

Administração que cala consente?
Dever de decidir, silêncio
administrativo e aprovação tácita*
*Does the silence of the public
administration mean consent?
Decision duty, administrative
silence and tacit approval*

Thiago Marrara**

RESUMO

O artigo aborda os passos do ordenamento brasileiro no combate à omissão de decidir da administração pública. Em seguida, examina a aprovação tácita nos termos previstos pela Lei de Liberdade Econômica e seu Decreto Regulamentar. Abordam-se seus requisitos explícitos e implícitos, as hipóteses de vedação, os efeitos posteriores ao ato fictício e a questão da aplicabilidade do instituto a estados e municípios.

* Artigo recebido em 27 de janeiro de 2020 e aprovado em 3 de julho de 2020. DOI: 10.12660/rda.v280.2021.84496.

** Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil. E-mail: marrara@marrara.adv.br. Professor de direito administrativo da USP (FDRP). Livre-docente (USP). Doutor pela Universidade de Munique (LMU). Consultor especializado em direito administrativo, regulatório e urbanístico.

PALAVRAS-CHAVE

Dever de decidir — silêncio administrativo — aprovação tácita — Lei de Liberdade Econômica

ABSTRACT

The article addresses the steps of Brazilian law in combating the failure to decide by the public administration. It then examines the tacit approval under the terms of the Economic Freedom Act and its Regulatory Decree. It addresses its explicit and implicit requirements, the hypothesis of prohibition, effects after the fictitious act and the question of the applicability of the institute to states and municipalities.

KEYWORDS

Decision duty — administrative silence — tacit approval — Economic Freedom Act

1. Introdução: os processos liberatórios do Estado controlador

O Estado está por toda parte. Ao longo dos dois últimos séculos, ele se expandiu por vias prestativas, indutivas, diretivas, regulatórias e até mesmo participativas, baseadas em técnicas quer de monopolização de bens e atividades, quer de participação concorrencial no mercado. Como faceta dedicada à satisfação de necessidades coletivas e ao gerenciamento do aparelho estatal, a administração pública se desenvolveu proporcional e paralelamente. Hoje, oferece comodidades a pessoas físicas e jurídicas, confere-lhes benefícios diretos e indiretos para induzir comportamentos socialmente desejáveis, estabelece regramentos que condicionam a liberdade e a propriedade, comina sanções por ilícitos comissivos e omissivos, além de impor aos destinatários de seus variados poderes deveres de obtenção de atos liberatórios como condição de validade de condutas privadas.

Os processos e atos administrativos de natureza liberatória, como as autorizações, admissões e licenças, tornaram-se parte corriqueira da vida de qualquer cidadão, empresa ou entidade do terceiro setor. O Estado exerce um controle prévio da vida privada em grande número de setores. É preciso recorrer a seus órgãos e obter seu consentimento antes de construir, demolir,

dirigir, pilotar, caçar, pescar, erigir fábricas e outros tipos de infraestruturas ambientalmente impactantes, realizar concentrações econômicas de grande monta, exercer certas atividades comerciais, industriais, agrárias e até mesmo profissionais. Os atos liberatórios espalham-se pelos mais variados campos da ação humana, seja de ordem econômica, ambiental ou social. E, sem eles, ficam as pessoas sujeitas a poderes estatais de restrição de seus direitos fundamentais, isto é, sem os atos liberatórios impostos por lei, passa-se a agir ilícitamente, submetendo-se a medidas cautelares, como a de suspensão de atividades e apreensão de bens, e a medidas punitivas, desde advertências, multas até as interventivas determinações de cessação de atividade, reestruturação societária etc.

A exigência tão frequente do ordenamento jurídico por atos e processos liberatórios de comportamentos particulares repousa usualmente no argumento de que o Estado necessita tutelar os interesses públicos primários e mitigar o risco de ocorrência de lesões a direitos e interesses individuais, coletivos e difusos. É por isso que realiza o controle prévio de ações sociais e econômicas mais sensíveis, polêmicas ou arriscadas, lançando mão de processos administrativos de licenciamento, autorização, admissão e outros congêneres. Não raramente, porém, surgem dúvidas se essas técnicas liberatórias, impositivas de controle anterior dos comportamentos humanos, são realmente adequadas e necessárias para a eficiente prevenção de danos à coletividade.

Não são poucos os processos liberatórios criados com intuito meramente arrecadatório, dada a faculdade de se instituir taxa de polícia no direito brasileiro. Igualmente frequentes são os criados por desejo instintivo de controlar, sem qualquer comprovado efeito na melhoria das condições sociais, ambientais ou econômicas. E ainda há aquelas situações em que o Estado estabelece esses procedimentos sob justificativas plausíveis, mas infelizmente não os conduz com o esperado profissionalismo. Disso resultam atos liberatórios meramente simbólicos, incorretos ou que não cumprem sua finalidade de tutelar interesses públicos. Exemplos disso se encontram aos montes, desde licenças de estabelecimentos que não poderiam funcionar por risco evidente de incêndio, de edificações em áreas vulneráveis a desastres ou de empreendimentos incompatíveis com as capacidades do ambiente natural ou artificial, bem como de atividades comerciais incompatíveis com a defesa do consumidor.

O tema das falhas e patologias dos processos liberatórios estatais é tentador, polêmico e relevantíssimo para o debate acerca do tamanho e dos poderes interventivos da administração pública, mas não pretendo examiná-lo.

Por ora, basta apenas ter em mente que tais processos são muitos e afetam de maneira expressiva o exercício de direitos e interesses de pessoas físicas e jurídicas quotidianamente. Isso ocorre, porque eles impõem barreiras e custos financeiros, técnicos e igualmente temporais significativos ao exercício de direitos e liberdades dos requerentes. E não há dúvidas de que esses custos são proporcionalmente mais onerosos para a enorme população de baixa renda que forma o Brasil, obrigando-a forçosamente por caminhos da ilicitude e da informalidade. De outro lado, o impacto advém do desrespeito às regras do Estado controlador. Ignorar e violar requisitos liberatórios estabelecidos pelo direito administrativo abre espaço, como já dito, à imposição de medidas cautelares e sancionatórias bastante gravosas por vezes. Mais uma vez, sujeitos preferenciais dessas medidas são aqueles que não detêm condições econômicas ou técnicas de lidar com os processos liberatórios que o legislador cria e recria diariamente nas três esferas da federação.

Diante desses impactos não desprezíveis, é de se esperar que o Estado contemporâneo se preocupe com políticas de simplificação e aperfeiçoamento da burocracia e que se esforce para conduzir os expedientes liberatórios com elevada atenção, profissionalismo e, principalmente, respeito a prazos e à duração razoável do processo administrativo. Entretanto, a realidade nem sempre reflete a esperança. É indubitável que muitos órgãos e entes públicos operam com excelência, agem segundo os melhores parâmetros de respeito aos cidadãos, mas inúmeros são os que ignoram prazos, bagunçam a instrução e arrastam processos administrativos irrazoável ou indefinidamente.

Os motivos para esse problema de funcionamento do aparelho estatal na ação liberatória das ações particulares são de diversas ordens. Arrisco dividi-los para fins pedagógicos em motivos não voluntários e voluntários, ou seja, motivos independentes da vontade do agente público competente para agir e motivos que decorrem de sua vontade. No primeiro grupo, incluem-se fatores como a falta de recursos técnicos e humanos para processar uma quantidade altíssima de solicitações de licenças, autorizações e outros atos liberatórios — o que se verifica com muita frequência nos municípios. No segundo, entram os fatores mais graves, como a corrupção, o abuso de autoridade, o uso do processo para fins de perseguição,¹ a desídia, a renúncia

¹ Nesse sentido, também se manifestam FIGUEIREDO, Caio Cesar; KLEIN, Aline Lícia. A eficácia condicionada do deferimento tácito administrativo para atos públicos de liberação: quando o silêncio advém do legislador. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; MACIEL, Renata Mota; PICCELI, Roberto Ricomini. *Lei da Liberdade Econômica anotada*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. 1, p. 342.

indevida de competência, o medo de decidir por eventual pressão indevida de órgãos de controle, a falta de profissionalismo etc. Todos eles estimulam o agente público, não raramente, ao que já se denominou de “engavetamento doloso”.² Forçam-no à paralisia, a introduzir os autos em uma gaveta para deliberadamente esquecê-los.

Por fatores mais ou menos nobres, como os ilustrados, o desrespeito aos prazos de decisão gerará sempre uma hipótese de silêncio ilícito (embora não necessariamente culpável)³ e potencialmente nocivo. Hipóteses assim necessitam ser combatidas por técnicas jurídicas aptas a garantir a efetividade dos direitos fundamentais apesar das deficiências da administração pública ou das incapacidades e intencionalidades do agente público. A preocupação com essas soluções não é nova. Já em 1938, Themístocles Brandão Cavalcanti⁴ publicou decerto os primeiros estudos brasileiros sobre o tema, aos quais hoje se somam reflexões de Dallari, Martins, Hachem, Vitta, Fortini, Saddy, Hadlich e outros que mencionarei no momento oportuno.

Na esteira de tantas contribuições já publicadas desde a década de 1930, pretendo contribuir com o tema ao demonstrar como o direito positivo brasileiro luta contra o silêncio ilícito da administração pública. Para tanto, repartirei os avanços da legislação em quatro passos, conquanto não necessariamente subsequentes ou cronologicamente organizados. O primeiro deles representa a consagração do dever de decidir, a espelhar uma garantia fundamental à decisão administrativa; o segundo, a elaboração de técnicas de transferência do dever de decidir; o terceiro, a difusão de regras esparsas que conferem efeito positivo ao silêncio, gerando a aprovação tácita em algumas situações, e, finalmente, o quarto passo, consistente na incorporação da “aprovação tácita” como um instituto do direito administrativo geral após a edição da Lei de Liberdade Econômica.

² MARRARA, Thiago. O que precisa mudar na Lei de Processo Administrativo? *CONJUR*, 17 fev. 2015. Edição digital sem paginação disponível em: www.conjur.com.br/2015-fev-17/thiago-marrara-lei-processo-administrativo-mudar2.

³ Hachem, ao tratar do tema, fez essa importante distinção: nem todo silêncio, como comportamento antijurídico, é necessariamente um comportamento culpável. Referida distinção se revela essencial para o estudo da responsabilidade do agente público por descumprimento do direito de decidir. Cf. HACHEM, Daniel Wunder. Processos administrativos reivindicatórios de direitos sociais — dever de decidir em prazo razoável vs. silêncio administrativo. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n. 56, p. 153, 2014.

⁴ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. A teoria do silêncio no direito administrativo. *Revista da Faculdade de Direito da USP (RFDUSP)*, v. 34, passim, 1938.

2. O primeiro passo: consagração do dever de decidir

O primeiro passo na luta contra o silêncio ilícito e a inação indevida do Estado, principalmente no processamento e na elaboração de atos administrativos de liberação de comportamentos particulares, consistiu na positivação gradual do dever de decidir da administração, acompanhado de regras definidoras de prazos claros para o exercício desse dever. Por incrível que pareça, há alguns poucos anos, referido dever não restava tão explícito e frequentemente as leis especiais se omitiam a respeito de prazos para emissão de decisão — situação que era agravada pela falta de leis gerais de processo administrativo que pudessem suprir lacunas por aplicação subsidiária.

