



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Seção: Artigos de Graduação

Da modernização estatal ao silêncio administrativo e seus efeitos no direito latino americano: uma investigação normativa

From the state modernization to the administrative silence and its effects in the Latin American law: a normative investigation

Lígia Covre da Silva

Resumo: O presente estudo objetiva expor, de maneira breve, de que forma o silêncio administrativo e seus efeitos, negativo e positivo, são tratados normativamente nos ordenamentos jurídicos de países latino-americanos, os quais, a exemplo do modelo europeu, regulam o instituto em questão por meio tanto de leis específicas quanto de regras gerais, inseridas nas suas respectivas normas administrativas. Buscando evidenciar qual efeito prevalecerá diante da inatividade formal da Administração, realiza sucinto mapeamento dos regimes jurídicos chileno, equatoriano, colombiano, mexicano, argentino e peruano sobre o assunto.

Palavras-chave: silêncio administrativo; efeitos positivo e negativo; regras gerais; países latino-americanos.

Abstract: This paper aims showing, briefly, how the administrative silence and its effects, negative and positive, are treated, normatively, in the Latin American countries legal systems, that, as the European model, regulate the institute both by specific law a by rules, inserted in the respective administrative rule. Seeking to show which effect is gonna be preponderate before the formal inactivity of Administration, this paper maps the Chilean, Ecuadorian, Colombian, Mexican, Argentinian and Peruvian legal regimes about the subject matter.

Keywords: administrative silence; positive and negative effects; general rules; Latin Americans countries.

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v1i2p471-489>

Artigo submetido em: março de 2014

Aprovado em: março de 2014

Este conteúdo está protegido pela lei de direitos autorais. É permitida a reprodução do conteúdo, desde que indicada a fonte como "Conteúdo da Revista Digital de Direito Administrativo". A RDDA constitui veículo de excelência criado para divulgar pesquisa em formato de artigos científicos, comentários a julgados, resenhas de livros e considerações sobre inovações normativas.

DA MODERNIZAÇÃO ESTATAL AO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO E SEUS EFEITOS NO DIREITO LATINO AMERICANO: UMA INVESTIGAÇÃO NORMATIVA

*Ligia Covre da SILVA**

Sumário: 1 Introdução; 2 Direito chileno; 3 Direito equatoriano; 4 Direito colombiano; 5 Direito mexicano; 6 Direito argentino; 7 Direito peruano; 8 Conclusão; 9 Referências.

1 Introdução

A partir da década de 1990, verificou-se, em diversos países latino-americanos, um intenso movimento de reformas em suas legislações administrativas, em especial, naquelas atinentes aos processos e procedimentos administrativos, objetivando-se a introdução de regras e princípios conformadores de uma nova filosofia de gestão pública, voltada a garantir a satisfação dos direitos da pessoa e da comunidade.

Isso porque, esquecida de um dos seus propósitos primordiais, qual seja, o de prestar serviço de qualidade aos cidadãos, a Administração Pública, de um modo geral, e, principalmente, em sua vertente prestadora, vinha se impondo como uma grande barreira para o particular que a procurava, a fim de realizar um trâmite, solicitar uma licença ou exigir uma prestação determinada em exercício de seus direitos.

Dessa forma, modernização estatal, simplificação administrativa, celeridade processual e eficiência tornaram-se palavras de ordem no contexto de inchaço das repartições públicas, condutas omissivas de servidores no exercício de sua função e excesso de conservadorismo. Por meio de tais imperativos, o fracasso do modelo da administração burocrática, ignorado nos 1980, passou a ser combatido e a redefinição do papel do Estado tornou-se tema de alcance universal na década de 1990 (PEREIRA, 1995, p. 10-11).

Como afirmado acima, um dos ramos que mais sofreu modificações foi o do processo administrativo, afinal, com o modelo de gestão gerencial, os administrados passaram a ser vistos como contribuintes de impostos e clientes, merecendo, pois, que suas demandas fossem devidamente apreciadas (PEREIRA, 1995, p. 17).

Por isso, pensando nas hipóteses de inatividade formal, também conhecida como omissão específica, em que a Administração Pública mantém-se inerte diante de pleitos a ela direcionados, não cumprindo seu dever-poder de resposta, o instituto do

* *Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP).*

silêncio administrativo e seus efeitos foram regulados tanto por regras gerais, introduzidas em normas de processo administrativo, como por meio de lei específica.

O direito ibero-americano, representado neste artigo por Chile, Equador, Colômbia, México, Argentina e Peru, no que tange às normativas referentes ao instituto em questão, mostra-se como um ótimo exemplo a ser mapeado, analisado e, até mesmo, adotado por demais países como é o caso do Brasil, que, apesar de seguirem o modelo gerencial de atuação da gestão pública, ainda discutem timidamente os efeitos do silêncio do Poder Público nos processos administrativos de outorga.

Fortemente influenciado pelos movimentos legislativos europeus, em especial, pelo modelo espanhol, o qual disciplina o silêncio administrativo e seus efeitos tanto por normas específicas como pela Lei 3/1992, alterada pela Lei 4/1999 e 25/2009, que trata da Administração Pública e o Procedimento Administrativo Comum (LPC) e traz como regra geral o silêncio positivo, muitos dos países latino-americanos ora abordados, entre eles, Chile, Equador e Peru, também adotaram como regra geral o efeito concessório em caso de inatividade formal da Administração Pública, trazendo consequências materiais para a esfera de direito do administrado.

Outros, como Colômbia, México e Argentina, preferiram introduzir regras supletórias com efeitos negativos, de modo que, diante da ausência de resposta estatal num prazo legalmente estipulado ou razoável, considera-se denegado o pedido do particular, permitindo-se-lhe, no entanto, o acesso à via de recurso, o que lhe confere consequências processuais.

Segue-se mais adiante, portanto, um mapeamento breve esses ordenamentos jurídicos, destacando-se suas características principais e peculiares, a fim de reunir um conjunto de informações básicas sobre como o silêncio administrativo e seus efeitos são abordados normativamente pelo direito ibero-americano, de modo a contribuir com futuras análises e comparações elaboradas sobre o tema. A metodologia utilizada se resume na análise de legislação seca e leitura de artigos, livros e periódico, levantados em sites oficiais e de pesquisas.

