assevera que estes “[...] são todos os bens que pertencem às *peçoas jurídicas de Direito Público*, isto é, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de Direito Público (estas últimas, aliás, não passam de autarquias designadas pela base estrutural que possuem), bem como os que, embora não pertencentes a tais peçoas, estejam afetadas a proteção de um serviço público.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 929, grifos do autor).

⁴⁷ Ricardo Marcondes Martins afirma que “[...] os princípios formais fundamentais garantem o respeito às competências normativas. Eles estabelecem um peso adicional ao valor concretizado pela regra, tendo em vista a competência para editá-la. Assim, há um princípio formal que dá primazia às ponderações constitucionais (Pfc), outro que dá primazia às ponderações legislativas (Pfl), outro que dá primazia às ponderações administrativas (Pfa), outro que dá primazia as ponderações privadas (Pfp). Não há princípio formal que dá primazia as ponderações jurisdicionais porque na função jurisdicional não há discricionariedade, ela não se presta a introduzir novas concretizações nos sistema, mas a verificar o acerto das concretizações efetuadas pelos demais agentes normativos e corrigi-las quando equivocadas.” (MARTINS, Ricardo Marcondes. **Um diálogo sobre a justiça: a justiça arquetípica e a justiça deôntica**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 207).

⁴⁸ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações com particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 148.

respeito às decisões plurais inerentes ao Estado Democrático de Direito, bem como o respeito destas decisões a partir de uma perspectiva de separação de funções estatais.

Portanto, para nós, resta claro o fato de que na divisão binária de Robert Alexy, se por um lado os princípios materiais exprimem-se diante de um objeto de valor específico; por outro lado os princípios formais exprimem-se diante de uma deliberação, ou seja, diante de uma decisão expedida por meio do exercício de uma competência funcional – atribuindo força argumentativa, peso, a tais decisões.⁴⁹ Nos posicionamos: em nossa opinião, esta compreensão é aplicada ao ordenamento jurídico brasileiro.

Adotamos o entendimento de que há, necessariamente, um modelo combinatório de atuação entre princípios materiais e princípios formais, visto que os últimos são cargas argumentativas para otimização – ou não – de princípios materiais. Assim sendo, os princípios formais só podem fomentar a ponderação se associados a um princípio material. Este foi o posicionamento defendido por Robert Alexy quando afirmou que “[...] princípios formais procedimentais só podem superar princípios materiais de direitos fundamentais se conectados a outros princípios materiais.”⁵⁰

Diante da exposição acerca dos princípios formais, explicitamos uma construção teórica de Robert Alexy denominada de “lei da colisão”. Tomamos por correto a compreensão do professor alemão quando o mesmo afirma: “[...] as condições sob as quais um princípio prevalece sobre o outro formam o pressuposto de fato de uma regra que determina as consequências jurídicas do princípio prevalente.”⁵¹

A “lei da colisão” explicita que a regra jurídica é resultado de uma ponderação prévia de interesses públicos realizada por agentes públicos.⁵² Por isto, a partir da chamada “lei da colisão”, Robert Alexy assevera: “As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência

⁴⁹ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações com particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 148.

⁵⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 625.

⁵¹ ALEXY, Robert. Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica. **Doxa**, v. 5, 1988, p. 147.

⁵² Discorrendo acerca do tema, Paulo Gustavo Gonet Branco assevera que “[...] a regra, na medida em que consiste no resultado de ponderação previamente estabelecido pelo legislador, tende a ter prioridade sobre o princípio que se lhe opõe. A prioridade de uma norma editada como regra pelo legislador sobre um princípio, que lhe disputa incidência, decorre de consideração de outros princípios formais, como o da democracia representativa, que empresta peso adicional para as decisões legislativas. Apenas quando considerações fundadas em princípios formais não tenham nenhum peso será possível dizer que a regra, no caso concreto, tem a mesma força *prima facie* do princípio que se defronta – nesse caso, não será apropriado falar em regra como razão definitiva” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 169).

jurídica do princípio que tem precedência.”⁵³ ⁵⁴ Com relação ao objeto principal de nosso estudo, apenas a título exemplificativo e antecipatório, perceberemos que o regime jurídico do silêncio administrativo – relacionado não só a descrição do fato, mas também a prescrição do efeito jurídico – está ligado também ao mecanismo proposto na “lei da colisão”.

Firmadas as primeiras premissas acerca da materialidade da Constituição Federal de 1988 dentro do ordenamento jurídico brasileiro, bem como as acepções científicas adotadas em razão da necessidade de demonstrar o que entendemos por norma jurídica – esta gênero das espécies regras e princípios –, passamos à análise do exercício da função administrativa, com o intuito de estabelecermos mais algumas premissas fundamentais ao estudo.

⁵³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 99.

⁵⁴ Conforme explicitamos em nossa introdução, nossa intenção não é discorrer acerca da totalidade das teorias envolvidas no presente trabalho, mas, exclusivamente, dos elementos essenciais para a compreensão e o diálogo de nossas ideias. Neste sentido, a “lei da colisão” é um elemento essencial para avaliar a constitucionalidade da positivação dos efeitos do silêncio administrativo, conforme veremos no capítulo 4 do presente estudo.

2 O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

2.1 Função estatal

Nossa caminhada em direção ao objeto principal do presente estudo passa pela compreensão, irremediavelmente, de um conceito de “função estatal”. A primeira impressão a qual podemos traçar algum tipo de identificação conceitual acerca do tema é o entendimento, por seu qualificativo, de que estamos diante de algo remetente ao Estado. Portanto, em vista de uma facilitação analítica, dissertaremos primeiramente sobre a compreensão do conceito de Estado adotada por nós na presente análise, para então passarmos ao desenvolvimento de ideias intrínsecas ao conceito de função.

Doutrinas pertinentes à temática estatal são seculares. Portanto, com o intuito de estabelecer um corte metodológico em nossa investigação, propomos como premissa a utilização de uma teoria teleológica estatal, pois defendemos a impossibilidade de o Estado ser um fim em si mesmo.¹ Neste sentido, a ideia de Estado é incompatível com a busca de interesses próprios, visto que, ao reverso, está obrigatoriamente relacionada com a finalidade instrumental dos interesses humanos – seja em âmbito perspectivo individualista, seja em âmbito perspectivo coletivo.

Do apresentado até o momento, com fundamento nos pressupostos estabelecidos, adotamos que, em razão do ordenamento jurídico estabelecido pela Constituição de 1988, os interesses individuais e coletivos serão alcançados sempre que atingidos os princípios constitucionais vigentes. Conforme suscitado no capítulo anterior, a ideia de princípio está intimamente ligada à ideia de finalidade. Então argumentamos os fins estatais mediante a ótica da materialização dos princípios constitucionais, assim, delimitando uma compreensão essencialmente jurídica da concepção de Estado.^{2 3}

Assentados na premissa jurídica da compreensão estatal, passamos à assimilação do conceito de função que será utilizado durante toda a exposição. Adotamos aqui, integralmente, a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, então admitimos a

¹ Dalmo de Abreu Dallari, por exemplo, conceitua Estado como “[...] ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território.” (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria Geral do Estado**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 262).

² De acordo com Ricardo Marcondes Martins, “[...] fim e princípio são conceitos indissociáveis; o fim da conduta estatal está sempre positivado num princípio jurídico.” (MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 168).

³ No sentido apresentado, Estado é ficção jurídica, obra do Direito, algo abstrato, todavia passível de visualização por meio do ordenamento jurídico vigente.

existência de função “[...] quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las.”⁴ Do exposto, é possível extrairmos dois núcleos fundamentais tangidos pelo autor: o primeiro núcleo é peculiar à ideia de dever, ou seja, obrigação de atuar no interesse de outrem; já o segundo núcleo compreende a concepção do manejo de prerrogativas instrumentais intrínsecas ao cumprimento do dever funcional pretendido.

Interligando os pressupostos adotados acerca dos conceitos de “função” e de “Estado”, podemos assimilar a “função estatal” como o dever de atuação com a finalidade de alcance dos princípios da Constituição de 1988; e, para o exercício desta função, quando necessário for, poderá ser utilizado o manejo de prerrogativas instrumentais inerentes ao cumprimento dos fins constitucionais. Neste sentido, estabelecemos mais uma premissa geral: todas as ações relacionadas às atividades do Estado estão intrinsecamente ligadas – em maior ou menor medida – a ideia de função e, por conseguinte, o exercício da função estatal é premissa básica para a realização de qualquer atividade: seja esta no âmbito da função judiciária, da função legislativa ou da função executiva.

2.1.1 FUNÇÃO X LIBERDADE

Chamamos a atenção para o fato de que a proposta suscitada acerca do conceito de “função”, absolutamente, não se coaduna com a ideia de liberdade, pois são ideias completamente diversas – e não poderia ser diferente. Por mais que a afirmação pareça óbvia, comumente observamos, na doutrina jurídica estudiosa do Direito Público, a utilização de conceitos funcionais – exercícios de competências estatais – associados a uma percepção de liberdade ou autonomia privada do agente público.⁵ Em combate à proposta, asseveramos inexistir qualquer ligação entre os termos – estes não devem ser

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 72.

⁵ Sobre a autonomia privada, Ricardo Marcondes Martins defende: “Eis o terreno da autonomia privada: é a possibilidade concedida aos particulares de editar, na esfera de liberdade garantida pelo sistema normativo, normas jurídicas que não são mera concretização das normas legislativas e constitucionais. A legislação é mera concretização das normas constitucionais e legislativas. Por isso, rigorosamente, não existe autonomia pública, só existe autonomia privada. O poder normativo do Estado não se dá em espaços livres, está vinculado ao cumprimento, à execução da Constituição.” (MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 72).

utilizados conjuntamente, a não ser diante da explicitação de impossibilidade da comunhão entre ambos.⁶

A utilização do conceito de função – enquanto partidário da ideia de “dever” – está invariavelmente atrelado à perspectiva de obrigação. Mais: o agente público que exerce função, seja em qual dos três âmbitos funcionais for, está estritamente vinculado à efetivação dos princípios do ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, à materialização dos princípios da Constituição Federal de 1988. Portanto, diante desta vinculação, verdadeira obrigatoriedade de perseguir as finalidades constitucionais, jamais haverá qualquer resquício de liberdade, pois “[...] no exercício da função pública, ao invés de liberdade, há discricionariedade; ao invés de autonomia privada, há competência.”⁷

Então, diante das premissas formuladas, passaremos ao estudo da operação funcional do Estado mediante o exercício de competências discricionárias e vinculadas. Isto porque tais competências, em realidade, são as duas formas de expressão das decisões estatais – ou seja, decisões tomadas em conformidade com âmbitos de competências e que, obrigatoriamente, prescrevem normas volitivas exaradas por meio de um exercício funcional inerente à ponderação dos interesses públicos.⁸

⁶ No campo do Direito Tributário, por exemplo, Roque Antônio Carraza, em desacordo com a nossa concepção, maneja conjuntamente o conceito do exercício da competência tributária – antes de tudo, uma competência funcional estatal – com o conceito de liberdade. Isto porque afirma: “As pessoas políticas, conquanto não possam delegar suas competências tributárias, por força da própria rigidez de nosso sistema constitucional, são livres para delas se utilizarem, ou não” (CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 787). Tácio Lacerda Gama, referindo-se à competência legislativa – que, frisamos, desenvolve-se mediante o conceito de função –, afirma: “O que se analisa no tema relativo à modalização do exercício da competência é se este ‘dever-ser’ de criar normas versando sobre a instituição, arrecadação ou fiscalização de tributos é permitido, proibido ou obrigatório. Genericamente, poderiam ser enunciadas duas regras segundo as quais a competência legislativa é condicionada ou não condicionada. Essa modalidade é de exercício *livre*, não demanda o atendimento de requisitos além daqueles necessários à forma e à matéria. Já a competência condicionada, exige o preenchimento de certos requisitos para que a competência possa ser validamente exercida.” (GAMA, Tácio Lacerda. **Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade**. São Paulo: Noeses, 2009, p. 275-276). Igualmente, pelos fundamentos já apresentados, não podemos concordar com a doutrina do tributarista.

⁷ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria jurídica da liberdade**. São Paulo: Contracorrente, 2015a, p. 70. No sentido defendido, em obra diversa, Ricardo Marcondes Martins afirma que “[...] as três funções estatais apresentam-se indissolúvelmente relacionadas e voltam-se para o mesmo objetivo: a concretização do princípios constitucionais” (MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 168).

⁸ Com relação ao tema da “vontade funcional”, Marcelo Caetano aduz que “[...] em Direito, se deve distinguir a vontade individual da vontade funcional: ambas são expressas por indivíduos, mas a primeira traduz a acção do particular ao tratar dos seus interesses, enquanto a segunda é manifestada pelo indivíduo que, como titular de um órgão, cumpre o dever de curar interesses alheios. Não é difícil de fazer a aproximação destes conceitos com os de direito subjectivo e

2.2 O exercício de competência discricionária

As decisões do Estado se manifestam usualmente a partir do exercício de competências vinculadas ou discricionárias.⁹ No presente trabalho, por defendermos a premissa de que as competências se realizam mediante o exercício da função pública, então podemos concluir que a competência discricionária e a competência vinculada são incompatíveis com o conceito de liberdade.¹⁰ Desde já, afirmamos: as execuções das competências públicas só poderão ser exercidas por meio da estrita vinculação à juridicidade, ou seja, em completa conformação ao ordenamento jurídico.

Ao campo da discricionariedade, uma primeira observação se faz basilar: conforme preleciona Celso Antônio Bandeira de Mello, a discricção não reside no ato, ou seja, “[...] não é uma qualidade dele. Logo, não é ele que é discricionário”, mas, em realidade, a discricção, bem como a vinculação, está ligada ao exercício de competência do agente público, sempre partindo do pressuposto inequívoco de um exercício funcional estatal.¹¹

A segunda observação primordial ao estudo da discricionariedade é a de que esta, essencialmente, exprime-se a partir de um contexto de realidades fáticas determinantes para uma atuação discricionária. Este é o motivo pelo qual não é possível

poder funcional. A vontade funcional expressa para realizar fins ou interesses de uma colectividade é que origina o que poderemos chamar vontade colectiva.” (CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 94.)

⁹ Utilizamos o termo usualmente de maneira proposital. Muitas vezes os agentes públicos proferem decisões imbuídas de interesses particulares. Essas formas de atuação, em realidade, constituem ilícitos contra a Administração por apresentarem um total descompasso com a perspectiva do exercício da função pública.

¹⁰ Tecendo considerações críticas sobre a incompatibilidade da ideia de liberdade com o exercício de competências discricionárias Gustavo Binbenbojm declara que “[...] durante muito tempo – sem que isso provocasse maior polêmica – a discricionariedade era definida como uma margem de liberdade decisória dos gestores públicos, sem qualquer remissão ou alusão aos princípios e regras constitucionais. Vale lembrar que a primeira evolução no sentido do controle judicial dos atos (ditos) discricionários – com o surgimento de teorias como as do *desvio de poder* e dos *motivos determinantes* – partiu de elementos vinculados à lei, e não à Constitucionalização, embora diversos Estados europeus à época já tivessem sido constitucionalizados” (BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 13, mar/abr/maio, 2008, grifos do autor).

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **“Relatividade” da competência discricionária**. RTDP 25/13-19. São Paulo: Malheiros, 1999. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-5-JANEIRO-2006-CELSONANTONIO.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2016.

estabelecer o exercício discricionário de maneira absoluta – a partir de um plano abstrato. Em conformidade com a exposição, Ricardo Marcondes Martins assevera que a configuração como “[...] a regra abstrata foi redigida – se de forma precisa ou imprecisa, se completa ou incompleta, se deixa margem a apreciação da Administração ou não deixa – configura, quando muito, um indício de discricionariedade.”¹²

A afirmação mencionada anteriormente nos leva a entender que não há relação obrigatória entre conceitos jurídicos indeterminados e competência discricionária.¹³ A forma como o legislador expõe tecnicamente o texto da norma – se por um conceito vago, impreciso ou fluido, por exemplo – não determina, cientificamente, o comando normativo em sua essência, pois a discricionariedade, consoante aduzimos, é inerente à situação fática apresentada¹⁴ – apesar de concordarmos com a perspectiva de existir norma, esta não confundida com o texto legal, antes mesmo de sua aplicação, ou seja: em um plano abstrato, *prima facie*.

Das premissas fixadas, podemos concluir que a existência da discricionariedade é condicionada à possibilidade de subsistência de mais de uma decisão possível – igualmente razoáveis ao sistema jurídico – para concretização dos fins constitucionais exigidos pela situação fática apresentada. Para nós, a discricionariedade se origina

¹² MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 180-181.

¹³ Patrícia Irene Nohara sustenta ser um raciocínio incompleto a determinação relacional absoluta estabelecida entre discricionariedade e conceitos indeterminados, bem como vinculação e conceitos determinados, pois esta consideração, em regra, “[...] não leva em conta dois aspectos importantes: (1) a existência de princípios presentes no ordenamento jurídico, que têm caráter normativo e veiculam valores diversos, que fazem com que o intérprete da legalidade também tenha de fazer opções de caráter axiológico, uma vez que muitos princípios vinculam a atuação administrativa; e (2) a multiplicidade dos casos concretos, pois em certas situações, a circunstância concreta é capaz de determinar o sentido de um texto normativo vago, o que gera a vinculação do intérprete, não havendo discricionariedade administrativa.” (NOHARA, Irene Patrícia. **Limites à razoabilidade nos atos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 39-40). No mesmo sentido observa Weida Zancaner: “Uma coisa é detectar discricção em uma norma abstrata, outra é verificar se a discricção não se esvai quando da aplicação da norma concreta ao caso concreto.” (ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 54).

¹⁴ Paulo de Barros Carvalho apresenta uma nítida diferença estabelecida entre a linguagem do legislador, que é técnica, e a linguagem do jurista, que é – ou, ao menos, deve ser – científica. Nestes termos, leciona o jurista: “A linguagem do legislador é uma linguagem técnica, o que significa dizer que se assenta no discurso natural, mas aproveita em quantidade considerável palavras e expressões de cunho determinado, pertinentes ao domínio das comunicações científicas. Os membros das Casas Legislativas, em países que se inclinam por um sistema democrático de governo, representam os vários segmentos da sociedade. Alguns são médicos, outros bancários, industriais, agricultores, engenheiros, advogados, dentistas comerciantes, operários, o que confere forte caráter de heterogeneidade, peculiar aos regimes que se queiram representativos.” (CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010a, p. 36-37).

diante dos contornos do pluralismo político, garantia constitucional da Carta de 1988, e desta forma, em razão da existência plural de opiniões e formas de resolução a um caso concreto, o ordenamento jurídico atribui a uma dessas opiniões – a do agente público competente – a característica de determinação jurídica. Por conseguinte, nos termos estabelecidos, o sistema normativo confere forma de decisão jurídica à opinião do agente público, quando este atua mediante o exercício de uma função de competência discricionária.

Consequentemente, aberta a possibilidade de mais de uma escolha para a melhor atuação diante de um caso concreto, bem como, ainda, atribuída ao agente à competência para a decisão, podemos afirmar que o sistema jurídico garantiu o exercício de uma competência discricionária ao agente público em face da eloquência dos princípios formais anteriormente apresentados. Isto porque, diante do exercício de uma competência discricionária, a escolha do agente público recebe sobrepeso decisório que deve ser respeitada, *prima facie*, nas diversas ponderações possíveis de um ordenamento jurídico – frisamos, tendo em vista o pluralismo político e a separação das funções estatais.

Por todo o apresentado, concluímos que o exercício da competência discricionária em nada compactua com perspectivas autoritárias ou de liberdade, mas, diferentemente, com a inequívoca possibilidade de escolha do agente público. Esta decorrente do caso concreto e nos limites atribuídos pelo ordenamento jurídico, com vistas sempre para a melhor forma de materialização dos fins constitucionais – ou seja, a concretização dos interesses públicos albergados na Constituição Federal de 1988.

2.3 O exercício de competência vinculada

Conforme explicitamos, nosso estudo defende inexistir relação necessária entre incompletude normativa e discricionariedade. Pois bem, igualmente acreditamos que o contrário também é verdadeiro, pois, para nós, inexistente relação necessária e absoluta entre completude normativa e vinculação. Se por um lado, em regra, a completude normativa se liga ao exercício de uma competência vinculada, do mesmo modo podemos afirmar a submissão da competência vinculada ao necessário confronto do caso concreto, porquanto, muitas vezes, ainda que exista norma em plano abstrato cujo conteúdo expresse indubitavelmente uma vinculação, o confronto do caso concreto pode

exigir, com fundamento em uma perspectiva de juridicidade, atuação diversa do agente público – no tangente à vinculação.¹⁵

Diante da ideia supracitada é possível que a regra seja formulada a partir de um conceito jurídico indeterminado, ou seja: tenha sua explicitação aparentemente aberta a uma atuação discricionária, mas, mesmo assim, o contorno do caso fático exija um único tipo de atuação para concretização dos fins constitucionais determinados; e, por isso, a atuação deverá ser obrigatoriamente vinculada.

Então, conceituamos o exercício de competência vinculada como a única atuação possível para à concreção dos princípios constitucionais exigidos por uma situação fática específica apresentada ao agente no exercício de uma função pública. Ainda que uma aparente completude normativa esteja em jogo, esta não poderá deixar de ser confrontada à situação fática, a qual, verdadeiramente, confirmará a forma funcional da atuação do agente público na realização de uma competência decorrente de sua função.¹⁶

2.4 O “romance em cadeia” inerente ao exercício da função estatal mediante as determinações da Constituição Federal de 1988

Em obra intitulada “Império do Direito”, Dworkin se utiliza de uma metáfora para manifestar a sua compreensão do Direito diante de um contexto sistêmico normativo coerente.¹⁷ O professor de Oxford compara o processo de interpretação

¹⁵ Sobre o tema: Ricardo MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 180-190.

¹⁶ Acerca do conceito de vinculação, Celso Antônio Bandeira de Mello aduz que “[...] a lei, todavia, em certos casos, regula dada situação em termo tais que não resta para o administrador margem alguma de liberdade, posto que a norma a ser implantada prefigura antecipadamente, com rigor e objetividade absoluta, os pressupostos requeridos para a prática do ato e o conteúdo que este obrigatoriamente deverá ter, uma vez ocorrida a hipótese legalmente prevista. Nestes lanços, diz-se que há vinculação e, por conseguinte, que o ato a ser expedido é vinculado.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional. In: _____ **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 37). Sobre o tema, Alexandre Santos Aragão preleciona que existe uma tendência natural a compreensão do controle do ato administrativo a partir de uma perspectiva de vinculação, de modo que, futuramente, a categoria dicotômica diferenciadora das competências discricionárias e vinculadas não mais existirá, ante o argumento de que, em realidade, todas as competências estão submetidas a uma vinculação, portanto, a diferença fundamental seria, em tese, o grau da intensidade vinculatória (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Forense Jurídica, 2013, p. 625-628).

¹⁷ Dworkin, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 275-279.

jurídica com a elaboração de um romance escrito por vários “autores”, de modo que a mútua complementação do “romance” é feita em momentos distintos, pelos mais variados “escritores”, contudo mantendo uma perspectiva de coerência. Portanto, estes redatores precisam ter necessariamente conhecimento do que foi produzido, bem como dos princípios inspiradores da “produção”. Somente assim serão aptos ao estabelecimento do nexó racional necessário “romance”¹⁸ em contínuo desenvolvimento.

Pedimos *vênia* para, de modo semelhante, utilizando-nos da metáfora criada por Dworkin, estabelecermos que o exercício da função estatal também se dá tal qual um “romance em cadeia”. Isto porque o ordenamento jurídico vigente no Brasil – sua criação e sua constante evolução – também pode ser visto metaforicamente como um romance escrito por diversos agentes, que, por meio do exercício da ponderação de interesses públicos, o constroem gradativamente.

A assembleia constituinte originária, ao promulgar a Constituição Federal de 1988, identificou os valores vigentes na sociedade brasileira naquele momento histórico específico e os positivou na norma suprema brasileira. Os valores suscitados não servem apenas como diretrizes, não são meras indicações, mas, inexoravelmente, são ordens – fins que devem ser perseguidos, estejam eles explícitos ou não, e materializados como forma de consubstanciação do interesse público.

Não temos dúvidas em estabelecer que o campo de atuação do constituinte originário não é – foi – livre, ilimitado.¹⁹ A identificação e a valoração em âmbito

¹⁸ Dworkin, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

¹⁹ É muito comum observar em doutrinas de Direito Público uma generalização da ideia de que o constituinte originário, supostamente, seria um poder ilimitado. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em intitulada “O poder Constituinte”, adotando reflexões positivistas, aduz: “O Poder Constituinte é juridicamente ilimitado, por uma razão óbvia, porque para a doutrina positivista, não há direito antes da manifestação do Poder Constituinte. Portanto, não há direito que possa ser invocado contra o Poder Constituinte.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 6. ed. São Paulo: Saraiva 2014, p. 68). Apesar do alto grau de difusão, esta afirmação nunca foi uma máxima aceita pacificamente entre a doutrina, pois, por exemplo, o próprio Ferreira Filho, na mesma obra, constitui adendos à afirmativa quando parte de outras perspectivas teóricas. Vejamos: “É óbvio que, dentro de uma perspectiva jusnaturalista, dentro de qualquer das doutrinas do direito natural, o Poder Constituinte originário é limitado. É limitado pelo direito natural. Ou, se se preferir, pelos direitos humanos fundamentais universalmente reconhecidos.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 6. ed. São Paulo: Saraiva 2014, p. 68). Partindo de uma perspectiva jusnaturalista, José Cretella Junior afirma a limitação do poder constituinte originário pelos princípios do direito natural (CRETELLA JÚNIOR, José. **Elementos de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 92). Ainda, no mesmo sentido, Pinto Ferreira afirma: “O poder constituinte é

abstrato, bem como a posterior posituação dos valores constitucionais, foram precedidas por processo dinâmico, o qual exigiu árduo exercício ponderativo de interesses públicos. Ou seja: a compreensão dos valores – inscritos em um plexo axiológico – e sua consequente posituação estabelecendo-os em caráter deôntico – necessariamente através da realização de identificação, sopesamento e determinação de fins confrontados pela situação fática existente.

Por isso, asseveramos: o processo acima afirmado não deteve caráter livre, não foram identificados valores autônomos escolhidos ao livre arbítrio do constituinte originário, mas, diversamente, foi um trabalho esculpido no âmbito do caráter discricionário. Foi sociedade vigente no ano de 1988 quem estabeleceu os limites que ampararam os valores identificados pelo constituinte – por isso que valores contrários aos vigentes naquele momento não gozariam de legitimidade para fazer parte da conformação constitucional.

Concordamos que a função exercida pelo constituinte originário foi realizada, sem dúvidas, diante de um largo âmbito discricionário; porém, insistimos, este não foi livre. Seria impossível, por exemplo, o constituinte originário estabelecer a República Federativa do Brasil inscrevendo como fundamento social a injustiça, uma vez que, sem dúvida alguma, ela não era um valor desejado pela sociedade.²⁰

Mais precisamente, defendemos que a margem discricionária do constituinte originário foi moldada pelos limites dos postulados normativos inerentes à sociedade vigente em outubro de 1988. Estes exibem – e exibem – caráter normativo e, independentemente de posituação, deverão – e deviam no momento da promulgação da

um poder de direito, que não tem limites no direito positivo anterior, porém, apenas no direito natural, existente antes da nação e acima dela. O poder constituinte é inalienável, permanente, incondicionado e ilimitado, pois a nação não pode perder o seu poder de querer e de mudar o seu querer ou a sua vontade.” (FERREIRA, Luiz Pinto. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 18).

²⁰ O exemplo foi retirado de um trecho do livro “Um diálogo sobre a justiça” em que, Ricardo Marcondes Martins pretende explicar sua compreensão acerca do conceito de contradição performativa. Vejamos: “[...] a teoria dos infortúnios de Austin foi utilizada por Robert Alexy para explicar a vinculação entre direito e justiça. O constitucionalista alemão enuncia dois exemplos. Suponha-se uma Constituição cujo art. 1º estabelecesse: ‘X é uma república soberana, federal e injusta’. Ou então a sentença cujo dispositivo estabeleça: ‘condeno o réu à pena de prisão, mas esta condenação contraria a ordem jurídica’. Os dois exemplos geram um desconforto; quem lê esses enunciados linguísticos sente que há algo errado. De fato, eles configuram típicas contradições performativas [...]” (PIRES, Luis Manoel Fonseca; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Um diálogo sobre a justiça: a justiça arquetípica e a justiça deôntica**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 52-53).

Constituição – ser obrigatoriamente respeitados em qualquer atuação estatal.²¹ Portanto, inequivocamente, existiram, sim, limites à atuação do constituinte originário.

Se por um lado, o constituinte originário “escreveu” as primeiras páginas do “romance” inerente ao ordenamento jurídico instituído pela Constituição Federal de 1988; por outro lado, diversos autores aparecem em cena posteriormente, a exemplo do constituinte reformador.²² Este, em sua atuação de reforma constitucional, também obedece à ideia do exercício de uma função e, portanto, não tem atuação ilimitada; contudo, além de ser limitada pelos postulados normativos, a sua discricionariedade é igualmente condicionada pelas cláusulas pétreas, bem como pelos limites implícitos ao exercício da função de reforma constitucional, por exemplo.

Assim como a competência originária e a reformadora, a conjectura funcional também precede o exercício da competência legislativa, entretanto o legislador terá uma margem discricionária bem menor que as anteriormente suscitadas. O exercício da

²¹ O referido tema foi tratado por Celso Ribeiro Bastos, recebendo o seguinte contorno: “Postulado é um comando, uma ordem mesma, dirigida a todo aquele que pretende exercer a atividade interpretativa. Os postulados precedem a própria interpretação e, se quiser, a própria Constituição. São, pois, parte de uma etapa anterior à de natureza interpretativa, que tem de ser considerada enquanto fornecedora de elementos que se aplicam à Constituição, e que significam, sinteticamente, o seguinte: não poderás interpretar a Constituição devidamente sem antes atentares para estes elementos” (BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 2. ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 95-96). Percebe-se que o constitucionalista aborda o tema dos postulados normativos com um viés muito mais interpretativo, sem um caráter normativo imanente. A partir de uma perspectiva pós-positivista Ricardo Marcondes Martins leciona: “Esses elementos normativos, pressupostos epistemológicos do sistema normativo, necessários à realização do ato de editar uma Constituição, são chamados de postulados normativos” (PIRES, Luis Manoel Fonseca; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Um diálogo sobre a justiça: a justiça arquetípica e a justiça deôntica**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 54).

