



## Opinião: o que muda com a regra do silêncio positivo?

Publicada no último dia 20, a Lei nº 13.874/2019 traz uma série de mudanças e inovações na ordem jurídica nacional, inclusive sobre o tema do silêncio administrativo, traduzido pela ausência de cumprimento aos prazos para a resposta administrativa aos pleitos dirigidos ao Poder Público.

Em geral, a doutrina brasileira vinha encarando silêncio administrativo como um fato ao qual a ordem jurídica confere efeitos jurídicos equivalentes aos de uma decisão expressa denegatória,<sup>[1]</sup> restando ao cidadão a busca da tutela de seu direito pela via jurisdicional.

Agora, com o advento da Lei nº 13.874/2019, decorrente da conversão da MP da Liberdade Econômica, a questão ganha uma sensível mudança, a partir do inciso IX do art. 3º, quando estabelece, para os seus contornos de incidência, a conversão do silêncio administrativo em atividade administrativa positiva. Segundo o referido dispositivo, nas solicitações de atos públicos de liberação de determinadas atividades econômicas, o particular receberá da Administração Pública um prazo máximo para a análise de seu pedido e, salvo expressa vedação legal, se vencido o prazo fixado, sem a manifestação administrativa, haverá a aprovação tácita do ato solicitado para todos os efeitos.

O silêncio administrativo positivo caracteriza-se pela ocorrência, *ex lege*, de um efeito favorável ao cidadão frente a inércia da Administração Pública decorrente da ausência de manifestação dentro do prazo legal ou, na inexistência deste, quando extrapolado prazo indicativo da razoável duração do processo administrativo. Diferente do efeito negativo, o silêncio positivo traduz o surgimento de um ato administrativo propriamente dito, sendo assim encarado para todos os efeitos, a despeito de seu caráter presumido. O silêncio positivo traduz atividade administrativa.

No direito comparado, cabe ressaltar a Lei nº 4/1999 do Reino da Espanha, que passou a dispor no plano legislativo acerca do silêncio administrativo positivo como regra-matriz, de forma a atribuir efeitos equivalentes aos produzidos por um ato de deferimento do pedido, quando da ausência de decisão estatal tempestiva no processo administrativo.<sup>[2]</sup>

Naquele caso, a legislação espanhola tem expressa vedação ao silêncio positivo *contra legem*. Logo, para que a pretensão desejada opere seus efeitos positivos, a mesma deve encontrar amparo no ordenamento jurídico, não sendo admitido o deferimento presumido de pleitos ilícitos ou inconstitucionais.<sup>[3]</sup> Limite que não está expresso na norma brasileira. Embora esta limitação seja difícil de operar na prática administrativa, até pela considerável dificuldade em se fixar limites minimamente seguros e racionais do que seja legal/constitucional ou ilegal/inconstitucional na ordem brasileira, não parece razoável sustentar a aprovação tácita de pleitos manifestamente ilegais/inconstitucionais, simplesmente por conta do silêncio estatal.



A toda evidência, o intuito da legislação gravita em torno das ideias de desburocratização e celeridade da atividade administrativa, seguramente uma pauta positiva. Seguramente, há muito por debater sobre eventuais acertos, desacertos e possíveis consequências da mudança legislativa. Por ora, aqui abordaremos apenas os pontos destacados e principais nuances normativas dessa nova matriz do silêncio administrativo positivo.

### **Aspectos destacados da Lei 13.874/2019 sobre o silêncio positivo**

Pelas novas disposições normativas, há previsão de dois regimes jurídicos distintos para os atos públicos de liberação: (i) nas atividades de baixo risco sequer existe a necessidade de atos públicos de liberação da atividade econômica; (ii) as demais atividades estão submetidas a prazo previamente estipulado e cujo descumprimento implica em deferimento tácito.

O §6º do art. 1º considera atos públicos de liberação qualquer tipo de ato administrativo exigido como condição prévia para o exercício da atividade econômica, como servem de exemplo a licença, a autorização, a concessão, a permissão, a inscrição e o registro.

Convém ressaltar que, por força do §5º do art. 1º da Lei nº 13.874/2019, a regra do silêncio administrativo positivo não se aplica aos Estados, Distrito Federal e Municípios, salvo se: (i) o ato público de liberação das atividades econômicas for derivado ou delegado por legislação ordinária federal (art. 1º, §5º, I); ou, (ii) o ente federativo ou o órgão responsável pelo ato decidir se vincular ao disposto no inciso IX do art. 3º, por meio de instrumento válido e próprio (art. 1º, §5º, II).

Por conseguinte, o §8º do art. 3º da mesma legislação atribui aos próprios órgãos e entidades, competentes para expedir atos de liberação, a incumbência de definir os prazos para análise do pedido de liberação, observados os princípios da impessoalidade e da eficiência, sendo que o regulamento estabelecerá os limites máximos para as hipóteses das atividades de baixo risco. Disso resulta certo risco de os órgãos e entidades, que detêm a prerrogativa de definir os prazos para análise dos pedidos, passarem a adotar prazos mais extensos, no caminho inverso àquele confessado propósito de agilidade almejado pela Lei da Liberdade Econômica.