2 Direito chileno

No Chile, o silêncio administrativo encontra-se regulado pela lei de Procedimento Administrativo, que rege os atos dos órgãos da Administração do Estado. Entre os seus objetivos principais, deve-se destacar, primeiro, o de incorporar à Administração o processo de modernização do Estado, unindo à consecução desse propósito o estabelecimento de prazos, no decorrer dos quais o Poder Público deverá se pronunciar sobre os assuntos que incidirem na sua esfera de atribuição e segundo, o de regular o silêncio administrativo, tanto positivo como o negativo, de modo a decidir os efeitos produzidos pela inatividade estatal (AHUMADA MORA, 2003, p. 115-116).

A Lei nº 19.880, de 29 de maio de 2003, apesar de algumas peculiaridades, traz, no que diz respeito ao instituto em questão, a mesma lógica da lei espanhola sobre o tema, sustentando, dessa forma, como regra geral, a presunção estimatória em caso de inércia estatal. Isso pode ser lido de modo expresso no artigo 64 do documento chileno.

Apesar de a regra geral ser a do silêncio positivo, o artigo 65 da mesma lei dispõe sobre hipóteses em que se proclama o silêncio negativo. São os casos de solicitações que afetem o patrimônio fiscal, as hipóteses em que a Administração atue de ofício, quando deva se pronunciar sobre impugnações ou revisões de atos administrativos, ou quando exercite, por parte de alguma pessoa, o direito de petição consagrado no artigo 19.14 da Constituição chilena.

A Lei de Procedimentos Administrativos Chilena exige, nos mesmos artigos antecedentes, a certificação do ato presumido, para que sejam produzidos seus efeitos inerentes ao silêncio. Isso significa que o silêncio não opera de forma automática: ele depende do próprio órgão infrator reconhecer sua omissão. No que diz respeito especificamente ao silêncio negativo, a legislação estipula que a expedição do certificado faça que se inicie o prazo de interposição de recurso.

Caso não haja certificação, consideram-se inexistente o efeito do silêncio administrativo, seja positivo, seja negativos (ROJAS VARAS, 2004, p. 29). Nesse sentido, se determinado órgão da Administração não se pronunciar no prazo estipulado pela lei, nas hipóteses gerais que geram efeitos positivos, o administrador poderá emitir, ainda que fora do prazo, uma resolução expressa até o momento em que seja expedida a certificação. A obrigatoriedade de certificação também era uma característica da lei espanhola sobre o assunto. No entanto, com a reforma implementada pela Lei 25/2009, o requisito acima, na Espanha, tornou-se facultativo, servindo tão somente como meio de prova.

Enfim, a principal característica da Lei nº 19.880 foi introduzir pela primeira vez, no Chile, de modo geral e supletivo, o conceito de silêncio administrativo, bem como encontrar um modo comum de se desenvolverem as atividades dentro dos órgãos da Administração do Estado. Obteve-se, portanto, um corpo normativo que regula as bases do procedimento administrativo, dando certeza aos administradores e aos administrados quando e como começa, evolui e se conclui um trâmite ou solicitação apresentada aos organismos públicos. (CHILE, 12 de ene. 2014, p.5).

3 Direito equatoriano

No Equador, o artigo 28 da Lei nº 50, publicada em 31 de dezembro de 1993, que diz respeito à modernização do estado, privatizações e prestações de serviços públicos por parte da iniciativa privada, ao dispor que toda demanda ou pedido feito a uma autoridade deverá ser resolvido em 15 dias, contados de sua apresentação, sob pena

de entender-se, por efeito de silêncio administrativo, que a solicitação do pedido foi aprovada, ou que a reclamação foi resolvida em favor do reclamante, reconhece como regra geral o silêncio administrativo positivo¹.

A jurisprudência da Sala do Contencioso-Administrativo da Corte Suprema do Equador ressalta que o direito estabelecido como consequência do silêncio administrativo é de caráter autônomo, sendo que a ação que o cidadão pode ajuizar ante o órgão jurisdicional não está destinada ao reconhecimento do direito, mas à disposição de sua execução imediata, dando-se origem a um processo de execução e não de conhecimento (PAREDES CASTAÑEDA, 2009, p.44). Em outras palavras, uma vez presentes os requisitos acima para se introduzir os efeitos do silêncio positivo, constitui-se o direito de exercê-lo, ficando a cargo do Judiciário eventualmente determinar seu cumprimento.

Ciente de que o silêncio administrativo positivo erige-se como uma ferramenta para frear a inoperância da administração, deve-se levar em consideração que sua aplicação exige a concorrência de certas condições de caráter inescusáveis: a) deve existir uma base de direito para efetuar o pedido; b) a petição deve se dirigir ao órgão competente; c) a via escolhida deve estar prevista em lei. Além disso, o Tribunal Constitucional do Equador também sustenta que:

[...] não cabe aplicar o silêncio administrativo para atos que não contemplam o artigo 28 da Lei de Modernização, pois bastaria que um bom número de pessoas pedissem quantias em dinheiro e se o Presidente não se manifestar no prazo previsto, teriam direito a cobrar, mediante amparo, sem que houvesse estabelecido a procedência do requerimento. (tradução livre) (PAREDES CASTAÑEDA, 2009, p.46).

Em caso de se operar o silêncio administrativo positivo, o funcionário equatoriano deverá entregar ao cidadão um certificado que declare, sob pena de que o efeito seja desconstituído, o vencimento do termo antes mencionado, o qual servirá de instrumento público para demonstrar que o pedido foi julgado por silêncio administrativo, servindo como meio de prova para que o cidadão possa exercer seus direitos. Se a autoridade denegar o pedido, suspender o procedimento administrativo ou não emitir uma resolução dentro dos prazos previstos, poderá o administrado denunciá-la aos juízes da corte penal.