Do ponto de vista jurídico, o reconhecimento gradual de deveres de decidir sequer seria necessário em leis de processo administrativo ou de processos setoriais, já que ele deriva de direitos fundamentais ancorados na Constituição. Muitos administrativistas, como Adilson Abreu Dallari⁵ e Irene Patrícia Nohara,⁶ esclarecem que o direito de petição consagrado na Constituição da República (art. 5º, XXXIV, 'a') embute um direito à decisão e, por imperativo lógico, um dever de decidir. De que valeria o direito de pedir se não viesse necessariamente acompanhado de um direito de resposta? Nada adiantaria o legislador garantir o direito de o cidadão solicitar algo à administração sem que esse direito implicasse o dever estatal de examinais solicitações e emitir uma decisão expressa sobre elas. É desse raciocínio que resulta a relação inexorável entre direito de petição e dever de decisão. Em complementação, Dallari adiciona que o dever em debate foi reforçado pelo devido processo legal constitucionalmente estendido em 1988 para processos administrativos. Explica que o processo não se encerra na petição, na abertura, “trazendo implícita uma série ordenada de atos para a apreciação da petição apresentada”.⁷ Em outras palavras, pela sua natureza complexa, qualquer processo se desdobra ao menos num ato de abertura e noutro de fechamento, pertinente ao primeiro. Modesto, a seu turno, ainda cita como

⁵ DALLARI, Adilson Abreu. Dever de decidir. In: BITENCOURT, Eurico; MARRARA, Thiago (Org.). *Processo administrativo brasileiro: estudos em homenagem aos 20 anos da Lei Federal de Processo Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 113.

⁶ NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: Lei n. 9.784/1999 comentada*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 393.

⁷ Adilson Abreu Dallari, Dever de decidir, op. cit., p. 113.

fundamentos que reforçam o direito da decisão os direitos fundamentais à obtenção de informações e de certidões.⁸

Apesar de ancorado na Constituição da República e em direitos fundamentais nela consolidados, o legislador pátrio reputou essencial reiterar o dever de decidir na legislação infraconstitucional para desincentivar omissões ilícitas da administração pública, maiormente pelas mencionadas e nefastas táticas de “engavetamento doloso” de solicitações de atos liberatórios. Símbolo desse movimento vigoroso de defesa dos administrados é a Lei de Processo Administrativo federal de 1999 (LPA), que dedicou seu capítulo XI exclusivamente ao “dever de decidir” e superou uma lacuna antiga do direito administrativo geral.⁹

O art. 48 da LPA prevê que “a Administração *tem o dever de explicitamente emitir decisão* nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência”. Com isso, impôs não apenas o dever de deliberar, mas de decidir de maneira explícita e clara, proibindo-se decisões implícitas, indiretas, ocultas, obscuras, informais ou disfarçadas. Já o art. 49 conferiu um prazo de 30 dias contados do final da instrução para a emissão da decisão, permitida prorrogação expressa e motivada por igual período. Esse prazo geral máximo de 60 dias refere-se ao período de elaboração da decisão propriamente dita, não ao processo como um todo, que poderá naturalmente durar bem mais a depender da complexidade da instrução, da ação dos interessados e igualmente da eventual existência de outros prazos para as etapas processuais anteriores à decisão propriamente dita.¹⁰ Entretanto,

⁸ MODESTO, Paulo. Silêncio administrativo positivo, negativo e translativo: a omissão estatal formal em tempos de crise. *Colunistas*, n. 317, 2016. Edição online, sem paginação, disponível em: www.direitodoestado.com.br/colunistas/paulo-modesto/silencio-administrativo-positivo-negativo-e-translativo--a-omissao-estatal-formal-em-tempos-de-crise-. Acesso em: 10 jan. 2020.

⁹ Em 1938, Cavalcanti já alertava faltar entre nós uma norma geral a tratar do silêncio administrativo, de prazos gerais de decisão e de sanções pelo seu descumprimento. A seu ver, essa deficiência do processo administrativo brasileiro pode ser atribuída à falta de um contencioso administrativo, que pressupõe maior rigidez das fórmulas processuais, e respeito a prazos e outras exigências, muito próximas das existentes no processo judicial. Cf. Themístocles Brandão Cavalcanti, *A teoria do silêncio no direito administrativo*, op. cit., p. 127.

¹⁰ Regina Ferrari sustenta ser possível “[...] aceitar que o prazo razoável para a manifestação da autoridade pública, em um processo administrativo, possa ser de até 120 dias”, pois, no Mandado de Segurança, este é o prazo de impetração contado “a partir do momento em que o silêncio se tornou apto a produzir lesões ao administrado, se outro não for o prazo legalmente estabelecido”. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *O silêncio da administração pública*. *A&C — Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n. 52, p. 65-66, 2013. Em sentido semelhante, MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. *Silêncio administrativo — o “não ato”*.

como muitas leis específicas não estabelecem prazos de decisão, nem sequer prazos para duração geral do processo, o art. 49 passou a desempenhar papel fundamental, estendendo-se frequentemente, por sua aplicação subsidiária, a diferentes campos da administração pública federal e a vários processos administrativos conduzidos em estados e municípios, haja vista a inexistência de dispositivos processuais próprios e à possibilidade de, por analogia, tomar-se emprestado o importante mandamento da lei federal.

Em 2004, cinco anos após a edição da LPA federal, nova disposição normativa veio a reforçar o dever de decidir da administração pública. Com a Reforma do Judiciário, realizada por meio da Emenda Constitucional nº 45, incluiu-se o inciso LXXVII no art. 5º, que transforma em garantia fundamental a duração razoável do processo administrativo e exige que o Estado assegure a todas as pessoas meios de celeridade na sua tramitação. Mais tarde, modificações importantes foram inseridas na LPA federal para dar vida ao comando constitucional. Preocupado com a duração razoável para grupos vulneráveis e para os quais a lentidão decisória pode gerar mais danos, a Lei nº 12.008, de 2009, impõe a tramitação acelerada e preferencial de processos administrativos federais nos quais figuram como interessados deflagradores deficientes, portadores de doenças graves e idosos.¹¹

É inevitável indagar se a consagração da duração razoável do processo no nível constitucional trouxe algo de novo em relação ao dever de decidir que já constava da LPA federal desde 1999. Perspicaz, Hachem não deixou essa questão passar despercebida. A seu ver, a modificação constitucional operada em 2004 permitiu uma diferenciação teórica entre “prazos legais” e “prazos razoáveis”. A duração razoável cria, para o poder público, o dever de “dar tramitação célere ao processo administrativo, sem delongas ou paralisações injustificáveis”, de modo que a decisão deva ser exarada “dentro do mais curto espaço de tempo possível” (grifei).¹² Nesse sentido, enquanto o prazo legal configura o prazo máximo para que a administração pública decida, definido normativamente a partir de uma “generalidade de situações”, o prazo razoável é o prazo adequado da decisão e, por conseguinte, poderá ser menor que o prazo legal diante das circunstâncias do caso concreto e da

In: MEDUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 209.

¹¹ Criticamente sobre as técnicas de aceleração de processo, cf. NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: Lei nº 9.784/99 comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. comentários ao art. 69-A, p. 566 e seguintes.

¹² Daniel Wunder Hachem, *Processos administrativos reivindicatórios de direitos sociais*, op. cit., p. 149.

necessidade de se tutelar, com maior celeridade, os direitos do requerente. Dessa sorte, conclui Hachem, o dever de decidir poderá surgir “(i) antes do prazo temporal legalmente previsto para a resolução dos requerimentos ou (ii) no máximo, dentro do prazo legal”.¹³ Porém, esse posicionamento não é unânime na doutrina. Apenas para ilustrar, Hadlich Miguel entende que o prazo razoável poderá, se necessário, superar o prazo máximo de 60 dias da LPA federal.¹⁴

Sem prejuízo dos inúmeros avanços legislativos na positivação de deveres de decidir, prazos legais e da duração razoável, o direito positivo brasileiro continuou avançando na matéria ao estabelecer gradualmente requisitos qualitativos de decisão. Num primeiro momento, portanto, a legislação caminhou para conferir às pessoas um direito à decisão e, num segundo, para elevar a qualidade das decisões oferecidas pela administração pública. Ao menos dois diplomas legais aprovados na década de 2010 comprovam essa afirmação, a saber: o Código de Processo Civil de 2015 (CPC) e as inclusões na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) de 2018.

Não há como se negar destaque ao papel do CPC para o processo administrativo em virtude de uma razão simples. De acordo com seu artigo 15, as normas do processo civil se aplicam subsidiariamente aos processos administrativos naquilo que couber. Em havendo lacuna da legislação setorial, cabe ao intérprete buscar solução nas Leis de Processo Administrativo e, persistindo a lacuna, no Código de Processo Civil, quando sua lógica for aplicável ao processo administrativo concretamente tratado. Por esse motivo, dois dispositivos do CPC tendem certamente a ganhar muito espaço no âmbito administrativo, a saber: os art. 489 e 490.

O art. 489 é extremamente rico para a Administração Pública, pois traz os elementos essenciais da decisão (relatório, fundamento e dispositivo), definindo-os de modo claro. Além disso, explicita que uma decisão não será considerada fundamentada quando: (i) se limitar a indicar, reproduzir ou parafrasear ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; (ii) empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; (iii) invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; (iv) não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de infirmar a conclusão decisória; (v) limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula sem

¹³ Ibid., p. 153.

¹⁴ Luiz Felipe Hadlich Miguel, *Silêncio administrativo — o “não ato”*, op. cit., p. 209.

demonstrar seu ajuste ao caso; ou (vi) ignorar súmula, jurisprudência ou precedente invocado, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. O artigo em tela ainda cuida de fundamentação em casos de colisão de normas e prevê que a decisão necessita ser interpretada “a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé”. Já o art. 490 demanda que o decisor resolva o mérito, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, os pedidos formulados. Estabelece, com isso, um vínculo obrigatório de coerência entre a decisão final e a petição — o que decerto reforça o art. 50, § 1º da LPA federal, que pede decisões administrativas com fundamentação explícita, clara e “congruente”.

Em 2018, por modificações determinadas pela Lei nº 13.655, a LINDB ganhou um conjunto extenso de novas disposições normativas voltadas a incrementar a segurança jurídica nas relações entre a administração pública e a sociedade. Sob esse escopo, o legislador reforçou as exigências de elaboração de decisões administrativas, estimulando mais profissionalismo, cuidado, planejamento e transparência no processo decisório. Isso fica evidente, por exemplo, nos arts. 20 e 21. O primeiro impede o agente público de decidir com base em “valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. De um lado, essa norma mostra certa proximidade com a disposição do CPC que considera não fundamentada a decisão que usa conceitos indeterminados sem os relacionar com o caso concreto. De outro, vai além ao incluir na motivação, para além dos pressupostos fáticos e jurídicos, um diagnóstico sobre as consequências da decisão escolhida. Não bastasse isso, seu parágrafo único exige que a motivação demonstre a razoabilidade da escolha por meio de análises de adequação e necessidade. O segundo dispositivo relevante é o art. 21, que impõe ao administrador público indicar “consequências jurídicas e administrativas” nas decisões que decretam invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa. Esse mandamento, ao lado de tantos outros, confirma o caminho do direito positivo brasileiro no sentido de valorizar o dever de decidir e imprimir ao seu cumprimento mais qualidade e profissionalismo.