²² A competência reformadora, certamente, detém muito mais limitações o constituinte originário; o que, inclusive, gera uma diversidade de críticas científicas na classificação do nome. Por todos, Celso Antônio Bandeira de Mello argumenta que é “[...] infeliz a terminologia ‘poder constituinte originário’ e ‘poder constituinte derivado’, por induzir equívocos, provocando a suposição de que são poderes da mesma natureza, isto é, espécies de um mesmo gênero, o que, já se viu, não é verdade. Deveras, todo poder constituinte é, por definição, originário. Assim, não há poder constituinte originário, pois o que se rotula por tal nome é o poder de produzir emendas, com base em autorização constitucional e nos limites dela. Logo, coisa diversa da força inaugural e incontestável, características indissociáveis do poder constituinte.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 336). Concordamos com a observação apresentada por Bandeira de Mello e, inclusive, a nós parece ser mais adequada à utilização da expressão “competência reformadora” apresentada pelo constitucionalista Michel Temer (TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 34). Neste sentido, inclusive tendo em vista uma mudança de perspectiva da compreensão do Direito Público, utilizamos o termo competência reformadora por entender ser mais adequado à ideia de exercício funcional estabelecido pelo agente público.

função legislativa é limitado, por exemplo, aos postulados atentados pelo constituinte originário, bem como aos princípios formais que dão primazia às decisões decorrentes das ponderações realizadas pelo constituinte originário e pela competência reformadora. Apesar de ter uma margem menor, ainda assim, há um espaço para tomada de decisões legislativas em âmbito discricionário, que recebe peso adicional dos princípios formais atribuidores de primazia para as resoluções tomadas em sede disso de ponderação de interesses públicos no espaço funcional legislativo.

A atividade ponderativa do legislador, a partir dos limites aduzidos, tem como dever principal a seguinte meta: observar os princípios constitucionais; apurar os fins aos quais estes instituem; e, mediante um exercício de sopesamento de interesses, “[...] fixar, em abstrato, os meios para cumprimento desses fins, numa antecipação do caso concreto em que esses meios serão concretizados.”²³

Frisamos: a função exercida pelo Legislativo, em regra, também é realizada diante de um plano abstrato e discricionário. Todavia, a margem de discricionariedade aduzida é muito menor quando comparada à do constituinte originário ou a da competência reformadora. Enquanto o primeiro teve como limite, por exemplo, os postulados normativos presentes na sociedade brasileira de 1988, a segunda se limita não só aos postulados normativos, mas, essencialmente, também às próprias delimitações fronteiriças impostas pela Constituição Federal de 1988.²⁴ Em sequência, o exercício da função legislativa obrigatoriamente observa os postulados e os limites aduzidos anteriormente, de modo que, em essência, o exercício da função legislativa

²³ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 101.

²⁴ No que concerne às barreiras inerentes à competência reformadora, comumente, na doutrina, destacam-se limitações expressas e implícitas, de modo que a primeira subdivide-se em procedimentais, circunstâncias e materiais; bem como a segunda apresenta catalogação dividida em *normas referentes ao processo de reforma*, *normas referentes ao titular da função constituinte originária* e *normas referentes a função da competência reformadora*. Acerca do tema, vide: BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016; vide também SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016. Em relação ao tema, ressaltamos o posicionamento de Carlos Ayres Britto, que argumenta a existência de uma série de outros limites implícitos à competência reformadora da Constituição Federal de 1988. Estes limites são diversos, como por exemplo, a vedação de reformas consecutivas à Carta, e a vedação de reformas que acabem por substituir e não apenas remodelar núcleos fundamentais da Constituição. Desta forma, em sua doutrina, o ex-ministro intenta repassar a ideia de que, em realidade, a competência reformadora deve ser pontual, sempre com o intuito de reforçar as determinações constitucionais – nunca as enfraquecendo. (BRITTO, Carlos Ayres. A constituição e o monitoramento de suas emendas. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, jan, 2004). Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 de jul. 2016.

observa os limites auferidos previamente para, então, fixar os meios cumpridores dos fins estabelecidos na Constituição de 1988.²⁵

Por todo o apresentado afirmamos: o exercício funcional estatal brasileiro, enquanto “romance em cadeia”, escrito mediante a expedição de normas jurídicas, tem como fundamento de validade a Constituição Federal de 1988. Logo, as normas infraconstitucionais que dela decorrem, obrigatoriamente, com ela devem ser compatíveis formalmente e materialmente.

Assim sendo, podemos estabelecer uma relação entre o “romance em cadeia” de Dworkin e a concepção teórica de Hans Kelsen para argumentar o fato de que o ordenamento jurídico brasileiro detém estrutura sistêmica escalonada em forma piramidal, de modo que normas infraconstitucionais retiram seu fundamento de validade na própria constituição.²⁶

Ainda precisamos fazer uma pontuação de extrema importância à concepção do ordenamento jurídico brasileiro – escrito metaforicamente nos termos de um “romance” –, qual seja: sua percepção sistêmica, para nós, desenvolve-se nos termos da proposta científica do chamado *círculo hermenêutico*. A teoria interpretativa do *círculo hermenêutico*, em contornos gerais, propõe uma consciência reflexiva do todo a partir do particular, bem como igualmente, em sentido reverso, o entendimento do particular tendo em vista a assimilação do todo.

A adoção da teoria interpretativa do *círculo hermenêutico* pelo ordenamento jurídico brasileiro, para nós, se faz clara quando temos em vista que a norma fundamental promulgada no ano de 1988 é fundamento de validade de todas as normas infraconstitucionais e, igualmente, apresenta e determina os fins buscados pelo Estado. Tais circunstâncias obrigam o hermeneuta a analisar o ordenamento jurídico brasileiro tendo em vista a existência de um sistema, cujo início e o fim determinam um verdadeiro “ir e vir” interpretativo. A verificação de legitimidade e compatibilidade de

²⁵ Neste sentido, aduz Irene Patrícia Nohara: “O legislador, na criação da lei, possui discricionariedade para escolher uma série de meios para consecução das finalidades constitucionais. Esses meios, ou discrímes normativos, devem ser adequados, eficazes e proporcionais com os fins a serem atingidos, sob pena de inconstitucionalidade substancial. Este aspecto é, em geral, mais difundido no âmbito do Direito Constitucional do que nos estudos de Direito Administrativo, mas os avanços doutrinários e jurisprudenciais desta última disciplina influenciaram muito as pesquisas de Direito Constitucional no Brasil (e vice-versa).” (NOHARA, Irene Patrícia. **Limites à razoabilidade nos atos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 4).

²⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed., trad. De João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 215 - 222.

normas infraconstitucionais, em razão da necessidade de cumprimento do interesse público – ou seja, finalidades constitucionais –, decorrem do círculo hermenêutico introduzido pela supremacia da Constituição Federal de 1988.²⁷

Neste esboço teórico, vislumbramos a confirmação do romance em cadeia proposto, quando as decisões inerentes às mais variadas funções do Estado – Legislativa, Judiciária e Executiva – são tomadas a partir da ponderação de interesses públicos – em uma constante análise de sopesamento entre fins existentes, a partir de um contexto fático materializado, e de tomadas de decisões inerentes ao âmbito normativo abstrato.

Em outros termos: o ordenamento jurídico brasileiro, enquanto “romance” escrito por decisões estatais, desenvolve-se dentro de um *círculo hermenêutico* no qual as determinações normativas não devem ser estabelecidas de maneira autônoma, mas, ao contrário, a partir de ponderações que levam em consideração o todo, sempre tendo em vista a Constituição Federal – esta, conforme observamos, fundamento de validade, bem como fundamento determinativo de finalidades estatais.²⁸

2.5 O exercício da função administrativa

Desde já, salientamos: a função administrativa, sem dúvidas, é uma espécie do gênero função estatal, todavia, por ser espécie, apresenta algumas minúcias que, portanto, consubstanciam diferenciação do gênero. Desta forma, apresentaremos algumas características inerentes ao estudo do objeto, tendo em vista, conforme já explicitamos, o corte metodológico proposto inicialmente neste trabalho.²⁹

²⁷ A partir do contexto da hermenêutica jurídica, tendo em vista a perspectiva apresentado do “ir e vir” hermenêutico, Karl Larenz assevera que “[...] o processo de olhar para frente e para trás pode ter que repetir-se inúmeras vezes, mormente quando se tenha apenas contemplado uma parte do texto global” (LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Gulbenkian, 1997, p. 287).

²⁸ De acordo com Karl Larenz, o procedimento da interpretação jurisprudencial “[...] não é, como vimos, o de um pensamento linear que avança só numa direção, mas o de esclarecimento recíproco, e a confirmação ou rejeição, que dele decorre, de cada conjectura de sentido.” (LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Gulbenkian, 1997, p. 444). Se, por um lado, Larenz se refere ao *círculo hermenêutico* a partir de uma perspectiva de interpretação jurisprudencial, vamos além, defendendo o posicionamento de que, em realidade, a aplicação teórica da compreensão do *círculo hermenêutico* se estende a todos os âmbitos dos exercícios funcionais estatais, conforme já fora explorado por nós anteriormente.

²⁹ Acerca do tema das funções estatais é comum o estabelecimento de associação entre a teoria da divisão de poderes e a divisão de funções estatais: o Poder Judiciário e a função jurisdicional;

Assim sendo, se a função administrativa é espécie do gênero função estatal, então igualmente terá como objetivo a concreção de fins constitucionais. Contudo, distintamente do constituinte originário, da competência reformadora e da função legislativa – que atua preponderantemente diante de planos abstratos –, o exercício da função administra-se dá, usualmente, a partir de um plano concreto e dentro de um âmbito discricionário muito menor que os vistos até o momento.

Neste sentido, o exercício da função administrativa se realizará diante dos parâmetros estabelecidos em momentos precedentes do “romance” até então explicitado, ou seja, com observação da ponderação de interesses públicos realizadas pelo constituinte originário, pela competência reformadora e pelo legislador. Mas não é só isso, pois, igualmente, o exercício da função administrativa se desenvolve diante do processo intelectual de ponderação de interesses públicos realizados pelo agente administrador, a partir de uma situação fática existente.

Frisamos: o exercício ponderativo do gestor, necessariamente, levará em consideração os três aspectos acima suscitados; e por isto, detém um âmbito discricionário ainda mais reduzido. Ao contrário da preponderância inerente aos planos abstratos, cujas atuações primordiais são implementadas pela competência originária, reformadora e legisladora, na materialização constitucional decorrente do Executivo temos o inverso: preponderância de atuação em um plano concreto.

Comumente observamos análises acerca da função administrativa a partir de um viés exclusivamente voltado à atividade de execução – pertinente à concretude de determinações legais. A visão exclusivamente formalista da função administrativa, ou seja, aquela caracterizada por uma atividade consistente, apenas, em editar atos administrativos em absoluta conformação ao princípio da legalidade estrita, enquanto premissa, não prospera em nossa análise.³⁰

o Poder Legislativo e a função legiferante; e, finalmente, função administrativa inerente ao Poder Executivo. Contudo, é equívoco acreditar na existência de uma divisão estanque diante do exercício dessas funções. Não existe exercício privativo de função administrativa pelo Poder Executivo, pois o Poder Judiciário, bem como o Poder Legislativo, exerce função administrativa para todos os assuntos inerentes à sua estrutura íntima. Nesta linha de pensamento, Ricardo Marcondes Martins afirma que “[...] a função administrativa é precipuamente exercida pelo Executivo, pois é privativa deste para todos os assuntos estranhos à intimidade dos demais Poderes.” (MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 78).

³⁰ Conforme já tivemos oportunidade de debater, “[...] com o fim do Nazismo, algo ficou muito claro para a Ciência Jurídica: o positivismo – nos termos de mera subsunção da lei ao fato – não mais poderia persistir como pilar fundamental do Direito. As atrocidades nazistas, fundamentadas no ‘cumprimento da lei’, tanto geraram repulsa mundial, como também

Administrar é, sem dúvida, “aplicar a lei de ofício”³¹ – conforme prelecionou Miguel Seabra Fagundes –, mas não pode ser este o único viés observado pela Administração, pois o ordenamento jurídico previsto pela Constituição de 1988 exige uma atuação administrativa substancial. Ou seja: que não só cumpra a lei, mas que, necessariamente, materialize os princípios da norma fundamental promulgada em 1988 – bem como observe parâmetros de juridicidade em suas atuações executivas diante de casos concretos.

A Administração Pública deverá realizar um exercício de cunho ponderativo para determinar suas decisões, estas externadas mediante o confronto de uma situação fática real. Desta forma, o habitual é a observação e a aplicação da lei em decorrência das ponderações realizadas anteriormente pela função legislativa. Contudo, é possível que a partir de uma situação fática concreta, a ponderação exercida pelo Executivo exija a observação de um fim diferente daquele previamente estipulado pelo legislador – ainda que tal fim esteja amparado pelo princípio formal angariador da primazia à ponderação realizada em plano abstrato pelo legislador.

Nestes casos, especificamente, deverá prevalecer o sopesamento da Administração Pública, não em decorrência da legalidade estrita, obviamente, mas em acordo com a exigência substancial de adequação de compatibilidade entre juridicidade e realidade fática. Neste caso, a descrição em termos lógicos formais simplificados poderia ser feita, por exemplo, por: $p1 > p2 + pf$.³²

proporcionaram a criação de novas correntes científicas intuídas na reconstrução do pensamento jurídico. Na Alemanha, diversas teorias jurídicas surgiram – conhecidas como ‘métodos concretistas’ – e, apesar de se difundirem com variações, em regra, caracterizam-se por ter o texto normativo como limite de interpretação e ponto inicial de análise – sem, contudo, desconsiderar a realidade do caso concreto, ou seja, o fato substancialmente considerado no mundo fático. A evolução alemã no estudo do postulado da proporcionalidade configurou verdadeira revolução no contexto jurídico e social de seu Estado. Exigir proteção a direitos fundamentais, pelo postulado da proporcionalidade, angariou a ideia de compatibilização, pelo legislador, de políticas públicas com efetivação de princípios constitucionais” (LUCENA, Pedro Flávio Cardoso. Interfaces funcionais do Estado: ponderação de interesses e Administração Pública. **Revista Brasileira de Estudos da Função Pública (RBEFP)**, Belo Horizonte, ano 4, n. 11, p. 95-127, maio-ago, 2015).

³¹ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 3.

³² Conforme abordado, a demonstração lógica infere que “p1”, princípio albergado pela Administração pública, nas circunstâncias específicas do caso que se apresenta, tem mais valor que “p2” + “pf”, que é o princípio abstratamente preconizado pelo legislativo somado ao princípio formal que lhe dá sobrepeso. Trata-se de uma questão argumentativa jurídica, não de decisão autoritária, destacamos.

A proposta apresentada demonstra o motivo pelo qual consideramos insuficiente a caracterização da função administrativa mediante uma leitura meramente formal – realizada, exclusivamente, pela expedição de atos administrativos. Isto porque, conforme expomos, indubitavelmente, a concreção de princípios constitucionais também é elemento da função administrativa. Portanto, há um aspecto substancial a envolver a atividade ponderativa da Administração Pública – consistente em verificar a medida constitucional exigida para determinação de fins específicos, diante de um caso concreto e das ponderações prévias estabelecidas no “romance” do Direito pátrio.³³

Em nossa opinião, acreditamos que a visão exposta não só é a correta, mas, verdadeiramente, é a que o ordenamento brasileiro exige. A constituição Federal de 1988 não é partidária de uma perspectiva exclusivamente formalista das atividades funcionais estatais, pois o Estado Democrático de Direito vivenciado em nosso país alberga a materialidade de princípios e regras jurídicas. Este entendimento, cremos, invariavelmente é otimizado por meio de uma postura de adoção relacional entre o exercício da função pública e o exercício da ponderação de interesses públicos – diante de um caso concreto pelo agente público administrativo.³⁴

2.5.1 PONDERAÇÃO ADMINISTRATIVA DE INTERESSES PÚBLICOS

Em acordo com o asseverado até o momento, concluímos que o exercício ponderativo da Administração Pública se liga ao conceito material da função administrativa. Esta se manifesta mediante a apuração, o sopesamento e a efetivação de fins constitucionais relacionados a uma circunstância fática específica – levando em consideração a atividade ponderativa exercida pelo constituinte originário, pela competência reformadora, bem como pelo legislador, até então realizada.

³³ A conclusão fora estabelecida por Ricardo Marcondes Martins. Vejamos: “[...] função administrativa, portanto, sob aspecto substancial, consiste na apuração da medida constitucional da exigência de cumprimento de determinados fins, tendo em vista as circunstâncias do caso e a atividade legislativa até então exercida; bem como a fixação, de acordo com a medida apurada, dos meios necessários para realização desses fins” (MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93).

³⁴ Nas palavras de Irene Patricia Nohara: “O enfoque científico antijusnaturalista do positivismo exacerbou o aspecto formal do Direito, e não se coaduna com os objetivos do Estado Democrático de Direito. Este procura abarcar no conceito de legalidade os princípios e a materialidade das normas, sem que se caia num jusnaturalismo acrítico, que adota valores imutáveis e transcendentais. O aspecto democrático do Estado de Direito legitima a ponderação de interesses e valores de conteúdos variados como opção política maior” (NOHARA, Irene Patrícia. **Limites à razoabilidade nos atos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 34).

Adotamos, no presente momento, o método concretista inspirado na doutrina de Robert Alexy, que se fundamenta em uma teoria da argumentação partidária de análises de situações fáticas, bem como a definição de possíveis soluções a partir de uma medida adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.^{35 36} A adequação infere o meio utilizado – ou seja, se este é hábil ao alcance do fim pretendido; a necessidade verifica se aquele é igualmente o menos oneroso para o alcance da finalidade pretendida; e a proporcionalidade, em sentido estrito, questiona acerca da justa medida.

A justa medida supracitada, diante dos contornos estabelecidos pela proporcionalidade em sentido estrito, é explicada por Robert Alexy a partir da identificação da “primeira lei da ponderação”. Esta é estabelecida por uma relação inversa, ou seja: quanto maior for o direcionamento de grau de prejuízo a um determinado princípio, inverso deverá ser o grau de importância relativa à satisfação do princípio em oposição.³⁷

Observamos: a compreensão explicitada se apresenta em conjunto com o postulado da razoabilidade, ou seja, aquilo que não atenta contra a razão – angariando um consenso social.³⁸ Nestes termos, o agente público, em sua tomada de decisão, deverá buscar sempre os fins constitucionais; não os seus valores enquanto individualidade própria, mas os valores que exprimem interesses públicos. Esta conclusão decorre da concordância com o apresentado até o momento: é fruto da lógica do exercício da função pública.

³⁵ Conforme já tivemos a oportunidade de comentar, o método concretista desenvolvido por Robert Alexy foi pensado “[...] partindo-se do estudo do postulado da proporcionalidade no Direito alemão, cuja utilização plena, na doutrina e na jurisprudência, proporcionou grande desenvolvimento ao tema da proteção dos direitos fundamentais. Mais, seu foco de atuação e evolução realizou-se em face do combate ao excesso de Poder legislativo e está intrinsecamente ligado ao que os alemães denominam de proibição de excesso” (LUCENA, Pedro Flávio Cardoso. Interfaces funcionais do Estado: ponderação de interesses e administração pública. **Revista Brasileira de Estudos da Função Pública (RBEFP)**, Belo Horizonte, ano 4, n. 11, p. 95-127, maio/ago. 2015).

³⁶ Desde já, verificamos que a teoria argumentativa não intenta estabelecer processos completamente objetivos relacionados à ponderação de princípios, ou seja, para nós, finalidades constitucionais. Contudo, não podemos deixar de enxergá-la como diretriz identificadora de um caminho a ser percorrido na intenção da ótima administração. Para nós, sua utilização é de convincente importância, pois importa saídas para situações jurídicas que não se resolvem por meio de operações lógicas formais.

³⁷ ALEXY, Robert. **Sobre los derechos constitucionales a la protección**. Disponível em: < www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/jornada1/1_Alexy.pdf>. Acesso em: 13 de jan. de 2015.

³⁸ Chaïm Perelman, estabelecendo um conceito acerca da ideia de razoabilidade, elabora seu entendimento a partir de uma constituição negativa, qual seja: “O acordo sobre o desarrazoado permite, por exclusão, aproximar-se do razoável” (PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 463).

Desta forma, tendo em vista o fato de que adentramos ao estudo das tomadas de decisões administrativas, passamos, neste momento, a estabelecer algumas premissas acerca do gênero que engloba as espécies de veículos introdutores³⁹ de normas administrativas, qual seja: o ato administrativo. Asseveramos nossa intenção em utilizar como classificação fundamental do ato administrativo, aquela empreendida pelo professor Celso Antônio Bandeira de Mello.⁴⁰

Bandeira de Mello classifica o conteúdo e a forma como os únicos elementos específicos do ato administrativo, bem como estabelece uma diferenciação entre elementos e pressupostos. Os últimos são caracterizados por uma delineada subdivisão: pressupostos de existência – classificação que engloba o objeto e a pertinência do ato ao exercício da função; e pressupostos de validade – inerentes ao sujeito (pressuposto subjetivo), aos objetivos (requisitos procedimentais e motivo), a finalidade (pressuposto teleológico), a causa (pressuposto lógico) e, por fim, a formalização (pressuposto formalístico).

Diante da perfunctória elucidação apresentada, tomamos por análise o pressuposto lógico do ato administrativo – ou seja, a causa – para, em acordo com Bandeira de Mello, estabelecê-lo como vínculo de pertinência inerente ao conteúdo do ato administrativo e seu motivo.⁴¹ O autor considera que o estudo da *causa* possibilita o

³⁹ A expressão “veículo introdutor” foi profundamente estudada por Tárek Moysés Moussallem, de modo que, de acordo com a análise científica do autor, toda norma jurídica – e aqui nos referimos à ideia do comando, propriamente dito – deve ser introduzida no Ordenamento brasileiro por meio de um veículo introdutor. Desta forma, o exercício funcional legislativo, bem como o judiciário e o executivo, determinam suas normas por meio de veículos introdutores, como por exemplo: leis ordinárias, para os primeiros; e sentenças e decretos regulamentares, respectivamente, para os seguintes. Cabe ressaltar que de acordo com a doutrina do autor, os particulares, igualmente, surgem como fonte de expedição de veículos introdutores – posicionamento com o qual concordamos. *Vide* o exemplo dos contratos entre particulares, ou até mesmo, dos lançamentos por homologação, utilizando-nos da exemplificação de Moussallem. (MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 183-185).

⁴⁰ Desde já, pontuamos, mais uma vez, nossa intenção em estabelecer premissas inerentes ao estudo do regime jurídico do silêncio administrativo. Portanto, apenas tangenciaremos fundamentos instrumentais para compreensão do objeto principal. Não temos intenção em discorrer acerca da teoria do ato administrativo.

⁴¹ Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Através da causa vai-se examinar se os motivos em que se calçou o agente, ainda que não previstos em lei, guardam nexos lógicos de pertinência com a decisão tomada, em face da finalidade que, de direito, cumpre atender.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 413).

exame de validade do ato a partir da razoabilidade e da proporcionalidade.⁴² Concordamos com a explanação.

A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito são passíveis de avaliação a partir do estudo dos motivos e do conteúdo do ato administrativo. Esta verificação se liga à compreensão do exercício da função administrativa mediante a expedição de decisões – atos administrativos – tomadas a partir de uma atividade ponderativa, pois a ótima administração – aquela determinada pela Constituição Federal, tendo em vista a efetivação dos princípios constitucionais, sempre mantém o vínculo de pertinência entre motivo e conteúdo, na expedição de suas decisões.

Se, por um lado, a decisão normativa da Administração Pública se dá por meio de um ato administrativo, exaurido nos moldes acima suscitados; por outro, tal ato necessita de extroversão para que a declaração jurídica se manifeste ao destinatário. O veículo introdutor da norma administrativa precisa de um modo específico de exteriorização – obediente às exigências legais –, manifestação que normalmente ocorre através de forma escrita – não obstante às possibilidades excepcionais de exteriorização oratória ou gestual, por exemplo.

Se o motivo é um pressuposto objetivo da avaliação da decisão, conforme defendemos anteriormente, sua motivação é requisito de forma no referente à exteriorização específica inerente à forma e igualmente obtém *status* de pressuposto formalístico – na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello.⁴³ Concordamos plenamente com a ideia formalização enquanto pressuposto, pois, indubitavelmente, ela possibilita a avaliação do ato administrativo por sua extroversão específica. Isto porque,

⁴² Discorrendo acerca do pressuposto lógico, Bandeira de Mello assevera que é “[...] no âmbito da causa que se examinam dois tópicos extremamente importantes para a validade do ato, a saber: a) sua razoabilidade e b) sua proporcionalidade” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 413).

⁴³ De acordo com a classificação de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Formalização é a *específica maneira* pela qual o ato deve ser externado. Com efeito: ademais de exteriorizado, cumpre que o seja de um modo, isto é, segundo uma certa aparência externa. Enquanto a forma significa exteriorização, formalização significa o modo específico, o modo próprio, desta exteriorização. Normalmente, a formalização do ato administrativo é *escrita*, por razões de segurança e certeza jurídicas. Entretanto, há atos expressos por via oral (por exemplo, ordens verbais para assuntos rotineiros) ou por gestos (ordens de um guarda sinalizando o trânsito), o que, todavia, é exceção, ou até mesmo, por sinais convencionais, como é o caso dos sinais semafóricos de trânsito. A formalização, evidentemente, deve obedecer às exigências legais, de maneira a que o ato seja expressado tal como a lei impunha que o fosse. Assim, como já se deixou dito, *a motivação do ato é importante requisito de sua formalização*.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 415-416, grifos do autor).

obviamente, não se faz possível avaliar aquilo que não se manifesta – ou seja, não tem forma –, como também é em irregular a manifestação não obediente ao modo específico determinado pelo Direito.

As considerações realizadas acerca da apuração, sopesamento e materialização de fins constitucionais relacionados a uma circunstância fática específica – com vistas à observância da atividade ponderativa efetuada pela função legislativa – não excluem a existência de um âmbito funcional inerente à atividade de determinação normativa, em plano abstrato, exercida pela Administração Pública. Um exemplo desta atividade funcional administrativa – inserida em âmbito abstrato – no ordenamento jurídico brasileiro é o regulamento, norma abstrata decorrente do exercício funcional executivo e introduzida pelo veículo introdutor conhecido como decreto.

Quando falamos em normas abstratas decorrentes do exercício da função administrativa, estamos falando de normas que, em regra, instruem a atuação interna da Administração e, assim sendo, são necessárias à atividade de materialização existente no plano fático do qual falamos inicialmente. Ainda, em razão de ser uma atividade incluída no âmbito de exercício funcional do Executivo, obrigatoriamente, exige-se que ela seja empenhada nos moldes suscitados da ponderação de interesses públicos.

2.5.2 O PROCESSO DECISÓRIO ENQUANTO PERCURSO PARA EXPEDIÇÃO DE ATOS ADMINISTRATIVOS

Tendo em vista toda a argumentação empreendida acerca do exercício funcional da Administração Pública, bem como da ponderação de interesses públicos decorrentes da atividade administrativa, podemos formular uma moldura para análise do processo decisório estatal – cujo final, em regra, completa-se com a expedição de um ato administrativo.

O passo inicial do gestor é a verificação do mundo fenomênico e a compatibilidade deste com algum suporte fático jurídico, ou seja: inerência de um âmbito materializado descrito tal qual exposto na hipótese – “H” – de uma norma jurídica, habitualmente, da espécie regra – conforme a classificação por nós adotada. Regras jurídicas são meios para concretização de fins constitucionais – por nós tratados no presente trabalho como princípios jurídicos –, de modo que se toda regra materializa um princípio, então, ao executar uma regra jurídica determinada pelo Legislativo, em

última instância, o gestor estará concretizando um fim constitucional – alcançado por meio de uma regra. Esta é a forma mais comum de atuação da função executiva.

Mas não existe somente o caminho supracitado, pois é possível que após a realização de uma minuciosa análise, o agente público, no exercício de sua função executiva, perceba inexistir suporte fático contemplativo do âmbito materializado no mundo fenomênico. Em outras palavras: é possível que o gestor perceba a inexistência de regra jurídica proveniente do Legislativo a albergar a situação fática específica vivenciada. Nestes casos, quem editará uma regra para concretização de fins constitucionais é o próprio agente – observando os princípios incidentes naquela situação fática, para, então, a partir da ponderação de interesses públicos em jogo, editar ato administrativo materializante da finalidade constitucional que a circunstância exige.

O caso em destaque, sem dúvida, é exceção na compreensão do ordenamento jurídico brasileiro, porém não podemos deixar de albergar a possibilidade de expedição de ato administrativo fundamentando não em Lei, mas diretamente na Constituição Federal. Por mais que se constituam em excepcionalidades, estes atos apenas serão absolutamente impossíveis de expedição quando adentrarem competência material inscrita em espaço de reserva legal – como, por exemplo, é o caso da instituição de tributos, pois, em regra, tributação no ordenamento jurídico brasileiro só pode acontecer mediante determinação legal.

Há ainda, genericamente, uma terceira forma de processo decisório. Esta consiste nas situações em que há uma regra abstrata, determinada pelo exercício funcional legislativo, condizente com a situação fática verificada no mundo fenomênico, de modo que, *prima facie*, o gestor estaria diante de um caso de subsunção legal. Todavia, após a análise dos princípios constitucionais inseridos no caso, o agente público verifica que outras finalidades constitucionais, que não as concretizadas pelo meio da regra jurídica existente, são mais preponderantes no confronto do caso concreto.

Na última situação representada, o ordenamento jurídico exige da Administração Pública uma atuação diferente, ou seja, determina ao exercício funcional o afastamento da regra jurídica existente para, então, ser tomada a decisão que melhor concretiza a finalidade constitucional mais imperante no plano fático apresentado ao administrador. Nestes casos, os princípios constitucionais, obrigatoriamente, deverão ter peso argumentativo superior ao peso argumentativo apresentado pela regra materializadora do princípio albergado na escolha legislativa – somado este ao princípio formal inerente

às decisões legislativas. Em resumo: o administrador afasta a regra legislativa e edita ato materializante das finalidades que se sobrepõem diante da circunstância analisada.⁴⁴

Destarte, a partir do apresentado, o processo decisório a ensejar a expedição do ato administrativo – nas três formas demonstradas –, em última instância, também consiste na ponderação de interesses públicos inerente ao exercício da função estatal – seja legislativa, judiciária ou executiva – e, a partir de uma perspectiva de proporcionalidade – em sentido amplo – compreende as três fases anteriormente apresentadas, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Por conseguinte, apresentadas as nossas compreensões sobre a estruturação das decisões administrativas, e externando por esse caminho os pressupostos que fundamentam o presente trabalho, damos fim ao nosso intuito inicial, qual seja: o de estabelecer as premissas adotadas por nós e as quais serão utilizadas durante o percurso de todo o trabalho. No presente momento, passamos a debruçar nossa atenção ao objeto de estudo principal da corrente análise: o regime jurídico do silêncio administrativo.⁴⁵

⁴⁴ Uma formulação lógica e exemplificativa para a situação descrita seria possível da seguinte maneira: $P1 + P2 + P3 > P4 + R1 + Pfl$. Esta composição demonstra que a partir de uma situação fática existente, o legislador chega à conclusão de que os princípios P1, P2 e P3, somados, detêm peso argumentativo maior que o princípio P4 somado à regra determinada pelo legislador, bem como igualmente somado ao princípio formal que determina peso argumentativo a manutenção das decisões legislativas.