Deve-se destacar que o silêncio administrativo produz a caducidade da competência da Administração, trazendo como consequência a impossibilidade de rever ou revisar

¹ Art. 28- DERECHO DE PETICION- Todo o reclamo, solicitude o pedido a uma autoridade pública deberá ser resuelto em um término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expressamente señale outro distinto. Em ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitaciónni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitude o pedido ha sido resuelta em favor del reclamante[...] (ECUADOR, 23 ene. 2014).

seu próprio ato, de modo que se a Administração vier a resolver o pleito, fora do prazo, e já operado o silêncio, o ato por ela emitido será considerado nulo de pleno direito (ROBALINO, acesso 24 ene. de 2014.p.70).

Por fim, Jean Robalino (acesso 24 de jan, de 2014, p.72) aponta que o silêncio administrativo positivo e seus efeitos são muito importante para o administrado, vez que eles geram e produzem direitos para este. Mas lembra também que os mesmos são muito perigosos para a Administração, haja vista que se esta não atuar com a devida diligencia, ficará vinculada ao efeito positivo da mesma forma que se houvesse se pronunciado favoravelmente sobre um pedido. Daí a importância, afirma o autor, que este instituto tem para a Administração, devendo ser mais difundido, de sorte a evitar o desconhecimento e arbitrariedade que afete os administrados e os abusos destes frente à Administração.

4 Direito colombiano

O artigo 23° da Constituição colombiana, assim como o artigo 5°, inciso XXXIV, a, da Constituição Federal brasileira, consagra o direito de petição, outorgando às pessoas o direito de impulsionar a atividade do Estado e obter pronta resposta. Entretanto, caso não haja pronunciamento estatal, configura-se o silêncio administrativo com o fim de assegurar tanto o direito constitucional como o acesso à administração e à justiça. Este instituto e suas vertentes, negativa e positiva, encontram-se regulados pelo Código de Contencioso Administrativo, promulgado pelo decreto 01, em 1984, e reformado em 2011². (PAREDES CASTAÑEDA, 2009, p.48).

O silêncio administrativo negativo surge quando transcorrido três meses contados a partir da apresentação de uma petição ou dois meses a partir da interposição do recurso de apelação ou reposição, em que não se verifica nenhuma decisão (artigo 40 e artigo 60). O silêncio administrativo positivo, por sua vez, é produzido somente quando a lei o prevê (artigo 41)³.

²O Código de Contencioso Administrativo foi, originalmente, publicado pelo Diário Oficial nº 36.43 de 10 de janeiro de 1984. Porém sofreu, ao longo do tempo, algumas importantes reformas. A mais recente foi a promovida pela Lei nº 1437 de 2011, a qual, a partir do seu artigo 309, derogou todas as disposições que sejam contrárias a ela, em especial, as que estiverem do Decreto 01 de 1984. A referida reforma, pensada desde 2009, trouxe muitas características de modernização do Estado, objetivando, principalmente, à eficiência da gestão estatal.

³“Artículo 40”. Silencio negativo. Transcurrido um plazo de tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que ésta es negativa. La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades ni las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos de la vía gubernativa con fundamento em él, contra el acto presunto.

“ARTICULO 41” SILENCIO POSITIVO. Solamente em los casos expresamente previstos em disposiciones especiales, el silencio de la administración equivale a decisión positiva. Se entiende que los términos para decidir comienzan a contarse a partir del día en que se inició la actuación. El acto positivo presunto

Vale lembrar, contudo, que não basta que tenha transcorrido o prazo de três meses, é preciso, também, outros requisitos (vide os artigos citados anteriormente), quais sejam: que transcorram três meses sem que se haja qualquer resposta que resolva a petição; e que o particular concorde com a petição negativa fictícia e contra ela interponha os recursos na via governativa ou diretamente perante a jurisdição contenciosa administrativa.

Assim, percebe-se que a regra geral do silêncio administrativo colombiano, assemelhando-se com a regra geral do silêncio argentino, é de se entender como resposta negativa o pedido solicitado e, só nos casos previstos em lei, seria entendido a vertente positiva.

Da mesma forma que ocorre em outros ordenamentos jurídicos, o fato de ter operado o silêncio administrativo negativo não impede que a administração pública venha a se manifestar sobre o pedido, ao menos que não se tenha interposto recurso.

Nos casos excepcionais de se operar o silêncio administrativo positivo, o interessado deve cumprir o procedimento para invocá-lo, isto é, deve protocolizar a cópia do escrito mediante o qual formulou sua petição, junto com sua declaração jurada de não haver sido notificada uma decisão dentro do prazo previsto. A escritura e suas cópias produzirão todos os efeitos legais da decisão favorável, sendo dever de todas as pessoas e autoridades reconhecê-lo.

No que diz respeito à polêmica de que seriam ou não inconstitucionais os artigos que tratam sobre o silêncio administrativo e seus efeitos, a Corte Constitucional Colombiana decidiu que:

[...] o legislador tem que oferecer às pessoas os mecanismos idôneos para que, caso haja descumprimentos do dever das autoridades, possam encontrar respostas positivas ou negativas em torno do pedido. E, por isto, é perfeitamente possível que a lei, sem violar a Constituição, determine os efeitos juridicamente valiosos ao silêncio administrativo [...] (tradução livre) (PAREDES CASTAÑEDA, 2009, p.50-51).

[...] Estas disposições, longe de prejudicar o administrado, buscam concretizar seu direito a obter uma pronta contestação a respeito de suas solicitudes [...] (tradução livre). (PAREDES CASTAÑEDA, 2009, p.50-51)

Enfim, para a legislação colombiana, apesar de a regra geral ser a do efeito negativo, o silêncio administrativo busca preservar os direitos ou interesses de quem se dirige à administração por meio de pedidos, reclamações ou recursos, e encontra fundamento constitucional em princípios como o da segurança jurídica, celeridade e eficácia.

podrá ser objeto de revocatoria directa em las condiciones que señalan los artículos 71, 73 y 74 (COLOMBIA, 26 ene. 2014).