3. O segundo passo: transferência do dever de decidir

As razões pelas quais a administração se cala, deixa de agir dentro dos prazos, omite-se no seu dever de decidir são das mais variadas e decorrem de

fatores ora imputáveis ao agente público, ora estranhos a ele. Exatamente por isso, a consagração em leis gerais de um dever de decidir jamais será capaz de, no plano exclusivamente jurídico, combater o silêncio ilícito resultante de fatores tão distintos. Consciente desses vários fatores justificativos do silêncio e paralelamente ao fortalecimento do direito de decidir, o legislador reputou importante buscar outros meios para garantir os direitos fundamentais de pessoas físicas e jurídicas que lidam com a administração pública e lhe solicitam atos liberatórios.

Entre essas alternativas, merecem atenção as de transferência ou translação do exercício de competências. A legislação brasileira oferece em certos casos técnicas que promovem, de modo vinculado ou discricionário, o deslocamento pontual da tarefa decisória que recai sobre um órgão para outro, de hierarquia superior, inferior ou pertencente a outra entidade. Exemplos dessas técnicas são a delegação e a avocação, empregadas de modo voluntário com base no poder de hierarquia, bem como a atuação processual supletiva e a atuação processual subsidiária.

A delegação e a avocação são velhas conhecidas da administração pública e configuram institutos do direito administrativo geral, valendo para todo e qualquer setor de atuação administrativa, restando vedado apenas para situações específicas.¹⁵ Delegar implica transferir o *exercício* da competência de órgão superior para um inferior ou transferir, mediante consenso, o exercício da competência para um órgão paralelo. Avocar, a seu turno, implica transferir o exercício da competência atribuída ao órgão inferior para o superior por sua determinação. Tanto na delegação quanto na avocação transfere-se não a competência em si, mas seu exercício. Além disso, sua realização lícita depende da observância de inúmeras regras, como a de vedação de transferir certas decisões, a de especificidade (dever de se transferir tarefas claras e pontuais), a de parcialidade (vedação de transferir todas as tarefas), a de publicidade (necessidade de divulgar o deslocamento do exercício da competência) e a de precariedade (possibilidade de se revogar a qualquer tempo a transferência).

Uma vez que se assentam em poder hierárquico dentro das entidades estatais, os poderes de delegar e avocar despontam como remédios úteis de prevenção de efeitos nocivos do silêncio administrativo ocasionado, por exemplo, em razão da falta de capacidade técnica da autoridade

¹⁵ Nos termos do art. 13 da LPA federal, não podem ser objeto de delegação: I — a edição de atos de caráter normativo; II — a decisão de recursos administrativos e III — as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.

originariamente competente, por ausência de recursos humanos suficientes, por excessiva pressão externa, entre outras causas. Na medida em que o ordenamento jurídico hoje contém normas gerais definidoras do regime jurídico e dos procedimentos de avocação e de delegação (como as da LPA federal), tornou-se mais fácil aos órgãos hierarquicamente superiores lançar mão dessas ferramentas para evitar que decisões deixem de ser tomadas, prazos venham a ser descumpridos e requerimentos de atos liberatórios quedem sem julgamento. Diante da probabilidade de não exercício tempestivo do dever de decidir, basta que o órgão superior ou desloque o exercício de suas competências em sentido horizontal ou descendente, ou avoque tarefas de órgãos superiores com dificuldades de decisão em um caso concreto ou grupo de casos com características próprias (matéria mais complexa ou sensível, por exemplo). Delegação e avocação são, por isso, mecanismos bastante úteis na prevenção do silêncio ilícito e na proteção da garantia fundamental de pessoas físicas e jurídicas obterem resposta da administração pública a suas solicitações.

Ao se navegar pelos cursos do direito administrativo setorial, será possível descobrir que algumas novidades processuais foram desenvolvidas nos últimos anos como armas contra a violação do dever de decidir. Muitas delas ainda não alcançaram o patamar de instituto do direito administrativo geral, ou seja, não podem ser utilizadas em todos os setores da administração pública, mas estimulam reflexões sobre como as concepções sobre o processo administrativo podem avançar para combater o mal aqui discutido. Ótimos exemplos dessas novidades se encontram na Lei Complementar nº 140, de 2011, que disciplina o processo administrativo de licenciamento e a cooperação entre União, estados e municípios na execução da política ambiental.

Ao tratar da coordenação e da cooperação na complexa federação tripartite em vista da competência comum dos níveis políticos para tutelar o ambiente, a Lei Complementar referida inseriu no ordenamento brasileiro duas importantes ferramentas, a saber: (i) a *atuação supletiva* e (ii) a *atuação subsidiária*. Cada uma delas opera em momentos processuais distintos e conforme requisitos próprios, mas, como se verá, atacam igualmente o silêncio ilícito e contribuem com o cumprimento do dever de decisão da administração pública ao superar ou mitigar alguns dos fatores internos ou externos que o inviabilizam em muitos órgãos.

A *atuação subsidiária* consiste na prestação de auxílio de um ente federativo a outro com o objetivo de permitir que este desempenhe suas tarefas

de condução de processos administrativos de licenciamento ambiental e de edição de atos de deferimento ou indeferimento de licenças prévias, licenças de operação ou de instalação. Dessa forma, *e.g.*, um pequeno município mineiro com poucos agentes públicos para atender a um número muito elevado de requerimentos de licença ambiental ou com dificuldades técnicas para compreender um complicado caso de licenciamento em mineração pode solicitar apoio dos órgãos ambientais do estado de Minas Gerais. Com isso, mais facilmente conduzirá o processo e menor será o risco de desrespeito do prazo de decisão e, por conseguinte, da ocorrência de silêncio ilícito. A atuação subsidiária nada mais é, portanto, que uma espécie de cooperação interfederativa destinada a facilitar o desempenho de competências atribuídas a entes políticos com dificuldades, pontuais ou crônicas, de funcionamento ou operação administrativa. Por essa natureza, a atuação subsidiária sempre opera antes da decisão e mediante requerimento do ente que necessita de apoio.

Em contraste com a atuação subsidiária, solicitada discricionariamente pelo órgão que detém a competência originária para decidir em matéria de licenciamento ambiental, a *atuação supletiva* enseja a substituição automática do órgão decisor originário pelo órgão ambiental da esfera federativa superior. Se, no mesmo exemplo dado, o pequeno município mineiro não lograr cumprir o prazo de expediência de licença, por força de lei, o exercício de sua competência decisória será automaticamente lançado para as mãos do órgão ambiental do estado de Minas Gerais. Aqui, opera-se uma transferência automática de tarefas públicas por força da vontade do legislador, ou seja, de maneira vinculada, sem espaço para juízos de conveniência e oportunidade do órgão originariamente competente que não cumpriu seu dever de decidir em relação a uma solicitação de licença.

Paulo Modesto batizou esse tipo de técnica de combate à omissão decisória — típica de processos que não se harmonizam com a aprovação tácita — de silêncio translativo, que define como a “sub-rogação, por deslocamento previsto em lei, da competência decisória ou opinativa de um órgão para outro na organização administrativa, independentemente de presunção de deferimento ou indeferimento da pretensão do particular, em razão de inatividade formal e antijurídica da Administração Pública”.¹⁶

¹⁶ Paulo Modesto, *Silêncio administrativo positivo, negativo e translativo*, op. cit.

A definição transcrita merece apenas um reparo: o que se transfere não é a competência que é fixada pela lei, mas sim seu exercício pontual. Modesto reconhece isso em outro trecho, ao afirmar que o órgão originário que deixou de agir e sofreu os efeitos do deslocamento de sua tarefa em um caso concreto não perde automaticamente sua competência para os demais.

Esse tipo de transferência de tarefas administrativas de um ente a outro não se resume ao direito ambiental, nem às relações de órgãos componentes do Poder Executivo. Há outras manifestações de silêncio indesejado que o legislador intenta combater por ferramentas análogas. A ilustrar essa afirmação, note-se que a Lei Anticorrupção prevê expressamente que o Ministério Público, na ação civil pública, poderá solicitar que o juiz aplique as sanções administrativas (de multa e de publicação da decisão condenatória), caso a entidade pública que deveria realizar o processo administrativo de responsabilização tenha silenciado ou se omitido no combate à prática de corrupção.¹⁷ Como dito, esse exemplo não se refere a processos administrativos liberatórios, mas sim punitivos e envolvem uma forma de atuação supletiva do Judiciário pela administração pública. Ademais, serve para demonstrar que as transferências impositivas de tarefas são uma solução bastante útil e viável de superação da inércia e do silêncio da administração em variadas ocasiões, inclusive no campo punitivo.

4. O terceiro passo: efeito positivo do silêncio na legislação setorial

O silêncio na administração pública em processos liberatórios aceita uma terceira forma de resolução, consistente na conferência de efeitos jurídicos ao decurso do prazo decisório. Ao silêncio, como fato, podem ser atribuídos efeitos que vão desde a preclusão do comportamento até a edição de atos administrativos fictícios. Para indicar esse último fenômeno, costuma-se empregar as expressões “silêncio negativo” e “silêncio positivo”. Na boa síntese de Ricardo Martins Marcondes, o negativo implica o indeferimento do requerimento do interessado após o decurso do prazo, e o positivo, o seu

¹⁷ Nos termos do art. 20 da Lei Anticorrupção, “nas ações ajuizadas pelo Ministério Público, poderão ser aplicadas as sanções previstas no art. 6º, sem prejuízo daquelas previstas neste Capítulo, desde que constatada a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa”.

deferimento.¹⁸ Em ambos, o legislador cria ficções jurídicas, já que a autoridade não julga de fato.

Na prática, os ordenamentos preveem essas ficções jurídicas em lei para que o silêncio da administração pública (como fato) redunde, após o decurso do prazo decisório, em um provimento administrativo, em relações jurídicas externas ou internas,¹⁹ de negação ou de aprovação do quanto solicitado num requerimento. Essa técnica fica geralmente limitada à edição de atos benéficos, como os esperados em processos liberatórios, relativos à expedição de licenças de todo gênero, à autorização, à admissão e assim por diante. Não se coaduna, porém, com outras formas de silêncio ou inatividade, como o relativo à execução de atos materiais, à cominação de sanções, à expedição de atos opinativos como laudos e pareceres, à defesa de interesses da administração.

Seja como indeferimento do pedido (silêncio negativo), seja como deferimento (silêncio positivo), a previsão do ato administrativo fictício se espalhou pela legislação ao longo do tempo. De início, isso ocorreu para permitir ao destinatário da ação pública viabilizar o controle judicial nos países do contencioso administrativo. Themístocles Brandão Cavalcanti narra que, no direito francês, a Lei de 17 de julho de 1900 considerou o silêncio da administração como simples recusa e indeferimento nos casos de recursos para o Conselho de Estado. Na Itália, a Lei de 3 de março de 1934 prescreveu de maneira explícita que o silêncio persistente e contínuo da administração quanto à pronúncia a respeito de um recurso hierárquico era tido como confirmação do ato administrativo e denegação do recurso.²⁰ Em monografia mais recente sobre o tema, André Saddy revela como a partir de então essa técnica se espalhou por países europeus e americanos, como Espanha, Portugal, Argentina, México e Peru.²¹

¹⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Tratado de direito administrativo*, v. 5: ato administrativo e procedimento administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 86. Sobre o conceito, cf. também MEDAUAR, Odete. Comentário ao inciso IX do artigo 3º. In: Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho et al., *Lei da Liberdade Econômica anotada*, op. cit., p. 312.