⁴⁵ Acerca do tema: MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 161-175.

3 A NATUREZA JURÍDICA DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

3.1 Noções preliminares

No ordenamento jurídico brasileiro, inexistiu lei a conceituar o silêncio administrativo. Conforme veremos adiante, quando muito, o direito positivo pátrio se debruça acerca do tratamento dos possíveis efeitos jurídicos atribuídos à omissão específica da Administração Pública, sem, contudo, conceituá-la ou classificá-la expressamente. Diante de situações como estas, cabe ao cientista jurídico uma atividade ainda mais árdua: delimitar o objeto de estudo, exprimindo os contornos que pretende tangenciar, para então determinar o regime jurídico do conteúdo em exame – a partir da observação das normas jurídicas vigentes em consonância com o ordenamento sistêmico do Direito.

A atividade intelectual em desenvolvimento deve ser sincera, de modo que o cientista atue com convicções voltadas ao que acredita ser verídico juridicamente, ou seja: é uma ação despojada de interesses particulares egoístas diversos, que em nada contribuem para o desenvolvimento da atividade científica, mas, ao reverso, é uma atividade voltada ao desenvolvimento da Ciência e, conseqüentemente, da sociedade.¹

Pois bem, ao final do capítulo anterior, dissertamos sobre a nossa compreensão acerca da formulação das decisões da Administração Pública – portanto, avaliando a maneira construtiva, bem como a exteriorização formalizada por um veículo introdutor específico, ato administrativo, a expressar a resolução tomada. O presente estudo intenta analisar especificamente as situações contrárias às destacadas acima, isto é, aquelas relacionadas à falta de pronunciamento decisório da Administração. Assim sendo, o primeiro problema instaurado se manifesta no fato de que a falta de pronunciamento, por parte do Estado, pode ocorrer das mais diversas maneiras, e nas mais diversas situações.

¹ A ideia nos remete à interessante distinção entre Ciência do Direito e Direito Positivo. Aurora Tomazini explica: “[...] uma coisa é o direito positivo enquanto conjunto de normas jurídicas válidas num dado país, outra coisa é a Ciência do Direito enquanto conjunto de enunciados descritivos destas normas jurídicas. São dois planos de linguagens distintos, cujas diferenças devem estar bem definidas em nossa mente para não incidirmos no erro de confundi-los” (CARVALHO, Aurora Tomazini. **Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p 98.

Desde já, delimitamos o objeto em análise estabelecendo uma diferença entre omissão estatal e silêncio administrativo.² A primeira, entendemos, é gênero a englobar qualquer situação em que o Estado se mostra inativo – como, por exemplo, os casos de omissão na prestação de ações garantidoras do Direito à saúde, determinados pela Constituição brasileira.³ A segunda, a nosso ver, é espécie, pois igualmente enseja situação de inatividade, contudo, indubitavelmente, caracterizando-se dá pela falta

² A classificação estabelecida foi adotada tendo em vista o ordenamento jurídico brasileiro. O tema do silêncio administrativo é intrínseco a diversos estudos jurídicos internacionais e, portanto, pode ser avaliado por meio de diversos ordenamentos. Como exemplo, temos Ernesto Garcia-Trevijano Garnica, estudioso do Direito espanhol, estabelecendo uma diferença entre “silêncio da Administração” e “silêncio administrativo”; e, ainda, quanto ao último, determinando as subespécies silêncio: administrativo em sentido amplo e em sentido estrito. A primeira, inerente à inatividade formal específica da Administração, bem como do administrado que, por qualquer meio, venha a obstar o processo administrativo mediante inércia. Já a segunda, o silêncio administrativo originário exclusivamente da Administração, e ao qual a legislação atribui efeitos (GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. **El silencio administrativo em el derecho español**. Madrid: Civitas, 1990, p. 76-77). No Direito Português, temos André Gonçalves Pereira, que trata o silêncio administrativo com a nomenclatura de ato tácito, subdividindo-o em duas espécies: interno, desinente ao controle de órgãos da Administração com relação aos seus próprios atos perante outros órgãos; e externo, que se refere à provocação realizada pelo administrado. Ao primeiro, a regra seria a de determinar efeitos positivos ao silêncio, enquanto que ao segundo, diferentemente, a regra seria a determinação de efeitos negativos (PEREIRA, André Gonçalves. **Erro e ilegalidade no acto administrativo**. Lisboa: Ática, 1962, p. 85).

³ A classificação, no Brasil, há muito tempo – mais especificamente ao ano de 1939 – recebeu seus contornos com a doutrina estabelecida por Temístocles Brandão Cavalcanti, quando o jurista estabeleceu que “[...] é preciso, por isso mesmo, não confundir a inercia da administração, na defesa dos direitos seus ou da colectividade, com o Silencio na decisão, provocada por terceiros.” (CAVALCANTI, Temístocles Brandão. A teoria do silêncio no direito administrativo. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 77, ano 36, n. 427, jan.-mar. 1939). Observamos que a compreensão perdura há décadas, visto que os trabalhos desenvolvidos atualmente, em menor ou maior grau, utilizam a diferenciação conceitual exprimida de Brandão Cavalcanti. Adriana Ancona de Faria, por exemplo, defende que “[...] não é qualquer atitude omissiva da Administração que pode caracterizar o silêncio administrativo. Essa omissão deve vincular-se a uma inatividade administrativa que se constitui em passividade da Administração frente a uma solicitação, dentro de uma relação jurídica formal, em que a Administração deveria expressar seu entendimento em dado prazo, e não faz. Existem inatividades materiais que compõem o conceito de omissão, mas não se conformam ao instituto do silêncio administrativo.” (FARIA, Adriana Ancona de. **O silêncio administrativo**. (Dissertação de Mestrado). Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. São Paulo, 2002. 186f, p. 61-62). No mesmo sentido, André Saddy afirma que “[...] duas são, portanto, as hipóteses relevantes da ausência de palavras transpostas na forma de texto escrito, ou seja, duas são as hipóteses relevantes de silêncio da Administração Pública: o silêncio decorrente da inércia administrativa na defesa de direito, obrigações e deveres e o silêncio decorrente da ausência de decisão, concessão, respostas em razão de pedido solicitação ou reclamação.” (SADDY, André. Efeitos jurídicos do silêncio positivo no direito administrativo brasileiro. **Revista eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 20, out./nov./dez., 2009. Disponível <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-20-OUTUBRO-2009-ANDRE-SADDY.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2016).

formal de uma decisão administrativa estritamente ambientada dentro de um processo administrativo.

Apesar da redução formulada, a delimitação não nos é suficiente. Precisamos aproximar ainda mais o objeto em estudo, visto que o silêncio administrativo, nos contornos acima explicitados, pode relacionar-se tanto a processos com participação do administrado, como, igualmente, pode estar relacionado a situações em que inexistente a participação direta dele – exemplo do segundo caso seria o silêncio administrativo inerente à situação vindicativa de atuação *ex officio* de órgãos estatais de controle. Ocasões como a última não serão tratadas como objeto de análise.

O núcleo central de nossa pesquisa é a compreensão da inatividade formal específica estabelecida dentro de uma relação procedimental administrativa – a exigir pronúncia decisória, ou seja, resposta estatal decorrente de pretensão requerida – em que, invariavelmente, figuram como partes: a Administração e o administrado. Como exemplo ao que acabamos de estabelecer, temos a requisição de licença de construção. Esta ocorre mediante um processo administrativo, cujo fim, em regra, é alcançado por meio do pronunciamento da Administração Pública – dando provimento ou negando o requerimento solicitado.

Realizados os devidos recortes, passamos ao conteúdo da natureza jurídica do silêncio administrativo nos moldes prelecionados.

3.2 A natureza jurídica do silêncio administrativo

Talvez a mais difundida controvérsia acerca do silêncio administrativo verse sobre sua natureza jurídica: tem ele natureza de fato ou ato jurídico? Celso Antônio Bandeira de Mello estabelece diferenciação entre ambas às possibilidades a partir de uma característica própria, qual seja: a dicção prescritiva de direito.⁴ Para o autor, quando ocorrer uma “[...] dicção prescritiva de direito (seja ela oral, escrita, expressada por mímica ou sinais convencionais) estar-se-á perante um ato jurídico; ou seja, perante um comando jurídico.”⁵ Em caminho oposto, quando estivermos diante de “[...] um evento material ou uma conduta humana, voluntária ou involuntária, preordenada ou

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 378.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 376.

não a interferir na ordem jurídica”⁶, então, nestes casos, estaremos diante de um fato jurídico.

De acordo com as lições de Bandeira de Mello, tendo em vista que um fato nada prescreve, então não há como o silêncio – entendido enquanto acontecimento, mero evento – ser enquadrado na categoria de ato jurídico. Assevera ainda a impossibilidade de um ato se firmar sem extroversão – ou formalização –, pois, caso contrário, de acordo com sua classificação, patente seria a inexistência, desta decorrendo uma ilicitude manifesta, ante a burla à segurança jurídica e à falta de motivação do ato. Concordamos com o autor, todavia, acreditamos existir ainda um argumento não analisado.⁷

A Administração Pública, de acordo com as premissas estabelecidas, terá sempre o dever de operacionalizar suas ações com o intuito de atender às finalidades estabelecidas pela Constituição de 1988. Se, por um lado, o ato jurídico, mais especificamente, o ato administrativo, enseja a noção de dicção prescritiva de direito; por outro, obrigatoriamente, ele é predeterminado pela noção da função administrativa caracterizada por uma perspectiva formal – a expedição do veículo introdutor em si mesmo, ou seja, o ato administrativo –, bem como por uma perspectiva substancial – decorrente de apuração, sopesamento e efetivação de fins constitucionais relacionados a uma circunstância fática específica, ainda, levando em consideração às atividades ponderativas exercidas pelo Poder Legislativo até então.

Logicamente, a noção de silêncio – enquanto configuração de um “nada”, mero acontecimento –, em regra, é completamente incompatível com a noção dinâmica do exercício de uma função. Assim, se a administração se manifesta por meio de ato jurídico – mais especificamente por meio de atos administrativos, de maneira habitual – e este é preordenado pelo exercício de uma função – primordialmente, a função administrativa –, então não há como compreender o silêncio administrativo na figura de ato jurídico, pois, além de ser incompatível com esta, é incompatível com o que o preordena: o exercício da função administrativa.

Não obstante à nossa convicção, o posicionamento não é unânime. Neyde Falco Pires Correa, por exemplo, defende ideia contrária. Para a jurista, o comportamento da Administração Pública inerente a “[...] um fato cuja previsão abstrata se encontre em

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 376.

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 419.

prescrição normativa e que gere efeitos jurídicos, será um ato administrativo, quer seja através de uma ação ou de uma omissão.”⁸ Ao que nos parece, Marçal Justen Filho comunga de raciocínio semelhante, pois, na opinião do autor, nas situações em que o Direito exige uma manifestação da Administração Pública – qualificando o silêncio, inclusive, como manifestação de vontade em sentido específico – então, o silêncio administrativo se configura como um ato administrativo por determinação jurídica.⁹

Conforme já asseveramos, o direito positivo brasileiro não explicita a natureza jurídica do silêncio administrativo. Todavia, os pressupostos adotados nesse estudo impedem a sua visualização como ato jurídico – especificamente, como ato administrativo. Em nossa opinião, não há como confundir o “fato”, por si, só com o efeito jurídico que o ordenamento brasileiro a ele atribui.

A omissão específica da Administração Pública é juridicizada quando passa a interferir no ordenamento jurisdicional, seja qual for o motivo, bem como quando é vertido em linguagem jurídica competente. A partir de então, torna-se um fato gerador apto à produção de efeitos e, assim sendo, não devemos confundir o fato gerador “silêncio administrativo” – fato jurídico, ou seja, evento vertido em linguagem competente que se relaciona com o ordenamento jurídico brasileiro – com a *dicção prescritiva* e o efeito por esta atribuído. São três coisas distintas e, assim, nos moldes propostos: diante da formulação lógica “ $H \rightarrow C$ ”, o silêncio administrativo seria uma hipótese apta à geração de consequências jurídicas.¹⁰

Mais à frente, nos atentaremos detidamente sobre os efeitos jurídicos do silêncio administrativo. Mas, por enquanto, intentamos esclarecer que diante das premissas estabelecidas, para nós, é impossível a adoção da natureza jurídica do silêncio administrativo como tendo natureza de ato jurídico administrativo. Usualmente, o ordenamento jurídico atribui efeitos a fatos da vida social nos contornos elencados pela formulação lógica “ $H \rightarrow C$ ”. Por isso, em atenção ao explicitado, não há como confundir o fato, em si mesmo, com a *dicção prescritiva* e o efeito jurídico por ela imputado – a

⁸ CORREA, Neyde Falco Pires. O silêncio da administração. **Revista de direito público**, São Paulo, n. 69, p. 122-133, jan./mar. 1984.

⁹ Vejamos a doutrina de Marçal Justen Filho: “Existem situações em que o direito determina que a Administração Pública deverá manifestar-se obrigatoriamente e, desde logo, qualifica o silêncio como manifestação de vontade em determinado sentido. Nesses casos, a situação fática é bastante simples. O silêncio configurará um ato administrativo, por assim está determinado pelo direito.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 190).

¹⁰ Adiantamos que, no tópico seguinte, apresentaremos as conceituações adotadas por nós no tocante ao conteúdo científico dos termos: *evento*, *fato* e *fato jurídico*.

prisão, por exemplo, poderá decorrer de um homicídio; mas, em si mesma, não é um homicídio; em realidade, temos uma determinação legal atribuidora de um efeito ao ato do de matar alguém, ou seja, uma relação estabelecida mediante imputação, *dever ser*.¹¹ Destarte, por todo o apresentado, para nós, o silêncio administrativo no ordenamento jurídico brasileiro tem natureza jurídica de fato jurídico.

3.2.1 FATO JURÍDICO

Não nos basta aduzir que o silêncio administrativo tem natureza de fato jurídico. É necessário explicitarmos qual o sentido que nós atribuímos ao termo fato jurídico, pois, por decorrer da linguagem, o Direito não consegue fugir do âmbito polissêmico imposto pelas palavras, cabendo, portanto, inexoravelmente à Ciência do Direito, no estudo de seu objeto, estabelecer os contornos mais precisos possíveis à análise pretendida.¹² Neste sentido, quando nos referimos ao termo *fato jurídico*, em realidade, estamos nos referindo ao relato de um acontecimento vertido em linguagem competente que se juridiciza quando, de alguma forma, estabelece relação com a ordem jurídica vigente. Assim sendo, podemos estabelecer um ponto de partida à compreensão global do instituto, tentando visualizar a importante diferenciação estabelecida entre *fato jurídico*, *fato* e *evento*.

Alicerçados na doutrina de Tércio Sampaio Ferraz Jr., podemos afirmar que evento é uma ocorrência inerente ao mundo fenomênico – ou seja, um mero acontecimento – que, todavia, não é constituído por formação linguística.¹³ Esta última característica é a que formula o traço divergente entre as compreensões de evento e fato, pois o fato é um enunciado, ou seja, um relato específico do evento ocorrido no mundo

¹¹ Para aprofundamentos: KELSEN, Hans. *Causalidade e imputação*. In: _____. **O que é justiça?** Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 323 – 348.

¹² Aurora Tomazini de Carvalho evidencia a multiplicidade de sentidos relacionados à expressão *fato jurídico*. Vejamos: “Como tantas outras, padece do problema da ambiguidade inerente aos signos. Se observamos seu uso, tanto na doutrina quanto na legislação e na jurisprudência, verificamos seu emprego, de forma reiterada, para designar pelo menos três realidades distintas: (i) a descrição hipotética presente nos textos jurídicos; (ii) a verificação concreta do acontecimento a que se refere tal hipótese; e (iii) o relato em linguagem jurídica de tal ocorrência.” (CARVALHO, Aurora Tomazini. **Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 530).

¹³ FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 4. ed São Paulo: Atlas, 2003, p. 271.

real.¹⁴ Em continuação, o aspecto diferenciador entre fato e fato jurídico se exprime por meio da linguagem competente, isto porque, se o fato é o relato de um evento mediante o uso da linguagem, o fato jurídico é o relato de um evento, interferente no ordenamento jurídico mediante a utilização de linguagem própria competente, qual seja: a linguagem jurídica.¹⁵

Neste sentido, por todo o exposto, percebemos que o elemento linguístico propriamente é o que organiza uma situação ocorrida no mundo fático – evento – transformando-o em fato. Se o elemento linguístico está vertido em linguagem jurídica competente – aquela decursiva do sistema jurídico – então, o fato passa a ser um fato jurídico; e, desta forma, está apto a gerar os mais variados efeitos dentro do ordenamento sistêmico do Direito.

Destarte, a partir da diferenciação entre *evento*, *fato* e *fato jurídico*, podemos robustecer as premissas fixadas, estabelecendo que o silêncio administrativo, por si só, é evento, mas quando vertido em linguagem jurídica competente, por interferir no ordenamento jurídico, passa a ter natureza de fato jurídico. Dessa maneira, o silêncio administrativo, no corte metodológico proposto por nós, passa a ser um fato jurídico desinente de uma inatividade formal e específica do Estado, que diante de um dever de decisão – ante requerimento estabelecido no cerne de um processo administrativo e cujos polos partidários são constituídos pela Administração e pelo administrado – se omite.¹⁶

¹⁴ De acordo com os ensinamentos de Tércio Sampaio Ferraz Júnior: “É preciso distinguir entre fato e evento. A travessia do Rubicão por César é um evento. Todavia, ‘César atravessou o Rubicão’ é um fato. Quando, pois, dizemos que ‘é um fato que César atravessou o Rubicão’, conferimos realidade ao evento. ‘Fato’ não é, pois, algo concreto, sensível, mas um elemento linguístico capaz de organizar uma situação existencial como realidade.” (FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 4. ed São Paulo: Atlas. 2003, p. 271).

¹⁵ Portanto, concordamos com a conclusão jurídica de Aurora Tomazini de Carvalho, quando esta afirma que “[...] a diferença entre evento e fato repousa no dado linguístico e, entre fato e fato jurídico, na competência da linguagem. Evento é uma situação de ordem natural, pertencente ao mundo da experiência, fato é a articulação linguística desta situação de ordem natural e fato jurídico é a sua articulação em linguagem jurídica.” (CARVALHO, Aurora Tomazini. **Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p 530).

¹⁶ A propósito do tema dos sistemas linguísticos, ressaltamos as lições de Fabiana Del Padre Tomé: “[...] qualquer que seja o sistema que se examine, nele ingressam apenas os enunciados compostos pela forma linguística própria daquele sistema. Relatado o acontecimento em linguagem social, teremos o fato social; este, vertido em linguagem jurídica própria, qualifica-se como evento em relação ao mundo do direito. O mesmo se dá com o fato político, econômico, biológico, histórico, etc.: quaisquer desses, enquanto não constituídos em linguagem jurídica permanecem fora do campo de abrangência do direito positivo.” (TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2005, p. 33).

Do apresentado, reforçamos: o silêncio administrativo, por si só, é fato jurídico – fato gerador – e não se confunde com as mais diversas formas de atribuição de efeitos que de si originam-se em face de determinações jurídicas prescritivas. A título exemplificativo, temos os efeitos decorrentes de uma Lei Ordinária, veículo introdutor expedido mediante exercício da função legislativa; ou os efeitos decorrentes de uma sentença, veículo introdutor expedido mediante exercício da função judiciária.

3.3 Silêncio administrativo, ato implícito e ato tácito

Até o momento, anotamos que o silêncio administrativo é fato jurídico, bem como delimitamos seus contornos a partir de três requisitos, quais sejam: (a) a existência de um processo administrativo; b) a existência de um dever de decisão; e, por fim, a “ocorrência” de uma inatividade formal específica perante o dever de resposta. Parece-nos claro, portanto, que o silêncio administrativo não se confunde, ao menos dentro do ordenamento jurídico brasileiro, com o que conhecemos por ato implícito.

O ato implícito, em nossa opinião, é impropriamente qualificado pela utilização do termo qualificativo “ato”, todavia, assim como o silêncio administrativo, ato não pode ser.¹⁷ Quando nos referimos ao “ato” implícito, em realidade, estamos nos referindo a um efeito jurídico secundário decorrente de um ato administrativo específico, visto que estes podem gerar efeitos diretos, mas também podem gerar efeitos indiretos. Um exemplo da argumentação defendida é o ato que declara a aprovação de alguns candidatos em um concurso público e, assim, indiretamente declara a não aprovação dos demais concorrentes.

Apesar de existir semelhança no fato de ambos não se constituírem como atos jurídicos, não podemos concordar que haja fungibilidade entre as noções de silêncio administrativo e ato implícito.¹⁸ O silêncio é fato jurídico; ou seja, evento vertido em

¹⁷ Em posicionamento diverso, Adriana Ancona de Faria não considera ser o “ato implícito” um efeito jurídico secundário, mas verdadeiro ato administrativo, pois, segundo a autora, “[...] ao nos referimos ao ato implícito, estamos diante de um efetivo ato administrativo, e não podemos considerá-lo como resultado de uma inatividade formal da Administração Pública. O ato implícito, como decorrência de uma declaração do Estado, não representa uma violação do agente público que tenha deixado de cumprir seu dever de resolver uma solicitação encaminhada.” (FARIA, Adriana Ancona de. **O silêncio administrativo**. (Dissertação de Mestrado). Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. São Paulo, 2002. 186f, p. 60).

¹⁸ Em posicionamento diverso, Heraldo Garcia Vitta considera como sinônimas as expressões ato administrativo tácito, ato administrativo implícito e silêncio administrativo. (VITTA,

linguagem competente, que se relaciona com o sistema do Direito. É uma atividade de dicção prescritiva, realizada no âmbito do exercício funcional de um agente público, que, propriamente, impõe efeitos ao fato jurídico da inatividade da Administração. Diferentemente, o chamado “ato” implícito é, em realidade, efeito secundário causado pela expedição de um ato administrativo, ou seja: enquanto os efeitos jurídicos do silêncio administrativo são desinentes do fato omissivo, os efeitos jurídicos secundários do “ato” implícito são decursivos da manifestação de um ato. Logo, ambos detêm origens diversas; e, desta forma, não podem ser classificados como sinônimos.¹⁹

Por fim, temos ainda a figura do ato tácito. Heraldo Garcia Vitta, por exemplo, defende a possibilidade de compreensão como expressões sinônimas o ato tácito e o silêncio administrativo – levando em consideração para tal, estudos doutrinários de Direito comparado.²⁰ Em nossa opinião, a proposta não deve ser aceita, pois gera mais confusão que esclarecimentos sobre do tema.

Já afirmamos que o silêncio administrativo, em concordância com o ordenamento jurídico estabelecido pela Constituição de 1988, é fato jurídico, por conseguinte, para nós, qualificá-lo como “ato”, ainda que tácito, é, no mínimo, inapropriado. Não há como contemporizar a noção de ato tácito enquanto sinônimo de silêncio administrativo, pelo menos diante da proposta de nossa análise, se o estudo pormenorizado de ambos demonstra a dessemelhança de seus conteúdos.^{21 22}

Heraldo Garcia. **O silêncio no direito administrativo**. RTDP 27/36-57. São Paulo, Malheiros Editores, 1999).

¹⁹ A observação foi realizada pelo professor Ricardo Marcondes Martins, vejamos: “[...] os atos implícitos não são fatos aos quais a norma imputa efeitos jurídicos, mas efeitos decorrentes dos efeitos expressamente imputados pela norma à ocorrência de determinados fatos jurídicos.” (MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 255).

²⁰ Se, por um lado, com acerto em nossa opinião, Heraldo Garcia Vitta considera o silêncio administrativo como fato jurídico; por outro, o jurista o entende como sinônimo de ato tácito, com o que não concordamos: “O ato administrativo tácito e o ato administrativo implícito (em suma: o silêncio da Administração) não são declarações; constituem fatos jurídicos, e dessa, forma, não estão submetidos ao regime próprio dos atos administrativos.” (VITTA, Heraldo Garcia. **O silêncio no direito administrativo**. RTDP 27/36-57. São Paulo, Malheiros Editores, 1999).

²¹ Celso Antônio Bandeira de Mello explica: “[...] em alguns casos a lei atribui dado efeito ao silêncio. Estabelece que, decorrido *in albis* o prazo nela previsto para pronunciamento da Administração, considera-se deferida ou indeferida (que é o mais comum) a pretensão do administrado ou, então, que o ato sob controle está confirmado ou infirmado. No Direito Português ambas as hipóteses são denominadas ‘atos tácitos’.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 417, grifos do autor). Aprofundando-se acerca do tema no Direito português, Heraldo Garcia Vitta assevera que “[...] o ato tácito, por sua vez, pode ser (a) interno, quando resulta da omissão de órgão administrativo controlador em manifestar tempestivamente sua aquiescência ou desacordo

3.4 Princípios e regras do ordenamento jurídico brasileiro relacionados ao silêncio administrativo

Asseveramos que o silêncio da Administração, por si só, é evento e, ao se relacionar com a ordem jurídica, juridiciza-se por meio de linguagem jurídica competente; e, assim, torna-se fato jurídico – podendo ser, ou não, nos limites estabelecidos anteriormente, caracterizado como silêncio administrativo. A relação estabelecida entre a inatividade formal específica do Estado e o sistema normativo brasileiro nos permite analisar algumas normas jurídicas – princípios e regras, conforme estabelecemos em nossa argumentação inicial – que regem o ordenamento nas mais diversas situações fáticas possíveis.

Apesar de o Direito positivo brasileiro não reservar lei própria ao silêncio administrativo, indubitavelmente, há todo um regime jurídico relacionado diretamente à omissão específica da Administração Pública. Por isso, neste momento, passamos a analisar não a totalidade, mas algumas normas do Direito pátrio, cuja indispensabilidade do estudo nos ajudará a esclarecer a presente análise, bem como nos permitirá fixar uma série de importantes conclusões.

O artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal de 1988, garante a todos o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, coletivo ou geral, devendo estas serem prestadas no prazo da lei, inclusive, sob pena de

em relação a ato de outro órgão que deva ser objeto de seu controle. Se não o fizer em determinado prazo, a lei o considera aprovado; e (b) externo, resultantes da omissão administrativa em apreciar, em dado tempo legalmente prefixado, uma pretensão do administrado. Não o fazendo, considera-se rejeitada a pretensão que lhe fora submetida.” (VITTA, Heraldo Garcia. **O silêncio no direito administrativo**. RTDP 27/36-57. São Paulo, Malheiros Editores, 1999).

²² O artigo 209 da Constituição da República Portuguesa prevê a existência de um Supremo Tribunal Administrativo para atuações inerentes ao contencioso administrativo e ao contencioso tributário. Este Tribunal, manifestando-se acerca do “acto tácito” – em contenda a envolver licença de construção e direito de propriedade – asseverou: “I - O acto tácito traduz-se em poder interpretar-se para certos efeitos e em certas circunstâncias previstas na lei a passividade ou o silêncio de um órgão administrativo como significando o deferimento ou o indeferimento de uma pretensão formulada pelo interessado, quando a Administração tem a obrigação de se pronunciar, com vista a proteger o interessado contra uma tal passividade.” (PORTUGAL. Supremo Tribunal Administrativo. Acórdão de 11.01.2005, processo 0560/04. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/b5e7bb54f8eb97e580256f8e004f73b3?OpenDocument&ExpandSection=1#_Section1>. Acesso em: 25 ago 2016). Para leitura integral do acórdão: http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/b5e7bb54f8eb97e580256f8e004f73b3?OpenDocument&ExpandSection=1#_Section1

responsabilidade – ficando ressalvadas as informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. No mesmo artigo, em seu inciso XXXIV, é assegurado o direito de petição aos órgãos Públicos para defesa de direito, bem como contra ilegalidade ou abuso de poder, inclusive, possibilitando a obtenção de certidões em repartições estatais, tendo em vista defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal.

Ainda em observância ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988, em seu inciso LV, é assegurado o contraditório e a ampla defesa aos litigantes em processo judicial ou administrativo, bem como, igualmente, a duração razoável nos dois âmbitos processuais, e os meios garantidores de celeridade em suas tramitações.²³ Inequivocamente, todas as garantias estabelecidas acima pelo artigo 5º da Constituição de 1988 estão relacionadas a uma atuação formal e substancial da Administração Pública – que, dentre outras formas, exprime-se mediante o princípio da eficiência, determinado no *caput* artigo 37 da Constituição Federal de 1988.²⁴

Há de se observar que, ao falarmos em eficiência, muito mais importante do que a formulação de um conceito propriamente dito é a compreensão do seu papel a partir do sistema constitucional brasileiro. Isto porque, o princípio da eficiência, no exercício da função pública, está intrinsecamente ligado ao Estado Democrático Social e à

²³ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

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

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” (BRASIL. Constituição de 1988. Constituição: República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988).

²⁴ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição: República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988).

concretização de utilidades ao cidadão, mediante a ponderação de interesses públicos que precede as decisões do Estado.²⁵

Mas não é só. A legislação infraconstitucional também é rica em exemplos avessos à omissão específica da Administração Pública. O artigo 1º da Lei 9.051/1995 determina a expedição, no prazo máximo de 15 dias, de certidões para defesa de direitos e esclarecimentos de situações.²⁶ A Lei Federal 9.784 de 1999, em seu artigo 48, estipula o dever de emissão explícita de decisões em processos administrativos, inclusive, estabelecendo em seu artigo 49 o prazo máximo de 30 dias para a decisão – posteriormente à conclusão da instrução processual administrativa. Além disso, o artigo 50 da mesma Lei impõe o dever de motivação dos atos administrativos – frisando, mais uma vez, a obrigatoriedade de explicitação no tocante à atuação funcional estatal.²⁷

Ainda em âmbito legislativo federal, a Lei 12.527 de 2011, conhecida como Lei de acesso à informação, é amplamente pautada na necessidade de existência de decisão motivada, ainda que para negar acesso à informação, bem como para classificar informações em qualquer grau de sigilo. Ou seja: a formalização de decisões é regra no

²⁵ Neste sentido, Paulo Modesto assevera: “Pode ser esse o papel do princípio da eficiência: revigorar o movimento de atualização do direito público, para mantê-lo dominante no Estado Democrático e Social, exigindo que este último cumpra efetivamente a tarefa de oferecer utilidades concretas ao cidadão conjugando equidade e eficiência. Não é uma síntese fácil, mas é uma síntese possível também para o direito administrativo, que vem traduzindo essas aspirações na utilização crescente de formas de agir ‘consertadas’, ‘não autoritárias’, ‘fomentadoras’, ‘negociadas’, distantes do padrão de agir da administração do estado liberal, policialesco, centrado na limitação e disciplina dos interesses privados sob formas imperativas, sancionadoras, hierarquizadas, soberanas. Encontrar um novo equilíbrio entre os interesses fundamentais tutelados pelo direito administrativo, evitando tanto a prepotência quanto a impotência do Estado, é o desafio posto à doutrina do nosso tempo e o resultado possível de um debate ainda muito longe de ser concluído.” (MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Revista Interesse Público**, Ano 2, n. 7, p. 65-75, jul.-set. 2000, São Paulo: Editora Notadez, 2000). Acerca do tema: GABARDO, Emerson. A eficiência no desenvolvimento do Estado brasileiro: uma questão política e administrativa. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

²⁶ “Art. 1º As certidões para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações, requeridas aos órgãos da administração centralizada ou autárquica, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às fundações públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, deverão ser expedidas no prazo improrrogável de quinze dias, contado do registro do pedido no órgão expedidor” (BRASIL. Lei nº 9051, de 18 de maio de 1995).