5 Direito mexicano

O artigo 8º da Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos consagra o direito de petição, porém não possui qualquer dispositivo que se refira aos casos em que as autoridades mantenham-se inertes perante o exercício de referido direito. Isso não significa, contudo, total desconhecimento do instituto do silêncio administrativo e seus efeitos, haja vista que, antes da publicação da Lei Federal de Procedimento Administrativo, já existiam regras segmentadas sobre a omissão específica da Administração em leis reguladoras de outros assuntos, como era o caso da Lei de Justiça Fiscal, a qual consolidava a matéria fiscal e outras. (PÉREZ LÓPEZ, 2002, p. 108).

A publicação da Lei Federal de Procedimento Administrativo (LFPA), em 4 de agosto de 1994, serviu, pois, para generalizar a regra do silêncio negativo, já estabelecida pelo diploma fiscal, sendo de caráter excepcional o silêncio positivo. Com efeito, a LFPA estabeleceu como norma geral e supletiva, em seu artigo 17, que os procedimentos que não forem resolvidos num período de três meses, ou em qualquer prazo estabelecido por regra de caráter geral, entender-se-á como indeferida a petição formulada.

Além disso, passados os três meses, ficando confirmado o silêncio negativo, o administrado que interpuser recurso e este não for resolvido também no prazo de três meses, verá sua petição novamente denegada. Ou seja, o silêncio negativo também é regra em sede recursal.

Esgotado o tempo em que se configuram os supostos da negativa, presumida a confirmação do ato impugnado, e se o particular optar por apresentar demanda contra essas decisões, deverá socorrer-se da Lei Federal de Procedimento Contencioso Administrativo, segundo a qual o particular que impugna uma resolução negativa ficta deverá juntar a sua demanda uma cópia em que conste o selo de recepção da instância não resolvida expressamente pela autoridade (PAREDES CASTAÑEDA, 2009, p.54).

Há também, no direito Mexicano, a chamada confissão de mora, em que a autoridade, na constância de falta de resposta, reconhece sua inatividade. Essa formalidade pode ser despreendida do próprio artigo 17 da Lei Federal de Procedimento Administrativo. No caso de descumprimento por duas vezes do disposto no referido artigo, o servidor público que praticou o ato omissivo será responsabilizado conforme a lei vigente sobre o assunto (SADDY, 2013, p. 183).

Mais uma vez, a regra geral introduzida pela legislação federal pode ser usada por todos os Estados membros mexicanos, o que lhe confere caráter supletivo. Isso significa dizer que, em caso daqueles Estados membros não se valerem de sua própria normativa sobre o silêncio administrativo, aplicar-se-á a regra geral. No México, há de se destacar que os Estados-membros de Jalisco, Nayarit, Estado de México, Sinaloa e

Veracruz não seguiram a normativa federal e estabeleceram como regra o silêncio positivo (SADDY, 2013, p. 182).

Por fim, há de se observar que essa regulação do instituto do silêncio administrativo e seus efeitos, por intermédio de uma norma geral, mais uma vez se coaduna com o contexto, já descrito na introdução deste trabalho, de simplificação administrativa, celeridade processual, eliminação de tendências autoritárias e correção da burocracia lenta, ineficaz e custosa. Tanto é verdade que os acordos e compromissos assumidos neste sentido foram realizados e mantidos na década de 1990, e a Lei de Federal de Processo Administrativo, como se verificou, foi publicada em 1994 (PERÉZ LÓPEZ, 2002, p. 116).

6 Direito argentino

O corpo normativo da Lei Nacional de Procedimentos Administrativos (LNPA), nº 19.549, de 3 de abril de 1972, estipula três técnicas destinadas a evitar ou, pelo menos, minorar os efeitos da morosidade administrativa. Entre elas, encontra-se o silêncio administrativo regulado de forma geral.

Em razão disso, parte da doutrina argentina vê no instituto do silêncio uma forma de garantia para os cidadãos contra possíveis arbitrariedades administrativas, permitindo o acesso à jurisdição administrativa e judicial, com o devido processo legal, princípios da igualdade de armas e efetividade da tutela judicial. Outros, contudo, consideram o fenômeno uma disfuncionalidade administrativa (SADDY, 2013, p.162).

Independentemente desta questão, é oportuno destacar que conforme a doutrina mais difundida, o silêncio administrativo deve ser entendido como uma ficção legal de consequências essencialmente processuais, as quais facilitam ao particular prejudicado a fiscalização e revisão posterior, administrativa ou judicial, da inatividade formal da Administração. Por isso, as modernas leis de procedimento administrativo, em especial, a LNPA organizou um dispositivo por meio do qual seja factível aceitar presumidamente uma resolução, no caso denegatória, para evitar a inércia administrativa frente a pleitos formulados pelo particular. (GRECCO; MUÑOZ, 1999, p.264-265).

O artigo 10 da (LNPA)⁴ regula o silêncio administrativo, estabelecendo como regra geral que dito silêncio deve ser interpretado como negativo. Somente mediante

⁴“ARTICULO 10” - El silencio o la ambigüedad de la Administración frente a pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto, se interpretarán como negativa. Sólo mediando disposición expresa podrá acordarse al silencio sentido positivo. Si las normas especiales no previeren un plazo determinado para el pronunciamiento, éste no podrá exceder de SESENTA días. Vencido el plazo que corresponda, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros TREINTA días sin producirse dicha resolución, se considerará que hay silencio de la Administración (ARGENTINA, 15 de sep. 2013).

disposição expressa é que poderia operar-se o silêncio positivo. Trata-se, na verdade, de uma faculdade outorgada ao administrado, para que este opte em considerar ou não pronunciamento dos órgãos estatais nos prazos como denegatório.