¹⁹ O ato tácito é dividido em interno, quando se refere a relações interadministrativas, ou externo, referente a uma relação entre administração e administrado. Nesse sentido, VITTA, Heraldo Garcia. O silêncio no direito administrativo. *RDA — Revista de Direito Administrativo*, p. 130, v. 218, 1999.

²⁰ Themístocles Brandão Cavalcanti, A teoria do silêncio no direito administrativo, op. cit., p. 126-127.

²¹ Para um panorama do direito estrangeiro, cf. SADDY, André. *Silêncio administrativo no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Especialmente a parte II, a partir da página 131; e SILVA, Lígia Covre da. Da modernização estatal ao silêncio administrativo e seus efeitos no direito latino-americano: uma investigação normativa. *RDDA*, v. 1, n. 2, p. 473 e ss, 2004.

Com o passar dos anos, mesmo em países sem o contencioso administrativo, sem justiça especializada em conflitos envolvendo a administração pública, o ato fictício resultante do silêncio começou a ganhar atenção, principalmente ao demonstrar aptidão para mitigar os riscos de danos que a lentidão e o atraso processual de alguns órgãos públicos acarretam para o indivíduo, para o mercado e para a sociedade. Leis de setores bem específicos começaram a adotar técnicas de conferência de efeito negativo ou positivo com o objetivo de proteger o cidadão contra o desrespeito a prazos decisórios pela administração pública. No Brasil, exemplos disso se encontram: no direito urbanístico, em que o silêncio do município autoriza o proprietário de imóvel urbano a alienar onerosamente a terceiro o imóvel sob direito de preempção; no direito regulatório, em que o silêncio da ANP implica aprovação de planos de exploração de petróleo e gás natural e, igualmente, no direito da concorrência.

Por sua história longa e polêmica, bem como por seu impacto sobre terceiros interessados, o uso do silêncio e de aprovação tácita no direito concorrencial merece comentários apartados. No controle preventivo que o Cade realiza sobre certas concentrações econômicas, a Lei de Defesa da Concorrência fixa um prazo máximo de conclusão processual e, na sua redação originária, prescrevia o seguinte: “art. 64 O descumprimento dos prazos previstos nesta Lei *implica a aprovação tácita do ato de concentração econômica*”. Todavia, esse dispositivo foi vetado pela presidente Dilma Rousseff por sugestão do Ministério da Justiça, que assim sumariou suas razões:

Da forma como redigido, o artigo estabelece a aprovação tácita de atos de concentração como consequência automática do descumprimento de quaisquer prazos estabelecidos pela Lei, resultando em medida desproporcional e com o potencial de acarretar graves prejuízos à sociedade. Note-se que a legislação já oferece mecanismos menos gravosos e aptos a apurar as responsabilidades pelo eventual desrespeito aos prazos estabelecidos em lei.

Embora as razões sejam plausíveis e comuns a toda discussão sobre os efeitos positivos, fato é que o direito concorrencial brasileiro há muito tempo previa esse mecanismo. A Lei de Defesa da Concorrência de 1962 previa o instituto ao declarar que, se o Cade descumprisse o prazo de exame da concentração, ela seria considerada válida, sem prejuízo de o Conselho examiná-lo posteriormente — uma espécie de efeito positivo sem preclusão

(art. 74, § 3º). Mais tarde, a Lei de 1991, que alterou a de 1962, previu que os atos de concentração não apreciados no prazo legal seriam “válidos, perfeitos e acabados”, salvo se os requerentes tivessem deixado de apresentar esclarecimentos solicitados ou documentos necessários ao exame da operação dentro do prazo legal, situação que estenderia automaticamente o prazo de decisão e conclusão do processo.²² A mesma lógica foi mantida na Lei de 1994, que continuou a prever o julgamento tácito ou fictício por decurso do prazo, não mais permitindo ao Cade realizar o julgamento. Em realidade, chegou-se a propor a extinção da aprovação tácita da Lei de 1994. Porém, em sentido exatamente contrário ao posterior veto de Dilma ao instrumento previsto na LDC de 2011, o presidente Luís Inácio Lula da Silva vetou o Projeto de Lei nº 6.955 que buscava extirpar o instituto, argumentando que:

Não é conveniente a retirada do mecanismo de aprovação de atos de concentração por decurso de prazo, caso o Conselho Administrativo de Defesa Econômica — Cade não os aprecie dentro do prazo estipulado. Isso porque, em que pese o mau uso que possa ter sido feito desse instrumento no passado, *tal mecanismo de sanção pela eventual morosidade da Administração Pública é de fundamental importância para trazer segurança jurídica à comunidade empresarial no que se refere à notificação de atos de concentração, que, não raras vezes, envolvem operações de incerteza, caso houvesse a possibilidade de se ficar esperando ad infinitum uma decisão do órgão julgador. Tal incerteza poderia trazer resultados extremamente negativos, tanto em termos de incentivos à não notificação dos atos quanto em termos de inibição da livre-iniciativa.* Em conclusão, trata-se de um eficiente constrangimento para que a Administração atue nos exatos termos previstos pelo legislador e, portanto, é apropriada a sua permanência no texto legal. [grifei]

Esse exemplo do direito concorrencial é certamente o melhor para narrar a história polêmica e resumir as dúvidas acerca do silêncio positivo no direito administrativo brasileiro. A uma, confirma que a discussão não é nova, como já demonstrava Themístocles Brandão Cavalcanti em seu texto na *Revista da Faculdade de Direito* da USP de 1938. A duas, revela que as visões sobre o tema estão distantes de um consenso, pois, embora o silêncio positivo

²² MARRARA, Thiago. *Sistema brasileiro de defesa da concorrência*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 192.

gere temores de prejuízos ao interesse público, ele é visto ao mesmo tempo como um importante mecanismo de tutela da segurança jurídica, mormente diante da morosidade que acomete alguns órgãos da administração pública. A três, porque o julgamento tácito ou fictício no âmbito do controle estatal de concentrações econômicas insere-se em processos administrativos liberatórios marcados por razoável discricionariedade e impacta fortemente a esfera de terceiros, como consumidores, fornecedores, distribuidores, concorrentes, agentes reguladores, entre outros. E, por fim, porque o direito da concorrência serviu de fonte de inspiração para o legislador inserir o mecanismo em leis mais novas, como a referida lei do petróleo e a Lei de Liberdade Econômica.

5. O quarto passo: aprovação tácita no direito administrativo geral

Até pouco tempo, com maior ou menor apoio dos especialistas, o silêncio positivo espalhou-se por alguns poucos campos do direito administrativo especial, ainda que sem alcançar o status de instituto do direito administrativo geral. Sem prejuízo desse avanço em setores regulados, algumas leis de processo administrativo caminharam no sentido de repeli-lo. A paulista serve de exemplo a essa resistência. Em vez de fortalecer o efeito positivo, explicitamente consagrou o negativo ao estipular que: “Ultrapassado o prazo [de 120 dias ou outro legalmente estabelecido] sem decisão, o interessado poderá considerar *rejeitado o requerimento na esfera administrativa*, salvo previsão legal ou regulamentar em contrário” (art. 33, § 1º, grifei). Na prática, entretanto, esse dispositivo gerou pouco ou nenhum avanço. Afinal, como alerta Hachem, reconhecer “efeitos negativos ao silêncio administrativo para fins processuais é o mesmo que nada, pois com essa consequência ou sem ela o descumprimento do prazo legal pela Administração já autoriza o juiz [...] a condená-la a resolver explicitamente o processo administrativo, sob pena de sofrer a aplicação dos diversos meios coercitivos [...]”.²³

Com a edição da Lei de Liberdade Econômica em 2019, fez-se uma correção de rumos, alinhando-se o Brasil a outras nações ocidentais, como

²³ Daniel Wunder Hachem, *Processos administrativos reivindicatórios de direitos sociais*, op. cit., p. 158.

o Peru, a Alemanha²⁴ etc. Com efeito, em virtude da Diretiva de Serviços de 2007, o efeito positivo teve que ser absorvido pelo ordenamento dos países-membros da União Europeia como instrumento geral para combater a lentidão e abusos de autoridade na condução de processos liberatórios que condicionavam a liberdade de iniciativa e de concorrência principalmente de prestadores de serviços que desejavam se expandir pela zona de integração. Foi assim que, ao lado do instituto do balcão único e da adoção de processos eletrônicos, o efeito positivo despontou em muitos países como forma de garantir liberdades econômicas.

No Brasil, passo semelhante foi dado pelo art. 3º, inciso IX da Lei nº 13.849, de 20 de setembro de 2019, que conferiu a toda pessoa física ou jurídica,

a garantia de que, nas solicitações de atos públicos de liberação da atividade econômica que se sujeitam ao disposto nesta Lei, apresentados todos os elementos necessários à instrução do processo, o particular será cientificado expressa e imediatamente do prazo máximo estipulado para a análise de seu pedido e de que, *transcorrido o prazo fixado, o silêncio da autoridade competência importará aprovação tácita para todos os efeitos, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei.* [grifei]

Esse mandamento geral foi calibrado, relativizado e detalhado em dispositivos da mesma Lei, que merecem consideração por delinarem o regime jurídico da aprovação tácita por meio de regras sobre a extensão do instituto a estados e municípios (art. 1º, § 5º), sobre a definição de atos de liberação

²⁴ “A figura da autorização fictícia como regra geral do processo administrativo alemão é recentíssima. No entanto, o instituto em si não é novo. Assim como se vê no direito brasileiro, também há diversas normas especiais na legislação esparsa alemã que reconhecem os efeitos constitutivos do tempo em relações jurídico-administrativas. Nos termos do § 6º, IV, do Código de Construções (*Baugesetzbuch*), por exemplo, a omissão da autoridade estadual em relação ao Plano Urbanístico de Ordenação do Território (*Flächennutzungsplan*), elaborado pela autoridade municipal, acarreta sua aprovação automática, uma vez decorrido o prazo de três meses. No mesmo sentido, o § 8º, Va, da Lei de Proteção dos Animais (*Tierschutzgesetz*), a fim de impedir que o desenvolvimento científico seja prejudicado em vista de problemas burocráticos, determina que uma solicitação para realização de testes com animais será automaticamente concedida quando a autoridade responsável não a apreciar no prazo de três meses. Em vista desses dispositivos, muito anteriores à última reforma da VwVfG, já apareciam na doutrina tedesca [...] As bases de discussão do instituto da autorização fictícia já estavam, portanto, há muito tempo lançadas. O que mudou há pouco foi o reconhecimento desse instituto como regra geral. A autorização fictícia foi inserida na VwVfG somente com a edição da sua quarta Lei de Alteração, de 11 de dezembro de 2008.” MARRARA, Thiago. A “autorização fictícia” no direito administrativo. *RDA — Revista de Direito Administrativo*, v. 251, p. 203, 2009.