²⁷ “Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência; Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada; Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.” (BRASIL. Lei nº 9784, de 18 de maio de 1995).

âmbito dos processos administrativos; e, portanto, não pode a Administração simplesmente calar diante de requerimentos formulados, ainda que para negativas.²⁸

Fizemos um breve percurso por meio de algumas normas jurídicas do direito positivo brasileiro que, de alguma maneira, expressam a necessidade de formalização das decisões administrativas.²⁹ Nossa intenção é demonstrar que, essencialmente, o ordenamento jurídico brasileiro não permite a inatividade formal específica da Administração Pública – pelo menos não nos moldes do estudo em análise. Não vislumbramos qualquer hipótese em que, diante da existência de um processo administrativo, a situação do silêncio administrativo possa ser considerada normal ou permitida em conformidade com a juridicidade.³⁰

²⁸ A título exemplificativo, temos os artigos:

“Art. 14. É direito do requerente obter o inteiro teor de decisão de negativa de acesso, por certidão ou cópia.

Art. 28. A classificação de informação em qualquer grau de sigilo deverá ser formalizada em decisão que conterá, no mínimo, os seguintes elementos: I - assunto sobre o qual versa a informação; II - fundamento da classificação, observados os critérios estabelecidos no art. 24; III - indicação do prazo de sigilo, contado em anos, meses ou dias, ou do evento que defina o seu termo final, conforme limites previstos no art. 24; e IV - identificação da autoridade que a classificou.” (BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011).

²⁹ O espaço não permite a análise exaustiva de todas as normas jurídicas que se opõem a omissão específica da Administração Pública, seja em esfera municipal, estadual ou federal; todavia, a título de exemplo, apresentamos mais dois exemplos: o primeiro, inerente ao artigo 114 da Constituição Estadual de São Paulo; e o segundo, ao artigo 97, inciso IV da Constituição Estadual de Pernambuco.

“Art. 114. A Administração é obrigada a fornecer a qualquer cidadão, para a defesa de seus direitos e esclarecimentos de situações de seu interesse pessoal, no prazo máximo de dez dias úteis, certidão de atos, contratos, decisões ou pareceres, sob pena de responsabilidade da autoridade ou servidor que negar retardar a sua expedição. No mesmo prazo, deverá atender às requisições judiciais, se outro não for fixado pela autoridade judiciária.” (BRASIL, **Constituição do Estado de São Paulo**, de 05 de outubro de 1989).

“Art. 97. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos poderes do Estado e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, além dos relacionados no artigo 37 e 38 da Constituição da República Federativa do Brasil e dos seguintes: IV – fornecimento obrigatório a qualquer interessado, no prazo máximo de quinze dias, de certidão de atos, contratos, decisão ou pareceres, nos termos da alínea b do inciso XXXIV do artigo 5º da Constituição da República, sob pena de responsabilização da autoridade ou servidor que negar ou retardar a sua expedição.” (BRASIL, **Constituição do Estado de Pernambuco**, de 05 de outubro de 1989).

³⁰ Concordamos, portanto, com a conclusão defendida por André Saddy, quando o autor afirma que “[...] o silêncio administrativo, portanto, não é uma situação normal, no sentido de estar conforme a juridicidade. Trata-se de uma ‘anormalidade’. Dito silêncio pressupõe o não cumprimento da obrigação de resolver, identificando-se com a chamada inatividade formal ou omissão específica da Administração.” (SADDY, André. **O silêncio administrativo no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Grupo Editorial Nacional, 2014, p. 24). Celso Antônio Bandeira de Mello, relacionando o tema ao direito de petição consagrado pela Constituição Federal de 1988, chega à mesma conclusão. Vejamos: “A Constituição consagra o direito de petição (art. 5º, XXXIV, ‘a’) e este presume o direito de obter resposta. Com efeito, simplesmente para pedir

Desta forma, diante do ordenamento jurídico pátrio e de sua relação com o silêncio da Administração, podemos concluir que a juridicização do último, mediante linguagem jurídica competente – e, portanto, apta à atribuição de efeitos jurídicos – em realidade, deve ser compreendida como uma garantia albergada, pelo Direito, ao administrado.

A possibilidade de determinação de efeitos jurídicos ao silêncio administrativo, portanto, não expressa vontade da Administração Pública e, igualmente, não é o caminho mais rápido à resolução de processo administrativo, mas, simplesmente, é garantia atribuída pelo ordenamento jurídico brasileiro ao administrado, quando não obtém resposta acerca de um requerimento constituindo-se, assim, uma situação de ilegalidade. Por conseguinte, tendo em vista o fato de que a determinação de efeitos jurídicos à inatividade formal específica é decursivo de um exercício funcional estatal, então podemos afirmar sua inerência à ponderação de interesses públicos.

Portanto, para o próximo passo de nossa análise, firmamos a seguinte premissa: o silêncio administrativo, diante de um requerimento protocolado, é fato jurídico apto a gerar efeitos jurídicos que, em realidade, são garantias do administrado – albergadas pelo ordenamento jurídico brasileiro – ante a ilegalidade da omissão específica ocorrida pela falta de pronúncia da Administração Pública, em sede de processos administrativos. Os efeitos supracitados, conforme veremos nos próximos capítulos, poderão decorrer do exercício da função legislativa, do exercício da função judiciária, ou do exercício da função administrativa.

ninguém precisaria de registro constitucional assecuratório, pois não se imaginaria, em sistema algum, que pedir fosse proibido. Logo, se o administrado tem o direito 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.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 419).

4 EFEITOS JURÍDICOS DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO DECORRENTES DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO LEGISLATIVA

4.1 Fato jurídico enquanto metalinguagem do fato social

Em nossas premissas iniciais, asseveramos que a norma jurídica é composta por uma hipótese de incidência e por um consequente, de modo que, no Direito, não é possível a produção de um efeito jurídico sem a existência de um fato que o constitua como causa – seguindo a formulação lógica “ $H \rightarrow C$ ”.¹ Desta forma, em ocorrendo determinado evento no mundo real, chamaremos de “fato” o enunciado linguístico representante do acontecimento, bem como denominamos “fato jurídico” o relato juridicizado do evento físico ocorrido – que se relaciona com a ordem do sistema jurídico. Por conseguinte, em conformidade com as premissas estabelecidas, temos que a linguagem do fato jurídico é, em realidade, metalinguagem do fato social, portanto, a ela se remetendo.²

Pois bem, no Direito brasileiro, o principal responsável pela construção da metalinguagem do fato social é o legislador – manifestando-se por meio do exercício da função legislativa.³ Se, por um lado, observamos que o exercício formal da função

¹ No âmbito do Direito Administrativo, tendo em vista o fato, enquanto elemento prévio, a atribuição de efeito jurídico determinado, temos a lição de Rafael Ramires Araujo Valim: “[...]o fato administrativo é utilizado pelo ordenamento jurídico como condição de deflagração de certos efeitos jurídicos.” (VALIM, Rafael Ramires Araujo. **O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro**. (Dissertação de Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. São Paulo, 2009. 145f, p. 70).

² Paulo de Barros Carvalho aduz que “[...] há uma linguagem, que denominamos social, constituidora da realidade que nos cerca. Sobre essa camada, a ‘linguagem do direito positivo’, como discurso prescritivo de condutas, vai suscitar aquele plano que tratamos como sendo da ‘facticidade jurídica’: fatos jurídicos não são simplesmente os fatos do mundo social, constituídos pela linguagem da qual nos servimos do dia a dia. Antes, são enunciados proferidos na linguagem competente do direito positivo, articulados com a teoria das provas” (CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010b, p. 89). No mesmo sentido são as lições de Aurora Tomazini de Carvalho, as quais vejamos: “A linguagem da facticidade jurídica constitui-se como uma metalinguagem com relação à linguagem da facticidade social e, por isso, não se confundem.” (CARVALHO, Aurora Tomazini. **Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 538).

³ Afirmamos em regra, pois o ordenamento jurídico brasileiro não adotou a teoria da separação dos poderes de forma absoluta. O Poder Executivo, bem como o Poder Judiciário, em situações específicas, também podem exercer a função legislativa – vide exemplo, para o primeiro, a edição de medidas provisórias e a iniciativa de projetos de leis; bem como para o segundo, a edição do seu regimento interno. Acerca do tema, Celso Ribeiro Bastos assevera que a separação “rígida” dos poderes não mais se mostra adequada à realidade dos nossos dias; e,

legislativa é realizado mediante a expedição de normas jurídicas inseridas no sistema por meio de veículos introdutórios – leis ordinárias, complementares ou decretos legislativos, por exemplo. Por outro lado, igualmente, percebemos a existência de um espaço caracterizado por um exercício substancial da função legislativa, qual seja: a materialização dos princípios constitucionais, por meio da ponderação de interesses públicos.⁴

4.2 Exercício da função legislativa e o silêncio administrativo

O exercício da função legislativa, nos moldes estabelecidos, funciona de modo bidimensional, ou seja, por meio da subordinação de dois planos: o primeiro, um plano concreto, remetente às circunstâncias fáticas em meio às quais a lei é discutida; o segundo, um plano abstrato, referente à previsão de instituição de meios para efetivação dos fins constitucionais. Não obstante à atuação nos dois âmbitos, inegavelmente, a forma mais marcante do exercício da função legislativa se dá no segundo plano – abstrato – através da exteriorização de normas jurídicas.⁵

portanto, muito mais adequada à vivência contemporânea é a divisão flexível das funções estatais. Vejamos: “O esquema inicial rígido, pelo qual uma dada função corresponderia a um único respectivo órgão, foi substituído por outro no qual cada poder, de certa forma, exercita as três funções jurídicas do Estado: uma em caráter prevalente e as outras duas a título excepcional ou em caráter meramente subsidiário daquela. Assim, constata-se que os órgãos estatais não exercem simplesmente as funções próprias, mas desempenham também funções denominadas atípicas, quer dizer, próprias de outros órgãos. É que todo poder (entendido como órgão) tende a uma relativa independência no âmbito estatal e é compreensível que pretenda exercer na própria esfera as três mencionadas funções em sentido material.” (BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 490-491).

⁴ Discorrendo acerca da legalidade, mas dando ênfase ao caráter substancial da garantia da igualdade, Fernando Dias Menezes de Almeida assevera: “Muitas vezes a menção à legalidade induz espontaneamente à consideração da origem formal do ato legislativo: a lei como ato de vontade produzido pelo parlamento, independentemente de seu conteúdo. [...] Mas, ao lado da dimensão formal, igualmente relevante é a dimensão material, que toma a lei (para efeito da legalidade) como norma jurídica com conteúdo geral e abstrato. [...] Decorre, pois, do sentido (material) de lei como norma geral e abstrata um viés protetivo da igualdade, na medida em que a generalidade e a abstração tendem a impedir que determinada decisão jurídica (no caso, uma decisão legislativa) seja tomada especialmente para beneficiar ou para prejudicar alguém”. (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Formação da teoria do direito administrativo no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin. 2015, p. 163-164).

⁵ Em outros termos, podemos dizer que se, de certa forma, existe uma circunstância fática em que a lei é discutida, por outro lado, é no plano abstrato que se caracteriza de forma mais clara o exercício da função legislativa – a indicação de um meio para efetivação de um fim. A observação foi realizada por Ricardo Marcondes Martins: “Costuma-se afirmar que a característica essencial da função legislativa é a abstração. Essa lição é verdadeira se devidamente compreendida. Em regra, o legislador trabalha num plano abstrato: a primeira etapa de seu trabalho é identificar um valor positivado na Constituição, um princípio; a segunda

Essencialmente, a função legislativa resplandece a partir da ponderação de princípios constitucionais – atribuidores de “pesos”, razões argumentativas –, que, em âmbito abstrato, exigem a determinação de regras jurídicas – isto é, caminhos para a concreção dos fins estipulados pela norma fundamental brasileira – que os efetivem. Em contornos genéricos, assim se dá o nascimento de um dispositivo legal.

De maneira mais específica, conforme preleciona Ricardo Marcondes Martins, o legislador primeiro apura, em domínio fático, os princípios constitucionais que devem ser materializados, para, então, ponderar, verificar os “pesos” dos princípios envolvidos na situação, e, somente após, instituir propriamente o meio de concretização, em plano abstrato, dos fins constitucionais, ou seja, determinar a regra jurídica. Frisamos: os meios escolhidos pelo legislador deverão ser decorrentes de ponderações de interesses públicos.⁶ Neste sentido, podemos verificar umbilical relação estabelecida entre o exercício da função legislativa com a denominada “lei da colisão”, instituída pela doutrina de Robert Alexy.

Isto porque a supracitada lei, aplicada a uma compreensão de contornos ambientados dentro de um plano abstrato, conforme já explicitamos, determina “[...] as condições sob as quais um princípio prevalece sobre o outro [...]”, de modo que, assim, forma “[...] o pressuposto de fato de uma regra que determina as consequências jurídicas do princípio prevalente.”⁷ Em nosso entendimento, o ordenamento jurídico brasileiro detém uma dinâmica compatível com a *lei da colisão*, pois, ao menos na habitualidade do exercício da função legislativa, as instituições das regras jurídicas são, em verdade, resultados da ponderação de interesses públicos realizada pelo legislador.⁸

etapa é, em um plano abstrato, elaborar uma regra que concretize esse princípio, ou seja, fixar meios a seres adotados em concreto, necessários à concretização do fim enfocado. É fundamental perceber o seguinte: o legislador age num plano abstrato, mas também tem diante de si um caso concreto, ele atua num cenário histórico-social definido.” E, mais adiante, assevera: “Há, assim, dois casos concretos, um referente as circunstâncias em que a lei é discutida pelo legislador, outro referente às circunstâncias em que ela é aplicada. O legislador, quando da apreciação do projeto, tendo em vista as circunstâncias do momento, prevê o caso concreto real. Sua previsão é, sempre, apenas uma previsão: as especificidades, as particularidades do caso concreto real, jamais podem todas e sempre, ser antecipadas por ele.” (MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 69).

⁶ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 69

⁷ ALEXY, Robert. Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica. **Doxa**, v. 5, 1988. p. 147.

⁸ Neste aspecto, em razão do defendido linhas acima, concordamos com a formulação de Robert Alexy, quando o professor de Kiev afirma que “[...] as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa à

Por conseguinte, a visualização de tudo o que foi apresentado até o momento pode ser clarificada pela percepção do ordenamento jurídico enquanto “romance em cadeia” – conforme a referência anteriormente explicitada por nós. Isto porque, a assembleia constituinte originária promulgou a Constituição Federal de 1988 por meio da positivação – ou seja, identificação, sopesamento e determinação – dos valores inerentes à sociedade brasileira naquele momento, isto mediante os contornos de um exercício funcional – cuja dinâmica se estabelece por atuações vinculadas e discricionárias – incompatível com a ideia de liberdade, em face da existência de limitações apresentadas ao constituinte originário – como, por exemplo, os postulados normativos. Essencialmente, o substrato do exercício funcional do constituinte originário foi a positivação de valores – interesses públicos – ao ordenamento jurídico brasileiro, fins, também denominados de princípios constitucionais, que exigem materialização.

Neste contorno, o Legislativo, com a obrigação de materializar os princípios da norma fundamental, apura os fins e, mediante o sopesamento de interesses públicos – em plano abstrato prioritariamente –, determina os meios para alcance daqueles. As regras jurídicas estabelecidas pelo Legislativo, habitualmente conforme observamos, são instituídas em âmbito abstrato e diante de um campo de atuação discricionária do legislador, este com um espaço bem menor que o campo discricionário do constituinte originário ou da competência reformadora. Contudo, não podemos esquecer de que, muitas vezes, existe uma determinação constitucional para que o exercício da função legislativa viabilize o desfrute de um direito mediante a instituição de uma Lei. Nestes casos, o legislativo deve atuar mediante exercício funcional vinculado – a instituir meios específicos de concretização dos princípios da Magna Carta.

As duas formulações descritas são possíveis. Todavia, independentemente do tipo de competência funcional, o que nos interessa no presente momento é a seguinte constatação: quando um fato social passa a interferir no sistema do Direito brasileiro, caberá ao legislador o dever de verter o fato em linguagem jurídica competente – uma atividade de juridicização –, e assim, estabelecendo-o como fato jurídico apto a gerar efeitos jurídicos. A visualização da lógica proposta para determinação desta regra jurídica, como não poderia ser diferente, segue o modelo “ $H \rightarrow C$ ”, bem como é precedida pela ponderação de interesses públicos, por nós argumentada.

consequência jurídica do princípio que tem precedência.” (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 99).

Se o artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal de 1988 determina como garantia constitucional de todo cidadão o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, coletivo ou geral; se, ainda, institui no inciso XXXIV, alínea “a” do mesmo artigo, o direito de petição, que em contrapartida, presume o direito à resposta acerca da petição formulada; e se a mesma norma fundamental garante o princípio da eficiência como finalidade regente da atuação da Administração Pública, nos moldes artigo 37, *caput*; então, indiscutivelmente, não há como negar aos efeitos do silêncio uma concepção de garantia dada ao administrado – quando este postula um interesse dentro de um âmbito procedimental administrativo. O “calar” da Administração Pública, em sede de processo administrativo, não tem qualquer garantia legal ou principiológica, não é querer e nem concretização de princípios constitucionais decorrentes da ponderação de interesses públicos.

No tangente ao exercício funcional legislativo, quando há manifestação acerca do silêncio administrativo, verifica-se que o legislador identifica o fato social e, posteriormente, verte-o em linguagem jurídica competente para estabelecê-lo, assim, como um fato gerador apto à produção dos mais variados efeitos. Sabemos que a determinação pelo legislador, dos efeitos jurídicos atribuídos ao fato em questão, propriamente, será estabelecida em razão da ponderação de interesses públicos. Contudo, no momento, faz-se interessante observar que a determinação de efeitos decorrentes do fato jurídico, para nós, é ato jurídico composto no raciocínio de “ $H \rightarrow C$ ”.

Isto porque, frisamos, diante do exercício funcional legislativo, temos um fato juridicizado, ou seja: vertido em linguagem competente e capaz de gerar efeitos dentro da ordem jurídica, pois foi constatado pelo agente público e dele recebeu a declaração prescritiva de efeitos – tornando-se fato gerador. A composição inerente a este ato jurídico segue modelo lógico pautado na perspectiva de *dever ser* de uma regra jurídica, portanto, com a identificação de uma hipótese e um consequente.

Logo, temos mais um argumento que determina a necessidade de compreensão do fenômeno a partir da separação estabelecida entre o silêncio administrativo – por si só, fato jurídico –, entre o ato determinador de um efeito ao fato jurídico “silêncio” – por si só ato jurídico, compreendido na formulação de *dever ser* $H \rightarrow C$ –, e entre o efeito decorrente deste ato jurídico determinado – como, por exemplo, o efeito negativo ou positivo da inatividade formal específica estatal. A diferenciação é primordial, porquanto esta percepção categorizada permite ao administrado procurar albergue não

somente na legalidade, mas na juridicidade da situação vivenciada, ainda que não haja manifestação estrita do Legislativo em texto normativo.

Em resumo: o silêncio da Administração Pública, dentro de um processo administrativo, é evento. Este, por se relacionar, de alguma forma, com o ordenamento jurídico, juridiciza-se por meio de uma linguagem jurídica competente e, assim, torna-se fato jurídico apto a gerar efeitos jurídicos. Os efeitos, positivos ou negativos, atribuídos pelo legislador por meio do exercício da função legislativa ao silêncio administrativo decorrem de uma declaração prescritiva – ato jurídico –, que se reporta ao acontecimento do fato jurídico. Este ato jurídico, decorrente do exercício da função legislativa, será introduzido ao ordenamento do Direito brasileiro através de um veículo introdutor, por exemplo, uma Lei Ordinária. A moldura explicitada determina, obrigatoriamente, uma separação entre o fato jurídico por si só e sua aptidão para atribuição de efeitos. Assim sendo, mais uma vez, defendemos: a omissão específica do Estado não é ato administrativo, mas sim, fato. E pode relacionar-se amplamente dentro da competência legislativa.

4.3 Efeitos positivos do silêncio administrativo por meio do exercício da função legislativa

Em momento anterior, defendemos que o fato jurídico é metalinguagem do fato social. Por meio de seus veículos introdutores, podemos afirmar que a atividade primordial da função legislativa é a formulação de normas jurídicas – para isto, o legislador identifica uma situação inerente à realidade social, verte-a em linguagem jurídica competente, atribuindo a ela, então, efeitos jurídicos – fato gerador e consequência. Quando, por exemplo, falamos em uma regra jurídica – espécie do gênero norma – temos a compreensão lógica de uma hipótese de incidência – “H” – que, ocorrendo no mundo fático e sendo vertida em linguagem competente, deve gerar uma consequência – “C”.⁹

⁹ A estruturação mencionada é explicada por Paulo de Barros Carvalho, quando afirma: “As normas jurídicas têm organização interna das proposições condicionais, em que se enlaça determinada consequência à realização de um fato. Dentro desse arcabouço, a hipótese refere-se a um fato de possível ocorrência, enquanto o consequente prescreve a relação jurídica que se vai instaurar, onde e quando acontecer o fato cogitado no suposto normativo. Reduzindo complexidades, podemos representar a norma jurídica da seguinte forma: $H \rightarrow C$, onde a hipótese (H) alude à descrição de um fato e a consequência (C) prescreve os efeitos jurídicos que o acontecimento irá provocar; razão pela qual se fala em descritos e prescritos; sendo o

Jamais o legislador poderá esquecer de que a instituição de regras, obrigatoriamente, deverá constituir meios de efetivação de princípios constitucionais, de sorte que, em plano abstrato, identificado o silêncio administrativo como um fato jurídico, inevitavelmente, o legislador deverá reportar-se à Constituição Federal de 1988 para sentir quais princípios jurídicos estabelecem relação com o fato jurídico; e, então, determinar efeitos compatíveis com a materialização do(s) princípio(s) que se sobressaem em confronto com uma conjuntura confrontada.

Ao legislador – bem como aos demais agentes públicos – não basta apenas conhecer as finalidades constitucionais, mas, em realidade, é imprescindível, além de tudo, sentir os fins estabelecidos pela Constituição. O sentir vai além do conhecer, pois pressupõe a compreensão das mais diversas finalidades a partir de um contexto de aplicação a situações determinadas. Portanto, ainda que o exercício da função legislativa se dê, primordialmente, no plano imaterial – inclusive com sua habitual formulação de regras caracterizadas pela generalização e abstração –, ao legislador há um âmbito tangencial obrigatório ao concreto; ou seja, a situação fática inerente ao contexto por ele observado. Este é o plano concreto ao qual, no início do capítulo, defendemos caber ao exercício funcional legislativo.¹⁰

primeiro para designar o antecedentes normativos e o segundo para indicar o seu consequente.” (CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método** 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009, p. 137).

¹⁰ Carlos Ayres Britto, estabelecendo uma relação entre o conhecer, a consciência e o sentir, assevera: “Para relacionar por modo holístico (unitário, portanto) o dever-ser do Direito legislado e o ser das concretas decisões judiciais. Para aproximar um pouco mais o Ordenamento Jurídico romano-germânico (nações latinas e germânicas) e o da tradição anglo-americana (common law). Somar à vontade da Constituição a vontade de Constituição do operador jurídico. Tornar cada homem em particular um decidido humanista. Um militante, enfim, da máxima cristã do ‘amai ao próximo como a vós mesmos’. Pois não se pode ignorar que o Direito, como ensinava o sergipano Tobias Barreto, ‘não é só uma coisa que se sabe; é também uma coisa que se sente’. Talvez até uma coisa que se sente em primeiro lugar ou com anterioridade em relação à inteligência, pois não se pode esquecer jamais que o próprio substantivo ‘sentença’ vem do verbo ‘sentir’ (é da poetisa Adélia Prado o juízo de que ‘o olhar amoroso sobre as coisas descobre um sentido atrás daquilo, na perspectiva final do sentido da vida’.” (BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 75).

4.3.1 A NATUREZA JURÍDICA DOS EFEITOS POSITIVOS DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO POR MEIO DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO LEGISLATIVA

Pois bem, conforme argumentado por nós, o efeito positivo da omissão específica estatal – oriundo do exercício da função legislativa – é, simplesmente, um efeito decorrente de uma decisão – ato jurídico – consubstanciada no dever de concretização dos princípios constitucionais, ou seja: é uma providência da própria conformação do ordenamento jurídico brasileiro estabelecido por meio de normas jurídicas.

A presente análise intenta observar o objeto de estudo a partir do sistema jurídico ao qual ele está inserido, logo, no presente caso, o silêncio administrativo e suas relações dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Assim sendo, se por um lado a omissão específica do Estado tem natureza de fato jurídico, por outro, quando o resultado concessivo da inatividade formal específica decorre do exercício funcional Legislativo, então esse resultado – o efeito positivo propriamente dito – terá natureza jurídica de efeito desinente de ato proferido no âmbito de competência do legislador, ou seja: natureza jurídica de efeito positivo decursivo de imputação legal.

André Saddy, em sua obra intitulada “Silêncio administrativo no Direito brasileiro”, defende que “[...] o efeito positivo do silêncio administrativo origina-se da máxima romana ‘*qui tacet consetire videtur*’ (quem cala consente).”¹¹ Data venia, discordamos do autor. A máxima romana, em face do objeto analisado, é completamente incompatível com o princípio da indisponibilidade do interesse público e, portanto, não pode ser aplicada à compreensão do regime jurídico da omissão específica do Estado – muito menos de seus efeitos.

Em concordância com o defendido, a origem do ato jurídico decorrente do exercício da função legislativa que atribui efeitos ao silêncio administrativo é explicada pela própria conformação sistêmica do Direito brasileiro. Se a Administração Pública, por meio da função executiva, por exemplo, não se manifestou – não expressou decisão ou vontade –, então, em razão da importância do fato jurídico, aplica-se a manifestação funcional do Legislativo, que prescreveu um efeito ao fato ocorrido.

¹¹ SADDY, André. **O silêncio administrativo no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Grupo Editorial Nacional, 2014, p. 61.

Repetimos: diante da indisponibilidade do interesse público, o calar da Administração não significa consentir e, do mesmo modo, também não significará que o Direito, entendido enquanto sistema, não determinará uma solução para o fato jurídico que se apresenta. O ordenamento jurídico determina um efeito que, nos casos abaixo mencionados, por exemplo, fora prescrito em razão da ponderação de interesses públicos imanente do exercício da função legislativa.

Acerca do tema, em sua argumentação, Saddy defende o posicionamento de que o efeito positivo da omissão específica do Estado é, em realidade, uma ficção jurídica apta a aplicar o regime do ato administrativo “[...] para conceder ao particular, nos casos e condições legalmente previstos, a correspondente pretensão na sequência do decurso de um lapso temporal sem que a Administração se pronuncie.”¹² Para o autor, essencialmente, não se trata de um verdadeiro ato administrativo, mas de uma ficção jurídica cuja aplicação se dá nos moldes do regime jurídico do ato administrativo, de modo que, em tese, “[...] finge-se a existência de um ato expresse apto a produzir efeitos [...]”,¹³ mesmo sabendo-se que inexistente ato administrativo propriamente dito. O autor fundamenta sua compreensão na doutrina de João Thiago Silveira, jurista português, para quem “[...] o deferimento tácito não será um verdadeiro acto administrativo, mas antes um fato jurídico ao qual, por meio de uma ficção legal, é aplicado o regime jurídico desse acto administrativo.”¹⁴

Não obstante a possibilidade, em tese, de ocorrer uma determinação legal a impor efeitos concessivos ao silêncio administrativo sob a definição do efeito enquanto ficção jurídica – para aplicação do regime jurídico dos atos administrativos –, não compreendemos tal proposta como regra. A natureza jurídica do efeito positivo decorrente do silêncio administrativo, nos casos inerentes ao exercício da função legislativa, será, simplesmente, a de ato jurídico conformado pelo Direito, em razão de um exercício funcional – Legislativo. Entendemos que a análise sistêmica do ordenamento jurídico brasileiro nos leva a essa resposta, apesar de o tema da omissão específica do Estado existir em diversos outros ordenamentos e, portanto, existir a

¹² SADDY, André. **O silêncio administrativo no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Grupo Editorial Nacional, 2014, p. 61.

¹³ SADDY, André. **O silêncio administrativo no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Grupo Editorial Nacional, 2014, p. 66.

¹⁴ SILVEIRA, João Thiago. **O deferimento tácito: (esboço do regime jurídico do acto tácito positivo na sequência de pedido do particular): à luz da recente reforma do contencioso administrativo** Subtítulos. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 101.

viabilidade de naturezas jurídicas diversas relacionadas à omissão específica no Direito comparado.

4.3.2 EXEMPLOS DE EFEITOS POSITIVOS AO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO DECORRENTES DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO LEGISLATIVA

4.3.2.1 A Lei Federal nº 10.522 – parcelamento de obrigações pecuniárias

A Lei Federal 10.522, de 19 de julho de 2002, inequivocamente, é um exemplo concreto a consubstanciar a argumentação apresentada até o momento. O artigo 10, da supracitada Lei Federal, possibilita, a exclusivo critério da autoridade fazendária, o parcelamento de débitos de qualquer natureza com a Fazenda Nacional¹⁵, de modo que o parcelamento, em acordo com a determinação do artigo 11 da mesma Lei, “[...] terá sua formalização condicionada ao prévio pagamento da primeira prestação, conforme o montante do débito e o prazo solicitado.”¹⁶

Ocorre que há uma determinação legal, imposta pelo § 2º do artigo 11 da Lei Federal 10.522, obrigando o devedor, enquanto não deferida à concessão do parcelamento – e a título de antecipação de débito –, a recolher o valor correspondente a uma parcela mensal, sob pena de indeferimento do pleito. Ainda, chama a atenção o fato legalmente expresso de que a concessão do parcelamento, conforme determinado pelo *caput* do artigo 10 da Lei Federal em questão, dar-se-á por exclusivo critério da autoridade fazendária. Por este motivo, leia-se, para não gerar uma situação esdrúxula de insegurança jurídica, o inciso II, do § 2º do artigo 12 da Lei 10.522 determinou ser considerado o requerimento de parcelamento “[...] automaticamente deferido quando decorrido o prazo de 90 (noventa) dias, contado da data do pedido de parcelamento sem que a Fazenda Nacional tenha se pronunciado.”¹⁷

¹⁵ “Art. 10. Os débitos de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional poderão ser parcelados em até sessenta parcelas mensais, a exclusivo critério da autoridade fazendária, na forma e condições previstas nesta Lei. (Redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002).”