Também prevê o referido artigo, conjugado com outros dispositivos, quais sejam, artigo 31, 86, 87, 91 e 98 da LNPA, que, para configurar o silêncio, há duas formas: a) ou o administrado denuncia a mora, o que acontece nos casos de petição ou reclamação, superado o prazo de 30 dias, disposto no artigo 10 da Lei Nacional de Procedimentos Administrativos, ou o prazo de 45 dias em se tratando de via reclamatória b) ou o silêncio opera-se automaticamente nas hipóteses de recurso administrativo, quando ultrapassado o prazo para se decidir.

Em outras palavras, tem-se que tratando-se do silêncio em via de petição, requer-se, além da demora do transcurso do prazo, a denúncia da mora administrativa e o transcurso de um segundo período de inatividade administrativa. Já em sede de recurso administrativo ou recurso hierárquico, uma vez transcorrido o prazo de solução da demanda, o silêncio opera-se de forma automática, reputando-se denegado tacitamente, sem necessidade de se requerer o pronto despacho. (GRECCO; MUÑOZ, 1999, p.268).

No que diz respeito à possibilidade da Administração Pública resolver expressamente o pedido do administrado de forma tardia, posteriormente ao prazo legal e à formação do ato fictício, tem-se que a LNPA nada dispôs sobre a subsistência ou não da obrigação de resolver da Administração. Ocorre que o artigo 3º deste diploma e a jurisprudência que o vem interpretando vão no sentido de ser obrigatório o pronunciamento expresso da Administração, ainda que este se produza fora do prazo fixado.

Para alguns autores, a resolução tardia, nesta hipótese, pode alterar ou contradizer a situação jurídica criada, vez que a resolução tardia não se limita a ratificar o que foi tacitamente condido. García de Enterría e Muñoz, por outro lado, seguindo o exemplo espanhol, entendem que a vontade expressa da Administração encontra-se limitada não podendo desconhecer, contradizer ou alterar a situação jurídica criada de acordo com o ato originário. Quando se trata de resolução expressa posterior a ato denegatório, não há polêmica, haja vista que, caso a decisão explícita seja desfavorável, nada alterará a esfera jurídica do administrado, sendo que, se for favorável, este será beneficiado (GISS, 2010, p.8).

Não obstante a regra geral seja do silêncio negativo, o silêncio positivo pode ocorrer, bastando, para tanto, que esteja previsto em lei. Para Rafael Biesa (1942, *apud* PACHECO, 2008, p. 100):

[...] é certo que a aprovação tácita deva ser de interpretação restritiva, primeiro porque *toda decisão que compromete a autoridade ou a*

responsabilidade da Administração pública ou se vincula a um ato essencial da atividade administrativa, deve ser dada expressamente e, em bom princípio, também deve ser fundamentada. E segundo porque a aprovação tácita como regra legítima a inércia da Administração. Sem falar no oportunismo que geraria à custa da Administração Pública. (grifo do autor)

O entendimento acima é a visão que predomina na doutrina argentina e que acompanha o que foi disposto sobre o assunto na lei nacional de procedimento Administrativo, destoando, no entanto, de outros ordenamentos jurídicos da América Latina, em especial, do modelo peruano, mais adiante analisado.

Mais uma vez o regime jurídico analisado volta-se a buscar uma melhor forma de sanar a omissão específica, também denominada de inatividade formal, da Administração, de modo a colaborar com a efetiva consagração do direito de petição e acabar com a morosidade administrativa, mostrando-se, pois, de acordo com a filosofia da modernização estatal.

7 Direito peruano

A maior referência legislativa sobre o silêncio administrativo e seus efeitos, sem dúvida, é a peruana. O país, além de ter sido o primeiro Estado latino-americano a regular o instituto em sua lei de procedimento administrativo, em 1999, possui, desde 2007, uma lei específica sobre o assunto, trazendo em seus treze artigos, regras claras e suficientes para salvaguardar os direitos de seus cidadãos. Dessa forma, passa-se à sua análise.

Em 30 de janeiro de 2002, publicou-se, no Peru, a Lei nº 27.658, Lei Marco de Modernização da Gestão do Estado, por meio do qual determinou-se ao estado peruano um processo de modernização, com objetivo de obter maiores níveis de eficiência no aparato estatal (PAREDES CASTAÑEDA; ENZO PAOLO, 2009, p.68).

Neste contexto, foram apresentados publicamente em março de 2007, pela presidência peruana, os principais elementos da proposta de governo para obter modernização e reforma. Desde então, estabeleceu-se que o programa seria baseado em três eixos: simplificação dos trâmites, em que se inclui a implementação do silêncio administrativo; funcionamento de Estado (sistemas de gestão); e estrutura do Estado⁵.

Em busca de concretizar esse novo modelo de administração pública gerencial, sancionou-se a Lei do Silêncio Administrativo, nº 29.060, a qual se orientou no sentido de lançar as bases de uma cultura em que a Administração Pública, em virtude da sua omissão, garanta, mesmo assim, a realização do procedimento administrativo e, conseqüentemente, o exercício do direito de seus administrados.

⁵Veja o discurso do Presidente Alan García Lima em 02.02.2007 (GARCIA, 2007, p. 1-22).

Essa lei específica sobre o silêncio administrativo, contendo nove artigos, derogou os artigos 33 e 34 da Lei nº 27.444, de 11 de abril de 2001 (Lei de Procedimento Administrativo Geral-LPGA), que disciplinavam integralmente o silêncio administrativo positivo e negativo. Com isso, outorgou-se uma regulação mais garantidora em relação à anterior, ao estabelecer a aplicação do silêncio administrativo positivo como regra geral, colocando em prática uma ferramenta alternativa que compense, imediatamente, a desproteção e insegurança em que se encontram o cidadão diante da omissão da Administração Pública (PACORI CARI, 2008; *apud* SADDY, 2013, p.176).

Vale ressaltar, no entanto, que mesmo derogando os artigos referidos e precisando alguns aspectos que a LPAG não contemplava, a Lei do Silêncio Administrativo não descartou por completo o uso da Lei de Procedimento Administrativo Geral, no que tange ao silêncio, em razão desta possuir outros artigos que também se aplicam ao instituto em questão, como a própria delimitação do âmbito de aplicação da Lei nº 29060, cujo cumprimento corresponde a todas as instituições públicas a que se refere o artigo I do Título Preliminar da LPAG (PAREDES CASTAÑEDA, 2009, p.69).