(art. 1º, § 6º), sobre as hipóteses de inaplicabilidade (art. 3º, § 6º, § 7º e § 12) e sobre a fixação do prazo de decisão.²⁵

Pouco tempo mais tarde, em 18 de dezembro de 2019, o Decreto federal nº 10.178 regulamentou os dispositivos legais apontados e, entre outros aspectos, tratou: (i) da fixação, da contagem, da suspensão e da extensão do prazo; (ii) das exigências ao beneficiário da aprovação tácita; (iii) de hipóteses de inaplicabilidade; (iv) do documento comprobatório de liberação; bem como (v) da renúncia ao direito de aprovação tácita, entre outros aspectos que examinarei nos próximos itens.

A publicação dessas normas e a consequente inserção do silêncio positivo como instrumento geral do processo administrativo na Lei de Liberdade Econômica não passaram imunes a críticas. Caio Figueiredo e Aline Klein acreditam que “a modificação do regime do silêncio administrativo efetivada pela Lei de Liberdade Econômica não cria um sistema que proteja satisfatoriamente o particular”.²⁶ José Cristóvan e Luiza Mallon argumentam

²⁵ Art. 1º, § 5º O disposto no inciso IX do *caput* do art. 3º desta Lei não se aplica aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, exceto se: I — o ato público de liberação da atividade econômica for derivado ou delegado por legislação ordinária federal; ou II — o ente federativo ou o órgão responsável pelo ato decidir vincular-se ao disposto no inciso IX do *caput* do art. 3º desta Lei por meio de instrumento válido e próprio.

Art. 1º, § 6º Para fins do disposto nesta Lei, consideram-se atos públicos de liberação a licença, a autorização, a concessão, a inscrição, a permissão, o alvará, o cadastro, o credenciamento, o estudo, o plano, o registro e os demais atos exigidos, sob qualquer denominação, por órgão ou entidade da administração pública na aplicação de legislação, como condição para o exercício de atividade econômica, inclusive o início, a continuação e o fim para a instalação, a construção, a operação, a produção, o funcionamento, o uso, o exercício ou a realização, no âmbito público ou privado, de atividade, serviço, estabelecimento, profissão, instalação, operação, produto, equipamento, veículo, edificação e outros.

Art. 3º, § 6º O disposto no inciso IX do *caput* deste artigo não se aplica quando: I — versar sobre questões tributárias de qualquer espécie ou de concessão de registro de marcas; II — a decisão importar em compromisso financeiro da administração pública; e III — houver objeção expressa em tratado em vigor no País.

Art. 3º, § 7º A aprovação tácita prevista no inciso IX do *caput* deste artigo não se aplica quando a titularidade da solicitação for de agente público ou de seu cônjuge, companheiro ou parente em linha reta ou colateral, por consanguinidade ou afinidade, até o 3º (terceiro) grau, dirigida a autoridade administrativa ou política do próprio órgão ou entidade da administração pública em que desenvolvava suas atividades funcionais.

Art. 3º, § 8º O prazo a que se refere o inciso IX do *caput* deste artigo será definido pelo órgão ou pela entidade da administração pública solicitada, observados os princípios da impessoalidade e da eficiência e os limites máximos estabelecidos em regulamento.

Art. 6º, § 12. O disposto no inciso IX do *caput* não se aplica às atividades com impacto significativo no meio ambiente, conforme estabelecido pelo órgão ambiental competente. (Redação dada pela Medida Provisória nº 915, de 2019)

²⁶ FIGUEIREDO, Caio Cesar; KLEIN, Aline Lícia. A eficácia condicionada do deferimento tácito administrativo para atos públicos de liberação: quando o silêncio advém do legislador. In: Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho et al., *Lei da Liberdade Econômica anotada*, op. cit., p. 346-347.

que o mecanismo gera riscos de que órgãos públicos, com a prerrogativa de definir prazos de análise, comecem a empregar prazos muito mais extensos, “no caminho inverso àquele confessado propósito de agilidade almejado” pelo legislador.²⁷ Com a novidade legal, tampouco é de se descartar o aprofundamento de outro problema que Sérgio Ferraz e Adilson Dallari identificam nos processos administrativos em razão das facilidades proporcionadas pelas novas tecnologias nos últimos anos: a utilização inadequada e exagerada de modelos, de relatórios padronizados, de fundamentações genéricas, universais, simplesmente copiadas ou coladas, ou adaptadas levemente a casos novos, sem atenção às suas particularidades e sem uma motivação adequada.²⁸ Quero dizer com isso que, para evitar o decurso do prazo e o efeito positivo, existe o risco de intensificação de uso de decisões pré-formatadas e de decisões simplesmente transplantadas de um processo a outro.

Além das críticas, foram ouvidos alguns elogios. Paulo Macera e Carolina Mota Mourão destacam que a Lei de Liberdade Econômica, “ao atribuir efeitos positivos ao silêncio da administração de modo genérico, alterou de maneira substantiva o sentido adotado a esse instituto, invertendo a lógica até então adotada de se atribuir efeito denegatório às hipóteses de silêncio”.²⁹ Marcelo Saadi, a seu turno, realça que a lei tem o mérito de estimular a estruturação de um ambiente mais favorável ao empreendedorismo. Suas normas servem de incentivos a negócios e à previsibilidade dos agentes econômicos, ao mesmo tempo que desestimulam corrupção e influências políticas.³⁰ Fora isso, é preciso registrar que a novidade coloca o processo administrativo brasileiro em um novo estágio de combate à lentidão e à morosidade de certos órgãos públicos no atendimento das necessidades de pessoas físicas e jurídicas. Resta saber qual a real potencialidade do instituto em discussão a partir de uma análise de seu regime jurídico.

²⁷ CRISTÓVAN, José Sérgio da Silva; MALLON, Luiza Beckhauser. O que muda com a regra do silêncio positivo da Lei de Liberdade Econômica? *Conjur*, edição digital de 27 de setembro de 2019, disponível em: www.conjur.com.br/2019-set-27/opiniaomuda-regra-silencio-positivo. Acesso em: 19 dez. 2019.

²⁸ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 240.

²⁹ MACERA, Paulo Henrique; MOURÃO, Carolina Mota. A autorização fictícia na Lei de Liberdade Econômica. In: Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho et al., *Lei da Liberdade Econômica anotada*, op. cit., p. 352.

³⁰ SAADI, Marcelo. Efeitos do silêncio da administração pública: comentários ao artigo 3º, IX, da Lei 13.874/2019. In: Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho et al., *Lei da Liberdade Econômica anotada*, op. cit., p. 319.

6. Requisitos *explícitos* da aprovação tácita

A exegese dos dispositivos constantes da Lei de Liberdade Econômica e do seu regulamento executivo permite afirmar que a ocorrência da aprovação tácita não é tão simples e fácil quanto se deseja. Afora numerosos requisitos escritos, explicitados nos textos normativos, é imprescindível que se observem requisitos não escritos, implícitos, para que o silêncio positivo seja reconhecido no caso concreto. Por ora, cabe examinar os *requisitos expressos*, que abrangem: (i) a existência de uma solicitação dos interessados; (ii) de um ato administrativo liberatório; (iii) relativo ao desempenho de atividade econômica; (iv) que venha acompanhada dos elementos instrutórios exigidos; bem como (v) a fixação de um prazo de decisão pela administração; (vi) que venha a ser violado.

Em primeiro lugar, a aprovação tácita abrange processos liberatórios abertos a pedido dos interessados de modo voluntário ou compulsório. Essa consideração é importante, pois existem casos na legislação de processos liberatórios cujo pedido de abertura é determinado pelo Estado. Melhor dizendo: em certas situações, o particular requer livre e voluntariamente o ato administrativo, como uma licença, autorização etc.; em outros, é compelido a requerê-lo sob pena de sanção. Tome-se o exemplo do direito concorrencial, em que o Cade está autorizado a discricionariamente requerer, no prazo de um ano a contar da respectiva data de consumação, a submissão de atos de concentração econômica que, a princípio, não necessitariam ser notificados segundo os critérios da Lei de Defesa da Concorrência. O Conselho, além dessa situação, pode obrigar a notificação e o pedido de autorização de concentrações que se encaixam nos parâmetros de controle preventivo, mas não passaram por ele indevidamente (configurando uma das hipóteses de *gun jumping*). Esses dois exemplos ilustram que requerimentos de atos liberatórios ocorrem de modo voluntário ou compulsório. Para a Lei de Liberdade Econômica, a aprovação tácita poderá ocorrer em quaisquer dessas duas situações. No entanto, atos praticados de ofício pelo ente público, sem iniciativa do particular, não se enquadrarão na hipótese legal. Exemplo disso é o ato autorizativo de uso, para certo dia da semana, de espaço na praça ou parque expedido por iniciativa do município a favor de comerciantes. Aqui não há como se falar de aprovação tácita, portanto.

Em segundo lugar, a aprovação depende de processo liberatório iniciado a pedido e acompanhado de todos “os elementos necessários à instrução”. Em

outras palavras, o que a lei exige é que o particular tenha comprovado, por meio de provas lícitas e prévias, todos os fatos essenciais à comprovação dos requisitos legais de emissão do ato. Por consequência, não serão aprovados automaticamente por descumprimento do prazo de decidir os pedidos que não estejam instruídos suficientemente e dependam de uma fase de instrução apartada. Tome-se, para ilustrar, a situação do requerente dependente de documentos ou informações contidas em bancos de dados ou arquivos públicos de acesso restrito. Para viabilizar o início do prazo de decisão e eventual aprovação tácita, será necessário que paralelamente obtenha acesso a esses elementos de prova. Caso a administração deixe de fornecê-los em fase de instrução, o requerente interessado terá que se valer de outros remédios, como *habeas data*, mandado de segurança ou pedidos baseados na Lei de Acesso à Informação, cujo texto — vale sempre lembrar — impede que a administração se valha de hipótese de sigilo ou restrição de informações para inviabilizar o direito de petição e de defesa.³¹ Hipótese mais complexa é aquela em que a instrução completa do pedido depende de ato opinativo ou oitiva de autoridades públicas. Nessa situação, a omissão estatal inviabilizará a instrução e, por conseguinte, não haverá como se cogitar de aprovação tácita sem que, antes, por mandado de segurança ou outra ação pertinente, obrigue-se o órgão público a viabilizar as provas técnicas e as testemunhais.

Em terceiro lugar, o silêncio positivo servirá unicamente para originar atos fictícios de conteúdo liberatório. A dúvida a respeito desse requisito é óbvia: o que caracteriza um ato liberatório? O legislador buscou responder essa indagação prontamente ao estabelecer que nesta categoria de atos se incluem “a licença, a autorização, a concessão, a inscrição, a permissão, o alvará, o cadastro, o credenciamento, o estudo, o plano, o registro e os demais atos exigidos, sob qualquer denominação, por órgão ou entidade da administração pública na aplicação de legislação, *como condição para o exercício de atividade econômica [...]*” (art. 1º, § 6º). A parte inicial desse artigo é meramente exemplificativa e nela se confundem termos técnicos que indicam o conteúdo do ato (autorização, licença, permissão) com termos que batizam formas jurídicas (como registro, alvará e cadastro). Nesta listagem exemplificativa também figuram atos impertinentes ao tema, como os planos e os estudos, que não parecem ter qualquer conteúdo propriamente liberatório em si.

³¹ Nos termos do art. 21 da Lei nº 12.527/2011, “não poderá ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais”.