Na esteira das restrições, a fim de vedar situações de conflitos de interesses, o §7º do art. 3º afasta os efeitos do silêncio administrativo positivo 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 terceiro grau, dirigida a autoridade administrativa ou política do próprio órgão ou entidade da administração pública em que desenvolva suas atividades funcionais”.



Uma importante previsão que trazia hipóteses de não aplicação da regra do silêncio administrativo positivo era o §1º do art. 3º da MP nº 881/2019, no caso de situações que envolvessem segurança nacional, segurança pública, questões sanitárias ou de saúde, cabendo à Administração Pública, expressa e excepcionalmente, quando solicitada, demonstrar a imperiosidade da restrição. Esta norma foi completamente afastada durante a tramitação parlamentar, o que traduz um considerável alargamento da aplicação do instituto, de duvidosa conformação ao interesse da coletividade, reduzindo consideravelmente as hipóteses de não incidência da referida inovação legislativa. Uma situação grave, na medida em que eram vivos exemplos de restrições normativas que claramente funcionavam como instâncias limitadoras e de proteção em casos de elevado risco, a exigir expressa atuação administrativa, situações que não parecem indicar a sistemática da chancela administrativa presumida.

Acertadamente, outras ressalvas foram mantidas, como as previstas pelos incisos I a III do §6º do art. 3º da Lei nº 13.874/2019, a saber: (i) questões tributárias de qualquer espécie ou concessão de registro de marca; (ii) a decisão importar em compromisso financeiro da Administração Pública; e, (iii) houver objeção expressa em tratado de que o país seja signatário.

Mas, também nessa questão, houve a supressão de uma válvula normativa de invulgar relevo e, se bem empregada, capaz de garantir a satisfação do interesse público, sem permitir atuação casuística e imotivada do Poder Público. Trata-se do então inciso II do §7º do art. 3º da MP nº 881/2019, que previa o afastamento da aplicação do inciso IX do art. 3º para aquelas situações em que a atividade econômica fosse considerada, prévia e motivadamente, pelo órgão ou entidade competente para expedir o ato de liberação, como de justificável risco.

Sobre o tema, outra interessante supressão normativa ocorrida durante a tramitação parlamentar da matéria refere-se à previsão de prazos individualizados, o que acabou suprimido, juntamente com os casos excepcionais à estipulação dos prazos individualizados, no caso dos pedidos de licença e processos de licenciamento (art. 3º, §10 da MP nº 881/2019), por conta do veto ao §9 do art. 3º da Lei nº 13.874/2019.

Inclusive, sobre a relevante temática dos processos de licenciamento, importante ressaltar que remanesce a incidência do art. 14, *caput* e §3º da Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011, quando prevê que os “órgãos licenciadores devem observar os prazos estabelecidos para tramitação dos processos de licenciamento” e, ainda, ao manter caso de silêncio negativo, prevê que o “decorso 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 referida no art. 15” da referida legislação.

A legislação também não prevê restrições para o caso das licenças ambientais ou urbanísticas, ambas com potenciais danosos irreversíveis. Em verdade, a norma sequer estipula o conceito de atividade de baixo risco, delegando tal função, conforme se retira dos incisos I, II e III do §1º do art. 3º, ao Poder Executivo federal, ao Comitê para Gestão da Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (CGSIM) (que, sobre o tema, recentemente expediu a Resolução CGSIM nº 51/2019) e à legislação estadual, distrital e/ou municipal.



Nada obstante, soam vagos os critérios para que o particular obtenha o resultado positivo de sua solicitação, vez que a norma específica apenas se limita a determinar que o interessado deverá “apresentar todos os elementos necessários à instrução do processo” (inciso IX do art. 3º da Lei nº 13.874/2019). Com efeito, isso permite considerar que não seria possível falar em silêncio administrativo positivo, se a morosidade estatal resultasse de circunstâncias causadas direta ou indiretamente pelo próprio postulante, como na hipótese de ausência de documentos essenciais ao pedido administrativo ou insubsistência do pleito formulado.

Em síntese, cabe reconhecer que a intenção de acelerar o processo administrativo, objetivo principal da Lei nº 13.874/2019, parece acertada e apta a combater a morosidade administrativa, o que, possivelmente, trará avanços. Entretanto, parece imperativo o maior detalhamento do marco normativo sob vários aspectos, até para a defesa do interesse público e garantia de segurança jurídica aos particulares. Há, seguramente, muito o que caminhar!

---

[1] Sobre o tema, ver: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 364-365.

[2] Sobre o tema, ver: HACHEM, Daniel Wunder. Processos administrativos reivindicatórios de direitos sociais – dever de decidir em prazo razoável vs. silêncio administrativo. A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, abr./jun. 2014. p. 159.

[3] Sobre o tema, ver: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime; SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel. El procedimiento administrativo en España. Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Buenos Aires, año XXXIV, n. 409, p. 155-176, oct. 2012. p. 164.

#### **Date Created**

27/09/2019