¹⁶ “Art. 11. O parcelamento terá sua formalização condicionada ao prévio pagamento da primeira prestação, conforme o montante do débito e o prazo solicitado, observado o disposto no § 1º do art. 13 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).”

¹⁷ “Art. 12. O pedido de parcelamento deferido constitui confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência do crédito tributário, podendo a exatidão dos valores parcelados ser objeto de verificação. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).”

§ 1º Cumpridas as condições estabelecidas no art. 11 desta Lei, o parcelamento será: (incluído pela Lei nº 11.941, de 2009);

Na configuração legal apresentada, temos uma norma expedida através do exercício da função legislativa que prevê o silêncio administrativo como fato gerador de um efeito concessivo ao administrado. Explicamos: o administrado, por meio de um processo administrativo, tem o direito de peticionar o parcelamento de um débito de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional, que por meio de sua autoridade competente, irá conceder ou não o pleito. Se atendendo a todos os requisitos legais, em até 90 (noventa) dias, o administrado não obtém resposta da autoridade fazendária, então, inequivocamente, por determinação legal, o pedido é considerado automaticamente deferido. Ou seja, a omissão específica do Estado – fato jurídico – é fato gerador de um efeito positivo – desinente a um ato jurídico –, qual seja, concessão do requerimento pleiteado dentro do processo administrativo.

No caso em tela, de acordo com a proposta da ponderação de interesses públicos defendida, o Legislador observou, por exemplo, os princípios da segurança jurídica e da eficiência, bem como a regra do direito ao recebimento de resposta, ante uma petição levada à Administração Pública, e sopesou-os com o princípio da separação das funções estatais – que garante a autonomia de competências entre as funções do Estado –, e, no caso em tela, com a decisão acerca do parcelamento do débito. A escolha decisória prolatada no exercício da função legislativa determinou que, passados 90 (noventa) dias de silêncio, então o pleito formulado pelo administrado deve ser considerado deferido.

Não houve um aniquilamento do princípio da separação das funções executivas, legislativas ou judiciárias, mas, simplesmente, uma conformação ao ordenamento jurídico diante de uma situação formulada no âmbito de um plano abstrato. Prova disto é o fato de que a norma prevê um prazo de 90 (noventa) dias para manifestação da Administração e, somente passado este prazo, diante da afronta à segurança jurídica, à eficiência e ao direito de petição, é que a determinação legal estará apta a efetivar efeitos positivos ao silêncio administrativo.¹⁸

I - consolidado na data do pedido; e (incluído pela Lei nº 11.941, de 2009);

II - considerado automaticamente deferido quando decorrido o prazo de 90 (noventa) dias, contado da data do pedido de parcelamento sem que a Fazenda Nacional tenha se pronunciado. (incluído pela Lei nº 11.941, de 2009);

§ 2º - Enquanto não deferido o pedido, o devedor fica obrigado a recolher, a cada mês, como antecipação, valor correspondente a uma parcela. (incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).”

¹⁸ Se estabelecêssemos uma formulação lógica para a argumentação deduzida, teríamos: $P1 + P2 + R1 > P3$. Ou seja, a ponderação dos interesses em jogo conforma a decisão de que, no caso discutido, o P1 – princípio da segurança jurídica –, o P2 – princípio da eficiência – e o R1 –

4.3.2.2 A Lei Complementar Federal nº 123 – estatuto nacional da microempresa e da empresa de pequeno porte

Criada com a finalidade de instituir o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, a Lei Complementar nº 123 de 2006 reserva espaço para efetivação de efeitos positivos decorrentes do silêncio administrativo. Isto porque o *caput* do artigo 9º da supracitada Lei estabeleceu a possibilidade de baixa em microempresas e empresas de pequeno porte a qualquer tempo, sem quitação dos débitos fiscais ou previsão de responsabilidade solidária dos sócios. Desta forma, em acordo com o § 6º do artigo em análise, após a formalização da solicitação de baixa, a Administração Pública terá o prazo de 60 (sessenta) dias para efetivá-la. Ultrapassado o prazo previsto legalmente sem manifestação do órgão competente, presumir-se-á a baixa dos registros das empresas de pequeno porte, bem como das microempresas, conforme determina o § 7º da Lei Complementar 123 de 2006.¹⁹

direito de petição –, somados, devem ter um valor maior que P3 – princípio da separação dos poderes –, frisamos, no caso especificamente discutido em um âmbito abstrato.

¹⁹ “Art. 9º - O registro dos atos constitutivos de suas alterações e extinções (baixas) referentes a empresários e pessoas jurídicas em qualquer órgão dos 3 (três) âmbitos de governo ocorrerá independentemente da regularidade de obrigações tributárias, previdenciárias ou trabalhistas, principais ou acessórias, do empresário, da sociedade, dos sócios, dos administradores ou de empresas das quais participem, sem prejuízo das responsabilidades do empresário, dos titulares, dos sócios ou dos administradores por tais obrigações, apuradas antes ou após o ato de extinção. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014).

§ 1º - O arquivamento, nos órgãos de registro, dos atos constitutivos de empresários, de sociedades empresárias e de demais equiparados que se enquadrarem como microempresa ou empresa de pequeno porte, bem como o arquivamento de suas alterações são dispensados das seguintes exigências:

I - certidão de inexistência de condenação criminal, que será substituída por declaração do titular ou administrador, firmada sob as penas da lei, de não estar impedido de exercer atividade mercantil ou a administração de sociedade em virtude de condenação criminal;

II - prova de quitação, regularidade ou inexistência de débito referente a tributo ou contribuição de qualquer natureza;

§ 2º Não se aplica às microempresas e às empresas de pequeno porte o disposto no § 2º do art. 1º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994.

§ 4º - A baixa do empresário ou da pessoa jurídica não impede que, posteriormente, sejam lançados ou cobrados tributos, contribuições e respectivas penalidades decorrentes da falta do cumprimento de obrigações ou da prática comprovada e apurada em processo administrativo ou judicial de outras irregularidades praticadas pelos empresários, pelas pessoas jurídicas ou por seus titulares, sócios ou administradores (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014).

§ 5º - A solicitação de baixa do empresário ou da pessoa jurídica importa responsabilidade solidária dos empresários, dos titulares, dos sócios e dos administradores no período da

A compreensão da determinação legislativa, que culminou na decisão de atribuição de efeitos positivos ao silêncio administrativo, passa obrigatoriamente pela necessária análise sistemática do ordenamento jurídico brasileiro. Em acordo com toda a exposição teórica até o momento defendida, percebemos claramente o exercício da função legislativa a tangenciar a ponderação dos interesses públicos em matéria a envolver microempresas e empresas de pequeno porte.

Isto porque o artigo 170, *caput*, da Constituição Federal de 1988, ao versar sobre a ordem econômica pátria, determina a sua fundação sob os valores da livre iniciativa e da valorização do trabalho humano, bem como estabelece, dentre suas finalidades, a existência digna do homem conforme parâmetros de justiça social. Mais especificamente no inciso IX do supracitado artigo, a Constituição estabelece o tratamento favorecido para empresas de pequeno porte como uma das formas de efetivação das finalidades de valorização da livre iniciativa e do trabalho humano, ou seja, nos termos anteriormente estabelecidos, o tratamento diferenciado para empresas de pequeno porte é um meio para materialização dos fins inerentes a ordem econômica brasileira.²⁰

Mas não é só. Em seu artigo 179, a norma fundamental brasileira determina, a todos os Entes federados, tratamento jurídico diferenciado às microempresas e às empresas de pequeno porte – no concernente a obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias – com o intuito, inequívoco, de instituir meios para concretização de fins constitucionais.²¹

ocorrência dos respectivos fatos geradores. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014).

§ 6º - Os órgãos referidos no caput deste artigo terão o prazo de 60 (sessenta) dias para efetivar a baixa nos respectivos cadastros.

§ 7º - Ultrapassado o prazo previsto no § 6º deste artigo, sem manifestação do órgão competente, presumir-se-á a baixa dos registros das microempresas e a das empresas de pequeno porte.”

²⁰ “Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, constituídas sob as leis brasileiras, e que tenham sua sede e administração no País (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995).”

²¹ “Art. 179 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.”

Desta forma, percebendo a importância existente no processo administrativo que institui a disposição de “baixas” em empresas de pequeno porte e microempresas; verificando as determinações constitucionais relacionadas a tratamento jurídico facilitador de obrigações administrativas inerentes àquelas, bem como os princípios jurídicos da eficiência e da segurança jurídica; e, ainda, a garantia do direito de petição, então, o legislador decidiu determinar o prazo máximo de 60 (sessenta) dias para manifestação da Administração Pública quando questionada acerca de requerimento de baixas nas empresas mencionadas.

Mais uma vez, observamos que não há aniquilamento da competência dos órgãos responsáveis pela atividade administrativa supracitada, ou seja: não há eliminação do princípio da separação das funções estatais relativamente à atribuição do exercício de suas competências. Todavia, como não poderia ser diferente, ante o sopesamento dos princípios em jogo, fora determinado legalmente um efeito positivo ao silêncio administrativo, isto é, a presunção da baixa requerida se ultrapassados sessenta dias sem resposta.

4.3.2.3 Decreto Federal nº 84.398 – ocupação de faixas de domínio público

O Decreto Federal nº 84.398 de 1980 dispõe, dentre outros temas, acerca da ocupação de terrenos de domínio público e faixas de domínio de rodovias, bem como travessia de hidrovias, ferrovias e rodovias por linhas de distribuição, subtransmissão e transmissão de energia elétrica. Seu artigo primeiro estabelece a necessidade de autorização para execução da obra de ocupação de faixas de domínio, autorização esta que deve ser proferida pela entidade detentora de competência na jurisdição em que estiver a área atravessada ou ocupada.²²

²² “Art. 1º - A ocupação de faixas de domínio de rodovias, ferrovias e de terrenos de domínio público, e a travessia de hidrovias, rodovias, ferrovias, oleodutos e linhas de transmissão de energia elétrica de outros concessionários, por linhas de transmissão, subtransmissão e distribuição de energia elétrica de concessionários de serviços públicos de energia elétrica serão autorizadas pelo órgão público federal, estadual ou municipal ou entidade competente, sob cuja jurisdição estiver a área a ser ocupada ou atravessada (Redação dada pelo Decreto nº 86.859, de 1982).

Art. 3º - O órgão público ou entidade competente deverá manifestar-se sobre os projetos, concedendo autorização formal para execução da obra, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, contados da data de seu recebimento, restringindo-se, na apreciação, ao trecho de ocupação ou travessia de área sob sua jurisdição.

§ 1º - Em caso de solicitação de esclarecimentos adicionais ou exigências regulamentares ao concessionário, o órgão público ou administração competente terá novo prazo de 30 (trinta)

Posteriormente, no artigo 3º do supracitado decreto, fica estabelecido o prazo legal de 30 (trinta) dias, contados a partir da data do recebimento do projeto, para manifestação do órgão ou entidade competente a respeito da concessão da autorização formal para execução da obra. Período que pode ser prorrogado, no máximo, pelo mesmo lapso temporal, de acordo com o parágrafo 1º do artigo em estudo.

Ocorre que no ano de 1982, com a vigência do Decreto Federal 86.859, fora modificada a redação do parágrafo 2º inerente ao artigo 3º do decreto em análise. Se antes havia a determinação para submeter o projeto, em caso de silêncio administrativo, ao Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica – extinto após a instituição da Agência Nacional de Energia Elétrica –, a escrita atual, em relevante modificação, passou a estabelecer efeitos positivos diretos a inatividade formal específica da Administração; ou seja, a omissão específica do órgão ou da entidade competente implica em outorga tácita da autorização pretendida para execução da obra.

Mais uma vez, diante da situação apresentada, o exercício funcional legislativo, nos moldes já apresentados em exemplos anteriores, decidiu – após ponderar os interesses públicos em jogo – pela determinação de um ato jurídico; ou seja, pela atribuição de efeitos positivos ao fato jurídico “silêncio administrativo”. Conforme veremos a seguir, muitas vezes, o resultado da ponderação retro afirmada prescreve efeitos negativos à omissão específica estatal. Passamos então a estes seguindo em frente.

4.4 Efeitos negativos do silêncio administrativo por meio do exercício da função legislativa

Com relação à análise dos efeitos negativos atribuídos ao silêncio administrativo, por meio do exercício funcional legislativo, indubitavelmente podemos ter raciocínio semelhante ao apresentado até então. Ou seja: o fato jurídico é metalinguagem do fato social e, desta forma, o ato de prescrever efeitos jurídicos negativos ao silêncio administrativo por meio do exercício da função legislativa – mais especificamente, por meio da expedição de um veículo introdutor de normas – é algo

dias, improrrogável, contados a partir do recebimento dos esclarecimentos ou da satisfação das exigências regulamentares para pronunciamento final.

§ 2º - A não manifestação do órgão ou entidade competente, nos prazos previstos neste artigo, implicará outorga tácita de autorização pretendida, para execução da obra (Redação dada pelo Decreto nº 86.859, de 1982).”

possível e, em certa medida, comum dentro do ordenamento jurídico brasileiro – são os atos jurídicos.

Assim como argumentamos acontecer no caso dos efeitos positivos, com relação aos efeitos negativos, obviamente, também há ponderação de interesses públicos. E, assim sendo, igualmente há um exercício funcional legislativo tocante ao plano fático – comportamentos sociais que incluem a Administração Pública e o administrado –, bem como também tocante ao plano abstrato – instituição de uma Lei Ordinária, por exemplo. Entretanto, em caminho oposto, o sopesamento do Legislativo nos casos de recusa pela norma aponta para uma solução diversa, qual seja: a negativa do intencionado no requerimento.

Diante das considerações realizadas, o mais importante é não perdermos de vista a ideia de que assim como a determinação de efeitos positivos, os efeitos negativos da omissão específica do Estado devem ser entendidos como uma garantia em proveito ao administrado.²³ Tal percepção é evidenciada tendo em vista a compreensão sistêmica do Direito brasileiro, que não aponta regra ou princípio, ao menos *prima facie*, a fundamentar a legalidade do estabelecimento de uma inatividade formal específica no âmbito procedimental administrativo – principalmente diante de requerimentos realizados pelos administrados. Assim sendo, defendemos a posição apresentada com fundamento na natureza jurídica dos efeitos denegatórios.

4.4.1 A NATUREZA JURÍDICA DOS EFEITOS NEGATIVOS DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO POR MEIO DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO LEGISLATIVA

Se à primeira vista, a partir de uma determinação legal, o efeito de recusa pode parecer algo ruim ao administrado, com um olhar mais atento, a partir de uma

²³ Tendo em vista a constituição do Direito Espanhol, Enterría considera a regulação dos efeitos negativos do silêncio como garantia estabelecida em favor do administrado. Vejamos: “[...] el silencio es una denegación presunta, una presunción legal, y no un acto tácito o declaración de voluntad administrativa; esta montado en beneficio del particular y como una facultad suya, al cual, por consiguiente, corresponde la opción, que expresamente se define, de impugnar el silencio o de esperar una resolución expresa (se entiende que para impugnar luego esta, si le conviniese hacerlo), por cuanto lo que el silencio no es, en todo caso, una manera de pronunciarse de la Administración, a la cual se recuerda su estricta obligación de resolver y de hacerlo fundadamente.” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Sobre el silencio administrativo y recurso contencioso. **Revista de Administração Pública**, Madri, n. 47, p. 207 – 228, mayo/ago. 1965.

perspectiva processual, perceberemos que a constituição da rejeição auferida, em verdade, alberga a possibilidade de formulação de recursos administrativos e, principalmente, a formulação de demandas judiciais. Com relação à última, há de se observar que no Brasil, o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal²⁴ estabelece a compreensão de uma jurisdição una. Todavia, incontestavelmente, esta não implica o aniquilamento da separação das funções estatais, desta forma, inúmeras são as situações em que não há competência para uma atuação direta por parte do Judiciário – ante a necessária manifestação prévia da Administração Pública acerca do requerimento postulado.

Formulamos o entendimento de inexistir configuração jurídica a fundamentar a espera indeterminada do administrado no âmago de um processo administrativo e, portanto, nesta toada, defendemos que os efeitos negativos atribuídos pelo exercício da função legislativa devem ser entendidos como meios aptos ao alcance de um fim constitucional maior, qual seja: acesso legítimo ao judiciário.

Destarte, a norma jurídica inerente ao ato determinante de efeitos negativos ao silêncio, em regra, designa o estabelecimento da possibilidade de amparo judicial à ilicitude da omissão específica administrativa. Nestes casos, há determinação legal identificadora do tempo – precisamente – de espera à resposta do pleito, viabilizando assim, legalmente, as vias judiciais ao cidadão.²⁵

Por todo o esposado, e em acordo com o que afirmamos acerca da natureza jurídica dos efeitos positivos, podemos concluir que a natureza jurídica dos efeitos negativos do silêncio administrativo – atribuída pela função legislativa – é a de efeito decorrente de ato jurídico conformado pelo Legislativo, com características inequívocas

²⁴ “Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

²⁵ A título exemplificativo, temos a Lei Estadual 10.177, do Estado de São Paulo, que estabelece o prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias para manifestação de decisão acerca de requerimento apresentado à administração. Vejamos:

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

§ 1º - Ultrapassado o prazo sem decisão, o interessado poderá considerar rejeitado o requerimento na esfera administrativa, salvo previsão legal ou regulamentar em contrário.

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

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

de garantia ao administrado.²⁶ Portanto, para nós, essencialmente, a natureza jurídica dos efeitos negativos da omissão específica do Estado é de efeito desinente de ato jurídico formulado no exercício da função legislativa. Tendo em vista que inexistente lei específica a tratar propriamente do silêncio administrativo, qualquer compreensão adicional a esta deve ser analisada a partir de um caso concreto.

A conformação apresentada acerca do efeito denegatório à omissão específica administrativa, em nossa concepção, salienta verdadeira harmonização das funções do Estado, pois em razão de uma omissão perpetrada pelo Executivo, o Legislativo “certifica” a ilegalidade da situação e, desta forma, viabiliza ao administrado a busca pelo amparo do Judiciário – através de uma atribuição negativa ao efeito da omissão específica estatal. Para nós, esta é a mais marcante característica diferenciadora da natureza do efeito do silêncio negativo para o positivo.

Na ponderação de interesses públicos, não obstante a força normativa da separação das funções estatais – que estabelece, *a priori*, a competência do gestor para tomada de decisões no âmago dos processos administrativos sob sua responsabilidade –, diante do contexto antijurídico formalizado pelo silêncio, o Legislativo dá prevalência à necessária participação do Judiciário. Isto se dá pela atribuição do efeito negativo ao silêncio administrativo que desencadeia o efeito da formação do interesse de agir processual do administrado. Com a condição da ação garantida – interesse de agir –, a partir de então o administrado poderá ingressar com a devida demanda judicial para obtenção da resposta não apresentada. Passamos, então, a análise específica de algumas legislações que empreendem tal concepção.

²⁶ Se após analisarmos sistematicamente o ordenamento jurídico brasileiro, chegarmos à conclusão de que o efeito negativo do silêncio administrativo tem natureza jurídica de efeito decorrente de ato jurídico conformado pelo Legislativo, Ernesto García-Trevijano Garnica, analisando a composição do Direito Espanhol, assevera: “Se trata, por lo tanto, de una simple ficción legal que permite a los interesados el acceso a la instancia siguiente y, finalmente, a la vía jurisdiccional, ante la ausencia de resolución expresa sobre sus peticiones o recursos; constituye así el contrapeso necesario e imprescindible al carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa.” (GACRIA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. **El silencio administrativo en el derecho español**. Madri: Civitas, 1990, p. 88 – 89).

4.4.1.2 Exemplos de efeitos negativos ao silêncio administrativo decorrentes do exercício da função legislativa

4.4.1.2.1 A Lei Federal nº 6.766 de 1979 – parcelamento de solo urbano

A Lei Federal nº 6.766 de 1979 dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e possibilita ao administrado estabelecê-lo mediante desmembramento ou loteamento. Em seu artigo 16 é estabelecida a competência municipal para determinação do prazo concessório ou denegatório do projeto de parcelamento, bem como igualmente é firmada a competência municipal para decidir sobre a aceitação ou a recusa de obras executadas.²⁷

Acontece que, posteriormente, no parágrafo primeiro do artigo supracitado, a determinação legal dispõe sobre efeitos negativos em caso de silêncio administrativo, ou seja: caso não ocorra manifestação da Administração Pública municipal acerca do requerimento formulado, este deve ser considerado rejeitado – ou as obras recusadas, ressalvada a garantia de indenização por eventuais danos decorrentes da omissão. Ainda, a legislação federal, no parágrafo segundo, estabelece o prazo de 90 (noventa) dias para aprovação ou rejeição do projeto, bem como 60 (sessenta) dias para acolhimento ou recusa fundamentada sobre as obras de urbanização.

Seguindo o raciocínio até então formulado, temos a elaboração de uma norma jurídica: uma hipótese – silêncio administrativo – e um consequente – efeitos negativos ao silêncio, ou seja, rejeição ao pleito formulado. Esta norma foi expedida a partir de uma atividade funcional do legislativo que, inequivocamente, realizou uma ponderação de interesses públicos no que toca ao tema do parcelamento do solo urbano, sopesamento a envolver, precipuamente: o princípio da separação das funções do Estado, a autonomia dos entes federados, o direito de petição, o princípio da eficiência administrativa e a segurança jurídica.

²⁷ “Art. 16 - A lei municipal definirá os prazos para que um projeto de parcelamento apresentado seja aprovado ou rejeitado, e para que as obras executadas sejam aceitas ou recusadas (Redação dada pela Lei nº 9.785, de 1999).

§ 1º - Transcorridos os prazos, sem a manifestação do Poder Público, o projeto será considerado rejeitado, ou as obras recusadas, assegurada a indenização por eventuais danos derivados da omissão (Incluído pela Lei nº 9.785, de 1999);

§ 2º - Nos Municípios cuja legislação for omissa, os prazos serão de noventa dias para a aprovação ou rejeição, e de sessenta dias para a aceitação ou recusa fundamentada das obras de urbanização (Incluído pela Lei nº 9.785, de 1999)”.

Inequivocamente o administrado tem o direito de receber resposta motivada da Administração pública quando a esta realiza um requerimento de parcelamento do solo urbano, por exemplo. Se, por algum motivo, o Estado não responde ao pleito, então estará cometendo, em regra, uma ilicitude. O exercício da função legislativa consiste em observar o fato jurídico. E, abstratamente, a ele atribuir efeito negativo, pois a preponderância do interesse público, nestes casos específicos, é o estabelecimento da negativa, com a possibilidade de o administrado judicializar a situação fática confrontada.

Ora, a autonomia dos entes federados é um princípio fundamental da Constituição Federal de 1988, conforme verificamos no *caput* de seu artigo primeiro, bem como é reforçado, por exemplo, no artigo 18 da mesma norma fundamental²⁸. Ainda, no que tange especificamente ao uso, ao parcelamento e ao controle do solo, a Constituição Federal determina a competência específica dos municípios – artigo 30, inciso VIII.²⁹ Aliada a esta conjectura constitucional, há ainda que se falar nas separações funcionais, pois, originariamente, é do Executivo a competência para manifestações como as analisadas em questão.

Por outro lado, temos diante da configuração ilícita do silêncio uma afronta ao direito de petição – cujo reverso é o direito à resposta fundamentada –, uma provocação à eficiência administrativa – pois o calar, por si só, configura prática ineficiente da Administração – e um desprezo à segurança jurídica, tendo em vista que a indeterminação é uma das faces da insegurança. Pois bem, após a ponderação dos interesses públicos em voga, a opção legislativa federal foi a de denegar o requerimento quando, ultrapassado o tempo, não ocorrer decisão fundamentada da Administração Pública.

Isto porque, com relação ao uso, ao parcelamento e ao controle do solo, temos: o princípio constitucional da autonomia dos entes federativos, o princípio da separação de funções estatais, a regra atribuidora de competência específica dos Municípios para tratativa da matéria, bem como o princípio formal garantidor das escolhas do

²⁸ “Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios, e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito, e tem como fundamentos: Art. 18 - A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.”

²⁹ “Art. 30 - Compete aos Municípios: VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.”

constituente originário. Estes, somados, detêm mais peso argumentativo do que uma eventual decisão de constituição de efeitos positivos que, neste caso, priorizasse o princípio da segurança jurídica, o princípio da eficiência e a regra determinante do dever de resposta a requerimentos administrativos – decorrente do direito de petição³⁰.

A decisão legislativa, desinente do exercício de sua função, se, por um lado, otimiza o respeito à separação funcional e a autonomia dos entes federados, por outro, indubitavelmente, não aniquila o direito de petição do administrado. A formulação de efeito negativo estabelecido pelo legislador, no tocante a uma perspectiva processual, viabiliza a judicialização da demanda pelo resultado consequente da definição do interesse de agir. Além disto, devemos ressaltar a garantia legal – parágrafo primeiro, do artigo 16 da Lei Federal nº 6.766 de 1979 – asseguradora da indenização por danos derivados da omissão administrativa. Este dispositivo é um sinal demonstrativo da tentativa de equilíbrio entre as finalidades elencadas na formulação do efeito negativo em confronto com o respeito à segurança jurídica e a responsabilidade estatal nos casos em tela.

4.4.1.2.2 A Lei nº 10.177 do Estado de São Paulo – lei de processo administrativo em âmbito estadual

A Lei Estadual nº 10.177, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública do Estado de São Paulo, estabelece como prazo genérico, no *caput* de seu artigo 33, o máximo de 120 (cento e vinte) dias para obtenção de resposta acerca de requerimentos de qualquer espécie encaminhados à Administração Pública. No âmbito de seu exercício funcional, o legislador previu a possibilidade de ocorrência da omissão específica estatal em processos administrativos e, por este motivo, com o intuito de não deixar desamparado o administrado, possibilitou ao cidadão – no parágrafo primeiro do supracitado artigo – considerar o requerimento negado, para

³⁰ Estabelecendo uma formulação lógica, então teríamos: $P1 + P2 + R1 + Pfc > P3 + P4 + R2$. Ou seja, a ponderação dos interesses em jogo conforma a decisão de que, no caso discutido, o P1 – princípio fundamental da autonomia dos Entes federados –, o P2 – princípio da separação das funções estatais –, o R1 – regra constitucional atribuidora de competência específica aos Municípios – e Pfc – princípio formal garantidor das escolhas do constituinte originário –, estes, somados, têm valor argumentativo maior que P3 – princípio da segurança jurídica –, P4 – princípio da eficiência administrativa –, e R2 – direito de petição –, frisamos, no caso especificamente discutido, em um âmbito abstrato.

então ter acesso a vias recursais administrativas, ou, ainda, judicializar a situação fática do silêncio.

A redação da norma, inequivocamente, detém a intenção de apresentar uma garantia processual ao administrado, qual seja: ter acesso a vias recursais administrativas, bem como a via judicial. Esta garantia processual é evidenciada na redação do parágrafo segundo do artigo 33, que determina à Administração cientificar o administrado quando, em razão da complexidade do objeto, não for possível o cumprimento da tomada de decisão – ressalvando que tal fato em nada atinge o estabelecido no parágrafo anterior. Por fim, há que se observar ainda a determinação legal do dever, por parte do gestor, de apreciar o requerimento e, evidentemente, responde-lo. Isto porque o parágrafo terceiro do artigo em comento expõe, taxativamente, a independência entre o dever de atuação funcional e os efeitos negativos produzidos nos moldes do parágrafo primeiro já analisado.³¹

4.4.1.2.3 A Lei Complementar nº 303 do Estado do Rio Grande do Norte – Lei de processo administrativo em âmbito estadual

Sem dúvida alguma, a Lei Complementar nº 303 do Estado do Rio Grande do Norte, cuja regulação dispõe acerca de normas gerais inerentes ao processo administrativo no âmbito da Administração Pública estadual, no tocante ao silêncio administrativo é extremamente sofisticada e compatível com as perspectivas por nós trabalhadas.³² A primeira característica marcante à qual fazemos menção está presente em seu artigo 66, quando este afirma ser um dever da Administração Pública a emissão

³¹ “Artigo 33 - O prazo máximo para decisão de requerimentos de qualquer espécie apresentados à administração será de 120 (cento e vinte) dias, se outro não for legalmente estabelecido.

§ 1º - Ultrapassado o prazo sem decisão, o interessado poderá considerar rejeitado o requerimento na esfera administrativa, salvo previsão legal ou regulamentar em contrário.

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

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

³² Conforme argumentamos, o exercício funcional estatal – seja legislativo, judiciário ou executivo – está completamente ligado à ideia de “dever”; e, portanto, a utilização deste termo, expressamente no texto legal, é fonte de compreensão sistêmica de todos os institutos tratados na Lei, dentre eles: o silêncio administrativo.

explícita de decisões em processos administrativos quando diante de matérias atribuídas à sua competência.³³

Em continuação, o artigo 67 da Lei complementar determina o prazo de 60 (sessenta) dias para pronúncia de decisão administrativa, bem como possibilita a prorrogação por igual período – desde que haja motivação expressa pelo agente e aprovação do Titular do órgão ou entidade da Administração Pública. Interessante observar que além do período acima estipulado, a previsão normativa em seu parágrafo primeiro conclui pela possibilidade de o administrado realizar mais um requerimento solicitando a manifestação da administração no prazo máximo de 10 (dez) dias. Ultrapassado este limite com manutenção do silêncio, independentemente de a última solicitação ter ocorrido ou não, o pedido formulado será considerado indeferido, portanto, abrindo-se a possibilidade de alcance da via judicial.³⁴

A Lei Complementar nº 303, de maneira inequívoca, aponta o dever de decidir da Administração Pública em processos administrativos de sua competência. O exercício da função legislativa considerou o tema tão relevante que, para ele, reservou capítulo próprio e, antevendo a possibilidade de inadimplemento, estabeleceu resolução genérica negativa para abrir portas a um interesse de agir judicial ao administrado – permitindo a abertura de uma via para extinguir a ilícita indeterminação decorrente do fato administrativo.

4.4.1.2.4 A Lei nº 9.507 – disciplina o rito processual do *habeas data*

A Lei nº 9.507 de 1997, dentre outras disposições, disciplina o rito processual do *habeas data*. Com relação às condições da petição inicial do *writ* constitucional, o artigo 8, parágrafo único, incisos I, II e III da supracitada Lei determina que a instrução da peça exordial seja formulada com prova do decurso do tempo estabelecido

³³ “Art. 66 - A Administração Pública tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos em matéria de sua competência.”