Talvez o legislador quisesse se referir à “aprovação” de planos e estudos. Por essas impropriedades e por seu teor exemplificativo, a parte inicial do art. 1º, § 6º tem pouca utilidade prática. Ela mais confunde que esclarece. O cerne do dispositivo legal está, em verdade, na parte textual intermediária, da qual consta definição do ato liberatório como ato que condiciona o exercício da atividade econômica. Trata-se de ato administrativo, geralmente prévio à realização de um ato comissivo do particular e que condiciona sua licitude. Reconhecido esse conteúdo mandamental, o ato será liberatório a despeito do nome que o rotule.

Em quarto lugar, a legislação restringe o silêncio a atos que liberam o *exercício de atividade econômica*. Várias conclusões se extraem daí. A uma, o legislador não quis estender o instituto para relações entre administração e usuários de serviços públicos (relações de serviço), entre administração e seus agentes (relações laborais), administração e seus contratados (relações contratuais). A aprovação tácita vale somente para relações de polícia administrativa! A duas, restringe-se por força do texto legal a relações liberatórias baseadas na polícia administrativa sobre comportamentos que configurem atividade econômica, não incidindo sobre relações de polícia sobre atividades sociais, tarefas públicas (*e.g.*, autorizações para desempenho de serviço público por agente econômico na qualidade de delegatário ou credenciamento para desempenho de atividades acessórias de polícia na qualidade de credenciado), nem a atividades religiosas ou meramente domésticas, como o porte de arma sem fins profissionais. Assim, os atos liberatórios econômicos podem ser definidos inicialmente por esse critério residual, ou seja, excluindo-se todo o resto. Mas não é só isso. A definição também pode ser feita de modo positivo, já que o art. 1º, § 6º, parte final, insere na definição de atividade econômica a instalação, construção, operação, produção, funcionamento, uso, exercício, realização, no âmbito público ou privado, de atividade, serviço, estabelecimento, profissão, instalação, operação, produto, equipamento, veículo, edificação e outros. Reitere-se: todas essas ações devam se relacionar com o escopo econômico, encaixando-se numa cadeia produtiva de bens ou serviços de qualquer natureza comercializados licitamente no mercado nacional.

O quinto requisito da aprovação tácita consiste na fixação de um prazo de decidir. De acordo com o art. 3º, § 8º da Lei de Liberdade Econômica, esse prazo “será definido pelo órgão ou pela entidade da administração pública solicitada, observados os princípios da impessoalidade e da eficiência, bem como os limites máximos estabelecidos em regulamento”. A esse respeito, o

Decreto nº 10.178 prevê que: (i) o prazo será dado pela autoridade máxima do órgão ou entidade responsável (art. 10, *caput*); (ii) o prazo máximo não será superior a 60 dias para a decisão administrativa (art. 11, *caput*); (iii) a autoridade poderá estabelecer prazos diferentes para fases do processo administrativo; (iv) o ato normativo poderá estabelecer prazos superiores aos 60 dias em razão de “interesses públicos envolvidos e da complexidade da atividade econômica a ser desenvolvida pelo requerente”, mediante fundamentação da autoridade máxima do órgão ou da entidade (art. 11, § 1º); e (v) o órgão ou entidade considerará padrões internacionais para fixação do prazo (art. 11, § 2º).

Afora os riscos de eventual omissão da autoridade no seu cumprimento,³² esses mandamentos sobre a fixação de prazos mostram-se bastante confusos e em certa medida deslocados do que a legislação geral e especial estabelece. Antes da Lei de Liberdade Econômica, já se sabia que o prazo de decisão é o previsto na legislação especial (leis que regem processos administrativos liberatórios nos campos concorrencial, bancário, sanitário, urbanístico, ambiental etc.) ou, na ausência de regra especial, nas leis gerais de processo administrativo. Seguindo essa lógica, para as entidades e órgãos federais, na falta de norma legal própria, aplica-se o prazo de decisão de 30 dias contado do encerramento da instrução e prorrogável por igual período (arts. 48 e 39 da LPA federal). A leitura rápida do art. 3º, § 8º da Lei de Liberdade Econômica passa a impressão de que o agente público possa estabelecer um prazo de modo a ignorar o que diz a lei especial ou, diante de lacuna, a lei processual geral. Essa solução, contudo, exigiria que se entendesse que a Lei de Liberdade Econômica teria revogado implicitamente todas as regras legais de prazos das leis anteriores. Não me parece ser essa a melhor interpretação.

Uma solução para o impasse e para eventual antinomia entre os dispositivos da aprovação tácita e outros diplomas legais encontra-se, a meu

³² Como advertem Caio Figueiredo e Aline Klein, “[...] não é muito difícil de imaginar a possibilidade dessa autoridade omitir-se na fixação de um prazo, por pragmatismo ou improviso. No fim do dia, o particular ficará sem um prazo máximo para o processamento do seu requerimento. Ainda que a omissão da Administração na estipulação de tal prazo seja um ato ilegal por si, por violação do dever de decidir a esse respeito, e possa ser combatida judicialmente, tal sistemática pode comprometer a plena eficácia do deferimento tácito dos atos de liberação de atividade econômica. Afinal, o problema maior se trata, justamente, do atraso crônico da Administração no cumprimento de seus deveres legais e institucionais”. FIGUEIREDO, Caio Cesar; KLEIN, Aline Lícia. A eficácia condicionada do deferimento tácito administrativo para atos públicos de liberação: quando o silêncio advém do legislador. In: Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho et al., *Lei da Liberdade Econômica anotada*, op. cit., p. 344-345.

ver, na distinção entre prazo legal e prazo razoável. No âmbito da União, parte-se da premissa de que a autoridade pública deve seguir os prazos da lei administrativa especial ou, na sua falta, o prazo de decisão de até 60 dias (incluída a prorrogação) da LPA federal. Porém, com a Lei de Liberdade Econômica, é possível que se fixe prazo menor ou, de modo muito excepcional, maior a 60 dias, caso se entenda que ele seja o mais adequado à luz das circunstâncias concretas, da duração razoável do processo e dos interesses públicos primários incidentes *in casu*. Assim, como a Lei de Defesa da Concorrência estabelece prazos para análise e autorização de atos de concentração, eles deverão continuar sendo aplicados a princípio, salvo se o Cade, por autovinculação, desejar estipular um prazo menor que o legal por entendê-lo mais razoável.

Outro esclarecimento importante que necessita ser registrado diz respeito ao que o prazo abarca. Trata-se de prazo relativo à duração geral do processo ou apenas um prazo referente à expedição da decisão? Como se demonstrou, os 30 dias prorrogáveis por igual período da LPA federal representam um prazo de decisão, não havendo nesta lei geral prazos de instrução. Pelo que se compreende da Lei de Liberdade Econômica, o prazo para a aprovação tácita continua sendo um prazo de decisão, não de duração do processo em sua integralidade. Afinal, se o pedido não estiver instruído, a fixação do prazo por si só não servirá de nada. Nessa perspectiva, a norma regulamentar que prevê a aprovação tácita em razão de descumprimento de prazos fixados para fases outras do processo não serve para absolutamente nada. Por exemplo, se a autoridade fixar um prazo para a instrução, mas o descumprir, isso por si só não poderá levar à aprovação tácita se o pedido não estiver devidamente instruído. O prazo sempre deve ser interpretado como prazo de decisão e não de duração geral do processo administrativo.

O sexto e último requisito escrito da aprovação tácita consiste no decurso do prazo fixado sem a decisão. Para se calcular o decurso, é preciso utilizar normas de contagem expressas, por exemplo, na LPA federal (art. 66). Em apertada síntese, nos processos administrativos dos três Poderes da União, os prazos começam a correr a partir da data da cientificação oficial, excluindo-se o dia do começo e incluindo-se o do vencimento. Esses prazos contam-se em dias contínuos e prorrogam-se sempre até o primeiro dia útil seguinte se o vencimento cair em dia em que não haja expediente ou este for encerrado antes do horário normal. Já os prazos em meses são contados de data a data. Por motivo de força maior, os prazos podem ser suspensos (art. 67 da LPA).

Não bastassem essas normas gerais preexistentes à Lei de Liberdade Econômica, o Decreto Regulamentar estipula que o prazo para fins de aprovação tácita começa a ser contado da data em que todos os elementos necessários à instrução do processo tiverem sido apresentados (art. 12, *caput*). Isso significa que não se conta o prazo necessariamente a partir da cientificação do particular acerca da abertura de análise de seu requerimento, mas sim do momento em que se considerar o pedido suficientemente apto e instruído para exame. Por exemplo, se a autoridade afirma que o pedido será examinado em 60 dias a partir de 1º de março, mas o pedido depende de instrução que se encerra apenas em 1º de abril, então o prazo de 60 dias correrá de abril em diante [data do final da instrução], não de março [data de definição do prazo decisório].

O prazo de exame do pedido de ato liberatório aceita suspensão em basicamente três situações. A primeira consiste em força maior que inviabilize o processo, como um vírus que ataque o sistema de processo eletrônico e retarde o curso processual, uma enchente ou incêndio que destrua as instalações da entidade pública e impeça seus trabalhos (art. 67 da LPA). A segunda situação resulta de pedido de complementação instrutória, que poderá ser feito uma única vez, de modo claro e exaustivo, pela autoridade pública (art. 13 do Regulamento). O adjetivo “exaustivo” deixa evidente que a autoridade deve fazer a solicitação de complementação com todas as suas dúvidas, o que a impede de alegar, após a resposta do requerente, que a solicitação do ato liberatório ainda não estava devidamente instruída para fins de julgamento. A terceira situação de suspensão resulta de fato novo que impacte a produção de provas e o exame do pedido (art. 13, § 2º do Regulamento). Isso compreende: (i) fatos prévios desconhecidos que passam a ser conhecidos ou (ii) fatos antes inexistentes que ocorrem ao longo da instrução.

7. Requisitos *implícitos* da aprovação tácita

Ao lado dos vários requisitos da aprovação tácita que a Lei de Liberdade Econômica e seu regulamento preveem de maneira expressa, há outros extraídos por interpretação lógica e sistemática do ordenamento jurídico. Esses requisitos *implícitos* abrangem: (i) a clareza e determinação do pedido apresentado à administração pública; (ii) a juridicidade formal e material do pedido; (iii) a ausência de efeitos nocivos a terceiros; e (iv) a ausência de responsabilidade do requerente interessado pelo atraso e pelo decurso do prazo.

A clareza e a determinação do pedido são premissas lógicas para a ocorrência de aprovação tácita. Solicitações marcadas pela obscuridade, pela vagueza, pela indeterminação não autorizam que o requerente se beneficie do silêncio positivo estabelecido pela Lei de Liberdade Econômica. Um comerciante que solicite, por exemplo, autorização para transitar e vender alimentos em espaços públicos necessariamente deverá indicar o que pretende comercializar, quando, em que horário, onde, de que modo e agregar todos os documentos instrutórios para tanto.

A juridicidade formal e material da conduta que é objeto do ato liberatório configura um segundo requisito. De nada adiantará especificar detalhadamente o comportamento para o qual se pede o ato administrativo liberatório caso esse comportamento viole normas administrativas, legais ou constitucionais. A exigência de juridicidade é complexa, pois importa comprovação de harmonia do objeto do pedido com o ordenamento jurídico nos seus mais diversos planos, desde a camada das fontes normativas internas até a camada das fontes constitucionais. Além disso, é preciso que o pedido passe por um exame de legalidade também em sentido formal. O ato, por exemplo, solicitado por uma pessoa que não tem legitimidade para tanto não poderá se ocasionar o silêncio positivo.