Depois da edição da Lei do Silêncio, a Presidência do Conselho de Ministros Peruanos também emitiu outras normas, objetivando a garantia da Lei nº 29.060. Entre elas, destacam-se: o Decreto Supremo Nº 079-2007-PCM⁶, cuja finalidade é permitir que os Textos Únicos de Processo Administrativo cumpram o seu propósito de serem documentos compiladores, informativos e simplificadores dos procedimentos administrativos que tramitam nas distintas entidades administrativas; e, o Decreto Supremo nº 096-2007-PCM⁷, responsável por estabelecer normas e diretrizes aplicáveis às ações de fiscalização posteriores aos procedimentos administrativos sujeitos à aprovação automática ou aprovação prévia.

Necessário observar que este último Decreto é um dos textos normativos mais importantes para se falar em silêncio administrativo, haja vista que, sem a fiscalização posterior dos atos, o instituto em questão poderia cair, facilmente, por terra, servindo, inclusive, de instrumento de corrupção *lato sensu* dos órgãos e funcionários públicos.

Semelhantemente ao que se procede nos demais países estudados, a legislação que aborda o silêncio administrativo peruano destaca alguns pressupostos para a sua aplicação, quais sejam: existência uma petição em trâmite de forma válida; o pedido pleiteado esteja previsto na TUPA (texto único de processo administrativo) ou em norma expressa; o pedido do administrado seja jurídica e fisicamente possível; haja transcorrido o termo preciso para aprovar e notificar a decisão administrativa; e a atuação do administrado seja de boa-fé (PAREDES CASTAÑEDA, 2009, p.74).

⁶Aprovam diretrizes para elaboração e aprovação de TUPAS e estabelece disposições para o cumprimento da Lei de Silencio Administrativo.

⁷Regula a fiscalização posterior aleatória dos procedimentos administrativos por parte do Estado.

Como assinalado acima, a lei do silêncio administrativo peruana estabelece como regra geral o silêncio positivo e logo no seu artigo 1º determina que estarão sujeitos aos efeitos concessórios os procedimentos de apreciação prévia quando estes tratem de: a) solicitações cuja estimativa habilite ao exercício de direitos preexistentes ou para o desenvolvimento de atividades econômicas que requeiram autorização prévia do Estado, ou que não se encontram contempladas na Primeira Disposição Transitória, Complementar e Final da Lei; b) recursos destinados a questionar a denegação de uma solicitação anterior ou ato administrativo anterior; c) procedimentos em que a transcendência da decisão final não possa repercutir diretamente em administrados distintos daquele que solicitou o pedido, mediante a limitação, prejuízo ou afetação de seus interesses ou direitos legítimos.

A aprovação automática do solicitado será autorizada diante do descumprimento da administração em responder dentro do prazo estabelecido por norma especial ou por 30 dias, ao que se adicionam os cinco dias necessários para notificar a expedição do ato administrativo. Esse prazo de notificação faz referência à necessidade de se comunicar ao administrado a produção do ato administrativo. Vale lembrar que mesmo que o processo tenha sido resolvido pela Administração, mas o ato decisório não tenha chegado ao conhecimento do particular, opera-se o silêncio positivo.

Vencido o prazo e cumprido todos os requisitos, o silêncio administrativo positivo opera-se de maneira imediata, não sendo necessário, conforme o disposto no artigo 2º da referida lei, expedir qualquer pronunciamento ou documento, para que o administrado faça valer seu direito. Entretanto, muitas entidades públicas mostram certa relutância em reconhecer a aplicação do efeito positivo, exigindo que o administrado mostre documento no qual prove o ocorrido⁸.

Ciente disso, o artigo 3º da Lei de Silencio Administrativo dispõe que o administrado poderá apresentar uma declaração juramentada perante o órgão público que configure a aprovação fictícia, constituindo o caso de recepção a título de prova suficiente da resolução aprobatória.

A declaração juramentada tem seu precedente na lei espanhola nº 30/1992, a qual prevê a possibilidade de solicitação do certificado a fim de que este possa auxiliar na comprovação do efeito positivo tanto perante a Administração Pública quanto diante de terceiros, pessoas físicas. Tanto a declaração jurada peruana como a certificação espanhola são apenas meios declaratórios do efeito positivo, não se caracterizando, pois, como seus elementos constitutivos (PAREDES CASTAÑEDA, 2009, p.83).

⁸Exposição de motivos do Projeto de Lei nº 580/2006-PE, Lei do silêncio administrativo, apresentado pelo Presidente da República com o voto aprovatório do Conselho de Ministros em 31 de outubro de 2006. p.10.

Uma vez produzido o silêncio, põe-se fim ao procedimento. No entanto, apesar de não poder se pronunciar sobre uma autorização ficta, a Administração Pública poderá declarar sua nulidade, seguindo o procedimento de nulidade de ofício de resoluções consentidas, conforme dispõe a LPAG em seu artigo 188. O ato da administração em realizar a nulidade deverá ser feito em prazo estipulado, devendo-se comunicar ao particular interessado sobre o feito para que este promova sua defesa no sentido de proteger seus direitos.

A Lei do Silêncio também prevê em seus dispositivos a responsabilidade do funcionário e servidor público que, injustificadamente, negarem-se a reconhecer a eficácia do direito conferido ao administrado, ao ter operado a seu favor o silêncio administrativo positivo, em um procedimento ante a entidade à qual pertençam, determinando que, nessas ocasiões, incorrer-se-á em falta administrativa sancionável, sem prejuízo da responsabilidade civil e penal. O mesmo ocorrerá nas situações em que os funcionários se negarem, sem justificativa, a receber ou cumprir a autorização ficta derivada de declaração juramentada, oriunda de procedimento de outra entidade pública. (artigo 4°).