³⁴ “Art. 67 - Concluída a instrução, e observado o disposto no art. 62 desta Lei Complementar, a Administração Pública tem o prazo de até 60 (sessenta) dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada pelo agente, e aprovada pelo Titular do órgão ou entidade da Administração Pública. § 1º Ultrapassado o prazo sem decisão, o interessado poderá solicitar que a Administração Pública se manifeste sobre o seu pedido em 10 (dez) dias. § 2º Na hipótese de persistir o silêncio administrativo, após observado o prazo a que se refere o § 1º, deste artigo, o pedido formulado pelo interessado será considerando denegado.”

legalmente. A intenção da norma é caracterizar o acontecimento do fato do silêncio administrativo.³⁵

Interessante observar que a previsão legal não se expressa diretamente por meio de uma determinação negativa do efeito do silêncio. Diversamente dos exemplos por nós tratados até o momento, por caminho indireto, abre as vias de ingresso ao judiciário, nos casos em que o administrado vê seu direito de acesso à informação restringido dentro de um processo administrativo, incluindo como condição da ação a comprovação da caracterização da inatividade formal específica.

Se, por um lado, não há expressamente a atribuição de um efeito – positivo ou negativo – ao silêncio administrativo; por outro, a Lei 9507 de 1997 conferiu a característica maior do efeito denegatório da inatividade formal específica do Estado, qual seja: a abertura de vias de acesso ao Judiciário, desde que comprovada, pelo demandante, a situação de ilicitude. Este fato permite a compreensão do fenômeno a partir de uma subclassificação da espécie do silêncio negativo, o silêncio negativo implícito, que – por vias indiretas – outorga a garantia processual ao administrado prejudicado pelo silêncio.³⁶

4.5 Limites ao exercício funcional legislativo em matéria de efeitos ao silêncio administrativo

A competência para proferir decisão dentro de um âmbito procedimental administrativo de competência do Executivo é, logicamente, da Administração Pública. Contudo, em casos de omissão específica, existe a possibilidade de estabelecimento de efeitos ao silêncio por meio de norma jurídica decorrente do exercício funcional Legislativo. Se por um lado tal possibilidade é em regra lícita, por outro,

³⁵ “Art. 8º - A petição inicial, que deverá preencher os requisitos dos arts. 282 a 285 do Código de Processo Civil, será apresentada em duas vias, e os documentos que instruírem a primeira serão reproduzidos por cópia na segunda.

Parágrafo único. A petição inicial deverá ser instruída com prova:

I - da recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de dez dias sem decisão;

II - da recusa em fazer-se a retificação ou do decurso de mais de quinze dias, sem decisão; ou

III - da recusa em fazer-se a anotação a que se refere o § 2º do art. 4º ou do decurso de mais de quinze dias sem decisão.”

³⁶ Em sua obra “Silêncio administrativo no direito brasileiro”, André Saddy adota a classificação, asseverando que a disposição do artigo 8 da Lei 9.507 é um exemplo da categorização do silêncio negativo implícito no ordenamento jurídico brasileiro (SADDY, André. **O silêncio administrativo no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Grupo Editorial Nacional, 2014, p. 106).

inequivocamente, existem limites à atividade normativa em matéria de silêncio administrativo. Para nós, duas são as condições gerais relacionadas aos limites da atividade funcional referida: a primeira é um limite objetivo de marco temporal; e a segunda é um limite princípio lógico decorrente da análise sistêmica do Direito Brasileiro.

4.5.1 LIMITE OBJETIVO DE MARCO TEMPORAL AO EXERCÍCIO FUNCIONAL LEGISLATIVO EM MATÉRIA DE EFEITOS AO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

Com relação ao limite objetivo, entendemos que ele está diretamente ligado a uma relação de marco temporal, bem como constitui limite lógico, pois, se há competência atribuída a um determinado agente público – este com o dever de exercê-la –, então igualmente deverá existir um prazo para concretização de tal função. Temos que a Constituição Federal, no *caput* de seu artigo 2º, estabelece a independência harmônica das funções estatais e, assim, para atribuir o conseqüente do silêncio administrativo – efeitos –, o Legislativo deverá estabelecer um prazo razoável caracterizador da inatividade formal específica – hipótese.

O marco temporal, enquanto limite objetivo – assim como a atribuição de efeitos – decorre de um ato legislativo na execução de competência discricionária, esta, por sua vez, resultado da ponderação de interesses públicos estabelecida pelo exercício funcional do legislador. Em nossa opinião, o marco temporal em análise detém duas funções: a primeira inerente ao gestor – esclarecendo o dever de expressar sua competência no prazo máximo estabelecido; e a segunda inerente ao administrado – visto que, em regra, com o decurso do tempo determinado em lei e sem manifestação estatal, então surge o interesse de agir processual para a busca do amparo do Judiciário.

4.5.2 LIMITE PRINCIPIOLÓGICO AO EXERCÍCIO FUNCIONAL LEGISLATIVO EM MATÉRIA DE EFEITOS AO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

O segundo limite genérico à atribuição de efeitos ao silêncio é principiológico, pois a conferência de repercussão à omissão específica estatal sempre surgirá como uma garantia em favor do administrado. Conforme já dissertamos, há um inequívoco dever de resposta na relação procedimental administrativa estabelecida entre cidadão e

Administração Pública. Não há norma no ordenamento jurídico brasileiro que possibilite, na conjectura formulada por nós, o silêncio do Estado. Então, assim sendo, a atribuição de efeitos deve ser compreendida tal qual um benefício – nunca, um malefício – ao administrado.

4.5.3 LIMITE ESPECÍFICO AO EXERCÍCIO FUNCIONAL LEGISLATIVO EM MATÉRIA DE EFEITOS POSITIVOS AO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

Não obstante os dois limites genéricos argumentados, acreditamos existir ainda um limite que se refere exclusivamente ao efeito positivo da omissão específica do Estado. Este limite é aquele em que a repercussão concessória gera conteúdo antijurídico, ou seja, do efeito positivo determinado por lei nasce uma situação não amparada pelo Direito. Um exemplo possível seria a do administrado que faz requerimento de algo ilícito, e passa a ter seu pleito, teoricamente, validado em decorrência de uma situação jurídica em que – por determinação legal – é atribuído efeito concessório decorrente do silêncio administrativo.

Situações como a descrita, obviamente, não podem ser albergadas pelo ordenamento. Portanto, verificamos este limite prático ao exercício funcional legislativo, ou seja: há a impossibilidade de outorga por meio de lei, em decorrência de omissão específica da Administração, cujo conteúdo do produto do ato jurídico formulado – o efeito positivo – gere situação jurídica que afronte a juridicidade do ordenamento brasileiro.

4.6 O exercício funcional legislativo e a possibilidade de inconstitucionalidade inerente à atribuição de efeitos ao silêncio administrativo

Finalmente, após todo o caminho desenvolvido, verificamos que o “romance em cadeia” do ordenamento jurídico brasileiro pode – e muitas vezes é – ser escrito de maneira equivocada. Em regra, isto ocorre quando, por exemplo, a ponderação de interesses públicos realizada pelo agente resulta em conclusão errônea acerca das finalidades preponderantes envolvidas em determinada circunstância; ou seja, o desfecho atribuído destoia do sistema normativo pátrio.

Pois bem, no caso da função legislativa, mais especificamente no exercício atributivo de efeitos ao silêncio administrativo, invariavelmente, temos um ato jurídico

desinente do sopesamento de fins constitucionais, que, quando este equivocado, gera um dispositivo não conforme ao sistema do Direito por afronta constitucional. Com o intuito de exemplificar tais situações, passamos a análise do efeito concessivo decorrente de silêncio administrativo prescrito pela Lei nº 11.079 – também conhecida como Lei das Parcerias Público-Privadas.

4.6.1 A LEI Nº 11.079 – FUNDO GARANTIDOR DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

A Lei nº 11.079, de 2004, que determina normas gerais para licitação, bem como para contratação de parcerias público-privadas (PPPs), estabeleceu, em seu artigo 8º, uma série de garantias para resguardo das obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública, dentre elas: o fundo garantidor de parcerias público-privadas – também reconhecido pela sigla FGP.³⁷ Este fundo, cujo limite global é de R\$ 6.000.000.000,00 (seis bilhões) de reais – conforme determinação do artigo 16 da Lei em comento – garantirá o pagamento de dívidas assumidas por parceiros públicos federais, distritais, estaduais ou municipais perante os demais parceiros, que porventura não venham a ser adimplidas³⁸

³⁷ “Art. 8º - As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública, em contrato de parceria público-privada, poderão ser garantidas mediante: I - vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal; II - instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; III - contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público; IV - garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público; V - garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; VI - outros mecanismos admitidos em lei.”

³⁸ “Art. 16 - Ficam a União, seus fundos especiais, suas autarquias, suas fundações públicas e suas empresas estatais dependentes autorizadas a participar, no limite global de R\$ 6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais), em Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP), que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais, distritais, estaduais ou municipais, em virtude das parcerias de que trata esta Lei (Redação dada pela Lei nº 12.766, de 2012).

§ 1º - O FGP terá natureza privada e patrimônio próprio separado do patrimônio dos cotistas, e será sujeito a direitos e obrigações próprios.

§ 2º - O patrimônio do Fundo será formado pelo aporte de bens e direitos realizado pelos cotistas, por meio da integralização de cotas e pelos rendimentos obtidos com sua administração.

§ 3º - Os bens e direitos transferidos ao Fundo serão avaliados por empresa especializada, que deverá apresentar laudo fundamentado, com indicação dos critérios de avaliação adotados e instruído com os documentos relativos aos bens avaliados.

§ 4º - A integralização das cotas poderá ser realizada em dinheiro, títulos da dívida pública, bens imóveis dominicais, bens móveis, inclusive ações de sociedade de economia mista federal

Dentre outras características legais do FGP, frisamos sua natureza privada e sua independência em relação ao patrimônio dos cotistas, sujeitando-o, portanto, a direitos e obrigações próprios. No tangente ao patrimônio do fundo, este será formulado por aporte de bens e direitos, avaliados por empresas especializadas, empreendidos pelos cotistas mediante integralização de cotas e rendimentos obtidos com sua administração. A respeito da integralização das cotas – que independem de licitação, mas necessitam de prévia avaliação e autorização específica do Presidente da República –, estas poderão ser feitas mediante: títulos da dívida pública, dinheiro, bens imóveis dominicais ou bens móveis, por exemplo, de forma que o fundo garantidor de parcerias público-privadas responderá por suas obrigações – restando aos cotistas a responsabilidade somente no tocante as cotas por eles integralizadas.

Pois bem, não obstante às grandes controvérsias teóricas acerca do tema das PPPs, no que tange ao tema do fundo garantidor, nós iremos nos deter especialmente ao mecanismo de acionamento por parte do parceiro privado. Isto porque, de acordo com o parágrafo 5º, incisos I e II, do artigo 18 da Lei 11.079, existe a possibilidade de demandar o FGP quando: a) existir liquidez e certeza em crédito constante de título exigível aceito e não pago pelo parceiro público após 15 (quinze) dias contados a partir da data de vencimento; b) ou quando existir débitos constantes de faturas emitidas e não aceitas pelo parceiro público após 45 (quarenta e cinco) dias contados a partir da data de vencimento, desde que não tenha havido rejeição expressa por ato motivado.³⁹

excedentes ao necessário para manutenção de seu controle pela União, ou outros direitos com valor patrimonial.

§ 5º - O FGP responderá por suas obrigações com os bens e direitos integrantes de seu patrimônio, não respondendo os cotistas por qualquer obrigação do Fundo, salvo pela integralização das cotas que subscreverem.

§ 6º - A integralização com bens a que se refere o § 4º deste artigo será feita independentemente de licitação, mediante prévia avaliação e autorização específica do Presidente da República, por proposta do Ministro da Fazenda.

§ 7º - O aporte de bens de uso especial ou de uso comum no FGP será condicionado à sua desafetação de forma individualizada.

§ 8º - A capitalização do FGP, quando realizada por meio de recursos orçamentários, dar-se-á por ação orçamentária específica para esta finalidade, no âmbito de Encargos Financeiros da União (Redação dada pela Lei nº 12.409, de 2011)."

³⁹ "Art. 18 - O estatuto e o regulamento do FGP devem deliberar sobre a política de concessão de garantias, inclusive no que se refere à relação entre ativos e passivos do Fundo (Redação dada pela Lei nº 12.409, de 2011).

§ 5º - O parceiro privado poderá acionar o FGP nos casos de: (Redação dada pela Lei nº 12.766, de 2012).

I - crédito líquido e certo, constante de título exigível aceito e não pago pelo parceiro público após 15 (quinze) dias, contados da data de vencimento; e (Incluído pela Lei nº 12.766, de 2012)

Definitivamente chama a atenção o parágrafo 12 do artigo em comento, que determina a aceitação tácita para acionamento do FGP quando inexistir concordância estatal; ou, ainda, quando não existir rejeição expressa, por ato motivado, de fatura alegada pelo parceiro privado no prazo de 40 (quarenta) dias – este contado a partir da data do vencimento da fatura. Essencialmente, o que o texto legal intencionou explicitar foi: haverá aceitação tácita para acionar o dispositivo de uso do fundo garantidor quando a Administração Pública não se manifestar sobre sua concordância ao acionamento do FGP, bem como se ocorrer rejeição expressa por ato sem motivação. Ou seja, a ausência de resposta e a resposta imotivada darão ensejo a um efeito positivo da omissão específica do Estado em razão do exercício funcional legislativo.

Obviamente, a instituição e a viabilização de garantias ao parceiro privado surgem com o objetivo de impulsionar os investimentos relacionados à infraestrutura estabelecidos por meio de parcerias público-privadas. Além disto, conforme já aludimos, há o dever de motivação dos atos administrativo e, portanto, nos casos de rejeição de fatura emitida para pagamento da Administração Pública, tal negativa não é diferente, pois há a imposição de motivar a recusa do aceite para consequente acionamento do FGP – determinação esta, inclusive, expressa na própria Lei.

Ainda, a Constituição Federal de 1988 tem como valor a livre iniciativa, bem como o objetivo de garantia do desenvolvimento nacional – finalidades que devem ser levadas em consideração ao tratarmos temas relacionados à infraestrutura, por exemplo. Contudo, ainda assim, acreditamos que o legislador agiu mal ao ponderar os interesses públicos envolvidos – atribuindo efeito concessório à omissão específica estatal. Isto porque, consoante ao que já aduzimos, há a possibilidade, por exemplo, de a União,

II - débitos constantes de faturas emitidas e não aceitas pelo parceiro público após 45 (quarenta e cinco) dias, contados da data de vencimento, desde que não tenha havido rejeição expressa por ato motivado (Incluído pela Lei nº 12.766, de 2012).

§ 9º - O FGP é obrigado a honrar faturas aceitas e não pagas pelo parceiro público (Incluído pela Lei nº 12.766, de 2012).

§ 10 - O FGP é proibido de pagar faturas rejeitadas expressamente por ato motivado (Incluído pela Lei nº 12.766, de 2012).

§ 11 - O parceiro público deverá informar o FGP sobre qualquer fatura rejeitada e sobre os motivos da rejeição no prazo de 40 (quarenta) dias, contado da data de vencimento (Incluído pela Lei nº 12.766, de 2012).

§ 12 - A ausência de aceite ou rejeição expressa de fatura por parte do parceiro público no prazo de 40 (quarenta) dias, contado da data de vencimento implicará aceitação tácita (Incluído pela Lei nº 12.766, de 2012).

§ 13 - O agente público que contribuir por ação ou omissão para a aceitação tácita de que trata o § 12 - ou que rejeitar fatura sem motivação será responsabilizado pelos danos que causar, em conformidade com a legislação civil, administrativa e penal em vigor (Incluído pela Lei nº 12.766, de 2012).”

seus fundos especiais, suas autarquias, suas fundações públicas e suas empresas estatais participarem do FGP, cujo patrimônio público pode servir de garantia em até R\$ 6.000.000.000,00 (seis bilhões) de reais.

Falar em aceitação tácita, certamente, é afirmar que a Teoria Geral do Direito Público parte de bases científicas de Direito Privado, em clara alusão ao brocardo de que “quem cala consente”. Não podemos concordar. Falta razoabilidade à decisão legislativa, que, por completo, desconsidera o princípio da indisponibilidade do interesse público, bem como não observa o histórico social brasileiro, país assolado por um sistema endêmico de corrupção. Nem mesmo a suposta responsabilização do agente público em face da omissão, conforme explicitado no parágrafo 13, mitiga a patente inconstitucionalidade.

Mais proporcional, sob uma ótica de ponderação de interesses públicos, seria a atribuição de efeitos para que outros órgãos de controle estatal pudessem manifestar resposta diante do silêncio para, somente então, em caso de comprovação da obrigação, figurar como passível o acionamento do FGP. Em casos extremos como os discutidos, quanto maior o envolvimento de controle do Estado, maior será a segurança no alcance do interesse público em questão e, portanto, para esta situação específica, acreditamos na inconstitucionalidade do artigo.

Há de se ressaltar que a própria Lei nº 11.079 prevê outros muitos mecanismos de garantia ao parceiro privado, logo, a atribuição de efeitos positivos nestes casos de silêncio administrativo se mostra, em realidade, não como um mecanismo de garantia, mas como um mecanismo de opressão ao erário público e, assim sendo, instrumento fragrantemente inconstitucional.

4.7 Considerações finais acerca do exercício funcional legislativo.

Decerto que o ordenamento jurídico brasileiro alberga proteção ao administrado e, assim, por influência dos princípios e regras constitucionais, podemos afirmar, com fundamento em toda a argumentação proposta, que há o dever de a Administração Pública proferir decisões em sede de processos administrativos – principalmente, diante de requerimentos formulados por seus cidadãos. Contudo, se por um lado há a guarda auferida, por outro, não existe indícios de que, efetivamente, o exercício da função legislativa deve obrigatoriamente proferir atos jurídicos ordenadores de efeitos ao silêncio administrativo.

É possível que diante da ponderação de interesses públicos de uma circunstância específica, o Legislador, sentindo a situação fática do plano concreto, leve em consideração as finalidades constitucionais em voga e decida por não manifestar ato jurídico algum em sua atuação em âmbito abstrato. A falta de expedição de Lei – *lato sensu* –, nestes casos, decorre do peso do princípio concretizado pela omissão.⁴⁰ Se, por um lado, defendemos que em relação à omissão específica do Estado estes casos serão raros, por outro, não excluimos a possibilidade de realização. Tendo em vista este motivo, mais uma vez asseveramos a importância da diferenciação entre o fato jurídico, o ato jurídico e os efeitos preordenados dele decorrente – nos contornos estabelecidos à inatividade formal específica da Administração Pública.

O ato jurídico que atribui efeitos ao silêncio administrativo no âmbito do exercício funcional legislativo é, indubitavelmente, passível de controle pelo Judiciário – basta lembrarmos, exemplificativamente, do controle de constitucionalidade de um artigo de lei. Todavia, nos casos em que a lei nada dispor acerca do silêncio administrativo e seus efeitos, igualmente, haverá possibilidade de controle pelo judiciário, todavia, essencialmente, um controle de juridicidade do fato jurídico. Acerca destes casos, deter-nos-emos no capítulo seguinte.

⁴⁰ No que tange ao assunto, Ricardo Marcondes Martins assevera que “[...] em rigor, por força do princípio da legalidade, deve-se entender que a falta de regra legislativa abstrata expressa, também é resultante da ponderação legislativa. Ao não editar a lei, o legislador considerou, no plano abstrato, que o peso do princípio concretizado pela omissão prevalece sobre o peso do princípio concretizado pelo agir estatal ou privado. Consequentemente, na falta de regra legislativa, também incide o princípio formal que dá primazia a ponderação (‘Pfl’), mas, ao contrário da hipótese anterior, a soma ‘P2’ + ‘Pfl’ refere-se à omissão e não ao cumprimento da regra abstrata.” (MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria jurídica da liberdade**. São Paulo: Contracorrente, 2015a, p. 72).

5 O CONTROLE DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

5.1 O exercício funcional jurisdicional

Ao longo de toda a exposição sustentamos: todas as atividades estatais se realizam, invariavelmente, sob o ângulo de um exercício funcional. Ou seja, a atividade legislativa, a atividade administrativa e a atividade judiciária, todas elas, são exercícios funcionais. Logo, qualificam-se com o dever de alcance das finalidades determinadas pela Constituição Federal de 1988. Igualmente advertimos que a compreensão do exercício de tais funções não se compactua com a ideia de liberdade; e disto decorre a ideia de que nenhum das incumbências estatais procede mediante o livre arbítrio do agente público.

Se no aspecto do completo desacordo ao ideal de liberdade as funções do Estado são iguais, no tangente à forma da realização de suas atividades, invariavelmente, elas diferem. Isto porque, conforme já prelecionamos, enquanto o Legislativo e o Executivo determinam seus atos mediante o exercício de competências vinculadas e discricionárias, o Judiciário não compartilha das últimas – em desempenho jurisdicional, frisamos. Em seu desempenho principal, a atividade funcional se dá, precipuamente, por meio de conduta vinculada.¹

O constituinte originário, a competência reformadora, o legislador e o gestor, muitas vezes, e em diferentes medidas, estão diante de situações circunstanciais – fáticas e jurídicas – que ensejam a possibilidade de mais de uma forma de decisão. Isto não acontece com o juiz, pois este, fundamentalmente, declara a correta exigência do sistema jurídico vigente, a única resposta possível, diante da norma e do caso concreto confrontado.²

¹ No direito, o absoluto quase sempre é errôneo. Afirmamos que o exercício funcional jurisdicional se dá, em regra, mediante ação vinculada, porque existem algumas exceções. Para ficarmos em dois exemplos apenas, podemos observar que o mandado de injunção é uma reserva ao observado, pois, essencialmente, este instrumento exige que o juízo regulamente um direito. E, portanto, patente está algum grau de discricionariedade semelhante ao exercício funcional legislativo, guardada as devidas proporções. Ainda, podemos dizer que, na atribuição de suas atividades administrativas, o Judiciário também atua mediante certo nível de discricionariedade. Logo, não podemos afirmar com absoluta precisão que o exercício da função jurisdicional ocorre somente por meio de atuação vinculada.

² Duas observações são pertinentes no momento: a primeira é acerca da ideia de inércia jurisdicional, a qual o juízo deve ser provocado para então determinar o andamento processual por meio de impulso oficial. Esta compreensão é fundamentada pelo artigo 2º, *caput*, do Código de Processo Civil, cuja redação determina que o processo “[...] começa por iniciativa da parte e

Se, pelo exposto, o exercício funcional jurisdicional difere das demais funções estatais quanto à possibilidade de atuação mediante competência discricionária, no que se relaciona ao seu exercício funcional temos as duas perspectivas já suscitadas no decorrer desta análise: abordagem da atuação formalista e a abordagem da atuação substancial. Acerca da forma, as decisões proferidas em âmbito judiciário se manifestam por meio de veículos introdutórios – a exemplo das sentenças, dos despachos ou dos acórdãos, no entanto, meras manifestações formais não são suficientes para a caracterização precisa da competência jurisdicional.

O exercício funcional do juízo procura sempre efetivar, materializar e concretizar os fins constitucionais. Então, podemos concluir que dos veículos introdutórios prolatados pelo Judiciário também deve emanar o cumprimento das finalidades da norma fundamental brasileira de 1988³. Todavia observamos: isto não significa perder de vista o fato de que os sopesamentos realizados em decorrência de suas atividades também devem levar em conta as decisões realizadas pelo constituinte originário, pela competência reformadora, pelo legislador, pelo administrador e, ainda, pelo particular.

Conforme já defendemos, o ordenamento jurídico brasileiro é um “romance em cadeia” e os princípios formais – em íntima relação com a separação de competências funcionais do Estado – são instrumentos elementares da ordem sistêmica do Direito. Então, a declaração de inconstitucionalidade, ilegalidade, ou até mesmo uma determinação judicial de provimento decorrente de atuação ou omissão administrativa, sempre, deve levar em consideração as competências funcionais determinadas pela Constituição Federal, bem como o direito material confrontado. A atividade substancialmente explanada, em outros termos, nada mais é do que uma ponderação de

se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.” O segundo apontamento anexa-se à nossa afirmação de atuação do juízo, pois, se por um lado consideramos verdadeira a vinculação do magistrado diante de uma única resposta, não excluimos, logicamente, a possibilidade de controvérsias inerentes à “única solução possível ao Judiciário”. Ainda assim, o argumento da existência de controvérsias não desconstrói a fundamentação de que, para cada demanda judicial, o Direito exige um singular veredito correto.

³ Assevera Ricardo Marcondes Martins que, “[...] sob o aspecto material a função jurisdicional consiste na apuração, quando provocada, da medida constitucional da exigência de cumprimento de determinados fins, tendo em vista as circunstâncias do caso, o peso em abstrato fixado pelo próprio constituinte, as ponderações efetuadas pelo Legislativo e pela Administração; bem como a fixação, com caráter definitivo, de acordo com a medida apurada, dos meios necessários para realização desses fins.” (MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 97).

interesses públicos como as demais atividades funcionais já referidas, pois, igualmente como as demais, ela participa do “romance em cadeia” do Direito.

5.2 O exercício funcional jurisdicional e o controle do silêncio administrativo

O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988 preceitua a inafastabilidade do Judiciário diante de lesão ou ameaça de lesão.⁴ Este dispositivo constitucional implica duas determinações basilares do ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam: o controle de juridicidade⁵ inerente ao exercício da função jurisdicional; e singularidade da jurisdição estatal.⁶

⁴ Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

⁵ Acerca do tema, Gustavo Binbenbojm explica: “[...] o agir administrativo pode encontrar espeque e limite diretamente em regras ou princípios constitucionais, dos quais decorrerão, sem necessidade de mediação do legislador, ações ou omissões da Administração. Em outros casos, a lei será o fundamento básico do ato administrativo, mas outros princípios constitucionais, operando em juízos de ponderação com a legalidade, poderão validar condutas para além ou mesmo contra a disposição legal. Com efeito, em campos normativos não sujeitos à reserva de lei, a Administração poderá atuar autonomamente, sem prévia autorização legislativa. De outra parte, há inúmeras situações em que os princípios da moralidade, da proteção da confiança legítima e da vedação do enriquecimento sem causa operarão, mediante juízos de ponderação proporcional, no sentido da relativização do princípio da legalidade, validando atos originariamente ilegais ou pelo menos os seus efeitos pretéritos.” (BINENBOJIM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 13, mar/abr/maio, 2008). No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso se debruça acerca do tema “controle de juridicidade”, utilizando para tal a questão do controle judicial do mérito do ato administrativo. Vejamos: “O conhecimento convencional em matéria de controle jurisdicional do ato administrativo limitava a cognição dos juízes e tribunais aos aspectos da legalidade do ato (competência, forma e finalidade), e não do seu mérito (motivo e objeto), aí incluídas a conveniência e oportunidade de sua prática. Não se passa mais assim. Não apenas os princípios constitucionais gerais já mencionados, mas também os específicos, como moralidade, eficiência e, sobretudo, a razoabilidade proporcionalidade, permitem o controle da discricionariedade administrativa (observando-se, naturalmente a contenção e a prudência, para que não se substitua a discricionariedade do administrador pela do juiz).” (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Themis: Revista da ESMEC**, Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006).

⁶ Quando aduzimos a ideia de unicidade de jurisdição estatal, em realidade, afirmamos que apenas o exercício funcional do Judiciário é apto à realização da coisa julgada material. Fredie Didier Júnior. aduz que “[...] a decisão de conflito por tribunal administrativo é exemplo de equivalente jurisdicional, pois, embora se trate de solução por *heterocomposição* dada por um sujeito imparcial diante de uma situação *concreta*, faltam-lhe os atributos da *aptidão* para a coisa julgada material e da *insuscetibilidade de controle externo* indefectíveis da atividade

Quanto à primeira determinação comentada, necessitamos de uma importante observação: não obstante à utilização expressa do termo “lei”, o Judiciário realiza não só um controle de legalidade, mas igualmente realiza um controle de juridicidade – ou *justicialidade*⁷, conforme preleciona Fernando Dias Menezes de Almeida. Por conseguinte, a gerência jurisdicional se dá não só sob atos jurídicos, mas, igualmente sobre fatos jurídicos; ou seja, sobre tudo o que for detentor de um o caráter de juridicidade.

Em relação à segunda constatação, asseveramos: atos administrativos e omissões administrativas são – ambos – passíveis de controle jurisdicional, pois nem o ato e nem o fato detêm o atributo angariador do trânsito em julgado. No ordenamento jurídico brasileiro, apenas as decisões judiciais são caracterizadas pela definitividade. Com isso, se por um lado, em regra, o Judiciário não pode se apropriar das competências funcionais do Executivo, por outro, inequivocamente, o cidadão não está obrigado a esgotar as suas possibilidades de recursos administrativos para buscar amparo jurisdicional.

Queremos dizer: diante de uma competência decisória originária executiva, cabe ao administrado pleitear suas intenções primeiramente à Administração Pública. Entretanto, embora exista a necessidade do requerimento originário direcionado, em caso de negativa ou espera indefinida de resposta, o Judiciário se torna competente para exercer suas funções de julgamento, seja pela verificação da legalidade da negativa, seja pela juridicidade da insegurança causada pelo silêncio.⁸

jurisdicional.” DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 17. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012, p. 109-110, grifos do autor (v. 1).

⁷ “[...] a justicialidade, isto é, a possibilidade de controle jurisdicional da ação estatal, é outro pilar de sustentação do Estado de direito ocidental, assegurando a efetividade dos demais. [...] a independência da função jurisdicional em relação às demais funções estatais é corolário da separação de poderes estabelecida desde os instantes iniciais da concepção do Estado de direito no contexto do constitucionalismo liberal, ainda que resultando em diversas formas de estruturação da jurisdição [...]” (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Formação da teoria do direito administrativo no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin. 2015, p. 170).