O terceiro requisito, mais polêmico, diz respeito à necessidade de que a aprovação tácita não implique restrição ou interferência negativa ilegítima a direitos ou interesses juridicamente tutelados de terceiros. A razão para tanto é simples. Interessado no processo administrativo não é apenas aquele que peticiona no intuito de fazer valer direito ou interesse próprio. Nos termos da LPA federal (art. 9º, inciso II), são igualmente legitimados para figurar como interessado (*i.e.* parte) no processo administrativo “aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada”. A preocupação da legislação processual com direitos de terceiros não se encerra na conferência de legitimidade para agir. Ao tratar da convalidação de atos administrativos viciados, a LPA ainda dispõe o seguinte: “em decisão na qual se evidencie *não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros*, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração” (art. 55). Ora, como um ato com vícios sanáveis não pode ser convalidado, muito menos poderá se configurar uma autorização fictícia sem que se faça um justo balanço de como os direitos e interesses de terceiros serão tutelados na prática, por exemplo, mediante a imposição de condicionantes que acompanhem o ato liberatório.

Em quarto e último lugar, a aprovação tácita não poderá beneficiar requerentes de má-fé. Aqueles que derem causa a atrasos ou por qualquer outro expediente, como corrupção, levarem a autoridade a deixar de cumprir o prazo de decisão para acarretar desnecessariamente o efeito positivo do silêncio não apenas deverão ser proibidos de obter o benefício, como deverão ser sancionados nas esferas cabíveis, inclusive criminal. O silêncio positivo não aproveita aos que agem de má-fé.

8. Demais hipóteses de vedação

O conhecimento dos requisitos explícitos e implícitos para a ocorrência da aprovação tácita servem não apenas para a identificação das situações em que o efeito positivo será deflagrado para beneficiar o requerente, como também para indicar hipóteses em que ele restará vedado. A partir disso atinge-se a conclusão de que as hipóteses de vedação da aprovação tácita são muito mais numerosas que as declaradas de modo expresso pelo legislador em alguns artigos da Lei de Liberdade Econômica. De um lado, o efeito positivo ficará obstado quando um ou mais dos requisitos cumulativos deixarem de ser observados. Isso se vislumbrará, por ilustração, em hipóteses de solicitação obscura ou indeterminada, solicitação apresentada por sujeito sem legitimidade para tanto, solicitação de ato sem conteúdo liberatório, de ato sem relação com atividade econômica ou de ato liberatório de comportamento ilegal.

De outro lado, a legislação oferece hipóteses de vedação adicionais que incidirão mesmo quando cumpridos os requisitos explícitos e implícitos mencionados. Nesse sentido, a aprovação tácita não se aplicará:

1. A ato público de liberação relativo a questões tributárias de qualquer espécie ou de concessão de registro de direitos de propriedade intelectual. Assim, *e.g.*, o requerimento de registro de patente ou de marca não julgado no prazo exigirá que o interessado, para obter o ato solicitado, reforce o pedido perante o ente da administração ou recorra a órgão de controle — como ouvidorias ou como o Judiciário, que poderá determinar o ato, se ele for vinculado e os requisitos estiverem cumpridos, ou estabelecerá prazo para que a administração emita a decisão discricionária, ainda que após o decurso do prazo.³³

³³ Nesse sentido, a respeito dos poderes do juiz diante da inércia da administração, cf. p. 208.

2. A decisão administrativa que importar compromisso financeiro, como os atos de acesso a fomento, de obtenção de auxílio financeiro, de apoio administrativo que implique custos públicos e assim por diante.
3. A decisão sobre recurso interposto contra ato administrativo denegatório de solicitação de liberação de atividade econômica. Se o ato já tiver sido indeferido em primeira instância, o efeito positivo ficará bloqueado na fase recursal aberta por solicitação voluntária do interessado. Apesar da lacuna legislativa, essa mesma lógica, a meu ver, deverá se estender para decisão de aprovação parcial. Nesse caso, o efeito positivo em fase recursal somente poderá atingir aquilo que já foi autorizado na primeira instância. Outra hipótese polêmica é aquela em que a decisão de primeira instância aprova integralmente o requerimento do ato liberatório, mas é levada à instância superior por força de recurso de ofício ou técnicas análogas de reapreciação por força de lei ou de solicitação de autoridade pública. Em casos assim, entendo que o efeito positivo poderá plenamente ocorrer na instância recursal se, como dito, a decisão originária houver aprovado o requerimento.
4. Quando o pedido de ato liberatório tiver sido formulado por agente público ao órgão ou entidade em que exerça suas funções. Essa vedação se estende para seu cônjuge, companheiro ou parente em linha reta ou colateral, por consanguinidade (como filhos e pais) ou por afinidade (como genros, noras, sogros e cunhados), até o terceiro grau. Ademais, não abrange apenas o órgão em que o agente público atua, entendido como a subdivisão interna da pessoa jurídica estatal, senão todos os outros órgãos da mesma pessoa jurídica. Não se incluem na vedação, em síntese: (i) pedidos feitos por agentes públicos a entidades estatais, de direito público ou privado, em que não atuem, seja da mesma ou de outra esfera federativa e (ii) pedidos apresentados por parentes de quarto grau em diante, como primos do agente público.
5. Quando as atividades, objeto do ato liberatório requerido, tiverem impacto significativo no meio ambiente, conforme estabelecido pelo órgão competente (hipótese inserida pela Medida Provisória nº 915, de 2019). Independentemente ou não da conversão dessa MP em lei, o cenário não se modificará, pois a vedação já constava expressamente da Lei Complementar nº 140, de 2011, que rege a política ambiental,

inclusive os processos de licenciamento, e estabelece normas de cooperação entre os entes federados. Seu art. 14, § 3º dispõe que “o decurso dos prazos de licenciamento, sem a emissão da licença ambiental, não implica emissão tácita nem autoriza a prática de ato que dela dependa ou decorra, mas instaura a competência supletiva [...]”. Acerca do tema e independentemente da vedação legal, Rafael Maltez sustenta que a aprovação tácita não deve se aplicar a processos liberatórios ambientais, pois: (i) o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é fundamental e, conseqüentemente, cláusula pétrea da Constituição Federal; (ii) a defesa do ambiente é elemento integrante dos princípios da ordem econômica, não sendo lícito que a atividade econômica seja liberada a degradá-lo; (iii) as atividades com impacto ambiental exigem, pela Constituição, estudos preparatórios; e (iv) a vedação da Lei Complementar nº 140 não poderia ser alterada por uma lei ordinária, como a de Liberdade Econômica.³⁴ Na prática, parece haver consenso quanto a essa argumentação, sobretudo diante da sistemática consolidada da Lei Complementar nº 140 no uso de técnicas de silêncio translativo por atuação supletiva de ente federativo superior em caso de descumprimento de prazo pelo ente federativo originariamente competente para exame do pedido concreto.

6. Quando o requerente renunciar ao direito de aprovação tácita a qualquer momento nos termos do art. 15 do Decreto Regulamentar da Lei de Liberdade Econômica. A renúncia de direitos é plenamente compatível com a Lei de Processo Administrativo federal, que garante ao interessado a faculdade de renúncia ou desistência por manifestação escrita e sem prejudicar outros interessados (art. 51). Porém, nos termos do Decreto nº 10.178, a renúncia ao efeito positivo do silêncio não eximirá o órgão ou entidade de cumprir seus prazos decisórios (art. 15, § 1º). Se descumprido o prazo na presença de renúncia ao efeito positivo, os autos deverão ser encaminhados à chefia imediata do servidor responsável pela análise do requerimento, que poderá proferir de imediato a decisão ou designar outro servidor

³⁴ MALTEZ, Rafael Tocantins. A Lei 13.874/2019 (Lei de Liberdade Econômica) e a impossibilidade de licença ambiental tácita no contexto do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. In: Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho et al., *Lei da Liberdade Econômica anotada*, op. cit., passim.

para acompanhar o processo (art. 15, § 2º). De maneira muito interessante, portanto, o decreto regulamentar criou uma forma de atuação supletiva (ou silêncio translativo) que se destina a garantir a duração razoável do processo, apesar de eventual renúncia ao efeito positivo por parte do requerente interessado.

7. A todas as outras hipóteses vedadas por lei especial nos termos da parte final do art. 9º, inciso IX da Lei de Liberdade Econômica. Exemplo disso, já citado, vislumbra-se no art. 14, § 3º da Lei Complementar nº 140, de 2011, que proíbe o efeito positivo do silêncio no licenciamento ambiental.

9. Como agir após a aprovação tácita?

Como ato administrativo fictício de efeito liberatório de um comportamento particular, a aprovação tácita não encerra os problemas decorrentes da omissão da administração em processar e decidir tempestivamente uma solicitação. Em primeiro lugar, é possível que o beneficiário do silêncio necessite comprovar a aprovação tácita perante terceiros, inclusive outros órgãos da administração pública. Em face dessa situação, o artigo 14 do Decreto nº 10.178 autoriza o requerente a “solicitar documento comprobatório da liberação da atividade econômica a partir do primeiro dia útil subsequente ao término do prazo [...]”. Se depender, porém, de mais uma ação da autoridade que se omitiu, certamente esse ato declaratório tampouco será expedido rapidamente ou sequer será expedido. Pensando nisso, o Regulamento prevê que as entidades públicas, que detenham competências liberatórias, deverão “automatizar a emissão do documento comprobatório de liberação da atividade econômica” (art. 14, § 1º). Ao automatizar a emissão da declaração, a administração será capaz de contornar uma nova inércia da autoridade competente, impeditiva do exercício da atividade econômica mesmo após a deflagração do silêncio positivo. Estranhamente, porém, o decreto exige que esse documento não contenha indicação da natureza tácita da decisão administrativa (art. 14, § 2º). Além de não ver sentido nessa regra, na prática, entendo que ela pode obstar a comprovação exata da omissão ilícita do agente público competente para decidir, de sorte a dificultar sua responsabilização pessoal.

Outro problema que acompanha a aprovação tácita é a incerteza jurídica do requerente por ela beneficiado. A conduta dependente do ato

liberatório que não foi emitido a tempo necessita observar a juridicidade, ou seja, respeitar desde atos normativos internos, passando por leis, até os mandamentos constitucionais. Como obter razoável grau de certeza sobre essa licitude em situações mais complexas? O problema parece insuperável a princípio. No entanto, o art. 10, § 2º do Decreto Regulamentar permite extrair uma solução interessante. De um lado, esse parágrafo prevê que a aprovação tácita “não exime o requerente de cumprir normas aplicáveis à exploração da atividade econômica que realizar”. Em seguida, prescreve que ela tampouco afastará a sujeição do requerente à exigência de adequações identificadas pelo poder público em fiscalizações posteriores. Dessa sujeição à “realização de adequações” extrai-se uma conclusão importante. Por força do princípio da segurança jurídica, ao verificar que existem indícios de ilegalidade na conduta, antes de tomar medidas punitivas, a autoridade competente deverá solicitar ajustamentos, inclusive mediante uso de compromissos ou por meio da criação de regimes de transição nos termos permitidos pela LINDB (arts. 26 e 23). Em outras palavras, se o comportamento derivado da aprovação tácita for interpretado como potencialmente ilícito, antes de abertura de um processo sancionador, a administração deverá notificar o requerente beneficiado pelo silêncio, buscando, com ele, obter o ajustamento comportamental. Em não sendo possível essa solução, aí sim a administração poderá utilizar os processos para cominar sanções, sem prejuízo de declarar a nulidade da aprovação tácita por vício insanável do objeto.