No que diz respeito ao silêncio negativo, a Lei nº 29.060 é clara ao dispor, nos atos de disposição transitória, complementar e final, que, excepcionalmente, o silêncio administrativo negativo será aplicado naqueles casos em que se afete significativamente o interesse público, incidindo na saúde, no meio ambiente, nos recursos naturais, na seguridade cidadã, no sistema financeiro e de seguros, nos mercados de valores, na defesa comercial, na defesa nacional e no patrimônio histórico e cultural da nação.

A lei específica do silêncio administrativo peruano não aborda o fenômeno no âmbito recursal, porém, o tratamento legal sobre o assunto encontra-se disposto no artigo 207 da LPAG, segundo o qual fica estabelecido que, diante da falta de resposta por parte da administração dentro do prazo da lei frente a um recurso de revisão ou um recurso de impugnação contra uma decisão emitida por uma autoridade, não submetida a uma subordinação hierárquica, o administrado pode socorrer-se do silêncio negativo, ficando habilitado para se socorrer do processo contencioso-administrativo ou ao processo constitucional de amparo, dando por esgotada a via administrativa.

No caso de existir outra instância resolutive na via administrativa, diz o mesmo artigo que o administrado poderá recorrer à instância superior, aplicando-se o silêncio administrativo na instância atual, para que na próxima emita-se um pronunciamento

expresso. Se houver mais uma vez desídia por parte da Administração, a lei permite a ocorrência do silêncio positivo⁹.

Verifica-se, pois, que o silêncio administrativo peruano é regulado por um conjunto de normas composto pela Lei n° 27.444, LPAG; Lei n° 29.060, Lei do Silêncio Administrativo; o Decreto Supremo n° 079-2007-PCM; e o Decreto Supremo n° 096-2007-PCM. Dentre este conjunto, destaca-se a lei de silêncio administrativo que incorporou a ideia de modernização e simplificação estatal e, a partir de seus dispositivos, fez do Peru uma referência mundial no que tange à normatização do silêncio. Sem dúvida, tem-se com tal documento uma regulação de maior proteção do administrado sem deixar de lado os princípios que norteiam a administração pública.

8 Conclusão

Depois do rápido mapeamento legislativo desses seis países latino-americanos que regulam o silêncio administrativo e seus efeitos, é possível chegar a algumas conclusões. A primeira delas, sem dúvida, é a constatação, ainda que superficial, da intrínseca relação entre os movimentos de modernização e desburocratização estatal, intensamente difundidos na década de 1990, com as reformas administrativas, incluindo, entre elas, a regulação dos efeitos do silêncio do Poder Público nos processos administrativos de outorga, no sentido de simplificar a gestão estatal e de se garantir eficácia e celeridade às suas atividades. Isso é facilmente perceptível quando se verifica o motivo que levou o país a adotar uma regra geral sobre o assunto e o ano em que isso ocorre.

Percebeu-se, ademais, que os ordenamentos que estabelecem uma regulação para o instituto do silêncio administrativo, estipulando seja efeito positivo, seja negativo, atuam juridicamente a partir do sistema de contencioso administrativo. Este é, pois, um fator determinante para que o fenômeno ora abordado seja tratado com relevância tanto pela legislação como pela doutrina e jurisprudência daqueles países.

Entretanto, mesmo em países de sistema em que vige o princípio da unicidade do poder judiciário e o livre acesso à justiça, como no Brasil, o silêncio administrativo também deve ser regulado haja vista a necessidade do direito de tutelar, amplamente,

⁹Artículo 207 da LPAG: “Son actos que agotan la vía administrativa: a) El acto respecto del cual no proceda legalmente impugnación ante una autoridad u órgano jerárquicamente superior em la vía administrativa o cuando se produzca silencio administrativo negativo, salvo que el interesado opte por interponer recurso de reconsideración, em cuyo caso la resolución que se expida o el silencio administrativo producido com dicho recurso impugnativo agota la vía administrativa; o b) El acto expedido o el silencio administrativo producido com motivo de la interposición de un recurso de apelación em aquellos casos en que se impugne el acto de una autoridad u órgano sometido a subordinación jerárquica. (PERU, 3 de ago. 2013).

Artículo 188.6 da LPAG: “Em los procedimientos sancionadores, los recursos administrativos, destinados a impugnar la imposición de una sanción estarán sujetos al silencio administrativo negativo. Cuando el administrado haya optado por la aplicación del silencio administrativo negativo, será de aplicación el silencio administrativo positivo em las siguientes instancias resolutivas” (PERU, 3 de ago. 2013).

a segurança jurídica dos administrados, e o seu direito a uma duração razoável do processo, inclusive no âmbito administrativo.

Além disso, é possível observar que, em todos os países estudados, a discussão da necessidade de se regular o silêncio administrativo e seus efeitos surge de um vetor básico, qual seja, o direito de petição, do qual, juntamente com outros princípios constitucionais, resulta no fato de que a Administração Pública tem o dever-poder de resolver os pleitos a ela dirigidos dentro do prazo estipulado ou razoável e de forma justificada. Muitas vezes, entretanto, percebe-se que a Administração não cumpre sua obrigação de resolver, simplesmente guardando o silêncio. É nesse sentido que entra a figura dos efeitos do silêncio administrativos inseridos normativamente nos diplomas administrativos.

Quanto ao mapeamento em si, tem-se que, inspirados na origem do modelo europeu, caracterizada pela valorização dos efeitos negativos, muitos países latino-americanos adotaram em suas normas administrativas a regra negativa, destacando-se, nesse sentido, a Colômbia, o México e a Argentina.

Outros, entretanto, resolveram aderir ao modelo atual europeu, trazendo como regra geral, nas leis nacionais de procedimento administrativo, o silêncio positivo, como o exemplo chileno, equatoriano e peruano, sendo que os dois primeiros países agiram por meio da inserção de regras gerais em suas leis de processos administrativos. O Peru, visto como a maior referência latino-americana no assunto, optou por elaborar uma lei específica sobre o silêncio administrativo, bem como por emitir decretos supremos que regulamentassem essa lei.