⁸ PROCESSO CIVIL. DOCUMENTOS JUNTADOS PELO AUTOR. INTIMAÇÃO DA UNIÃO. NULIDADE DA SENTENÇA. NÃO OCORRÊNCIA. A nulidade de atos processuais depende da ocorrência de prejuízo à parte que a argui. Hipótese em que a sentença não adotou como razões de decidir os fatos aos quais se referem os documentos juntados pelo autor, e dos quais a intimação da UNIÃO não foi regular. Ausência de prejuízo que não conduz à nulidade do feito. SEGURO-DESEMPREGO. RECURSO ADMINISTRATIVO. O administrado não está obrigado a esgotar os recursos administrativos para só então ingressar em juízo, podendo fazê-lo tão logo o seu pedido seja formalmente indeferido, ou na hipótese de silêncio da Administração Pública no cumprimento da obrigação que a lei lhe impõe. SEGURO-DESEMPREGO. PROVA DO NÃO PAGAMENTO. Não é de se exigir do autor que faça prova

5.2.1 O EXERCÍCIO FUNCIONAL JURISDICIONAL E O CONTROLE DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO EM RELAÇÃO A ATOS VINCULADOS E ATOS DISCRICIONÁRIOS

Argumentamos anteriormente que a Administração Pública se manifesta por meio de competências vinculadas e discricionárias. Assim sendo, um requerimento formulado pelo administrado, dentro do âmbito procedimental administrativo, deverá ter uma resposta formulada por meio de expedição de um ato administrativo – com uma das duas características comentadas. Esta é a regra, ou seja, o caminho normalmente percorrido quando o Estado não comete o ilícito de silenciar. Porém, diante da inatividade formal específica, duas soluções se apresentam: atribuição de efeitos legalmente determinados ao fato jurídico do silêncio – por meio de um exercício funcional legislativo; ou atribuição de efeitos determinados a partir do exercício de uma função jurisdicional.⁹

Quanto à segunda solução, quando o requerimento do cidadão alberga resposta a ser determinada em ato administrativo de competência vinculada, então, em face inatividade formal específica, o Judiciário será competente para diretamente suprir a ausência ocorrida – concedendo ou negando o postulado, a partir de uma atuação de conteúdo obrigatório, tal qual seria a decisão do Executivo –, ou seja, consubstanciar uma prescrição jurisdicional determinada pelo Direito enquanto sistema, e mediante a perspectiva de um exercício funcional.

negativa, ou seja, de que a UNIÃO não pagou o seguro-desemprego. Em casos tais, há a inversão do ônus da prova, cabendo à Administração Pública comprovar que pagou o benefício. (TRF-4 - AC: 61589 RS 95.04.61589-9, Relator: EDUARDO VANDRÉ OLIVEIRA LEMA GARCIA, Data de Julgamento: 19/11/1998, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 03/02/1999 PÁGINA 585).

⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello, debruçando-se sobre o tema, apresentou proposta – com a qual concordamos integralmente – para solução das demandas judiciais cujo objeto é a inatividade formal específica da Administração Pública, qual seja: “Decorrido o prazo legal previsto para manifestação administrativa, se houver prazo normativamente estabelecido, ou, não havendo, se já tiver decorrido tempo razoável (cuja dilação em seguida será mencionada), o administrado poderá, conforme a hipótese, demandar judicialmente: a) que o juiz supra a ausência de manifestação administrativa e determine a concessão do que fora postulado, se o administrado tinha direito ao que pedira, isto é, se a Administração estava vinculado quanto ao conteúdo do ato e era obrigatório o deferimento da postulação; b) que o juiz assine prazo para que a Administração se manifeste, sob cominação de multa diária, se a Administração dispunha de discção administrativa no caso, pois o administrado fazia jus a um pronunciamento motivado, mas tão-somente a isto.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 422).

Caso mais tormentoso se apresenta quando o conteúdo do ato decisório se fundamenta em competência decisória discricionária do gestor. Isto porque, nestas situações, o peso do princípio das separações das funções estatais impede, *prima facie*, a manifestação decisória direta do Judiciário. Então, habitualmente, a resolução mais acertada – e decorrente da ponderação de interesses públicos na função jurisdicional – será a deliberação indireta, ou seja, a prescrição direcionada à Administração Pública, pelo juízo, para que aquela se manifeste acerca do pleito do administrado – cessando, em caso de obediência, a ilicitude.

Tal determinação será viabilizada pelo artigo 139, inciso IV, da Lei nº 13.105 de 2015 – Código de Processo Civil.¹⁰ A norma em questão possibilita ao juízo decidir medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para proporcionar o cumprimento de uma ordem judicial. Da leitura, verificamos um leque de possibilidades ao exercício da função jurisdicional, para, mediante decisão razoável, escolher a melhor forma de cumprimento às suas determinações – no caso acima explicitado, a ordenação à Administração Pública para realização do dever funcional de competência originária atribuída ao gestor; ou seja, responder aos requerimentos administrativos propostos em seu âmbito de competência decisória.

Diante das diversas alternativas apresentadas pelo dispositivo, resta claro que o exercício da função jurisdicional se dá por meio de ponderação de interesses, pois o juízo não é livre para escolher, em arbítrio, uma determinação. Ao contrário, tem o dever de expedir a decisão extraída do ordenamento jurídico – ato vinculado – que mais se adéqua à situação específica existente, por isso a legislação, exemplificativamente, trabalhou com graus de medidas que vão desde indiretas até diretas.

Quando falamos em cominação de multa diária, por exemplo – certamente a mais comum solução determinada em casos de silêncio administrativo –, verificamos a existência de um mandamento coercitivo cuja decisão decorre de um sopesamento de interesses públicos – que vai desde a escolha da medida coercitiva, multa diária, até o valor estabelecido para indução do cumprimento. Contudo, apesar de muitas vezes eficiente, a ordenação não deixa de ser uma forma de ingerência no tocante ao princípio da separação das funções estatais – pois, no que pese à existência do dever de resposta, ocorre uma determinação judicial para o exercício decisório do Executivo. A cominação

¹⁰ “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.”

de multa é um meio, ainda que fundamentado em juridicidade, de interferência na separação das competências funcionais do Estado à qual podemos chamar de fraca, pois diante da permissão do ordenamento do Direito, o Judiciário não toma a competência para si, mas ordena a sua execução por meio de uma coerção indireta.

Todavia, por força do dispositivo processual em estudo, há, expressamente, a possibilidade de sub-rogação; ou seja, a substituição de pessoa, por exemplo, para cumprimento de decisão Judicial – algo que, sem dúvida alguma, minimiza fortemente o princípio da separação das funções estatais. Por este motivo, casos de sub-rogação podem ser chamados de interferências fortes nas separações funcionais. Desta forma, diante da importância da questão, passaremos ao estudo da *Teoria da troca do sujeito* – um exemplo do tema em questão – tendo em vista a possibilidade de substituição da competência de um agente por meio de determinação judicial para controle e resolução do silêncio administrativo.

5.2.1.1 O silêncio administrativo e a teoria da troca de sujeito

Já asseveramos anteriormente que a Constituição Federal brasileira optou pelo sistema unitário de jurisdição e, portanto, escolheu afastar o ordenamento jurídico brasileiro do contencioso administrativo. Parece-nos claro que a opção por “tribunais administrativos” demonstra maior força argumentativa em razão do princípio da separação de funções estatais. Desta forma, em países como a França, por exemplo, o ônus argumentativo para modificação por meio judicial – ainda que temporariamente – das estruturas ordinárias de separações funcionais é, com certeza, bem maior que em países cuja adoção optou pela unidade jurisdicional e pela inafastabilidade do Judiciário – *vide* o caso do Brasil.

É possível classificarmos o sistema de tutela jurisdicional para remoção de ilícitos a partir de uma perspectiva binária, qual seja: tutela jurisdicional de injunção e tutela jurisdicional de substituição. Na primeira forma, determina-se a concretização de um mandamento judicial por meio de condenação, forçando assim, de alguma forma, o cumprimento estabelecido pelo magistrado. Uma segunda possibilidade seria a materialização da decisão judicial, ou seja, o seu cumprimento, não por meio de uma condenação indireta, mas por intermédio de uma substituição de competência originária. Tendo em vista exemplos de práticas administrativas, no caso da primeira, o Judiciário condena o agente para que ele cumpra a decisão judicial; já segundo caso, o Judiciário

determina a substituição de uma competência para que outrem – ou em certos casos ele mesmo – realize a determinação expedida.¹¹

Se à primeira vista a substituição pode parecer algo extremo – enfraquecedor da ideia de repartição das funções Estatais – a partir de uma análise reflexiva, verificaremos que a substituição, por si só, é muito comum na prática forense. Diante de ação judicial cujo objeto é a expedição de ato de competência vinculada, figurando como partes em polos antagônicos a Administração e o administrado, em regra, o Judiciário substitui o gestor quando decide e, por conseguinte, cessa a ilicitude do silêncio – com a expedição de decisão substituta daquela que deveria ser tomada no âmbito da competência vinculada do Executivo. Em outras palavras: se primariamente a competência originária para proferir ato vinculado era do administrador, após a judicialização do silêncio, e configurada a ilicitude estatal, então possível e exigível é a substituição da competência que passou a ser expressa por meio da decisão de um magistrado, e não de um gestor.

Contudo, grande discussão se estabelece quando, por exemplo, o silêncio administrativo configura ilícito decorrente da inexistência de formalização de ato cuja competência é discricionária. Com a determinação judicial, inequivocamente, surge a obrigatoriedade do cumprimento e, para tanto, conforme asseveramos, o Código de Processo Civil estabelece alguns meios, que vão desde medidas indutivas, até medidas sub-rogatórias para tal. Com relação às últimas, uma de suas formas de efetivação é através da utilização prática da *Teoria da troca do sujeito*.

Introduzida no Brasil por Walter Claudius Rothenburg, a Teoria da troca de sujeito tem como proposta fundamental a alteração da legitimidade para o exercício de uma competência. Sua aplicação se daria nos casos em que o agente é omissor ou, ainda, quando o seu exercício funcional não estiver sendo realizado dentro de parâmetro de juridicidade – ambos os casos constituídos como ilicitudes. Seguindo a propositura, Rothenburg defende a viabilização da teoria no ordenamento jurídico brasileiro por meio de determinação judicial quando o sistema jurídico sofrer a tormenta dos casos de inconstitucionalidade por omissão – de modo que seria possível efetivar uma perspectiva cambial “[...] da legitimidade decorrente da perda de competência constitucional como modalidade de sanção por omissão inconstitucional, com

¹¹ Acerca do tema, vide PIRES, Rita Calçada. **O pedido de condenação à prática de acto administrativo legalmente devido: desafiar a modernização administrativa?** Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

substituição do sujeito originariamente legitimado a realizar comandos constitucionais.”¹²

A materialização dos fins constitucionais¹³ é um dos principais argumentos utilizados pelo autor paranaense e, com acerto em nossa opinião, podemos observar que a proposta é acolhida pelo ordenamento jurídico. Este, expressamente, legitima a efetivação dos mandamentos de nossa Constituição com a atribuição de instrumentos para tal ao Judiciário – basta lembrarmos, mais uma vez, da regra infraconstitucional presente no artigo 139, inciso IV do Código de processo Civil. Neste sentido, diante de uma inconstitucionalidade por omissão, de acordo com Rothenburg, há a possibilidade de “[...] substituição do titular constitucionalmente indicado a realizar tais tarefas por outro sujeito encontrável nos quadrantes da Constituição.”¹⁴

Se, por um lado, concordamos que a teoria tem aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro diante da inconstitucionalidade por omissão, por outro, defendemos a aplicabilidade teórica em âmbitos jurídicos mais extensos. Especificamente no Direito Administrativo, Ricardo Marcondes Martins foi pioneiro ao versar explicitamente sobre o tema, e em acordo com as proposições de Rothenburg, defendendo o seu proveito no Direito pátrio quando diante de situações problemáticas dos serviços de saneamento básico. Para o professor paulista, em tais casos a *Teoria da troca de sujeito* é uma saída permitida por nosso sistema normativo.¹⁵

Na presente análise, defendemos a aplicabilidade da teoria quando diante da ocorrência de uma inatividade formal específica. Sabemos que, no âmbito de um

¹² ROTHENBURG, Walter Claudius. **Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 93.

¹³ Acerca do tema, e evidenciando o seu posicionamento sobre a vinculação dos comandos constitucionais, Rothenburg afirma: “Merece hoje apenas referência histórica a tão antiga quanto ultrapassada visão de que os preceitos constitucionais não passavam de meras exortações ou diretivas, de nítida feição política (quando não meramente literária) e, por isso mesmo, desprovidas de valor jurídico.” (ROTHENBURG, Walter Claudius. **Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 83).

¹⁴ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 85.

¹⁵ Versando sobre o tema do serviço de saneamento básico, bem como fazendo alusão a dispositivo constitucional, Ricardo Marcondes Martins afirma: “A regra do inciso IX do art. 23 legitima, de modo incontestável além da ajuda propriamente dita (pela destinação de recursos, por exemplo), a *troca de sujeito* quando o serviço de saneamento básico não for prestado pelo ente inicialmente incumbido de fazê-lo. Percebe-se: diante do caso concreto, a prestação pode ser atribuída a um Município vizinho, ao Estado, a outro Estado, à União, à associação de Municípios, à associação de Município e Estado, aos particulares. Várias soluções são possíveis, a depender da *ponderação das circunstâncias fáticas e jurídicas*.” (MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015b, p. 437, grifos do autor).

processo administrativo, em que as partes são formadas pelo administrado e pela Administração, à última caberá a responsabilidade decisória final sobre o requerimento formulado. Caso este não seja respondido, caracterizando o silêncio administrativo, então poderá o administrado judicializar a sua demanda, de modo que se a competência inerente ao requerimento tiver caráter vinculativo, então o próprio Judiciário estará apto a determinar o ato – tomando para si a competência que, originariamente, era da Administração Pública. Para nós, o entendimento apresentado, em essência, consiste numa troca de sujeito – tendo em vista que agente diverso do originariamente competente toma para si a legitimidade para decidir.

No entanto, diante da ausência resolutiva de um ato administrativo de competência discricionária, poderia o exercício funcional de um magistrado tomar para si a competência para proferir a decisão? Talvez a mais comum forma de resolução de tais casos seja a determinação para que a Administração se manifeste, sob pena de cominação de multa diária, conforme defendido por Celso Antônio Bandeira de Mello,¹⁶ mas vamos além.

Em regra, diante do exercício funcional de competência discricionária da Administração Pública, a decisão jurisdicional terá em seu conteúdo a determinação de que o Estado se manifeste. Todavia, antevedendo o descumprimento do mandamento judicial, poderá o juízo, mediante um exercício funcional ponderativo, estipular medidas de cumprimento direto ou indireto de sua decisão – antevedendo, assim, a possibilidade da falta funcional –, ou seja, ele dispõe de outras ferramentas para cumprimento efetivo do Direito.

Quanto aos tipos de medidas possíveis, da leitura do artigo anteriormente mencionado, verificamos que há ampla margem para a atuação jurisdicional, desta forma cabendo ao juízo mediante sopesamento dos princípios, bem como subsumindo as regras incidentes ao caso concreto, a determinação da medida mais justa para o cumprimento da decisão judicial – aquela essencialmente exigida pelo ordenamento jurídico na situação apresentada.

Os meios executivos indiretos ocasionam uma forma de ingerência mais branda na formulação das repartições funcionais do Estado – como, por exemplo, a imposição coercitiva de multa – por isso, inegavelmente, são atuações de fácil percepção para um âmbito prático jurídico. Contudo, muitas vezes, as formas indiretas não alcançam os

¹⁶ Vide nota de rodapé número 9 do presente capítulo.

resultados intencionados, causando assim inconvenientes diversos; e, principalmente, postergando a efetiva materialização do dever de decidir,¹⁷ logo, mantendo uma situação de evidente ilícito.

Destarte, casos irão existir em que o sistema jurídico brasileiro exige, diante da circunstância fática apresentada, um meio executivo direto para cumprimento do mandamento determinado em razão do exercício funcional jurisdicional. Nestes casos, a teoria da troca de sujeito surge como uma das soluções possíveis para concretizar a garantia do direito à obtenção de resposta, bem como, igualmente, uma forma corretora do ilícito estabelecido na omissão estatal específica. Ocorrendo o silêncio administrativo, por meio de decisão judicial atribui-se a competência do agente ensejador da inatividade formal específica ilícita a outro agente diverso, que então passa a ter aptidão decisória acerca do ato de competência discricionário. Não obstante opiniões diversas, como a de Juvêncio Vasconcelos Viana¹⁸, para nós, a Teoria da troca de sujeito é, inexoravelmente, adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A escolha do magistrado pela sub-rogação, a partir da teoria da troca de sujeito, decorre de um exercício funcional de sopesamento e, portanto, indubitavelmente, exige-se a formulação de proporcionalidade por nós defendida no início do presente estudo. O fato de a teoria da troca de sujeito estar em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro – sendo um meio adequado também ao combate da omissão específica estatal –, não significa a defesa da necessidade de sua utilização indiscriminada – ante à existência de outras medidas, em casos específicos, menos onerosas e que igualmente dão concretude ao cumprimento das decisões judiciais –, bem como não significa que o seu uso acarretará, sempre, uma via proporcional em sentido estrito – visto que para tal comprovação, deverá ocorrer o sopesamento das finalidades constitucionais a partir de um caso concreto.

A decisão optante pela aplicação da teoria da troca de sujeito, por afetar algo tão fundamental ao Estado Democrático de Direito – a repartição de funções estatais –, sem dúvida alguma deverá ser tomada de maneira cuidadosa, sensível, para que o

¹⁷ Não é incomum observar o aumento de dívidas decorrentes de imposição de multas, sem, contudo, ocorrer o implemento do ato discricionário por quem detém a competência originária para tal. Além do descumprimento por si só, os débitos financeiros gerados pela demora, bem como a histórica baixa responsabilização dos agentes provocadores da desobediência, mostram-nos que, nem sempre, meios executivos indiretos são as melhores formas de resolução do conflito. Os danos em tais situações ocorrem não só ao administrado, mas também ao Ente responsável; ou seja, à pessoa jurídica estatal propriamente dita.

¹⁸ VIANA, Juvêncio Vasconcelos Viana. **Efetividade do processo em face da fazenda pública**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 271.

magistrado consiga alcançar definitivamente os interesses públicos mais relevantes, e envolvidos em uma situação específica, sem, contudo, eliminar aqueles que, por outros motivos, não fundamentam a efetiva atribuição da competência a agente diverso. Em face disto, apesar do contundente acolhimento da teoria pelo sistema normativo pátrio, argumentamos a aplicabilidade da teoria da troca de sujeito como alternativa excepcional, ou seja, somente adequada quando outros meios menos drásticos não se revelarem viáveis a efetivação constitucional.¹⁹

Finalmente uma última observação. Com relação à troca de sujeito, registramos que a sua aplicabilidade no âmbito do Direito Administrativo, mais especificamente no tocante a atos de competência discricionária, poderá apresentar formas de determinações jurisdicionais variáveis de acordo com o caso concreto. A aplicabilidade da teoria não necessariamente significará, sempre, uma troca ou substituição do exercício da competência no sentido restrito da palavra, mas poderá, em realidade, determinar uma atribuição da competência para exercício do ato em forma concomitante ao do agente originariamente competente. Isto porque, conforme veremos mais afrente, a autotutela administrativa poderá ser um mecanismo de extermínio à ilicitude do silêncio administrativo, em regra, a qualquer tempo.²⁰ Por conseguinte, frisamos: a teoria da troca do sujeito, no caso dos atos administrativos de competência discricionária, não necessariamente significará a perda absoluta da competência para o exercício funcional.²¹

¹⁹ A observação é feita por Rothenburg, quando o autor paranaense afirma que a troca de sujeito “[...] deve ser aceita apenas como *alternativa extrema e excepcional*, quando outros modos menos drásticos de controle do cumprimento da constituição hajam fracassado e se revele adequado levar as possibilidades de solução jurídica a tais consequências, assim que já não importe tanto quem, desde que seja realizado o ideal constitucional.” (ROTHENBURG, Walter Claudius. **Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 210, grifos do autor).

²⁰ Vide tópico 5.5.1 do presente capítulo.

²¹ A observação realizada, inclusive, no tangente à inconstitucionalidade por omissão compactua com as observações de Walter Claudius Rothenburg, quando o autor afirma: “De toda sorte, a atribuição conferida para a realização de determinações constitucionais, ou seja, a investidura constitucional na condição de sujeito de competências deve estar sempre presa a uma legitimidade. A legitimidade originária, que fundamentou a investidura constitucional (e que remonta ao momento constituinte), pode, no entanto, perder-se total ou parcialmente, temporária ou definitivamente, justificando então uma alteração (troca) de sujeito constitucionalmente competente.” (ROTHENBURG, Walter Claudius. **Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 99).

5.3 Responsabilidade estatal e silêncio administrativo

Durante toda a nossa análise, argumentamos a existência de um dever de resposta estatal e, portanto, dentro de um âmbito administrativo procedimental, a inatividade formal específica da Administração Pública é um ilícito. Diante do cometimento de um ilícito, nada mais justo que a aplicação de uma incumbência. Isto porque, invariavelmente, existe responsabilidade do Estado perante os danos causados ao administrado e ela pode ser dividida em duas classificações: responsabilidade por ação – também conhecida como comissiva – e responsabilidade por omissão. Concentraremos nossos apontamentos à segunda direcionando-os ao tema da inatividade formal específica estatal.

A responsabilidade omissiva do Estado se caracteriza pelo dever de impedir um dano. Entretanto, caso este ocorra, a obrigação de impedimento do dano é inadimplida e, então, surge por meio de imputação o dever do Estado de reparação do dano.²² Dado início a um processo administrativo através do requerimento de um administrado, à Administração Pública surge o dever de realizar todo o possível para a conclusão daquele processo, que, em regra, tem fim após a expedição de um ato administrativo decisório. O dever de resposta é inerente à obrigação de impedir que o processo administrativo perdure indefinidamente, gerando prejuízos ao cidadão, por isso o silêncio administrativo enseja responsabilidade do Estado por omissão.

Definidos os limites, cabe-nos a análise do tipo da responsabilidade estatal por omissão em âmbito procedimental administrativo. Pois bem, genericamente, se a doutrina defende majoritariamente a responsabilidade objetiva da Administração Pública nos casos comissivos²³ – com fundamento no artigo 37, parágrafo 6º, da

²² Tradicionalmente, a doutrina expõe a responsabilidade do Estado por ato comissivo a partir dos pressupostos de atuação estatal, dano e nexo causal. Contudo, verifica-se que com relação à responsabilidade por omissão não há o pressuposto do nexo causal, mas exclusivamente, a dupla imputação: dever de evitar o dano e dever de reparar o dano, ambos conexos.

²³ Por todos, vejamos as lições de Luis Manuel Fonseca Pires: “É inexorável o entendimento de que esta norma constitucional impõe a responsabilidade civil objetiva em relação ao comportamento comissivo, isto é, aos fatos que decorrem ou dependem de ação. O que equivale a dizer – por ser responsabilidade objetiva – que não há que se investigar se o agente público descumpriu algum dever de cuidado, isto é, se agiu de modo diverso do que era esperado como padrão de comportamento naquela situação. A aferição da imprudência, negligência e da imperícia é completamente irrelevante no âmbito da responsabilidade objetiva. Basta ter havido o dano e o correspondente nexo causal com o comportamento comissivo”. PIRES, Luis Manuel. “Responsabilidade civil do Estado por insuficiência de segurança pública”. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo

Constituição Federal de 1988²⁴ –, nas situações de responsabilidade por omissão ainda há grande controvérsia, tendo em vista a existência de posicionamentos que vinculam a responsabilidade subjetiva às omissões estatais, conforme assevera Deborah Pierre.²⁵

No caso do silêncio administrativo, não temos dúvidas em defender o posicionamento de que se trata de responsabilidade objetiva específica, ou seja, responsabilidade fundamentada no dever de agir inerente à obrigação de decisão em sede de processos administrativos. Em atenção ao já defendido, a inatividade formal específica estatal – genericamente – equipara-se a um ilícito. Portanto, não há como formular a responsabilidade subjetiva diante do dever específico de resposta.²⁶

(coord.). **Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

²⁴ Art. 37. A administração pública, direta e indireta, de quaisquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 6º 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.

²⁵ PIERRI, Deborah. “As omissões do Estado e a responsabilidade civil extracontratual”. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (coord.). **Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. Há de se ressaltar o posicionamento da jurista: “Se antes poderia parecer ponderável a justificativa de parte da doutrina e dos tribunais sobre o binômio teórico da responsabilidade – ação-responsabilidade objetiva e omissão-responsabilidade subjetiva, desde a edição do artigo 37, §6º da Constituição Federal de 88 e ainda o artigo 43 do Código Civil de 2002, não há porque sustentar esta dicotomia” (PIERRI, Deborah. “As omissões do Estado e a responsabilidade civil extracontratual”. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (coord.). **Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 192).

²⁶ No mesmo sentido, preleciona André Saddy, quando afirma que “[...] os casos de silêncio administrativo ou de resolução expressa tardia geram responsabilidade civil objetiva do Estado, pois tais casos são configurados como ausência ou atraso de um dever jurídico de agir e, portanto, equiparam-se a um ato ilícito. Assim, restando comprovado o silêncio e se demonstrando o dano e o nexo causal, torna-se inegável, hodiernamente, sustentar a incidência da responsabilidade civil objetiva. Ressalta-se que as hipóteses de responsabilização também são aplicáveis às situações cuja resposta surja quando já superado o tempo legal previsto para a situação ou, em não o existindo, o tempo razoável para aquela manifestação.” (SADDY, André. **O silêncio administrativo no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Grupo Editorial Nacional, 2014, p. 122). Flávio de Araújo Willemann, dissertando acerca do tema das agências reguladoras, também concorda com a responsabilidade objetiva nos casos de omissão específica. Vejamos: “[...] o Estado não pode ser concebido como um segurador universal de todos os males ocorridos na sociedade. Somente as omissões específicas, isto é, aquelas em que o dever de agir estatal é imposto em lei, devem ser levadas em consideração para a deflagração do nexo de causalidade e, assim, da consequente obrigação de indenizar, ante a regra inserta no artigo 43 do Código Civil de 2002. Em casos de omissões genéricas, inexistirá o dever de indenizar do Estado.” (WILLEMANN, Flávio de Araújo. **Responsabilidade civil das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 32).

Desta forma, caracterizado o dano decorrente da omissão específica estatal ambientada nos contornos de um processo administrativo, restará possibilitada a responsabilidade estatal objetiva.

5.3.1 MARCO TEMPORAL DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO DECORRENTE DE SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

Dois são os tipos de marcos temporais caracterizadores do silêncio administrativo: o primeiro é a lei; o segundo decorre de uma compreensão de razoabilidade. Consoante ao que fora analisado há uma gama de leis a tratar de prazos decisórios em sede de processos administrativos e, habitualmente, os prazos legalmente estabelecidos são marcos temporais caracterizadores da inatividade formal específica da Administração Pública. Não obstante a isto, é possível que, em situações específicas, a lei nada determine e, então, nestes casos, a caracterização do marco temporal indicador da omissão específica estatal será prescrito mediante um exercício funcional de ponderação a partir da situação efetivamente materializada – com vistas a parâmetros de razoabilidade.

Comumente observamos estipulação legal de prazo limite para manifestação da Administração Pública – inclusive, com a previsão de extensão do prazo final, quando houver motivação para tanto. Todavia, para nós, a razoabilidade – ainda que na falta de legislação específica – também é fundamento para a extensão dos prazos atribuídos à Administração. Ou seja: mesmo diante de inexistência legislativa a versar sobre prolongamento do período de resposta da Administração, entendemos ser possível, mediante motivação justa, a dilação da data limite caracterizadora da inatividade formal específica. Assim sendo, a definição do silêncio decorrerá de um sopesamento a concluir pela razoabilidade ou irrazoabilidade da espera do administrado por resposta acerca de requerimento formulado.

Inclusive, se a razoabilidade é fundamento para extensão de prazos, sejam estes estabelecidos ou não por lei, a razoabilidade também pode ser argumento para diminuição do prazo decorrente do dever de resposta da Administração Pública. Em tais casos, tudo dependerá da situação fática instalada, pois se esta demonstra que existia a necessidade e a possibilidade da declaração administrativa, mas, por dolo ou culpa, não o fez, então caracterizado estará o silêncio e a responsabilidade do Estado – nestes casos, subjetiva. Na formulação apresentada, temos: de um lado uma determinação legal

genérica; de outro um contexto materializado exigente de resposta diversa da atribuída por uma regra – em face de normas opostas que, naquela disposição específica, merecem preponderar.²⁷

Situação clara a argumentar a possibilidade de diminuição do lapso temporal do dever decisório estatal – ainda que diante da existência de lei a determinar prazo específico de resposta ao requerimento – é aquela que alberga algum tipo de direito social. Este posicionamento é adotado por Daniel Wunder Hachem quando o autor afirma que o silêncio administrativo “[...] a depender das peculiaridades do caso concreto, poderá se configurar: (i) antes do lapso temporal legalmente previsto para a resolução dos requerimentos; ou (ii) no máximo, dentro do prazo legal [...]”.²⁸

5.3.2 RESPONSABILIDADE PESSOAL DO GESTOR EM FACE DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

²⁷ Esta compreensão não é isolada. Verificamos que, ao se debruçar acerca do ordenamento jurídico venezuelano, Ortiz-Alvarez vislumbra a razoabilidade como fundamento para caracterização do ilícito decorrente do silêncio administrativo. Inclusive, explicitamente, afirma que o decurso do período inerente à necessária manifestação, a partir da razoabilidade, pode ser menor ou maior que o estabelecido legalmente. (ORTIZ-ALVAREZ, Luis A. **El silencio administrativo en el derecho venezolano**. Caracas: Sherwood, 2000, p. 116). No mesmo sentido, em análise do Direito Administrativo espanhol, Manuel Gómez Puente assevera que: “[...] com la regla del plazo razonable se viene a distinguir o separar, cuando las circunstancias fácticas así lo exigen, el funcionamiento normal/anormal del cumplimiento/incumplimiento de los términos legales. El funcionamiento anormal, según esto, puede no depender tanto de la falta de resolución en plazo, cuando de la falta de adecuación de la actividad administrativa a las circunstancias específicas del caso. De donde puede concluirse que, por lo que respecta a la responsabilidad, las nociones de funcionamiento anormal y resolución extemporánea no han de ser necesariamente coincidentes y pueden tener una existencia independientes. Si se acepta lo que acabo de decir, no será difícil admitir una responsabilidad por omisión o falta de resolución administrativa, aun inconcluso el plazo legal para resolver, siempre que circunstancias de urgencia o necesidad, de las que la Administración y éste sea materialmente posible según una razonabilidad media.” (GOMÉZ PUENTE, Manuel. **La inactividad de la Administración**. Pamplona: Aranzadi, 1997, p. 788).

²⁸ HACHEM, Daniel Wunder. Processos administrativos reivindicatórios de direitos sociais: dever de decidir em prazo razoável vs silêncio administrativo. **A e C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n 56, p. 153, abr./jun. 2014. Expondo suas conclusões acerca da relação entre silêncio administrativo e direitos sociais, Hachem assevera: “É preciso deixar claro que o instituto do silêncio administrativo de efeitos positivos não é panaceia para as dificuldades relativas à inefetividade dos direitos fundamentais sociais causada pela ineficiência da Administração Pública. Todavia, a adoção dessa alternativa pode contribuir, ainda que parcialmente, para uma tutela administrativa mais célere e integral desses direitos. Quanto mais numerosos forem os mecanismos de satisfação espontânea dos direitos sociais, eliminando a necessidade de o cidadão lançar mão de instrumentos judiciais, mais elevado será o grau de efetividade de sua proteção constitucional.” (HACHEM, Daniel Wunder. Processos administrativos reivindicatórios de direitos sociais: dever de decidir em prazo razoável vs silêncio administrativo. **A e C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n 56, p. 172, abr./jun. 2014.).