10. Extensão a estados e municípios?

Não poderia encerrar esse conjunto de reflexões sobre a aprovação tácita na Lei de Liberdade Econômica sem antes cuidar de aspectos federativos. O silêncio positivo constante na Lei nº 13.874/2019 diante da omissão de decidir requerimentos de atos liberatórios se estende a estados e municípios? A questão não é tão simples, pois o Congresso detém competência para editar normas gerais de direito econômico e direito urbanístico — áreas em que muitos atos liberatórios são praticados —, mas não tem competência genérica para cuidar de todas as disciplinas do direito administrativo, sobretudo o processo administrativo, visto como inerente à autoadministração dos entes partícipes da federação. Para se encontrar respostas a essa indagação a respeito da aplicabilidade da aprovação tácita na federação, é preciso partir

do reconhecimento da divisão constitucional de competências e examinar brevemente dois artigos da lei em comento.

A endereçar explicitamente o tema da aplicabilidade federativa, o art. 1º, § 5º dispõe que a aprovação tácita não ocorre em processo administrativo sob competência dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. Essa é, portanto, a regra geral, baseada no reconhecimento da autonomia federativa dos entes políticos para cuidar de direito administrativo. No entanto, o mesmo dispositivo traz duas exceções.

A primeira delas vale para “ato público de liberação da atividade econômica [...] *derivado ou delegado* por legislação ordinária federal” (grifei). O ato liberatório *delegado* é aquele praticado por um estado ou município que recebe da União o direito de exercer uma competência liberatória em seu nome. Exemplo disso seria um ato de autorização de atividades de trânsito de competência de uma entidade federal, mas expedido por órgão estadual de trânsito com base em convênio de cooperação que envolva delegação de tarefas. Já a expressão “ato liberatório *derivado* da legislação ordinária federal” (grifei) parece embutir hipóteses de atos estaduais e municipais expedidos à luz de normas gerais aprovadas pelo Congresso Nacional com suporte em competências legislativas concorrentes. Seguindo essa interpretação, seriam atingidos pelo silêncio positivo os requerimentos de atos de liberação previstos em leis nacionais que tratem de juntas comerciais, saneamento, fauna, caça, pesca, ambiente, esporte, educação e outros assuntos sob competência concorrente.

A segunda hipótese de aplicação excepcional da aprovação tácita se dará sempre que “*ente federativo* ou o órgão responsável pelo ato decidir vincular-se” aos mandamentos da Lei de Liberdade Econômica “por meio de instrumento válido próprio” (art. 1º, § 5º, II, grifei). Este inciso contém duas situações distintas. A primeira é mais óbvia e simples. Um estado ou município, como ente federativo, poderá aprovar lei que faça valer o mandamento federal em seus processos administrativos liberatórios (ou melhor, em todos eles ou em apenas alguns). Por decisão legislativa própria, o ente federativo estadual ou municipal adota o mecanismo comentado da Lei de Liberdade Econômica.

A segunda situação é aquela em que “o órgão responsável” pelo ato liberatório decide se vincular ao instituto da aprovação tácita previsto na lei federal. A questão que se coloca é a seguinte: pode um órgão estadual ou municipal, como divisão despersonalizada de uma entidade estatal, deliberar solitariamente que seguirá outra legislação processual em matéria administrativa? Por óbvio, se o estado e o município detiverem lei processual

própria, ela não poderá ser deixada de lado e substituída por outra a partir de uma escolha isolada do agente público. Exatamente por isso, o art. 1º, § 5º, inciso II, ao tratar de “órgão público”, apresenta evidente inconstitucionalidade, na medida em que suprime a autonomia federativa. Em sentido igualmente crítico a esse trecho legal, Macera e Mourão alertam que a adesão de aplicação do silêncio positivo jamais poderia ser feita de modo casuístico, “por uma opção do administrador em cada processo”, o que violaria o princípio constitucional da impessoalidade. Mais adequada seria a adesão ao instrumento da aprovação tácita por uma decisão prévia geral ou abstrata.³⁵

11. Conclusão

- a) O ordenamento jurídico brasileiro há décadas reage contra omissões processuais ilícitas da administração pública por meio do reforço constitucional e legal do dever de decidir, pela fixação de prazos claros de decisão, pela extensão do devido processo legal e da duração razoável ao processo administrativo, pela adoção de técnicas de transferência voluntária ou compulsória do exercício de competências decisórias, por meios de cooperação interadministrativa e por normas que conferem ao silêncio das autoridades administrativas o efeito de produzir atos administrativos fictícios.
- b) Nesse percurso histórico, a Lei de Liberdade Econômica inovou ao adotar o silêncio positivo como regra geral diante da violação, pela administração pública federal, de prazos de análise de solicitações de atos liberatórios de atividades econômicas.
- c) A aprovação tácita, porém, resta bastante dificultada na prática em razão de sua dependência à observância de uma série de requisitos expressos na lei e em seu regulamento, bem como de requisitos implícitos, extraídos por interpretação lógica, teleológica e sistemática do ordenamento jurídico.
- d) Além disso, as hipóteses de vedação do efeito positivo em processos liberatórios são inúmeras e limitam grandemente a efetividade do instituto. Há vedações resultantes de descumprimento de um ou

³⁵ MACERA, Paulo Henrique; MOURÃO, Carolina Mota. A autorização fictícia na Lei de Liberdade Econômica. In: Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho et al., *Lei da Liberdade Econômica anotada*, op. cit., p. 359.

mais requisitos explícitos ou implícitos e vedações incidentes a despeito do preenchimento de todos os requisitos.

- e) Outro óbice à efetividade do instituto em comento reside na sua oponibilidade e comprovação perante terceiros. A Lei de Liberdade Econômica não tratou do tema, mas seu regulamento permite ao requerente interessado solicitar a declaração de decurso do prazo e do efeito positivo, além de estimular os entes públicos a adotar sistemas de certificação digital para evitar que nova omissão comprometa o exercício das atividades econômicas dependentes de liberação.
- f) Em termos federativos, quando houver opção legislativa do estado ou município pela adoção do silêncio positivo da Lei de Liberdade Econômica e também nos casos de delegação da prática de atos liberatórios federais para entes estaduais e municipais, não haverá grande dificuldade de aplicação do instituto fora do âmbito da União.
- g) No entanto, restam ainda dúvidas sobre a interpretação adequada a ser conferida à expressão “atos [estaduais e municipais] derivados da legislação ordinária federal” prevista na Lei de Liberdade Econômica, bem como questionamentos diversos quanto à constitucionalidade de o agente público estadual ou municipal decidir isoladamente adotar o silêncio positivo num ou noutro processo liberatório sob sua competência.

Referências

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Tratado de direito administrativo*, vol. 5: ato administrativo e procedimento administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. A teoria do silêncio no direito administrativo. *Revista da Faculdade de Direito da USP (RFDUSP)*, v. 34, p. 122-130, 1938.

CRISTÓVAN, José Sérgio da Silva; MALLON, Luiza Beckhauser. O que muda com a regra do silêncio positivo da Lei de Liberdade Econômica? *Conjur*, edição digital, 27 set. 2019. disponível em: www.conjur.com.br/2019-set-27/opiniaio-muda-regra-silencio-positivo. Acesso em: 19 dez. 2019.

DALLARI, Adilson Abreu. Dever de decidir. In: BITENCOURT, Eurico; MARRARA, Thiago (Org.). *Processo administrativo brasileiro: estudos em homenagem aos 20 anos da Lei Federal de Processo Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

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

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

FIGUEIREDO, Caio Cesar; KLEIN, Aline Lícia. A eficácia condicionada do deferimento tácito administrativo para atos públicos de liberação: quando o silêncio advém do legislador. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; MACIEL, Renata Mota; PICCELI, Roberto Ricomini. *Lei da Liberdade Econômica anotada*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. 1.

FORTINI, Cristiana; DANIEL, Felipe Alexandre Santa Anna Mucci. O silêncio administrativo: consequências jurídicas no direito urbanístico e em matéria de aquisição de estabilidade pelo servidor. *Fórum Administrativo — FA*, a. 6, n. 64, p. 7394-7402, 2006.

HACHEM, Daniel Wunder. Processos administrativos reivindicatórios de direitos sociais — dever de decidir em prazo razoável vs. silêncio administrativo. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n. 56, p. 147-175, 2014.

MACERA, Paulo Henrique; MOURÃO, Carolina Mota. A autorização fictícia na Lei de Liberdade Econômica. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; MACIEL, Renata Mota; PICCELI, Roberto Ricomini. *Lei da Liberdade Econômica anotada*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. 1.

MALTEZ, Rafael Tocantins. A Lei 13.874/2019 (Lei de Liberdade Econômica) e a impossibilidade de licença ambiental tácita no contexto do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; MACIEL, Renata Mota; PICCELI, Roberto Ricomini. *Lei da Liberdade Econômica anotada*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. 1.

MARRARA, Thiago. A “autorização fictícia” no direito administrativo. *RDA — Revista de Direito Administrativo*, v. 251, p. 201-211, 2009.

MARRARA, Thiago. O que precisa mudar na Lei de Processo Administrativo? *Conjur*, 17 fev. 2015. Edição digital sem paginação disponível em: www.conjur.com.br/2015-fev-17/thiago-marrara-lei-processo-administrativo-mudar2. Acesso em: 10 jan. 2020.

MARRARA, Thiago. *Sistema brasileiro de defesa da concorrência*. São Paulo: Atlas, 2015.

MEDAUAR, Odete. Comentário ao inciso IX do artigo 3º. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; MACIEL, Renata Mota; PICCELLI, Roberto Ricomini. *Lei da Liberdade Econômica anotada*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. 1.

MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. Silêncio administrativo — o “não ato”. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MODESTO, Paulo. Silêncio administrativo positivo, negativo e translativo: a omissão estatal formal em tempos de crise. *Colunistas*, n. 317, 2016. Disponível em: www.direitodoestado.com.br/colunistas/paulo-modesto/silencio-administrativo-positivo-negativo-e-translativo--a-omissao-estatal-formal-em-tempos-de-crise-. Acesso em: 10 jan. 2020.

NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: Lei n. 9.784/1999 comentada*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

SAADI, Marcelo. Efeitos do silêncio da administração pública: comentários ao artigo 3º, IX, da Lei 13.874/2019. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; MACIEL, Renata Mota; PICCELLI, Roberto Ricomini. *Lei da Liberdade Econômica anotada*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. 1.

SADDY, André. *Silêncio administrativo no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SILVA, Lígia Covre da. Da modernização estatal ao silêncio administrativo e seus efeitos no direito latino-americano: uma investigação normativa. *RDDA*, v. 1, n. 2, p. 471-489, 2004.

VITTA, Heraldo Garcia. O silêncio no direito administrativo. *RDA — Revista de Direito Administrativo*, v. 218, p. 113-138, 1999.