O artigo em questão, por fim, teve um propósito bem específico de realizar, brevemente, uma investigação de como o silêncio administrativo e seus efeitos são tratados pelos países latino-americanos. Acredita-se, pois, que, não obstante sua superficialidade, ele poderá ser pertinente a futuros estudos sobre o tema, principalmente naqueles que tencionem realizar uma comparação do instituto do silêncio, tendo em vista o direito ibero-americano.

No que tange, especificamente, ao caso brasileiro, o presente estudo, sem dúvida, é capaz de subsidiar futuras propostas legislativas sobre o tema do silêncio e seus efeitos, contribuindo para que nossos legisladores adotem medidas iguais ou semelhantes aos países latino-americanos como, por exemplo, a regra geral do efeito positivo usada pelo Peru.

9 Referências

AHUMADA MORA, Omar. Una nueva Ley para El control ciudadano de La administración (La Ley 19.880, sobre bases de los procedimientos administrativos).

Revista Enfoques, Santiago de Chile, n. 1, p. 115-128, 2003. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=96015054006> Acceso en 12 de ene. 2014.

ARGENTINA. Ley n° 19.549, de 3 de abril de 1972. Estado-administracion publica nacional- derecho procesal- Ley de procedimiento administrativo. Boletín Oficial, el 27 de 1972. Disponible en: http://www.dad.uncu.edu.ar/upload/LEY_19549%20_PROCEDIMIENTOS_ADMINISTRATIVOS.pdf Acceso en: 15 sep de 2013.

BIELSA, Rafael. Principios de Derecho Administrativo. 3.ed. Buenos Aires: Universidad Nacional Del Litoral- Santa Fe, 1942.

CHILE. Lei n° 19.880, de 29 de maio de 2003. Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los organos de La administracion del estado. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=210676&idParte=&idVersion=2008-08-20>. Acceso en 11ene.2014.

CHILE, Presidencia de la República. Proyecto de Reforma e Modernizacion del Estado. Manual sobre procedimiento administrativo. Santiago del Chile: Presidencia de la República, Ministerio Secretaría General de La Presidencia. Disponible en: <http://www.inach.cl/wp-content/uploads/2010/08/Manual-Procedimientos-Administrativos-Ley-19.880.pdf> Acceso en 12 de ene. 2014.

COLOMBIA. Decreto 1 de 1984. Por el cual se reforma el código de contencioso administrativo. Diario Oficial n° 36.439, del 10 de enero de 1984. Disponible em ftp://ftp.camara.gov.co/camara/basedoc/codigo/codigo_contencioso_administrativo.html Acceso en: 26 ene. 2014.

ECUADOR. Ley n°50. Da modernizacion del estado. Registro Oficial 349 de 31 de Diciembre de 1993. Disponible en http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_ecu_anexo28.pdf de 1993 Acceso en 23 ene. 2014.

GARCIA, Alan. Reforma do Estado. Lima, 2 de março de 2007. Disponível em: <http://www.pcm.gob.pe/InformacionGral/sgp/2007/REFORMA_DEL_ESTADO.pdf>. Acceso em: 6 de jun. 2013.

GISS, Victoria. Inactividad de La Administración Pública: el silencio administrativo y su régimen em la legislación argentina. Futuros abogados latino-americanos, Buenos Aires, n. 2, p. 85-72,mar. 2010.

GORDILLO, Augustín. Tratado de derecho administrativo. 9. ed. Buenos Aires: F.D.A, 2007. T. 3 :El Acto Administrativo.

GRECCO, Carlos Manuel; MUÑOZ, Guillermo Andrés. Sobre el Silencio de La Administración. In: Fragmentos y testimonios del Derecho Administrativo. Buenos Aires: Ad-Hoc,1999, p. 259-292.

MARRARA, Thiago. A “autorização fictícia” no direito administrativo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.251, 2009.

MEXICO. Asamblea legislativa del distrito federal. IV Legislatura. Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal, de 19 de diciembre de 1995. Gaceta Oficial de Distrito Federal, 21 de diciembre de 1995. Disponible en:<<http://docs.mexico.justia.com.s3.amazonaws.com/estatales/distrito-federal/ley-de-procedimiento-administrativo-del-distrito-federal.pdf>>Acceso en: 10 de dic. 2013.

PAREDES CASTAÑEDA, Enzo Paolo. Aplicación del Silencio Administrativo: Retos y tareas pendientes. Informe Defensorial n°145. Lima: Defensoría del Pueblo, 2009.

PÉREZ LÓPEZ, Miguel. El silencio administrativo y la mejora regulatória. Revista Alegatos, Ciudad de México, n. 50, p. 103-120, ene.-abr. 2002, p. 108.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Plano diretor da reforma do aparelho de Estado. Brasília, DF: Documentos da Presidência da República, 1995.

PERU. Ley n° 29060. Del silencio administrativo. Diario oficial, el 7 de Julio del 2007. Disponible em http://www.fap.mil.pe/transparencia/pdf/normas/ley_silencio.pdf Acceso en: 3 de ago. 2013.

PERU, Projeto de Lei n° 580, de 31 de outubro de 2006. Lei do Silêncio Administrativo. Disponible en<<http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2006.nsf>> . Acceso em 7 de nov. 2013.

PERU. Ley n° 27.444, de 11 de abril de 2001. Del procedimiento administrativo general. Disponible en <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/27444.pdf> Acceso en: 3 de ago. 2013.

ROBALINO, Javier. El silencio administrativo. Breves Apuntes. Sección Libre. Disponible en:<http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/lurisDictio_1/El_silencio_administrativo_positivobreveapuntes.pdf>. Acceso en: 24 de ene . 2014.

ROJAS VARAS, Jaime. Notas sobre el procedimiento administrativo establecido em la ley n° 19.880. Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estados, Santiago de Chile, n. 11, p. 21-54, jun. 2004, p. 29. Disponible en <http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/d7ca1f3a-366a-4105-a1d1-e173592c4eda/4.pdf?MOD=AJPERES> Acceso en: 15 de ene. 2014.

SADDY, André. O silêncio administrativo no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2013.