Diante do dever de decisão inerente ao exercício funcional estatal, o agente público que injustificadamente silencia – incorrendo, portanto, em inatividade formal específica –, inequivocamente deve responder pela ilicitude cometida. A compreensão esposada pode ser retirada da análise sistêmica do ordenamento jurídico brasileiro, bem como por farta legislação sobre o tema.

No âmbito das legislações referentes aos servidores públicos federais, a Lei nº 8.112 de 1990 assevera ser dever do servidor, por exemplo: o exercício zeloso e dedicado às atribuições do cargo, a observância às normas legais e regulamentares, bem como a prestação de informações requeridas. Não há como negar que a compreensão do silêncio administrativo, nos moldes analisados do presente estudo, se mostra completamente incompatível com tais determinações legais.²⁹

Acerca de parâmetros mais especificados, temos a título exemplificativo a Lei nº 12.527 de 2011, também conhecida como Lei de acesso à informação, que determina como conduta ilícita a ensejar responsabilidade do agente público, ou do militar, a recusa de fornecimento de informação requerida³⁰; ou, ainda, a própria Lei nº 11.079, que em seu artigo 18, parágrafo 13, dispõe a responsabilidade do agente público que incorre em omissão – conforme estudamos no capítulo anterior.

A própria Lei nº 8.429 de 1992, discorrendo acerca da improbidade administrativa, em diversos momentos aborda o tema da omissão, que pode caracterizar-se como silêncio administrativo, assim, constituindo ilícito passível de responsabilidade por parte do agente público que a ele der causa – conforme artigos 5º, *caput*; 9º, inciso I; artigo 10, *caput*; e 11, *caput*, da lei de improbidade em comento.³¹

²⁹ “Art. 116. São deveres do servidor:

I - exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo; [...] III - observar as normas legais e regulamentares; [...] V - atender com presteza: a) ao público em geral, prestando as informações requeridas, ressalvadas as protegidas por sigilo.”

³⁰ “Art. 32. Constituem condutas ilícitas que ensejam responsabilidade do agente público ou militar: I - recusar-se a fornecer informação requerida nos termos desta Lei, retardar deliberadamente o seu fornecimento ou fornecê-la intencionalmente de forma incorreta, incompleta ou imprecisa;”

³¹ “Art. 5º Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano.

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de

Entretanto, necessário se faz uma ressalva. Partimos de uma conceituação de improbidade administrativa enquanto, esta, sendo uma *imoralidade administrativa qualificada pela desonestidade*.³² A tipificação da improbidade administrativa, para nós, exige a existência do dolo, seja no ato comissivo ou em eventual omissão, portanto, o agente que der causa ao silêncio administrativo deverá sofrer as consequências da lei da improbidade, apenas, se caracterizado o dolo, a má-fé de sua atuação resultante no silêncio.

Desta forma, por todo o exposto, seja em razão de uma compreensão sistêmica normativa do ordenamento jurídico brasileiro, seja a partir de legislações específicas, para nós, o silêncio administrativo é ilicitude que atenta contra o dever funcional do Estado. Por conseguinte, também com relação ao servidor que deu causa à inatividade formal específica é possível à responsabilização.

5.5 Controle do silêncio administrativo em razão do exercício funcional da Administração Pública

Conforme fora estudado, um dos requisitos inerente ao silêncio administrativo é o transcurso de período mínimo – seja este determinado por lei ou pela razoabilidade – caracterizador da omissão específica estatal. Deflagrada a inatividade formal específica, ainda que atribuído efeitos legais ou judiciais ao silêncio, o dever de manifestação motivada da Administração Pública em razão de requerimentos de administrados pode não cessar. Dentro de uma perspectiva de controle, podemos dizer que o Legislativo e o Judiciário realizam seus exercícios funcionais nos moldes já asseverados, contudo é

quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente.”

³² Ricardo Marcondes Martins observa ser uma exigência da tipificação da improbidade a qualificação da desonestidade e, por conseguinte, a pressuposição do dolo do agente. Afirma, ainda, que esta pressuposição é algo imprescindível, sob pena da banalização do instituto. (MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015b, p. 641, grifos do autor). A qualificação da desonestidade é igualmente defendida por Aristides Junqueira Alvarenga (ALVARENGA, Aristides Junqueira. “Reflexões sobre improbidade administrativa no direito brasileiro”. In: BUENO, Cassio Scarpinella, e PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coords.). **Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003).

possível destacarmos, ainda, um controle do silêncio pela própria Administração. Duas são as espécies do controle administrativo sobre a omissão específica estatal, quais sejam: o controle administrativo posterior e o controle administrativo anterior à confirmação do silêncio administrativo.

5.5.1 EXERCÍCIO FUNCIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA REALIZADO MEDIANTE CONTROLE POSTERIOR DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

Em acordo com o prelecionado, a Administração realiza suas atividades por meio de um exercício funcional; no tangente ao controle posterior do silêncio administrativo não há diferença. Este controle é fundamentado em duas premissas, a primeira já discutida, ou seja, o dever de manifestação motivada no âmbito procedimental administrativo; a segunda, que passaremos a discutir no presente momento, é a autotutela administrativa.

Em termos genéricos, a ideia de autotutela administrativa está ligada à possibilidade de a Administração Pública anular seus próprios atos, quando estes estiverem contaminados por vício, ou ainda revogá-los por motivo de conveniência e oportunidade. Inclusive, duas súmulas do Supremo Tribunal Federal pacificam tal entendimento – súmulas 346 e 473.³³ A partir de uma perspectiva do controle do ato administrativo por parte da própria Administração, as súmulas se fundamentam no dever de consonância entre Estado e legalidade estrita. Ou seja, na obrigatoriedade de a Administração Pública repudiar ilegalidades, bem como buscar sempre o interesse público envolvido nos contornos de uma situação fática. Estas são algumas das facetas que devem ser buscadas, de ofício, no exercício funcional estatal.

Contudo, o ordenamento jurídico brasileiro exige mais e, assim sendo, a perspectiva de um Direito Administrativo *neoconstitucional* também acompanha a maior amplitude de tais exigências. Isto porque a autotutela administrativa incide não somente no âmbito do controle de legalidade estrita, mas, efetivamente, a partir de uma perspectiva de controle de juridicidade. Logo, inequivocamente, existe um dever de

³³ Com relação à Súmula 346, temos que a “[...] administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.” Em complemento, nos dizeres da súmula 473 do Supremo Tribunal Federal: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

atuação tutelar própria, sempre que ato ou fato jurídico da Administração gerar situações descompassadas com as finalidades sistemáticas da Constituição Federal de 1988.

A argumentação apresentada é a tese de defesa para o obrigatório dever de atuação do Estado diante do silêncio administrativo, pois, em acordo com todo o exposto, a situação de inatividade formal específica estatal, no seio de processos administrativos, demonstra, claramente para nós, composição de situação formal e materialmente ilícita. Assim sendo, diante da ilegalidade do calar, obrigatória é a autotutela administrativa no sentido de expedir ato motivado resolutório acerca do requerimento solicitado, independentemente do momento – ainda que somente para dar encerramento ao processo administrativo em discussão. Ou seja, mesmo que extemporâneo, e ainda que consumado algum efeito decorrente do silêncio, existe, sem dúvidas, o dever de correção do silêncio e a consequente conclusão do processo administrativo³⁴, de modo que a atribuição de efeitos não implica desaparecimento do silêncio. Este só tem seu fim com a manifestação expressa do ato resolutório.

Obviamente, se existe a possibilidade de a Administração corrigir a ilicitude a qualquer tempo, então, também existe a possibilidade de a decisão administrativa posterior não coincidir com possíveis efeitos atribuídos ao silêncio administrativo – sejam estes decorrentes do exercício funcional legislativo ou judiciário. Quando a decisão a posterior corresponde com os efeitos positivos atribuídos à inatividade formal, em regra, não há prejuízos para contestação em via administrativa ou judicial – inclusive, por exemplo, com relação a última em relação ao administrado faltaria, em tese, interesse de agir –, excetuado terceiro prejudicado diante de tais. Contudo, quando não há equivalência entre os frutos do silêncio e o posterior ato administrativo, que põe fim ao silêncio, haverá a possibilidade de o administrado se amparar no judiciário para ter seus direitos resguardados.

³⁴ Tendo em vista o ordenamento jurídico espanhol, Ernesto Garcia-Trevijano Garnica alude ao controle administrativo posterior do silêncio classificando-o de duas formas. A primeira seria a resolução tardia, esta caracterizada pela manifestação expressa e tardia da Administração sem que ainda tenha ocorrido qualquer efeito decorrente do silêncio administrativo; a segunda seria a resolução expressa tardia, que, conforme a primeira, ocorre expressa e tardiamente; contudo, diferenciando-se pelo fato de, nestes casos, terem ocorrido efeitos inerentes à inatividade formal da Administração Pública. (GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. **El silencio administrativo en el derecho español** Madrid: Civitas, 1990, p. 189-190). Não obstante à inexistência de previsibilidade legal no Direito brasileiro à classificação proposta, entendemos que ela é útil à compreensão do tema, tendo em vista que há diferença entre o silêncio enquanto fato jurídico e os efeitos do silêncio enquanto ato jurídico.

Existe, em regra, a possibilidade geral, *prima facie*, de o Estado proferir atos ensejadores de efeitos diversos do estabelecido pelo silêncio administrativo – ante a ideia de autotutela administrativa. Todavia, tais atos não são ilimitados, e sofrem a ingerência de diversos princípios e regras da Constituição Federal de 1988 como, por exemplo: o princípio da segurança jurídica, bem como o da regra do direito adquirido, do ato jurídico perfeito, e até mesmo da coisa julgada. Desta forma, sempre que o controle posterior do silêncio for realizado mediante ato decisório que intencione a modificação dos efeitos da inatividade formal específica administrativa, então nascerá o interesse de agir inerente ao administrado e a ele caberá demandar ao judiciário para que, por meio do exercício funcional jurisdicional, seja estabelecida a conformidade jurídica da situação fática apresentada.

Conforme defendemos durante toda a análise, a ponderação de interesses públicos também é intrínseca ao exercício funcional administrativo e, sem dúvidas, a grande característica do sopesamento realizado pelo gestor consiste no fato de que o agente tem sua atuação predominantemente marcada no âmbito do plano concreto, fático. Assim, cumpre observar que com a verificação de efeitos decorrentes do silêncio administrativo, surgem novas perspectivas à ponderação – justificando a atenção de novos princípios e regras aplicados ao exercício funcional do Executivo.

Em outras palavras: as novas circunstâncias materiais apresentadas exigem observância, de modo que constitui dever funcional do administrador analisar os efeitos de sua inatividade formal específica anteriormente ao momento da decisão, bem como visualizar os efeitos da expedição do ato posterior. A ponderação de interesses públicos obrigatoriamente exigirá tal reflexão para tornar-se a mais consoante possível com as finalidades constitucionais.

5.5.2 EXERCÍCIO FUNCIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA REALIZADO MEDIANTE CONTROLE ANTERIOR AO ESTABELECIMENTO DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

Existe ainda uma segunda forma de controle caracterizado por sua realização anterior ao estabelecimento do silêncio administrativo, bem como por ser determinado em âmbito normativo abstrato – muito semelhante à atribuição de efeitos sobre a qual nos debruçamos na análise do exercício funcional do legislador. Pois bem, ao final do tópico anterior, argumentamos que a principal característica do exercício funcional

administrativo partia da preponderância da atuação mediante um âmbito fático, concreto. Todavia, tal preponderância não significa que não caiba ao gestor, em certas ocasiões, a análise e o estabelecimento de normas em plano abstrato.

Se, por um lado, a atuação funcional executiva não se manifesta predominantemente no âmbito abstrato; por outro, esta manifestação é possível e, muitas vezes, será verificada como uma forma de controle relacionado à ilicitude decursiva da inatividade formal específica do Estado. Um exemplo do controle em questão é a previsão, em contratos administrativos, de cláusulas estabelecidas entre as partes – Administração e particular – determinando a incidência de efeitos positivos ou negativos em caso de configuração do silêncio administrativo.

A estipulação contratual de dispositivos de revisão, ou o reajuste de tarifas de delegatários de serviços públicos, é formulado em decorrência de um exercício funcional essencialmente estabelecido em plano abstrato. Da mesma maneira é possível a previsão de efeitos à inatividade formal específica do Estado quando diante de um requerimento não houver resposta da Administração Pública. Assim como o exercício funcional do legislador, o gestor atuará em um plano abstrato na estipulação de tais cláusulas.

Nestas situações, especificamente, o gestor irá avaliar as ponderações decorrentes do exercício funcional do constituinte originário e da competência reformadora, bem como verificará as ponderações do legislador – sentindo os contornos fáticos inerentes ao negócio estabelecido entre as partes – para então, mediante previsão abstrata, estipular cláusula, com a participação do particular, que determine efeitos negativos ou positivos a omissão específica estatal. Frisamos: há, verdadeiramente, uma edição conjunta com a participação de duas ou mais pessoas – no presente caso em análise, a Administração pública em um polo; e o administrado em polo contraposto.

Tal previsão contratual, em realidade, estará amparada na possibilidade de ocorrência de uma situação fática materializada, portanto, inclui-se no âmbito abstrato de uma previsão normativa estabelecida pelo gestor e pelo particular que firmam o contrato administrativo. Frisamos: nesta forma de controle administrativo há verdadeira antecipação e, por isso, assemelha-se ao exercício funcional legislativo.

CONCLUSÕES

1. O ordenamento jurídico brasileiro adota um modelo hierárquico em que a Constituição Federal de 1988 – enquanto norma fundamental – determina os limites de atuação das funções estatais, bem como as finalidades as quais estas devem materializar. Os fins constitucionais são princípios jurídicos – espécies do gênero norma jurídica –, e devem ser compreendidos, verdadeiramente, como objetivos de obrigatoria efetivação. Para tal concretização, habitualmente, o sistema de Direito pátrio se utiliza de meios denominados regras jurídicas – igualmente espécie do gênero norma.

2. Decorrente de uma interpretação sistêmica do ordenamento, a aplicação normativa, no Brasil, determina-se por meio de argumentações jurídicas racionais que, principalmente, levam em consideração a ponderação dos interesses públicos envolvidos, para então exteriorizar decisões que devem ter como propósito a execução de finalidades constitucionais – entendidas, genericamente, como sinônimo de interesses públicos. O manejo satisfativo de normas jurídicas – princípios e regras – e das decisões delas decorrentes ocorre por meio da supracitada argumentação jurídica racional ponderativa.

3. Pela estruturação lógica formulada, podemos afirmar que o Estado é meio para alcance da felicidade do cidadão. E, portanto, suas ações se estabelecem mediante um exercício funcional – cujo fim precípua é consubstanciar princípios constitucionais. A partir de então, temos que as mais diversas funções estatais são, em realidade, deveres que não compactuam com a ideia de liberdade, mas, ao reverso, são partidárias da idealização de obrigatoriedade. Assim, ausente à liberdade, surgem os exercícios funcionais de competência vinculada e discricionária, de modo que por meio dessas competências é que o Estado constitui seus atos.

4. Por meio da concepção metafórica de Ronald Dworkin, afirmamos que o sistema normativo brasileiro é um grande “romance em cadeia” – escrito por uma diversidade de agentes que devem determinar seus atos a partir da ponderação de interesses públicos que se comunicam conforme um *círculo hermenêutico*. A assembleia constituinte originária identificou, na sociedade brasileira, valores vigentes no momento da promulgação da Constituição Federal de 1988. Positivando estes, o constituinte originário estabeleceu os fins constitucionais, de forma que o exercício de identificação e positivação não restou livre, mas, ao contrário, foi delimitado por valores sociais existentes naquele momento específico. Deste modo, podemos concluir pela

inexistência de liberdade em sua atuação funcional, em contrapartida à configuração de contornos maiores de discricionariedade.

5. Prosseguindo, firmamos que a competência reformadora também atua mediante exercício de função. Logo, não adentra o campo do arbítrio em suas determinações – visto que sua busca por ações materializantes do interesse público recebe limitações como, por exemplo, as cláusulas *pétreas*. Dando continuidade, chegamos ao exercício funcional do legislador. Este, diante de suas margens discricionárias que são menores, em comparação com as dos agentes anteriores, observamos os princípios constitucionais do ordenamento, para, então, definir meios de satisfação daqueles – as regras jurídicas –, com fundamento no sopesamento de interesses públicos existentes.

6. Se a atuação legislativa, em regra, prepondera no plano abstrato, o gestor tem sua atuação predominante no âmbito fático, sem, contudo, descuidar do dever de observar as decisões tomadas em exercícios funcionais anteriores, bem como de efetivar os fins constitucionais. Pontuamos ainda que, habitualmente, a atuação do administrador permeia a execução das leis designadas pelo Legislativo. Entretanto, em alguns casos, a ele também compete concretizar diretamente determinações constitucionais, pois tal atividade, mesmo que excepcional, é possível como resultado diante do processo decisório administrativo.

7. Caminhando ao objeto central da análise, verificamos que independentemente de disposição legal, a doutrina estabelece uma diferenciação entre omissão estatal e silêncio administrativo. A primeira é gênero da qual a segunda é espécie; e, por conseguinte, se a omissão engloba todas as situações em que a Administração Pública, de alguma maneira, omitiu-se, no silêncio, há inatividade formal específica, caracterizada pela falta formal de decisão administrativa – ambientada dentro de um processo. O silêncio administrativo, por si só, ou seja, a omissão específica estatal, é fato jurídico apto a ensejar uma diversidade de efeitos – seja com fundamento em uma perspectiva legal, seja com fundamento em uma perspectiva de juridicização. A atribuição de efeitos ao fato decorre de um ato jurídico. E, portanto, não há que confundir: o fato jurídico, que é o silêncio em si mesmo, com o ato jurídico de atribuir efeito a um fato, no modelo normativo de formulação lógica $H \rightarrow C$; com o efeito propriamente dito, decorrente do ato jurídico. São três planos distintos.

8. A partir de então, fundamentados em uma análise sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, verificamos que o silêncio administrativo, diante do requerimento do administrado, é um fato jurídico contrário ao Direito. Por violar uma diversidade de normas jurídicas, em realidade, a inatividade formal específica constitui um ilícito. E, assim sendo, a atribuição de efeitos ao silêncio é, verdadeiramente, uma garantia constitucional que deve ser levantada em favor do cidadão, por meio do exercício funcional legislativo, judiciário e executivo.

9. Neste sentido, o fato jurídico foi compreendido como metalinguagem do fato social. E a partir do primeiro, por meio do exercício da função Legislativa, constatamos a possibilidade de o legislador atribuir efeitos jurídicos ao silêncio administrativo – por meio de um ato jurídico. Para isto, sentindo a realidade do meio social, o legislador deverá atuar preponderantemente em um plano abstrato, antevendo a possibilidade de ocorrência da ilicitude da inatividade formal específica estatal, passando a atribuir efeitos à inatividade formal específica do Estado. Estes efeitos decorrem de um ato jurídico prescritivo – resultado da ponderação de interesses públicos observada pelo Legislativo – realizado por meio de um exercício funcional.

10. Se a instituição de regra jurídica pelo legislativo consiste na consubstanciação de meio para alcance de fim constitucional, ao determinar efeitos positivos ao silêncio administrativo, o legislador estará afirmando que, naquelas situações, o peso argumentativo dos princípios em discussão determina a preceituação de resultados concessivos à inatividade formal específica da Administração Pública. Todavia, obviamente, o direito estabelecido por lei contém limites que o administrado não pode sonegar. Então, diante da concessão, sua atuação deverá obedecer a limites legais e de juridicidade – não podendo utilizar o efeito atribuído, por exemplo, para fundamentar a prática de ilícitos ou arbitrariedades antijurídicas.

11. Defendemos que a ordenação de efeitos negativos, por meio do exercício funcional legislativo, segue o mesmo panorama evidenciado, entretanto, especificamente quanto ao efeito denegatório, compreendemos que este é caracterizado por sua forte conotação processual. Ao atribuir efeitos negativos à inatividade formal específica, o legislador possibilita ao administrado duas vias: a primeira é a via recursal administrativa, se for de seu interesse; a segunda via – concomitantemente aberta com a primeira – é a da possibilidade de judicialização do requerimento pleiteado. Tal efeito se assimila com uma certificação da ilicitude consubstanciada no silêncio, então, atribuindo legitimidade aos demais intentos processuais.

12. Asseveramos também a existência de limites ao exercício funcional legislativo na atribuição de efeitos jurídicos a omissão específica estatal. Estes são, basicamente, dois: o primeiro é um limite objetivo de marco temporal – ou seja, o Legislativo deve respeitar as competências originárias de decisão administrativa. Portanto, só podendo caracterizar a ilicitude da inatividade formal específica após a observação de tempo hábil razoável à pronúncia. O segundo limite se perfaz a partir de uma compreensão principiológica. Explicamos: a decisão de atribuir efeitos, nos casos específicos em que o legislador o faz, deve estar consonante com os fins constitucionais e, portanto, tal decisão decorrerá de um sopesamento dos interesses públicos envolvidos.

13. Ato contínuo, asseveramos que diferentemente das demais funções estatais, o exercício funcional jurisdicional se manifesta, em regra, por meio de vinculação – pois ao magistrado cabe não decidir discricionariamente, porém conforme uma exigência única e correta do ordenamento. O silêncio administrativo consiste em ilícito. E assim sendo, não foge ao controle da função do Judiciário – seja mediante controle de legalidade, seja mediante controle de juridicidade. Diante da necessária expedição de ato de competência vinculada do Executivo, ocorrendo a inatividade formal específica, pode, de plano, o magistrado proferir a decisão única necessária à realização do Direito. Por outro lado, diante de silêncio relacionado à decisão administrativa de competência discricionária, poderá o magistrado determinar que a administração cumpra a decisão judicial proferida. Ou, ainda, em situações específicas, pode determinar a troca de sujeito no tangente à competência, para que se cumpra o determinado judicialmente – nos moldes do artigo 139, inciso IV, da Lei nº 13.105, Código de Processo Civil.

14. No que tange à responsabilidade do Estado, configurado o dano ao administrado, defendemos o posicionamento de que há responsabilidade objetiva pelo silêncio administrativo, tendo em vista a obrigação específica da Administração Pública no dever de decidir quando figurar como parte em processo administrativo. Quanto à possibilidade de responsabilização pessoal do agente público, mais uma vez firmamos como possível, salvo se comprovadamente houver alguma excludente que afaste a culpabilidade

15. Finalmente, com relação ao controle administrativo da inatividade formal específica estatal, declaramos que, em regra, este pode se desenvolver de duas formas gerais: uma posterior à constituição do silêncio; e outra anterior a esta. Quanto ao posterior, consubstanciado na ideia de autotutela da Administração Pública, mesmo já

constituído o silêncio – e seus efeitos –, é possível a realização de manifestação estatal posterior. Para isto, deverá o gestor levar em consideração toda a situação fática formada após os resultados da omissão específica – sabendo que os limites para expedição do ato serão ainda menores que os existentes inicialmente em contornos normais do processo em questão. Acerca do controle anterior à formação do silêncio administrativo e seus efeitos, defendemos que a própria Administração Pública também poderá fazê-lo, de modo que este tipo de controle é muito parecido com o exercício funcional legislativo. Isto porque, em sua atuação, há uma previsão de ocorrência; ou seja, há uma atuação predominantemente exercitada no âmbito abstrato. A título de exemplo, citamos os contratos administrativos – que por meio de disposição contratual, determinam a possibilidade de efeitos, prevendo a possível ocorrência de um silêncio administrativo.

REFERÊNCIAS

ALEXYY, Robert. Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica. **Doxa**, v. 5, 1988.

_____. **El concepto y la validez del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2010.

_____. **Teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Grupo Editorial Nacional, 2014.

_____. **Sobre los derechos constitucionales a la protección**. Disponível em: <www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/jornada1/1_Alexy.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2015.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Formação da teoria do direito administrativo no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Forense Jurídica, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Themis: **Revista da ESMEC**, Fortaleza, v. 4 , n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto nº 84.398, de 16 de janeiro de 1980. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-84398-16-janeiro-1980-433839-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

_____. Constituição de 1988. Constituição: República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6766.htm>. Acesso em: 28 ago. 2016.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9507.htm>. Acesso em: 28 ago. 2016.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em: 28 ago. 2016.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10522compilado.htm>. Acesso em: 28 ago. 2016.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm>. Acesso em: 28 ago. 2016.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 2. ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

_____. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BINENBOJM, Gustavo. *A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos*. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 13, mar/abr/maio, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1995.

_____. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: Edipro, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

BRITTO, Carlos Ayres. A constituição e o monitoramento de suas emendas. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, jan, 2004.

_____. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2008.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 30. dd. São Paulo: Malheiros, 2015.

CARVALHO, Aurora Tomazini. **Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da norma tributária**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. **Curso de direito tributário**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010a.

_____. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010b.

CAVALCANTI, Temístocles Brandão. A teoria do silêncio no direito administrativo. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 77, ano 36, n. 427, jan.-mar. 1939.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Elementos de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CORREA, Neyde Falco Pires. O silêncio da administração. **Revista de direito público**, São Paulo, n. 69, p. 122-133, jan./mar. 1984.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 17. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito**. 2. ed. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FARIA, Adriana Ancona de. **O silêncio administrativo**. (Dissertação de Mestrado). Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. São Paulo, 2002. 186f.

FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo, Atlas, 1980.

_____. Tércio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva 1997.

_____. Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 4. ed São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 6. ed. São Paulo: Saraiva 2014.

FERREIRA, Luiz Pinto. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

GABARDO, Emerson . A eficiência no desenvolvimento do Estado brasileiro: uma questão política e administrativa. In: MARRARA, Thiago. (Org.). **Princípios de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Sobre el silencio administrativo y recurso contencioso. **Revista de Administração Pública**, Madri, ano XV, n. 47, p. 207 – 227, may.-ago. 1965.

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. **El silencio administrativo em el derecho español**. Madrid: Civitas, 1990.

GAMA, Tácio Lacerda. **Competência Tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade**. São Paulo: Noeses, 2009.

GOMÉZ PUENTE, Manuel. **La inactividad de la Administracion**. Pamplona: Aranzadi, 1997.

HACHEM, Daniel Wunder. Processos administrativos reivindicatórios de direitos sociais: dever de decidir em prazo razoável vs silêncio administrativo. **A e C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n 56, p. 153, abr./jun. 2014.

JAKOBSON, Romam. **Linguística e comunicação**. Tradução de José Paulo Paes e Isidoro Blikstein, São Paulo: Cultrix, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

KELSEN, Hans. Causalidade e imputação. In: _____. **O que é justiça?** Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Gulbenkian, 1997.

LUCENA, Pedro Flávio Cardoso. Interfaces funcionais do Estado: ponderação de interesses e Administração Pública. **Revista Brasileira de Estudos da Função Pública (RBEFP)**, Belo Horizonte, ano 4, n. 11, p. 95-127, maio-ago, 2015.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado**. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Um diálogo sobre a justiça**: a justiça arquetípica e a justiça deôntica. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. **Teoria jurídica da liberdade**. São Paulo: Contracorrente, 2015a.

_____. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015b.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional. In: _____. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **Relatividade da competência discricionário**. RTDP 25/13-19. São Paulo: Malheiros, 1999. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-5-JANEIRO-2006-CELSO%20ANTONIO.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2016.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Revista Interesse Público**, Ano 2, n. 7, p. 65-75, jul.-set. 2000, São Paulo: Editora Notadez, 2000.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006.

NOHARA, Irene Patrícia. **Limites à razoabilidade nos atos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2006.

ORTIZ-ALVAREZ, Luis A. **El silencio administrativo em el derecho venezolano**. Caracas: Sherwood, 2000.

PEREIRA, André Gonçalves. **Erro e ilegalidade no acto administrativo**. Lisboa: Ática, 1962.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PIERRI, Deborah. “As omissões do Estado e a responsabilidade civil extracontratual”. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (coord.). **Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010).

PIRES, Luis Manuel. “Responsabilidade civil do Estado por insuficiência de segurança pública”. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (coord.). **Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

PIRES, Luis Manoel Fonseca; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Um diálogo sobre a justiça**: a justiça arquetípica e a justiça deôntica. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PIRES, Rita Calçada. **O pedido de condenação à prática de acto administrativo legalmente devido: desafiar a modernização administrativa?** Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

PORTUGAL. Supremo Tribunal Administrativo. Acórdão de 11.01.2005, processo 0560/04. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/b5e7bb54f8eb97e580256f8e004f73b3?OpenDocument&ExpandSection=1#_Section1>. Acesso em: 25 ago. 2014.

REALE, Miguel. De dignitate jurisprudentiae. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 46, 1951.

RIO GRANDE DO NORTE. Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Norte. Lei complementar nº 303, de 9 de setembro de 2005. Disponível em: <http://www.al.rn.gov.br/portal/_ups/legislacao//Lei%20Comp.%20303.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2016.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SADDY, André. Efeitos jurídicos do silêncio positivo no direito administrativo brasileiro. **Revista eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 20, out./nov./dez., 2009. Disponível <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-20-OUTUBRO-2009-ANDRE-SADDY.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2016.

_____. **O silêncio administrativo no direito brasileiro.** Rio de Janeiro: Grupo Editorial Nacional, 2014.

SÃO PAULO. Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Lei estadual nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998. Disponível em: <
<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20i/resplei10177.htm>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 39. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações com particulares.** São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVEIRA, João Thiago. **O deferimento tácito: (esboço do regime jurídico do acto tácito positivo na sequência de pedido do particular):** à luz da recente reforma do contencioso administrativo Subtítulos. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

SIQUEIRA, Mariana de. Interesse público no direito administrativo brasileiro: da construção da moldura à composição da pintura. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016

TELLES Júnior, Gofredo. O direito quântico. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 68, n. 1. 1973.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional.** 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no direito tributário.** São Paulo: Noeses, 2005.

VALE, André Rufino do. Aspectos do neoconstitucionalismo. **Revista de Direito Público.** Porto Alegre: Síntese/IOB/IDP, n. 14, 2007.

VALIM, Rafael Ramires Araujo. **O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro.** (Dissertação de Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. São Paulo, 2009. 145f.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos Viana. **Efetividade do processo em face da fazenda pública.** São Paulo: Dialética, 2003.

VITTA, Heraldo Garcia. **O silêncio no direito administrativo**. RTDP 27/36-57. São Paulo, Malheiros Editores, 1999.

ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. São Paulo: Malheiros, 2001.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. **Responsabilidade civil das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.